

Organização

Aline Beltrame de Moura

Adrian M. N. Amaral

Bettina Gomes Omizzolo

ANAIS DO I SEMINÁRIO DO MÓDULO JEAN MONNET

DESAFIOS PARA A HARMONIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEU



Co-funded by the
Erasmus+ Programme
of the European Union



EMais
Editora & Livraria Jurídica

**CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ**

S474a

Seminário do módulo Jean Monnet (1: 2019 : Santa Catarina, SC)

Anais do I Seminário do módulo Jean Monnet [recurso eletrônico] : desafios para a harmonização do direito internacional privado europeu / organização Aline Beltrame de Moura, Adrian M. N. Amaral, Bettina Gomes Omizzolo. - 1. ed. - Florianópolis [SC] : Emais, 2019.

recurso digital ; 5 MB

Formato: ebook

Requisitos do sistema

Modo de acesso: world wide web

Inclui índice

ISBN 978-85-94142-82-5 (recurso eletrônico)

1. Direito internacional privado. 2. União Europeia. 3. Direito - Integração internacional. 4. Livros eletrônicos. I. Moura, Aline Beltrame de. II. Amaral, M. N. III. Omizzolo, Bettina Gomes.

19-61769

CDU: 341.9

Leandra Felix da Cruz - Bibliotecária - CRB-7/6135

03/12/2019 09/12/2019

Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-94142-82-5



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	II
ORGANIZAÇÃO	V
PROGRAMAÇÃO DO EVENTO	VI
PARTE I – DIREITOS E POLÍTICAS NA UNIÃO EUROPEIA	1
CORTES REGIONAIS EUROPEIAS E MIGRAÇÃO: A JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA NAS SOLICITAÇÕES DE ASILO <i>Adrian M. N. Amaral; Flávia C. Sperandio</i>	2
A PROPOSTA DE CRIAÇÃO DE UMA CORTE COMERCIAL EUROPEIA <i>Bettina Gomes Omizzolo</i>	30
DEFINIÇÃO DE COMPETÊNCIA ENTRE AUTORIDADES DE CONTROLE DOS ESTADOS MEMBROS DA UNIÃO EUROPEIA: UMA ANÁLISE DOS MEIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO ESTABELECIDOS PELO GDPR <i>Letícia Mulinari Gnoatton</i>	45
A ATUAÇÃO DOS ESTADOS-MEMBROS EM DOMÍNIOS DE COMPETÊNCIA PARTILHADA COM A UNIÃO EUROPEIA: UMA ANÁLISE SOBRE A LIMITAÇÃO IMPOSTA À PRÁTICA DE ATOS JURIDICAMENTE VINCULATIVOS EM MATÉRIA DE MEIO AMBIENTE <i>Raul Rietmann de Freitas</i>	61
MECANISMO DE PROPOSTA POR PARTE DOS CIDADÃOS EUROPEUS PARA CRIAÇÃO DE REGULAMENTO PELA COMISSÃO EUROPEIA: DEMOCRACIA DENTRO DA COMUNIDADE <i>Angelina Colaci Tavares Moreira; Carolina Braglia Aloise Bertazzolli</i>	78
UMA ANÁLISE DAS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS DO BREXIT NO ÂMBITO DO DIREITO CONTRATUAL EUROPEU <i>Valeska Alves Araújo Silva; Natália Zomer Righetto</i>	93
SOFT LAW E REGULAMENTAÇÃO TRABALHISTA DA UNIÃO EUROPEIA E SEUS EFEITOS TRANSNORMATIVOS POR MEIO DA REGULAÇÃO DE CONTRATOS PRIVADOS EXTRACOMUNITÁRIOS <i>Simoni Ribeiro de Freitas</i>	112
POLÍTICA EXTERNA EUROPEIA PÓS-LISBOA: PROBLEMAS RESOLVIDOS? <i>André Felipe Gonçalves Pertussatti</i>	134

O DIREITO INCOMPLETO DO GRUPO LGBT NA UNIÃO EUROPEIA <i>Luara Fagundes dos Santos</i>	152
UNIÃO EUROPEIA: O MODELO DE COMPETÊNCIAS EXCLUSIVAS COMO FERRAMENTA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS SUPRANACIONAIS E A SUPERAÇÃO DO CONFLITO COM A SOBERANIA DOS ESTADOS <i>Vitor Espíndola Ribeiro</i>	163
O DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS DADOS NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPEIA: UM COMPARATIVO ENTRE A GDPR, O MARCO CIVIL DA INTERNET E A LEI Nº 13.709/2018 <i>Isadora Almeida Calazans de Toledo Ribas</i>	179
O DIREITO AO ESQUECIMENTO E OS SITES DE BUSCA: UMA ANÁLISE COMPARADA BRASIL VS. UNIÃO EUROPEIA <i>Giovana Batisti Vieira; Tatiana Nascimento Heim</i>	198
PARTE II – DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	214
ACORDOS DE ELEIÇÃO DE FORO EM CONTRATOS INTERNACIONAIS E A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA COM O ADVENTO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 <i>Carolina Kresch; Rafaela Girardi Hormann</i>	215
A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE HARDSHIP NOS CONTRATOS REGIDOS PELA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS (CISG) <i>Rhara Nakoneczny Moraes</i>	230
A APLICABILIDADE DE HARDSHIP NA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS (CISG) <i>Ana Paula Roberti Cristofolini</i>	241
OS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE JOINT VENTURES E AS EMPRESAS ESTATAIS BRASILEIRAS: A (DES)NECESSIDADE DE LICITAÇÕES CONFORME A LEI 13.303/2016 <i>Jorge Segóvia Rodriguez</i>	258

APRESENTAÇÃO

A coletânea de trabalhos ora apresentada é resultado das atividades desenvolvidas no âmbito do Módulo Jean Monnet instituído pela Comissão Europeia no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Projeto (600067-EPP-1-2018-1-BR-EPPJMO-MODULE), e do Núcleo de Pesquisas em Direito Internacional Privado - UFSC/CNPq, ambos coordenados pela Professora Aline Beltrame de Moura, cujos estudos e encontros resultaram na realização do I SEMINÁRIO DO MÓDULO JEAN MONNET: Desafios para a Harmonização do Direito Internacional Privado Europeu, no dia 28 de maio de 2019 na Universidade Federal de Santa Catarina.

As ações Jean Monnet, que em 2019 completa 30 anos de atividades, têm por objetivo promover a excelência no ensino, na pesquisa e na extensão no campo de estudos da União Europeia em todo o mundo, incentivando a publicação e a disseminação de pesquisas acadêmicas. As iniciativas para a introdução aos estudos do Direito da União Europeia viabilizaram a construção de um evento rico em discussões e produções acadêmicas, cujo resultado pode ser constatado no presente trabalho. Para tanto, os Anais estão organizados em duas partes. A primeira dedica-se a temática dos Direitos e Políticas na União Europeia, a qual realiza uma profunda análise sobre os mais diferentes temas inerentes à integração europeia. A segunda parte aborda uma temática mais abrangente, relacionada ao estudo do direito internacional privado.

Por fim, agradecemos a todos aqueles que foram essenciais para edição dos presentes anais. Em primeiro lugar, aos professores e demais conferencistas que se dispuseram a participar deste evento, contribuindo com os debates e o manancial teórico produzido, à equipe de organização do evento, que trabalhou de maneira incessante para o seu êxito, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC por disponibilizar o espaço físico e insumos para a realização do evento e, particularmente, à Comissão Europeia por viabilizar financeiramente a publicação deste Anais, criando um espaço para a difusão do estudo acerca do Direito da União Europeia.

A Organização

ORGANIZAÇÃO

Anais

Aline Beltrame de Moura
Adrian Mohamed Nunes Amaral
Bettina Gomes Omizzolo

Revisão e formatação

Adrian Mohamed Nunes Amaral
Bettina Gomes Omizzolo

Evento

Coordenação

Aline Beltrame de Moura

Organizadores

Adrian Mohamed Nunes Amaral
Bettina Gomes Omizzolo
Letícia Mulinari Gnoatton
Raul Rietmann de Freitas

PROGRAMAÇÃO DO EVENTO

28 DE MAIO DE 2019

PPGD / UFSC

**PALESTRAS E
WORKSHOP**

I SEMINÁRIO DO MÓDULO JEAN MONNET DESAFIOS PARA A HARMONIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEU

Patrícia Grazziotin Noschang
UPF

Paulo Potiara
Cesusc

Cristiane Derani
UFSC

Aline Beltrame de Moura
UFSC



Co-funded by the
Erasmus+ Programme
of the European Union



Saiba mais: www.ndipr.paginas.ufsc.br

PARTE I
DIREITOS E POLÍTICAS NA UNIÃO EUROPEIA

CORTES REGIONAIS EUROPEIAS E MIGRAÇÃO: A JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA NAS SOLICITAÇÕES DE ASILO

EUROPEAN REGIONAL COURTS AND MIGRATION: THE EUROPEAN CASE LAW ON ASYLUM CLAIMS

*Adrian M. N. Amaral¹
Flávia C. Sperandio²*

RESUMO

A legislação europeia trata dos solicitantes de asilo no Regulamento de Dublin, o qual prevê qual Estado-membro é responsável pela análise do requerimento de asilo submetido por pessoas que buscam proteção internacional. Enquanto o Tribunal de Justiça da União Europeia aplica o regulamento para deportar requerentes de asilo para o país em que adentraram na União, a Corte Europeia de Direitos Humanos, por sua vez, condena Estados-membros que aplicam o direito da União Europeia para justificar seu forte controle migratório. O presente ensaio visa, a partir da metodologia dedutiva, analisar a jurisprudência das cortes regionais europeias para verificar como vem sendo tratada a questão migratória na Europa e tentar responder (I) se as cortes regionais europeias estão dando tratamento adequado aos solicitantes de asilo em território europeu e (II) se há necessidade de reforma do Sistema de Dublin.

Palavras-chave: Direito da União Europeia. Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos. Cortes Internacionais. Migração.

ABSTRACT

The European law deals with asylum seekers in the Dublin Regulation, which provides which member state shall be held responsible for the examination of an application for asylum submitted by persons seeking international protection. While the European Court of Justice applies the Dublin Regulation to allow deportations of asylum seekers to the member states they first entered the EU, the European Court of Human Rights holds that EU members cannot apply the EU law to justify their strong migration control. This essay aims, with the use of deductive logic, to analyse the case law of the European regional courts to verify how international bodies are dealing with the migratory issue and in order to answer (I) whether the European regional courts are giving the proper treatment to asylum seekers in Europe and (II) whether there is a need for a reform of the Dublin system.

Keywords: EU Law. European Human Rights Law. International Courts. Migration.

¹ Mestrando em Direito e Relações Internacionais no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisador no Núcleo de Pesquisas em Direito Internacional Privado UFSC/CNPq. Advogado. E-mail: adrianmnamaral@gmail.com

² Graduanda na Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Integrante da Clínica de Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR e do Núcleo de Estudos em Direito Internacional dos Direitos Humanos da PUCPR. E-mail: flaviacsperandio@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

*Our so frequently suspected loyalty of today has a long history. It is the history of a hundred and fifty years of assimilated Jewry who performed an unprecedented feat: though proving all the time their non-Jewishness, they succeeded in remaining Jews all the same.*¹

O filósofo prussiano Immanuel Kant introduziu o cosmopolitismo no seio do direito internacional, baseado na ideia de hospitalidade, a qual considerava uma questão de direito, não de filantropia.² Esse projeto filosófico buscava primordialmente abranger dentro do escopo do direito internacional tradicional – o qual, à época, ocupava-se exclusivamente da relação entre Estados – as relações entre cidadãos de Estados diferentes com o fim de fundar uma *Federação de Estados Livres* de cidadãos da terra [*Erdbürger*].

Os cidadãos do mundo, conforme o terceiro artigo definitivo para a paz perpétua,³ possuiriam o direito inerente à sua natureza humana de solicitar estadia no estrangeiro, desde que respeitassem as regras de hospitalidade, e o Estado estrangeiro só poderia negar-lhes esse direito de visita se o fizesse de forma não-violenta.

A faculdade de recusa do estrangeiro possuía alguns limites baseados no direito de hospitalidade. O maior limite se daria quando houvesse a equiparação com o que se conhece hoje como asilo político genérico, ou seja, situação em que o Estado recebedor não poderia devolver o *visitante* para território em que houvesse risco de doenças letais, inanição e morte. A admissão do estrangeiro seria, portanto, obrigatória quando o seu retorno pudesse resultar em sua morte.⁴

O *ius cosmopolitanum* de Kant deixou um legado importante, não apenas no que diz respeito à criação de organizações internacionais, como a extinta Liga das Nações e,

¹ ARENDT, Hannah. We refugees. In: ROBINSON, Marc (org.). *Altogether elsewhere: writers on exile*. Winchester: Faber and Faber, 1994. p. 118.

² BENHABIB, Seyla. *Another cosmopolitanism*. Nova York: Oxford University Press, 2006. p. 21-22.

³ KANT, Immanuel. *Per la pace perpetua*. Tradução: Vincenzo Cicero. Milão: Rusconi, 1997. p. 91.

⁴ KLEINGELD, Pauline. Kant's cosmopolitan law: World citizenship for a global order. *Kantian Review*, v. 2, p.72-90, 1998. p. 76.

mais tarde, as Nações Unidas, as quais certamente possuem em seu cerne a ideia de paz perpétua preconizada em sua obra, mas também deixou o embrião do *non-refoulement*, o princípio da não devolução do asilado, que mais tarde seria consagrado no direito internacional do pós-guerra.

No pós-guerra europeu, surgiram alguma dessas organizações internacionais inspiradas nos ideais cosmopolitas kantianos e que existem até hoje: a Organização das Nações Unidas, a União Europeia e o Conselho da Europa. Todas elas tratam em alguma medida do direito internacional e regional de migrantes e refugiados.

A legislação da União Europeia, por exemplo, trata acerca dos solicitantes de asilo no Regulamento de Dublin, o qual prevê qual Estado-membro é responsável pela análise do requerimento de asilo submetido por pessoas que buscam proteção internacional a partir da Convenção de Genebra de 1951, um tratado do sistema global, e da Diretiva 2011/95/UE, a fim de evitar a solicitação de asilo em mais de um país da União, prática denominada *asylum shopping*.

Em 2017, o Tribunal de Justiça da União Europeia aplicou o regulamento, a despeito de sua suspensão parcial, e permitiu a deportação para o país de entrada dos migrantes, situação que resultou no *refoulement* de migrantes a países hostis a políticas migratórias, como a Hungria. Por sua vez, a Corte Europeia de Direitos Humanos já decidiu no sentido de condenar Estados-membros que aplicaram o direito da União Europeia para justificar seu forte controle migratório.

A presente pesquisa visa analisar a jurisprudência das cortes regionais europeias a fim de verificar como vem sendo tratada a questão migratória na Europa, sobretudo no que concerne ao fluxo de cidadãos provenientes de países africanos e do Oriente Médio que buscam asilo ou refúgio no continente europeu. Para esta pesquisa, far-se-á análise documental dos casos decididos pelas cortes regionais europeias.

Diante dessas premissas, o ensaio buscará, em um primeiro momento, apresentar a legislação internacional pertinente à questão migratória no sistema global, o qual serve como regra aplicável também em âmbito europeu, e na legislação pertinente ao direito da União Europeia e ao direito do Conselho da Europa, este último responsável pela criação do Sistema Regional Europeu de Proteção aos Direitos Humanos, no qual a Corte Europeia de Direitos Humanos está inserida. Ademais, será feita uma análise comparativa

da jurisprudência das cortes regionais europeias no que diz respeito às solicitações de asilo, com o intuito de verificar se as cortes estão dando tratamento adequado aos solicitantes de asilo em solo europeu. A partir dessa análise, buscar-se-á responder se existe a necessidade de reforma do Sistema de Dublin.

2. O DIREITO INTERNACIONAL DOS MIGRANTES E REFUGIADOS

*Tout être humain est le résultat d'un père et d'une mère.*⁵

Ao se falar em Direito Internacional dos Refugiados, na verdade está a se falar de uma área específica do Direito Internacional dos Direitos Humanos, este *lex generalis* em relação àquele, o qual é *lex specialis* junto ao Direito Internacional Humanitário, que trata acerca da proteção do ser humano em conflitos armados.⁶ Dito isso, o Direito Internacional dos Refugiados cuida de indivíduos que buscam o direito ao acolhimento suscitado em razão de perseguição ou violação generalizada de direitos humanos,⁷ ou seja, é a questão da hospitalidade que é tratada por este ramo de proteção aos direitos humanos. A migração que não diz respeito aos refugiados em sentido estrito é tratada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Diferentemente de outros âmbitos de proteção à pessoa humana, o Direito Internacional dos Refugiados não possui um mecanismo próprio de interpretação e implementação, como tribunais internacionais para este fim específico, e o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) não tem atribuições vinculativas em relação aos Estados, de modo que não pode sancionar ou obrigar os Estados a tomarem suas orientações.⁸

Há pontos de identidade, convergência e complementaridade do Direito Internacional dos Refugiados com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, como

⁵ LE CLÉZIO, J. M. G. *L'Africain*. Paris: Mercure de France, 2004.

⁶ CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 69.

⁷ CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 69.

⁸ CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 70.

no princípio da proibição da devolução, o *non-refoulement*, presente na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, primeiro tratado internacional a tratar dos refugiados de forma geral, e também nos instrumentos gerais de direitos humanos, como a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e a Convenção Americana de Direitos Humanos, de modo que essa convergência gera uma relação de complementaridade, já que normas do Direito Internacional dos Refugiados não são contrárias e nem excluem as normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos.⁹

Na esfera do Conselho da Europa, na qual se encontra o Sistema Regional Europeu de Proteção aos Direitos Humanos, não há competência dentro da Corte Europeia de Direitos Humanos para se julgar solicitações de asilo feitas com base na Convenção de Genebra de 1951, uma vez que a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) nada diz a respeito de um direito de asilo. Entretanto, os direitos previstos nesta Convenção não estão adstritos aos nacionais dos 48 países membros do Conselho da Europa, de modo que a Corte de Estrasburgo tem utilizado os direitos e liberdades fundamentais previstos na mencionada Convenção para dar proteção a migrantes em território europeu. Apesar de não existir figura equivalente ao refugiado da Convenção de Genebra de 1951 dentro do sistema regional europeu, a CEDH é aplicável a todos, incluindo refugiados.¹⁰ Ademais, o Protocolo n. 4 de 1963 proíbe a expulsão coletiva de estrangeiros em seu Artigo 4.

No âmbito da União Europeia, o Artigo 18 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia salvaguarda o direito ao asilo dentro do quadro da Convenção de Genebra de 1951 e de seu protocolo de 1967. O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) também trata da política de asilo na União fazendo referência à Convenção de Genebra de 1951, além de esclarecer, em seu Artigo 67.2, que política de asilo deve se basear na solidariedade dos Estados membros e no caráter equitativo em relação aos nacionais de países terceiros.

Embora a presente análise tenha como escopo a análise das organizações europeias, uma análise lacônica da legislação onusiana sobre o tema é imprescindível

⁹ CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 70.

¹⁰ LAMBERT, Hélène. The European Convention on Human Rights and the protection of refugees: limits and opportunities. *Refugee Survey Quarterly*, v. 24, n. 2, 2005. p. 39.

para a compreensão que o direito europeu e o sistema regional europeu de proteção de direitos humanos tomam como base ao elaborar sua própria legislação regional e ao solucionar conflitos em âmbito das cortes regionais.

2.1. A PROTEÇÃO NO SISTEMA UNIVERSAL

Quando a Organização das Nações Unidas (ONU) estava focada em construir uma política global de direitos humanos em face dos atos cometidos pelas Potências do Eixo durante os anos de guerra, houve a elaboração do documento que mais tarde se tornaria referência para diversos outros instrumentos de proteção aos direitos humanos: a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) de 1948. Este documento-mor de direitos humanos, apesar de não ter força vinculante e peremptória perante os Estados membros das Nações Unidas, condição que facilitou sua adoção unânime,¹¹ uma vez que Eleanor Roosevelt fez questão de formular a DUDH como uma resolução *soft-law* da Assembleia Geral com o propósito de evitar divergências ideológicas que um documento de força vinculante poderia trazer ao criar obrigações de direito internacional,¹² trouxe em seu corpo a previsão do asilo quando, em seu Artigo 14, dispôs que todo ser humano vítima de perseguição possui o direito de buscar asilo em outros países.

Não obstante a ausência de *status* obrigatório, a DUDH teve, *a posteriori*, uma notável influência sobre documentos internacionais – universais ou regionais – com força vinculante. Enquanto alguns dos direitos foram transformados em *hard law* por diversos tratados, em especial pelo núcleo de tratados de direitos humanos da ONU,¹³ outros se

¹¹ MCCLEAN, Emma. The dilemma of intervention: human rights and the UN security council. In: ODELLO, Marco; CAVANDOLI, Sofia (Ed.). *Emerging Areas of Human Rights in the 21st Century: The Role of the Universal Declaration of Human Rights*. Routledge, 2011. p. 25.

¹² ODELLO, Marco; CAVANDOLI, Sofia (Ed.). *Emerging Areas of Human Rights in the 21st Century: The Role of the Universal Declaration of Human Rights*. Routledge, 2011. p. 1.

¹³ Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984); Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (1990); Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (2006) e Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (2006).

tornaram vinculantes a todos os Estados membros ao se tornarem costume internacional nos termos do Artigo 38.1.b do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Especificamente sobre a situação do asilo, a ONU aprovou em 1951 a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados (Convenção de Genebra de 1951), na qual define o que é refugiado em seu Artigo 1 A (2) e trata acerca do direito de asilo. A Convenção de Genebra considera refugiado o indivíduo que sofre fundado temor de ser perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. Tendo em vista a inexistência de uma definição de “perseguição” no documento, a incumbência de verificar se houve perseguição (ou fundado temor) fica a cargo de interpretação judicial.¹⁴ Todavia, a expressão “fundado temor” deve ser baseado em razoável expectativa de perseguição e comprovada por fatos, uma vez que se trata em um critério objetivo que deve verificar a situação do Estado de origem.¹⁵

Não se pode olvidar que a Convenção de Genebra de 1951 possuía um escopo territorial e temporal que fora mais tarde omitido com o Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967, o qual, em seu Artigo 1.2, redefiniu refugiado como todo ser humano que se enquadre nos termos do Artigo 1 A (2) da Convenção, independente de terem ou não sido vítimas de perseguição ou de seu fundado temor em função de acontecimentos anteriores a 1º de janeiro de 1951, clara referência da Convenção de Genebra aos deslocados dos pós-guerra. Assim, após o Protocolo, a Convenção de Genebra passou a tratar dos refugiados sem limitações temporais e geográficas.

Também na esfera das Nações Unidas, foi assinada em 1990 a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias. Esta Convenção entrou em vigor apenas em 2003 e foi fundamental por garantir proteção mínima a todo trabalhador migrante e aos membros de sua família, de modo que o Estados que ratificarem esta Convenção devem prezar pela não discriminação em matéria de direitos humanos aos trabalhadores migrantes que se

¹⁴ FOSTER, Michelle. *International refugee law and socio-economic rights: refuge from deprivation*. Cambridge University Press, 2007. p. 87.

¹⁵ CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 89.

encontrem em seu território e estejam sob sua jurisdição, em conformidade com o Artigo 7 do instrumento.

2.2. A LEGISLAÇÃO REGIONAL EUROPEIA

Observar como a legislação europeia trata a questão da migração – tanto no que diz respeito ao direito da União Europeia (UE) quanto ao Sistema Regional Europeu de Proteção aos Direitos Humanos – é imprescindível para uma melhor análise da análise jurisprudencial que se seguirá.

No âmbito europeu, existem duas organizações, independentes, que possuem órgãos, estrutura e fontes de direito próprias. O primeiro deles se denomina Conselho da Europa, organização internacional na qual está inserido o Sistema Regional Europeu de Proteção aos Direitos Humanos, e que existe com o fim de assegurar a proteção dos direitos humanos, da democracia e do estado de direito na Europa.¹⁶ O segundo é a União Europeia, corpo econômico e político transnacional que difere da concepção usual de organização internacional já que os Estados-membros que aceitam fazer parte dela cedem em parte sua soberania e permitem que a União aja de forma independente deles,¹⁷ inclusive no que concerne à criação de legislação que vincula todos os seus membros.

É da análise da legislação proveniente dessas organizações que este ensaio passa a se ocupar a seguir.

2.2.1. O Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos

Não há, em âmbito do Sistema Regional Europeu de Proteção aos Direitos Humanos, a previsão expressa de um direito de asilo.¹⁸ Da mesma forma, não possui a Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH) competência para julgar solicitações de asilo baseadas na Convenção de Genebra de 1951, tendo em vista se tratar de matéria

¹⁶ BENOÎT-ROHMER, Florence; KLEBES, Heinrich. *Council of Europe law: towards a pan-European legal area*. Council of Europe, 2005. p. 20.

¹⁷ BORCHARDT, Klaus-Dieter. *The ABC of European Union Law*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017. p. 15.

¹⁸ MOLE, Nuala; MEREDITH, Catherine. *Asylum and the European convention on human rights*. Council of Europe, 2010. p. 19.

discutível perante os tribunais locais e no Tribunal de Justiça da União Europeia. Entretanto, a Corte de Estrasburgo tem se utilizado da abertura da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) que prevê a aplicação dos direitos e liberdades a todos para proteger também migrantes provenientes de países não membros do Conselho da Europa.

A Corte de Estrasburgo possui competência para julgar violações baseadas em direitos e liberdades previstos na CEDH que possam dizer a respeito a cidadãos de Estados alheios ao Conselho da Europa. Para tal feito, pode se utilizar de violações, por exemplo, ao direito à vida (Artigo 2) e à proibição à tortura (Artigo 3) para proteger migrantes em território europeu. Assim, a CtEDH já entendeu em um caso contra o Reino Unido que a deportação de dois indivíduos para a Somália violou o Artigo 3 da CEDH, dada a intensidade da violência existente em Mogadíscio.¹⁹ Em outro caso envolvendo o Reino Unido,²⁰ a CtEDH considerou incompatíveis com os ideais do preâmbulo da CEDH deportar um fugitivo para um Estado onde há razões para crer que ele poderia ser torturado, independente da natureza do crime que tenha cometido. Para a Corte de Estrasburgo, extradições em situações similares são diretamente contrárias ao espírito do Artigo 3 da CEDH, o qual emana um dos valores fundamentais das sociedades democráticas que compõem o Conselho da Europa. Estes julgamentos, ainda que não mencionem diretamente, refletem os ideais cosmopolitas kantianos no que concerne à hospitalidade e à vedação ao retorno do asilado para onde possa correr risco de vida (*non-refoulement*).

Nos julgamentos proferidos pela Corte de Estrasburgo, costuma-se fazer menção a outros documentos internacionais como a própria Convenção de Genebra de 1951 e a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Embora, reconheça a importância do papel desses instrumentos, a CtEDH reafirma que a existência desses instrumentos não afasta a aplicação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, uma vez que eles não podem ser utilizados como justificativa para a violação de direitos previstos na CEDH.²¹

¹⁹ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Sufi and Elmi v. the United Kingdom*, n. 8319/07, 28 jun. 2011, § 250.

²⁰ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Soering v. the United Kingdom*, n. 14038/88, 7 jul. 1989, § 88.

²¹ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Soering v. the United Kingdom*, n. 14038/88, 7 jul. 1989, § 86.

O Artigo 3 da CEDH é considerado o mais relevante para discussões acerca da situação do migrante, bem como o Artigo 4 do Protocolo n. 4, embora este tenha como escopo expulsões coletivas. Prever que nenhum dos membros do Conselho da Europa pode submeter qualquer pessoa a tortura ou penas e tratamentos desumanos ou degradantes significa incluir a proibição do *refoulement* para os Estados signatários da Convenção. Também há de se notar certa relevância nos Artigos 6.1 e 8 da CEDH, uma vez que tratam, respectivamente, acerca da ausência de devido processo legal no país de retorno e da unidade familiar.²²

Outrossim, enquanto a jurisdição da Corte de Estrasburgo não recai diretamente sobre a União Europeia, já houve situação em que a Corte considerou necessário decidir sobre violação coletiva de direitos humanos pelos Estados-membros da União baseada no próprio direito europeu, de modo que a CtEDH entendeu, ao criar a doutrina denominada *Presunção de Bosphorus*, que poderia fazer escrutínio de atos da União Europeia quando houvesse ausência de proteção dos direitos fundamentais dentro das instituições da União Europeia.²³ Não obstante, o Tribunal de Justiça da União Europeia emitiu o parecer consultivo 2/13 em que afirma que a ascensão da União Europeia à CEDH é incompatível com os Artigo 6.2 do Tratado da União Europeia e com o Protocolo n. 8 da União Europeia, de modo a realizar uma espécie controle de constitucionalidade e convencionalidade da legislação da União Europeia para impedir a utilização do Sistema Regional Europeu de Proteção aos Direitos Humanos no âmbito do direito da União Europeia.

2.2.2. O Direito da União Europeia e o Dublin III

No âmbito da União Europeia (UE), a presente análise será restrita aos instrumentos que tratam acerca da questão do migrante, sobretudo no Regulamento de Dublin e, quando couber, no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Ademais, a jurisdição do

²² LAMBERT, Hélène. The European Convention on Human Rights and the protection of refugees: limits and opportunities. *Refugee Survey Quarterly*, v. 24, n. 2, 2005. p. 40.

²³ COSTELLO, Cathryn. *The Human Rights of Migrants in European Law*. Oxford University Press, 2016. p. 51-52.

Tribunal de Justiça da União Europeia é pertinente na questão migratória como se verá adiante em seção dedicada a este propósito.

A Política de Asilo da UE tem como fundamento o TFUE e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A Carta dos Direitos Fundamentais prevê o direito de asilo em seu Artigo 18, o qual garante proteção com base na Convenção de Genebra de 1951. Por sua vez, o Artigo 67.2 do TFUE estabelece que a UE terá uma política comum de asilo que se baseará na solidariedade dos Estados-membros e na igualdade em relação a nacionais de países terceiros, bem como define que os apátridas são equiparados a nacionais de países terceiros. O Artigo 78 do TFUE faz menção à Convenção de Genebra de 1951 para tratar da proteção a qualquer nacional de país terceiro que necessite de proteção internacional, desde que de forma subsidiária e temporária. Ademais, o Artigo 80 reafirma os princípios da solidariedade e da partilha equitativa de responsabilidade, inclusive no que concerne ao plano financeiro.

A despeito da ausência de definição de asilo e refúgio nos instrumentos regionais da UE, verifica-se que o TFUE e a Carta dos Direitos Fundamentais remetem expressamente à Convenção de Genebra de 1951. O direito primário europeu evita, desta forma, a redundância e uma possível contradição com os termos definidos na legislação onusiana. O que TFUE faz, no entanto, é deixar expresso no Artigo 78.1 que a política de asilo deve observar o princípio do *non-refoulement*. Diante disso, esta política de asilo comum inclui medidas e procedimentos comuns relacionadas ao status de asilo e proteção subsidiária (e temporária) aos nacionais de países terceiros.²⁴

Uma incompatibilidade que poderia surgir com o princípio do *non-refoulement* ainda em âmbito do direito primário europeu é a possibilidade de utilização de mecanismos para determinar qual Estado-membro deve ser responsável para examinar a solicitação de asilo, o que permite que um Estado-membro deixe de analisar uma solicitação, desconsiderando a Convenção de Genebra de 1951. Essa permissão poderia resultar em uma remessa do solicitante para um Estado-membro (geralmente o de entrada) que pudesse vir a remover o nacional de país terceiro por meio do *refoulement* indireto.²⁵

²⁴ CHERUBINI, Francesco. *Asylum law in the European Union*. Routledge, 2015. p. 163.

²⁵ CHERUBINI, Francesco. *Asylum law in the European Union*. Routledge, 2015. p. 172.

A determinação do Estado-membro responsável pela solicitação de asilo se dá pelo Regulamento de Dublin, pedra angular da política comum de asilo e que estabelece os critérios e mecanismos para a análise da solicitação de asilo. Trata-se de uma regulação que pressupõe, dentre outras coisas, a confiança mútua entre Estados-membros, a aplicação da Convenção de Genebra de 1951, a existência de um sistema prático e eficaz para tratar do asilo na UE e a cooperação entre Estados-membros.²⁶ O objetivo do Sistema de Dublin é prevenir que um solicitante faça múltiplas aplicações em diversos Estados-membros, prática denominada *asylum shopping*, uma vez que neste sistema a responsabilidade para processar as solicitações recai sobre apenas um Estado-membro.²⁷

O grande impasse do Regulamento de Dublin diz respeito ao critério de determinação sobre qual Estado-membro é responsável pela análise do asilo, uma vez que a interpretação pode divergir no sentido de se optar por uma postura em que se adote o critério do país de entrada do solicitante ou o critério de onde a solicitação tenha sido primeiramente feita. Como muitos dos países de entrada ficam à costa do Mediterrâneo, as autoridades políticas desses Estados-membros passaram a pedir a revisão do Regulamento, sobretudo para fazer valer os princípios da solidariedade e partilha equitativa do TFUE. A revisão também foi sugerida pela Alemanha, a qual não tem problema direto com a entrada de migrantes via mar. Essas demandas refletem o ônus maior que os Estados que ficam em posição geográfica propícia a receber maior número de migrantes têm em relação àqueles mais abastados ao norte da UE.²⁸

O Parlamento Europeu tem se empenhado na reforma no intuito de garantir a partilha da responsabilidade baseada na ideia de solidariedade do TFUE, de modo que no sistema proposto os solicitantes se locomoveriam com base em uma divisão justa calculada em função do PIB e da população dos Estados-membros. Tudo com o apoio e monitoramento da Agência da UE para o Asilo. A proposta também prevê que a recusa dos Estados-membros de primeira linha a registrar as solicitações pode interromper a

²⁶ MCCLOSKEY, Bernard. Third-Country Refugees: The Dublin Regulation/Article 8 ECHR Interface and Judicial Remedies. *International Journal of Refugee Law*, v. 29, n. 4, p. 641-654, 2017. p. 643.

²⁷ GOUDAPPEL, Flora A.N.J; RAULUS, Helena S. The future of asylum in the European Union? Proposals, problems and interaction with international human rights standards. In: GOUDAPPEL, Flora A.N.J; RAULUS, Helena S. (org.). *The future of asylum in the European Union: Problems, proposals and human rights*. Springer Science & Business Media, 2011. p. 3.

²⁸ STAAL, Nynke. *After MSS: the contemporary asylum and migration situation in Greece*. Thesis (Master's Degree in International and European Law) - University of Groningen. Groningen, 2014. p. 19.

recolocação dos solicitantes do seu território, bem como prevê que a recusa à recolocação de solicitantes pode limitar o acesso do Estado-membro aos fundos da UE.²⁹

Por fim, a Turquia suspendeu o acordo que havia feito com a UE para receber de volta os imigrantes que haviam entrado na Grécia pela Turquia em resposta às sanções econômicas feitas pela UE ao país. No acordo, para cada Sírio devolvido, outro sírio proveniente da Turquia seria reinstalado na UE com base nos critérios de vulnerabilidade das Nações Unidas. O acordo também previa também apoio financeiro advindo da UE para a Turquia e isenção de visto para os turcos enquanto em território da UE,³⁰ medidas que não foram cumpridas integralmente segundo autoridades turcas. Ainda assim, a UE vai continuar investindo na Rede de Segurança Social de Emergência, programa que concede um cartão de débito especial para que os refugiados possam pagar por suas necessidades diárias.³¹

3. JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

*People floating like pollen in search of a more fertile soil.*³²

Para ilustrar a aplicação da legislação europeia se propõe a análise das recentes decisões das cortes regionais europeias, uma vinculada ao Conselho da Europa, outra vinculada à União Europeia.

Os tribunais regionais são a Corte Europeia de Direitos Humanos, localizada em Estrasburgo, órgão do Conselho da Europa e que surgiu a partir da Convenção Europeia de Direitos Humanos com o fim de garantir sua adequada aplicação, e o Tribunal de

²⁹ PARLAMENTO EUROPEU. *Regras do sistema de asilo da UE: a posição do Parlamento sobre a reforma da regulação de Dublin*. Bruxelas, 2018. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/world/20180615STO05927/regras-do-asilo-da-ue-posicao-do-parlamento-sobre-a-reforma-da-regulacao-dublin>. Acesso em: 31 jul. 2019.

³⁰ CONSELHO EUROPEU. *Déclaration UE-Turquie, 18 mars 2016*. Bruxelas, 2016. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement>. Acesso em: 31 jul. 2019.

³¹ COMISSÃO EUROPEIA. *Facility for Refugees in Turkey: €127 million to boost EU's largest ever humanitarian programme*. Bruxelas, 5 ago. 2019. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_5049. Acesso em: 10 ago. 2019.

³² CROFTS, Andrew. *Secrets of the Italian gardener*. Scotts Valley: CreateSpace Independent Publishing Platform, 2013.

Justiça da União Europeia, órgão da União Europeia e que está localizado em Luxemburgo e possui como função principal a interpretação da legislação referente ao direito da União Europeia.

3.1. CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS

Os casos apreciados pela Corte Europeia de Direitos Humanos relativos ao procedimento de asilo geralmente concernem a violação dos Artigos 3 e 13 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, referentes à proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante e ao direito a um recurso efetivo.

Não só a CtEDH está vinculada ao Conselho da Europa e possui mais Estados-partes que o TJUE, como não possui contato direto com juízes domésticos e verifica somente a conformidade com a Convenção Europeia de Direitos Humanos dos Estados em geral. Adicionalmente, possui como fator limitador de sua competência o requisito de admissibilidade de exaustão dos recursos domésticos, pois sua estrutura está baseada na premissa que os Estados-membros possuem o dever de desenvolver recursos internos efetivos.³³

Foram selecionadas três decisões emblemáticas da Corte Europeia de Direitos Humanos referentes a asilo e, especialmente, ao Sistema de Dublin, proferidas na última década cuja análise se fará adiante.

3.1.1. M.S.S. vs. Bélgica e Grécia (n. 30.696/09)

Em 21 de janeiro de 2011, a CtEDH expediu decisão relacionada ao caso de um solicitante de asilo afegão que entrou na União Europeia através da Grécia, de onde seguiu viagem até a Bélgica para então requisitar proteção internacional. De acordo com as regras do Sistema de Dublin, a Grécia seria o Estado-membro responsável pela análise da solicitação, portanto, as autoridades belgas prosseguiram com a transferência do

³³ COSTELLO, Cathryn. *The Human Rights of Migrants in European Law*. Oxford University Press, 2016. p. 235.

migrante em junho de 2009. Na Grécia, M.S.S. foi submetido a detenção em condições insalubres antes de viver nas ruas sem receber qualquer auxílio material.

A Corte reconheceu a situação exacerbada dos países que formam as fronteiras externas da União Europeia, especialmente com a transferência dos solicitantes de asilo por outros Estados-membros sob o Sistema de Dublin. Entretanto, a previsão do Artigo 3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos tem caráter absoluto, sendo seu equivalente o Artigo 4 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ou seja, a proibição ao tratamento desumano ou degradante, não podendo nenhum Estado ser absolvido de suas obrigações para com esta previsão. Desta maneira, a CtEDH considerou que a difícil situação na Grécia não deveria ser considerada no exame das acusações contra este país.

A Bélgica foi condenada pela Corte por ter transferido o solicitante de asilo sob o Sistema de Dublin para o Estado-membro responsável para a análise, pois esse país não estava cumprindo com as suas obrigações perante a Convenção Europeia de Direitos Humanos. As autoridades belgas, conhecendo ou tendo o dever de conhecer as precárias condições de detenção e recepção de migrantes na Grécia, deveriam ter utilizado da cláusula de discricionariedade do Sistema de Dublin para impedir a transferência de um indivíduo para um país onde corria real risco de se tornar vítima de tratamento desumano e degradante. Ressaltou-se que a Convenção não impede que Estados transfiram poderes soberanos para organizações internacionais com fins de cooperação em determinadas atividades, contudo, o Estado permanece responsável sob a Convenção por todos os atos ou omissões de seus órgãos sob o direito interno ou mesmo sob obrigações legais internacionais.³⁴

A sentença dispõe ainda que, ao aplicar o Regulamento de Dublin, os Estados devem assegurar que o procedimento de asilo do Estado-membro responsável ofereça segurança suficiente para evitar que o solicitante de asilo seja removido, direta ou indiretamente, para seu país de origem sem análise do risco de violação ao Artigo 3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos³⁵.

³⁴ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *M.S.S. v. Belgium and Greece*, n. 30696/09, 21 jan. 2011, §338.

³⁵ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *M.S.S. v. Belgium and Greece*, n. 30696/09, 21 jan. 2011, §342.

Esse caso foi o marco em que se estabeleceu que os Estados-membros do Regulamento de Dublin não poderiam mais presumir que todos os Estados-membros seriam países seguros, o que é problemático justamente pois todos os países estão comprometidos ao respeito e proteção dos direitos fundamentais como Estados-partes da União Europeia e vinculados a Convenção Europeia de Direitos Humanos.³⁶

3.1.2. Tarakhel vs. Suíça (n. 29.217/12)

Já em 04 de novembro de 2014, a Corte uma vez mais examinou a compatibilidade do Regulamento de Dublin com a Convenção Europeia de Direitos Humanos. O caso se refere a situação migratória de Golajan Tarakhel, sua esposa e seus seis filhos menores, de origem afegã, que vivem em Lausanne na Suíça. Durante a trajetória, a família passou pelo Paquistão, pelo Irã e pela Turquia, de onde enfim chegaram a Itália. Lá foram enviados a um centro de recepção para solicitantes de asilo, de onde se retiraram sem permissão e viajaram para a Áustria, país ao qual solicitaram e tiveram negado o pedido de asilo, tendo sido solicitada a transferência de volta para Itália, de acordo com o Regulamento de Dublin. Contudo, a família viajou para a Suíça em novembro de 2011 e uma vez mais solicitou asilo. As autoridades suíças solicitaram a transferência da família para Itália em conformidade com suas obrigações com o Sistema de Dublin. A família recorreu internamente e diante do insucesso, buscou a Corte Europeia de Direitos Humanos.

Adotou-se um posicionamento similar ao presente no caso *M.S.S. vs. Bélgica e Grécia* e se destacou que em casos de transferências dentro do Sistema de Dublin, a presunção de que o Estado-membro responsável irá atuar em acordo com o Artigo 3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos pode ser contestada, uma vez existente indícios de motivos substanciais para se crer que o indivíduo está sob real risco de ser submetido a tratamento contrário à previsão mencionada.

³⁶ STAAL, Nynke. *After MSS: the contemporary asylum and migration situation in Greece*. Thesis (Master Degree in International and European Law) - University of Groningen. Groningen, 2014. p. 18.

Ou seja, a presunção de que um Estado participante do Sistema de Dublin irá respeitar os direitos fundamentais não é irrefutável.³⁷ A CtEDH entendeu que a estrutura e situação geral do sistema de recepção e asilo na Itália não poderia unicamente servir como suficiente para a não remoção de migrantes para aquele país, contudo as informações recebidas pela Corte levantaram dúvidas significativas quanto à capacidade do sistema.³⁸

Em conclusão, decidiu-se que caso as autoridades suíças removessem a família para a Itália sem antes obter garantias individuais das autoridades italianas de que os requerentes seriam recebidos de maneira apropriada e de acordo com a idade das crianças, além da garantia de que a família seria mantida unida, estaria violando o Artigo 3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. De certa maneira, essa sentença serviu como crítica ao posicionamento adotado pelo TJUE nos casos N.S. e M.E., os quais serão analisados adiante, já que reforçou a importância de uma análise e busca por garantias individualizadas aos solicitantes de asilo, bastando a falta de tais garantias para haja a suspensão da transferência, sem necessidade de falhas sistêmicas e evidentes no país responsável.³⁹

3.1.3. Ilias e Ahmed vs. Húngria (n. 47.287/15)

Em 14 de março de 2017 a Corte proferiu sentença condenatória a Hungria por conta de sua atividade em relação ao Regulamento de Dublin. Tratavam-se de dois nacionais de Bangladesh que transitaram pela Grécia e Sérvia antes de chegarem na Hungria. Lá solicitaram asilo e permaneceram detidos por 23 dias. O pedido de asilo foi negado e os migrantes foram transportados pelas autoridades húngaras até a fronteira sérvia, de onde adentraram o território. Os migrantes buscaram a Corte Europeia de Direitos Humanos para que a detenção fosse reconhecida como violadora dos artigos 3,

³⁷ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Tarakhel v. Switzerland*, n. 29217/12, 04 nov. 2014, §103.

³⁸ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Tarakhel v. Switzerland*, n. 29217/12, 04 nov. 2014, §115.

³⁹ RIZCALLAH, Cecilia. The Dublin system: *The ECJ squares the circle between mutual trust and human rights protection*. EU Law Analysis, 2017. Disponível em: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/02/the-dublin-system-ecj-squares-circle.html>. Acesso em: 30 jul. 2019.

5 e 13 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, bem como a caracterização da expulsão para Sérvia como possível "*refoulement* em cadeia" para a Grécia, violando também o Artigo 3 da Convenção.

A Corte de Estrasburgo entendeu que de fato a detenção fora irregular e violou os direitos anteriormente mencionados. A expulsão para a Sérvia expôs os migrantes a possível tratamento desumano e degradante. A expulsão se deu com base em uma lista do governo húngaro de terceiros países seguros, contudo, não levou em consideração relatórios de organizações internacionais, incluindo o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, que mostravam o contrário.⁴⁰ As autoridades húngaras não examinaram os riscos associados a expulsão dos migrantes para a Sérvia e a possibilidade destes serem expulsos para a Grécia, caracterizando assim o chamado "*refoulement* em cadeia", país em que ao tempo as condições não eram propícias para migrantes transferidos dentro do Regulamento de Dublin.⁴¹

Com esta sentença a CtEDH firmou o entendimento de que não basta a ratificação da Convenção de Genebra de 1951 para que um Estado possa ser considerado como seguro. Desta forma, a decisão pode servir como base para o questionamento de acordos firmados com países terceiros para administrar e controlar a entrada de solicitantes de asilo no território da União Europeia, como o anteriormente mencionado acordo entre a Turquia e a União Europeia.⁴²

3.2. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Em sua maioria, os casos analisados foram requeridos ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) pelas cortes nacionais dos Estados-membros para que fossem esclarecidos aspectos práticos da aplicação do Sistema de Dublin, especialmente quanto a transferência de solicitantes de asilo para o então chamado Estado-membro responsável pela análise daquele pedido de proteção internacional.

⁴⁰ Corte Europeia de Direitos Humanos. *Ilias and Ahmed v. Hungary*, n. 47287/15, 14 mar. 2017, §122.

⁴¹ Corte Europeia de Direitos Humanos. *Ilias and Ahmed v. Hungary*, n. 47287/15, 14 mar. 2017, §123.

⁴² VENTURI, Denise. *The ECtHR Ruling in Ilias and Ahmed: 'safe third country' concept put to the test*. European Database of Asylum Law (EDAL), 2017. Disponível em: <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/journal/ecthr-ruling-ili-as-and-ahmed-'safe-third-country'-concept-put-test>. Acesso em: 1 ago. 2019.

Esse Tribunal possui uma competência mais ampla que a Corte Europeia de Direitos Humanos, sendo que suas duas principais funções são assegurar que os Estados-membros cumpram com a legislação da União Europeia e manter as instituições da União em conformidade. O TJUE possui uma linha de comunicação direta com os juízes dos Estados-membros, garantindo assim que as decisões domésticas estejam em consonância com sua interpretação.⁴³ Guiraudon coloca essa característica como ponto chave para uma atuação ousada e sem receios de emitir decisões controversas.⁴⁴

O recorte temporal adotado foi a atual década, tendo sido analisadas três sentenças emitidas pelo Tribunal entre 2012 e 2019, das quais os mais relevantes pontos serão analisados adiante.

3.2.1. C-411/10 e C-493/10 (N.S. vs. Reino Unido e M.E. vs. Irlanda)

Ambos julgados em união em 21 de dezembro de 2012, o caso C-411/10 diz respeito a um nacional Afegão que adentrou a União Europeia em 2008 através da Grécia. Expulso para a Turquia, permaneceu detido lá por mais dois meses. Ao escapar dessa detenção se dirigiu ao Reino Unido, onde enfim solicitou asilo, sendo colocado sob o procedimento de Dublin. Já o caso C-493/10 se refere a cinco migrantes, sem relações entre si, vindos do Afeganistão, Irã e Argélia, tendo todos adentrado o continente via Grécia, onde foram detidos pela entrada irregular e, mais tarde, viajado para Irlanda onde solicitaram asilo.

A Irlanda e o Reino Unido solicitaram ao Tribunal que interpretasse se os Estados-membros estão obrigados a verificar se os países responsáveis pelos solicitantes de asilo estão em conformidade com os direitos fundamentais da União Europeia. O TJUE se utilizou do princípio da confiança mútua entre Estados-membros, sendo assim presumível que todos os países participantes observem e respeitem os direitos fundamentais.⁴⁵ Contudo, o Tribunal reconhece que na prática alguns Estados podem

⁴³ COSTELLO, Cathryn. *The Human Rights of Migrants in European Law*. Oxford University Press, 2016. p. 244.

⁴⁴ GUIRAUDON, Virginie. European courts and foreigners' rights: A comparative study of norms diffusion. *International Migration Review*, v. 34, n. 4, p. 1088-1125, 2000.

⁴⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *N.S. v. the United Kingdom and M.E. v. Ireland*, C-411/10 e C/493/10, 21 dez. 2012, §78.

enfrentar problemas operacionais que coloquem os solicitantes de asilo em potencial risco de violação de seus direitos fundamentais. Ainda assim, adota-se o posicionamento de que não pode qualquer violação de direitos fundamentais afetar as obrigações de outros Estados-membros de cumprir com o Regulamento de Dublin, pois isto seria incompatível com os objetivos de suas próprias disposições.⁴⁶

A proibição da transferência para o Estado-membro responsável deve se dar somente quando houver falhas sistêmicas nos procedimentos de asilo e recepção dos migrantes que possam gerar real risco que o solicitante de asilo seja submetido a tratamento desumano ou degradante, sendo contrário ao Artigo 4 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Desta forma, os Estados-membros não podem trabalhar com presunções conclusivas da conformidade com os direitos fundamentais.⁴⁷ Esta foi a maneira que o TJUE encontrou de manter o Sistema de Dublin em eficaz funcionamento independente da existência de falhas nos sistemas nacionais de asilo.⁴⁸

3.2.2. C-578/16 (C.K. e outros vs. Eslovênia)

Analisado na data de 16 de fevereiro de 2017, o caso se refere a C.K., grávida de origem síria e a H.F., de origem egípcia, os quais entraram na União Europeia com um visto válido expedido pelas autoridades croatas e, após curta estadia no país, cruzaram a fronteira para a Eslovênia onde solicitaram asilo e foram admitidos em um centro de recepção de migrantes. A Eslovênia expede, então, uma ordem de transferência para o Estado-membro responsável, a Croácia, após demandar garantias que os solicitantes, bem como seu filho, recebessem os cuidados médicos adequados, uma vez atestada a necessidade de atenção especial. Após embate entre as autoridades internas, a Suprema Corte eslovena demandou ao TJUE se, em casos particulares de sérias doenças físicas ou mentais em que a transferência do indivíduo resultasse em real e provado o risco de

⁴⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *N.S. v. the United Kingdom and M.E. v. Ireland*, C-411/10 e C/493/10, 21 dez. 2012, §§82-85.

⁴⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *N.S. v. the United Kingdom and M.E. v. Ireland*, C-411/10 e C/493/10, 21 dez. 2012, §100.

⁴⁸ RIZCALLAH, Cecilia. The Dublin system: The ECJ squares the circle between mutual trust and human rights protection. Disponível em: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/02/the-dublin-system-ecj-squares-circle.html>. Acesso em: 30 jul. 2019.

agravamento do estado de saúde constituiria tratamento desumano ou degradante, contrário ao Artigo 4 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

A decisão tomada foi no sentido de que mesmo que não haja motivos substanciais para se acreditar que haja falhas sistêmicas no Estado-membro responsável pela análise da solicitação de asilo, a transferência só pode ocorrer em condições que excluam a possibilidade de um real e provado risco de que a pessoa referida sofra de um tratamento desumano e degradante. Em casos de sérias enfermidades mentais ou físicas, em que a transferência significaria um real e provado risco de agravamento do estado de saúde, considera-se a transferência como a submissão a tratamento desumano ou degradante.⁴⁹

Fez-se menção ainda ao princípio da mútua confiança e que a decisão estaria em total conformidade com este, uma vez que se um Estado-membro procedesse com a transferência de um solicitante de asilo em tais condições, o tratamento desumano e degradante não seria atribuído ao Estado-membro responsável, mas sim ao primeiro Estado sozinho.⁵⁰

Esta decisão apresenta uma mudança crucial na jurisprudência do TJUE quanto a relação entre o princípio da mútua confiança e a proteção de indivíduos de tratamento desumano ou degradante, reconhecendo a necessidade de interdependência entre estes. Passa-se a considerar então que o princípio da mútua confiança é realçado com a eficaz aplicação do Artigo 4 da Carta dos Direitos Fundamentais.⁵¹

3.2.3. C-661/17 (M.A. e outros vs. Irlanda)

Em sua decisão mais recente, expedida em 23 de janeiro de 2019, o TJUE fez a análise de eventos recentes sob o espectro do Sistema de Dublin. O caso diz respeito a um casal nacional de um país terceiro cujo filho estava recebendo tratamento médico na

⁴⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *C.K. and others v. Slovenia*, C-578/16, 16 fev. 2017, §96.

⁵⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *C.K. and others v. Slovenia*, C-578/16, 16 fev. 2017, §95.

⁵¹ RIZCALLAH, Cecilia. The Dublin system: The ECJ squares the circle between mutual trust and human rights protection. Disponível em: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/02/the-dublin-system-ecj-squares-circle.html>. Acesso em: 30 jul. 2019.

Irlanda. As autoridades irlandesas recomendaram a transferência da família para o Reino Unido, após decidirem não aplicar a cláusula de discricionariedade prevista no Artigo 17 do Regulamento de Dublin. Os requerentes recorreram da decisão sob a justificativa de que o Reino Unido estava se retirando da União Europeia. A Corte Superior Irlandesa demandou então ao TJUE que esclarecesse se a retirada do Reino Unido da União Europeia vinculava as autoridades de Estados-membros a utilização da cláusula de discricionariedade e se esta também obriga o Estado a tomar em consideração o melhor interesse da criança e analisar a solicitação de asilo, mesmo quando não responsável.

O Tribunal compreendeu que a notificação da intenção de se retirar da União Europeia do Estado-membro responsável pela análise da solicitação de asilo não cria qualquer obrigação da utilização da cláusula de discricionariedade por um Estado-membro, uma vez que a lei continua a ser aplicada até a retirada oficial do país da União Europeia.⁵² Inclusive, reforçou-se a ideia de que a utilização da cláusula de discricionariedade é inteiramente opcional aos Estados.⁵³ Neste mesmo sentido, entendeu-se que o melhor interesse da criança não obriga Estados-membros não responsáveis a utilização do Artigo 17.⁵⁴

A recente decisão do Tribunal pode ser compreendida como um distanciamento dos padrões de proteção necessários para que os Estados exerçam de fato o princípio da mútua confiança em matéria de asilo. Pois, provavelmente esta será a última decisão antes da saída definitiva do Reino Unido da União Europeia e posteriormente os indivíduos transferidos dentro do Regulamento de Dublin não gozarão das garantias processuais existentes no sistema, os deixando a mercê de normas menos protetivas.⁵⁵

⁵² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *M.A. and others v. Ireland*, C-661/17, 23 jan. 2019, §54.

⁵³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *M.A. and others v. Ireland*, C-661/17, 23 jan. 2019, §58.

⁵⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *M.A. and others v. Ireland*, C-661/17, 23 jan. 2019, §70.

⁵⁵ AVIAT, Mona. L'avenir incertain de la protection post-Brexit des demandeurs d'asile sous le régime des règlements Dublin. Une étude de l'arrêt MA et autres c. Irlande, CJUE, 23 janvier 2019 (C-661/17). *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 2019, §25.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

*Thus the hearsomeness of the burger
felicitates the whole of the polis.*⁵⁶

As premissas apresentadas neste pequeno ensaio não pretendem ser conclusivas. Há de se considerar que a migração é uma questão em andamento e que as cortes regionais europeias ainda estão a decidir casos acerca da temática. No entanto, algumas ponderações podem ser feitas diante do que fora exposto no tocante à apresentação das regras acerca de migrantes e refugiados no continente europeu e ao tratamento concedido pelas cortes regionais europeias.

Verificou-se que no direito do Conselho da Europa, a Corte Europeia de Direitos Humanos não pode verificar diretamente questões concernentes à migração e asilo, uma vez que não há previsão expressa acerca do tema na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Entretanto, a Corte de Estrasburgo, ao analisar violação de outros direitos previsto na Convenção, sobretudo a proibição à tortura, acaba por tratar da questão migratória, especialmente impedindo que haja o *refoulement* de migrantes para países em que possam sofrer violações de direitos humanos. Os casos tratados por essa Corte ilustram a priorização da proteção aos direitos dos migrantes, exigindo que os países parte do Sistema de Dublin assegurem a existência de garantias individuais aos transferidos sob o regulamento e ampliando o espectro de proteção ao questionar as condições de países anteriormente considerados seguros. Ademais, no intuito de proteger os direitos e liberdade da Convenção, a Corte deliberou que poderia verificar violações coletivas de direitos humanos pelos Estados-membros da União Europeia na doutrina que ficou conhecida como *Presunção de Bosphorus*. No entanto, após a ascensão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos, o Tribunal de Justiça da União Europeia emitiu o parecer 2/13, o qual considerou a ascensão incompatível com o Artigo 6.2 do Tratado da União Europeia. Destarte, não obstante não afastar de todo a aplicabilidade da jurisdição da Corte de Estrasburgo, as instituições da União

⁵⁶ JOYCE, James. *Finnegans Wake*. Londres: Penguin Books, 1992.

basicamente têm a palavra final sobre direitos humanos dentro do território dos Estados-membros.

No âmbito da União Europeia, verificou-se que o Sistema de Dublin tem sido utilizado para devolver migrantes para o país de entrada na União, o que tem causado *refoulement*, ainda que indireto, uma vez que alguns desses membros não são simpatizantes de políticas públicas referentes à migração. A grande questão é que o direito primário da União, o qual deve ser aceito automaticamente por todos os Estados-membros, concede proteção a migrantes e refugiados ao fazer referência direta à Convenção de Genebra de 1951, bem como tratar de sua aplicabilidade. Como fora analisado nos casos elencados, muitas vezes o Tribunal de Justiça da União Europeia trata simultaneamente a proteção dos migrantes transferidos com o princípio da mútua confiança e, conseqüentemente, atua no sentido de proteger o eficaz funcionamento do Regulamento de Dublin. Assim, a proposta de reforma do Sistema de Dublin se mostra pertinente no cenário atual, em que os Estados-membros da União se mostram, ainda que por razões diversas, favoráveis à adoção de uma quota igualitária baseada na solidariedade da política de asilo da União Europeia.

A superação do modelo atual é um desafio que a União Europeia precisa encarar, sobretudo ao se levar em consideração a crise migratória no Mediterrâneo. As instituições da União Europeia, ao continuar usando o sistema como ele se encontra, acabam por realizar atos que violam o princípio do *non-refoulement*, além de não obedecer aos princípios da solidariedade e da igualdade que regem sua própria política de asilo. A reforma do sistema defendida pelo Parlamento Europeu daria nova vida à política migratória e poderia ser uma potencial solução para a crise migratória, uma vez que não concentraria a responsabilidade sobre migrantes a apenas alguns membros. O próximo passo para uma política mais justa é a divisão por quota da responsabilidade sobre os refugiados, algo que não pode ser feito de forma efetiva com o sistema vigente.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. We refugees. In: ROBINSON, Marc (org.). *Altogether elsewhere: writers on exile*. Winchester: Faber and Faber, 1994.

AVIAT, Mona. L'avenir incertain de la protection post-Brexit des demandeurs d'asile sous le régime des règlements Dublin. Une étude de l'arrêt MA et autres c. Irlande, CJUE, 23 janvier 2019 (C-661/17). *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 2019.

BENHABIB, Seyla. *Another cosmopolitanism*. Nova York: Oxford University Press, 2006.

BENOÎT-ROHMER, Florence; KLEBES, Heinrich. *Council of Europe law: towards a pan-European legal area*. Council of Europe, 2005.

BORCHARDT, Klaus-Dieter. *The ABC of European Union Law*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017.

CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CHERUBINI, Francesco. *Asylum law in the European Union*. Routledge, 2015.

COMISSÃO EUROPEIA. *Facility for Refugees in Turkey: €127 million to boost EU's largest ever humanitarian programme*. Bruxelas, 5 ago. 2019. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_5049. Acesso em: 10 ago. 2019.

CONSELHO EUROPEU. *Déclaration UE-Turquie, 18 mars 2016*. Bruxelas, 2016. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement>. Acesso em: 31 jul. 2019.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Ilias and Ahmed v. Hungary*, n. 47287/15, 14 mar. 2017.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *M.S.S. v. Belgium and Greece*, n. 30696/09, 21 jan. 2011.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Soering v. the United Kingdom*, n. 14038/88, 7 jul. 1989.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Sufi and Elmi v. the United Kingdom*, n. 8319/07, 28 jun. 2011.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Tarakhel v. Switzerland*, n. 29217/12, 04 nov. 2014.

COSTELLO, Cathryn. The Bosphorus ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental rights and blurred boundaries in Europe. *Human Rights Law Review*, v. 6, n. 1, p. 87-130, 2006.

COSTELLO, Cathryn. *The Human Rights of Migrants in European Law*. Oxford University Press, 2016.

CROFTS, Andrew. *Secrets of the Italian gardener*. Scotts Valley: CreateSpace Independent Publishing Platform, 2013.

FOSTER, Michelle. *International refugee law and socio-economic rights: refuge from deprivation*. Cambridge University Press, 2007.

GAGNEBIN, Jeanne Marie. A memória dos mortais: notas para uma definição de cultura a partir de uma leitura da Odisseia. In: GAGNEBIN, Jeanne Marie. *Lembrar escrever esquecer*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

GOUDAPPEL, Flora A.N.J; RAULUS, Helena S. The future of asylum in the European Union? Proposals, problems and interaction with international human rights standards. In: GOUDAPPEL, Flora A.N.J; RAULUS, Helena S. (org.). *The future of asylum in the European Union: Problems, proposals and human rights*. Springer Science & Business Media, 2011.

GUIRAUDON, Virginie. European courts and foreigners' rights: A comparative study of norms diffusion. *International Migration Review*, v. 34, n. 4, p. 1088-1125, 2000.

JOYCE, James. *Finnegans Wake*. Londres: Penguin Books, 1992.

KANT, Immanuel. *Per la pace perpetua*. Tradução: Vincenzo Cicero. Milão: Rusconi, 1997.

KLEINGELD, Pauline. Kant's cosmopolitan law: World citizenship for a global order. *Kantian Review*, v. 2, p.72-90, 1998.

LAMBERT, H el ene. The European Convention on Human Rights and the protection of refugees: limits and opportunities. *Refugee Survey Quarterly*, v. 24, n. 2, 2005.

LE CL EZIO, J. M. G. *L'Africain*. Paris: Mercure de France, 2004.

MCCLEAN, Emma. The dilemma of intervention: human rights and the UN security council. In: ODELLO, Marco; CAVANDOLI, Sofia (org.). *Emerging Areas of Human Rights in the 21st Century: The Role of the Universal Declaration of Human Rights*. Routledge, 2011.

MCCLOSKEY, Bernard. Third-Country Refugees: The Dublin Regulation/Article 8 ECHR Interface and Judicial Remedies. *International Journal of Refugee Law*, v. 29, n. 4, p. 641-654, 2017.

MOLE, Nuala; MEREDITH, Catherine. *Asylum and the European convention on human rights*. Council of Europe, 2010.

ODELLO, Marco; CAVANDOLI, Sofia (org.). *Emerging Areas of Human Rights in the 21st Century: The Role of the Universal Declaration of Human Rights*. Routledge, 2011.

PARLAMENTO EUROPEU. *Regras do sistema de asilo da UE: a posição do Parlamento sobre a reforma da regulação de Dublin*. Bruxelas, 2018. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/world/20180615STO05927/regras-do-asilo-da-ue-posicao-do-parlamento-sobre-a-reforma-da-regulacao-dublin>. Acesso em: 31 jul. 2019.

RIZCALLAH, Cecilia. The Dublin system: *The ECJ squares the circle between mutual trust and human rights protection*. EU Law Analysis, 2017. Disponível em: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/02/the-dublin-system-ecj-squares-circle.html>. Acesso em: 30 jul. 2019.

STAAL, Nynke. *After MSS: the contemporary asylum and migration situation in Greece*. Thesis (Master's Degree in International and European Law) - University of Groningen. Groningen, 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *C.K. and others v. Slovenia*, C-578/16, 16 fev. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *M.A. and others v. Ireland*, C-661/17, 23 jan. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *N.S. v. the United Kingdom and M.E. v. Ireland*, C-411/10 e C/493/10, 21 dez. 2012.

VENTURI, Denise. *The ECtHR Ruling in Ilias and Ahmed: 'safe third country' concept put to the test*. European Database of Asylum Law (EDAL), 2017.

A PROPOSTA DE CRIAÇÃO DE UMA CORTE COMERCIAL EUROPEIA

THE SPECIALIZED EUROPEAN COMMERCIAL COURT PROPOSAL

Bettina Gomes Omizzolo¹

RESUMO

O desenvolvimento do comércio internacional implica em diversas relações e conflitos jurídicos que requerem uma tutela adequada. Ao longo dos anos a arbitragem consolidou-se como meio de resolução de disputas de excelência em matéria de comércio internacional. Ultimamente tem-se observado o início de uma mudança de paradigma, despertado pelo Brexit e pelo senso de oportunidade de diversos países, através da criação de cortes comerciais internacionais especializadas nesse tipo de conflito. O Parlamento Europeu avalia a possibilidade de criação de um tribunal dessa alçada em âmbito comunitário. Nesse contexto, a presente pesquisa objetiva analisar que elementos devem pautar a criação de uma corte comercial europeia capaz de suprir a demanda do mercado de resolução de disputas internacionais em matéria comercial.

Palavras-chave: Resolução de disputas; Contencioso Internacional; Cortes Comerciais Internacionais; Corte Comercial Europeia.

ABSTRACT

The development of international trade results in several legal relationships and conflicts that require an appropriate treatment. Over the years arbitration has become the standard dispute resolution mechanism in international trade. Lately it is possible to observe a change, or at least an attempt, of such paradigm, with the rise of new international commercial courts as a market opportunity due to the consequences of Brexit. The European Parliament assesses the possibility of creating a European Commercial Court, under EU Law. In this scenery, the purpose of this research is analyzing what characteristics the European Commercial Court should feature to achieve competitiveness in the international litigation market.

Keywords: Dispute Resolution; International Litigation; International Commercial Courts; European Commercial Court.

¹ Mestranda em Direito e Relações Internacionais no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Bacharel em Direito pela mesma instituição. Pesquisadora no Núcleo de Pesquisas em Direito Internacional Privado UFSC/CNPq e monitora do Grupo de Estudos em Arbitragem Internacional da UFSC. Membro das Comissões de Direito e Relações Internacionais e de Arbitragem da OAB/SC. Advogada em Florianópolis/SC.

1. INTRODUÇÃO

A contratação internacional evolui constantemente com processos de globalização e integração econômica que permitem o fomento das relações comerciais e consequentemente, o surgimento de litígios decorrentes dessas relações. Atualmente o Direito Comercial Internacional é considerado ramo autônomo do Direito, bem como um mercado em contínuo crescimento, no qual se busca apresentar soluções jurídicas inovadoras e atuais, capazes de impulsionar o fluxo das relações comerciais e dissolver eventuais imbrólios.

O princípio da autonomia da vontade das partes, bem como a *lex mercatoria*, caracteriza o desenvolvimento de determinados mercados de resolução de disputas comerciais internacionais, como o foi ao longo dos anos o desenvolvimento da arbitragem. Contratos internacionais e a utilização de mecanismos alternativos para resolução de disputas internacionais revelam algumas preferências dos atores do comércio internacional para resolução desses litígios. No âmbito europeu verifica-se grande disparidade na escolha das leis de determinados países para com os demais, seja para reger relações jurídicas ou funcionarem como foro eleito pelas partes.

Nesse sentido alguns países buscam modernizar seus sistemas judiciários a fim de atrair interesses internacionais, especialmente diante das possíveis consequências do fenômeno do Brexit. Esse movimento traduz-se, por exemplo, na criação de cortes comerciais especializadas em demandas internacionais, como vêm se observando em diversas cidades consideradas centros econômico-financeiros, tais como Paris, Frankfurt, Bruxelas e Singapura.

Nesse cenário o Parlamento Europeu analisa a possibilidade de instituir uma corte especializada em comércio internacional em âmbito comunitário, visando ampliar o mercado de resolução de disputas no bloco e atrair parte desse mercado ao organograma da União Europeia. A presente pesquisa objetiva analisar que elementos devem pautar a criação de uma corte comercial europeia capaz de suprir a demanda do mercado de resolução de disputas internacionais em matéria comercial.

2. PANORAMA DA RESOLUÇÃO DE DISPUTAS EM COMÉRCIO INTERNACIONAL

O desenvolvimento do comércio e a intensificação das relações internacionais revelam-se essenciais para o desenvolvimento econômico e prosperidade social, de modo que o comércio internacional propicia a circulação de riquezas, bens, serviços e indivíduos. A atividade comercial em âmbito internacional reflete dinamicidade das relações econômicas e interpessoais, mantendo-se a frente da atuação do Estado em matéria de mutação, atualização e adaptação à realidade econômica, vindo a ser um dos maiores responsáveis pelo desenvolvimento civilizatório.²

Essas relações econômicas implicam também em relações jurídicas, a exemplo da proteção dos direitos de propriedade intelectual, da regulação de empresas transnacionais, ou da contratação internacional envolvendo empresas privadas, estatais, Estados, sociedades mercantis, dentre outros sujeitos.³ Tais relações jurídicas comportam ainda potenciais conflitos comerciais, muitas vezes pautados por fortes diferenças culturais, flutuação de preços no mercado, empecilhos no transporte de cargas, dentre outras razões cuja resolução exige resultados ágeis e adequados à economia globalizada. Apesar da ampliação das relações comerciais, os sistemas judiciais de muitos países não respondem a esse crescimento na mesma velocidade, pois são naturalmente pensados para atender demandas jurídicas de direito interno.⁴

Nesse cenário de crescente globalização e fomento das relações transfronteiriças, demandas contenciosas tradicionalmente levadas ao Poder Judiciário foram alvo de uma mudança de paradigma⁵ através da intensa utilização de métodos alternativos de

² VIDIGAL, Erick. *A Lex Mercatoria e sua aplicação no mundo contemporâneo*. Brasília: Universitas, 2011, v. 9, n. 1, pp. 473-485, p. 474.

³ BIJOS, Leila; OLIVEIRA, João Rezende Almeida; BARBOSA, Leonardo Garcia. Direito do Comércio Internacional: delimitação, características, autorregulação, harmonização e unificação jurídica e Direito Flexível. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 50, n. 197, p.249-256, 31 mar. 2013, p 250.

⁴ MENON, Sundaresh. *International Commercial Courts: Towards a Transnational System of Dispute Resolution: Opening Lecture for the DIFC Courts Lecture Series 2015*. 2015. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/default-document-library/media-room/opening-lecture---difc-lecture-series-2015.pdf>. Acesso em: 20 maio 2019.

⁵ MCLEAN, David J. *Toward a New International Dispute Resolution Paradigm: Assessing the Congruent Evolution of Globalization and International Arbitration Anniversary Contributions - International Litigation & Arbitration*. *University Of Pennsylvania Journal Of International Law*, v. 30, n. 4, p.1087-1097, jul. 2009, p. 1087.

resolução de disputas, entendidos como mais adequados à complexidade dessas demandas por proporcionarem às partes, comumente advindas de culturas distintas, um foro neutro e uma alternativa a potenciais parcialidades no processo decisório do juízo estatal, além da possibilidade de se conduzir o procedimento em caráter confidencial.⁶

Com o advento da Convenção de Nove Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 e a uniformização de regras que permitissem a exequibilidade de sentenças arbitrais estrangeiras entre os Estados signatários mais facilmente, a arbitragem internacional tornou-se o mais popular mecanismo de resolução de disputas comerciais, também em virtude do desenvolvimento de outros diplomas internacionais⁷ que facilitaram o desenvolvimento desse método heterocompositivo.

Margaret Moses aponta que a arbitragem se tornou o método padrão para resolução de disputas na maioria das transações comerciais internacionais.⁸ Dentre os aspectos do instituto que garantiram sua ampla aceitação no mercado internacional tem-se a flexibilidade, o respeito a autonomia da vontade das partes, a possibilidade de escolha dos árbitros, o caráter confidencial, a possibilidade de escolha da lei aplicável e a garantia de reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros por autoridades judiciais, justamente em razão da Convenção de Nove Iorque.⁹

A arbitragem revelou-se um método de resolução de disputas necessário e adequado ao fluxo comercial internacional, ao permitir foros neutros, reduzindo a insegurança jurídica dos contratantes em submeter seus negócios à jurisdições com as quais não tem familiaridade, além de oferecer economia, flexibilidade e confidencialidade na resolução de disputas comerciais internacionais.¹⁰

⁶ HOELLERING, Michael F.. *Alternative Dispute Resolution and International Trade*. N.Y.U Review Of Law And Social Change, Nova Iorque, n. 14, p.785-795, 1986, p. 785.

⁷ Alguns exemplos são a Convenção sobre a Resolução de Controvérsias sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados (1965), o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL (1976), a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional (1985), dentre outros.

⁸ MOSES, Margaret L.. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 01.

⁹ ARAUJO, Nadia de; SPITZ, Lidia. *A Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras: análise sobre seu âmbito de aplicação*. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (Org.). *Arbitragem Comercial Internacional: A convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁰ MENON, 2015.

Apesar de serviços legais, de assessoria jurídica, não serem entendidos propriamente como bens de mercado, a oferta desses, bem como os sistemas jurídicos de cada país definitivamente interferem na tomada de decisões em matéria de comércio internacional. Na medida em que indivíduos e empresas passaram a buscar por legislações atrativas aos negócios internacionais, Eidenmüller afirma que o Direito pôde ser considerado um *commodity* em muitos lugares do mundo.¹¹ Pesquisa conduzida pela Universidade Queen Mary em parceria com o escritório de advocacia White & Case em 2010¹² revelou que a escolha da lei aplicável a procedimentos arbitrais é influenciada pela neutralidade e imparcialidade do sistema jurídico de um determinado país quanto às partes e o contrato celebrado entre elas, bem como pela compatibilidade de determinada lei com o tipo de negócio em questão e a familiaridade das partes para com aquele ordenamento jurídico, sendo a lei inglesa a mais frequentemente utilizada por corporações em negócios que permitam essa escolha.

A autonomia da vontade das partes, manifesta na escolha de uma jurisdição cuja lei e princípios aplica-se às suas transações e negócios, reflete não apenas as vantagens de um determinado ordenamento jurídico mas também o grau de especialidade da jurisdição envolvida com relação àquela transação, sendo certo que o foro eleito pelas partes beneficia-se, por exemplo, das custas judiciais e impostos resultantes da demanda judicial.¹³

Nesse cenário diferentes jurisdições passaram a modernizar seus diplomas legais visando *status* de adequação às demandas internacionais¹⁴, qualidade essa que a maioria dos países europeus detém. Em matéria de Direito Internacional Privado, importa observar o grau de controle exercido pela *lex fori*, o respeito ao princípio da autonomia

¹¹ EIDENMÜLLER, Horst. Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution. Munique: Verlag C H Beck, 2013, p. 03.

¹² 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration. Disponível em: http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

¹³ OGUS, Anthony. Competition Between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis To Comparative Law. International & Comparative Law Quarterly, Cambridge, v. 48, n. 2, p.405-418, 17 jan. 2008, p. 408.

¹⁴ EIDENMÜLLER, 2013, p. 03.

da vontade das partes e o mecanismo de reconhecimento e execução de decisões estrangeiras¹⁵, dentre outros aspectos.

Todavia, diversos estudos demonstram que as leis inglesa e suíça são mais frequentemente eleitas como lei aplicável em contratos internacionais se comparadas às de outros países europeus, de modo a haver uma clara distinção acerca da competência comercial desses países na perspectiva das partes contratantes.¹⁶ Dentre as explicações para esse fenômeno tem-se a expertise do magistrados ingleses em comércio internacional e a eficiência do sistema judiciário inglês na resolução de demandas comerciais¹⁷, bem como uma concepção de “neutralidade” da lei suíça, muitas vezes eleita por não guardar relação com nenhum aspecto da relação comercial.¹⁸

3. SURGIMENTO E CARACTERÍSTICAS DAS CORTES COMERCIAIS ESPECIALIZADAS

A arbitragem internacional consolidou-se como principal meio de resolução de disputas comerciais internacionais, contribuindo para o desenvolvimento de um mercado global de assessoria e serviços jurídicos, inerente à globalização comercial, cenário no qual a competição entre mercados é vista como um fator positivo, um estímulo à inovação e crescimento.¹⁹

O mercado de resolução de disputas comerciais internacionais compreende outros métodos auto e heterocompositivos, além da jurisdição estatal. Atualmente se observa a iminência de uma mudança, ou ao menos uma tentativa, de um novo paradigma na resolução de disputas internacionais com a proliferação de cortes estatais

¹⁵ OGUS, 2008, p. 408.

¹⁶ RUHL, Giesela. Building Competence in Commercial Law in the Member States. 2018. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2018\)604980](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2018)604980). Acesso em: 03 jul. 2019, p.10.

¹⁷ OGUS, 2008, p. 414.

¹⁸ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; RIGOZZI, Antonio. International Arbitration: Law and Practice in Switzerland. Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 353-354.

¹⁹ ISIDRO, Marta Requejo. International Commercial Courts in the Litigation Market. Max Planck Institute Luxembourg For Procedural Law Research Paper Series, Luxemburgo, 01 fev. 2019. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3327166>. Acesso em: 03 jul. 2019, pp. 22-23.

especializadas em questões de comércio internacional, cujo procedimento assemelha-se à arbitragem em muitos aspectos.

A decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no caso *Achmea*²⁰, de março de 2018, e a posterior declaração²¹ assinada pelos Estados membros da UE comprometendo-se a não mais iniciar arbitragens de investimento entre si com base nas cláusulas reputadas incompatíveis com as normas supranacionais surtiram questionamentos quanto ao futuro da arbitragem no bloco.²²

Por sua vez, o fenômeno do *Brexit* vem pondo em xeque a supremacia do Reino Unido como principal centro comercial e financeiro para resolução de disputas. Se concluído o processo de saída do Reino Unido da União Europeia (UE), decisões judiciais lá proferidas não mais contarão com reconhecimento e exequibilidade direta e imediata no espaço de cooperação judicial do bloco europeu, fazendo com que empresas passem a buscar alternativas mais seguras para resolução de disputas comerciais internacionais, em especial pequenas e médias empresas para as quais mecanismos privados de resolução de conflitos, como a arbitragem, nem sempre representam o método financeiramente mais adequado.²³

Em vista disso diversos países vêm aprimorando seus sistemas judiciários a fim de torná-los mais atrativos aos olhos de contratantes internacionais, principalmente no continente europeu. Um dos principais mecanismos adotados para esse fim é a instituição de cortes estatais especializadas em matéria comercial, que conduzam processos judiciais

²⁰ *Achmea v Slovak Republic, Case C-284/16*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-284/16>. Acesso em: 2 set. 2019. Decisão em que o TJUE declarou a incompatibilidade de cláusula de arbitragem de investimentos presente em acordo bilateral formalizado por Estados membros da UE para com a norma comunitária.

²¹ EUROPEAN COMMISSION. Declaration of the representatives of the governments of the member states, of 15 January 2019, on the legal consequences of the judgment of the court of justice in *Achmea* and on investment protection in the European Union. Brussels: EC, 2019. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf. Acesso em: 2 set. 2019.

²² Ver mais em: FOUCHARD, Clément; KRESTIN, Marc. The Judgment of the CJEU in *Slovak Republic v. Achmea* – A Loud Clap of Thunder on the Intra-EU BIT Sky! 2018. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/07/the-judgment-of-the-cjeu-in-slovak-republic-v-achmea/>. Acesso em: 02 set. 2019; e ANKERSMIT, Laurens. *Achmea: The Beginning of the End for ISDS in and with Europe?* 2018. Disponível em: <https://www.iisd.org/itn/2018/04/24/achmea-the-beginning-of-the-end-for-isds-in-and-with-europe-laurens-ankersmit/>. Acesso em: 02 set. 2019.

²³ RUHL, 2018, p. 38.

em língua inglesa, principal idioma utilizado em transações internacionais.²⁴ Tratam-se das “cortes comerciais especializadas” ou “cortes comerciais internacionais”, instituições ligadas ao poder judiciário local de cada país especialmente adaptadas às particularidades da resolução de disputas internacionais.²⁵

A Corte Comercial de Londres, na Inglaterra, instituída em 1895, é uma forte referência na criação de novas cortes especializadas. Trata-se de um tribunal estatal, componente do sistema judiciário inglês e sujeita à lei processual inglesa.²⁶ A Corte foi criada para atender os interesses do mercado empresarial e financeiro de Londres, sendo composta por magistrados especializados em direito comercial e financeiro cuja expertise atraí demandas de diversas partes do mundo.²⁷ Os processos são conduzidos em língua inglesa e somente advogados qualificados para exercer a profissão no país podem atuar junto a essa corte.

Em se tratando de resolução de disputas em comércio internacional, além de a lei inglesa ser recorrente escolha de lei aplicável das partes contratantes, entre os anos de 2017 e 2018, 70% dos casos submetidos à jurisdição da Corte Comercial de Londres foram considerados “internacionais”, envolvendo empresas estrangeiras e demandas que não se relacionam a eventos ou negócios na Inglaterra.²⁸

Importa destacar que as cortes comerciais internacionais especializadas, objeto dessa pesquisa, não se confundem com organizações internacionais como a Corte Internacional de Justiça ou o Tribunal Penal Internacional, pois são ligadas à administração pública doméstica, normalmente municipal²⁹, de modo que a qualificação desses organismos como “internacionais” relaciona-se aos objeto das demandas ajuizadas e, por vezes, à composição de seus quadros funcionais, mas não à sua origem ou

²⁴ BELL, Gary F. The New International Commercial Courts — Competing With Arbitration? The Example Of The Singapore International Commercial Court. *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Taipei, v. 193, n. 11, p.193-216, 2018, p. 194.

²⁵ ISIDRO, 2019, p.05.

²⁶ WILSKE, Stephan. International Commercial Courts and Arbitration — Alternatives, Substitutes or Trojan Horse? *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Taipei, v. 153, n. 11, p.153-192, 2018, p. 160.

²⁷ BELL, 2018, p. 195.

²⁸ TIMES, The. Foreign litigants dominate Commercial Court caseload. 2019. Disponível em: <https://www.thetimes.co.uk/article/foreign-litigants-dominate-commercial-court-caseload-v0kbl2nzt>. Acesso em: 20 ago. 2019; OFFICE, Judicial. Business and Property Courts The Commercial Court Report 2017-2018 (Including the Admiralty Court Report). 2019. Disponível em: https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2019/02/6.5310-Commercial-Courts-Annual-Report_v3.pdf. Acesso em: 03 ago. 2019.

²⁹ WILSKE, 2018, p. 157.

natureza.³⁰ O que as distingue das demais instâncias do judiciário local são justamente suas características especiais.³¹

Stephan Wilske destaca como a primeira dessas particularidades justamente sua razão de ser, ou seja, demandas internacionais envolvendo partes estrangeiras em matéria comercial, seguida pela internacionalidade de seus juízes, que pode se dar pela própria nacionalidade do magistrado (estrangeiro) ou por sua experiência profissional e escolaridade com relação à matéria.³² Assim, o quadro de juízes desse tipo de tribunal especializado não necessariamente se restringe a magistrados locais, sendo recomendável que permita o acesso de julgadores nacionais ou estrangeiros, desde que contem com amplo conhecimento jurídico na área.³³

Acerca das regras de procedimento, é importante que sejam conduzidos em língua inglesa, idioma dominante em resolução de conflitos internacionais,³⁴ diminuindo possíveis barreiras linguísticas entre as partes. Diferentemente das sentenças proferidas em arbitragens, das decisões das cortes especializadas normalmente cabem recursos, a depender da legislação doméstica acerca da matéria.³⁵

Em virtude das possíveis consequências do Brexit, na Europa, diversos países vêm investindo na criação dessas instituições. Propostas para criação de cortes especializadas na Alemanha, por exemplo, já existiam há algum tempo, mas somente com a perspectiva de saída do Reino Unido da UE tais planos foram impulsionados, com a instituição de uma “câmara para assuntos comerciais” na cidade de Frankfurt, em operação desde 01 de janeiro de 2018, com competência para tratar de casos internacionais, em que as partes podem convencionar que o processo se de em língua inglesa, sem a necessidade de tradutor.³⁶

Também na França foi instituída uma câmara internacional na estrutura da Corte de Apelações francesa, com jurisdição para tratar de demandas comerciais, como contratos de compra e venda, transporte, concorrência, direito bancário e financeiro. Essa

³⁰ ISIDRO, 2019, p.05.

³¹ WILSKE, 2018, p. 157.

³² WILSKE, 2018, p. 158.

³³ ISIDRO, 2019, p. 24.

³⁴ WILSKE, 2018, p. 158.

³⁵ WILSKE, 2018, p. 158.

³⁶ RUHL, 2018, p. 39.

mesma câmara também funciona como segunda instância do Tribunal de Comércio de Paris. Nessa corte é possível optar por audiências em língua inglesa, desde que a parte interessada arque com as custas de profissional para realizar tradução simultânea.³⁷

Na Bélgica já tramita no Parlamento a proposta de criação de uma corte especializadas em negócios internacionais a ser instituída em Bruxelas. O procedimento poderá tramitar totalmente em língua inglesa e será baseado na Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional³⁸, e não no código civil e de processo civil belgas, possibilitando maior discricionariedade aos julgadores. As demandas serão submetidas a uma câmara de três julgadores, nacionais ou estrangeiros, a serem pré-selecionados pela instituição dentre experts em comércio internacional.³⁹

Além das iniciativas europeias, desde 2015 está em atividade a Corte Comercial Internacional de Singapura⁴⁰, parte da Suprema Corte dessa cidade-estado, com jurisdição sobre demandas de natureza comercial e internacional e que detenham previsão legal no local de origem das partes, podendo ser acionada por acordo das partes ou por determinação da Suprema Corte.⁴¹ Nessa instância os procedimentos são conduzidos em inglês, língua oficial do sistema judiciário da cidade-estado. A instituição conta com um corpo de vinte e dois juízes locais e doze “internacionais”, advindos, por exemplo, dos Estados Unidos da América, Austrália, Inglaterra, França, Canadá, Japão, dentre outros.⁴²

4. A PROPOSTA DE CRIAÇÃO DE UMA CORTE COMERCIAL EUROPEIA

Em 2018 foi publicado o estudo “Construindo Competência Comercial nos Estados Membros”⁴³, encomendado pelo Departamento de Políticas Públicas de Direito dos Cidadãos e Matérias Constitucionais do Parlamento Europeu e elaborado pela professora alemã Giesela Rühl⁴⁴, no qual se verificou possíveis caminhos a serem

³⁷ RUHL, 2018, p. 40

³⁸ BELL, 2018, p. 197.

³⁹ RUHL, 2018, p. 43.

⁴⁰ Ver mais em: <<https://www.sicc.gov.sg>>. Acesso em 02 set. 2019.

⁴¹ BELL, 2018, p. 200.

⁴² Wilske, 2018, p. 168.

⁴³ No texto original, em ingles, “Building Competence in Commercial Law in the Member States”.

⁴⁴ RUHL, 2018.

adotados na União Europeia visando expandir o arcabouço jurídico do bloco e torná-lo mais conhecido como um espaço de excelência em Direito do comércio internacional em âmbito regional e global. Dentre as recomendações desse estudo foi sugerida a criação de uma Corte Comercial Europeia que possa complementar as cortes nacionais já existentes nos Estados membros e possibilitar mais uma opção de foro especializado às partes litigantes.⁴⁵

O mercado de cortes comerciais especializadas revela-se geograficamente estratégico, quanto mais quando consideradas as iniciativas no continente asiático.⁴⁶ Isso porque implica em diversos interesses econômicos, não apenas das partes em litígio, mas também pelo retorno financeiro gerado aos cofres públicos dos locais em que são resolvidas tais demandas, bem como para o mercado local de assessoria jurídica e outros prestadores de serviço relacionados, como peritos, contadores, intérpretes, tradutores, etc.⁴⁷

As cortes comerciais especializadas ao redor do mundo partilham o objetivo de suprir as demandas do comércio internacional em matéria de resolução de disputas, o que as leva a partilhar também muitas características em comum, ainda que cada qual reserve aspectos únicos⁴⁸, vez que proximamente ligadas à administração pública local.

Para a criação de uma corte comercial especializada o estudo da professora Giesela Rühl recomenda que os procedimentos sejam conduzidos em língua inglesa, que o organismo conte com um corpo de juízes advindos de diferentes Estados membros, proporcionando diversidade cultural e ampla experiência em questões de comércio internacional. É recomendado ainda que a corte adote regras de procedimento flexíveis e conte com quadro funcional, sede e autonomia orçamentaria próprias, integrando-se no organograma jurídico da UE e contando com os mecanismos de cooperação reforçada vigentes.⁴⁹

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁴⁵ RUHL, 2018, p. 60.

⁴⁶ A exemplo das cortes instituídas em Singapura, Qatar, Abu Dhabi, Dubai e China.

⁴⁷ WILSKE, 2018, p. 156.

⁴⁸ ISIDRO, 2019, p. 06.

⁴⁹ RUHL, 2018, p. 62.

O desenvolvimento de mercados globalizados e os conflitos resultantes desse desenvolvimento desenfreado vêm representando diversos desafios ao Direito, em especial à adjudicação de conflitos pelo Estado, o que levou à ascensão da arbitragem internacional como principal mecanismo de resolução de disputas em matéria de comércio internacional. Nesse cenário, a globalização permitiu também às partes envolvidas em disputas internacionais avaliar com maior precisão os riscos ligados às suas atividades comerciais sob a óptica do Direito, levando-as a observar aspectos como a lei que desejam ter aplicada às relações jurídicas celebradas, o melhor local a ser escolhido como foro para ajuizamento de demandas, dentre outros. Assim, diversos países passaram a desenvolver legislações o mais adequadas possíveis a essas demandas comerciais internacionais.

Historicamente e ainda hoje algumas legislações destacam-se por atrair grande volume de demandas de comércio internacional, como as leis inglesa e suíça. Nos últimos anos, porém, o desenvolvimento de novos mercados em diferentes continentes, bem como a perspectiva de saída do Reino Unido da União Europeia vêm impulsionando novas oportunidades a diferentes centros comerciais internacionais, como é o caso das novas cortes comerciais especializadas instituídas em cidades como Singapura, Paris, Frankfurt e no futuro, Bruxelas.

A União Europeia, visando a ampliação e modernização de sua estrutura, avalia a proposta de criação de uma corte comercial especializada em tais demandas, em âmbito organizacional, com a possibilidade de criação de uma estrutura própria, apartada do Tribunal de Justiça da UE, com competência para dirimir conflitos dessa natureza. A proposta de criação desse organismo surgiu de estudo elaborado pela professora alemã Giesela Rühl, encomendado pelo Departamento de Políticas Públicas de Direito dos Cidadãos e Matérias Constitucionais do Parlamento Europeu.

Assim como verificado pelo estudo da professora Rühl, a experiência de outras cortes especializadas ao redor do mundo, bem como as particularidades dos atores envolvidos em comércio internacional, demonstram que o sucesso dessas cortes dependem da adoção de características que aproximam o procedimento à arbitragem internacional, como a condução do procedimento em língua inglesa, a possibilidade de

escolha de mais de um julgador e que esses possam ter diferentes nacionalidades, a flexibilidade e conclusão do procedimento em tempo hábil, bem como a especialidade dos julgadores para com a matéria posta em disputa. A União Europeia, por óbvio, possui o arcabouço necessário à instituição de uma corte que atenda essa e outras demandas, e muito pode se beneficiar desse cenário, perpetuando-se como uma organização *sui generis* atenta às demandas da sociedade e ao desenvolvimento social e econômico.

REFERÊNCIAS

2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration. Disponível em:

http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

BELL, Gary F. The New International Commercial Courts — Competing With Arbitration? The Example Of The Singapore International Commercial Court. *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Taipei, v. 193, n. 11, p.193-216, 2018.

BIJOS, Leila; OLIVEIRA, João Rezende Almeida; BARBOSA, Leonardo Garcia. Direito do Comércio Internacional: delimitação, características, autorregulação, harmonização e unificação jurídica e Direito Flexível. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 50, n. 197, p.249-256, 31 mar. 2013.

EIDENMÜLLER, Horst. *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*. Munique: Verlag C H Beck, 2013.

EUROPEAN COMMISSION. Declaration of the representatives of the governments of the member states, of 15 January 2019, on the legal consequences of the judgment of the court of justice in Achmea and on investment protection in the European Union. Brussels: EC, 2019. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf. Acesso em: 2 set. 2019.

HOELLERING, Michael F.. *Alternative Dispute Resolution and International Trade*. N.Y.U Review Of Law And Social Change, Nova Iorque, n. 14, p.785-795, 1986.

ISIDRO, Marta Requejo. *International Commercial Courts in the Litigation Market*. Max Planck Institute Luxembourg For Procedural Law Research Paper Series, Luxemburgo, 01 fev. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3327166. Acesso em: 03 jul. 2019.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; RIGOZZI, Antonio. *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

MCLEAN, David J. Toward a New International Dispute Resolution Paradigm: Assessing the Congruent Evolution of Globalization and International Arbitration Anniversary Contributions - *International Litigation & Arbitration*. University Of Pennsylvania Journal Of International Law, v. 30, n. 4, p.1087-1097, jul. 2009.

MENON, Sundaresh. International Commercial Courts: Towards a Transnational System of Dispute Resolution: Opening Lecture for the DIFC Courts Lecture Series 2015. 2015. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/default-document-library/media-room/opening-lecture---difc-lecture-series-2015.pdf>. Acesso em: 20 maio 2019.

MOSES, Margaret L.. The Principles and Practice of International Commercial Arbitration. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

OFFICE, Judicial. Business and Property Courts The Commercial Court Report 2017-2018 (Including the Admiralty Court Report). 2019. Disponível em: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2019/02/6.5310-Commercial-Courts-Annual-Report-v3.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2019.

OGUS, Anthony. Competition Between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis To Comparative Law. International & Comparative Law Quarterly, Cambridge, v. 48, n. 2, p.405-418, 17 jan. 2008.

RUHL, Giesela. Building Competence in Commercial Law in the Member States. 2018. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2018\)604980](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2018)604980). Acesso em: 03 jul. 2019.

TIMES, The. Foreign litigants dominate Commercial Court caseload. 2019. Disponível em: <https://www.thetimes.co.uk/article/foreign-litigants-dominate-commercial-court-caseload-v0kbl2nzt>. Acesso em: 20 ago. 2019.

VIDIGAL, Erick. A Lex Mercatoria e sua aplicação no mundo contemporâneo. Brasília: Universitas, 2011, v. 9, n. 1, pp. 473-485.

WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (Org.). Arbitragem Comercial Internacional: A convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011.

WILSKE, Stephan. International Commercial Courts and Arbitration — Alternatives, Substitutes or Trojan Horse? Contemporary Asia Arbitration Journal, Taipei, v. 153, n. 11, p.153-192, 2018.

DEFINIÇÃO DE COMPETÊNCIA ENTRE AUTORIDADES DE CONTROLE DOS ESTADOS MEMBROS DA UNIÃO EUROPEIA: UMA ANÁLISE DOS MEIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO ESTABELECIDOS PELO GDPR

DEFINITION OF COMPETENCE BETWEEN THE SUPERVISORY AUTHORITY OF THE MEMBER STATES OF THE EUROPEAN UNION: ANALYSIS OF THE MEANS OF DISPUTE SETTLEMENT ESTABLISHED BY GDPR

Letícia Mulinari Gnoatton¹

RESUMO

O presente artigo se propõe a analisar o mecanismo estabelecido pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados – GDPR para definição de competência das autoridades de controle dos Estados-membros, verificando se a sistema de “balcão único” concede segurança jurídica ao mercado europeu. A atuação de agentes econômicos em diferentes países, cumprindo normativas estabelecidas a nível europeu, ensejou na necessidade de serem estabelecidos mecanismos de resolução de conflitos de competência entre as autoridades de controle nacionais. Nesse sentido, o GDPR elege os critérios para a definição da autoridade de controle principal (artigo 56) e os mecanismos de cooperação e coerência entre as autoridades interessadas (artigo 60). A primeira decisão em matéria de proteção de dados emitida por uma autoridade de controle, após a entrada em vigor do GDPR (Deliberação nº SAN-2019-001), enfrenta alegação de incompetência e conceitua o critério de “estabelecimento principal”. Diante da decisão, verifica-se que a defendida desburocratização e segurança decorrente do sistema de “balcão único” depende de uma reestruturação interna das empresas, para que o processo decisório acerca do tratamento de dados esteja centralizado em um único Estado-membro.

Palavras-chave: União Europeia, Regulamento Geral de Proteção de Dados – GDPR, Autoridade de Controle, Conflito de Competência.

ABSTRACT

This article proposes to review the mechanism established by the General Data Protection Regulation - GDPR to define the competence of the supervisory authority of the Member States, verifying that the "The one stop shop" system provides legal certainty to the European market. The performance of economic agents in different countries, complying with regulations established at European level, led to the need to establish mechanisms for resolving conflicts of competence between national supervisory authority. In this

¹ Mestranda em Direito Internacional, Econômico e Comércio Sustentável pela Universidade Federal de Santa Catarina, Pós-graduanda em Direito Empresarial e Societário pelo Cesusc. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Membro da Comissão de Direito Empresarial e da Comissão de Direito e Relações Internacionais da OAB/SC. Integrante do Núcleo de Pesquisa em Direito Internacional Privado - UFSC/CNPq

sense, the GDPR chooses the criteria for the definition of the lead supervisory authority (Article 56) and mechanisms for cooperation and coherence between the supervisory authorities concerned (Article 60). The first data protection decision issued by a supervisory authority following the entry into force of GDPR (Deliberation No. SAN-2019-001) faces a claim of incompetence and defines the criterion of "main establishment". In light of the decision, it appears that the defended simplification and security resulting from the "one-stop-shop" system depends on an internal restructuring of companies, so that the decision-making process on data processing become centralized in a single country of European Union.

Keywords: European Union, General Data Protection Regulation – GDPR, Supervisory Authority, Conflict of Competence.

1. INTRODUÇÃO

A entrada em vigor do Regulamento Geral de Proteção de Dados – GDPR no ano de 2018 gerou efeitos jurídicos e comerciais a nível global. O GDPR estabeleceu a nível europeu normas de aplicação direta em matéria de proteção de dados pessoais, cujos efeitos atingem a todos os prestadores de serviços e vendedores que tenham como público alvo o mercado europeu.

Dentre as mudanças propostas, destaca-se a reestruturação da forma de controle do cumprimento das normas de proteção de dados pessoais. O GDPR estabelece um mecanismo de definição de competência entre as autoridades de controle em matéria de proteção de dados dos Estados-membros. Esta metodologia foi denominada “balcão único”, visto que prioriza a competência de apenas uma autoridade de controle para cada responsável pelo tratamento.

Diante desta alteração, o presente artigo analisará o sistema anteriormente vigente, as inovações trazidas pelo GDPR e a primeira decisão proferida por uma autoridade de controle europeia, após a entrada em vigor do GDPR, ponderando os benefícios e desafios decorrentes da metodologia “balcão único”.

2. DIRETIVA 95/46 E AS AUTORIDADES DE CONTROLE

A elaboração de um regulamento europeu para resguardar os dados pessoais objetivou resguardar igualmente o direito fundamental à proteção dos dados pessoais, prescrito nos fundamentos constitucionais comuns e no artigo 8º do Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia². Somado ao interesse de tutelar diretamente este direito, existia a demanda dos agentes do mercado único europeu em unificar as normas nacionais de proteção de dados e na criação de um mecanismo de fiscalização unificado.

² Artigo 8. Proteção de dados pessoais

1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

A necessidade de restrições à exploração de dados pessoais detém a atenção da União Europeia da década de 90. A Diretiva 46 de 1995 estabeleceu que Estados-membros deveriam inserir em suas legislações internas normas para resguardar os dados pessoais³, estabelecendo requisitos mínimos para a proteção dos direitos seus titulares. Por outro lado, a referida diretiva estabelecia uma vedação à criação de restrições à livre circulação de dados pessoais entre os Estados-membros⁴. A medida visava garantir a efetividade do mercado único europeu, estabelecido pelo Tratado de Maastricht em 1993, conforme extrai-se do considerando 3 da Diretiva 46/95.

(3) Considerando que o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno no qual, nos termos do artigo 7º A do Tratado, é assegurada a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais, exigem não só que os dados pessoais possam circular livremente de um Estado - membro para outro, mas igualmente, que sejam protegidos os direitos fundamentais das pessoas;

Diante dos parâmetros estabelecidos pela Diretiva 95/46, os Estados-membros promulgaram normas para resguardar aos dados pessoais, cada qual com as suas particularidades, acarretando níveis distintos de proteção entre os Estados-membros⁵. A Diretiva ainda previu a necessidade de que os Estados-membros criarem autoridades de controle independentes, responsáveis pela fiscalização do cumprimento de normas referente à proteção de dados⁶.

As autoridades de controle de dados pessoais são órgãos governamentais, cuja existência é prevista desde a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. A Diretiva previa que as autoridades de controle eram competentes para o exercício de suas funções no território de seu Estado-membro, independente do direito aplicável ao tratamento em causa. Outrossim, as autoridades competentes da União Europeia deveriam atuar cooperativamente, através do intercâmbio de informações e no exercício

³ Artigo 1º 1. Os Estados-membros assegurarão, em conformidade com a presente diretiva, a proteção das liberdades e dos direitos, fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente do direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais.

⁴ Artigo 1º 2. Os Estados-membros não podem restringir ou proibir a livre circulação de dados pessoais entre Estados -membros por razões relativas à protecção assegurada por força do nº 1.

⁵ VOSS, W. Gregory. European Union Data Privacy Law Reform: General Data Protection Regulation, Privacy Shield, and Right to Delisting. *The Business Lawyer*. V. 72, 2016 - 2017, P. 221-233.

⁶ Artigo 28. 1. Cada Estado-membro estabelecerá que uma ou mais autoridades públicas serão responsáveis pela fiscalização da aplicação no seu território das disposições adoptadas pelos Estados-membros nos termos da presente directiva. Essas autoridades exercerão com total independência as funções que lhes forem atribuídas.

de seus poderes em decorrência de solicitações de autoridade de controle de outros Estados-membros.⁷

Diante deste cenário normativo, empresas que atuassem em diferentes países da União Europeia, no exercício dos direitos conferidos pelo mercado único, estariam submetidas a diversas legislações em matéria de proteção de dados pessoais, que estipulavam diferentes deveres e obrigações. Assim, a verificação da conformidade dos responsáveis pelo tratamento de dados era concomitante fiscalizada pelas diversas autoridades de controle, dentro dos limites territoriais de cada Estado-membro.

Apesar das legislações nacionais de proteção de dados pessoais europeias seguirem as diretrizes estabelecidas pela Diretiva 95/46, verificava-se a existência de diferentes graus de proteção aos direitos aos dados pessoais entre os Estados-membros, bem como, divergências procedimentais entre as autoridades de controle. A disparidade entre as legislações internas dos Estados-membros acarretava consequências econômicas e práticas aos responsáveis pelo tratamento dos dados pessoais, gerando assimetrias ao mercado único europeu.

Nesse ponto abre-se um parêntese no que diz respeito à aplicação comercial do tratamento de dados. As informações extraídas do público consumidor permitem que as empresas aprimorem os seus produtos e serviços, desde a produção até a forma de divulgação e comercialização dos mesmos⁸. Análises econômicas indicam que empresas que utilizam dados pessoais em sua estrutura produtiva possuem avaliação até 13% (treze por cento) superior quando comparadas a empresas similares que não tratam dados pessoais⁹.

⁷ Artigo 28. 6. Cada autoridade de controlo é competente, independentemente do direito nacional aplicável ao tratamento em causa, para o exercício no território do seu Estado-membro dos poderes que lhe foram atribuídos em conformidade com o n.º 3. Cada autoridade de controlo pode ser solicitada a exercer os seus poderes por uma autoridade de outro Estado-membro. As autoridades de controlo cooperarão entre si na medida do necessário ao desempenho das suas funções, em especial através do intercâmbio de quaisquer informações úteis.

⁸ “In the commercial field, applying data analysis to understand the way consumers use their products is helping businesses achieve more insight than ever before into the attributes of products that consumers value. This allows companies to invest in the most valuable attributes and eliminate features that are under-used. Some estimates suggest this could help to reduce the R&D costs for manufacturing by up to 50%.” DELOITTE. **Economic impact assessment of the proposed European General Data Protection Regulation**. Londres, 16/12/2013.

⁹ “The first question can be answered by looking at productivity differences of firms with different attitudes to data analytics. Bakhshi et al. (2014) find a large effect of the use of data on firm productivity. They find that firms scoring in the top quartile of online data use produce 13% more value added than firms scoring

Consequentemente, os diferentes padrões de proteção de dados pessoais entre as legislações dos Estados-membros e a desigualdade na exploração dos dados pessoais obtidos ensejou na configuração de concorrência desleal entre os agentes do mercado único europeu¹⁰.

Outrossim, em razão da pluralidade normativa, os agentes que possuíam atuação em mais de um Estado-membro da União Europeia viam-se obrigados a adequar suas regras de compliance e o procedimento de tratamentos dos dados pessoais considerando as particularidades da legislação de cada um dos 28 Estado-membro. Além do dever de cumprir as legislações nacionais, estes agentes estavam submetidos à supervisão e ao cumprimento das exigências das agências de controle de dados pessoais de cada Estado-membro.

Esta sistemática acarretava custo consideráveis à operação dos responsáveis pelo tratamento de dados pessoais. Nesse sentido, cita-se exemplo colacionado em documento oficial publicado pela Comissão Europeia:

Uma cadeia de lojas tem a sua sede em França e lojas em regime de franquia em mais 14 países da UE. Cada loja recolhe dados relativos aos clientes e transfere-os para a sede em França para tratamento ulterior.

COM AS REGRAS ATUAIS: a legislação francesa em matéria de proteção de dados aplica-se ao tratamento realizado pela sede, mas cada loja tem de consultar a respetiva autoridade nacional de proteção de dados para confirmar que está a tratar os dados em conformidade com a legislação nacional do país em que está localizada. Isso significa que a sede da empresa tem de consultar advogados locais a respeito de todas as suas filiais a fim de assegurar o cumprimento da lei. Os custos totais decorrentes dos requisitos de informação em todos os países podem ultrapassar os 12 000 euros.¹¹

in the bottom quartile. The use of data analytics, rather than data collection or deployment, has a particularly large impact on productivity. The top 16% of firms most heavily using data analytics are between 10% and 15% more productive than the average firm.” MATEOS-GARCIA, Juan; BRAVO-BIOSCA, Albert; BAKHSHI, Hasan. **The analytical firm: Estimating the effect of data and online analytics on firm performance**. 2015. f. 35. Deuid Society, Rome, 2015.

¹⁰ “With regard to the possibilities to collect and analyze data, uneven competition because of diverging data protection standards between the EU and the US, but also between different EU member states, can be noted. Although data protection obligations might be perceived to reduce competitiveness, (strong) data protection (rules) can also lead to competitive advantages in the future. Additionally, the GDPR will harmonize data protection in the EU and will also be binding for non-EU services available to users in the EU.” WOHLFARTH, Michael. **Data as a Competitive Resource: Essays on Market Power, Data Sharing, and Data Portability**. 2018. 156 f. Dissertação (Mestrado), School Of Business, Economics And Information Systems, University Of Passau, 2018.

¹¹ COMISSÃO EUROPEIA. **Reforma da EU sobre Proteção de Dados: Quais são os benefícios para as empresas da Europa?** Jan. 2016.

Visando sanar esta situação, prejudicial à atuação do mercado e a segurança jurídica das partes envolvidas, o GDPR, além de unificar a legislação de proteção de dados, propõe a unificação do sistema de controle¹²¹³. Para tanto, concedeu maiores poderes às autoridades de controle de dados pessoais, atribuído competência para que estas, além de fiscalizar a cumprimento das normas de proteção de dados pessoais, apliquem sanções administrativas aos controladores que às violarem¹⁴ e criou a metodologia do balcão único, conforme será abordado no tópico abaixo.

3. METODOLOGIA DO BALCÃO ÚNICO

O GDPR inovou ao estabelecer o mecanismo de balcão único, que visa a divisão de competências e cooperação entre as autoridades de controle de proteção de dados pessoais europeias¹⁵, que se configuram como órgãos independentes, integrantes da estrutura governamental dos Estados-membros.

¹² “O objetivo da reforma da proteção de dados na UE é modernizar, simplificar e reforçar o **quadro normativo da proteção de dados**, a fim de desbloquear todo o potencial do mercado único, promovendo desta forma o **crescimento** económico, a **inovação** e a **criação de emprego**. Esta reforma **reduzirá drasticamente a burocracia** (o que é especialmente importante para as PME), nomeadamente no que respeita à obrigação atual de notificar todas as operações de tratamento de dados, e que custa às empresas cerca de **130 milhões de euros por ano**, ou a autorização prévia de transferências internacionais de dados com base em regras vinculativas para as empresas ou em cláusulas contratuais-tipo. Em vez disso, as regras irão centrar-se em requisitos que proporcionam **segurança jurídica** e **verdadeiro valor acrescentado** aos europeus.” COMISSÃO EUROPEIA. **Em que medida irá a reforma da proteção de dados na UE beneficiar as empresas europeias?** Disponível em: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index_pt.htm. Acessado em 19 set. 2019.

¹³ “O regulamento estabelecerá um direito único pan-europeu em matéria de proteção de dados, o que significa que as empresas estão sujeitas ao cumprimento de um único quadro legislativo, e não de 28. As novas regras resultarão em benefícios estimados em 2,3 mil milhões de euros por ano.” COMISSÃO EUROPEIA. **Reforma da EU sobre Proteção de Dados: Quais são os benefícios para as empresas da Europa?** Jan. 2016.

¹⁴ To be more precise, DPAs are public supervisory bodies responsible for the enforcement of the law towards controllers. The proposal for the future Data Protection Regulation brings out even more clearly the public nature of the supervisory authority. In fact, according to the proposed regulation, the supervisory authority ‘shall be empowered to impose administrative sanctions’. Moreover, since controllers can also act in the capacity of a public body, administrative litigation is possible also if the controller or processor that process data of a data subject act as a public authority. MOEREL, Lokke. **CNIL’S DECISION FINING GOOGLE VIOLATES ONE-STOP-SHOP**, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3337478>. Acessado em 18 set. 2019.

¹⁵ O mecanismo de balcão único recentemente criado assegura que uma autoridade de proteção de dados (APD) será responsável pelo controlo das operações transnacionais de tratamento de dados realizadas por uma empresa na UE. A coerência na interpretação das novas normas será, portanto, garantida. COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: Intercâmbio de dados pessoais num mundo globalizado**. Bruxelas, 2017.

A proteção de dados pessoais na União Europeia tem como personagem central o Comité Europeu para Proteção de Dados, órgão responsável resguardar o GDPR perante as instituições da União Europeia, nos termos do artigo 70 do referido regulamento. As autoridades de controle de dados pessoais nacionais estão submetidas as decisões do Comité, inclusive com relação à interpretação da legislação e a definição da autoridade de controle competente para julgar cada caso.

A estrutura objetiva a uniformização da interpretação e aplicação do GDPR a nível europeu. Considerando estas premissas, o GDPR estabelece a metodologia de balcão único para a definição de competências entre as autoridades de controles dos Estados-membros.

A regra geral para definição de competência é que a autoridade de controle é competente para prosseguir suas atribuições no território do respectivo Estado-membro e é única e exclusivamente responsável por demandas decorrentes de autoridades públicas ou instituições privadas que tenham realizado o tratamento para cumprimento de obrigações jurídicas ou no exercício de funções de interesse público¹⁶.

A inovação trazida pelo GDPR ocorre na hipótese de um responsável pelo tratamento atuar em mais de um Estado-membro, o qual poderá responder a apenas uma autoridade de controle. A autoridade de controle do Estado-membro em que está sediado o “estabelecimento principal” ou do único estabelecimento do responsável pelo tratamento é competente para agir como autoridade de controle principal, inclusive com relação ao tratamento de dados transfronteiriço.

Nesta conjuntura, as demais autoridades de controle envolvidas com a questão colaborarão como “autoridades de controle interessadas”, encaminhando denúncias, informações e auxiliando da elaboração de eventuais decisões em processos administrativos. Exceto na hipótese de a violação aos dados pessoais atingir única e exclusivamente os titulares residentes no Estado-membros da autoridade de controle interessada, situação na qual a autoridade principal reconhecerá a competência da

¹⁶ Artigo 55º 1. As autoridades de controlo são competentes para prosseguir as atribuições e exercer os poderes que lhes são conferidos pelo presente regulamento no território do seu próprio Estado-Membro. 2. Quando o tratamento for efetuado por autoridades públicas ou por organismos privados que atuem ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, alínea c) ou e), é competente a autoridade de controlo do Estado-Membro em causa. Nesses casos, não é aplicável o artigo 56.º.

autoridade interessada em exercer os seus poderes perante o responsável pelo tratamento¹⁷.

A metodologia do balcão único foi recebida com bons olhos pelo mercado, que concluiu que esta (i) resguardará de forma mais efetiva os direitos dos titulares dos dados; (ii) reduzirá o montante dispendido pelos responsáveis pelo tratamento para se adequar às existências das autoridades de controle de diversos Estados-membros; (iii) trará maior segurança jurídica e (iv) organização do processo de tratamento de dados em empresas transnacionais¹⁸.

O ponto chave da metodologia do balcão único é a definição de “estabelecimento principal” para permitir a estipulação da autoridade de controle principal. Nesse sentido, o artigo 4º, ponto 16 do GDPR estabelece que:

No que se refere a um responsável pelo tratamento com estabelecimentos em vários Estados-Membros, o local onde se encontra a sua administração central na União, a menos que as decisões sobre as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais sejam tomadas noutra estabelecimento do responsável pelo tratamento na União e este último estabelecimento tenha competência para mandar executar tais decisões, sendo neste caso o

¹⁷ GDPR. Considerando (127) As autoridades de controlo que não atuem como autoridade de controlo principal deverão ter competência para tratar casos a nível local quando o responsável pelo tratamento ou subcontratante estiver estabelecido em vários Estados-Membros, mas o assunto do tratamento específico disser respeito unicamente ao tratamento efetuado num só Estado-Membro, e envolver somente titulares de dados nesse Estado-Membro, por exemplo, no caso de o assunto dizer respeito ao tratamento de dados pessoais de trabalhadores num contexto específico de emprego num Estado-Membro. Nesses casos, a autoridade de controlo deverá informar imediatamente do assunto a autoridade de controlo principal. Após ter sido informada, a autoridade de controlo principal decidirá se trata o caso de acordo com o disposto em matéria de cooperação entre a autoridade de controlo principal e a outra autoridade de controlo interessada («mecanismo de balcão único»), ou se deverá ser a autoridade de controlo que a informou a tratar o caso a nível local. Ao decidir se trata o caso, a autoridade de controlo principal deverá ter em conta se há algum estabelecimento do responsável pelo tratamento ou subcontratante no Estado-Membro da autoridade de controlo que a informou, a fim de garantir a eficaz execução da decisão relativamente ao responsável pelo tratamento ou subcontratante. Quando a autoridade de controlo principal decide tratar o caso, a autoridade de controlo que a informou deverá ter a possibilidade de apresentar um projeto de decisão, que a autoridade de controlo principal deverá ter na melhor conta quando prepara o seu projeto de decisão no âmbito desse mecanismo de balcão único.

¹⁸ “Provided that you develop a compelling strategy for processing personal data, the promise of interacting with one clear voice of authority in EU privacy law should allow your strategy to produce its intended effects at a greater scale. This is because, on the one hand, the privacy strategy you devise based on the risks you have determined at your headquarters can be implemented consistently in every office; and on the other hand, your entire organisation can learn from the data processing experiences of each local office by feeding those experiences back to your organisation’s center of gravity.” SPONSELEE, Annika; MHUNGU, Rodney. **GDPR Top Ten #10: One Stop Shop: The Impact of the One Stop Shop Mechanism.** Deloitte. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/ch/en/pages/risk/articles/gdpr-one-stop-shop.html#>. Acesso em: 20 set. 2019.

estabelecimento que tiver tomado as referidas decisões considerado estabelecimento principal;

Assim, será considerado como estabelecimento principal aquele em que (i) estiverem centralizadas as decisões sobre as finalidades e os meios das atividades de tratamento de dados pessoais e (ii) tenha competência para executar tais decisões. Diante desta definição, verifica-se que a identificação do estabelecimento principal, e consequentemente, da autoridade de controle principal, depende da análise fática da organização administrativa do responsável pelo tratamento.

Visando auxiliar a análise, a Comissão Europeia publicou orientações, dentre as quais elenca, a título exemplificativo, questionamentos para determinar o local onde se situa o estabelecimento principal de um responsável pelo tratamento:

Onde é concedida a «aprovação final» das decisões sobre as finalidades e os meios de tratamento? Onde são tomadas as decisões sobre as atividades empresariais que envolvem o tratamento de dados? Onde estão efetivamente situadas as instâncias com competência para mandar executar decisões? Onde está situado o diretor (ou os diretores) com as responsabilidades globais de gestão do tratamento transfronteiriço? Onde está o responsável pelo tratamento ou o subcontratante registado como sociedade, caso exerça atividades num único território?¹⁹

Portanto, caberá aos responsáveis pelo tratamento de dados pessoais, para se beneficiarem da metodologia do balcão único, reestruturarem a sua organização administrativa, concentrando o poder deliberativo em matéria proteção de dados pessoais em único estabelecimento. Bem como, ao Comité Europeu para Proteção de Dados unificar o entendimento acerca dos critérios para a definição da autoridade de controle principal, para trazer segurança jurídica aos agentes de mercado europeu, quanto à escolha do Estado-membro que será sediado o estabelecimento principal.

4. PRIMEIRA DECISÃO POSTERIOR AO GDPR - SAN-2019-001

¹⁹ COMISSÃO EUROPEIA. **Grupo do artigo 29º para a Proteção de Dados**. Orientações sobre a identificação da autoridade de controlo principal do responsável pelo tratamento ou do subcontratante. Adotada em 13/12/2016, Rev. 05/04/2017. Disponível em: https://www.cnpd.pt/bin/rgpd/docs/wp244rev01_pt.pdf. Acessado em 20/09/2019.

A primeira decisão proferida por uma autoridade de controle de proteção de dados pessoais, após a entrada em vigor do GDPR, foi publicada em 21/01/2019 pela autoridade de controle francesa, condenando o estabelecimento francês do Google a multa na monta de 50 milhões de euros²⁰. A decisão em questão tem como ponto chave a análise da competência da autoridade de controle francesa para processar o caso, tendo em vista a metodologia do balcão único.

O processo SAN-2019-001 teve início perante a *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* em razão da apresentação reclamações coletivas contra o Google, nos termos do artigo 80.º do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais. As reclamações envolviam a violação dos direitos de proteção de dados dos usuários de aparelhos de celular que utilizam o sistema operacional Android.

Dentre as alegações apresentadas pela defesa da Google, argumentou-se preliminarmente que a autoridade de controle francesa não teria competência para exercer as suas atribuições e os poderes perante o estabelecimento do Google na França, tendo em vista que o “estabelecimento principal” deste na União Europeia está sediado na Irlanda²¹. Defendendo, com base artigo 56 do GDPR, que apenas a autoridade de controle Irlandesa teria competência para processar o caso.

A defesa ressalva ainda que a alegação não atingiria apenas os portadores de dados franceses, considerando que a política de privacidade se aplicava a todo o mercado europeu, inexistindo razão para a aplicabilidade da exceção prevista no artigo 56 ponto 2 do GDPR.

²⁰ VAN QUATHEM, Kristof et al. **Google fined €50 million in France for GDPR violation**. 2019. Disponível em: <https://www.insideprivacy.com/eu-data-protection/google-fined-e50-million-in-france-for-gdpr-violation/>. Acessado em: 19 set. 2019.

²¹ “Pour attester du fait que la société Google Ireland Limited constitue son établissement principal au sein de l’Union, elle précise que cette société est le siège social de Google pour ses opérations européennes depuis 2003 et qu’elle est l’entité en charge de plusieurs fonctions organisationnelles nécessaires à la réalisation de ces opérations pour la zone Europe, Moyen-Orient et Afrique (secrétariat général, fiscalité, comptabilité, audit interne, etc.). Elle indique également que la conclusion de l’intégralité des contrats de vente de publicités avec les clients basés dans l’Union européenne relève de cette société. Cette société emploie plus de 3 600 salariés et dispose, entre autres, d’une équipe dédiée en charge de la gestion des demandes faites au sein de l’Union européenne en lien avec la confidentialité et d’un responsable chargé de la protection de la vie privée. Elle précise enfin qu’une réorganisation tant opérationnelle qu’organisationnelle est en cours en vue de faire de la société Google Ireland Limited le responsable de traitement pour certains traitements de données à caractère personnel concernant les ressortissants européens” FRANÇA. Commission Nationale de L’informatique Et Des Libertés. **Decisão Administrativa nº SAN-2019-001**. GOOGLE LLC. Relator: Jean-François Carraz. França.

Diante da alegação de incompetência, a autoridade de controle francesa passa a analisar o conceito de estabelecimento principal e o cumprimento dos requisitos de configuração pela Google Ireland Limited, destacando a importância desta verificação para impedir a realização de *forum shopping* pelos responsáveis pelo tratamento, através de meras declarações quanto a organização operacional destes²²²³.

A autoridade de controle reconheceu que o estabelecimento do Google na Irlanda possui a centralização de diversas funções administrativas a nível europeu (atividades financeiras e contábeis, venda de espaços publicitários e contratações), entretanto expõe que não há indícios de que o poder decisório e executivo em matéria de tratamento de dados seja centralizado neste estabelecimento²⁴. Inclusive, indica a existência de declaração pública do Google em agosto de 2018, na qual esta afirma que a autoridade de controle da Irlanda não é a autoridade principal, e portando, o Google estaria submetido às autoridades de controle de todos os Estados-membros²⁵.

²² “La formation restreinte relève en outre que ces mêmes lignes directrices indiquent que : Le règlement général n’autorise pas l’élection de juridiction (forum shopping)(...). Les conclusions ne peuvent reposer exclusivement sur des déclarations de l’organisation considérée.” Commission Nationale de L’informatique Et Des Libertés. **Decisão Administrativa n° SAN-2019-001**. GOOGLE LLC. Relator: Jean-François Carraz. França.

²³ “Through this strict interpretation of the concept of “Lead Authority,” the CNIL shows it is committed to fight against any “forum shopping” phenomenon within the EU and that it will concretely control whether the entity designated by the company as the main establishment has the necessary characteristics, pursuant to criteria the GDPR has set.” KADAR, Daniel; GALILLAERD, Laetitia. **First sanction decision rendered by the CNIL under the GDPR: GDPR awareness 2.0 has begun**. 2019. Disponível em: <https://www.technologylawdispatch.com/2019/01/privacy-data-protection/first-sanction-decision-rendered-by-the-cnil-under-the-gdpr-gdpr-awareness-2-0-has-begun/>. Acesso em: 20 set. 2019.

²⁴ “Pour justifier sa décision, la CNIL reprend la définition donnée par l’article 4 (16) du RGPD qui définit la notion d’établissement principal comme « le lieu de son administration centrale dans l’Union, à moins que les décisions quant aux finalités et aux moyens du traitement de données à caractère personnel soient prises dans un autre établissement du responsable du traitement dans l’Union et que ce dernier établissement a le pouvoir de faire appliquer ces décisions, auquel cas l’établissement ayant pris de telles décisions est considéré comme l’établissement principal ».

A la lumière du considérant 36 du RGPD ; qui rappelle que la notion d’établissement principal s’apprécie au moyen de « critères objectifs » qui nécessitent « l’exercice effectif et réel d’activités de gestion déterminant les décisions principales quant aux finalités et aux moyens du traitement » la CNIL décide qu’en l’absence d’établissement stable de la société Google en Irlande, elle est compétente pour agir au sens de l’article 56 du RGPD. Par cette délibération, la CNIL consacre, pour la première fois, les critères posés par les lignes directrices du G29 concernant la désignation d’une autorité contrôle chef de file d’un responsable ou d’un sous-traitant du 5 avril 2017.” JULIETTE, Chavane de Dalmassy. **RGPD : REGARD CRITIQUE SUR LA DÉCISION DE LA CNIL CONCERNANT L’AMENDE DE GOOGLE**. 2019. Disponível em: <https://www.eurojuris.fr/articles/amende-google-cnil-rgpd-38182.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

²⁵ “Elle relève ainsi que la DPC a publiquement affirmé le 27 août 2018 - dans un article de presse de l’Irish Times - qu’elle n’était pas l’autorité chef de file pour les traitements qui pouvaient être mis en œuvre par la société : la Commission de protection des données n’est pas le ‘principal régulateur’ de Google (ni, en

Descaracterizada a alegação de que a Google sediada na Irlanda era o estabelecimento principal, a decisão expõe que cumprindo a obrigação de cooperação para com as demais autoridades de controle, informou e consultou as autoridades dos demais Estados-membros, nos termos dos artigos 60 e 63 do GDPR, oportunidade na qual não foi identificada a existência de uma autoridade principal.

Concluindo, portanto, pela competência da autoridade de controle francesa para o exercício de suas competências perante o estabelecimento do Google sediado na França. A ausência de centralização dos poderes decisórios relativos ao tratamento de dados pessoais a nível europeu pelo Google, acarreta na inexistência de um “estabelecimento principal” e na impossibilidade de usufruir dos benefícios advindo do mecanismo do balcão único.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O GDPR inova ao propor um mecanismo de definição de competência entre as autoridades de controle pertencentes ao mercado único europeu. A metodologia “balcão único” permite que apenas uma autoridade de controle, ressalvadas exceções pontuais, exerça seus poderes sobre os responsáveis pelo tratamento.

A metodologia do “balcão único” estipula que apenas a autoridade de controle do Estado-membro em que está situado o estabelecimento principal do responsável pelo tratamento dos dados será competente. Outrossim, a definição do “estabelecimento principal” transpassa a organização administrativa do responsável pelo tratamento de dados, através da concentração em um único estabelecimento do processo decisório e executivo em matéria de proteção de dados pessoais.

A primeira decisão proferida por autoridade de controle após a entrada em vigor do GDPR (SAN-2019-001) demonstra o despreparo do mercado para usufruir os benefícios decorrentes da metodologia do balcão único em matéria de proteção de dados. As entidades responsáveis pelo tratamento devem realizar uma reorganização interna

termes de protection des données, son ‘autorité de contrôle chef de file’) [...] Google LLC, société américaine, est le responsable de traitement et Google ne peut absolument pas se prévaloir du mécanisme de guichet unique. [...]. La position actuelle est que Google est soumis au contrôle de toutes les autorités de contrôle européennes [...]” FRANÇA. Commission Nationale de L’informatique Et Des Libertés. **Decisão Administrativa nº SAN-2019-001**. GOOGLE LLC. Relator: Jean-François Carraz. França.

entre seus estabelecimentos, para que seja possível a caracterização de um “estabelecimento principal”, ensejando a submissão destas organizações a autoridade de controle de apenas um Estado-membro.

REFERÊNCIAS

COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: Intercâmbio de dados pessoais num mundo globalizado.** Bruxelas, 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. **Data Protection:** Report. Bruxelas, 2015.

COMISSÃO EUROPEIA. **Em que medida irá a reforma da proteção de dados na UE beneficiar as empresas europeias?** Disponível em: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index_pt.htm. Acessado em 19 set. 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. **Grupo do artigo 29º para a Proteção de Dados. Orientações sobre a identificação da autoridade de controlo principal do responsável pelo tratamento ou do subcontratante.** Adotada em 13/12/2016, Rev. 05/04/2017. Disponível em: https://www.cnpd.pt/bin/rgpd/docs/wp244rev01_pt.pdf. Acessado em: 20 set. 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. **Reforma da EU sobre Proteção de Dados: Quais são os benefícios para as empresas da Europa?** Jan. 2016

Commission Nationale de L'informatique Et Des Libertés. **Decisão Administrativa nº SAN-2019-001.** GOOGLE LLC. Relator: Jean-François Carraz. França.

DELOITTE. **Economic impact assessment of the proposed European General Data Protection Regulation.** Londres, 16 dez. 2013.

GREENLEAF, Graham, **Japan`s Proposed EU Adequacy Assessment: Substantive Issues and Procedural Hurdles.** **Privacy Law & Business International Report**, Sydney, 2018.

JULIETTE, Chavane de Dalmassy. **RGPD: REGARD CRITIQUE SUR LA DÉCISION DE LA CNIL CONCERNANT L'AMENDE DE GOOGLE.** 2019. Disponível em: <https://www.eurojuris.fr/articles/amende-google-cnil-rgpd-38182.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

KADAR, Daniel; GALILLAERD, Laetitia. **First sanction decision rendered by the CNIL under the GDPR: GDPR awareness 2.0 has begun.** 2019. Disponível em: <https://www.technologylawdispatch.com/2019/01/privacy-data-protection/first-sanction-decision-rendered-by-the-cnil-under-the-gdpr-gdpr-awareness-2-0-has-begun/>. Acessado em: 20 set. 2019.

KUNER, Christopher. The European Commission's Proposed Data Protection Regulation: A Copernican Revolution in European Data Protection Law. **Bloomberg Bna Privacy And Security Law Report**, p.1-15, 06 fev. 2012.

MATEOS-GARCIA, Juan; BRAVO-BIOSCA, Albert; BAKHSHI, Hasan. **The analytical firm**: Estimating the effect of data and online analytics on firm performance. 2015. f. 35. Deuid Society, Rome, 2015.

MOEREL, Lokke. **CNIL'S DECISION FINING GOOGLE VIOLATES ONE-STOP-SHOP**, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3337478>. Acessado em 18 set. 2019.

SPONSELEE, Annika; MHUNGU, Rodney. **GDPR Top Ten #10: One Stop Shop**: The Impact of the One Stop Shop Mechanism. Deloitte. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/ch/en/pages/risk/articles/gdpr-one-stop-shop.html#>. Acesso em: 20 set. 2019.

VAN QUATHEM, Kristof et al. **Google fined €50 million in France for GDPR violation**. 2019. Disponível em: <https://www.insideprivacy.com/eu-data-protection/google-fined-e50-million-in-france-for-gdpr-violation/>. Acessado em: 19 set. 2019.

VOIGT, Paul; BUSSCHE, Axel vom dem. **The EU General Data Protection Regulation (GDPR)**: A Practical Guide. Cham: Springer, 2017.

VOSS, W. Gregory. **European Union Data Privacy Law Reform**: General Data Protection Regulation, Privacy Shield, and Right to Delisting. *The Business Lawyer*. V. 72, 2016 - 2017, P. 221-233.

WOHLFARTH, Michael. **Data as a Competitive Resource**: Essays on Market Power, Data Sharing, and Data Portability. 2018. 156 f. Dissertação (Mestrado), School Of Business, Economics And Information Systems, University Of Passau, 2018.

**A ATUAÇÃO DOS ESTADOS-MEMBROS EM DOMÍNIOS DE
COMPETÊNCIA PARTILHADA COM A UNIÃO EUROPEIA: UMA ANÁLISE
SOBRE A LIMITAÇÃO IMPOSTA À PRÁTICA DE ATOS JURIDICAMENTE
VINCULATIVOS EM MATÉRIA DE MEIO AMBIENTE**

**THE EXERCISE OF MEMBER STATES UNDER AREAS OF SHARED
COMPETENCE WITH THE EUROPEAN UNION: NA ANALYSIS ABOUT
THE LIMITATIONS IMPOSED TO LEGAL BINDING ACTS IN
ENVIRONMENTAL MATTERS.**

Raul Rietmann de Freitas¹

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar limitações (*pre-emption*) impostas aos Estados-Membros, previstas no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Entre diversos outros assuntos, o Tratado de Lisboa trouxe importantes inovações relacionadas às categorias de competência que podem ser atribuídas à União Europeia e seus Estados-Membros. Tais inovações, estudadas a partir de uma comparação com as regras que vigoravam anteriormente, desembocarão na análise das regras vigentes atualmente a fim de se conhecer algumas das consequências dessa limitação. Há a limitação do Artigo 2(2) que regula a atuação de Estados-Membros e da União sob atribuição de competência partilhada, na qual os Estados-Membros só podem exercer suas competências quando a União não as fizer. E também a do artigo 4, que apresenta um rol de domínios nos quais incidirá a competência mencionada anteriormente. Destes domínios, o foco se dará especificamente na prática de atos juridicamente vinculativos em matéria de meio ambiente, na qual qualquer limitação pode ensejar muitas dúvidas a depender do tipo de regulação utilizada. Neste domínio, em que pese os limites citados acima, pretende-se demonstrar em quais situações, a depender da forma de atuação da EU e tipo de matéria que se regula, os Estados-Membros não restam impedidos de atuar de forma absoluta.

Palavras-chave: Competência partilhada. União Europeia. Meio ambiente. Tratado de Lisboa. *Pre-emption*.

ABSTRACT

The present article aims to analyze the limitations (*pre-emption*) imposed on Member States, foreseen on the Treaty on the Functioning of the European Union. Among several other issues, the Lisbon Treaty brought important innovations related to the categories of competence that can be conferred on the EU and its Member States. Such innovations, studied by comparing them to the rules in force before the treaty, will lead to the analysis

¹ Mestrando em Direito Internacional, Econômico e Comércio Sustentável pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduado em Direito pela Faculdade CESUSC. Secretário-geral da Comissão de Direito e Relações Internacionais da OAB/SC. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Internacional Privado - UFSC/CNPq

of the current rules in order to identify some of the consequences of those limitations. There is the limitation foreseen in Article 2(2) that regulates the exercise of Member States and the Union under conferred shared competence, which determines that Member States can only act when the Union had not done so. And also Article 4, that presents a list of areas which must also be ruled by the same category of competence. Of all these areas, the focus will be laid on Environmental legal binding acts, upon which any limitation could bring lots of doubts depending on the type of ruling exercised. Within this subject matter, notwithstanding the previously mentioned limits, this article intends to demonstrate under what circumstances, depending on how the EU has exercised its competence, Member States would not be absolutely pre-empted from acting.

Keywords: Shared competence. European Union. Environment. Lisbon Treaty. Pre-emption.

1. REGRAS DE COMPETÊNCIA

Em matéria de competência, antes de entrar nas especificidades de como suas regras são dispostas e interpretadas, ponto de maior interesse deste trabalho, é importante esclarecer brevemente a origem das competências conferidas à União Europeia. A delimitação inicial é feita baseada na ideia do princípio da atribuição. Isto significa que os Estados-Membros cedem parte de sua soberania à União Europeia, conferindo competências para que esta atue em matérias de interesse comum. Este princípio foi expressamente positivado nos artigos 5(1) e 7(1) do Tratado de Maastricht e foi reafirmado nos artigos 5(1) e 5(2) do Tratado da União Europeia (TUE), onde este prevê que²:

Em virtude do princípio da atribuição, a União actua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-Membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objetivos fixados por estes últimos. As competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros.³

Identificada a origem, delimitação e previsão legal da questão da atribuição de competência, o último ponto preliminar que é de suma importância identificar antes de entrar nas especificidades das regras vigentes, é sobre quais princípios irradiam normatividade no que tange ao exercício de tais competências. Conforme expressamente previstos na parte final do artigo 5(1) do TUE, são eles o princípio da subsidiariedade e o da proporcionalidade.

De maneira sucinta, respeitando o caráter preliminar desta parte inicial do presente estudo, o princípio da subsidiariedade, em matérias nas quais a UE não tem competência exclusiva para atuação, este princípio tem como objetivo

salvaguardar a habilidade de tomadas de decisão e ação dos Estados Membros e autorizar a União quando os objetivos de uma ação não pudessem ser suficientemente alcançados pelos Estados Membros e sim de maneira mais eficaz no nível da União.⁴

² CRAIG, Paul; Búrca, Gráinne de. *EU LAW: Text, cases and materials*. 5. ed. New York: Oxford University Press, 2011. p.74, tradução nossa.

³ UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia*. Jornal Oficial da União Europeia, 26 out. 2012.

⁴ PARLAMENTO EUROPEU. *Fact Sheets on the European Union*. 2019. p.1, tradução nossa.

Em outras palavras, ele visa garantir a independência dos Estados Membros em tomadas de decisões em níveis local, regional ou nacional, quando essas decisões puderem assim ser encaminhadas de maneira adequada e eficiente. Em sentido contrário, caso as ações dos Estados Membros não forem suficientemente eficientes, a União fica autorizada a atuar a fim de alcançar os objetivos desejados em determinada matéria.⁵

Com relação à proporcionalidade, em situações nas quais a atuação da União for a mais eficiente, o artigo 5(4) do TUE prevê que esta atuação, tanto em seu conteúdo quanto em sua forma, “não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados.”⁶ Ou seja, em matérias de competência compartilhada, estes dois princípios visam tanto salvaguardar a independência dos Estados Membros quanto limitar a atuação da União na medida que lhe foi concedida a autorização.

Antes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que passaremos a analisar no próximo tópico, essas eram as principais regras que definiam sobre a questão de competências. Como não havia nenhum tipo de categorização de tipos de competência, essa definição era feita a partir da análise dos Tratados em questão, o que se tornava bastante problemático em casos nos quais os próprios Tratados eram silentes sobre o assunto.

Foi somente após o Tratado de Nice (2000) que tal assunto foi identificado como um problema a ser discutido, pois tais regras não ofereciam a proteção necessária à atuação dos Estados frente a uma crescente concessão de poderes à União. Uma resposta para esta questão veio com o Tratado de Lisboa, que além de manter as previsões quanto aos limites da atribuição, subsidiariedade e proporcionalidade⁷, criou categorias gerais de divisão de competência, sobre as quais passaremos agora a analisar a fim de entender as limitações de atuação impostas aos Estados Membros em matéria de meio ambiente.

1.1. AS INOVAÇÕES DO TRATADO DE LISBOA

Como foi introduzido no final da seção anterior, o Tratado de Lisboa (Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE), que entrou em vigor em 2009, criou categorias de competências para a atuação da União, são elas: competência exclusiva,

⁵ *Ibidem*, p. 2.

⁶ UNIÃO EUROPEIA. *Op cit.*

⁷ CRAIG, Paul; Búrca, Gráinne de. *op. cit.*, p. 73-74, tradução nossa.

competência partilhada ou competência para prestar suporte, coordenação ou executar ações suplementares.

Vale lembrar que, como vimos nas considerações iniciais sobre as regras de competência, por força do princípio da atribuição, estas categorias só se aplicam para competências que foram atribuídas à UE pelos Estados Membros em Tratados. Isso significa dizer que a União não tem carta branca para legislar ou atuar em qualquer matéria que pertença aos domínios das competências listadas anteriormente sem que haja a atribuição desta competência por parte dos Estados Membros, através de um Tratado.

O TFUE foi além de somente criar tais categorias. Ele também definiu matérias específicas dentro destas categorias, além de regras para o exercício das mesmas, esta última sob a luz do princípio da subsidiariedade. Neste trabalho, nos limitaremos a comentar sobre as categorias exclusiva e suplementar, somente no que servirem ao entendimento da categoria de competência partilhada, que é o alvo deste estudo.

1.2. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA

A competência exclusiva está prevista no artigo 2(1) do referido Tratado, que prevê que a União pode legislar e executar atos legais vinculativos e que os Estados Membros somente podem atuar se demandados ou se atuarem como órgão da União implementando atos da mesma. Um exemplo de atuação desta natureza, seria a internalização ao ordenamento jurídico nacional de uma Diretiva da UE. Neste caso, o Estado Membro legisla de acordo e por consequência do ato normativo da União.

Os domínios que ficam submetidos à competência exclusiva são os previstos no Artigo 3(1), a saber: a União aduaneira; o estabelecimento de regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno; a política monetária para Estados-Membros cuja moeda seja o euro; a conservação dos recursos biológicos do mar, no âmbito da política comum das pescas; e a política comercial comum⁸.

Ainda sobre a competência exclusiva, o Artigo 3(2) define que:

⁸ UNIÃO EUROPEIA. Tratado Sobre O Funcionamento da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia, 26 out. 2012.

A União dispõe igualmente de competência exclusiva para celebrar acordos internacionais quando tal celebração esteja prevista num ato legislativo da União, seja necessária para lhe dar a possibilidade de exercer a sua competência interna, ou seja, suscetível de afetar regras comuns ou de alterar o alcance das mesmas.⁹

Ainda que este não seja o foco principal deste trabalho, é importante mencionar que estas três condições impostas pelo dispositivo acima, embora bastante claras em uma primeira análise, são extremamente complexas e – segundo os já citados Paul Craig e Gráinne de Búrca, que dedicam algumas páginas da obra *EU LAW: Texts, Cases and Materials* ao tema – carecem de uma análise combinada com outros dispositivos do próprio TFUE e também com o entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) pré e pós-TFUE.¹⁰

Ao analisarem o cenário pré-TFUE, Craig e Búrca esclarecem que a União tinha uma competência externa implícita, que poderia ser exclusiva ou partilhada. O problema era que, como não havia limites claros entre tais categorias, comumente o TJEU era impulsionado a decidir sobre tais dúvidas.

Ainda segundo os autores, o TJUE formou seu entendimento em três casos paradigmáticos. Ao analisar o *European Road Transport Agreement* (ERTA) o TJUE¹¹ sustentou que quando a EC atuasse no intuito de implementar alguma parte deste tratado, os Estados-Membros não poderiam mais atuar para evitar que se afetasse as regras e escopo do mesmo. Mudaram o entendimento no caso *Kramer*¹², definindo que a União teria competência externa implícita mesmo sem agir internamente para implementar provimentos de determinado tratado, porém os Estados-Membros poderiam atuar, desde que em consonância com os objetivos comunitários e também antes que a União o fizesse. No último caso, *Inland Waterways*¹³, mudou novamente entendimento decidindo que a competência externa deveria ser condicionada a ações internas da União, uma vez que muitas dessas ações dependiam de formalização de tratados internacionais.

Neste cenário, havia entendimento de que a competência externa continuava podendo ser partilhada ou exclusiva. Mas que, nos casos onde a União atuasse em suas

⁹ Ibidem.

¹⁰ CRAIG, Paul; Búrca, Gráinne de. op. cit., p. 80-81, tradução nossa.

¹¹ Caso 22/70 Comissão v. Conselho, apud CRAIG, P.; Búrca, G, p. 80.

¹² Casos 3, 4 and 6/76 *Kramer*, apud CRAIG, P.; Búrca, G, p. 80.

¹³ Opinião 1/76 *Inland Waterways*, apud CRAIG, P.; Búrca, G, p. 80.

atribuições internas, quando houvesse necessidade de tratados internacionais externos, o TJUE entendia que sua competência seria exclusiva.¹⁴

Já no cenário atual, pós-TFUE, os autores dão ênfase e destrincham o texto do Artigo 3(2) no intuito de esclarecer os possíveis desdobramentos de cada uma das situações. Após apresentarmos cada uma delas, sintetizaremos suas correlações em um fluxograma.

A primeira situação é aquela na qual “A União dispõe igualmente de competência exclusiva para celebrar acordos internacionais quando tal celebração esteja prevista num ato legislativo da União...”¹⁵. Neste caso, o que vale frisar é que esta competência externa exclusiva não está limitada ao rol do Artigo 3(1). Ou seja, em qualquer que seja a matéria, se houver ato legislativo da União que preveja a celebração de acordos internacionais, a competência da União será exclusiva.

A segunda situação é a que a celebração de um tratado internacional “...seja necessária para lhe dar a possibilidade de exercer a sua competência interna...”¹⁶. Neste caso, assim como no anterior, e como vimos nos julgados mencionados anteriormente, o TJUE entende que União tem competência externa exclusiva para celebrar tratados que sejam imprescindíveis para que ela possa exercer suas competências internas. Mesmo que essa competência interna seja partilhada, ou mesmo suplementar.

A terceira e última situação prevê que a UE teria competência exclusiva quando a celebração de um determinado acordo internacional “...seja suscetível de afetar regras comuns ou de alterar o alcance das mesmas.”¹⁷ A crítica de Craig e Búrca é a de que o TJUE faz uma interpretação bastante ampliada a esta parte do dispositivo, que somada as outras ampliações da competência externa exclusiva previstas nas outras duas situações acabam por diminuir ainda mais o poder de atuação dos Estados-Membros em acordos internacionais.¹⁸

1.3. COMPETÊNCIA PARTILHADA

¹⁴ CRAIG, Paul; Búrca, Gráinne de. op. cit., p. 81, tradução nossa.

¹⁵ UNIÃO EUROPEIA. Op cit.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ CRAIG, Paul; Búrca, Gráinne de. op. cit., p. 82, tradução nossa.

O Artigo 2(2) define qual é a origem da competência partilhada e também como os Estados-Membros devem exercer tal competência. Diz o artigo:

Quando os Tratados atribuem à União competência partilhada com os Estados-Membros em determinado domínio, a União e os Estados-Membros podem legislar e adotar atos juridicamente vinculativos nesse domínio. Os Estados-Membros exercem a sua competência na medida em que a União não tenha exercido a sua. Os Estados-Membros voltam a exercer a sua competência na medida em que a União tenha decidido deixar de exercer a sua.¹⁹

Quanto à origem, portanto, não há grandes mistérios. Sempre que um tratado definir a competência como partilhada, assim ela deverá ser considerada. Tal afirmação deve ser acompanhada das devidas ressalvas que vimos quando analisamos a interpretação ampliada dada ao artigo que rege as competências exclusivas. E quanto ao exercício deste tipo de competência, há algumas previsões de limitações para a atuação dos Estados-Membros. Estes ficam impedidos de atuar em determinada matéria caso a União já o tenha feito e só podem voltar a atuar caso a mesma decida deixar de exercer tal competência.

Este tipo de limitação é chamado de *pre-emption* e, conforme nos ensina Lucia Rossi, pode ocorrer tanto em âmbito interno quanto externo. Isso se dá como continua a autora, por conta de outro princípio, o do paralelismo, que indica que uma competência interna (mesmo que não exclusiva) pode depender de ações externas para ser concretizada. Isso acaba por conferir a União competência exclusiva para atuar nesse caso.²⁰

O Artigo 4(1) continua delimitando ainda mais essa categoria de competência atribuindo-lhe natureza residual, uma vez que exclui as áreas definidas nos Artigos 3 e 6, que tratam das competências exclusiva e suplementar respectivamente. Seguindo a delimitação do exercício da competência partilhada, o Artigo 4(2) define um rol exemplificativo de domínios nos quais ela recairá, a saber:

- a) Mercado interno;
- b) Política social, no que se refere aos aspetos definidos no presente Tratado;
- c) Coesão económica, social e territorial;

¹⁹ UNIÃO EUROPEIA. Op cit.

²⁰ ROSSI, L. Does the Lisbon Treaty Provide a Clearer Separation of Competences between EU and Member States? In: BIONDI et al., (Org.). *EU after Lisbon*. New York: Oxford, 2012. p. 88-89, tradução nossa.

- d) Agricultura e pescas, com exceção da conservação dos recursos biológicos do mar;
- e) Ambiente;
- f) Defesa dos consumidores;
- g) Transportes;
- h) Redes transeuropeias;
- i) Energia;

Todavia, nem todas essas delimitações são suficientes para extinguir qualquer dúvida quanto à separação das categorias de competência vistas até aqui. Seja por domínios que podem facilmente se sobrepor uns aos outros, como no caso entre ‘Ambiente’ e ‘a conservação dos recursos biológicos do mar, no âmbito da política comum das pescas’, como também sobre as matérias definidas no Artigo 4(3) e (4), que mencionam domínios que estão expressamente ligados à competência suplementar.

Outra questão importante de se salientar aqui e que guarda relação com o cenário nebuloso que acaba de ser apresentado, é a de que o exercício desta competência partilhada não é só delimitado pelo que foi dito anteriormente à luz do Artigo 2(2), qual seja, a da atuação subsidiária dos Estados-Membros frente a uma possível atuação da União. Segundo o Artigo 2(6), “A extensão e as regras de exercício das competências da União...”, seja ela exclusiva, partilhada ou suplementar, “...serão determinadas pelas disposições dos Tratados relativas a cada domínio.”²¹ Isto é, para se saber como deve ser a atuação dos Estados-Membros ou da União, em qualquer das categorias de competência, não basta analisar seus respectivos artigos definidores. Há que se investigar os dispositivos, emendas e protocolos do próprio TFUE e de outros Tratados que possam de alguma forma reger determinado domínio.

Diante da necessidade desta análise mais específica, passaremos agora a analisar como o TFUE delimita/regula matérias sobre meio ambiente e alguns exemplos de atos praticados pela União Europeia neste domínio e identificar quais tipos de limites essas ações impõe aos Estados Membros.

2. A POLÍTICA DA UNIÃO EUROPEIA EM MATÉRIA DE MEIO AMBIENTE

²¹ UNIÃO EUROPEIA. Op cit.

Como vimos, de acordo com o Artigo 4(2), em regra, a atuação da UE e dos EMs, em matéria de meio ambiente, deve ser partilhada. Outra regra, também vista anteriormente, prevista nos artigos iniciais do TFUE, mais precisamente no artigo 2(2), indica que há a limitação (*pre-emption*) dos Estados após a atuação por parte da União em determinada matéria. Essa simples previsão não esclarece totalmente como deve se dar a atuação de cada parte.

É o Artigo 2(6), que define que a extensão e exercício dependerá das disposições dos Tratados sobre o assunto. E é também no próprio TFUE que encontramos os artigos que definem a política de meio ambiente da UE. Entre os artigos 191 e 193, veremos se é possível extrair algum esclarecimento acerca de como serão atribuídas as competências e também se a competência partilhada sofre algum outro tipo de limitação ou flexibilização diferente do já vimos até aqui.

2.1. OBJETIVOS DA POLÍTICA DE MEIO AMBIENTE DA EU

O artigo 191(1) trata dos objetivos da Política ambiental da UE e define como seus principais pontos:

- i- a preservação, a proteção e a melhoria da qualidade do ambiente;
- ii- a proteção da saúde das pessoas;
- iii- a utilização prudente e racional dos recursos naturais;
- iv- a promoção, no plano internacional, de medidas destinadas a enfrentar os problemas regionais ou mundiais do ambiente, e designadamente a combater as alterações climáticas.

Tais objetivos são considerados bastante detalhados em termos descritivos, porém segundo Ludwig Kramer, não agregam muito à proteção do meio ambiente em termos práticos. Isso não quer dizer que não inócuos. Eles prestam, ainda segundo o autor, alguns serviços importantes, notadamente: “esclarecer que as medidas de proteção não estão limitadas ao território da União Europeia”; “cobrir a administração de todos os recursos que são encontrados no meio ambiente, fauna e flora, madeira, minerais, ar,

água, solo, petróleo, gás natural e outros elementos químicos.”; assim como servir como base legal para a criação de políticas públicas.²²

2.2. ATRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA EM MATÉRIA DE MEIO AMBIENTE

2.2.1. Aspectos gerais

Conforme vimos anteriormente, pelo fato de o meio ambiente compor expressamente o rol de domínios nos quais incidirá a competência partilhada, os Estados Membros só podem atuar em assunto/casos nos quais União não tiver atuado. Por outro lado, como apresentado na parte introdutória deste trabalho, a limitação que recai sobre a União é a de agir à luz do princípio da subsidiariedade e proporcionalidade. Ou seja, agir somente no que foi outorgada pelos Estados Membros e também na proporção ideal (forma e conteúdo) para se atingir os objetivos da União Europeia.

Como as restrições podem vir também de partes específicas presentes nos Tratados, e não das regras gerais de competência, utilizaremos um par de exemplos trabalhados por Kramer que nos pareceram bastante esclarecedores para mostrar quando, mesmo diante de um cenário cada vez mais dominado pela União, os Estados Membros podem atuar. Analisaremos os efeitos da atuação dos EMs na ausência da atuação da União e por fim o contrário, os efeitos da legislação comunitária sobre a nacional.

2.2.2. Atuação dos Estados Membros na ausência da EU

O exemplo trazido por Kramer para ilustrar a atuação de um Estado Membro num campo onde a União não atuou nos possibilitará extrair dois ensinamentos importantes.

O primeiro, é a análise de como outros dispositivos do TFUE (diferentes dos estudados até aqui) podem regular/interferir nas regras gerais de distribuição de competência, extrapolando o que está previsto na parte final do Artigo 2(6). Veremos que, além da análise das disposições dos Tratados relativas a cada domínio, outras

²² KRAMER, L. *EU Environmental Law*. 7 ed. London: Thomson Reuters, 2011. p. 13-14, tradução nossa.

matérias também podem impor certas barreiras ao poder de atuação dos Estados Membros em matéria de meio-ambiente. É o caso da proibição de restrições quantitativas entre os Estados-Membros em matérias de importação e exportação (Artigos 34, 35 e 36 TFUE). Já o segundo é que a atuação do TJUE também será determinante no âmbito de como alguns termos são definidos, alterando o alcance de algumas restrições.

Sobre o primeiro caso, resumidamente, tais artigos trazem a regra de que Estados-Membros só podem restringir tais aspectos do mercado comum interno em situações específicas. Estas situações estão previstas no Artigo 36 e, segundo o TJUE, no julgado de 1980, trata-se de um rol taxativo²³. Estados-Membros só podem restringir importações e exportações por razão de:

moralidade pública, ordem pública e segurança pública; de proteção da saúde e da vida das pessoas e animais ou de preservação das plantas; de proteção do património nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico; ou de proteção da propriedade industrial e comercial.²⁴

Esta decisão não resolvia a questão, pois ainda segundo Kramer, embora muitos assuntos relacionados ao meio-ambiente podem ter relação direta com a “...proteção da saúde e da vida das pessoas e animais ou de preservação das plantas...”, há inúmeras outras que, segundo os critérios do TJUE, não apresentam tal ligação, como por exemplo transporte de óleo de reuso e emissão de gases ou outras substâncias que deterioram a camada de ozônio. Como o efeito nocivo à saúde humana nestes casos é indireto, sua restrição não pode ser feita, pelo menos não com base no Artigo 36.²⁵

Aqui adentramos mais claramente no âmbito do segundo ensinamento, pois este entendimento mais restrito do que pode ser considerado nocivo ao meio-ambiente perdeu relevância no final da década de 70, quando o TJUE declarou que:

na ausência de legislação da União, uma restrição na livre circulação de bens de um outro Estado-Membro teria que ser aceita na extensão necessária para satisfazer requisitos obrigatórios como controle fiscal, práticas justas de negócios, proteção ao consumidor e adicionou que poderia haver outros requisitos obrigatórios.²⁶

²³ Comissão v Irlanda (113/80), apud KRAMER, L, p. 93.

²⁴ UNIÃO EUROPEIA. Op cit.

²⁵ KRAMER, L. op. cit., p. 93-94, tradução nossa.

²⁶ Ibidem, p. 94

Isso porque, em seguida, a Corte se manifestou no sentido de que a proteção ao meio-ambiente também deveria ser considerada como um destes “outros requisitos obrigatórios”. A título de esclarecimento, o caso específico envolvia a Comissão Europeia e o Governo da Dinamarca em uma restrição imposta pelo Estado-Membro legislando pela obrigatoriedade de se operar um sistema depósito/retorno de vasilhames de bebidas em seu território. Isso impactaria em maior medida, por questões logísticas, fornecedores/fabricantes de outros Estados-Membros de operarem tal sistema, mas ainda assim seria viável por estar alinhada com o objetivo geral da União de proteção ao meio-ambiente.²⁷

Em suma, além das regras gerais e dos dispositivos em Tratados relacionados à matéria específica, vimos que dispositivos de outras matérias (que representem alguma relação com a anterior) e também julgados alteram consideravelmente, porém não limitam totalmente a possibilidade de atuação dos Estados-Membros em questões ambientais. Isso porque analisávamos casos onde a UE não havia atuado. Mas e se tivesse atuado/legislado? Seria ainda possível alguma atuação por parte dos Estados-Membros? É o que passaremos a analisar agora.

2.2.3. Legislação Comunitária sobre legislação nacional

Nesta última seção, nos ocuparemos de analisar a possibilidade de atuação dos Estados-Membros, mesmo diante de uma questão específica de meio ambiente que já tenha sido regulada pela UE. Para tanto, é necessário esclarecer o que a medida normativa tem como objetivo. Saber se se trata de uma questão de “harmonização total”, “harmonização parcial”, “harmonização mínima” ou mista, e diante dessa constatação, saber qual seria a margem de atuação dos Estados-Membros.

Cabe reforçar aqui que quando se fala de harmonização total, parcial ou mínima, não se restringe a forma de legislação a ser utilizada. Por exemplo, uma diretiva, mesmo dependendo de ato legislativo interno do Estado-Membro, pode regular a totalidade de uma espécie de produto que circule em toda a UE (harmonização total), assim como,

²⁷ Comissão v. Dinamarca (302 /86), apud KRAMER, L, p. 94.

obviamente, regular também somente uma parte desta espécie de produtos (harmonização parcial). O exemplo mais recente é o da Diretiva do Plástico (ainda em processo legislativo), que no que tange os produtos plásticos de único uso, almeja harmonização total no banimento da circulação deste tipo de produto no território da UE.

Há dois dispositivos do TFUE que podem ser considerados mais importantes nesse sentido. São os artigos 193, que está entre os artigos que tratam especificamente do meio-ambiente e o 114, que trata das medidas de harmonização da UE. Este último, também fazendo relação expressa com a questão ambiental. Analisaremos quais são as implicações que cada um deles representa ao objeto deste trabalho.

O Artigo 193 é o que determina que um Estado-Membro pode manter ou introduzir medida de proteção reforçada adicional àquelas previstas de serem introduzidas pela UE (Artigo 192). E que por fim, cabe fazer a relação, ambas devem servir aos objetivos listados no Artigo 191. Conforme reforça Kramer, é importante que esta medida de proteção reforçada seja compatível com os Tratados e que não seja discriminatória ou desproporcional, afetando por exemplo (como já mencionamos anteriormente) o mercado entre Estados-Membros. Afinal, “Protecionismo é protecionismo, mesmo que seja feito para a proteção do meio ambiente.”²⁸

Da leitura do artigo 114, extraem-se quatro condições – as três primeiras do Artigo 114(4) e a última do Artigo 114(6) – que devem ser preenchidas para que os Estados-Membros possam manter legislação nacional apesar de já haver legislação no âmbito da UE, são elas:

- a) A adoção de uma medida de harmonização por parte da UE;
- b) O Estado-Membro considerar necessário manter legislação nacional sobre meio-ambiente;
- c) O Estado-Membro deve notificar à Comissão essa medida e também as justificativas que sustentam sua manutenção;
- d) Que a Comissão aprove tal medida.

Há também a previsão do Artigo 114(5) que prevê a possibilidade de introdução de nova legislação em matéria de proteção do meio de trabalho e meio ambiente. Neste

²⁸ KRAMER, L. op. cit., p. 116, tradução nossa.

caso, as condições são diferentes e devem ser cumpridas também cumulativamente, a saber:

- a) Baseadas em provas científicas;
- b) Motivada por problema específico do Estado-Membro em questão;
- c) Que o problema tenha surgido após a adoção da medida de harmonização.

Por fim, após analisar de maneira geral as regras do exercício de competências por parte da União e dos Estados-Membros na primeira seção deste trabalho e de esta última seção focada na exposição das possibilidades de atuação dos Estados-Membros mesmo após a atuação da União, passaremos agora para a parte final desta análise visando sintetizar todos esses cenários.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo de uma análise sequencial dos artigos do TFUE, diante das primeiras regras gerais sobre a distribuição de competência, tem-se a impressão de que se desenham regras absolutas no que se refere ao exercício das mesmas. O mesmo já não pode ser dito sobre as delimitações dos domínios de cada tipo de competência, dada a notória interdependência e transversalidade entre os mesmos.

É somente a partir da análise específica de um dos domínios e seus interdependentes que se pode construir toda a trama de limitações e permissões de atuação dos Estados-Membros e da União. Nesta trama, além dos Tratados, Regulamentos, Diretivas e outros instrumentos que compõe o arcabouço normativo da União Europeia, inclui-se também a atuação do TJUE, que atua frente às dúvidas que surgem no funcionamento deste complexo sistema de regras. E é da análise combinada de todos esses elementos que se pode definir a possibilidade ou não de um Estado-Membro atuar em matéria de competência partilhada, seja ela qual for.

Portanto, sintetizando a análise feita dos elementos específicos trazidos neste trabalho, conclui-se que, apesar da natureza partilhada das competências em matéria ambiental e também das regras de seu exercício, a União deve ampliar cada vez mais a limitação dos Estados à medida que for atuando e legislando nesta área.

Em cenários interno ou externo cada vez mais dominados pela atuação da União, restará aos Estados-Membros apenas o reforço das medidas implementadas e/ou legislações inovadoras. O que comprova que a limitação jamais será absoluta. Há que se considerar também que este alto grau de limitação não deve se reverter totalmente indesejado, uma vez que a própria União tem princípios balizadores para esta atuação e deve estar atrelada aos objetivos e interesses comuns de todos os seus membros.

REFERÊNCIAS

CRAIG, Paul; Búrca, Gráinne de. *EU LAW: Text, cases and materials*. 5. ed. New York: Oxford University Press, 2011.

KRAMER, L. *EU Environmental Law*. 7 ed. London: Thomson Reuters, 2011.

PARLAMENTO EUROPEU. *Fact Sheets on the European Union*. 2019. p.1, tradução nossa. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU_1.2.2.pdf Acesso em: 19/09/2019.

ROSSI, L. Does the Lisbon Treaty Provide a Clearer Separation of Competences between EU and Member States? In: BIONDI et al., (Org.). *EU after Lisbon*. New York: Oxford, 2012.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado Sobre O Funcionamento da União Europeia*. Jornal Oficial da União Europeia, 26 out. 2012.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia*. Jornal Oficial da União Europeia, 26 out. 2012.

**MECANISMO DE PROPOSTA POR PARTE DOS CIDADÃOS EUROPEUS
PARA CRIAÇÃO DE REGULAMENTO PELA COMISSÃO EUROPEIA:
DEMOCRACIA DENTRO DA COMUNIDADE**

**MECHANISMS OF PROPOSAL FROM THE EUROPEAN CITIZENS TO
CREATE REGULATIONS BY THE EUROPEAN COMMISSION:
DEMOCRACY IN THE COMMUNITY**

*Angelina Colaci Tavares Moreira¹
Carolina Braglia Aloise Bertazolli²*

RESUMO

A União Europeia compreende um direito comunitário altamente organizado, sendo composta por órgãos separados como Executivo, Legislativo e Judiciário. Dentro do Poder Legislativo, visando fomentar a representação democrática, existe uma ferramenta de suma importância para criação de regulamentos chamada ‘iniciativa de cidadania europeia’. Esta ferramenta permite que os cidadãos europeus proponham mudanças legislativas naquilo que seja de competência da Comissão Europeia propor. Apesar de a Comissão Europeia não ser vinculada a iniciar o processo, esta ferramenta se mostra de extrema relevância para demonstrar o que os cidadãos de fato querem. Um exemplo recente e relevante foi a criação de um novo regulamento sobre segurança alimentar e pesticidas no ano de 2017. Este caso é uma das quatro iniciativas que deram certo, demonstrando a necessidade da presença dos cidadãos para melhorar os regulamentos europeus e conseqüentemente a vida dos cidadãos. O objetivo do presente trabalho é discutir a importância das iniciativas legislativas propostas pelos cidadãos europeus como forma de incitar a democracia participativa. No que se refere a metodologia utilizada, o método de abordagem será o método dedutivo, enquanto o método de procedimento será o descritivo. Os resultados parciais obtidos determinam que os cidadãos da UE possuem igualdade de tratamento em relação ao Parlamento Europeu e ao Conselho para propor regulamentos que versem sobre meio ambiente, agricultura, energia, transporte e comércio, contribuindo para consolidar a democracia direta na União e reforçando a sua cidadania, permitindo que os cidadãos possam participar ativamente na promoção e desenvolvimento das políticas da UE.

Palavras-chave: Comissão europeia; democracia; ativismo; iniciativa popular.

¹ Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Integrante da Clínica de Direitos Humanos da PUCPR, sendo integrante do grupo de pesquisa de Business and Human Rights vinculado ao PPGD/PUCPR e do Grupo de Competição em Direitos Humanos. E-mail: angelcolaci@gmail.com.

² Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Integrante do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano, vinculado ao PPGD/PUCPR; e membra da Clínica de Direitos Humanos da PUCPR, sendo integrante do grupo de pesquisa de Business and Human Rights vinculado ao PPGD/PUCPR e do Grupo de Competição em Direitos Humanos; e integrante do Grupo Gênero e Colonialidade vinculado ao PPGDH/PUCPR. Principais áreas de pesquisa: Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direitos Humanos. E-mail: carolinabertazolli@gmail.com.

ABSTRACT

The European Union is classified as community law highly organized, having organisms that are separated in Executive, Legislative and Judiciary. In the Legislative Power, with the goal to incentivize the democratic representation, created a relevant tool to propose regulations called 'European citizens' initiative'. This tool allows the European citizens to propose legislative changes on the matters that are from the European Commission's competence. Despite the European Commission not being obliged to create the regulation, this tool is important to show what the citizens want. A recent and relevant example of this initiative was the creation of a new regulation related to food security and pesticides in 2017. This case is one out of four initiatives that worked out, illustrating the importance of the presence of the citizens to improve the European regulations and consequently their lives. The aim of this paper is to discuss the importance of those legislative initiatives proposed by the European citizens as a method to incite the representative democracy. Referring to methodology, the approach method will be the deductive, while the procedure method will be the descriptive. The partial results obtained are that the EU citizens have the equal treatment before the European Parliament and Council to propose regulations about environments, agriculture, energy, transportation, and trade. It contributes to consolidate the direct democracy in the Union and it reinforces their citizenship, allowing them to participate actively in the promotion and development of politics in EU.

Keywords: European Commission; democracy; activism; popular initiative.

1. INTRODUÇÃO

A European Citizens' Initiative (ICE) foi apresentada como uma oportunidade de dar voz aos anseios dos cidadãos europeus que se interessam em como as decisões que dizem respeito à sua vida estão sendo tomadas dentro das instituições da UE e de que forma estas decisões irão impactar em suas vidas. Este instrumento permite que um grupo organizado de cidadãos pertencentes a Estados-Membros peçam à Comissão Europeia que adote medidas concretas para satisfazer suas pretensões.

A noção de participação e sua relação com a democracia se dirige aos indivíduos, levando ao desenvolvimento humano, aumentando o sentimento de eficácia, reduzindo a distância da autoridade política, estimulando a preocupação com problemas e soluções coletivas e encorajando os cidadãos a se tornarem ativos dentro do contexto político.³

Assim, a ICE viabiliza que um milhão de cidadãos de no mínimo sete Estados-Membros da UE interponha perante a Comissão Europeia uma iniciativa legislativa sobre um assunto que considerem necessário para que seja implementado um tratado. Entretanto, esse assunto deve ser relativo aos temas de competência da própria Comissão.

Esta iniciativa foi vista como uma grande vitória da democracia, conseguindo aproximar o projeto europeu de seus cidadãos. Houve, no entanto, reservas sobre a implementação desta ferramenta para facilitar a democracia direta. Em primeiro lugar, havia a tensão entre o uso da democracia direta e a representativa, sendo sustentado por alguns de que essa iniciativa legitimaria a crise na legitimidade democrática.⁴ Ainda, os impactos desta iniciativa na legitimidade das instituições da UE não podem ser previstos. Em segundo lugar, existem ressalvas de que a iniciativa possa ser usada por grupos de interesse bem organizados para promover soluções em seu benefício.

³ Monaghan, Elizabeth. Assessing Participation and Democracy in the EU: The Case of the European Citizens' Initiative. **Perspectives on European Politics & Society**. Sep. 2012, Vol. 13, Issue 3, p. 285. Disponível em: <http://web-abstracts.ez433.periodicos.capes.gov.br/ehost/detail/detail?vid=0&sid=337e40f3-7878-48d9-84a6-d7048fda8a39%40sdc-v-sessmgr02&bdata=Jmxhbmc9cHQYnImc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#AN=82248564&db=aph>. Acesso em 31 jul. 2019.

⁴ Trzaskowski, Rafal. The European Citizens' Initiative: a victory for democracy or a marketing trick?. **European View**, Dec, 2010, Vol.9, p.264. Disponível em: <https://link.springer.com.ez433.periodicos.capes.gov.br/article/10.1007%2Fs12290-010-0133-3>. Acesso em 31 jul. 2019.

Não há dúvidas de que a ICE é um instrumento criado com o objetivo de aproximar a UE de seus cidadãos. No entanto, um cenário contrário também é possível, na medida em que as iniciativas populares podem facilmente ser rejeitadas caso não sejam adotadas as questões procedimentais ou que fujam da competência das áreas onde a UE tenha competência para atuar.

Sendo assim, não há dúvidas de que a ICE procura reforçar a natureza participativa das políticas da UE. Desta forma, o objetivo da pesquisa desenvolvida foi estudar a importância das iniciativas legislativas propostas pelos cidadãos europeus como forma de incitar a democracia participativa e assim analisar até que ponto essas iniciativas resultam em uma União Europeia mais democrática, tendo em vista que simplesmente ter a oportunidade de participação não equivale de fato em uma democracia participativa.

A metodologia utilizada dentro da presente pesquisa foi, no que tange ao método de abordagem, o método dedutivo, haja vista que se partiu da noção geral de representação democrática dentro da UE para afunilar o estudo; enquanto o método de procedimento foi o descritivo, visto que a análise foi da instituição e seus procedimentos.

2. ICE COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NA EU

Dentro da União Europeia é possível identificar a existência da democracia em sua forma representativa e participativa. Até a década de 1990, a UE concentrava sua essência na democracia representativa, reforçando as competências do Parlamento.

A partir da década de 1990 observou-se a crise dos sistemas de representatividade europeus que eram considerados ineficientes pelos cidadãos. Assim, com o advento do Tratado de Lisboa, a democracia participativa passa a ser consagrada no sistema da UE, contudo, possuía grandes limitações.⁵

Entre abril de 2012 quando o ICE entrou em operação até agora, grande parte do debate gira em torno de suas implicações para o surgimento de uma esfera pública

⁵ MORARU, Andrei. European Union Democratic Governance: A case study of the european citizens' initiative. **Europolity**, vol. 10, no. 2, 2016. Disponível em: <http://europolity.eu/wp-content/uploads/2016/12/VOL10NO2-Moraru.pdf>. Acesso em 02 ago. 2019. p. 143.

européia e seu potencial para promover a participação dos cidadãos europeus nos processos políticos da UE de forma eficaz.⁶

O panóptico é que, apesar das limitações do projeto e o fraco potencial de promover leis, a ICE possui o potencial de promover um engajamento civil em relação às questões que afetam o cotidiano dos europeus, ou seja, ela serve de meio para incentivar que novos grupos de intervenientes, sejam eles cidadãos, sociedade civil ou movimentos sociais⁷, consigam participar do processo de elaboração de políticas da UE.

Diferentemente de outros mecanismos de participação e integração com a sociedade existentes na UE que acabam envolvendo grupos elitizados, o ICE consegue promover o engajamento de um número mais plural de cidadãos, fornecendo um canal que consegue atingir demandas que não estão no topo da agenda política, mas que possuem um relevante interesse social, fomentando o surgimento de esferas de discussão em caráter internacional sobre questões específicas suscitando debates sobre assuntos controversos da UE, abrindo caminho para uma democracia participativa.⁸

Essa ferramenta viabiliza a conscientização dos cidadãos sobre as possibilidades de envolvimento no processo de tomada de decisão, levando-se em conta o déficit democrático da UE que é uma democracia representativa de forma indireta, apenas elegendo de forma direta os representantes que irão compor o Parlamento Europeu, sendo que este organismo não possui a competência de legislar.

Desta forma, o ICE é a ferramenta capaz de inserir o cidadão europeu que não elege os membros da Comissão Europeia de forma direta dentro do processo legislativo. O ICE tem o potencial de funcionar como uma ponte⁹ entre cidadãos e as instituições

⁶ MORARU, Andrei. European Union Democratic Governance: A case study of the European citizens' initiative. **Europolity**, vol. 10, no. 2, 2016. Disponível em: <http://europolity.eu/wp-content/uploads/2016/12/VOL10NO2-Moraru.pdf>. Acesso em 02 ago. 2019. p. 145.

⁷ KANDYLA, Anna. GHERGHINA, Sergiu. What Triggers the Intention to Use the European Citizens' Initiative? The Role of Benefits, Values and Efficacy. **Journal of Common Market Studies**, vol. 56, issue 6, 07 may 2018. Disponível em: <https://onlinelibrary-wiley.ez433.periodicos.capes.gov.br/doi/full/10.1111/jcms.12737>. Acesso em 2 ago. 2019.

⁸ KANDYLA, Anna. GHERGHINA, Sergiu. What Triggers the Intention to Use the European Citizens' Initiative? The Role of Benefits, Values and Efficacy. **Journal of Common Market Studies**, vol. 56, issue 6, 07 may 2018. Disponível em: <https://onlinelibrary-wiley.ez433.periodicos.capes.gov.br/doi/full/10.1111/jcms.12737>. Acesso em 2 ago. 2019.

⁹ CONRAD, Maximilian. A Small-States Perspective on the European Citizens' Initiative. **Icelandic Review of Politics e Administration**. vol 9, nol. 2, 2013. Disponível em: <http://www.irpa.is/article/view/1209>. Acesso em 2 ago. 2019. p. 05.

europeias, gerando um efeito democratizante, aumentando a qualidade democrática de tomada de decisões dentro da União Europeia.

Ainda, o ICE funciona como incentivo para ativação da dimensão transnacional da cidadania dentro da União Europeia. A cidadania da UE dá aos cidadãos dos Estados-Membros direitos individuais, mas a ICE proporciona uma dimensão transnacional a esses direitos, tornando possível que os cidadãos possam usar seu direito de organizar iniciativas populares, mas também porque exige que eles encontrem co-organizadores em pelo menos um quarto dos países membros, exigindo desta forma redes transnacionais da sociedade civil.¹⁰

Este processo facilita o surgimento de esferas de discussão transnacionais, possibilitando o diálogo entre os civis, colocando em evidência a soberania popular e fornecendo subsídios aos cidadãos para que consigam participar e fazer parte das deliberações sobre problemas sociais vivenciados.

Contudo, o próprio formato da ICE limita seu uso. Primeiramente, as propostas feitas pela iniciativa popular se limitam a Comissão Europeia para iniciar o processo de propositura da legislação e implementação de um tratado. Desta forma, as propostas feitas pela ICE que venham a questionar a própria estrutura desenhada para dar suporte a União Europeia tende a ter seu registro recusado porque não se enquadra dentro das competências do CE.

Ainda, muitos cidadãos europeus acreditam que o formato da ICE foi criado para falhar, sustentando que os procedimentos de registro da iniciativa popular, bem como os dados requeridos não são *citizen-friendly*.¹¹

Deste modo, torna-se imperioso entender como o ICE funciona, como tem sido utilizado e se este mecanismo é eficaz para que as demandas dos cidadãos sejam escutadas e levadas em conta, no âmbito legislativo, pelas instituições europeias.

3. REGULAMENTOS EUROPEUS E SUA RELAÇÃO COM A DEMOCRACIA DIRETA

¹⁰ CONRAD, Maximilian. A Small-States Perspective on the European Citizens' Initiative. **Icelandic Review of Politics e Administration**. vol 9, nol. 2, 2013. Disponível em: <http://www.irpa.is/article/view/1209>. Acesso em 2 ago. 2019. p. 07.

¹¹ SCHOPFLIN, György. European Citizens' Initiative: designed to fail?. **EuroParlTV**, 2015, 47"-1'00". Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=rYr3t9Yhrqk>. Acesso em 03 ago. 2019.

3.1. REGULAMENTOS E SEUS PROCEDIMENTOS

Antes mesmo de adentrar ao tema da iniciativa popular dentro da União Europeia, mostra-se de suma importância tratar do instituto do ‘regulamento’ dentro da comunidade europeia e o seu funcionamento para melhor compreender o papel dos cidadãos europeus dentro do processo decisório.

Primeiramente, dentro da UE existem cinco tipos de atos legislativos, sendo eles: regulamentos; diretivas; decisões; recomendações; pareceres. Cada um deles possui um objetivo diferente, sendo que nem todos são vinculantes.¹² Para melhor compreensão de suas diferenças, segue tabela elucidando as características peculiares de cada ato legislativo:

Atos legislativos	O que define	Vinculante ou não	Aplicáveis a todos os países ou não
Regulamentos	É especificamente sobre um tema	Sim	Sim
Diretivas	Define um objetivo em comum	Sim	Sim
Decisões	Emitido por um órgão ao(s) destinatário(s)	Somente para o destinatário	Não
Recomendações	Emitido por um órgão como recomendação	Não	Não
Pareceres	Emite uma posição, mas sem impor qualquer obrigação	Não	Não

É possível perceber com base na tabela colacionada acima que os dois principais atos legislativos são o regulamento e a diretiva, visto que são vinculantes e aplicáveis a todos os Estados-Membros. Entretanto, a principal diferença entre os dois atos

¹² União Europeia. Regulamentos, diretivas e outros atos legislativos. Disponível em: https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_pt. Acesso em 31 jul. 2019.

legislativos é que o regulamento impõe regras diretas aos países, enquanto a diretiva impõe apenas o objetivo e os Estados devem legislar internamente a respeito.¹³

A diferenciação entre os atos legislativos explica porque a representação política dos *cidadãos europeus* é fundamental: é dentro do regulamento que ela se expressa, visto que vincula os Estados-Membros, e conseqüentemente seus cidadãos - e não apenas exclusivamente com base em legislação interna. Entretanto, a representação se dá de duas maneiras: direta - quando se trata de iniciativa popular - e indireta - quando feita pelo Parlamento Europeu.

No que tange à representação indireta, de forma sucinta, o Parlamento Europeu é eleito diretamente pelos cidadãos da União Europeia a cada cinco anos para representá-los dentro da tomada de decisões. O Parlamento Europeu possui três funções primordiais: legislativa; supervisão; e balanço orçamentário. Para questões relativas à presente pesquisa, a função legislativa está diretamente relacionada ao Conselho da União Europeia e Comissão Europeia.¹⁴

O outro mecanismo de representação dos cidadãos europeus é a European Citizens' Initiative (ICE). O artigo 11º do Tratado de Maastricht¹⁵ (conhecido também como Tratado da União Europeia - TEU) estabelece a possibilidade de recolhimento de assinaturas dentro da União Europeia para propor uma temática a ser regulamentada pela Comissão Europeia. Em decorrência deste mecanismo, fora aprovado o Regulamento nº 211/2011 que determina as regras para a apresentação de uma proposta.

A respeito deste Regulamento, Natassa Athanasiadou escreveu um artigo a respeito dos requisitos de admissibilidade presentes no art. 4º do Regulamento e suas conseqüências práticas. Primeiramente, no que tange ao objeto da ICE é necessário que

¹³ União Europeia. Regulamentos, diretivas e outros atos legislativos. Disponível em: https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_pt. Acesso em 31 jul. 2019.

¹⁴ DI ROBERTO, Adam; TIZZANO, Antonio. **Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea**, Giappichelli, 2016.

¹⁵ Artigo 11º: 4. Um milhão, pelo menos, de cidadãos da União, nacionais de um número significativo de Estados-Membros, pode tomar a iniciativa de convidar a Comissão Europeia a, no âmbito das suas atribuições, apresentar uma proposta adequada em matérias sobre as quais esses cidadãos considerem necessário um ato jurídico da União para aplicar os Tratados.

Os procedimentos e condições para a apresentação de tal iniciativa são estabelecidos nos termos do primeiro parágrafo do artigo 24º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

seja dentro da competência da Comissão Europeia de propor um ato legislativo para que os Tratados sejam implementados.¹⁶

Neste tópico, a autora trabalha três pontos: i. Dentro da competência da União; ii. Dentro da competência da Comissão Europeia para propor um ato legislativo; iii. Implementação dos tratados. A respeito do primeiro, quando há uma proposta, ela precisa se basear em uma norma prevista pelos Tratados da União Europeia, não podendo se firmar em direito estranho ou contrário a estes. No que tange à competência da Comissão, a autora afirma que “*as regards this point, it needs to be underlined that Article 11(4) TEU refers only to proposals of acts of the Union and not to any action that the Commission can take, for instance to initiate the infringement procedure (Article 258 TFEU)*”¹⁷. O seu grande questionamento dentro deste tópico é se é possível que cidadãos proponham emendas a atos já delegados ou implementados, e sua conclusão é que a Comissão vem adotando uma abordagem holística, buscando incluir os cidadãos da maneira mais democrática possível.¹⁸

Por fim, o último requisito é a implementação de tratados, que é dividido em: a. propor atos de conduta negativa; b. propor emendas aos tratados. A respeito do primeiro, a autora infere que após o proferimento de decisão da Corte Europeia no caso STOP TTIP - será discutido posteriormente - demonstra que é possível propor que a Comissão Europeia regule atos de conduta negativa. Já com relação à proposição de emendas aos tratados, a autora argumenta que a Comissão Europeia não analisa propostas que queiram emendar os tratados, e apenas uma parte pequena da doutrina aceita este tipo de proposta como válida.¹⁹

De forma sucinta, a autora divide o controle de admissibilidade em: tempo de controle e profundidade de controle. A respeito do tempo de controle, os cidadãos que estão propondo a iniciativa popular devem passar por um controle das autoridades locais para depois ser endereçada à Comissão para suscitar o debate dentro da União Europeia.

¹⁶ ATHANASIADOU, Natassa. The European Citizens’ Initiative: Lost in admissibility?. **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, 2019, Vol. 26(2) 251–270. pgs. 255-261.

¹⁷ ATHANASIADOU, Natassa. The European Citizens’ Initiative: Lost in admissibility?. **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, 2019, Vol. 26(2) 251–270. pgs. 257.

¹⁸ ATHANASIADOU, Natassa. The European Citizens’ Initiative: Lost in admissibility?. **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, 2019, Vol. 26(2) 251–270. pgs. 257.

¹⁹ ATHANASIADOU, Natassa. The European Citizens’ Initiative: Lost in admissibility?. **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, 2019, Vol. 26(2) 251–270. pgs. 259-260.

Com relação à profundidade de controle, o registro de uma proposta e sua aceitação demonstram o compromisso da Comissão para levar adiante as mudanças, e por isso há um controle feito desde o início da proposta, para atender as expectativas legais daqueles que buscam a mudança.²⁰

Com base em toda esta análise da democracia dentro da União Europeia e do mecanismo das propostas feitas pelos cidadãos europeus e seus requisitos, mostra-se de suma importância analisar as propostas que foram enviadas à Comissão Europeia e qual o seu destino final após serem analisadas.

3.2. A DEMANDA DAS INICIATIVAS POPULARES E SEUS RESULTADOS

Desde a aprovação do Regulamento nº 211/2011 foram apresentadas 79 propostas à Comissão Europeia. Dentre estas propostas, 5 estão sob análise, 16 ainda estão recolhendo assinaturas, 15 foram retiradas, 27 não contaram com o apoio suficiente, 22 não foram registradas e apenas 4 foram aprovadas.²¹ De acordo com os números apresentados pela própria Comissão Europeia, é perceptível que inúmeras propostas foram feitas pelos cidadãos europeus, demonstrando interesse por parte dos cidadãos naquilo que está sendo decidido dentro da União Europeia.

Dentro dos números apresentados, existem três categorias que nos interessa quando da análise proposta por este artigo: as propostas retiradas, as propostas não registradas e as propostas aprovadas. As propostas sob análise, por não terem qualquer decisão emitida, ainda não permitem inferir qualquer informação; enquanto àquelas que não possuem assinaturas suficientes, elas apenas demonstram que não houve adesão por parte dos cidadãos.

Importante iniciar com as propostas não registradas: em todos os 22 casos apresentados perante à Comissão Europeia foram afastados por não se adequar à competência da própria Comissão. No site que contém as informações, todas as propostas possuem o seguinte texto: “A proposta de iniciativa de cidadania está manifestamente

²⁰ ATHANASIADOU, Natassa. The European Citizens’ Initiative: Lost in admissibility?. **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, 2019, Vol. 26(2) 251–270. pgs. 262-263.

²¹ Comissão Europeia. **Iniciativa de Cidadania Europeia**. Procurar uma iniciativa. Disponível em: <https://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/open/page/1>. Acesso em 01 agos. 2019.

fora da competência da Comissão para apresentar uma proposta de ato jurídico da União para efeitos de aplicação dos Tratados”²².

Além das propostas não registradas, existem as registradas que foram retiradas. Infelizmente, o site da Comissão Europeia não provê todas as decisões emitidas quanto às propostas, portanto, não é possível fazer uma análise qualitativa das propostas retiradas.²³ Entretanto, foi possível ler a decisão proferida na proposta STOP TTIP.

Nesta proposta, foi requerido que a Comissão Europeia impedisse o Conselho de ratificar o Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (TTIP) e não concluir o Acordo Integral de Economia e Comércio (CETA).²⁴ Neste caso a Comissão proferiu informando que não poderia determinar aquilo que o Conselho deve ou não assinar, visto que a competência é exclusiva do Conselho. Assim sendo, por mais que o tema fosse de competência da Comissão, dentro da União Europeia ela não detinha força para impedir o Conselho.²⁵

Deve-se observar que, em que pese a justificativa da Comissão Europeia para não dar seguimento à proposta, ela foi uma das únicas propostas arquivadas que foram anuladas pela Corte Europeia, tendo esta afirmado que a Comissão não interpretou a separação de competência entre os poderes de forma correta e deveria ser revista a decisão.²⁶

No que tange às propostas aprovadas e em vigor dentro da UE, elas são referentes a quatro tópicos: direito humano à água e ao saneamento básico; proteção aos embriões; proteção dos animais em caso de testes científicos; e proibição do uso de glifosato e diminuição de pesticidas.²⁷ É possível notar que apesar do número reduzido de propostas

²² Comissão Europeia. **Iniciativa de Cidadania Europeia**. Pedidos de registro recusados. Disponível em: <https://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/non-registered>. Acesso em 02 agos. 2019.

²³ Comissão Europeia. **Iniciativa de Cidadania Europeia**. Iniciativas arquivadas. Disponível em: <https://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/obsolete>. Acesso em 02 agos. 2019.

²⁴ Comissão Europeia. **Iniciativa de Cidadania Europeia**. STOP TTIP. Disponível em: <https://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/obsolete/details/2017/000008>. Acesso em 02 agos. 2019.

²⁵ European Commission. **COMMISSION DECISION of 4.7.2017 on the proposed citizens' initiative entitled "Stop TTIP"**. C(2017) 4725 final, Strasbourg, 4.7.2017.

²⁶ ATHANASIADOU, Natassa. The European Citizens' Initiative: Lost in admissibility?. **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, 2019, Vol. 26(2) 251–270. pgs. 256.

²⁷ Comissão Europeia. **Iniciativa de Cidadania Europeia**. Iniciativas bem-sucedidas. Disponível em: <https://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/successful>. Acesso em 02 agos. 2019.

aprovadas pela Comissão Europeia, os temas são referentes à sua competência e foram relevantes dentro da comunidade.

Em que pese não ser possível fazer uma análise aprofundada de cada uma das decisões proferidas por falta de informação do próprio site da Comissão Europeia, é possível perceber que a falta de continuidade nas propostas feitas não reside única e exclusivamente nas regras impostas pelo Regulamento nº 211/2011.

Isto ocorre porque os próprios cidadãos entram com propostas que fogem dos limites dados à Comissão Europeia. Defende-se que o sistema como um todo deve ser melhorado para que haja uma maior participação dos cidadãos europeus, entretanto, cabe também um cuidado maior por parte deles ao adentrar com as propostas, para que elas não sejam barradas por falta de competência, e cabe à Comissão analisar de forma mais minuciosa e pró-cidadão, como é o caso da proposta STOP TTIP reformada pela Corte Europeia.

4. CONCLUSÃO

A partir da análise feita, restou demonstrado que a participação no contexto da UE com o tempo tornou-se cada vez mais participativa, desenvolvendo múltiplas oportunidades de participação. No entanto, identifica algumas limitações para isso: o compromisso com a participação é mais aparente na linguagem do que termos práticos; a 'participação' é frequentemente usada no contexto - e até mesmo como sinônimo de - consulta de interesses organizados; onde existem oportunidades de participação de cidadãos comuns, elas tendem a ser informais. Acredita-se que os benefícios democráticos da participação se acumulam no processo decisório da UE, o que implica um enfoque na democracia como um conjunto de arranjos institucionais.

Mas para além dos aspectos institucionais e comunicativos, o déficit democrático existente, a UE também possui déficits em relação ao reconhecimento pelos cidadãos de uma identificação coletiva, se fazendo ausente a existência de um sentimento europeu de comunidade normativa-afetiva. Logo, a falta de mecanismos participativos mais eficazes impede a auto-identificação dos europeus como parte de uma mesma comunidade política.

A crítica se insurge na insuficiência da representatividade dos cidadãos dentro da UE. A deputada europeia György Schöpflin acredita que a iniciativa não tem sido um sucesso e que pode ser muito mais eficaz do que é agora²⁸. Se essas expectativas forem satisfeitas, a ICE será muito mais do que um instrumento de democracia participativa transnacional.

Ainda, pensar que apenas a ICE aumentaria a legitimidade democrática da UE através do aumento da participação dos cidadãos seria uma ingenuidade, isto porque apenas aumentando o número de cidadãos ativos nos debates não contribui de forma direta com a legitimidade democrática do modelo participativo. Se faz necessário um aumento no acesso às instituições e que a representatividade seja de qualidade.

Sendo assim, de acordo com o sustentado por Moraru²⁹, é necessário reformar o método como o ICE funciona, tendo em vista que o processo de mobilização de cidadãos que é adotado causa limitações estruturais uma vez que torna-se extremamente custoso e por muitas vezes inviável para cidadãos comuns iniciarem um projeto, somados com a falta de clareza de suas prioridades, falta de incentivo para atores, falta de acessibilidade e limitações linguísticas tornam o sucesso da iniciativa popular limitado e fraco.

Ao mesmo tempo, ainda surgem problemas relativos a compreensão dos objetivos do instrumento, a ambiguidade existente na forma de como o ICE é usado para legitimar a democracia da UE, além de que na prática, continua sendo monopólio da Comissão Europeia decidir acerca das propostas legislativas.

Sendo assim, resta muito improvável que todos esses problemas sejam resolvidos sem que ocorram significativas alterações no instrumento, sob pena do mesmo cair em desuso eis que o ICE não oferece grandes incentivos capazes de tornar o seu investimento atrativo.

²⁸ SCHOPFLIN, György. European Citizens' Initiative: designed to fail?. **EuroParlTv**, 2015, 1'15"-1'21". Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=rYr3t9Yhrqk>. Acesso em 03 ago. 2019.

²⁹ MORARU, Andrei. European Union Democratic Governance: A case study of the european citizens' initiative. **Europolity**, vol. 10, no. 2, 2016. Disponível em: <http://europolity.eu/wp-content/uploads/2016/12/VOL10NO2-Moraru.pdf>. Acesso em 02 ago. 2019. p. 161.

REFERÊNCIAS

ATHANASIADOU, Natassa. The European Citizens' Initiative: Lost in admissibility?. **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, 2019, Vol. 26(2) 251–270.

Comissão Europeia. **Iniciativa de Cidadania Europeia**. Iniciativas arquivadas. Disponível em: <https://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/obsolete>. Acesso em 02 agos. 2019.

Comissão Europeia. **Iniciativa de Cidadania Europeia**. Iniciativas bem-sucedidas. Disponível em: <https://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/successful>. Acesso em 02 agos. 2019.

Comissão Europeia. **Iniciativa de Cidadania Europeia**. Pedidos de registro recusados. Disponível em: <https://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/non-registered>. Acesso em 02 agos. 2019.

Comissão Europeia. **Iniciativa de Cidadania Europeia**. Procurar uma iniciativa. Disponível em: <https://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/open/page/1>. Acesso em 01 agos. 2019.

Comissão Europeia. **Iniciativa de Cidadania Europeia**. STOP TTIP. Disponível em: <https://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/obsolete/details/2017/000008>. Acesso em 02 agos. 2019.

CONRAD, Maximilian. A Small-States Perspective on the European Citizens' Initiative. **Icelandic Review of Politics e Administration**. vol 9, no. 2, 2013. Disponível em: <http://www.irpa.is/article/view/1209>. Acesso em 2 ago. 2019.

DI ROBERTO, Adam; TIZZANO, Antonio. **Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea**, Giappichelli, 2016.

European Commission. **COMMISSION DECISION of 4.7.2017 on the proposed citizens' initiative entitled "Stop TTIP"**. C(2017) 4725 final, Strasbourg, 4.7.2017.

KANDYLA, Anna. GHERGHINA, Sergiu. What Triggers the Intention to Use the European Citizens' Initiative? The Role of Benefits, Values and Efficacy. **Journal of Common Market Studies**, vol. 56, issue 6, 07 may 2018. Disponível em: <https://onlinelibrary-wiley.ez433.periodicos.capes.gov.br/doi/full/10.1111/jcms.12737>. Acesso em 2 ago. 2019.

MONAGHAN, Elizabeth. Assessing Participation and Democracy in the EU: The Case of the European Citizens' Initiative. **Perspectives on European Politics & Society**. Sep. 2012, Vol. 13, Issue 3, p. 285-298. Disponível em: <http://web-abstracts.ebscohost.ez433.periodicos.capes.gov.br/ehost/detail/detail?vid=0&sid=337e40f3-7878-48d9-84a6-d7048fda8a39%40sdc-v-sessmgr02&bdata=Jmxhbmc9cHQtYnImc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#AN=82248564&db=aph>. Acesso em 31 jul. 2019.

MORARU, Andrei. European Union Democratic Governance: A case study of the European citizens' initiative. **Europolity**, vol. 10, no. 2, 2016. Disponível em: <http://europolity.eu/wp-content/uploads/2016/12/VOL10NO2-Moraru.pdf>. Acesso em 02 ago. 2019. p. 137-168.

SCHOPFLIN, György. European Citizens' Initiative: designed to fail?. **EuroParlTv**, 2015, 1'15"-1'21". Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=rYr3t9Yhrqk>. Acesso em 03 ago. 2019.

TRZASKOWSKI, Rafal. The European Citizens' Initiative: a victory for democracy or a marketing trick?. **European View**, Dec, 2010, Vol.9, issue 2, p.263-266. Disponível em: <https://link-springer-com.ez433.periodicos.capes.gov.br/article/10.1007%2Fs12290-010-0133-3>. Acesso em 31 jul. 2019.

União Europeia. Regulamentos, diretivas e outros atos legislativos. Disponível em: https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_pt. Acesso em 31 jul. 2019.

UMA ANÁLISE DAS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS DO BREXIT NO ÂMBITO DO DIREITO CONTRATUAL EUROPEU

AN ANALYSIS OF THE POSSIBLE CONSEQUENCES OF BREXIT ON EUROPEAN CONTRACTUAL LAW

*Valeska Alves Araújo Silva¹
Natália Zomer Righetto²*

RESUMO

O Reino Unido, um dos membros mais antigos da União Europeia, anunciou sua decisão, em referendo, acerca da saída do bloco. O Brexit tramita rodeado de imprecisões desde 2016: as recorrentes crises que se examinam na Europa, a imperícia da União de resguardar a vitimização que rodeia a globalização, bem como a liberação do mercado, em alto grau, inspiraram a referida decisão inglesa. Essa deliberação, ainda, teria sido considerada pela rejeição britânica em anuir a política humanitária europeia da entrada de refugiados. Mesmo que não se possa, por enquanto, indicar quais serão as implicações jurídicas dessa decisão, é possível afirmar que ocorrerá influência não apenas no Direito da União Europeia, mas também para a edificação de um Direito Contratual Europeu. Destarte, o objetivo do estudo diz respeito à compreensão das implicações para o Direito Contratual do mais bem-sucedido esforço de integração regional por consequência do Brexit e, além disso, analisar como isso afetará no procedimento construtório de um Direito Contratual Europeu. Um dos maiores obstáculos será as inconstâncias a respeito da decisão do Reino Unido e a compreensão dos futuros impasses que, possivelmente, sobrevirão a partir da tentativa do aniquilamento parcial da integração europeia por determinação de um Estado-membro. Dada à possível quebra de um projeto de harmonização e, mesmo à frente de inúmeras incertezas, torna-se imperiosa a presente análise. Portanto, para que seja possível a elaboração do trabalho, a metodologia a ser utilizada possui natureza qualitativa, partindo de pesquisa bibliográfica e normativa através do método dedutivo de pensamento.

Palavras-chave: Brexit. Direito Contratual Europeu. Direito da União Europeia. Globalização. Reino Unido.

¹ Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora Visitante do Laboratório de Inovação e Empreendedorismo (ILAB) da Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). E-mail: valeskalves@gmail.com

² Graduada em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduanda em Cidades Inteligentes pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestranda em Derecho Tributário pela Universidad Católica Argentina (UCA). Professora Visitante em Direito Tributário da Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). E-mail: natalia.righetto@gmail.com

ABSTRACT

The United Kingdom, one of the oldest members of the European Union, announced its decision, in a referendum, about exiting the bloc. Brexit has been surrounded by inaccuracies since 2016: the recurrent crises in Europe, the Union's failure to safeguard the victimization encircling globalization and the market's liberation have, to a large degree, inspired the British decision. This deliberation would also have been considered by Britain's rejection of the European humanitarian policy of refugee entry. Even if it is not possible, at the moment, to indicate the legal implications of this decision, it is possible to say that there will be influence not only in European Union law but also in the construction of a European Contract Law. The purpose of the study is to understand the implications for Contractual Law of the most successful regional integration effort as a consequence of the Brexit, and to examine how this will affect the European Contract Law's construction procedure. One of the major obstacles will be the inconsistencies regarding the United Kingdom decision and the understanding of the future impasses that will possibly come from the attempt to partially annihilate European integration by a Member State. Given the possible breakdown of a harmonization project, and although there are many uncertainties, this analysis becomes imperative. Therefore, in order to be able to elaborate the work, the methodology to be used has a qualitative nature, starting from bibliographical and normative research through the deductive method of thought.

Keywords: Brexit. European Contract Law. European Union law. Globalization. United Kingdom.

1. INTRODUÇÃO

Para os críticos, a teoria da integração europeia se presta a debates estéreis, generalizações duvidosas e a uma persistente falta de consenso em relação às causas e ao futuro do processo de integração. Para seus defensores, a teoria da integração enriquece não apenas o estudo da União Europeia, mas também debates mais amplos sobre política e relações internacionais.

Essa teoria da integração persiste após décadas, o que favorece os defensores do debate, enquanto coloca ônus sobre uma nova geração de estudiosos da integração para aguçar suas reivindicações teóricas e contra as acusações de dependência do caminho intelectual e retornos decrescentes.

Entretanto, a integração regional mais bem sucedida vem sofrendo com um desmonte de seus Estados-membros que, embora a referida possibilidade não seja inédita³, a União Europeia, desta vez, não perderia somente um dos seus membros mais antigos, como também uma das maiores economias do velho mundo que busca tomar caminho próprio, o qual seria, em tese, diferente do bloco regional.

Mesmo que seja inviável apontar todas as consequências econômicas e jurídicas pós-Brexit, existem possibilidades que, por motivos óbvios os quais serão vistos no decorrer do presente estudo, influenciarão não somente em uma uniformização ou harmonização quando se fala de um Direito Europeu, mas também, principalmente, para uma futura construção de um Direito Contratual Europeu.

O presente artigo é organizado pelo método dedutivo de pensamento, a partir de sua natureza qualitativa e por meio de técnica documental e bibliográfica através da análise de livros, legislações, ensaios virtuais e outros artigos científicos. Para isso, foi apartado em tópicos com o intuito de conseguir transparecer um raciocínio lógico: se inicia, primeiramente, com uma análise da possibilidade da construção de um Direito Europeu dos Contratos para que posteriormente, seja explanada uma abordagem prática a respeito do Brexit e, por fim, um estudo acerca da junção do Brexit com o Direito Europeu dos Contratos e suas possíveis consequências.

³ Na crise econômica de 2012, a Grécia analisou sua saída do bloco europeu na hipótese de não conseguir um acordo com seus credores do continente.

2. OS ESFORÇOS E DIRECIONAMENTOS PARA A CRIAÇÃO DE UM DIREITO CONTRATUAL COMUM À UNIÃO EUROPEIA

Tanto no âmbito global, quanto a nível regional, existe um reconhecimento nas últimas décadas no que diz respeito às tentativas iniciais de uniformização e harmonização normativa em esfera contratual. Os modelos mais bem-sucedidos das tentativas existentes no século XX e XXI podem ser analisados nos trabalhos de organizações interestatais como a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), tanto em organizações privadas como o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT).

Não obstante, os esforços uniformizadores não são sustentados somente em organizações – além das iniciativas formais, é possível identificar um grande estímulo para a estruturação de fontes normativas privadas, principalmente pelo reconhecimento de personagens comuns de *soft law*. Em outras palavras, a asserção da existência de normas de primórdio variado, as quais narram acontecimentos fáticos e condutas previsíveis sem que lhe seja, entretanto, identificada a coercitividade comum de normas jurídicas solenes.

Para Basso⁴, a vasta importância do referido processo é a flexibilização que as diversas fontes normativas trazem às normas de conflito, o que resulta na catalisação das fontes. Ademais, para Goode, Kronke e Mckendrick⁵, este movimento já é visto por alguns exemplos, tais como os Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais e os Princípios Contratuais Europeus.

Em assunto contratual, é possível notar cada vez mais que, apenas esforços absolutamente estatais não são suficientes para uma integral normatização do Direito Contratual Internacional. A partir daí, o reconhecimento se torna um fruto para os esforços dos agentes internacionais e de outros modelos normativos que contribuem com a organização normativa do tráfego jurídico. Tais instrumentos buscam garantir quaisquer níveis de previsibilidades normativas às relações contratuais, o que se aperfeiçoa

⁴ BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 79.

⁵ GOODE, Roy; KRONKE, Herbert; MCKENDRICK, Ewan. **Transnational commercial law: texts cases and materials**. Oxford: Oxford Press, 2007, p. 505.

involuntariamente com o tempo. Tal previsibilidade, portanto, não é justificada apenas por questões culturais, mas também pelo vasto interesse na instrumentalização de operações econômicas, o que facilita, por conseguinte, na troca de capitais, bens e serviços de esferas internacionais.⁶

Com isso, independente de ser pela uniformidade ou harmonização, os instrumentos normativos dividem respostas, técnicas e definições que resultam na circulação mais eficiente de bens, capitais e serviços, o que diminui os custos transacionais e fortalecendo o comércio internacional⁷ ao passo que buscariam impedir as comuns complicações no que diz respeito aos conflitos legislativos⁸. Em uma análise europeia, entretanto, a harmonização do Direito Contratual Internacional é, de forma histórica, averiguada por três intentos: i) a criação de um Direito Europeu dos Contratos; ii) o projeto de um Código Europeu dos Contratos; e, por fim, iii) a redação de princípios uniformes do Direito Contratual Internacional.

Porém, os instrumentos supracitados trabalham de diferentes formas e se diferenciam por seu intuito final; enquanto a elaboração do Direito Europeu dos Contratos tem contornos obrigatórios comuns, elaborados de Diretivas e regulamentos, a análise sobre um projeto de Código Europeu dos Contratos diz respeito a uma abordagem teórica, por exemplo, e a redação de princípios uniformes busca a codificação do Direito Contratual Internacional.⁹ Sendo as duas primeiras de âmbito regional europeu, e a última de caráter internacional ampliado.

Por outra vertente, esse processo de uniformização e harmonização do Direito Contratual Internacional é, habitualmente, inspirado por outros aspectos, tais como a criação de codificações internacionais e nacionais, a adoção de regras uniformes de origem privada, a adoção de convenções regionais cuja regência possa ser eleita pelas

⁶ ALPA, Guido. Les nouvelles frontières du droit des contrats. **Revue Internationale de Droit Comparé**, Lyon, v. 50, n. 4, p.1015-1030, dez. 1998, p. 1022-1024.

⁷ CARBONARA, Emanuela; PARISI, Francesco. The economics of legal harmonization. **German Working Papers in Law and Economics**, Bologna, v. 4, n. 1, p. 07-14, dez. 2006, p. 03.

⁸ MORENO, José Antonio Rodríguez. **Temas de contratación internacional, inversiones y arbitraje**. Asunción: CEDEP, 2006, p. 65.

⁹ ALPA, op. cit., p. 1024.

partes, adoção de procedimentos arbitrais que possam deslindar disputas comerciais, o *restatement* internacional e o reaparecimento de prática comercial costumeira.¹⁰

Em esfera europeia, tais cometimentos terminariam concedendo não somente a probabilidade da mencionada uniformização ou harmonização, mas também poderiam auxiliar como possibilidade à dificuldade institucional de criação de um “Código Europeu dos Contratos”.¹¹ Quando se trata em questões como esta, é necessário manter em mente que a União não pode interferir nas legislações nacionais com a justificativa do Tratado constitutivo¹², o que tornaria, ao menos, duvidosa a edição de uma codificação contratual europeia.

O referido nível de complexidade fez com que a Comissão Europeia adotasse uma ideia de ação a qual propôs um enredo misto, isto é, regulatório e não regulatório, a fim de intervir no Direito dos Contratos com o intuito de amplificar a discussão acerca do tema, o que acabou constituindo várias iniciativas que buscavam reconhecer o “*Common Frame of Reference*”, isto é, o quadro jurídico comum que poderia vir a autorizar a harmonização do assunto contratual em termos europeus.¹³

Alguns de tais análises já vinham sendo elaboradas por iniciativa própria e independente da provocação europeia, sendo os principais trabalhos através da UNIDROIT, bem como a elaboração dos Princípios de Direito Contratual Europeu (PECL). De uma perspectiva formal, é possível expor a inexistência, nos princípios UNIDROIT, de notas comparativas como nos PECL. Bonell¹⁴ afirma como motivo para tal situação o fato de que o alicerce legal para o qual os PECL estavam trabalhando representam uma análise muito mais homogênea em relação aos princípios UNIDROIT, tornando, com isso, mais simplório a elaboração de notas comparativas a nível dos PECL, e não o contrário.

¹⁰ ROSSET, Arthur. **UNIDROIT Principles and Harmonization of International Commercial Law: focus on Chapter Seven.** 2016. Disponível em: <www.unidroit.org/english/publications/review/articles/1997-3-rosett-e.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2019.

¹¹ MORAIS, Fabíola. **Aproximação do Direito Contratual dos Estados-membros da União Européia.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 23.

¹² COMMISSION, European. **Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on european contract law.** 2001. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52001DC0398>>. Acesso em: 29 jul. 2019.

¹³ MORAIS, op. cit., p. 25.

¹⁴ BONELL, Michael Joachim. The law governing international commercial contracts and the actual role of the Unidroit Principles. **Uniform Law Review**, Oxford, v. 23, n. 1, p.15-41, 1 mar. 2018, p. 32.

Existem, contudo, uma quantidade vasta de artigos dos PECL com correspondência aos princípios UNIDROIT e vice-versa, todavia, uma comparação direta e de forma genuína e integral se revela como, em tese, irrealizável, na medida em que existem certos acontecimentos que, num dos conjuntos, é tratada em um artigo e, no outro, é tratada em diversos artigos separados.

Divergências como essas surgem logo no preâmbulo dos PECL ao estipularem na esfera de aplicação: os princípios UNIDROIT são destinados para serem um “conjunto de regras gerais para contratos de comércio internacional”¹⁵, enquanto os PECL são destinados para “ser aplicados como regras gerais de Direito dos Contratos nas Comunidades Europeias”.¹⁶ Com isso, os princípios UNIDROIT possuem um âmbito internacional e comercial, enquanto os PECL são aplicados para todos os tipos de contratos, mesmo que sejam relacionados apenas a trâmites domésticos e, ainda, tais princípios são abarcados apenas em âmbito europeu.

As concepções mais confiantes para os PECL e os princípios UNIDROIT são aquelas que veem como provável a constituição de um Código Civil Europeu e de um Código Comercial Global, respectivamente, o que resultaria à passagem da *soft law* para a *hard law* aplicável em legislações nacionais e ligadas para as partes, porém o escasso progresso atual nas instâncias governamentais relacionados a tais assuntos impedem tal perspectiva.

Além dos exemplos como PECL e UNIDROIT citados, ainda existe a viabilidade de proximidade dos direitos nacionais pela elaboração jurisprudencial da Corte de Justiça.¹⁷ Mesmo com codificações gerais inexistentes, a consequência dessas ideias inovadoras é a edificação de um espaço de normatividade complexa, o qual, atores internacionais diversos, manuseando diversos instrumentos normativos, elaboram uma circunstância de grande peso normativo apto para engendrar algo não conhecido por outros processos de integração econômica: um Direito Contratual Europeu.

¹⁵ UNIDROIT. **Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais**. 2010. Disponível em: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2019.

¹⁶ LANDO, Ole; BEALE, Hugh. **Principios de derecho contractual europeo**: los trabajos de la comisión de derecho contractual europeo . Madrid: Colegios Notariales de España, 2003, p. 156.

¹⁷ FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Reflexões sobre a contribuição do Direito comparado para a elaboração do Direito comunitário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 243.

Essa dinâmica diz respeito a justamente o que tem sido chamado como europeização do Direito dos Contratos, atraído não somente por situações econômicas, mas, sobretudo, culturais¹⁸. Nos últimos tempos, mesmo com a Europa “estagnada, sem força para avançar”¹⁹ por consequência de crises endógenas e exógenas, é necessário apontar que é justamente nesse contexto que se desenvolve o Brexit, cujas prováveis e não prováveis consequências para o Direito Contratual Europeu devem ser analisadas.

3. UMA VISÃO PRÁTICA SOBRE O FUTURO DA DEFESA NA UNIÃO EUROPEIA FRENTE AO BREXIT

Dadas às teorias comuns das relações econômicas internacionais, a ideia de que a área política de maior prioridade estatal deveria estar sujeita à integração soa como instigante. Por qual motivo concreto um Estado deve cooperar com outros Estados que possam ser potenciais ameaças à sua própria segurança? Uma resposta direta nas discussões acadêmicas é que a União Europeia eliminou o dilema de insegurança entre seus Estados-membros, ofertando paz republicana e interdependência mútua.

Aparentemente, a questão da disposição dos Estados para buscar uma maior integração está ligada não à anarquia perpétua, mas sim aos perigos de relações potencialmente anárquicas entre eles. Portanto, uma razão para examinar as consequências do Brexit para a integração de defesa da União Europeia é que as respostas derivadas teoricamente por si só não são suficientes. É importante sustentar no presente estudo que os efeitos (des)integrativos do Brexit para a defesa da União Europeia são mais proveitosamente estudados como um processo indeterminado de que se desenrola na prática.²⁰

Ao passo que a integração regional é comumente compreendida como um processo de ampliação e aprofundamento (aumento de cooperação judicial e política), a desintegração, no presente caso, diz respeito a um fato em que os Estados-membros

¹⁸ TWIGG-FLESNER, Christian. **The europeanisation of contract law**. New York: Routledge-cavendish, 2008, p. 181-193.

¹⁹ ACCIOLY, Elizabeth. As fraturas do velho continente: uma radiografia da União Europeia. **Revista de La Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, Asunción, v. 4, n. 8, p.12-18, 10 ago. 2016, p. 17.

²⁰ SCHMITTER, Philippe C.; LEFKOFRIDI, Zoe. Neo-Functionalism as a Theory of Disintegration. **Chinese Political Science Review**, Basel, v. 1, n. 1, p.1-29, mar. 2016, p. 13.

diminuiriam quantitativamente a respeito de medidas formais de integração da defesa da União Europeia. Em outras palavras, em termos de desintegração, o Brexit constituiria um estreitamento da União Europeia. Entretanto, este estreitamento não deve estar associado de forma axiomática a uma menor profundidade da cooperação do domínio de defesa da União Europeia.²¹

Um dos principais problemas com as teorias da integração – e, neste caso, também teorias de desintegração –, diz respeito ao fenômeno a ser estudado que deve ser, *a priori*, concebido em termos de uma compreensão dualista dos desenvolvimentos políticos interestaduais, seja como integração ou desintegração. O Brexit pode provar ser outra coisa? Para Clarke²², “as nações continuariam a priorizar a cooperação na questão da segurança. A política real, fará exposições ou declarações políticas, porque a necessidade exige isso”. Duke²³ afirma que o Reino Unido continuará envolvido de forma ativa às consequências relacionadas à segurança e à defesa da Europa.

Diversos autores afirmam que foi chegado em uma maior etapa de análise, visto que tal (des)integração chegou a um novo estágio, o qual diversas análises buscam investigar o Brexit através de lentes da diferenciação.²⁴ Uma preocupação é que, pela forma que tal instância se desenvolve, tem se buscado um foco mais formal ao invés de prático; portanto, é necessário propor uma virada prática a fim de que sejam encontradas respostas sensatas e convenientes para as questões as quais o Brexit significará, de fato, para a defesa europeia.

Não é de se surpreender que o resultado do referendo Brexit de junho de 2016 tenha desencadeado um processo de previsão de como a União Europeia deveria parecer em um futuro pós-Brexit. As visões de Berenskoetter²⁵ estavam de acordo no que diz

²¹ LORD, Christopher. The legitimacy of exits from the European Union. **Journal Of European Integration**, Londres, v. 39, n. 5, p.499-513, 26 maio 2017, p. 502.

²² CLARKE, Alexander. **What would brexit mean for european security?** 2016. Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/opinion/2016/04/21/what-would-brexit-mean-for-european-security/>. Acesso em: 03 ago. 2019.

²³ DUKE, D. **Will Brexit Damage Our Security and Defence?:** the Impact on the UK and EU. Cham: Palgrave Macmillan, 2019, p. 87.

²⁴ TARDY, T. **Civilian CSDP: What next?** 2016. Disponível em: https://www.iss.europa.eu/sites/default/files/EUISSFiles/Brief_32_Civilian_CSDP.pdf. Acesso em: 05 ago. 2019.

²⁵ BERENSKOETTER, Felix. Reclaiming the Vision Thing: Constructivists as Students of the Future. **International Studies Quarterly**, Oxford, v. 55, n. 3, p.647-668, 20 jul. 2011, p. 652.

respeito à defesa da União Europeia após a votação do Reino Unido: no referido debate, o conflito não se tratava sobre “e se?”, mas sim sobre quando e quanto.

De forma direta, quais as consequências que o Brexit terá para a integração da defesa da União Europeia? De acordo com as análises desenvolvidas após a votação do Brexit, parece improvável que a União Europeia sofra substancialmente com tal caso. O Reino Unido deve continuar sendo um importante ator europeu e as complicações imediatas para a defesa do Estado britânico não se tornaram aparentes.

Tudo isso se manifesta especialmente em relação às dimensões econômicas e militares – a percepção comum das ameaças que a Europa enfrenta por não conhecer fronteiras, bem como das economias de defesa de orientação nacional como ineficientes. De um modo diferente, o foco nos valores proeminentes nas representações políticas do futuro da defesa da União Europeia se baseou em um repertório existente de justificações para a integração europeia.

Através de uma análise formal, a ênfase, aparentemente, tem sido nos valores que unem os povos e Estados da Europa e, em tempos difíceis, em tese é necessário que haja uma junção destes em defesa dos princípios amplamente compartilhados como Estado de direito, democracia e de Direitos Humanos. Como o Brexit afetará a integração de defesa da União Europeia não pode ser determinado de pronto, portanto, mas essa é uma questão empírica que deve ser entendida em relação ao processo real de fazer o Brexit acontecer.

A ideia é de trazer uma abordagem inovadora para chegar às práticas, examinando representações discursivas do futuro no debate acerca do Brexit. É necessário aprofundar um estudo com base em uma análise de como visões explicitamente declaradas prometiam futuros específicos para a integração da defesa da União Europeia durante o processo em direção ao Brexit.²⁶

De acordo com Berenskoetter²⁷, “diante da incerteza, os seres humanos entretêm visões do futuro”. Apesar da óbvia impossibilidade de, faticamente, saber o que o futuro trará, estudar as práticas discursivas para prever o futuro da defesa da União Europeia

²⁶ ADLER-NISSEN, Rebecca; GALPIN, Charlotte; ROSAMOND, Ben. Performing Brexit: How a post-Brexit world is imagined outside the United Kingdom. **The British Journal Of Politics And International Relations**, London, v. 19, n. 3, p.573-591, 15 jun. 2017, p. 589.

²⁷ BERENSKOETTER, loc. cit.

poderá aproximar a compreensão das consequências do Brexit para a integração de defesa da União Europeia.

Todavia, não se pode confundir tal ideação com uma mera objetivação de prever o futuro; é necessário examinar as percepções do fato a fim de compreender como o presente é construído através das práticas. O que se segue não pode prever os resultados, mas a análise deve fornecer indicações de como as representações do futuro moldas as práticas políticas.

Portanto, se torna imperioso que haja contribuições empíricas e teóricas para o estudo de visões práticas discursivas. O Brexit não necessariamente será uma questão severa para a defesa europeia como tal. Os desenvolvimentos institucionais em relação a defesa da União Europeia não podem ser devidos apenas e exclusivamente por consequência do Brexit, a desintegração formal europeia também parece ter permitido práticas inovadoras de integração diferenciada a nível de União Europeia.

4. A ÊNFASE ACERCA DAS REPERCUSSÕES DO BREXIT: UMA VISÃO PRÁTICA SOBRE O FUTURO DA DEFESA NA UNIÃO EUROPEIA

Dadas às circunstâncias atuais, é possível compreender que o processo de integração europeu vem perdendo a celeridade. Para Labrano²⁸, a integração econômica presume a vontade de estar integrado a um projeto partilhado que, mesmo que traga consigo alguns privilégios, atribui aos Estados uma quantidade significativa de obrigações. Um dos maiores obstáculos de ideações como tal é de modificar os objetivos abrangentes e, por vezes, extremamente sôfregos, em concepções que possam ser operadas na prática a fim de enlevar a política de cada Estado.

Indagações como essas são trazidas à tona em momentos de complicações, como se vê atualmente com a perspectiva do Brexit, visto que os objetivos atrelados à integração regional ficam cada vez mais difíceis de serem traçados. Para a população europeia de modo geral, a qual absorve as dificuldades econômicas, mas mais

²⁸ LABRANO, Roberto Luiz Díaz. La salida de un Estado miembro en el proceso de integración. El Reino Unido y la Unión Europea. **Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de revisão do Mercosul, Assunción**, v. 4, n. 8, p. 41-63, ago. 2016, p. 42.

precisamente a dificuldade de estar incluso no mercado, é mais simples aceitar a ideia de que sua posição profissional foi afanada por um estrangeiro.

Em outras palavras, é necessário que haja uma aceitação com o fato de que o Reino Unido se recuse a fazer parte de uma integração mais urge, mesmo que, outrora, este compartilhasse de algumas metas típicas do processo de integração e, em contrapartida, tenha imposto exigências as quais foram aceitas pela União, como as relacionadas à atual crime humanitária. Entretanto, para que o Reino Unido aceitasse partilhar algumas metas, foi fundamental que se inscrevesse na construção do chamado Direito Europeu, isto é, que possibilitasse a ratificação e a promulgação de variados tratados globais.

Ademais, é preciso compreender que o Reino Unido está à frente da inevitabilidade de contrariarem compromissos internacionais acordados outrora que foram necessários tanto para adentrarem, quanto para permanecerem no bloco econômico europeu – assim como aqueles compromissos tomados pelo próprio bloco enquanto lá permanecerem. É preciso compreender, ainda, que as modificações que eventualmente seriam modificadas na ordem jurídica do Reino Unido precisarão ser posicionadas, bem como suas consequências deverão ser analisadas e as providências substitutivas tomadas. Aliás, a mera imputação a respeito dos tratados remotamente celerados não é suficiente em comparação ao rígido grau de integração partilhado, visto que existem incógnitas a serem encontradas pelo Reino Unido em um futuro próximo as quais não poderiam ser solucionadas.

Certo ou não, existe a possibilidade de que a existência de Regulamentos entrelaçando pactos seja a questão mais significativa. O Direito britânico já foi transformado por uma vasta quantidade de diretivas em assunto relacionado à contratos, portanto, há questões que podem ser levantadas e apreciadas: tais modificações, por conseguinte, serão mantidas? Será mantido quaisquer níveis de harmonização legislativa pós-Brexit?²⁹ Mesmo que tais diretivas não necessariamente precisem ser revogadas, tais

²⁹ LABRANO, Roberto Luiz Díaz. La salida de un Estado miembro en el proceso de integración. El Reino Unido y la Unión Europea. **Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de revisão do Mercosul, Assunción**, v. 4, n. 8, p. 41-63, ago. 2016, p. 42.

questionamento são necessários a fim de compreender se seria permitido para o Reino Unido o seguimento de suas decorrências na legislação nacional.

A segregação dos britânicos nos Regulamentos ajustados, inevitavelmente, causaria sua instantânea perda de vigência em seu território nacional. Em um ambiente alarmante, se trataria de toda uma ordem normativa construída por um largo espaço de tempo e que intervém em diversos aspectos na vida dos britânicos de modo geral. Porém, não é coerente afirmar que tais consequências seriam algo a ser sucedido do dia pra noite, tampouco que as consequências são necessariamente ruins – é preciso compreender que tais congruências atuais vêm acontecendo há mais tempo do que, de fato, se tem acompanhado.

Entretanto, certamente este é o caso de significativas feitura em matéria contratual. A Convenção de Roma I, por exemplo, que regula o sistema de preferência do Direito aplicável aos contratos internacionais, prevendo, até mesmo, regra acessória quando as partes não estabeleceram tal opção. À vista disso, todo o sistema admissível aos contratos europeus que os torna mais previsíveis, deixaria de ser sobreposto aos contratos do Reino Unido após o Brexit.

Versando acerca dos Tratados, sob outra perspectiva, é imprescindível citar a Convenção de Viena de 1980 sobre compra e venda internacional de mercadorias, a qual é conhecida através do acrônimo CISG. Ainda sem justificativas deveres palpáveis, o Reino Unido é um dos poucos países europeus que não aderiu a este inovador padrão global de regulamentação de contratos. Não regulamentando – o que é bem provável -, portanto, é importante trazer à mesa questões que comumente preenchem os conflitos de leis típicos no Direito Internacional Privado.

Por óbvio, o Brexit trará inúmeras certezas acerca do Direito Europeu, mas não se pode afirmar de pronto que os marcos contratuais celebrados anteriormente ao Brexit influenciariam de forma definitiva, visto que as incertezas sejam tão inquestionáveis que se estendem desde o Direito aplicável aos contratos, até as regras de jurisdições nacionais aplicáveis a tais contratos. Do ponto de vista econômico, é necessária a compreensão de que não basta somente a previsibilidade contratual para que tais relações sejam aproveitadas de forma dinâmica; é necessário abrir espaço para perspectivas que, de forma presente, possam ser vistas de formas severas e dificultosas para ambos os lados,

mas que, quando se fala de um futuro longo, tais concretizações possam trazer uma pacificação que, de forma consequente, ofertaria previsibilidade.

Em uma possível sustentação do Brexit, existe a possibilidade dos britânicos sustentem a constância de normas comunitárias ao passo que não forem substituídas, criando uma regra de modificação para regular o período de transição após União Europeia. Com isso, o contexto de uniformização em assunto contratual estaria estagnado por um espaço preciso de tempo. Dado ao fato que a uniformização e a harmonização não sejam instrumentos idealizados para um período momentâneo, o retorno de processos como esses seria novidade. O que vale analisar aqui, nada obstante, é como o procedimento de construção de um Direito Contratual Europeu sobreviveria.

Paralela às consequências das normas, existe o fato de que incontáveis relações comerciais e econômicas de longa duração continuarão em vigor. Mesmo que tais mudanças possam influenciar através de incertezas normativas, as mudanças econômicas e fáticas trarão consequências que ainda são incertas para tais relações, portanto, existe a possibilidade de alinhamento posterior.

O Brexit pode ser visto como um evento que traria à tona tais alinhamentos faltantes. Ademais, é preciso analisar que, porventura, poderá dar abertura ao chamamento de cláusulas de *hardship* que instituem a reanálise dos termos contratuais. Existem, provavelmente, muitas razões para estes desenvolvimentos. Nas dimensões analisadas, é possível notar que agentes de defesa da União Europeia parecem recear a perspectiva de uma Europa anárquica.

Se torna lógico, portanto, aproveitar os êxitos da União Europeia como forma de apontar e justificar tais crises atuais e futuras por consequência do Brexit. Assim, é possível encontrar uma solução pós-moderna do Estado europeu que sustenta as representações visionárias apresentadas no presente estudo. Isso se manifesta, especialmente, em relações econômicas – dada as ameaças que possivelmente seriam enfrentadas pela União Europeia por não conhecer fronteiras economicamente existentes.

Os discursos acadêmicos acerca do futuro da integração de defesa da União Europeia têm sido inegavelmente visionários no que concerne a fazer mais juntos. Todavia, os desenvolvimentos materiais não necessariamente foram muitos e o otimismo no que diz respeito a integração da defesa da União Europeia foi substancialmente

moderado após o estabelecimento do entusiasmo pelo Tratado de Lisboa. As visões de integração de defesa da União Europeia indicam que poderá estar em curso muito além do que aquilo palpável hoje ou imaginado para o amanhã.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A uniformização do Direito dos Contratos em esfera europeia tem sido caracterizada como o fenômeno de elaboração de um Direito Contratual Europeu através de estudos elaborados por diferentes atores internacionais, seja em esfera pública ou privada, como foi apresentado, e que, manuseando instrumentos normativos, possuem a capacidade de dar relevância normativa a um Direito Contratual compartilhado pelos Estados do continente.

Mesmo com a existência de tradições contratuais, a vantagem do cenário europeu no referido âmbito diz respeito à investigação de resoluções em matrizes jurídicas diferentes; se de um lado tal peculiaridade poderia trazer obstáculos, de outro a competência criativa seria dobrada. Tal tradição é vista como uma característica para o processo de uniformização contratual em esfera internacional. A CISG é vista como um grande exemplo originário da *Common Law*.

Não obstante, o que necessariamente é inevitável destacar no presente contexto é que é justamente essa complexidade normativa que traz a concreta elaboração de procedimentos de uniformização e harmonização contratual, visto que apresenta o ajustamento de um tema que vai muito além das bases econômicas: a identificação de um Direito comum.

O Brexit, à vista disso, traz incertezas futuras, mas busca a suspensão de um propósito de harmonização que vai além de um Direito Contratual; talvez a saída atual seja a perda momentânea de uma imaginária uniformização para que, posteriormente, o enriquecimento trazido pela *Common Law* seja utilizado em um espectro mais amplo.

A saída nada suave e ordenada de um Estado-membro da mais bem-sucedida integração regional, simplesmente, não compreende que as políticas levantadas pós-Brexit foram iniciadas aqui. Em um país como o Reino Unido, uma reestruturação política é também uma reestruturação constitucional, exacerbando ainda mais as suas capacidades

de formação, seja para findar o processo do Brexit, seja para continuar em uma pós-adesão com ou sem acordo. Sendo mais uma lição a ser compreendida em processo de integração, o resultado disso é que, de uma forma ou de outra, o Reino Unido está em transição.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Elizabeth. As fraturas do velho continente: uma radiografia da União Europeia. **Revista de La Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, Asunción, v. 4, n. 8, p.12-18, 10 ago. 2016.

ADLER-NISSEN, Rebecca; GALPIN, Charlotte; ROSAMOND, Ben. Performing Brexit: How a post-Brexit world is imagined outside the United Kingdom. **The British Journal Of Politics And International Relations**, London, v. 19, n. 3, p.573-591, 15 jun. 2017.

ALPA, Guido. Les nouvelles frontières du droit des contrats. **Revue Internationale de Droit Comparé**, Lyon, v. 50, n. 4, p.1015-1030, dez. 1998.

BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Atlas, 2009.

BERENSKOETTER, Felix. Reclaiming the Vision Thing: Constructivists as Students of the Future. **International Studies Quarterly**, Oxford, v. 55, n. 3, p.647-668, 20 jul. 2011.

BONELL, Michael Joachim. The law governing international commercial contracts and the actual role of the Unidroit Principles. **Uniform Law Review**, Oxford, v. 23, n. 1, p.15-41, 1 mar. 2018.

CARBONARA, Emanuela; PARISI, Francesco. The economics of legal harmonization. **German Working Papers in Law and Economics**, Bologna, v. 4, n. 1, p. 07-14, dez. 2006.

CLARKE, Alexander. **What would brexit mean for european security?** 2016. Disponível em: <<https://www.telegraph.co.uk/opinion/2016/04/21/what-would-brexit-mean-for-european-security/>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

COMMISSION, European. **Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on european contract law**. 2001. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52001DC0398>>. Acesso em: 29 jul. 2019.

DUKE, D. **Will Brexit Damage Our Security and Defence?: the Impact on the UK and EU**. Cham: Palgrave Macmillan, 2019.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Reflexões sobre a contribuição do Direito comparado para a elaboração do Direito comunitário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GOODE, Roy; KRONKE, Herbert; MCKENDRICK, Ewan. **Transnational commercial law: texts cases and materials**. Oxford: Oxford Press, 2007.

LABRANO, Roberto Luiz Díaz. La salida de un Estado miembro en el proceso de integración. El Reino Unido y la Unión Europea. **Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de revisão do Mercosul, Assunción**, v. 4, n. 8, p. 41-63, ago. 2016.

LANDO, Ole; BEALE, Hugh. **Principios de derecho contractual europeo: los trabajos de la comisión de derecho contractual europeo**. Madrid: Colegios Notariales de España, 2003.

LORD, Christopher. The legitimacy of exits from the European Union. **Journal Of European Integration**, Londres, v. 39, n. 5, p.499-513, 26 maio 2017.

MORAIS, Fabíola. **Aproximação do Direito Contratual dos Estados-membros da União Européia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MORENO, José Antonio Rodríguez. **Temas de contratación internacional, inversiones y arbitraje**. Asunción: CEDEP, 2006.

ROSSET, Arthur. **UNIDROIT Principles and Harmonization of International Commercial Law: focus on Chapter Seven**. 2016. Disponível em: <www.unidroit.org/english/publications/review/articles/1997-3-rosett-e.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2019.

SCHMITTER, Philippe C.; LEFKOFRIDI, Zoe. Neo-Functionalism as a Theory of Disintegration. **Chinese Political Science Review**, Basel, v. 1, n. 1, p.1-29, mar. 2016.

TARDY, T. **Civilian CSDP: What next?**. 2016. Disponível em: <https://www.iss.europa.eu/sites/default/files/EUISSFiles/Brief_32_Civilian_CSDP.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2019.

TWIGG-FLESNER, Christian. **The europeanisation of contract law**. New York: Routledge-cavendish, 2008.

UNIDROIT. **Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais**. 2010. Disponível em:

<<https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

**SOFT LAW E REGULAMENTAÇÃO TRABALHISTA DA UNIÃO EUROPEIA
E SEUS EFEITOS TRANSNORMATIVOS POR MEIO DA REGULAÇÃO DE
CONTRATOS PRIVADOS EXTRACOMUNITÁRIOS**

**SOFT LAW AND LABOR REGULATIONS OF THE EUROPEAN UNION AND
THEIR TRANSNATIONAL EFFECTS ON THE REGULATION OF
INTERNATIONAL CONTRACTS OUTSIDE THE COMMUNITY**

Simoni Ribeiro de Freitas¹

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo geral analisar a influência de normas europeias de Soft Law, reguladoras de relações trabalhistas, sobre relações contratuais extra europeias. O primeiro objetivo específico busca inicialmente, por meio de uma revisão de literatura e análise de casos, verificar a instrumentalização da soft law dentro do direito europeu e sua relevância dentro da regulação dos Estados-membros, à revelia do seu efeito não vinculante. Como segundo objetivo específico propõe-se analisar se a influência da Soft Law produzida pela União Europeia no ramo dos direitos laborais pode influenciar contratos internacionais extracomunitários, estendendo a eles um efeito transnормativo o qual exigiria a observância de padrões normativos que comprometeriam as partes que negociam com a União Europeia. Dentro destes objetivos, assume-se como hipótese principal, que as cláusulas em contratos privados podem estar relacionadas ao cumprimento de condições de trabalho estabelecidos como padrão dentro da União Europeia e colocadas como condição para negociações comerciais assim como já ocorre em questões relativas ao Meio Ambiente.

Palavras-chave: Soft-Law, União Europeia, Transnormatividade, Direito do Trabalho, Contratos Internacionais.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the influence of Soft Law rules considered within the European Union's labor law on extra community contractual relations. The first specific objective seeks, through a literature review and case analysis, to verify the application of soft law within European law and its relevance within the regulation of the Member States, notwithstanding its non-binding effect. As a second specific objective, it is proposed to analyze whether the influence of Soft Law produced by the European Union in the field of labor rights can influence international contracts outside the Community, by extending to them a transnational effect which would require compliance with normative standards that would bind the parties negotiating with the European

¹ Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Cesusc. Advogada, simonifreitas@advocaciasc.com.br

Union. Within these objectives, it is assumed as a main hypothesis that clauses in private contracts may be related to the fulfillment of working conditions established as standard within the European Union and placed as a condition for trade negotiations as already occurs in matters relating to the Environment.

Keywords: Soft-Law, European Union, Transnormativity, Labor Law, International Contracts.

1. INTRODUÇÃO

Direito Internacional possivelmente remete o interlocutor aos tratados internacionais assinados e ratificados por Estados, procedimento que vincula as partes com os termos previstos no documento, mas esta é uma premissa que já não pode ser considerada como válida, pois embora os tratados e acordos internacionais ainda representem parte importante do direito internacional, os instrumentos de *soft law*, sem rigidez formal e natureza vinculante vêm conquistando seu espaço no Direito Internacional.

É possível que as relações internacionais privadas sejam as que mais estejam sendo influenciadas por esta nova forma de regulamentação. Isso porque, ainda que os Estados tenham um papel importante na produção e disseminação de instrumentos de *soft law*, é no âmbito privado que elas encontram, possivelmente, maior efetividade diante das relações comerciais em âmbito global, em especial na grande rede de fornecedores dos grandes segmentos multinacionais espalhadas ao redor do globo, dentre as quais um número expressivo são de origem europeia.

Diante disto é possível estabelecer como hipótese do presente artigo que os instrumentos de *Soft law* e estratégias traçadas pela União Europeia (UE), para a definição de padrões de condições de trabalho, extrapole o efeito interno e passe a ter interferência nas relações contratuais extra europeias.

Com base neste cenário, o presente artigo trabalha em seu primeiro tópico o conceito e a natureza dos instrumentos de *soft law* que apesar de não vincular as partes consegue ser instrumento importante para a definição de padrões e criação de medidas concretas, tanto por Estados, como também por atores privados. No item subsequente discute-se o papel da União Europeia no desenvolvimento e disseminação dos instrumentos de *soft law*, com ênfase para as regulamentações e medidas aplicáveis aos direitos trabalhistas. Neste ponto serão consideradas as políticas da UE especialmente direcionadas a questões relacionadas à Responsabilidade Social da Empresas (CSR)² e também às cadeias globais de fornecedores.

² Sigla da expressão em inglês: *Corporate Social Responsibility*.

Como último item de análise, parte-se para a esfera privada dos instrumentos de *soft law*, com a análise da correlação entre as políticas e estratégias delimitadas pela UE e a postura adotada pelas empresas europeias com seus parceiros comerciais (cadeia de fornecedores) situados em países não integrantes da UE, analisando desta forma os efeitos dos instrumentos de *soft law* nos contratos privados extracomunitários, momento em que se procura definir os contornos de validade da hipótese de trabalho.

Por fim, conclui-se pela validade da hipótese de trabalho, verificando-se que há uma forte interligação entre os padrões estabelecidos pela UE, por meio de regulamentações sem efeito vinculante, para obtenção de condições dignas de trabalho, e as medidas que vem sendo adotadas pelas empresas europeias em sua rede de fornecedores mundiais, nas quais os efeitos das políticas e estratégias desenvolvidas pela UE inicialmente criadas sem obrigatoriedade de cumprimento, acabam alcançando seu objetivo de padronização por meio de contratos comerciais privados, concretizando o efeito transnortativo da *soft law*.

2. A *SOFT LAW* E SUA FORÇA (NÃO) VINCULANTE

No âmbito do Direito Internacional privado existem normas que não são obrigatórias, são compostas por diretrizes que deixam uma certa voluntariedade aos seus destinatários, ou seja, existe uma margem de apreciação no que toca ao cumprimento do conteúdo.³ Estes mecanismos de regulamentação vêm se tornando cada vez mais presentes na atual conjuntura econômica, que demanda maior flexibilidade nas relações. Todas estas transformações da sociedade internacional têm tornado difícil identificar a natureza e o caráter jurídico dos novos instrumentos que surgem a cada dia.

Esta forma de regulamentação, embora ainda encontre espaço para discussão tanto no campo teórico quanto prático, tem se tornado parte importante do Direito Internacional, e passou a ser comumente conhecida como “*soft law*”, e diferentemente das normas tradicionais do Direito do Internacional (*hard law*) não possuem a sua origem em tratados e convenções.

³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. Saraiva: São Paulo, 2015.

Os instrumentos de *soft law* vêm justamente ao encontro das novas necessidades da sociedade global, pois são regras baseadas em instrumentos que não possuem força vinculativa do ponto de vista legal, uma vez que não passam pelos procedimentos de positivação aos quais são submetidas as normas tradicionais⁴, mas ainda assim, são instrumentos que vêm sendo usados para definir medidas concretas e melhores práticas e padrões a serem adotados tanto pelos Estados, como também por atores privados.⁵

Apesar da sua natureza não obrigatória podemos facilmente encontrar exemplos de *soft law* tanto na esfera pública quanto privada, como é o caso das declarações de conferências, resoluções de organizações internacionais, comentários gerais de vários órgãos de tratados, diretrizes, documentos interpretativos, planos de ação, decisões de conferências de partidos adotados por consenso, boas práticas, documentos destinados a atores não estatais e códigos de conduta, todos se enquadram na categoria de *soft law*.⁶

Uma outra característica importante dos instrumentos de *soft law* que os difere dos documentos vinculativos do Direito Internacional é o fato de que eles compreendem as atividades de atores não-estatais, o que não ocorre nos instrumentos tradicionais que geralmente abrangem apenas os Estados e Organizações Internacionais.⁷

Com relação à natureza jurídica dos instrumentos de *soft law* é importante destacar que, embora não possuam efeitos juridicamente vinculativos ainda assim possuem um grande impacto na prática, isso porque segundo Hage a força vinculante do direito pode ser entendida de dois pontos de vista. O primeiro enfatiza a natureza imaterial da força vinculativa do direito, ou seja, a lei é obrigatória quando impõe obrigações. Já o segundo ponto vê a força obrigatória do direito como uma influência causal, neste caso a lei é obrigatória por influenciar o comportamento humano, e é neste último ponto que encontramos o efeito dos instrumentos de *soft law*.⁸

⁴ WESTERMAN, Pauline; HAGE, Jaap; KIRSTE, Stephan; MACKOR, Anne Ruth. **Legal Validity and Soft Law**. Springer: Cham, 2018.

⁵ FRIEDRICH, Jürgen. **International Environmental “soft law”**: The functions and limits of nonbinding instruments in international environmental governance and law. Springer: Heidelberg, 2013, p. 24.

⁶ BAILLIET, Cecilia M. **Non-State Actors, Soft Law and Protective Regimes: from the margins**. Cambridge University Press: Cambridge, 2012.

⁷ Ibidem.

⁸ WESTERMAN; HAGE; KIRSTE; MACKOR, 2018.

Regras de *soft law* servem, muitas vezes, para determinar o comportamento futuro dos *stakeholders*⁹, norteadas suas condutas nas relações internacionais, e estabelecendo programas de ação conjunta, onde as sanções pelo não cumprimento ou o respeito às diretrizes estabelecidas não ocorrem na esfera jurídica mas sim na esfera da moral, da imagem perante a sociedade, na esfera extrajurídica.¹⁰

Os instrumentos de *soft law* vêm encontrando cada vez mais espaço dentro das relações internacionais, da mesma forma que recebem maior atenção por parte dos contratantes, inclusive com a contratação de órgãos de supervisão para supervisionar o cumprimento de instrumentos não vinculantes, como por exemplo a criação da Comissão de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas para supervisionar a implementação da Agenda 21.¹¹

Na prática, o crescimento de instrumentos de *soft law* capazes de interferir no desenvolvimento e aplicação de políticas pode estar relacionado justamente a sua natureza voluntária, por não ser uma norma legal imposta, e sim apenas uma influência informal que atua de forma persuasiva o que afeta o comportamento dos atores, sejam eles públicos ou privados, que acabam se comprometendo a fazer algo voluntariamente, quando poderiam estar menos dispostos a agir se fossem legalmente obrigados.¹²

Todo este cenário de criação de instrumentos não vinculantes, sem obrigação jurídica imposta, com sanções que se encontram muito mais na esfera da preservação da boa imagem dos envolvidos, ganha força em um mundo cada vez mais global, no qual as relações comerciais e de produção já não reconhecem fronteiras, e se socorrem dos mecanismos de *soft law* quando os governos não conseguem responder efetivamente aos desafios da globalização econômica.¹³

No atual cenário internacional, os atores não estatais vêm ganhando espaço, e aos poucos afastando do atual regime jurídico internacional a abordagem tradicional

⁹ Conceito utilizado na área de Governança Internacional e se refere a todos os atores envolvidos.

¹⁰ MAZZUOLI, 2015.

¹¹ ATAPATTU, Sumudu. International Environmental Law and Soft Law: a new direction or a contradiction? In: BAILLIET, Cecilia M. Non-State Actors, Soft Law and Protective Regimes: from the margins. Cambridge University Press: Cambridge, 2012.

¹² CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. Direito Internacional. Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2014.

¹³ VOGEL, David. Private Global Business Regulation. Annual Review of Political Science, Vol. 11 (2008), pp. 261–82.

centrada no Estado. Grandes exemplos disto são a crescente participação das organizações internacionais e de atores da sociedade civil, que vem atuando de forma direta na criação de instrumentos não vinculantes e fiscalizando seu cumprimento. Segundo Sumudu Atapattu “a crescente adoção e a confiança em *soft law* podem ser o resultado da expansão da natureza do direito internacional, tanto em termos de seus atores quanto de seu alcance”.¹⁴

De uma maneira geral podemos entender a *soft law* como uma “lei” sem efeito jurídico vinculante, mas capaz de motivar as pessoas a se comportarem de uma maneira particular. Este comportamento permeia a relação entre Estados, a relação entre atores não estatais com o Estado e ainda a relação dos atores privados com a sociedade como um todo, seja em relações comerciais, em relações de consumo ou na proteção de direitos ambientais e sociais. A *soft law* atua, portanto, de maneira branda, mas com efeitos práticos que atravessam fronteiras alcançando sujeitos muitas vezes inatingíveis pelos instrumentos jurídicos tradicionais.

Os instrumentos de *soft law* têm sido profundamente difundidos no ramo do Direito Internacional Ambiental, razão pela qual instituições internacionais e Estados que cooperam internacionalmente vem optando por instrumentos não vinculativos em substituição ou complementação aos instrumentos vinculativos para perseguir os seus objetivos. Na área ambiental chega a ser difícil encontrar Estados que não utilizem instrumentos não vinculativos como base para os seus esforços comuns.¹⁵

No entanto, outras áreas vêm sofrendo a influência desta nova forma de regulamentar direitos, e estão expandindo a aplicação de instrumentos de *soft law*, como é o caso do direito do trabalho, ramo que facilmente se relaciona com direitos sociais e humanos. Neste contexto Organizações Internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), e até mesmo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) há muito tempo vem buscando estabelecer padrões mundiais de condições de trabalho, que respeitem as condições dignas do ser humano.

¹⁴ ATAPATTU, 2012, p. 202.

¹⁵ FRIEDRICH, 2013, p. 24.

Os instrumentos elaborados por estas entidades não podem ser consideradas como *soft law*, uma vez que necessitam ser ratificados pelos Estados para que possam ter validade interna em cada país. Todavia, estes instrumentos têm servido de base para a produção de instrumentos não vinculantes e vêm influenciando as relações comerciais e contratuais do mundo global. Seja por meio de recomendações, comunicações, planos estratégicos, instrumentos de forma geral elaborados pelos Estados para o desenvolvimento de uma cadeia de produção sustentável e socialmente engajada acabam por alcançar as empresas que incorporam em seus códigos de conduta e contratos comerciais a exigência de cumprimento de padrões de dignidade e equidade no ambiente de trabalho, como veremos nos pontos de discussão dos tópicos a seguir.

3. INSTRUMENTOS DE *SOFT LAW* NA REGULAMENTAÇÃO TRABALHISTA DA UNIÃO EUROPEIA

No âmbito da União Europeia as orientações legislativas de natureza não vinculativa são publicadas em larga escala, seja pela própria Comissão, ou pelas agências da UE e as redes administrativas *ad hoc*. Os campos políticos são também os mais diversos, podendo ser desde orientações pormenorizadas que clarificam a aplicação das regras em matéria de auxílios estatais para o financiamento, a orientações que explicam como interpretar as disposições de determinadas Diretrizes, documentos de orientação técnica destinados a ajudar as partes interessadas na aplicação de uma Diretiva base (Framework Directive).¹⁶

É inegável que a Comissão continua desempenhando o papel de principal legislador dentro da UE, ao mesmo tempo que é preciso reconhecer que a produção de instrumentos de natureza *soft law* em conjunto com grupos de especialistas de autoridades nacionais e associações profissionais da indústria vêm ganhando cada vez mais espaço. E neste cenário as agências da UE vêm adotando documentos não vinculativos, isoladamente ou em colaboração com representantes da indústria e da sociedade civil¹⁷,

¹⁶ KORKEA-AHO, Emilia. National Courts and European Soft Law: is Grimaldi still good law? Yearbook of European Law, Vol. 37, No. 1 (2018), pp. 470–495.

¹⁷ KORKEA-AHO, 2018, pp. 470 - 495.

e esta nova perspectiva de regulamentação vem trazendo mudanças também para a seara trabalhista.

Em um mundo global, onde predominam as grandes cadeias de produção, os direitos dos trabalhadores é parte importante na discussão das políticas de investimento e de desenvolvimento dos países, especialmente porque os grandes segmentos industriais acabam por produzir a maior parte dos seus produtos em países menos desenvolvidos. Este é também o caso das empresas da União Europeia, tendo em vista que o setor privado fornece cerca de 90% dos empregos nos países em desenvolvimento.¹⁸

As multinacionais acabam instalando suas cadeias de produção em países menos desenvolvidos, especialmente em razão do baixo custo pago pela mão-de-obra e outras vantagens fiscais. Contudo, com os baixos custos envolvidos para a contratação de trabalhadores também ocorre a supressão de direitos trabalhistas por não existir uma regulamentação ou política interna capaz de impedir que os trabalhadores sejam submetidos a condições de trabalho degradantes. Horas extenuantes de trabalho, condições análogas à escravidão, trabalho de menores, ausência ou baixas condições de segurança do trabalho, discriminação entre homens e mulheres, são alguns dos principais desrespeitos que podem ser vistos nos países onde estão estabelecidas as cadeias de suprimentos de inúmeras multinacionais.

Hoje, no entanto, com a globalização das economias, das marcas e dos mercados financeiros, o cenário vem se modificando, e um grau maior de responsabilidade é repassado para as grandes empresas globais. De forma simplificada, pode-se dizer que os atos praticados pela empresa fornecedora de suprimentos refletem diretamente na matriz porque é ela a responsável pelas consequências sociais da atividade de toda a cadeia de suprimentos.

Isso porque, a opinião pública tem se tornado cada vez mais preocupada com a falta de regulação social dessa globalização de mercados, o que interfere diretamente no comportamento do mercado consumidor e dos agentes financeiros que passam a observar, em suas decisões de compra e de investimento, às práticas sociais das empresas, o que

¹⁸ EUROPEAN UNION. A Stronger Role of the Private Sector in Achieving Inclusive and Sustainable Growth in Developing Countries. European Commission: Brussels, 2014.

faz com que muitos segmentos também comessem a pensar seriamente sobre suas ações sociais e de condições de trabalho nos países de produção.¹⁹

Diante do grande número de empresas europeias que se beneficiam da força de trabalho de países menos desenvolvidos, a União Europeia tem se considerado um parceiro essencial na luta contra a pobreza, e entende que o trabalho digno é elemento essencial nesta luta, e vem desenvolvendo políticas internas e externas com os quais busca tornar os *stakeholders* privados, incluindo empresas, intermediários financeiros, associações e organizações de trabalhadores e empregadores cada vez mais ativas no campo do desenvolvimento sustentável.²⁰

As políticas da UE vão ao encontro ao modelo econômico que busca estabelecer padrões de produção que respeitem condições sociais e ambientalmente sustentáveis. As políticas e estratégias apoiadas pela UE refletem-se na elaboração contínua de documentos que servem de guia tanto para os Estados-membros quanto para as empresas europeias, que embora não estejam vinculados juridicamente às diretrizes assumem o compromisso de aderir ao plano estratégico desenvolvido.

Em matéria de políticas de emprego e regulamentação trabalhista a EU possui uma Estratégia Europeia para o Emprego (*European Employment Strategy - EES*) dentro da qual é elaborada anualmente um documento - por meio do Conselho Europeu, sob proposta da Comissão e após consulta ao Parlamento Europeu, ao Comitê Econômico e Social, ao Comitê das Regiões e ao Comitê do Emprego -, com recomendações que os Estados-membros devem ter em conta nas suas políticas de emprego.

As diretrizes apresentadas nas recomendações são um instrumento de *soft law*, portanto, servem de parâmetro para os Estados-membros, mas não os vinculam ao texto elaborado, permitindo a adaptação e a flexibilidade para diferentes necessidades. Mas é certo que funcionam como um elemento de orientação brando, que acaba por ser aceito com maior facilidade pelos Estados-membros, que muitas vezes não aceitariam os parâmetros propostos se estas estivessem embutidas de obrigatoriedade.

¹⁹ SEGAL, Jean-Pierre; SOBCZAK, André; TRIOMPHE, Claude-Emmanuel. Corporate social responsibility and working conditions. Eurofond: Dublin, 2003.

²⁰ EUROPEAN UNION. A Stronger Role of the Private Sector in Achieving Inclusive and Sustainable Growth in Developing Countries. European Commission: Brussels, 2014.

O impacto das referidas recomendações nas políticas nacionais de emprego não pode ser facilmente avaliado, pois se encontra em um âmbito subjetivo, mas é possível verificar uma certa influência orientadora na legislação laboral em nível europeu. Um fator relevante para que os Estados-membros busquem seguir e implementar as recomendações do Conselho é justamente o fato de que devem apresentar ao Conselho e à Comissão um relatório anual sobre as principais medidas adotadas para implementar a sua política de emprego à luz das orientações recebidas.

Observa-se que, ainda que as recomendações sejam uma *soft law*, sem obrigatoriedade jurídica, os Estados-membros são cobrados pelos seus atos, por meio de um processo que se baseia no “*open method of coordination*” (OMC), em que os Estados-membros são avaliados uns pelos outros (pressão dos pares), limitando-se o papel da Comissão à vigilância, o que de certa forma vincula os Estados-membros, ainda que de forma indireta para que as recomendações sejam seguidas, apesar da sua voluntariedade.²¹

Um dos temas que vem sendo alvo de criação de instrumentos de *soft law* é sem dúvida a produção e comércio sustentável, especialmente porque as políticas relativas à sustentabilidade são focos centrais do atual debate sobre o futuro da política comercial da UE, tendo inclusive a Comissão, em 2015, com a apresentação da estratégia do Comércio para Todos, decidido basear cada vez mais a sua política comercial nos valores da UE, incluindo o compromisso com o desenvolvimento sustentável através da inclusão de disposições sobre a proteção do trabalho e do ambiente nos seus acordos comerciais.²²

A UE por entender que as ações das empresas têm impactos significativos na vida dos cidadãos não apenas dentro da Comunidade Europeia, mas também ao redor do mundo, especialmente em termos de condições de trabalho, direitos humanos, saúde, meio ambiente, inovação, educação e treinamento, tem desenvolvido políticas públicas com o claro intuito de promover a responsabilidade social das empresas (CSR), tendo elaborado em 2011 uma nova estratégia em termos de CSR para o período de 2011 a 2014.²³

²¹ EUROFOND. European Employment Strategy. Eurofond: Dublin, 2019.

²² UNIÃO EUROPEIA. Comércio para Todos: rumo a uma política mais responsável em matéria de comércio e de investimento. Comissão Europeia: Bruxelas, 2015.

²³ UNIÃO EUROPEIA. Responsabilidade social das empresas: uma nova estratégia da UE para o período de 2011-2014. Comissão Europeia: Bruxelas, 2011.

Neste documento a Comissão Europeia definiu CSR como um conceito segundo o qual as empresas integram preocupações sociais e ambientais nas suas atividades comerciais e na sua interação com *stakeholders* de forma voluntária. A CSR implica em responsabilidades das empresas que ultrapassam o nível das obrigações legais no que diz respeito à sociedade e ao meio ambiente, contexto no qual as medidas regulatórias não vinculantes criam um ambiente mais propício para que as empresas cumpram voluntariamente sua responsabilidade social.²⁴

No referido documento a comissão identificou os seguintes pontos como fatores de ampliação do impacto da política no domínio da responsabilidade social das empresas:

- adoptar uma perspectiva multilateral equilibrada que tivesse em conta os pontos de vista das empresas, das demais partes interessadas e dos Estados-Membros;
- esclarecer melhor o que se espera das empresas e adoptar uma definição europeia de responsabilidade social das empresas coerente com os princípios e as orientações internacionais;
- promover a recompensa do mercado para o comportamento responsável das empresas, através, por exemplo, da política de investimento e da contratação pública.
- ponderar modalidades de co-regulação e auto-regulação, dois importantes meios através dos quais as empresas procuram assumir a sua responsabilidade social;
- examinar a transparência das empresas no tocante às questões sociais e ambientais do ponto de vista de todas as partes interessadas, incluindo as próprias empresas;
- dedicar mais atenção aos direitos humanos, um aspecto da responsabilidade social das empresas que ganhou muito mais destaque;
- reconhecer o papel desempenhado pela regulamentação complementar na criação de condições mais propícias a que as empresas assumam voluntariamente a sua responsabilidade social.

Em resposta a esta estratégia inúmeras foram as iniciativas da comissão para alcançar os objetivos delimitados em 2011 para a área de responsabilidade social das empresas europeias. O resumo de todas as medidas tomadas nos últimos anos neste campo de trabalho foi publicado em 20 de março de 2019 por meio do documento intitulado COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT (SWD).²⁵

No quadro a seguir é possível visualizar as estratégias traçadas no ano de 2011 pela comissão e algumas medidas práticas implementadas desde então para alcançar uma

²⁴ Ibidem.

²⁵ EUROPEAN UNION. Corporate Social Responsibility, Responsible Business Conduct, and Business & Human Rights: Overview of Progress. European Commission: Brussels, 2019.

maior responsabilidade social nas empresas, no que tange a melhoria das condições de trabalho.

Com. 2011-2014 (estratégias traçadas)	SWD 2019 (trabalhos realizados)
<p>Política europeia de promoção da responsabilidade social das empresas coerente com os princípios e orientações reconhecidas a nível internacional (OCDE; dez princípios do Pacto Global das Nações Unidas; ISO 26000; declaração de princípios tripartida da OIT)</p>	<p>Plano de Ação da UE de 2017 para combater as disparidades salariais entre homens e mulheres. Por meio de ações para prevenir ou resolver as disparidades salariais, bem como as iniciativas que envolvem as autoridades públicas, os parceiros sociais e as empresas privadas. A execução das 24 ações está em curso e será concluída até ao final do atual mandato da Comissão.</p>
<p>As próprias empresas devem desenvolver a sua responsabilidade social. As autoridades públicas devem desempenhar um papel de suporte combinando medidas de carácter voluntário e, se for caso, de regulamentação complementar</p>	<p>Apoio ao desenvolvimento de cadeias de valor responsável no setor de vestuário.</p> <p>Dezembro de 2017, a Comissão lançou um convite para apresentação de propostas para aumentar o conhecimento, a sensibilização, a transparência e a rastreabilidade das cadeias de valor responsáveis nos setores do algodão e do vestuário.</p> <p>Objetivo: apresentação de propostas para melhorar as condições de trabalho, promover padrões trabalhistas e ambientais e reduzir os abusos dos direitos trabalhistas nas cadeias de valor do setor do algodão e de vestuário.</p>
<p>A Comissão tenciona acompanhar os compromissos assumidos pelas empresas europeias com mais de 1000</p>	<p>Ferramenta de Avaliação de Risco CSR</p>

<p>trabalhadores a fim de ter em conta as orientações e os princípios reconhecidos internacionalmente em matéria de responsabilidade social das empresas, bem como ter em conta a norma-guia sobre responsabilidade social ISO 26000 nas suas próprias atividades.</p>	<p>Os parceiros sociais EURATEX²⁶ e IndustriALL²⁷, apoiados pela Comissão desenvolveram uma ferramenta de avaliação dos riscos em matéria de CSR para a indústria têxtil e do vestuário. A versão finalizada da ferramenta foi apresentada às partes interessadas em uma conferência final em 2017 e está disponível para empresas.</p>
<p>A Comissão convida:</p> <p>Todas as grandes empresas europeias a, até 2014, assumir o compromisso de ter em conta, pelo menos, um dos seguintes conjuntos de princípios e orientações para o desenvolvimento da respectiva estratégia em matéria de responsabilidade social das empresas: Pacto Global das Nações Unidas, Orientações da OCDE para as empresas multinacionais ou norma-guia sobre responsabilidade social ISO 26000.</p> <p>Todas as empresas multinacionais estabelecidas na Europa a, até 2014, assumir o compromisso de respeitar a Declaração de Princípios Tripartida da OIT sobre empresas multinacionais e política social.</p>	<p>Rastreabilidade da cadeia de abastecimento nas cadeias de abastecimento de couro para apoiar a <i>due diligence</i>.</p> <p>Os parceiros sociais COTANCE²⁸ e IndustriAll, apoiados pela Comissão, têm desenvolvido um projeto para melhorar as condições do local de trabalho das cadeias de abastecimento de couro e contribuir para uma abordagem mais realista da percepção pública das condições de trabalho em curtumes na Europa e no exterior.</p> <p>No âmbito desta iniciativa, realizou-se em 9 de outubro de 2018 a conferência "<i>Due Diligence</i> para locais de trabalho saudáveis na indústria de curtumes". O relatório final foi publicado em junho de 2018.</p>
<p>A Comissão exorta os empresários europeus, incluindo os do setor financeiro, a assumir, até meados de 2012, o</p>	

²⁶ The European Apparel and Textile Confederation

²⁷ IndustriALL- representante de 50 milhões de trabalhadores em 140 países nos setores de mineração, energia e manufatura e é uma força de solidariedade global que luta pela melhoria das condições de trabalho e direitos sindicais em todo o mundo.

²⁸ The Confederation of National Associations of Tanners and Dressers of the European Community.

compromisso público de encorajar, em estreita cooperação com as autoridades públicas e demais partes interessadas, um número muito maior de empresas da UE a adoptar um comportamento responsável, através do estabelecimento de objetivos claros para 2015 e 2020 e da prestação de contas quanto ao respeito desse compromisso.	
---	--

É, portanto, clara a atuação da UE no sentido de ampliar a responsabilidade social das empresas europeias, fazendo com que tomem medidas que garantam a sustentabilidade e um ambiente de trabalho digno, com enfoque especial nas cadeias de fornecedores das empresas europeias. Os documentos e propostas analisadas, evidenciam também que a política europeia tende à elaboração de documentos não vinculantes, colocando a responsabilidade de ampliação da responsabilidade social no âmbito da voluntariedade das empresas, e não na coercitividade de documentos vinculantes.

É justamente no contexto privado, das relações comerciais entre empresas europeias e empresas fornecedoras, localizadas em larga escala em países extracomunitários que teremos os efetivos resultados das políticas e estratégias adotadas pela UE, pois é nestas relações que a responsabilidade social das empresas será colocada à prova, pois também nestes contratos devem ser mantidos os padrões europeus de produção sustentável e socialmente adequada, como veremos no próximo item.

4. EFEITOS TRANSNORMATIVOS NA REGULAÇÃO DE CONTRATOS INTERNACIONAIS EXTRACOMUNITÁRIOS

Como vimos até aqui a UE vem se envolvendo em estratégias e planos de ação que resultam na elaboração de instrumentos de *soft law* que determinam os padrões de produção esperados pela Comunidade. Com isso as empresas europeias vêm sendo provocadas a tomarem medidas em suas linhas de produção que se adequem às expectativas da UE.

Importante destacar que os instrumentos de *soft law*, ao contrário das leis nacionais, dos tratados ou das regras do direito consuetudinário, não se dirigem apenas

aos Estados, pois estabelecem também normas dirigidas a atores privados não estatais. Aqui dá-se especial atenção aos instrumentos que prescrevem regras de responsabilidade social corporativa, como é o caso das Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais, no qual as empresas privadas são, na verdade, os principais destinatários, e os Estados são apenas abordados incidentalmente para fins de implementação e promoção.²⁹

O papel das empresas europeias é justamente criar mecanismos que afetem também outros Estados, não integrantes da UE, no que tange aos padrões de produção sustentável e social pretendido pela UE. Estas medidas podem ser visualizadas nos instrumentos de regulação voluntária e privada das empresas que variam entre códigos de conduta, sistemas de certificação e rotulagem.

A criação de regulação privada como um componente da regulamentação global de negócios não surge apenas da boa vontade das empresas, mas sim da própria necessidade do comércio global, tendo em vista a falta de mecanismos regulatórios adequados nos níveis nacional e internacional para governar empresas e mercados globais.³⁰

Do ponto de vista da UE a assunção de responsabilidade social por parte das empresas e a consequente elaboração de instrumentos de *soft law* é de extrema relevância para que os padrões de produção estabelecidos comunitariamente alcancem níveis globais, isso porque a Organização do Comércio (OMC) normalmente não permite que o acesso ao mercado seja vinculado a normas domésticas de trabalho ou ambientais, mas quanto aos padrões de certificação e terceirização dos regulamentos civis existe uma lacuna nas regras da OMC, o que permite que empresas globais possam se recusar a importar produtos de fornecedores que não cumprem seus padrões, o que geralmente os Estados não podem fazer.³¹

Uma das formas mais corriqueiras de introdução de padrões europeus nas relações comerciais tem sido a adoção de códigos de conduta pelas empresas. Um setor que vem demonstrando avanço neste sentido é o setor de vestuário - em especial o de marcas de alta visibilidade - que passou a dar atenção especial para os códigos de conduta

²⁹ FRIEDRICH, 2013, p. 138.

³⁰ VOGEL, 2008, pp. 261–82.

³¹ Ibidem.

trabalhista após lutas pela globalização da produção, como resposta às estratégias de governos para fazer cumprir a legislação trabalhista doméstica e também na tentativa de proteger ou reparar a reputação das empresas diante de campanhas de movimentos sociais.³²

A título de análise de caso passamos a analisar a multinacional europeia *Adidas Group* que vem adotando e disseminando uma política de produção sustentável com respeito aos direitos humanos, ambientais e laborais, com grande atuação em suas cadeias de fornecedores. No site institucional a Adidas apresenta a sua preocupação com o bem-estar dos trabalhadores em suas fábricas, preocupação esta que se efetiva por intermédio da construção de padrões a serem observados no local de trabalho, aplicáveis também para a sua cadeia de fornecimento.³³

A Adidas esclarece ainda que os fornecedores devem cumprir os padrões por ela estabelecidos, razão pela qual possui inúmeros documentos destinados aos seus parceiros de negócio (*Adidas workplace standard; Guidelines on Employment Standards; Labour Rights Charta; Enforcement Guideline; Health & Safety Guidelines; A Guidebook for Factory Workers and Owners*). Com o mesmo intuito a Adidas ainda inclui o cumprimento dos padrões como uma obrigação contratual nos acordos firmados com seus parceiros de negócios.

Os principais pontos estabelecidos como padrão pela empresa estão relacionados a questões relativas à saúde e segurança dos trabalhadores, salários justos, trabalho infantil, trabalho digno e liberdade de associação. Estabelece como princípio geral em suas Diretrizes sobre Padrões de Emprego (*Guidelines on Employment Standards*) o princípio geral de que seus “parceiros de negócios devem cumprir integralmente todos os requisitos legais relevantes para a condução de seus negócios e devem adotar e seguir práticas que salvaguardem os direitos humanos, os direitos trabalhistas, a segurança e o meio ambiente”.

³² BARTLEY, Tim. Corporate Accountability and the Privatization of Labor Standards: struggles over codes of conduct in the apparel industry. *Research in Political Sociology*, Vol. 14 (2005), pp. 211-244, p. 220.

³³ ADIDAS. General Approach: our ambition is to be a sustainable company. Disponível em <<https://www.adidas-group.com/en/sustainability/managing-sustainability/general-approach/>> Acesso em: 15.jun.2019.

Ainda com relação aos padrões de trabalho define que os parceiros comerciais não devem utilizar trabalho forçado, tanto na forma de trabalho prisional, quanto escravo; não devem empregar crianças menores de 15 (quinze) anos, ou menos que a idade para completar o ensino obrigatório no país de fabricação, quando a idade for superior a quinze anos; não devem discriminar nas práticas de recrutamento e emprego em relação a características ou crenças pessoais, como raça, nacionalidade, gênero, religião, idade, deficiência, estado civil, status parental, filiação a associações, orientação sexual ou opinião política; estabelecem ainda padrões relativos a questões salariais e de jornada de trabalho; liberdade de associação e práticas disciplinares.

Uma medida importante adotada pela Adidas para que os padrões de trabalho sejam respeitados em sua cadeia de fornecedores foi a elaboração de uma diretriz (*Enforcement Guideline*) que define a abordagem que o Departamento de Assuntos Sociais e Ambientais deve seguir quando um fornecedor não cumprir as normas. Dentre estas abordagens existem medidas para solução e adequação de problemas, mas também a identificação de problemas de tolerância zero.

Na ocorrência de problemas que se enquadram na natureza de tolerância zero não existe oportunidade de correção. Nestes casos, automaticamente ocorre o processo de rescisão em relação ao setor de fabricação que apresentou o problema ou até mesmo a rescisão do fornecedor, incluindo todas as suas instalações.

Entre os problemas de tolerância zero encontram-se os relativos ao trabalho prisional, independentemente de remuneração pelo seu trabalho; escravidão e tráfico de pessoas, incluindo trabalho forçado; trabalho Infantil; condições críticas de saúde e segurança como por exemplo quando as condições de um edifício de fábrica se encontra estruturalmente insalubre e pode entrar em colapso ou quando existe um alto risco de incêndio; e ainda abuso repetitivo e sistemático de natureza sexual, física ou mental.

Com base nestas informações é possível identificar nas ações da Adidas grande similaridade com as políticas e estratégias adotadas pela UE. Inclusive, nas orientações iniciais relativas ao recente acordo comercial firmado pela UE e o Mercosul, restou amplamente definido que é parte da política europeia colocar as empresas como principais responsáveis para a promoção de cadeias de suprimentos responsáveis, uma vez que estabeleceu que tanto a UE quanto o Mercosul se comprometem a promover a adoção

voluntária pelas empresas de práticas empresariais responsáveis por aspectos sociais e ambientais.³⁴

É inegável, portanto que ainda que não se tenha documentos formais e vinculantes produzidos pela UE que obriguem suas empresas a adotarem padrões e a assumirem a sua responsabilidade com um desenvolvimento sustentável, ainda assim os resultados vêm sendo percebidos no mercado global, com empresas multinacionais cada vez mais engajadas e com atuação efetiva para que haja maior respeito à dignidade dos trabalhadores em toda a linha de fabricação de seus produtos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um mundo global, no qual as relações comerciais já não podem ser pensadas e regulamentadas apenas em nível doméstico. As constantes modificações das necessidades da sociedade implicam que a regulamentação formal da *hard law*, muitas vezes não consegue sozinha dar conta de todas as demandas.

Fato é que a dinâmica comercial precisa muitas vezes de respostas rápidas, que propiciem que, para além dos Estados, também os agentes privados tenham condições de adotar medidas que sejam de melhor interesse da sociedade como um todo, medidas que respeitem direitos fundamentais e que em contrapartida tornem o mercado de produção mais sustentável e social, e beneficiem economicamente as empresas, que ao assumirem a sua responsabilidade social incrementam a sua imagem perante o mercado consumidor.

Os instrumentos de *soft law* têm contribuído para que esta dinâmica ocorra, e a UE vem encorajando o segmento privado, por meio das suas regulamentações não vinculantes e planos e estratégias que buscam que as empresas europeias assumam sua responsabilidade social por meio de medidas que respeitem padrões estabelecidos. Esse posicionamento vem levando a melhores práticas nas relações de trabalho, observadas em um nível que ultrapassa as fronteiras europeias e alcança as cadeias de fornecedores espalhadas ao redor do mundo, melhorando, por meio de práticas privadas as condições sociais, laborais e ambientais em países menos favorecidos.

³⁴ EUROPEAN UNION. EU-MERCOSUR Trade Agreement. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157957.pdf. Acessado em 10 de julho 2019.

E esta transferência de padrões de conduta e de exigência ocorre, principalmente, dentro de contratos internacionais de comércio, firmados entre atores privados, dentro de uma mesma cadeia de fornecimento. Ou seja, as exigências, neste caso europeias, fundadas em instrumentos de *soft law*, são multiplicadas, extracomunitariamente, por intermédio de instrumentos de direito internacional privado. É portanto, evidente que ocorre o processo de transnormatividade, e embora não seja passível de definição onde exatamente as normas não vinculantes tem seu início, se na esfera pública, ou na esfera privada, fato é que existe uma convergência de ideias que vem gerando a elaboração de instrumentos sem força vinculante formal, mas que acaba vinculando as partes por meio de relações comerciais e econômicas, e por consequência elevando os níveis de produção em um âmbito global.

REFERÊNCIAS

ADIDAS. **General Approach**: our ambition is to be a sustainable company. Disponível em <https://www.adidas-group.com/en/sustainability/managing-sustainability/general-approach/>. Acesso em: 15.jun.2019.

ATAPATTU, Sumudu. International Environmental Law and Soft Law: a new direction or a contradiction? *In*: BAILLIET, Cecilia M. **Non-State Actors, Soft Law and Protective Regimes: from the margins**. Cambridge University Press: Cambridge, 2012.

BAILLIET, Cecilia M. **Non-State Actors, Soft Law and Protective Regimes: from the margins**. Cambridge University Press: Cambridge, 2012.

BARTLEY, Tim. Corporate Accountability and the Privatization of Labor Standards: struggles over codes of conduct in the apparel industry. **Research in Political Sociology**, Vol. 14 (2005), pp. 211-244.

CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. **Direito Internacional**. Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2014.

EUROFOND. **European Employment Strategy**. Eurofond: Dublin, 2019.

EUROPEAN UNION. **A Stronger Role of the Private Sector in Achieving Inclusive and Sustainable Growth in Developing Countries**. European Comission: Brussels, 2014.

EUROPEAN UNION. **Corporate Social Responsibility, Responsible Business Conduct, and Business & Human Rights: Overview of Progress**. European Comission: Brussels, 2019(a).

EUROPEAN UNION. **EU-MERCOSUR Trade Agreement**. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157957.pdf. Acessado em 10 de julho 2019(b).

FRIEDRICH, Jürgen. **International Environmental “soft law”**: The functions and limits of nonbinding instruments in international environmental governance and law. Springer: Heidelberg, 2013.

KORKEA-AHO, Emilia. National Courts and European Soft Law: is Grimaldi still good law? **Yearbook of European Law**, Vol. 37, No. 1 (2018), pp. 470–495.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. Saraiva: São Paulo, 2015.

SEGAL, Jean-Pierre; SOBCZAK, André; TRIOMPHE, Claude-Emmanuel. **Corporate social responsibility and working conditions**. Eurofond: Dublin, 2003.

UNIÃO EUROPEIA. **Comércio para Todos: rumo a uma política mais responsável em matéria de comércio e de investimento**. Comissão Europeia: Bruxelas, 2015.

UNIÃO EUROPEIA. **Reponsabilidade social das empresas: uma nova estratégia da UE para o período de 2011-2014**. Comissão Europeia: Bruxelas, 2011.

VOGEL, David. Private Global Business Regulation. **Annual Review of Political Science**, Vol. 11 (2008), pp. 261–82.

WESTERMAN, Pauline; HAGE, Jaap; KIRSTE, Stephan; MACKOR, Anne Ruth. **Legal Validity and Soft Law**. Springer: Cham, 2018.

POLÍTICA EXTERNA EUROPEIA PÓS-LISBOA: PROBLEMAS RESOLVIDOS?

POST-LISBON EUROPEAN FOREIGN POLICY: PROBLEMS SOLVED?

André Felipe Gonçalves Pertussatti¹

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar as mudanças trazidas pelo Tratado de Lisboa à Política Externa e de Segurança Comum da União Europeia e o reflexo positivo ou negativo de seus efeitos. A análise dar-se-á em uma perspectiva jurídica, utilizando-se textos, artigos e obras de estudiosos da área, além da legislação europeia e casos da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia como referência. A partir da análise da estrutura institucional e legislativa referentes à política externa europeia, bem como, do estudo comparado da redação dos tratados fundadores da UE antes e depois do Tratado de Lisboa, constata-se que, apesar de ter sido nomeado como “Tratado da Reforma”, em razão de ter proporcionado alterações expressivas em outras áreas, o Tratado de Lisboa foi conservador no âmbito da Política Externa e de Segurança Comum e preservou em grande parte o caráter de intergovernabilidade vigente até então, além de não ter solucionado completamente os problemas de incoerência que acompanham a Política Externa e de Segurança Comum desde sua criação.

Palavras-chave: Direito da União Europeia; Direito Internacional; Tratado de Lisboa; Política Externa e de Segurança Comum; União Europeia.

ABSTRACT

This paper main goal is to analyse the amendments brought by the Treaty of Lisbon to the Common Foreign and Security Policy and its positive or negative effects. The analysis will be done in a legal perspective, using texts, articles and essays of specialized scholars in addition to the European legislation and cases from the Court of Justice of the European Union case law as reference. From the analysis of the Common Foreign and Security Policy's institutional and legislative framework as well as from the compared study of the EU's founders Treaty texts, before and after Lisbon, It shows that despite It has been named as “Reform Treaty” given that it provided expressive amendments in other areas, the Lisbon Treaty was conservative in the Common Foreign and Security Policy area, preserving its, until then, current intergovernmental character, and it haven't solved completely the incoherence problems that follows the Common Foreign and Security Policy since its creation.

Keywords: European Union Law; International Law; Treaty of Lisbon; Common Foreign and Security Policy; European Union.

¹ Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado nas áreas cível, trabalhista e internacional.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe-se a responder a pergunta do título e analisar as alterações que o Tratado de Lisboa (Lisboa) inseriu no contexto da política externa da União Europeia (UE), avaliando se resolveram ou não os problemas e incongruências presentes na estrutura pré-Lisboa, se há problemas remanescentes e se a reforma originou novos problemas na política externa europeia. A análise inicia-se com a análise da reforma institucional da Política Externa e de Segurança Comum (PESC), bem como dos novos postos e instrumentos à disposição da UE para sua ação externa. Em momento posterior, será feito um estudo comparado da conjuntura legislativa antes e depois do Tratado de Lisboa, explorando as alterações no processo de celebração e ratificação de acordos internacionais. Por fim, analisar-se-á as mudanças estruturais na PESC para definir qual é a realidade e, se houver, os problemas atuais da política externa europeia.

2. INSTITUCIONALIZAÇÃO DA POLÍTICA EXTERNA EUROPEIA

Entre 1958, criação da Comunidade Econômica Europeia e 2009, entrada em vigor do Tratado de Lisboa, vinte e um países aderiram a UE. Nesse processo, as instituições europeias sofreram reformas para manter o bom funcionamento. Além de alterações pontuais nas instituições, Lisboa implementou novos instrumentos de política externa ao Tratado da União Europeia (TUE) como a criação do Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança (Alto Representante) e o Serviço Europeu de Ação Externa (SEAE). Esta seção analisa mudanças substanciais nas instituições europeias em seu papel na PESC e analisa as duas inovações institucionais nessa área.

2.1. PERÍODO PRÉ-LISBOA: INCOERÊNCIA E FRAGMENTAÇÃO

Anteriormente à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a UE enfrentava uma realidade problemática em termos de política externa: problemas de interação e coerência entre as instituições europeias, estrutura fragmentada em pilares e a ausência de uma

diplomacia oficializada ante países terceiros² desencadearam uma crise política na política externa europeia, cuja origem está nos chamados problemas de coerência horizontal e vertical.

Coerência horizontal é a relação coordenada e consistente das políticas da UE, e recebe esse nome devido à ausência de hierarquia entre as políticas europeias. Os problemas de coerência horizontal decorriam da estrutura de pilares: as políticas europeias eram setorializadas em pilares nos quais as instituições possuíam diferentes atribuições, não delimitadas nos Tratados da UE (Tratados), o que agravava os problemas na integração de políticas, e afetava as relações interinstitucionais europeias, com divergências entre a Comissão Europeia (Comissão) e o Secretariado do Conselho da UE (Conselho) serem cada vez mais frequentes na condução da política externa³.

Enquanto coerência horizontal permeia a relação isonômica que há entre as instituições e políticas da UE, a coerência vertical consiste na congruência presente na relação entre a UE e seus Estados-membros. O termo “vertical” refere-se à hierarquia na relação entre a UE e seus Estados-membros, que devem alinhar-se às suas políticas e ações. Antes de 2009, entretanto, a relação entre a União e os Estados-membros carecia de coerência, pois o processo de tomada de decisão na PESC era intergovernamental - deveria haver a concordância de todos os países-membros.

A competência exclusiva dos Estados-membros em política externa possibilitou-lhes exercê-la mais autonomamente, havendo coexistência entre a política externa da UE e a dos vinte e oito Estados-membros, o que criava problemas de coerência vertical entre políticas do nível da UE e as individuais dos Estados-membros⁴.

A incoerência e fragmentação institucional atingiram a imagem internacional da UE. Um exemplo está na presidência do Conselho de Assuntos Gerais e Relações Exteriores: semestralmente o posto era ocupado por pessoas diferentes, criando uma política externa errática, o que causava insegurança em países terceiros e organizações internacionais, que não viam previsibilidade nas relações com a UE. Ademais, a

² O termo engloba países vizinhos, países-candidatos a ingresso na UE e o resto do mundo.

³ RASMUSSEN, Steffen Bay. *EU Diplomacy After Lisbon: Institutional Innovation, Diplomatic Practices and International Strategy*. **Romanian Review of Social Sciences**, Bucareste, n. 7, p. 38-73; 2014. p.41. Disponível em: <http://rrss.univnt.ro/EU-DIPLOMACY>. Acesso em 9 mar 2016.

⁴ *Ibid.*

rotatividade dava-se entre todos os membros da União, levando, às vezes, países com pouca representatividade política e influência ao posto, prejudicando as relações bilaterais: muitos países, nessas situações, preferiam dialogar diretamente com Estados-membros de maior importância política.

A reforma mostrava-se cada vez mais necessária. Houve uma tentativa com o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (Tratado Constitucional) de 2004, mas não foi ratificado por todos os Estados-membros: as mudanças viriam apenas em 2009.

2.2. A REFORMA DE 2009 E A NOVA DIPLOMACIA EUROPEIA

Assinado em 13 de dezembro de 2007, o Tratado de Lisboa passou a vigorar em 1º de dezembro de 2009, e possuía um objetivo para PESC: fortalecer a imagem internacional da UE, sobretudo, criando uma burocracia diplomática. Com esse fito, aquele tratado aboliu a estrutura dos pilares, substituindo-a por uma estrutura “mais constitucional”, assentada em princípios comuns a todas as políticas da União, previstos nos Títulos I, II e III do TUE, e distribuiu as competências entre a UE e seus Estados-membros.

Essa reorganização tornou a PESC domínio da UE, reduzindo, parcialmente, a autonomia dos Estados-membros, pois o artigo 24, §3º da nova redação do TUE previa, expressamente, o dever de lealdade dos Países-membros para com a PESC: os Estados devem apoiá-la “ativamente e sem reservas”, lealmente e devem abster-se de agir contrariamente aos interesses da União ou de prejudicar sua eficácia como força coerente nas relações internacionais.

A redação do parágrafo 3º evidencia o objetivo da UE de resolver os problemas de coerência vertical por meio da cooperação e alinhamento entre a sua política externa e de seus Estados-membros, delimitando a diplomacia deles dentro dos interesses da União. Nas relações internacionais, era preciso adotar medidas para resolver o problema de rotatividade da presidência do Conselho nas relações entre a UE e países terceiros: foi criado um cargo permanente para dialogar com a comunidade internacional em nome da UE e comandar sua diplomacia - o Alto Representante da União para os Negócios

Estrangeiros e a Política de Segurança. Essa pode ser considerada uma das principais inovações de Lisboa para a PESC.

Foi criado também um corpo diplomático, dedicado a ajudar na execução da política externa europeia a partir das diretrizes do Alto Representante, constituindo a segunda principal inovação da reforma de 2009: o Serviço Europeu de Ação Externa.

2.2.1. Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança

O cargo do Alto Representante originou-se no Tratado de Amsterdã de 1997 como “Alto Representante para a Política Externa e de Segurança Comum” e, originalmente, era um cargo acumulado pelo Secretário-Geral do Conselho da UE, cuja função era auxiliar o Presidente do Conselho, contribuindo para a formulação, preparação e implementação de decisões políticas, além de conduzir diálogos políticos com terceiros a pedido do Presidente⁵. Na época, além do Alto Representante, havia um cargo na Comissão Europeia responsável pela PESC: o Comissário Europeu para Relações Externas. Essa dualidade de cargos para a política externa ocorria, segundo Eeckhout⁶ por haver um distanciamento, tanto constitucional quanto institucional, entre a PESC e outras áreas de ação externa da UE.

Com o fito de centralizar a coordenação da política externa e integrar outras áreas relacionadas às relações exteriores, o Tratado Constitucional de 2004, previu a unificação desses dois cargos na figura do “Ministro dos Negócios Estrangeiros da União”, mas não entrou em vigor. Lisboa, todavia, criou o cargo sob o nome de Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança, pois houve objeção britânica acerca do uso da palavra “Ministro” e os Estados-membros desejavam acabar com todas as referências a símbolos de Estado na emenda aos Tratados⁷.

⁵ MORILLAS, Pol. *Institutionalization or Intergovernmental Decision-Taking in Foreign Policy: The implementation of the Lisbon Treaty*. In: CARDWELL, Paul J. *EU External Relations Law and Policy in the Post-Lisbon Era*. Haia: T.M.C. Asser Press, 2012, p.152.

⁶ EECKHOUT, Piet. *EU External Relations Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p.285.

⁷ PŁESZKA, Maciej. *High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy: analysis of the Lisbon Treaty Provisions*. *Yearbook of Polish European Studies*, n. 13, p. 81-106, 2010. Disponível em: <https://www.ce.uw.edu.pl> Acesso em 13 jul. 2019.

O “novo” Alto Representante possui papel mais ativo e amplo na burocracia europeia do que o previsto no Tratado de Amsterdã - é um cargo autônomo, não mais acumulado pelo Secretário do Conselho da UE e sua função não está mais restrita a assistir a Presidência do Conselho da UE, mas a conduzir a PESC. Com o fito de possibilitar essa “conduta” mais ativa ao Alto Representante na PESC, foram-lhe concedidas prerrogativas por Lisboa: o poder de elaborar propostas para o desenvolvimento de políticas dentro da política externa ao Conselho e presidir o CNE⁸, representar a UE no cenário internacional e manifestar sua posição em conferências e organizações internacionais⁹, além de tornar-se um dos sete Vice-presidentes da Comissão Europeia¹⁰. Pode-se dizer que o Alto Representante, como bem mencionou Craig¹¹, usa “dois chapéus” – chefia a diplomacia da UE e integra a Comissão Europeia – e um terceiro, se considerarmos o papel de presidir o CNE como separado das outras funções.

Os “dois chapéus” foram atribuídos ao Alto Representante tanto na Comissão quanto no Conselho Europeu, com o fito de integrá-los, dando mais coerência à política externa da UE. Para alguns estudiosos, entretanto, Lisboa falhou nesse aspecto ao utilizar o Alto Representante como “a ponte” entre estas duas instituições: há incerteza acerca da capacidade do Alto Representante ser capaz de cumprir numerosas atribuições de forma efetiva, o que afetaria a relação institucional entre a Comissão e o Conselho. Marangoni (2012, *apud* MEINEN, 2015, p.16)¹² afirma que o Alto Representante não garantiu estabilidade na relação entre Comissão e Conselho, pois não estava presente todo o tempo em nenhum dos dois órgãos, criando falta de confiança dos membros de ambas instituições, além de enfraquecer a capacidade do Alto Representante de assegurar coerência institucional.

⁸ Artigo 18, §§2º e 3º, TUE.

⁹ Artigo 27, §2º, TUE

¹⁰ Artigo 18, §4º, TUE

¹¹ CRAIG, Paul P., *Institutions, Power and Institutional Balance*. In: CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Grainne (eds). *The Evolution of EU Law*. Oxford Legal Studies Research Paper No. 48/2011, Oxford University Press, 2011, p.51.

¹² MEINEN, Bart. *The High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy from 2009 to 2014: An examination about the renewed High Representative after the Treaty of Lisbon*. 2015. 106f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Twente e Münster, Twente, 2015, p.16. Disponível em: <https://essay.utwente.nl/67841/>. Acesso em 13 jul. 2019

A multiplicidade de funções, portanto, não só impede o Alto Representante de conduzir a PESC, conforme previsto no TUE¹³, mas atinge, também, o que chamaríamos de relações institucionais europeias intrínsecas (entre os membros da instituição internamente) e extrínsecas (entre as próprias instituições). O Alto Representante é nomeado pelo Conselho Europeu por maioria qualificada de seus membros e com o consentimento do Presidente da Comissão Europeia e do Parlamento Europeu, por maioria do colegiado¹⁴, para um mandato de cinco anos, podendo ser retirado do cargo por meio do mesmo procedimento¹⁵. O cargo atualmente é ocupado pela italiana Federica Mogherini, nomeada em 2014 e cujo mandato se estenderá até novembro de 2019, quando será sucedida por Josep Borrell, já indicado pelo Conselho Europeu, caso seja aprovado pelo Parlamento Europeu.

2.2.2. Serviço Europeu de Ação Externa: o serviço diplomático da União Europeia

Para a execução de todas as suas atribuições, o Alto Representante conta com o auxílio do Serviço Europeu de Ação Externa, um serviço diplomático europeu que trabalha em cooperação com os serviços diplomáticos dos Estados-membros para executar as diretrizes de execução da política externa proposta pelo Alto Representante, seu superior imediato; esta, por sua vez, definida pelo Conselho e pela Comissão. O método de trabalho do SEAE foi pensado com o fito de estabelecer conexão entre os setores responsáveis pela ação externa na Comissão e no Conselho e entre o serviço diplomático europeu e o dos Estados-membros¹⁶.

Além disso, o fato de Lisboa prever a composição do SEAE por membros tanto da Comissão e do Conselho quanto dos serviços diplomáticos nacionais de cada Estado-membro¹⁷, reforça a ideia de incentivo à cooperação entre os membros daquelas instituições europeias e da própria diplomacia europeia com a dos Estados-membros.

¹³ Artigo 18, §2º

¹⁴ Artigo 17, § 7º, TUE

¹⁵ Artigo 18, §1º, TUE

¹⁶ EECKHOUT, Piet. *EU External Relations Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 289.

¹⁷ Artigo 27, §3º, TUE

O SEAE é uma inovação institucional de Lisboa para a política externa e começou a operar em 1º de janeiro de 2011¹⁸, com sede em Bruxelas, sendo composto por funcionários do Secretariado-Geral do Conselho e da Comissão, além de alguns membros dos serviços diplomáticos nacionais. Lisboa previu a regulamentação e organização do SEAE por meio de decisão do Conselho da UE mediante iniciativa do Alto Representante, responsável por apresentar proposta de criação do serviço de ação externa, que seria analisada pelo Conselho, após consulta ao Parlamento e aprovação da Comissão¹⁹. Uma primeira proposta de regulamentação do SEAE foi encaminhada, em março de 2010, pela Alta Representante da época, Catherine Ashton. A primeira proposta de redação foi rejeitada pelo Parlamento Europeu, sob o fundamento de inadequações na parte financeira e orçamentária por carência de detalhamento maior, além de não regular de forma precisa as responsabilidades financeiras e orçamentárias do SEAE²⁰.

Foram meses de negociações entre as instituições da UE e os Estados-membros até 21 de Junho de 2010, quando chegou-se a um acordo em Madri, com alterações ao texto original além da inclusão de duas declarações anexas da Alta Representante: uma Declaração sobre Responsabilidade Política, na qual se comprometeu a honrar os deveres de consulta, informação e comunicação para com o Parlamento, previstos no Artigo 36 do TUE e uma Declaração sobre a Estrutura Básica da Administração Central que contém a relação de serviços e funções que seriam transferidas do Secretariado-Geral do Conselho e da Comissão para a competência do SEAE²¹. A decisão do Conselho que regulamentou o SEAE foi publicada em 26 de Julho de 2010 no Jornal Oficial da União Europeia.

¹⁸ Disponível em: <https://eeas.europa.eu/headquarters/>. Acesso em 13 jul. 2019.

¹⁹ Disponível em: <https://eeas.europa.eu/headquarters/>. Acesso em 13 jul. 2019.

²⁰ TRYBUS, Martin; RUBINI, Luca (Ed.). *The Treaty of Lisbon and the future of European law and policy*. Edward Elgar Publishing, 2012.

²¹ PARLAMENTO EUROPEU. **Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 8 de Julho de 2010, sobre uma proposta de decisão do Conselho que estabelece a organização e o funcionamento do Serviço Europeu para a Acção Externa (08029/2010 – C7-0090/2010 – 2010/0816(NLE)), P7_TA(2010)0280**. Estrasburgo, 2010. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/>. Acesso em 13 jul. 2019.

A decisão do Conselho da UE²² estabelece o SEAE como órgão “funcionalmente autônomo”²³, dotado de autonomia tanto pessoal quanto orçamentária, com seção própria no orçamento da União e previsão no Regulamento Financeiro, além de organizar sua estrutura em uma administração central, sediada em Bruxelas e em delegações da UE, presentes em países terceiros e organizações internacionais²⁴.

A administração central é subdividida em Direções-Gerais com funções determinadas: há Direções-Gerais compostas por unidades de ação presentes em todos os países e regiões do mundo, que agem de forma coordenada com o Secretariado-Geral do Conselho e a Comissão; uma Direção-Geral administrativa, orçamentária, pessoal e de segurança e Direções-Gerais para gestão de crises e planejamento, do Estado-Maior da UE e o Centro de Situação da União Europeia para a condução da PESC. Além das Direções-Gerais, a administração central do SEAE possui uma unidade de planejamento estratégico, um serviço jurídico que trabalha em cooperação com os serviços jurídicos das outras instituições europeias, além de unidades de relações interinstitucionais, informação e diplomacia pública, auditoria interna, inspeções e proteção de dados pessoais²⁵.

As delegações são responsáveis pela representação da UE em países terceiros e organizações internacionais²⁶. Seu pessoal é composto por funcionários do SEAE, exceto quando necessários à execução do orçamento e das políticas da UE fora da competência do SEAE: nesse caso, compor-se-ão, também, por funcionários da Comissão Europeia²⁷. Em sua organização, cada delegação possui um Chefe de Delegação, que responde diretamente ao Alto Representante²⁸ e é responsável por executar a parte operacional dos projetos de política externa da União, podendo celebrar contratos e representá-la em Juízo²⁹. As delegações da UE trabalham em cooperação com as missões diplomáticas dos

²² CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Decisão 2010/427/UE do Conselho que estabelece a organização e o funcionamento do Serviço Europeu para a Acção Externa**; JO L 201, 3.8.2010, p. 30–40. Bruxelas, 2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT>. Acesso em 13 jul. 2019.

²³ *Ibid*, Artigo 1º, §2º

²⁴ *Ibid*, Artigo 1º, §4º

²⁵ *Ibid*, artigo 4º, §3º

²⁶ Artigo 221, §1º, TFUE

²⁷ Artigo 5º, §2º, subparágrafo 2 da Decisão 2010/427/UE do Conselho

²⁸ Artigo 221, §2º, TFUE c/c artigo 5.º, §§ 2º e 3º da Decisão 2010/427/UE do Conselho.

²⁹ Artigo 5.º, §8º da Decisão 2010/427/UE do Conselho

Estados-membros por meio do compartilhamento de informações e do auxílio na proteção consular de seus nacionais, também cidadãos da União³⁰.

Além da estrutura, a decisão do Conselho da UE regulamenta o recrutamento e a composição de pessoal do SEAE³¹. Quando criado, o SEAE possuía corpo funcional com perfil semelhante ao da Comissão e do Secretariado-Geral do Conselho: composto, na maioria, por nacionais de alguns Estados-membros nos cargos administradores (AD)³².

Isso ocorreu em razão do artigo 98, §1º, subparágrafo 2 do Estatuto dos Funcionários da União Europeia (Estatuto) prever que, até 30 de Junho de 2013, para recrutamento de pessoal exterior à instituição, o SEAE deveria recrutar apenas Funcionários do Secretariado-Geral do Conselho e da Comissão, bem como, funcionários do serviço diplomático dos Estados-membros.

Essa disposição foi inserida no Estatuto de forma a adequar o corpo de funcionários do SEAE ao artigo 6º, §9º da Decisão do Conselho, que estabelecia a obrigação da instituição ter, no mínimo, um terço do pessoal oriundos dos Estados-membros em funções AD e pelo menos 60% de funcionários permanentes da União nesse mesmo grupo, incluindo pessoal provenientes de serviços diplomáticos de Estados-membros que haviam se tornado funcionários permanentes da União. Denota-se clara intenção de manter a predominância de funcionários permanentes da UE no quadro de funcionários do SEAE e dar alguma representatividade aos Estados-membros dentro da diplomacia europeia. Após 30 de Junho de 2013, o artigo 29 do Estatuto, que regulamenta o processo de preenchimento de cargos vacantes nas instituições europeias e prevê a preferência de funcionários internos para preenchimento de cargos abertos nelas, voltou a ser aplicado ao SEAE.

A criação do Alto Representante e do SEAE institucionalizaram a diplomacia europeia, pois deu-lhe estrutura pessoal e financeira, organização para executar política externa no cenário internacional e maior estabilidade política nas relações bilaterais, pois

³⁰ artigo 221, §2 do TFUE e artigo 5º, §10º da Decisão 2010/427/UE do Conselho

³¹ Artigo 6º

³² O artigo 5.º do Estatuto dos Funcionários da UE (Regulamento 31/62) classifica as funções na UE, conforme a natureza e importância de tarefas, em: administradores (AD), que elaboram políticas e realizam atividades de análise e assessoria, assistentes (AST), que realizam tarefas técnicas e de execução e assistentes-secretários (AST/SC), que realizam atividades de apoio à administração. Ver em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT>.

agora há um representante, um número para discar³³, quando se quer falar com a UE, facilitando o relacionamento político.

A estrutura por Lisboa, entretanto, possui problemas: a “ponte” criada entre a Comissão Europeia e o Conselho da UE na figura do Alto Representante não integrou essas instituições na formulação da política externa: as numerosas atribuições do chanceler europeu impedem-no de exercer papel ativo em ambas e, portanto, de construir o relacionamento entre elas de forma a dar mais coesão à política externa da UE.

Ademais, o fato de as propostas para política externa do Alto Representante - um cargo burocrático da UE, portanto, supranacional - estarem submetidas à aprovação do Conselho – órgão de ministros dos Estados-membros, composição intergovernamental - limita sua atuação e torna a PESC, teoricamente uma política externa supranacional, suscetível à vontade e interesses políticos dos Estados-membros. Em termos de política externa, além de mudanças institucionais, Lisboa trouxe alterações também aos processos legislativos nessa área como o de celebração e aprovação de acordos internacionais.

3. ACORDOS INTERNACIONAIS: O ANTES E O DEPOIS DO PROCESSO

Os acordos internacionais³⁴ são instrumentos pelos quais a UE opera sua política externa no âmbito das relações exteriores, sendo utilizados, sobretudo, na relação com países terceiros e organizações internacionais. Atualmente, o processo de conclusão de acordos internacionais está previsto no artigo 218 do TFUE e substituiu o processo previsto no artigo 300 do Tratado da Comunidade Europeia (TCE), com alterações pontuais na redação desse artigo e a conservação de sua essência.

O processo de incorporação de acordos internacionais foi reorganizado, de forma a dar-lhe coerência, pois todas as suas disposições foram reunidas no artigo 218 do TFUE, uma vez que, antes de 2009, o processo era dividido: os acordos internacionais de

³³ Em 1973, o Secretário de Estado estadunidense, Henry Kissinger, supostamente, teria reclamado: “Se quero ligar para Europa, que número disco?” referindo-se ao insucesso da Política de Cooperação Europeia (PCE), primeiro experimento de coordenação em política externa, e, portanto, a ausência de um representante para as Comunidades Europeias em política externa, criando a necessidade de realizar-se contato com todos os Estados-membros.

³⁴ Apesar de possuir a definição de tratado, o termo “acordo” é utilizado, pois quando falamos em tratados, nos referimos ao TUE e ao TFUE, além dos Tratados de Adesão de novos membros à UE.

domínios internos da UE regiam-se pela regra geral do artigo 300 do TCE, enquanto os relativos à PESC e à Cooperação Policial e Judiciária em matéria penal seguiam as disposições do artigo 24 do Tratado de Nice. Este foi retirado do TUE e o artigo 218 do TFUE ganhou disposições específicas destinadas a orientar o processo de conclusão dos acordos da PESC, considerados exceção à regra.

O processo de conclusão de acordos internacionais inicia-se com a Comissão ou o Alto Representante, quando o acordo é relativo ,exclusiva ou principalmente a PESC, encaminhando recomendações ao Conselho da UE, que as analisa por meio de processo de votação por maioria qualificada³⁵ ou, em casos específicos, por unanimidade e profere decisão, autorizando ou não, a abertura das negociações³⁶. Comparado ao processo pré-Lisboa, houve ampliação das exceções nas quais o Conselho decide por unanimidade: antes elas englobavam apenas acordos de associação e em matéria de domínios internos, que exigiam unanimidade para adoção de regras internas³⁷. Na redação atual, além dos casos mencionados, acordos celebrados com países candidatos à adesão à UE e em matéria de PESC²⁰ estão sujeitos à votação unânime³⁸.

Nos acordos em matéria de PESC, o artigo 218, §3º do TFUE estabelece que o Alto Representante submete as recomendações ao Conselho quando o acordo “incida exclusiva ou principalmente sobre a política externa e de segurança comum”. Esta disposição é criticada pelos estudiosos, pois entendem que o texto é omissivo: não estabelece os critérios para determinar quando o tratado dispõe exclusiva ou principalmente sobre PESC. Coube ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) a solução da questão: essa corte irá identificar a base jurídica para o processo de negociação em casos nos quais o acordo internacional abranger diferentes matérias nas quais a UE seja dotada de diferentes poderes³⁹.

³⁵Artigo 218, §8º, TFUE

³⁶Artigo 218º, §3º, TFUE

³⁷Artigo 300, TCE

³⁸ Diferente de outros domínios, a unanimidade requerida na apreciação de recomendações de acordos na área de PESC tem base no artigo 24 do TUE, que dispõe: “A política externa e de segurança comum está sujeita a regras e procedimentos específicos. É definida e executada pelo Conselho Europeu e pelo Conselho, que deliberam por unanimidade”.

³⁹ KOUTRAKOS, Panos. *The EU Common Security and Defence Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 187;

A medida mencionada por Koutrakos está fundamentada no seguinte raciocínio: todo ato da UE deve basear-se em elementos objetivos suscetíveis de controle judicial pelo TJUE, como o seu conteúdo ou finalidade, por exemplo: esse requisito é válido tanto para atos de ação interna quanto acordos internacionais⁴⁰. Se o acordo está sujeito a controle judicial, o TJUE pode exercê-lo sobre sua base jurídica, que no caso em questão trata “exclusiva ou principalmente sobre política externa e segurança comum”, e portanto, o controle consistirá em analisar qual o componente principal do texto do acordo, no qual sua base jurídica deve assentar-se, pois os atos da UE só devem possuir apenas uma base jurídica nesses casos, conforme jurisprudência do TJUE⁴¹. Portanto, se o acordo internacional versar exclusiva ou predominantemente acerca de PESC, essa será sua base jurídica e será possível definir o processo de tramitação a ser aplicado.

Abertas as negociações, o Conselho definirá o negociador ou chefe da equipe de negociação da União com base na matéria do acordo⁴². O artigo 218 do TFUE possui redação superficial e não especifica quem deve ser nomeado como negociador ou chefe da equipe de negociação e em que situação: o processo pré-Lisboa definia a Comissão como a responsável por conduzir as negociações⁴³ e, no caso da PESC, a Presidência do Conselho, mediante autorização da instituição, e, eventualmente assistida pela Comissão, seria responsável por encaminhar as negociações dos acordos⁴⁴.

A omissão no texto do artigo 218 do TFUE levou os estudiosos a encontrar respostas por meio de sua interpretação. A maioria concluiu que: a Comissão será a negociadora dos acordos internacionais que não disponham apenas ou predominantemente acerca de PESC, cujo negociador será o Alto Representante, e no caso de acordos mistos - englobam PESC e outras matérias - o Alto Representante e a Comissão Europeia irão, conjuntamente, compor a equipe negociadora da UE⁴⁵. Outros

⁴⁰ Ver acórdãos de 10 de janeiro de 2006, Comissão/Conselho, C-94/03, ECLI:EU:C:2006:2, parágrafo 34; e de 22 de outubro de 2014, Comissão/Conselho, C-137/12, ECLI:EU:C:2013:675, parágrafo 52.

⁴¹ Conclusões do advogado-geral Mengozzi de 18 de abril de 2012, Parlamento/Conselho, C-490-10, ECLI:EU:C:2012:209, parágrafo 41.

⁴² Artigo 218, §3º, TFUE

⁴³ Artigo 300, §1º, TCE

⁴⁴ Artigo 24, §1º, Tratado de Nice

⁴⁵ KOUTRAKOS, Panos. *The EU Common Security and Defence Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 189/VAN VOOREN, Bart; WESSEL, Ramses A. *EU External Relations Law: Text, Cases and Materials*. Cambridge University Press, 2014, p.110.

autores, todavia foram além e chegaram a mesma conclusão interpretando o artigo 218 à luz dos princípios constitucionais da UE: Eeckhout⁴⁶ concluiu, com base nas outras disposições do artigo 218, no princípio do equilíbrio institucional e na divisão geral de poderes das instituições europeias que o negociador de acordos internacionais, via de regra, será a Comissão exceto quando a matéria for exclusiva ou principalmente a PESC.

O artigo 218, §4º do TFUE prevê ao Conselho o poder de delimitar a forma pela qual a Comissão ou o Alto Representante conduzem as negociações: estabelece diretrizes e designa um comitê especial, o qual o negociador deve consultar durante as negociações. Essa medida já era prevista no processo pré-Lisboa e manteve-se com uma alteração sutil: na antiga redação, havia não só uma obrigação do Conselho em instaurar “comitês especiais”, como da Comissão em conduzir as negociações do acordo sob a orientação destes, que visavam auxiliar a Comissão em realizar as negociações dentro das diretrizes do Conselho⁴⁷.

O processo atual torna facultativo ao Conselho estabelecer comitês e diretrizes, podendo deixar a negociação totalmente nas mãos da Comissão, mas isso não ocorre na prática, pois o comitê é sempre designado, e a Comissão deve consultá-lo na condução das negociações, sendo um mecanismo de controle das negociações para o Conselho: os comitês especiais são compostos por representantes dos governos nacionais e possibilita ao Conselho monitorar as negociações para assegurar seu cumprimento dentro das diretrizes que estabeleceu, o que obriga o negociador da UE a negociar tanto com o país terceiro quanto com os Estados-membros ou o Conselho em si⁴⁸.

Terminadas as negociações, o Conselho profere decisão, autorizando assinatura do acordo, podendo autorizar sua aplicação provisória antes da entrada em vigor⁴⁹. Essa decisão é tomada por maioria qualificada, mas aqui aplicam-se as mesmas exceções da decisão que autoriza a abertura das negociações: a decisão será tomada por unanimidade nos casos previstos no artigo 218, §8º, subparágrafo 1, do TFUE. Depois da assinatura, o acordo é encaminhado para a fase de conclusão, na qual o Conselho profere decisão concluindo o acordo equivale à sua ratificação. O Parlamento Europeu participa dessa

⁴⁶ EECKHOUT, Piet. *EU External Relations Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p.196.

⁴⁷ Artigo 300, §1º, TCE.

⁴⁸ EECKHOUT, Piet. *EU External Relations Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p.196

⁴⁹ Artigo 218, §5º, TFUE

fase do acordo⁵⁰, podendo atuar de duas maneiras⁵¹: (a) no caso de acordo em matérias previstas no artigo 218, §6º do TFUE o Parlamento deve aprová-lo antes de o Conselho decidir aprova-lo, podendo ser acordado um prazo para a aprovação entre estes, em caso de urgência ou; (b) em acordo nas demais matérias, o Parlamento deve ser consultado pelo Conselho antes da decisão de conclusão, elaborando um parecer dentro de um prazo que pode ser estabelecido pelo Conselho em situação de urgência. No caso de o Parlamento não entregar o parecer até o decurso do prazo, o Conselho pode deliberar e proferir decisão.

Ao celebrar um acordo, o artigo 218, §7º, do TFUE prevê ao Conselho a prerrogativa de conceder poderes ao negociador, que podem ser delimitados, para aprovar alterações no texto em nome da UE, quando o Conselho decidir a adoção de alterações por meio de processo simplificado ou instância criada pelo próprio acordo. O negociador pode, também, propor ao Conselho a suspensão da aplicação do acordo quando necessário e o artigo 218, §10, do TFUE estabelece o dever de informação ao Parlamento em todas as fases do processo, devendo a notificação ser de forma imediata.

Ainda, o artigo 218, §11 do TFUE prevê aos Estados-Membros, ao Parlamento Europeu, ao Conselho ou à Comissão o direito a pedir parecer ao TJUE para analisar se o projeto do acordo viola dispositivo dos Tratados. Ele analisa o projeto sob a perspectiva legal (se houve irregularidades procedimentais) e material (se a matéria do acordo viola disposição dos Tratados). No caso de parecer desfavorável, o acordo não pode entrar em vigor e deve haver mudanças: ou na redação do acordo ou nos Tratados, de modo a acabar com a divergência entre ambos⁵². Comparado ao processo pré-Lisboa, as disposições atuais são flexíveis: antes de 2009, quando o TJUE se manifestava pela incompatibilidade do acordo com os Tratados, o processo previa que apenas os Tratados deveriam ser alterados⁵³ para ajustarem-se aos acordos. Isso gerava dificuldades, pois o processo de revisão dos Tratados do artigo N do Tratado de Maastricht era inflexível e adotava um sistema de decisões por unanimidade.

⁵⁰ Quando os acordos versarem exclusivamente sobre a PESC, o Parlamento Europeu não participa desta fase.

⁵¹ Artigo 218, §6º, TFUE.

⁵² EECKHOUT, Piet. **EU External Relations Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011.p.268-269

⁵³ Artigo 300, §6º, TCE

O Tratado de Lisboa resolveu os problemas da política externa europeia? Nossa resposta, após essa análise é sim e, ao mesmo tempo, não: vários dos problemas existentes na conjuntura pré-Lisboa, como uma estrutura diplomática rudimentar e incoerências institucionais ainda permanecem junto com o “tabu” da votação por unanimidade. Por outro lado, agora a UE possui uma diplomacia institucionalizada, resultando em relações bilaterais mais coerentes e previsíveis.

Os problemas remanescentes possuem um fator comum: são fruto dos resquícios intergovernamentais na política externa da UE. São problemas que podem criar empecilhos para atingir-se a “união política”, ainda mais em um cenário político de ascensão de nacionalismos. Acreditamos, porém, que uma política externa totalmente supranacional poderia ser substituída por um alinhamento mais próximo entre as diplomacias europeia e nacionais, resolvendo-se os problemas de incoerência que afetam essa relação hoje.

REFERÊNCIAS

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Decisão 2010/427/UE do Conselho que estabelece a organização e o funcionamento do Serviço Europeu para a Acção Externa**; JO L 201, 3.8.2010, p. 30–40. Bruxelas, 2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT>. Acesso em 13 jul. 2019.

CRAIG, Paul P., *Institutions, Power and Institutional Balance*. In: CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Grainne (eds). *The Evolution of EU Law*. Oxford Legal Studies Research Paper No. 48/2011, Oxford University Press, 2011, p.41-84.

EECKHOUT, Piet. *EU External Relations Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

KOUTRAKOS, Panos. *The EU Common Security and Defence Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MEINEN, Bart. *The High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy from 2009 to 2014: An examination about the renewed High Representative after the Treaty of Lisbon*. 2015. 106f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Twente e Münster, Twente, 2015. Disponível em: <https://essay.utwente.nl/67841/>. Acesso em 13 jul. 2019.

MORILLAS, Pol. *Institutionalization or Intergovernmental Decision-Taking in Foreign Policy: The implementation of the Lisbon Treaty*. In: CARDWELL, Paul J. *EU External Relations Law and Policy in the Post-Lisbon Era*. Haia: T.M.C. Asser Press, 2012, p.146-163.

PARLAMENTO EUROPEU. **Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 8 de Julho de 2010, sobre uma proposta de decisão do Conselho que estabelece a organização e o funcionamento do Serviço Europeu para a Acção Externa (08029/2010 – C7-0090/2010 – 2010/0816(NLE)), P7_TA(2010)0280**. Estrasburgo, 2010. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/>. Acesso em 13 jul. 2019.

PŁESZKA, Maciej. *High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy: analysis of the Lisbon Treaty Provisions*. **Yearbook of Polish European Studies**, n. 13, p.81-106, 2010. Disponível em: <https://www.ce.uw.edu.pl> Acesso em 13 jul. 2019.

RASMUSSEN, Steffen Bay. *EU Diplomacy After Lisbon: Institutional Innovation, Diplomatic Practices and International Strategy*. **Romanian Review of Social Sciences**, Bucareste, n. 7, p. 38-73; 2014. Disponível em: <http://rross.univnt.ro/EU-DIPLOMACY>. Acesso em 9 mar 2016.

TRYBUS, Martin; RUBINI, Luca (Ed.). *The Treaty of Lisbon and the future of European law and policy*. Edward Elgar Publishing, 2012.

VAN VOOREN, Bart; WESSEL, Ramses A. *EU External Relations Law: Text, Cases and Materials*. Cambridge University Press, 2014.

O DIREITO INCOMPLETO DO GRUPO LGBT NA UNIÃO EUROPEIA

THE LGBT GROUP INCOMPLETE LAW IN THE EUROPEAN UNION

Luara Fagundes dos Santos¹

RESUMO

O objetivo deste artigo é melhor entender a situação jurídica pela qual grupos vulneráveis LGBTs se encontram, em destaque nos Estados membros da União Europeia que assinaram a declaração da Assembleia Geral sobre os direitos LGBT, onde mesmo tendo o artigo 14 (prohibition of discrimination) da Convenção Europeia de Direitos Humanos, as nações participantes continuam a praticar uma discriminação indireta. Através de uma pesquisa explicativa, obtendo um resultado qualitativo, a meta é comparar legislações entre estes Estados e analisar casos de indivíduos LGBT que recorreram à justiça a fim de lutar pelos seus direitos. Tendo como resultado casos tanto quanto contraditórios uma vez os Estados, membros de União Europeia, utilizam-se de uma falsa fachada anti-discriminatória, mas possuem vários processos judiciais por parte dos LGBT em busca de igualdades de direitos. Com a análise dos dados mostrados infere-se que a de continuar a luta dos LGBT pelos seus direitos, tendo uma relevância a fim de salientar que a discriminação ainda existe, só que não tão escancarado quanto uma vez foi.

Palavras-chave: LGBT. União Europeia. Discriminação. Convenção Europeia de Direitos Humanos.

ABSTRACT

The purpose of this article is to better understand the legal situation in which vulnerable LGBT groups are found, highlighted in the Member States of the European Union that have signed the General Assembly declaration on LGBT rights, where even having Article 14 (prohibition of discrimination) of the European Convention on Human Rights, the participating nations continue to discriminate indirectly. By means of an explanatory research, obtaining a qualitative result, the objective is to compare legislation between those States and analyze cases of LGBT individuals who have appealed to justice to fight for their rights. Having as a result cases as well as contradictory once the States, members of the European Union, use a false anti-discriminatory facade but they have several judicial processes on the part of the LGBT in search of equal rights. With the analysis of the data shown it is inferred that the continuation of the struggle of the LGBT for their rights, having a relevance in order to point out that the discrimination still exists, but not as wide open as it once was.

Keywords: LGBT. European Union. Discrimination. European Convention on Human Rights.

¹Acadêmica do curso de Relações Internacionais da Universidade do Sul de Santa Catarina – Unisul, e Serviço Social da Universidade Federal de Santa Catarina E-mail: ninguemexe@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Esse estudo tem como objetivo demonstrar o direito incompleto presente na União Europeia (UE). Incompleto porque, mesmo havendo dispositivos antidiscriminatórios na legislação do bloco econômico, estes só atingem até certo ponto na legislação dos países. Tendo assim a existência de dificuldades, por parte do grupo LGBT, de ou iniciar uma família, ou de se registrar no Estado; sendo essas algumas das consequências geradas, havendo a demonstração de casos ao longo do estudo.

O artigo terá, como objetivos específicos, definir os personagens envolvidos, entender o funcionamento do bloco, as legislações de certos Estados membros, e demonstrar os empecilhos existentes para o grupo LGBT.

A investigação se dará primeiramente de um ponto de vista macro, com o estudo dos integrantes do grupo LGBT, da UE dos países participantes, e os direitos e convenções presentes. Para então ir para o micro, com o estudo de casos individuais de cidadãos LGBT moradores na UE.

A importância dessa análise se baseia no fato de que os direitos são sim incompletos, onde reconhece certos direitos individuais, entretanto não segue adiante. Ao se conscientizar dessa situação abre respaldo para procura de soluções, e discussões em ambientes de discussão. Além de ser um tema contemporâneo e de extrema relevância.

A pesquisa se dará de forma explicativa, com resultados qualitativos. Com foco maior no artigo 14 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e artigo 5º do tratado de Amsterdã.

2. POPULAÇÃO LGBT

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. A orientação sexual e a identidade gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso”. Princípios de Yogyakarta

É com essa frase que o documento dos Princípios de Yogyakarta se inicia. O ser humano, independente de sua nacionalidade, escolhas, tonalidade de pele, orientação sexual, ele é livre e igual em dignidade e direitos.

Estes princípios são referentes ao documento redigido por um grupo de especialistas (29 eminentes especialistas de 25 países), reunidos em novembro de 2006, na cidade de Yogyakarta (Indonésia), a fim de discutir sobre os direitos humanos nas áreas de orientação sexual e identidade de gênero. Eles foram publicados como o resultado da reunião, por iniciativa da Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos.

Nele há a pretensão de "um futuro diferente, onde todas as pessoas, nascidas livres e iguais em dignidade e prerrogativas, possam usufruir de seus direitos, que são natos e preciosos".²

Com "todas as pessoas" ele também se refere ao grupo LGBT, e esse será o foco principal nesse artigo. A fim de melhor analisá-los será feita a identificação, de um por um, a começar pelas lésbicas e gays.

Estes são aqueles que possuem uma relação sexual com indivíduos do mesmo sexo somente, onde bissexuais pode ser tanto o mesmo sexo quanto diferente.

No caso dos transexuais, é necessário definir a diferença entre gênero e sexo. Durante a gestação, através do exame de ultrassom já é possível de se identificar o sexo do bebê, sendo essa uma classificação biológica.

E a classificação de gênero é originária de um conceito social e cultura, resultado dos vários paradigmas e estereótipos existentes numa determinada sociedade.

Uma pessoa transexual é, assim, alguém que possui e/ou manifesta uma identidade de gênero diferente do sexo que lhe foi atribuído à nascença, onde:

[...] a cirurgia de redesignação de sexo se mostra como o único meio hábil para reparar o sofrimento do transexual, constituindo a única forma de tratamento efetivo. Ela é o alcance do equilíbrio corpo-mente e essencial à preservação da vida, da saúde, da integridade (física e psíquica) e do bem-estar do paciente.³

² FREITAS, Danielli Xavier. **Princípios de Yogyakarta: o que são e decisão em que foram aplicados.** Jusbrasil. Disponível em: jusbrasil.com.br/artigos/273534836/principios-de-yogyakarta-o-que-sao-e-decisao-em-que-foram-aplicados.

³ Transexualismo e aspectos jurídicos. ROCHA, Lívia Cristina. 2010.

É preciso também levar em consideração que a discriminação sentida pelas pessoas transexuais se prende com a sua identidade de gênero e não com a sua orientação sexual. Uma pessoa transexual tanto pode ser homossexual como heterossexual ou bissexual.

Com isso temos os participantes do grupo LGBT, onde o mesmo é classificado como um grupo vulnerável, em parâmetros internacionais. Sendo vulneráveis aqueles “[...] pertencentes a uma minoria que, por motivação diversa, tem acesso, participação e/ou oportunidade igualitária dificultada ou vetada, a bens e serviços universais disponíveis para a população”⁴, ou segundo Séguin⁵, são grupos que sofrem discriminação, além de serem vítimas de intolerância.

O motivo de sofrerem tal discriminação, de serem tratados de maneira diferente e parcial, advém de motivos relacionados à diversas origens, ou seja, por razões religiosas (como bem visto no filme *Boy Erased*, direção: Joel Edgerton. EUA, 2019, onde conta a história do jovem de 19 anos. Sendo filho de um pastor da Igreja Batista e gay, é mandado em um programa de terapia a fim de tentar "curar" sua homossexualidade) ou culturais (não é bem visto pela ala conservadora da sociedade por fugir dos padrões impostos pela mesma), e assim por diante. Ou seja, por a maioria predominante crer saber o que seria o certo e/ou errado, com base nas suas ideologias, o indivíduo LGBT acaba por sofrer violência, perda de direitos, resultando na não aceitação.

Tendo essa situação também presente em países desenvolvidos, tais como aqueles pertencentes à União Europeia, onde a desigualdade acaba por gerar protestos a favor dos direitos desse grupo acontecem, a citar de exemplo a Polônia, em que no dia 28/07/2019, “milhares protestam contra a intolerância em cidades do país, uma semana após parada do orgulho LGBT em Bialystok ter sido alvo de ataques violentos por extremistas de direita. Oposição acusa governo de tolerar agressões”.⁶

Sendo esses protestos sinônimo de uma luta dos LGBT contra a intolerância, discriminação, violência presentes em suas vidas.

⁴ **Grupos Vulneráveis.** Jusbrasil. Disponível em: jusbrasil.com.br/topicos/294974/grupos-vulneraveis.

⁵ SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁶ **Poloneses saem às ruas contra a homofobia.** G1. Disponível em: globo.com/mundo/noticia/2019/07/28/poloneses-saem-as-ruas-contra-a-homofobia.ghtml.

3. UNIÃO EUROPEIA

A União Europeia é um bloco econômico e político formado por países europeus. Atualmente fazem parte da União Europeia 28 países, tendo a sede do bloco em Bruxelas, capital da Bélgica.

A UE teve sua origem com a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) e Comunidade Econômica Europeia (CEE), ambas já extintas. Estes grupos se uniram com a Benelux, um pequeno bloco econômico formado por Holanda, Bélgica e Luxemburgo, originando o Mercado Comum Europeu (MCE), com a assinatura do Tratado de Roma em 1957. O MCE era uma associação de países com uma zona econômica sem tarifas e taxas e com liberdade de circulação entre os países. Faziam parte do MCE: Alemanha, Bélgica, França, Itália, Holanda e Luxemburgo.

Somente mais tarde, com a assinatura do Tratado de Maastricht, em 1992, que ocorreu a criação da UE. Ela foi formada inicialmente pelos mesmos países que formavam o Mercado Comum Europeu, chegando atualmente aos 28 membros. Depois disso, em 2009, todos os princípios que regem o bloco europeu foram revistos com a aprovação do Tratado de Lisboa.

Para garantir o seu funcionamento a União Europeia é composta por várias instituições como: Parlamento Europeu, Comissão Europeia, Conselho da União Europeia, Banco Central Europeu e Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

Focaremos no TJUE. Ele existe desde 1952 e fica em Luxemburgo. É formado por um juiz de cada país que faz parte da União Europeia e por mais 11 advogados-gerais. Tem como função cuidar da aplicação das leis e normas do direito europeu para garantir que sejam aplicadas de maneira uniforme em todos os países-membros.

Entre as principais funções do Tribunal estão: fazer a aplicação das leis e fazer a interpretação uniforme de uma lei quando ela for aplicada de maneiras diferentes em mais de um país ou quando houver conflitos na aplicação.

Com esse entendimento em mente, seguiremos para casos judiciais, legislação do bloco e a dos Estados membros.

4. LEGISLAÇÃO

A fim de entrar na UE primeiramente precisa passar pelos pré-requisitos, para depois iniciar o processo de iniciação. Um destes passos é em caso de aprovação, a Comissão Europeia instrui o país candidato sobre a legislação do bloco e sobre sua adoção em nível nacional, identificando as áreas problemáticas no país em questão.

O mesmo tem que conciliar com a Convenção Europeia Dos Direitos Do Homem, onde:

[...] possuindo um património comum de ideais e tradições políticas, de respeito pela liberdade e pelo primado do direito, a tomar as primeiras providências apropriadas para assegurar a garantia colectiva de certo número de direitos enunciados na Declaração Universal, convencionaram artigos a fim de alcançar estes objetivos.⁷

Com destaque o artigo 14º:

Proibição de discriminação: O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

E também há o tratado de Amsterdã, que modificou o Tratado da União Europeia e os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e certos atos afins, foi assinado em Amesterdão, em 2 de outubro de 1997, e entrou em vigor em 1 de maio de 1999. Nele, em seu artigo Artigo 5º “Não diga respeito à cidadania da União, nem estabeleça discriminações entre os nacionais dos Estados-Membros”, caracterizando assim como uma obrigação de legislação antidiscriminação.

Entretanto esses dispositivos, mesmo provendo direito a todo e todas, não se encontram postos em práticas em sua totalidade pois, como será visto, eles sim inserem direitos a população europeia, entretanto sua incompletude é presente no momento em que postos alguns deles em prática, só alcançam até certo ponto, como será visto a seguir.

5. CASOS

⁷ Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Há o preconceito de que, por os Estados pertencentes ao bloco possuírem IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) elevado, girando em torno de 0.8 a 0.9⁸, uma moeda forte⁹, e afins, uma vida neste bloco tenderia a ser algo confortável. De fato, ao comparar com outras regiões no globo a UE tende a se mostrar promissora, entretanto não sua realidade comprova diferente, ao analisarmos do ponto de vista de um indivíduo LGBT.

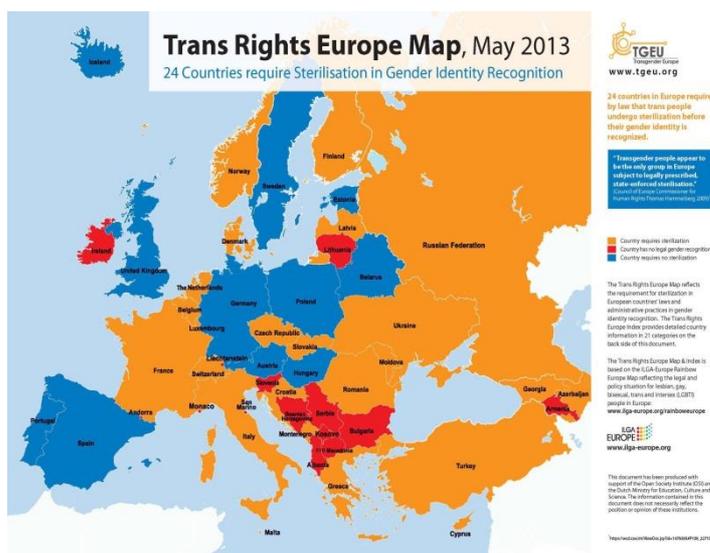


Figura 1 - Mapa referente aos países europeus que requerem a esterilização para reconhecimento de gênero.
10

Por exemplo, dentro do bloco há Estados onde para o reconhecimento do gênero acontecer, após a cirurgia de mudança de sexo, não é necessária para esterilização do indivíduo, como Portugal, Espanha, Reino Unido, Suécia, Polônia, Alemanha, Áustria e Hungria, entretanto em outros países – onde se inclui a França, Itália, Dinamarca – esta é exigida, sendo esse segmento podendo caracterizar-se como um atentado contra os

⁸ FRANCISCO, Wagner de Cerqueira e. "O IDH dos países europeus "; *Brasil Escola*. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/o-idh-dos-paises-europeus.htm>. Acesso em 03 de junho de 2019.

⁹ ANONYMOUS. **O euro: União Europeia**. União Européia. Disponível em: eu/european-union/about-eu/euro_pt.

¹⁰ **Análise aos direitos das pessoas transexuais na Europa**. dezanove. Disponível em: <https://dezanove.pt/588556.html>.

direitos humanos, já que a fim de completar seu objeto o Estado requer sua não reprodução.

E, em países como a França ou Irlanda, o direito à alteração dos documentos de identificação não é reconhecido. Da mesma forma, em países Bélgica, Croácia, Grécia, Itália, Holanda e outro, não existem políticas efetivas de reconhecimento da identidade de gênero, sendo exigidas alterações corporais irreversíveis (como uma cirurgia genital de redesignação de sexo) e esterilização forçada.

Outro caso de desigualdade é a permissão do casamento homossexual. Há Estados onde é permitido, e outros não.

A Holanda foi a primeira a legaliza-lo em 2001. Outros seguiram seus passos, como por exemplo Bélgica, Espanha, Suécia, Portugal, Dinamarca, França, Reino Unido (exceto a Irlanda do Norte), Luxemburgo, Irlanda, Finlândia, Malta e Alemanha. Países como Hungria, Áustria, Croácia, Chipre, Itália e Grécia reconhecem apenas as uniões civis.

A maioria dos países da Europa Oriental - Lituânia, Letônia, Polônia, Eslováquia, Romênia e Bulgária - não autoriza a união nem o casamento. A Estônia é a primeira república ex-soviética a oferecer, em 2014, uma união civil aos homossexuais.

Gerando assim casos como o de *Hämäläinen vs Finland*, 16 *July* 2014 (Grand Chamber), onde o candidato nasceu homem e se casou com uma mulher em 1996. O casal teve um filho em setembro de 2002. Em setembro de 2009, o candidato foi submetido a cirurgia para mudança de sexo. Embora ele, agora ela, tenha mudado seu primeiro nome em junho de 2006, ela não teve seu número de identidade alterado para indicar seu sexo feminino em seu oficial documentos. Isso somente seria possível se sua esposa consentisse com uma união civil ou divórcio, pois nesse período o casamento homossexual não era permitido. Uma vez que ela se recusou a fazer, o recorrente reclamou que ela só poderia obter pleno reconhecimento oficial de seu novo gênero se seu casamento fosse transformado em uma parceria civil.

O Tribunal considerou que não houve violação do Artigo 8 (direito ao respeito por vida privada e familiar) da Convenção, e que não era desproporcional exigir a conversão de um casamento numa parceria registrada como condição prévia para o reconhecimento legal de um gênero adquirido, que era uma opção genuína que forneceu

proteção legal para casais do mesmo sexo que era quase idêntico ao de casamento. O Tribunal considerou ainda que nenhuma questão separada surgiu sob o Artigo 12 (direito de casar) da Convenção e constataram que não houve violação do Artigo 14 (proibição de discriminação) em conjunção com os artigos 8 e 12 da Convenção. Vale ressaltar que a Finlândia só aceitou o casamento homossexual a partir de 2017.

Ainda na área de casamentos e seus direitos, tem o caso de *Boeckel and Gessner-Boeckel vs Germany* 7 May 2013, em que duas mulheres, que viviam em união civil, abriram um processo contra o Estado da Alemanha, em função de que houve uma recusa de registrar uma delas como mãe na certidão de nascimento do bebê, oriundo de uma relação anterior de uma das mulheres. Elas fundamentam no artigo 8 (direito ao respeito ao privado e à família), em conjunto com o artigo 14 (proibição à discriminação) da convenção. A corte declarou que era inadmissível e mal fundado. Constatou que as recorrentes não estavam em situação relevante semelhante a um casal de pessoas do sexo oposto quando se tratava da questão das inscrições a serem feitas na certidão de nascimento de uma criança.

Situações acima mostram que, mesmo havendo os direitos, ele acaba por não abranger seu objeto por inteiro. Permite a cirurgia de mudança de sexo, mas só se esterilizar, ou se assim fizer, não poderá continuar casado, ou ter seu número de registro atualizado. Pode ter uma criança, entretanto não será reconhecido como um dos pais, por não ser uma união entre homem e mulher. Caracterizando-se assim sua característica incompleta.

E isso sem se focar no Tratado de Amsterdã, onde se percebe que também passa pela mesma situação, como é perceptível ao analisar a constituição polonesa, onde ela regula o casamento como sendo apenas entre homem e mulher.

E, no caso do indivíduo ser homossexual, ele só poderá adotar uma criança se for solteiro. Mas ao comparar com o de Portugal, o casamento é sim permitido, contudo homossexuais não são permitidos de adotar.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar os aspectos apresentados ao longo desta pesquisa, pode-se deduzir que, em aspecto cultural, há uma ideia errônea de o que seria a composição de família, acabando por permanecer no conjunto fechado de pais pertencentes ao sexo oposto. Pois, mesmo os dispositivos existindo, eles não são considerados como fundamento para as situações analisadas, por não estar se tratando de um casal heterossexual.

Com direito incompleto se deduz que, de fato, esses direitos são existentes, entretanto sua prática não abrange todos os aspectos, como a exemplo, composição de família homossexual. É possível de ser analisado na prática a partir de um dos casos citados, em que um casal homossexual não é considerado se encontrar num parâmetro semelhante ao de um casal entre homem e mulher (nessa situação específica quando se trata da questão das inscrições a serem feitas na certidão de nascimento de uma criança.)

E, em relação aos transexuais, é presente dificuldades similares, além das complicações a fim de fazer a cirurgia (somente se for esterilizado), de se registrar (quando possível), e caso seja um transexual homossexual ou bissexual, as complicações citadas anteriormente também estão presentes.

Além de que, se um casal com união civil se mudar para um Estado cuja união não seja permitida, há de se iniciar toda uma outra série de problemas, uma vez que a legislação é diferente.

Esses fatos, de haver dispositivos antidiscriminatórios, e mesmo assim estar presente no dia a dia a discriminação, pode ser tratada como uma discriminação indireta, já que em sua teoria são proibidas, mas são praticadas.

Esses direitos são incompletos, vai até a possibilidade de mudança de sexo, mas não muda o documento, ou reconhece casamento, mas não permite ter filho. Junto com o direito, a concepção de família também está incompleta.

REFERÊNCIAS

Análise aos direitos das pessoas transexuais na Europa. dezanove. Disponível em: <https://dezanove.pt/588556.html>.

Convenção europeia dos direitos do homem. [s.l.]: Conselho da Europa, 1976.

DEUTSCHE WELLE. **Conheça os requisitos e o processo para ingressar na União Europeia: DW: 27.07.2009.** DW.COM. Disponível em: dw.com/pt-br/conheca-os-requisitos-e-o-processo-para-ingressar-na-união-europeia/a-4521495.

Europe: ILGA's May 2013 rainbow map of LGBTI rights in Europe (map). reddit. Disponível em: https://www.reddit.com/r/transgender/comments/1kq2py/europe_ilgas_may_2013_rainbow_map_of_lgbti_rights/.

NOTÍCIAS, Diário de. **Finlândia aprova casamento entre pessoas do mesmo sexo.** DN. Disponível em: www.dn.pt/mundo/interior/finlandia-aprova-casamento-entre-pessoas-do-mesmo-sexo-5675072.html

Os Tratados de Maastricht e de Amesterdão: Fichas temáticas sobre a União Europeia: Parlamento Europeu. Fichas temáticas sobre a União Europeia | Parlamento Europeu. Disponível em: europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/3/os-tratados-de-maastricht-e-de-amesterdao.

The Treaty on European Union: Transition or Transformation? **EU Employment Law: From Rome to Amsterdam and Beyond,**

Trans Rights Europe Map & Index 2013. TGEU Trans Rights Europe Map Index 2013 Comments. Disponível em: <https://tgeu.org/trans-rights-europe-map-index-2013-1>.

União Européia: Bloco político e econômico reúne 27 países. Educação. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/geografia/uniao-europeia-bloco-politico-e-economico-reune-27-paises.htm>.

UNIÃO EUROPEIA: O MODELO DE COMPETÊNCIAS EXCLUSIVAS COMO FERRAMENTA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS SUPRANACIONAIS E A SUPERAÇÃO DO CONFLITO COM A SOBERANIA DOS ESTADOS

EUROPEAN UNION: THE MODEL OF EXCLUSIVE COMPETENCES AS A TOOL FOR IMPLEMENTING SUPRANATIONAL POLICIES AND OVERCOMING THE CONFLICT WITH THE SOVEREIGNTY OF STATES

*Vitor Espíndola Ribeiro**

RESUMO

O presente artigo, impulsionado pelo paradigma do Princípio da Soberania dos Estados como norma *Ius Cogens* do Direito Internacional, tem como objetivo principal abordar o sistema de competências exclusivas da União Europeia, previsto no Artigo 3º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, como meio de orientar e sub-rogar as políticas de seus Estados-membros de modo institucionalizado, sendo uma forma efetiva de conciliação de interesses e de derrogação de determinadas competências estatais a um órgão central. Ainda, se busca trazer o que a doutrina até então entende por soberania como elemento do Estado, e se esse conceito passa a ser ameaçado pelas novas relações internacionais, ou se o que altera é sua concepção. A importância dessa temática fica evidente em tempos contemporâneos, onde na comunidade internacional é recorrente a proclamação pelos sujeitos soberanos de tal diretriz para adotar atos unilaterais nas relações internacionais.

Palavras-Chave: Direito Internacional, Direito da Integração, União Europeia, Competências exclusivas.

ABSTRACT

This article, driven by the paradigm of the principle of State sovereignty as an *Ius Cogens* prescript of international law, has as its main objective to clarify about the system of exclusive competences of the European Union, provided by Article 3 of the Treaty on the Functioning of the European Union as a way to guide and subrogate the policies of its Member States in an institutionalized way, being an effective means of reconciling interests and derogating certain state competencies to a central body. Still, it seeks to bring what the doctrine until then understands by sovereignty as an element of the State, and if this concept is threatened by new international relations, or if what changes is its conception. The importance of this theme is evident in contemporary times, where in the international community it is recurrent the proclamation by sovereign subjects of such a guideline to adopt unilateral acts in international relations.

Keywords: International Law, Integration Law, European Union, Exclusive Competences.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

No âmbito do Direito Internacional e do Direito Comunitário, a União Europeia tem se destacado como um modelo *sui generis* de organização e coesão estatal, apresentando tanto caráter intergovernamental quanto supranacional. Uma característica estrutural marcante e ainda em desbravamento é o sistema de Competências Exclusivas da União Europeia, seja normativa ou de atos vinculantes, previsto no Artigo 3º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que expressa a derrogação de determinadas atribuições dos Estados ao órgão internacional e acentua especialmente seu teor supranacional.

Desse modo, a presente pesquisa visa contemplar e introduzir um debate que pode comumente surgir após o estudo dessa seara específica: ao direcionar capacidade legislativa e executiva a um órgão internacional, qual relação se estabelece entre este ente e seus Estados membros; se, dado esse novo contexto, a soberania dos Estados como princípio inderrogável passa a ser ameaçada, e como ela pode ser concebida no cenário contemporâneo.

Visando atingir tal objetivo, o ensaio se divide em três etapas. Na primeira, se busca trazer uma introdução mais abrangente à União Europeia, tanto através do seu percurso histórico e consolidação contemporânea quanto trazendo ao debate seu caráter misto: manifestando-se seja como organização intergovernamental ou como supranacional. Posteriormente, se analisará o sistema de competências exclusivas propriamente dito, ou seja, em quais hipóteses pode atuar a União e como elas podem ser interpretadas.

Por último, se faz uma reflexão que tenta conceber e legitimar esse sistema de estruturação, alegando-se a inexistência de um conflito direto com o Princípio da Soberania dos Estados sob quatro argumentos principais: a dinâmica do conceito de soberania, os princípios norteadores da União Europeia, os princípios que orientam a distribuição de competências entre esta e seus estados membros e, por fim, a necessidade de uma ferramenta supranacional que confira governabilidade ao projeto comunitário.

2. UNIÃO EUROPEIA: PERCURSO HISTÓRICO E CARÁTER HÍBRIDO

2.1. BREVE PERCURSO HISTÓRICO

Anterior à abordagem do objeto do presente trabalho, isto é, o conjunto de competências exclusivas previsto no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e seus efeitos sobre os Estados-membros, faz-se necessária uma breve abordagem da União Europeia (UE) em si de modo que, com a compreensão de seu trajeto histórico e suas características enquanto organização supranacional e intergovernamental, se pretende construir uma base sólida para o avanço a seus dilemas mais complexos.

A constituição da União Europeia, ou de um modo mais rudimentar, de uma comunidade europeia, ocorre em um contexto onde os Estados europeus se veem enfraquecidos pelas duas grandes guerras, mais especificamente no que toca seus poderes econômico, político e militar. Não obstante, a ascensão dos Estados Unidos como potência mundial é mais um fator que impulsionou o velho mundo a repensar suas relações interestatais, passando a almejar a cooperação econômica e política ao revés das relações belicosas. Sobre o tema, leciona Ricardo Seitenfus (1997) que:

Dependente dos Estados Unidos para a sua segurança e defesa, acuada economicamente pelo processo de globalização, a Europa pouco a pouco adquire a consciência de seu destino. A única via para recuperar um possível quinhão de sua antiga importância, passa necessariamente por uma política de reconciliação e de cooperação continental. Nascerá, nestas difíceis circunstâncias, a *Europa comunitária*.¹

Em caráter didático, Oliver Costa (2017) traz a evolução da União Europeia por períodos. Inicialmente, de 1946 a 1958 são dados os primeiros passos, logo após a Segunda Guerra Mundial, para uma cooperação militar e econômica na Europa. Nesse sentido o Conselho da Europa, criado em 1949, tinha por objetivo o incentivo à manutenção da paz. Fracassou, entretanto, por não ser capaz de efetivamente proporcionar uma integração entre os membros. Durante a Guerra Fria, mais uma tentativa de pacificação militar foi realizada, tendo como resultado a União Europeia Ocidental, em 1954. Na esfera econômica, marco relevante é a fundação da Comunidade

¹ SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Manual das Organizações Internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.225 (grifo do autor).

Europeia do Carvão e do Aço, por meio do Tratado de Paris firmado em 1951, desenvolvida por atuação sobretudo do Ministro Francês Robert Schuman entre França e Alemanha inicialmente, mas que teve mais quatro adesões (Bélgica, Itália, Luxemburgo e Holanda). Buscando maior integração entre os Estados, em 1957 os membros da CECA assinaram o tratado de Roma, instituindo a Comunidade Econômica Europeia.

Entre 1958 a 1966 houve uma paralisação no avanço fomentada pela França, que se posicionava contra o caráter federalista da CEE, sendo denominada essa posição como “política da cadeira vazia”. Felizmente, com a cooperação dos demais Estados e com o investimento em diplomacia, no período seguinte de 1966 a 1974 houve um fortalecimento do mercado comum europeu, sendo formada uma união aduaneira entre os membros. Outrossim, houve a adesão da Dinamarca, Irlanda e Reino Unido à Comunidade.

No período seguinte, de 1974 a 1986, muitos avanços foram dados, como: a criação do Fundo Europeu de Desenvolvimento Econômico em 1974, do Sistema Monetário Europeu em 1979 e a adesão da Grécia, em 1981. Em 1986, houve uma revisão do Tratado de Roma (sendo chamada de Ato Único Europeu) e o ingresso da Espanha e de Portugal.

De 1986 a 1995, a crescente comunidade europeia adotava estratégias para aumentar a integração econômica e aprofundar a integração política. Nesse sentido, faz-se basilar citar o Tratado de Maastricht de 1992 que, complementando com Diego Pereira Machado, “[...] *cria a União Europeia nos moldes hoje conhecidos, uma união econômica e monetária (ZUMUU).*”². Além disso, o Tratado de Maastricht estabeleceu a cidadania europeia, a União Econômica e Monetária e a ampliação dos poderes do Parlamento Europeu. Em 1995, se somam à União Europeia Áustria, Finlândia e Suécia.

Caminhando para o penúltimo período, que compreende a década de 96 até 2009, nele se percebe a expansão da União Europeia em todos os sentidos. Territorialmente, percebe-se o número expressivo de Estados que aderiram ao bloco. Politicamente, se tem a tentativa de implementação de uma Constituição da União Europeia, que a colocaria na última etapa do processo de integração, mas que não vingou, sobretudo pelos referendos

² MACHADO, Diego Pereira. **Direito da União Europeia**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 84 (grifo do autor).

negativos na França e na Holanda. Apesar disso, em 2007 foi elaborado o Tratado de Lisboa, que mantém a essência do projeto anterior, mas sem o caráter constitucional propriamente dito. Ademais, vale ressaltar que o Tratado de Lisboa foi responsável por desencadear o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que contém o objeto de análise do presente trabalho. Por último, na seara econômica, tem-se a adoção de uma moeda comum, o euro, por considerável parte dos Estados, bem como a fundação do Banco Central Europeu, a partir de 1999.

2.2. PERSONALIDADE HÍBRIDA

Em sequência, cabe trazer à reflexão o atual caráter da União Europeia, ainda muito considerada como “mera” organização intergovernamental ou indiscutível entidade supranacional: muitas vezes se pensa que esses conceitos são incomunicáveis a um mesmo órgão. Ao revés, e acompanhando as considerações de Aline Beltrame de Moura (2012), a UE possui um caráter híbrido: apresenta tanto elementos intergovernamentais quanto supranacionais:

Apesar de a União Europeia apresentar-se como organismo de natureza supranacional, alguns de seus principais órgãos possuem característica essencialmente intergovernamental, perfil este que permanece desde que os Tratados de Roma originaram a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia de Energia Atômica (Euratom) em 1957, uma vez que não herdaram o caráter supranacional da Alta Autoridade anteriormente criada no âmbito da Ceca.³

O que representam, contudo, elementos intergovernamentais e supranacionais é o que se passa a discutir, tendo por base o exposto por Machado (2013). Preliminarmente, cabe frisar que esses conceitos (intergovernamental e supranacional) não se confundem, pois possuem elementos caracterizadores próprios. Uma organização é intergovernamental quando os Estados não somente possuem maior poder decisório, mas quando possuem mais liberdade no que se refere a adotar ou não as diretrizes emanadas

³ MOURA, Aline Beltrame de. **Organizações Internacionais de Natureza Supranacional e Intergovernamental: O Caráter Híbrido da União Europeia e a Intergovernamentalidade do Mercosul**. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). **Organizações Internacionais e seus dilemas formais e informais: A Construção da Arquitetura de Resistência Global**. Ijuí: Editora Unijuí, 2012. p. 291-292.

pelo órgão internacional, bem como incorporar suas normas ao ordenamento jurídico interno. O objetivo geral é de maior integração entre os Estados-membros, fomentando a cooperação e o comércio. É o caso clássico do MERCOSUL.

Já uma organização é dita supranacional quando não só a integração dos Estados é maior, mas estes derrogam competências de gestão e administração desta a órgãos centrais e autônomos, e estes têm a capacidade de direcionar e fiscalizar diretrizes aos seus Estados-membros. Também, nesse sentido, a produção e incorporação normativa é diferenciada, sendo o direito produzido passível de incorporação direta nos ordenamentos jurídicos internos. Em suma,

[...] poder-se-ia assegurar que há uma aparente confrontação entre as lógicas supranacional e a intergovernamental, visto que a primeira evoca a necessidade de eficiência e de um poder político capaz de controlar as forças econômicas e a segunda aponta para a necessidade de serem respeitadas as particularidades nacionais e a prática democrática.⁴

Dada a distinção, como conciliar dois termos aparentemente antagônicos (intergovernamentalidade e supranacionalidade) a um mesmo sujeito de Direito Internacional? A resposta reside na própria configuração da União Europeia: um exemplo de órgão que evidencia seu caráter supranacional é o Tribunal de Justiça da União Europeia, que nas palavras de Costa (2017),

[...] exerce um papel fundamental no processo de integração e, atualmente, é um importante agente no funcionamento da UE. Na verdade, o Tribunal vai muito além da interpretação técnica das normas escritas. Ele mobiliza seus poderes para dar força constitucional à legislação da Comunidade, estabelece os princípios básicos da ordem europeia, promove a integração e estimula o desenvolvimento de novas políticas quando o Conselho e a Comissão estiverem relativamente inativos.⁵

Em contrapartida, e como órgão que possui maior teor intergovernamental do que comunitário, tem-se o Conselho Europeu, considerado órgão central da União Europeia, que “[...] além de representar os governos nacionais, é responsável por conciliar os diversos interesses individuais dos Estados-membros e interesse da organização [...]”⁶.

⁴ Ibidem, p.298.

⁵ COSTA, Oliver. **A União Europeia e sua política exterior: História, instituições e processo de tomada de decisão**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2017, p. 109.

⁶ MOURA, op.cit., p. 292.

Assim, o Conselho Europeu se consolida mais em um caráter democrático e de ouvidoria dos interesses particulares, permitindo maior diálogo e alinhamento entre estes e a organização.

3. O SISTEMA DE COMPETÊNCIAS EXCLUSIVAS NA UNIÃO EUROPEIA

Dadas as considerações iniciais, tanto do desenvolvimento da UE até seus moldes atuais quanto de sua personalidade *sui generis*, passa-se ao núcleo da pesquisa. Preliminarmente, quando se fala em competências exclusivas da União Europeia, quer-se dizer que este órgão possui não somente primazia, mas monopólio legislativo e de atos vinculantes sobre um rol taxativo de matérias. Assim, qualquer Estado que legislar e adotar atos unilaterais sem a delegação da UE, em tal caso estaria violando a teleologia do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, e se colocando em posição de desigualdade em relação aos demais Estados.

Sobre o tema, Paul Craig e Gráinne de Búrca (2011) em *EU LAW: Texts, cases and Materials*, lecionam que as competências da União Europeia são definidas por tratados assinados pelos Estados-membros, tendo ela, portanto, *competências atribuídas*. Dentre essas, tem-se o conjunto de atribuições legislativas exclusivas, as quais ficam a encargo da entidade, e que estão previstas no art. 3º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia:

Artigo 3º

1. A União dispõe de competência exclusiva nos seguintes domínios:

- a) União aduaneira;
- b) Estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno;
- c) Política monetária para os Estados-Membros cuja moeda seja o euro;
- d) Conservação dos recursos biológicos do mar, no âmbito da política comum das pescas;
- e) Política comercial comum.

2. A União dispõe igualmente de competência exclusiva para celebrar acordos internacionais quando tal celebração esteja prevista num ato legislativo da União, seja necessária para lhe dar a possibilidade de exercer a sua

competência interna, ou seja, suscetível de afetar regras comuns ou de alterar o alcance das mesmas.⁷

Dada a apresentação, cabe fazer algumas considerações sobre os dispositivos.

1. *A União dispõe de competência exclusiva nos seguintes domínios:*

a) *União aduaneira:* A caráter conceitual, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada define União Aduaneira como “[...] uma associação de um grupo de países que se caracteriza por dois pontos: a adoção de uma tarifa externa comum e a livre circulação das mercadorias oriundas dos países associados.”⁸. Assim, apenas a União Europeia possui competência para tanto definir a Tarifa Externa Comum (TEC) (que é a taxa de mercadorias advindas de países que não pertencem à União Europeia), quanto sobre a circulação de mercadorias entre os Estados-membros.

b) *Estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno:* É interessante notar que o Mercado Interno consta tanto no artigo das competências exclusivas (art. 3º) quanto no artigo das competências compartilhadas (art. 4º). A fundamental distinção que pode se fazer, a partir do próprio texto legal, é que no art. 3º apenas as diretrizes essenciais ao estabelecimento e funcionamento do mercado interno cabem à UE, sendo compartilhadas as demais normas. O mercado interno, tratado a partir do art. 26 do TFUE, “[...] compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados.”⁹

c) *Política monetária para os Estados-Membros cuja moeda seja o euro:* Fica claro que a intenção em reservar essa matéria para a União Europeia é a manutenção de uma estabilidade monetária entre os Estados-membros, evitando disparidades de cotação da moeda e políticas econômicas unilaterais, a fim apartar a possibilidade de crises internas e promover uma estabilidade dos preços. Essa política monetária será exercida pelo Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC), previsto a partir do art. 127

⁷ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado Sobre O Funcionamento da União Europeia**. Jornal Oficial da União Europeia, 26 out. 2012, Art. 3º.

⁸ WOLFFENBÜTTEL, Andréa. **O que é? União aduaneira**. 2007. Disponível em: <http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&id=2130:catid=28%3E>. Acesso em: 11 jul. 2007.

⁹ UNIÃO EUROPEIA, op.cit., Art. 26.

do TFUE, regida pelos princípios de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência.

d) *Conservação dos recursos biológicos do mar, no âmbito da política comum das pescas*: Essa previsão se torna interessante por trazer uma noção da abrangência do poder de atuação e de definição de diretrizes gerais da União: não somente em solo, mas também no território marítimo de seus membros. Também pode ser interpretado como uma forma de possibilitar medidas futuras e vinculantes no sentido de preservação do meio ambiente e do ecossistema marinho.

e) *Política comercial comum*: A Política Comercial Comum da União Europeia além de prevista nesse tópico, é o objeto do art. 207 do TFUE. De acordo com o referido dispositivo, ela compreende modificações pautais, celebração de acordos pautais e comerciais sobre comércio de mercadorias e serviços, aspectos comerciais da propriedade intelectual, investimento estrangeiro direto, medidas de liberalização, política de exportação e medidas de defesa comercial. Ainda cabe frisar que, no mesmo dispositivo, no ponto “2”, a execução da Política Comercial Comum é atribuída não só à União Europeia, mas mais especificamente ao Parlamento Europeu e ao Conselho.

2. *A União dispõe igualmente de competência exclusiva para celebrar acordos internacionais quando tal celebração esteja prevista num ato legislativo da União, seja necessária para lhe dar a possibilidade de exercer a sua competência interna, ou seja suscetível de afetar regras comuns ou de alterar o alcance das mesmas*: Em relação ao ponto “2” do art. 3º, ele prevê uma competência exclusiva externa condicionada a três hipóteses. Primeiro, quando tal celebração esteja prevista num ato legislativo da União. Disso resulta, segundo Craig e de Búrca, “that Member States are pre-empted from concluding any such agreement independently, and from legislating or adopting any legally binding act.”¹⁰. A segunda hipótese se refere aos casos em que seja necessário para lhe dar a possibilidade de exercer a sua competência interna, seja exclusiva, compartilhada ou ainda de apoio aos Estados-membros. A terceira hipótese que confere competência exclusiva à UE para firmar acordos internacionais se dá quando tal ato afete regras comuns ou o alcance destas.

¹⁰ CRAIG, Paul; Búrca, Gráinne de. **EU LAW: Text, cases and materials**. 5. ed. New York: Oxford University Press, 2011, p. 82.

De um modo geral, percebe-se que em sua estruturação, foram reservadas à União Europeia esferas que são fundamentais tanto ao seu funcionamento quanto à persecução de seus objetivos preambulares, não sendo concebível que um Estado (ou um conjunto específico de Estados) pudesse dispor sobre temas que interferem em toda a comunidade, principalmente no que toca as esferas política e econômica. Assim, essas matérias são remetidas ao órgão supranacional.

4. AS COMPETÊNCIAS EXCLUSIVAS E A SUPERACÃO DO CONFLITO COM A SOBERANIA: POSSÍVEIS ARGUMENTOS

4.1. A DINÂMICA DO CONCEITO DE SOBERANIA

Em avanço, após pontuais considerações sobre o art. 3º do TFUE, se chega a um dilema, espinha dorsal do presente ensaio: como é possível que os Estados-membros, ao derogarem à União Europeia competências legislativas e executivas sobre pontos cruciais e que influenciam diretamente em suas políticas internas e externas, não tenham sua soberania ameaçada?

O primórdio conceitual da soberania dos Estados, ao longo da história, tem sido interpretado e reinterpretado por diversos outros autores. No plano internacional cabe, para fins objetivos e a partir de Carreau e Bichara (2015), compreender que o atributo do Estado como ente soberano se consagra a partir do século XVI, quando se dá o processo de laicização estatal, onde em uma parte da Europa a Igreja Protestante reconhece a supremacia da autoridade civil sobre o território estatal e, em outra porção, a Igreja Católica vê seu poder enfraquecido.

Ainda, a soberania dos Estados é consagrada nos tratados de Paz de Westfália, em 1648. Esses documentos não só simbolizaram o término da Guerra dos 30 anos que assolou a Europa, mas também são relacionados à gênese ao Direito Internacional Clássico, como modo de relação entre Estados.

Sem sombra de dúvida, o reconhecimento de que os Estados são soberanos (isto é, possuem a aptidão não só para legislar, mas para reger suas políticas internas sem interferência de outro Estado) nos tratados de Westfália torna esse princípio não só um

pilar do Direito Internacional, mas uma norma imperativa inderrogável, a qual se ignorada ou até violada gera a nulidade do ato praticado ou até mesmo aplicação de penalidades, em prol da manutenção da “Ordem Pública Internacional” como lecionam Carreau e Bichara (2015).

Vale destacar ainda que, em que pese norma inderrogável, não significa que esse princípio tenha um conteúdo rijo e imutável. Ao revés, segundo Carreau, “uma norma *jus cogens* não tem valor para sempre.”¹¹. Assim, uma norma *jus cogens* posterior pode substituir uma anterior.

Em síntese, pode-se compreender através do exposto que: (i) O Princípio da Soberania dos Estados é um conceito historicamente construído, (ii) assentado como norma imperativa do Direito Internacional a partir da Paz de Westfália, (iii) sendo, portanto, diretriz basilar das relações internacionais, (iv) podendo, entretanto, ter seu conteúdo mutável. O ponto “iv” muito bem esclarece o que ocorre: uma dinâmica do conceito de soberania na prática do Direito Internacional. Um Estado soberano não pode mais ser concebido como aquele autossuficiente, alheio às relações internacionais e inflexível a normas internacionais. Isso posto, infere-se que o fenômeno da União Europeia não representa uma afronta ao princípio da soberania, mas sim uma nova forma de pensar esse conceito. Nesse sentido, consolidam Kegel e Amal (2009) que:

O conceito tradicional de soberania do Estado sofreu profundas alterações desde o fim da Primeira Guerra Mundial [...] Neste sentido, a soberania adquire um significado de independência em relação à outros Estados, porém de dependência quanto às regras comuns. Nesta concepção, a transferência voluntária de parcelas de soberania a organizações internacionais é perfeitamente possível, na medida em que não é mais viável a autonomia ilimitada do Estado.¹²

4.2. A LEGITIMAÇÃO PELOS PRINCÍPIOS SUPRANACIONAIS DA UNIÃO EUROPEIA

¹¹ CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-philippe. **Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 98.

¹² KEGEL, Patrícia Luíza; AMAL, Mohamed. Instituições, Direito e Soberania: a efetividade jurídica nos processos de integração regional nos exemplos da União Europeia e do Mercosul. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, 2009, p. 68.

Em seguimento, pode-se listar alguns princípios que norteiam a União Europeia que, de um modo ou de outro, destacam seu caráter supranacional. Estes servem de base para entender como se dá a relação da UE com seus membros e como ocorre a produção e a aplicação das normas que são de competência exclusiva da UE. Segundo Moura (2012), pode-se destacar os seguintes princípios:

1) *Princípio da Autonomia*: Trata da independência do direito comunitário em relação ao direito nacional, não se subordinando a este. Essa autonomia é essencial para o sucesso da ordem comunitária e, como ressalta Moura (2012), não é absoluta, já que em algumas circunstâncias há o compartilhamento da competência, como em casos que tratam da livre circulação de pessoas e trabalhadores.

2) *Princípio do Primado*: Impulsionado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, prevê a superioridade hierárquica do Direito Comunitário em relação aos ordenamentos domésticos, dando aplicabilidade à Teoria Monista do Direito Internacional, onde o Direito Internacional e o Direito Interno fazem parte de uma mesma hierarquia, porém aquele é hierarquicamente superior a este. Portanto, se tem como resultado que as normas produzidas de caráter supranacional devem ser observadas inclusive pelos juízes nacionais, a fim de uniformizar e compatibilizar o direito interno com o comunitário.

3) *Princípio da Aplicabilidade Direta*: Decorrente do Princípio do Primado, a Aplicabilidade Direta institui que as normas produzidas de caráter supranacional pela comunidade são automaticamente inseridas no ordenamento jurídico interno dos seus Estados-membros. Ao contrário das organizações intergovernamentais, não se tem um processo de análise da validade, constitucionalidade ou uniformidade do direito externo produzido, pois essas características, segundo o Tribunal de Justiça da União Europeia, já são presumidas se forem “claras e precisas, completas e juridicamente perfeitas e, por fim, incondicionais, produzindo, portanto, efeitos diretos.”¹³.

4) *Princípio da Uniformidade de Aplicação*: Essencial para o fim comunitário, garante que as normas supranacionais tenham uma interpretação homogênea perante os tribunais nacionais. A competência de se realizar um parecer “soberano” sobre

¹³ MOURA, op.cit., p. 278.

a interpretação de uma norma é conferida ao Tribunal de Justiça da União Europeia, por meio de um instituto denominado “reenvio judicial”.

4.3. PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DAS COMPETÊNCIAS EXCLUSIVAS

Há, ainda, um conjunto de princípios que regem especificamente a distribuição de competências entre a União Europeia e seus membros. De acordo com Costa (2017), o Tratado de Maastricht prevê, em seu artigo 5º a base para a atuação da União Europeia, fundada em três princípios que orientam o exercício das suas competências:

1) *Concessão*: A UE atuará dentro dos limites estabelecidos pelos seus Tratados constitutivos. Talvez esse é o de maior relevância, já que prevê claramente que a União Europeia possui limites de atuação, que são concedidos pelos seus Estados membros, quando voluntariamente elaboram, assinam e ratificam tratados.

2) *Subsidiariedade*: Se refere às competências que não são exclusivas. A União poderá atuar somente se os objetivos de determinada ação não puderem ser alcançados por meio dos Estados membros. Por meio desse princípio pode-se ver uma ordem de preferência: na medida em que não couber a atuação dos Estados, age a União.

3) *Proporcionalidade*: A União deve tomar apenas ações e medidas necessárias para alcançar os objetivos dos seus tratados, não excedendo em conteúdo ou forma. É um vetor que exige um teor de razoabilidade e racionalidade às ações e normas da União Europeia, de modo que devem ser as mais precisas possíveis.

4.4. AS DIRETRIZES DA UE COMO FERRAMENTA POLÍTICA

Por fim, ressaltando o que já se faz clarividente, a União Europeia, como instituição híbrida, requer um sistema de relação com seus Estados-partes que oriente uma comunicação minimamente harmoniosa e eficiente entre o ordenamento jurídico supranacional e os sistemas internos. Nesse sentido, de estabelecimento de políticas supranacionais para a promoção e o alcance de objetivos comuns,

[...] a importância do sistema jurídico no âmbito de processos de integração regional é decisiva, na medida em que seu desenvolvimento econômico,

político e social, depende fortemente das diretrizes apresentadas pelas normas destinadas a implementar a integração. Sob a ótica da eficácia de seu ordenamento jurídico para alcançar os objetivos desejados, cada processo de integração possui um componente de ordem política e não apenas jurídica.¹⁴

Todas essas peculiaridades são pedras angulares para que, por meio de ações legítimas e mapeadas, a União Europeia seja uma instituição intergovernamental e supranacional capaz de promover efetiva integração entre seus Estados-membros, bem como atingir seus objetivos e diretrizes. Como se viu, um dos grandes exemplos é o rol de competências exclusivas, previsto no Art. 3 do TFUE.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, pode-se inferir que a sedimentação da União Europeia é resultado de décadas de uma constante dinâmica entre os Estados europeus, ora em maior ritmo, ora em menor; algumas vezes com progressos institucionais e legislativos, outras vezes com retenção do projeto de integração, mas sempre firmando suas mudanças por meio de tratados entre os Estados-membros.

Ainda, o processo de consolidação europeu se deu nitidamente através de um progressivo alargamento das áreas de abrangência e atuação do bloco, seja na esfera econômica, territorial ou política. Marcos que merecem destaque são a instituição do Conselho da Europa em 1949 (que embora infrutífero representou uma quebra de paradigma nas relações entre os Estados europeus); o Tratado de Roma de 1957, que fundou a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço; o Tratado de Maastricht de 1992, que apresentou a União Europeia em seu modo mais embrionário e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que prevê o objeto da presente pesquisa.

Em sequência, resgata-se o argumento de “dupla identidade” da União Europeia: tanto sujeito intergovernamental quanto supranacional, embora este último na maioria dos casos pareça prevalecer. Um dos elementos que trazem esse destaque é o conjunto de competências exclusivas da União Europeia, previsto no Artigo 3º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, já discutido anteriormente.

¹⁴ KEGEL; AMAL, op.cit, p. 69.

Em passo final, conclui-se que o Princípio da Soberania dos Estados não é confrontado pelo Art. 3º do TFUE, tendo em vista que, em que pese norma inderrogável, a soberania pode apresentar valor mutável, o que de fato tem ocorrido, em análise à conjuntura atual não somente da União Europeia, mas do Direito Internacional Contemporâneo.

Não só, torna-se imprescindível comparar os conceitos e princípios até então solidificados no Direito Internacional com sua “prática diária”, de modo a compreender o papel crucial que têm os sujeitos internacionais, e como o modo de relação destes entre si é um dos fatores cruciais que mantém ativo o processo de desenvolvimento do Direito Internacional como meio de comunicação e de coesão entre seus destinatários.

REFERÊNCIAS

CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-philippe. **Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

COSTA, Oliver. **A União Europeia e sua política exterior: História, instituições e processo de tomada de decisão**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2017.

CRAIG, Paul; Búrca, Gráinne de. **EU LAW: Text, cases and materials**. 5. ed. New York: Oxford University Press, 2011.

KEGEL, Patrícia Luíza; AMAL, Mohamed. **Instituições, Direito e Soberania: a efetividade jurídica nos processos de integração regional nos exemplos da União Europeia e do Mercosul**. Revista Brasileira de Política Internacional, Brasília, 2009, p. 53-70.

MACHADO, Diego Pereira. **Direito da União Europeia**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOURA, Aline Beltrame de. Organizações Internacionais de Natureza Supranacional e Intergovernamental: O Caráter Híbrido da União Europeia e a Intergovernamentalidade do Mercosul. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). **Organizações Internacionais e seus dilemas formais e informais: A Construção da Arquitetura de Resistência Global**. Ijuí: Editora Unijuí, 2012. p. 263-316.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Manual das Organizações Internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado Sobre O Funcionamento da União Europeia**. Jornal Oficial da União Europeia, 26 out. 2012.

WOLFFENBÜTTEL, Andréa. **O que é? União aduaneira**. 2007. Disponível em: <http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&id=2130:catid=28%3E> Acesso em: 11 jul. 2007.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS DADOS NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPEIA: UM COMPARATIVO ENTRE A GDPR, O MARCO CIVIL DA INTERNET E A LEI Nº 13.709/2018¹

THE RIGHT TO BE FORGOTTEN IN BRAZIL AND EUROPEAN UNION: A COMPARATIVE BETWEEN GDPR, THE INTERNET CIVIL MARK AND LAW Nº. 13.709/2018

Isadora Almeida Calazans de Toledo Ribas²

RESUMO

Haja vista a revolução digital tecnológica do século XXI em que a humanidade está inserida, derivada da sociedade de risco pós-moderna atual, surge a necessidade de tutela dos direitos dos indivíduos no ciberespaço. Um dos direitos que se torna indispensável nessa nova era é o direito ao esquecimento no âmbito da internet, que consiste no direito dos usuários de ter seus dados pessoais retirados de circulação. Essa prerrogativa é considerada um direito personalíssimo e um desdobramento de dois direitos fundamentais: o direito à privacidade e à intimidade. A partir de uma análise bibliográfica e documental das legislações específicas do Brasil e da União Europeia, o presente artigo tem como objetivo investigar e comparar de que forma o Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais (GDPR), o Marco Civil da Internet (lei nº 12.965/2014), e a nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil (lei nº 13.709/2018) protegem o usuário das redes de comunicação e dispõem sobre o direito de ter seus dados e informações pessoais apagados.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento; Privacidade; Dados Pessoais; Brasil; União Europeia.

ABSTRACT

There is sight the technological digital revolution of the XXI century in which humanity is inserted, derived from the current post-modern risk society, emerge the necessity of the guardianship of the individual rights on cyberspace. One of the rights that became essential on this new era is the right to oblivion on the internet field, that consists on the users right to have their personal data and information withdraw of circulation. This

¹Artigo Científico apresentado à disciplina de TCC2, vinculado ao Projeto de Pesquisa Internacionalização do Direito e Novos Temas: Integração Regional do Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado, do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Direito Internacional, sob a orientação da Professora Juliana Ferreira Montenegro, e coorientação da professora Tatiana Nascimento Heim.

² Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), em Curitiba. Integrante, pesquisadora e palestrante do NEADI (Núcleo de Estudos Avançados em Direito Internacional). Participou do IV Curso Luso Brasileiro em Direito Eletrônico na Universidade de Lisboa, em Portugal. Foi fundadora do Grupo de competições simuladas da ONU na PUC. Ganhadora do prêmio de Melhor Delegação no UFPR MUN (United Nations Model na Universidade Federal do Paraná) em 2018. Realizou iniciação científica (PIBIC) na área de direito internacional dos direitos humanos (2018-2019).

prerogative it is considered a very personal right and an unfolding of two fundamental rights: the right to privacy and intimacy. The purpose of this article is to investigate and compare how the European General Data Protection Regulation (GDPR), the Internet Civil Mark (law n. 12.965/2014), and the new General Data Protection Law in Brazil (law n. 13.709/2018) protect users of the communication networks and dispose about the right to have their data and personal information erased.

Keywords: Right to be forgotten; privacy; personal data; Brazil; European Union.

1. INTRODUÇÃO

Haja vista a necessidade de proteção dos indivíduos no ciberespaço, o presente artigo pretende investigar e comparar de que forma o Novo Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais (GDPR), o Marco Civil da Internet, e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil (nº 13.709/2018), tutelam e garantem ao usuário das redes de comunicação o direito ao esquecimento dos seus dados e informações.

A revolução tecnológica do século XXI em que a humanidade está inserida, derivada da sociedade de risco pós-moderna atual³, deve-se atentar quanto ao fato de que as funções mais básicas do cotidiano da população mundial tornam-se mais convenientes com a tecnologia, como os atos da vida civil que podem ser executados através da rede mundial de computadores. Hoje, as interações sociais estão migrando para o campo tecnológico, transpondo as nossas informações pessoais para diversos banco de dados, “datificando-as”.⁴

As informações e dados pessoais tem natureza transnacional, devido à fluidez das informações na rede mundial de computadores, ultrapassando as barreiras físicas dos países. Esse espaço cibernético é governado por atores públicos e privados, devendo ser regulamentado pelos sujeitos de direito internacional público, tanto países quanto blocos econômicos, para garantir a segurança dos usuários e de seus dados, no que tange a privacidade e a dignidade da pessoa humana.

A União Europeia, bloco econômico de natureza supranacional, com um modelo de Direito Comunitário segundo o Direito Internacional Público⁵, confeccionou uma nova legislação de cibersegurança para a Europa: o Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, a GDPR, que entrou em vigor em maio deste ano. Esse ordenamento dá aos cidadãos europeus o controle e autonomia sobre seus dados pessoais. Nesta lei, os usuários têm o direito de saber o que os entes privados e o Estado fazem com os dados, assim como o direito de solicitar a retirada dessas informações dos servidores

³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Editora 34, 2011.

⁴ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. P. 113 A 115.

⁵ GOMES, Eduardo Biacchi, MONTENEGRO, Juliana Ferreira. **Curso de direito da integração regional**. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2018. P. 11 a 17.

(direito ao esquecimento), prevendo também sanções penais e administrativas para possíveis descumprimentos. A legislação europeia não afeta somente os países do velho continente, como também outros Estados que estabelecem negócios com a Europa, inclusive o Brasil. Ainda, importante frisar a amplificação do seu escopo territorial: a GDPR alcança tanto empresas que estão estabelecidas nos 28 Estados membros da União Europeia, como também as que estão fora dela, mas que de alguma forma ofertam bens, serviços ou tem atividades que se relacionam com o bloco econômico.

Nesse contexto, com a rápida e abrangente dispersão de informações ao redor do globo pela rede, fenômeno derivado da modernidade líquida em que se vive⁶, surgiram novas modalidades de crimes e infrações contra os entes públicos e privados. Desta forma, nasceu a necessidade da tutela dos direitos e garantias fundamentais também no plano digital. Ao longo da história mundial, a proteção dos dados pessoais dos usuários tem sido entendida como o direito de o indivíduo autodeterminar as suas informações pessoais, denominada de *autodeterminação informacional*.⁷

Diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo surgiram nos últimos anos espelhados pela legislação europeia, a fim de garantir a proteção de dados pessoais e informações dos usuários na rede, intensificando a preocupação com a cibersegurança como um todo, em virtude do aumento do número de ataques vindos de hackers e criminosos online que, com apenas um programa de computador simples, podem roubar informações, dados pessoais e detalhes financeiros, sem que a vítima perceba. O que ocasiona um vazamento e utilização de informações não autorizadas e prejuízos de milhões de dólares no mundo todo.

Seguindo a tendência mundial, a legislação brasileira criou em 2014 a lei 12.965/14, o Marco Civil da Internet, que estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, assim como determinou as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria. Essa lei inovou ao trazer como por exemplo prerrogativas de consentimento e transparência no uso dos dados pessoais dos usuários, assim como o direito ao apagamento dos seus dados.

⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Liquid modernity**. John Wiley & Sons, 2013. P. 1 a 17.

⁷ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. P. 113 a 116.

Em complementação ao Marco Civil, em 14 de agosto de 2018 foi aprovada a Lei 13.709, que entrará em vigor em fevereiro de 2020, a qual dispõe sobre o uso, a proteção e a transferência de dados pessoais dentro e fora da internet. Uma das novidades trazidas com essa lei é a transmissão de dados pessoais, que será autorizada, gerida e acompanhada pelo próprio usuário, não mais pelas empresas ou poder público, de forma a efetivar o princípio da autonomia da vontade digital no Brasil. Ainda, as empresas terão o dever de informar o usuário sobre quais dados estão sendo armazenados ou transmitidos para outras empresas, sejam essas nacionais ou estrangeiras, desde que o indivíduo esteja localizado no território nacional. Nesta senda, até a entrada em vigor da lei em fevereiro de 2020, as empresas e provedores de internet brasileiros terão de se adequar a essas novas disposições sobre o tema.

Dessa forma, como a cibersegurança transpassa os limites da soberania Estatal, é de vital importância a análise das leis brasileiras em comparação com a Lei Geral de Proteção de Dados da União Europeia, a fim de compreender como o conceito de direito ao esquecimento é utilizado para dar mais segurança jurídica entre os usuários e empresas.

2. O DIREITO AO ESQUECIMENTO

No atual contexto da quarta revolução industrial, conforme colaciona Klaus Schwab, fundador do Fórum Econômico Mundial, ocorrem mudanças abruptas quanto às novas tecnologias e formas de perceber o mundo a nossa volta, causando uma profunda alteração em nossas estruturas sociais e nos sistemas econômicos.⁸

No momento em que se pensa em direito ao esquecimento, deve-se ter em mente a necessidade de adaptação das legislações frente a essas novas relações sociais da pós-modernidade ou quarta revolução industrial. A sociedade é mutável e o direito deve acompanhar sua evolução ao longo do tempo, de forma a dar uma melhor resposta às necessidades coletivas. Enquanto houver evolução nos meios de comunicação e conexão à nível global, irão existir fluxos de informações dos usuários, inerentes às novas práticas.

⁸ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução Daniel Moreira Miranda. ed. São Paulo: Edipro, 2016. P. 15 a 25.

Desta forma, a Internet obriga a reexaminar o conceito de privacidade, a fim de adaptá-lo ao contexto social atual.⁹

A informação é o elemento nuclear para o desenvolvimento da economia, de acordo com a forma de organização social atual. Hoje, a proteção dos dados e informações pessoais é tida como um direito da personalidade autônomo diante à privacidade.¹⁰

Porém, deve-se ter cautela quanto às informações que são disseminadas no plano digital, pois estas podem ser consideradas positivas ou negativas para o usuário, de acordo com o conteúdo ali exposto pode haver um sofrimento decorrente da sua disponibilidade na rede. É nesse nicho entre o direito à informação e a preservação da intimidade pessoal que se insere o direito ao esquecimento dos dados, indispensável para a boa manutenção das novas relações digitais na atual sociedade globalizada. Enquanto houver troca de dados e informações, haverá a necessidade do estudo e da tutela do direito do indivíduo de ter seus dados eventualmente apagados, esquecidos da rede.

Insta salientar que essa prerrogativa é considerada no ordenamento jurídico brasileiro um direito personalíssimo, sendo um desdobramento de dois direitos constitucionais fundamentais extremamente relevantes na sociedade da informação em que estamos vivendo: o direito à intimidade e à privacidade. Dessa forma, o direito ao esquecimento é considerado por si só também um direito fundamental em nosso ordenamento.

Na medida em que as mídias sociais adquirem mais adeptos no Brasil e no mundo, a privacidade no âmbito cibernético se torna mais sensível e os dados pessoais dos usuários da rede mais vulneráveis como um todo, tendo em vista o grande fluxo de informações, podendo causar inclusive severos danos aos indivíduos.¹¹ Os autores que escrevem sobre direito digital e proteção de dados convergem em um ponto crucial: a Internet nunca esquece. Assim, os dados pessoais se tornaram a moeda corrente na rede, os quais são coletados, armazenados e usados em uma variedade crescente de maneiras

⁹ VIERA, Giovana B., RIBAS, Isadora A. C. de T., HEIM, Tatiana N. **O direito ao esquecimento à luz da Constituição Federal e do STJ**. Anais do Congresso HUMANITAS, Curitiba, 2018. P. 1 a 4.

¹⁰ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. P. 1 a 3.

¹¹ VIERA, Giovana B., RIBAS, Isadora A. C. de T., HEIM, Tatiana N. **O direito ao esquecimento à luz da Constituição Federal e do STJ**. op. cit. p. 1 a 3.

por uma infinidade de usuários diferentes, e é nesse ponto em que a proteção de dados se torna mais importante.¹²

A primeira geração de leis de proteção de dados pessoais decorre da preocupação com o processamento massivo dos dados pessoais dos cidadãos na formação do Estado Moderno.¹³ Já a segunda geração de leis de proteção de dados transfere do Estado para o próprio titular a responsabilidade de proteger as informações, através do consentimento, estabelecendo suas escolhas quanto ao uso, coleta e compartilhamento dos seus dados e informações pessoais.¹⁴ O direito ao esquecimento deve ser analisado através do dever de obter o consentimento, claro, livre e ausente de vícios dos usuários, de forma que possa existir o tratamento de seus dados e informações. Dessa forma, caso não haja o livre consentimento do usuário, os seus dados não poderão ser armazenados e tratados, devendo ainda ser apagados (esquecidos), caso o indivíduo solicite, ou caso estes não sejam mais necessários para determinado fim pelo qual foram originalmente coletados.

Em 2007, Viktor Mayer-Schonberger foi o autor do conceito do direito ao esquecimento, proposto como “*The Right to be Forgotten*”, em tradução livre, “o direito ao esquecimento”. O alvo de suas preocupações e críticas na obra foram as falácias existentes no senso comum dos usuários de que ao deletar informações e dados pessoais da rede mundial de computadores (internet), estas seriam apagadas e esquecidas definitivamente.¹⁵ Hoje, pode-se entender que a memória é perfeita e infinita¹⁶, ultrapassando os limites da capacidade biológica humana, num salto estratosférico na escala evolutiva humana.¹⁷

¹² AUSLOOS, Jef. **The ‘Right to be Forgotten’ – Worth Remeembering?**. Interdisciplinary Centre for Law & ICT (ICRI-IBBT), **KU Leuven**, Belgium, 2012, p. 1 e 2. Disponível em: < file:///C:/Users/isa-c/Desktop/TCC%202/Artigos%20Conceito%20Tati/Artigos%20lidos/The--Right-to-be-Forgotten---Worth-remember_2012_Computer-Law---Security-Re.pdf >.

¹³ MILLER, Arthur. **The assault privacy: computers, data banks, and dossiers**. Michigan: University of Michigan Press, 1971. P. 71-73.

¹⁴ MAYER SCHONEBERGER, Viktor. **Generational development of data protection in Europe**. In: AGRE, Philip E.; ROTENBERG, Marc (Org.). **Technology and Privacy: The New Landscape**. Cambridge: The MIT Press, 1997. P. 226-227.

¹⁵ LIMA, Erick Noleta Kirk Palma. **Direito ao Esquecimento: Discussão europeia e sua repercussão no Brasil**. Revista de Informação legislativa. Ano 50, Número 199 - jul./set. 2013. P. 1 – 4.

¹⁶ MAYER-SCHONBERGER, Viktor. **Delete – The Value of Forgetting in the Digital Age** (Princeton: Princeton University Press, 2013).

¹⁷ HARARI, Yuval Noah. **SAPIENS – Uma Breve História da Humanidade**. L&PM, 2016. 1ª edição,, p. 3 – 9.

Conforme explicita Mayer-Schonberger, ao longo dos milênios a humanidade teve dificuldades em transmitir conhecimentos e tradições e se lembrar, sendo facilmente esquecidos diversos conhecimentos. Porém, hoje a tecnologia digital modificou esse padrão, por meio de armazenamento acessível e fácil recuperação de dados. Na nossa era digital atual a guarda de informações se tornou o padrão para os usuários individualmente e a sociedade como um todo.¹⁸

Nesse contexto, o direito ao esquecimento dos dados pessoais surge como uma das formas de tutelar a privacidade dos indivíduos, dando-os controle e autonomia sobre as suas informações em rede, uma vez que após solicitação, os dados devem ser deletados pelo moderador. Nas palavras do professor Jef Ausloos da Universidade Católica de Leuven, na Bélgica, o direito ao esquecimento representa o direito dos indivíduos de não ter mais os seus dados processados, sendo deletados quando eles não são mais necessários para seus legítimos fins.¹⁹

A partir da discussão proposta por Mayer-Schonberger, o instituto jurídico do direito ao esquecimento passou a ser discutido no mundo todo. No presente trabalho, analisaremos a amplitude de utilização deste novo instituto na União Europeia (GDPR) e no Brasil (Marco Civil da Internet e Lei Geral de Proteção de Dados), tendo em vista a sua contemporânea importância na proteção de dados pessoais.

3. A GDPR E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Como precursora, a União Europeia aderiu ao movimento mundial e iniciou os estudos e discussões acerca do instituto do direito ao esquecimento, visando rever o tratamento legal da proteção de dados em rede, de acordo com o seu histórico de preocupação à proteção de dados pessoais.²⁰ No velho continente, o direito ao

¹⁸ MAYER-SCHOENBERGER, Viktor. **Useful Void: The Art of Forgetting in the Age of Ubiquitous Computing** (April 2007). KSG Working Paper No. RWP07-022. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=976541> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.976541>

¹⁹ AUSLOOS, Jef. **The ‘Right to be Forgotten’ – Worth Remembering?**. Interdisciplinary Centre for Law & ICT (ICRI-IBBT), KU Leuven, Belgium, 2012. P. 1-2.

²⁰ Na **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**, no artigo 8, existe previsão expressa: “Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her”. Além do mais, na Europa o dia 28 de janeiro é celebrado o chamado “Data Protection Day”, em memória do dia da aprovação da Convenção Europeia no 108, que foi um marco como o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculante relacionado com a proteção de dados pessoais na rede mundial.

apagamento dos dados é respaldado pela argumentação de que a exposição em si viola o direito fundamental à proteção de dados e, por via indireta, à própria privacidade (direitos de personalidade) em um grau que não se justifica por qualquer interesse público que Estado o possa por ventura ter.²¹

Insta salientar quanto ao fato de que no âmbito do direito comunitário europeu a proteção dos indivíduos acerca do tratamento dos dados pessoais é um direito fundamental, previsto no artigo 8º, nº 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, assim como o artigo 6º, nº 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), os quais estabelecem que todas as pessoas tem a garantia e o direito a proteção de seus dados pessoais no âmbito digital.²²

Para o professor Dominic McGoldrick da Universidade de Oxford, o direito ao esquecimento é um novo fenômeno para os direitos humanos, como um aspecto do direito à privacidade, levando em consideração o controle e a transparência das informações, indispensáveis para a manutenção do estado democrático de direito.²³

A fim de situar cronologicamente acerca da discussão sobre o direito ao esquecimento no âmbito da União Europeia, em maio de 2009 a Comissão Europeia realizou uma conferência para debater a utilização e proteção de dados pessoais, assim como os possíveis desafios a serem enfrentados em se tratando da privacidade na rede.²⁴ Em ato contínuo, em 25 de janeiro de 2012 o Parlamento e Conselho europeus propuseram ineditamente uma legislação que previa o direito ao esquecimento no contexto de uma Diretiva e um Regulamento. A citada diretiva foi chamada de COM/2012/010, a qual foi concernente à proteção das pessoas físicas no que diz respeito ao tratamento de seus dados pessoais pelas autoridades competentes, para o fim de

²¹LIMA, Erick Noleta Kirk Palma. **Direito ao Esquecimento: Discussão europeia e sua repercussão no Brasil**. Revista de Informação legislativa. Ano 50, Número 199 - jul./set. 2013. P. 1-3.

²²Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (UE) 2016/679. **Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia**. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32016R0679>>. Acesso em 15 de maio de 2019.

²³MCGOLDRICK, Dominic. **Developments in the Right to be Forgotten**. Human Rights Law Review 13:4. 2013. Published by Oxford University Press. P. 1-4.

²⁴LIMA, Erick Noleta Kirk Palma. **Direito ao Esquecimento: Discussão europeia e sua repercussão no Brasil**. Revista de Informacao legislativa. Ano 50, Número 199 - jul./set. 2013.

prevenção, investigação, detenção, e repressão de possíveis infrações penais relativas a livre circulação de dados pessoais.²⁵

Em continuidade, surgiu a proposta do Regulamento da União Europeia, que mais tarde se consolidou na Lei Geral de Proteção de Dados (GDPR) a qual prevê em seu artigo 17 o direito ao esquecimento dos dados dos usuários. O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados de número 2016/679 do Parlamento e do Conselho europeus, aprovado em 27 de abril de 2016, é a lei vigente no âmbito da União Europeia relativa à proteção das pessoas particulares no que concerne ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. O Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR), que entrou em vigor na União Europeia em maio de 2018, e veio para harmonizar no direito comunitário europeu a proteção de dados pessoais.²⁶

O artigo 17 da Lei Geral de Proteção de Dados (GDPR) conceitua o direito ao apagamento dos dados, ou direito ao esquecimento, como o direito do titular (usuário) de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique uma das treze possibilidades listadas em suas alíneas.²⁷

Segundo artigo sobre as implicações da GDPR no âmbito europeu da Universidade Oulu, na Finlândia, a lei especificou ainda mais o direito ao esquecimento, fazendo com que o titular dos dados tenha o direito e a garantia de obter do controlador dos dados a abstenção de continuar a disseminação dos seus dados na rede, pelos motivos elencados no artigo 17.²⁸

Dessa forma, conforme supracitado, o artigo 17 da Lei Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR) não é generalista e abarca um amplo espectro de

²⁵COM/2012/010. DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO relativa à proteção de dados pessoais de pessoas singulares. Comissão Europeia. Proposta diretiva. 2012. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A52012PC0010>>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

²⁶TIKKINEN-PIRI, Christina; ROHUNEN, Ana; MARKKULA, Jouni. EU General Data Protection Regulation: Changes and implications for personal data collecting companies. University of Oulu, Finland. Computer law & security. Review 34, 2018, p.134–153.

²⁷Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (UE) 2016/679. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32016R0679>>. Acesso em: 14 de maio de 2019.

²⁸TIKKINEN-PIRI, Christina; ROHUNEN, Anna; MARKKULA, Jouni. EU General Data Protection Regulation: Changes and implications for personal data collecting companies. University of Oulu, Finland. Computer Law & Security. Review 34, 2018, 134 – 153.

proteção ao titular, no que concerne à garantia de apagamento dos seus dados pessoais, delimitando um rol taxativo com inúmeras situações as quais o usuário pode pleitear o exercício deste seu direito, de forma completa e ultra protecionista, valorizando objetivamente a autonomia da vontade e o direito à privacidade no direito comunitário europeu.

4. O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI Nº 12.965/2014).

No Brasil, houve a aprovação em 2014 da Lei nº 12.965 pelo Congresso Nacional²⁹, o Marco Civil da Internet (MCI), no qual o país aderiu ao movimento mundial de tutela dos direitos dos usuários no ambiente digital, logo após a exposição por Edward Snowden do escândalo de espionagem norte americana, culminando nesta normativa específica na qual dentre os direitos previstos encontra-se o direito ao apagamento dos dados dos usuários detentores de informações pessoais na Internet.

Verifica-se que, nos 13 incisos do artigo 7º do Marco Civil da Internet estão enumerados os direitos e garantias assegurados ao usuário, dentre os quais a inviolabilidade da intimidade e da vida privada; a inviolabilidade e sigilo do fluxo de comunicações; o não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado; o direito a informações claras sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de dados; e o instituto discutido neste artigo: o direito ao apagamento dos dados, disposto o inciso x. Tal inciso aduz que, o usuário detentor das informações tem o direito à exclusão definitiva dos seus dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, mediante o seu requerimento, ao fim da relação entre as partes.³⁰

²⁹Insta salientar que a sanção do Marco Civil da Internet ocorreu durante o evento Net Mundial em São Paulo, sobre governança multissetorial da internet. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/tecnologia/noticias/redacao/2014/04/23/presidente-dilma-sanciona-marco-civil-da-internet.htm>>. Acesso em 11 de maio de 2019.

³⁰BRASIL. **Marco Civil da Internet**. Lei 12.965 de 26 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>. Acesso em 11 de maio de 2019.

Dessa forma, o Marco Civil da Internet consolidou pela primeira vez no Brasil a esfera de controle dos usuários sobre os seus dados e informações pessoais³¹ ou, nas palavras do professor Jef Auloss da Katholieke Universiteit Leuven na Bélgica, a própria cristalização do desejo mais fundamental de controle dos indivíduos sobre os seus dados pessoais.³²

Porém, o direito ao esquecimento dos dados no Marco Civil da Internet foi abordado de maneira generalista, não especificando detalhadamente quais as situações nas quais o usuário poderia solicitar o apagamento das informações. Na doutrina nacional, admite-se que o MCI iniciou no Brasil a tutela necessária acerca da proteção dos indivíduos no ambiente digital, mas no que concerne ao direito ao apagamento dos dados, foi insuficientemente tratada na legislação. Mesmo elegendo a proteção da privacidade individual como princípio do uso da internet no país (art. 3º, II), assim como a proteção dos dados e informações pessoais (art. 3º, III), o Marco Civil da Internet não trabalha expressamente o instituto do direito ao esquecimento, havendo uma ausência de tratamento específico do instituto aqui discutido.³³

5. O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI Nº 13.709/2018)

Em 2010, foi colocada sob consulta pública a primeira versão do anteprojeto de lei do que mais tarde seria a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) no Brasil. Já no ano de 2018, foi interposto o Projeto de Lei de nº 53, o qual foi sancionado pela Presidência da República em 13 de agosto de 2018, culminando na atual Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil, de nº 13.709/2018.

³¹BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. P. 130-132.

³²AUSLOOS, Jef. **The ‘Right to be Forgotten’ – Worth Remembering?** Interdisciplinary Centre for Law & ICT (ICRI-IBBT), KU Leuven, Belgium, 2012. P. 1-2. Disponível em: < file:///C:/Users/isac/Desktop/TCC%202/Artigos%20Conceito%20Tati/Artigos%20lidos/The--Right-to-be-Forgotten---Worth-remember_2012_Computer-Law---Security-Re.pdf >.

³³ **Direito Civil Constitucional – A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas conseqüências**. Organizadores: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk; Eduardo Nunes de Souza; Joyceane Bezerra de Menezes; Marcos Ehrhardt Júnior – Florianópolis, 2014. P. 98-100. Disponível em: file:///C:/Users/isac/Desktop/TCC%202/Artigos%20Conceito%20Tati/DIREITO_CIVIL_CONSTITUCIONAL_A_RESSIGNIF.pdf >.

A LGPD dispõe sobre a proteção dos dados pessoais no país e alterou o antigo Marco Civil da Internet (lei nº 12.965/2014), atualizando-o segundo as novas demandas digitais, tendo como base legal o consentimento dos usuários, demonstrando uma forte preocupação do legislador com a participação dos indivíduos na gerência de suas informações pessoais.³⁴ Insta salientar que tal legislação alterou os artigos 7º e 16 do antigo Marco Civil da Internet.

Essa nova legislação, que entrará em vigor em fevereiro de 2020, objetiva a necessidade do consentimento explícito do usuário para coleta, tratamento e uso dos seus dados e informações pessoais, inclusive prevendo expressamente o direito ao esquecimento em seu artigo 16, o qual dispõe que “os dados pessoais serão eliminados após o término de seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades: I - cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; II - estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; III - transferência a terceiro, desde que respeitados os requisitos de tratamento de dados dispostos nesta Lei; ou IV - uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados.”

Dessa forma, diferentemente do Marco Civil da Internet, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) especifica e trata detalhadamente da eliminação dos dados após o término de seu tratamento, efetivando ao titular dos dados pessoais o controle sobre suas informações, e como última *ratio* o princípio constitucional da autonomia da vontade em si.

Um relevante fato sobre a promulgação da referida lei é que esta coloca o Brasil na lista entre os 100 países considerados adequados à proteção ao uso de dados e à privacidade.³⁵

Como a Lei Geral de Proteção de Dados foi sancionada em agosto no último ano e ainda não entrou em vigor, carece de artigos e publicações sobre o tema, ainda mais no que concerne ao específico direito ao esquecimento dos dados. Dessa forma, é necessária

³⁴BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. P. 132 – 135.

³⁵SOMADOSSI, Henrique. **O que muda com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**. Migalhas. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI286235,31047-O+que+muda+com+a+Lei+Geral+de+Protecao+de+Dados+LGPD>>. Acesso em 17 de maio de 2019.

atenção acerca dos próximos debates e futuras aplicações do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

6. LEGISLAÇÕES EM COMPARAÇÃO – TABELA

A fim de objetivar e demonstrar a caracterização do instituto do direito ao esquecimento dos dados nas legislações discutidas neste artigo, no Regulamento Geral de Proteção de Dados na União Europeia (GDPR), Marco Civil da Internet e na nova Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil (LGPD), foi elaborada uma tabela comparativa, a qual encontra-se disposta a seguir:

LEGISLAÇÃO	ORIGEM/ANO	ESTÁ EM VIGOR?	DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS DADOS
<i>MARCO CIVIL DA INTERNET - LEI Nº 12.965/2014</i>	BRASIL - 2014	SIM. Em vigor desde 23 de junho de 2014	SIM. Art. 7º “O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;”
<i>REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NA E.U. (GDPR)</i>	UNIÃO EUROPEIA / Aprovada em 2016	SIM. Em vigor desde 25 de maio de 2018	SIM. Artigo 17º “Direito ao apagamento dos dados («direito a ser esquecido»)» 1. O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos: (alínea “a” até “f”).”

<p><i>LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD)</i></p>	<p>BRASIL - Aprovada em 13 de agosto de 2018</p>	<p>NÃO. Entrará em vigor em fevereiro de 2020</p>	<p>SIM. Art. 16. “Os dados pessoais serão eliminados após o término de seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades: I - cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; II - estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; III - transferência a terceiro, desde que respeitados os requisitos de tratamento de dados dispostos nesta Lei; ou IV - uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados.”</p>
---	--	--	---

Conforme demonstrado, verifica-se a presença do direito ao apagamento dos dados pessoais e informações dos usuários nas três legislações analisadas neste artigo: no Marco Civil da Internet, na GDPR europeia e na nova LGPR. Porém, o Marco Civil da Internet trata do instituto de forma mais genérica, sem especificar quais situações legitimariam o usuário detentor das informações a solicitar o apagamento destas. Só há menção de que ao indivíduo é assegurado o direito à exclusão definitiva dos dados pessoais fornecidos, após seu requerimento, deixando em aberto o conceito e a forma de cumprimento.

Já na legislação europeia, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) caracteriza de forma detalhada o instituto do direito ao esquecimento, apresentando inclusive um rol extenso e completo das situações que legitimariam o usuário a solicitar a exclusão de seus dados do sistema. Essa previsão, disposta no artigo 17 da supracitada legislação, aduz que o cidadão titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento dos dados o apagamento destes, da forma mais célere possível, não sendo aceita demora injustificada. Obriga-se o responsável pelo tratamento dos dados a apagar os dados e informações pessoais dos usuários após feita a solicitação, quando ocorrerem qualquer um dos motivos previstos nas seis alíneas do artigo, da letra a até f.

Nesta senda, a legislação do direito comunitário europeu serviu de inspiração para confecção da nossa nova Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil, a qual alterou o

antigo Marco Civil da Internet, complementando-o em vários quesitos, inclusive no que concerne ao direito ao esquecimento dos dados. Em seu artigo 16, há a previsão de que os dados pessoais serão eliminados (apagados/excluídos) quando findo o seu tratamento, sendo somente autorizada a manutenção das informações para as finalidades dispostas nos 4 incisos seguintes. Na mencionada legislação, o direito ao apagamento dos dados é tratado de maneira muito mais completa, de forma a inserir o Brasil entre os países que garantiram adequadamente a autonomia da vontade nas legislações sobre a proteção de dados pessoais.

7. CONCLUSÃO

No que concerne ao ambiente digital, o qual faz parte indispensável do cotidiano da população mundial no século XXI, a proteção dos dados pessoais dos usuários é crucial para o desenvolvimento sustentável e democrático da sociedade, onde os princípios constitucionais da autonomia da vontade e da privacidade devem ser cumpridos.

Com a evolução dos meios de comunicação e da tecnologia, as pessoas começaram a dispende muito tempo nas mídias sociais e fornecer uma grande quantidade de dados e informações pessoais sem perceber, gerando uma superexposição, a qual pode ser perigosa. É nesse nicho do amplo alcance dos dados pessoais e da indeterminada escala de propagação que se inserem as preocupações acerca da proteção dos dados, tendo em vista a possível má fé na utilização desse conteúdo. Hoje, gradativamente os usuários estão tomando consciência de que a ampla e irrestrita divulgação de suas informações na rede pode causar graves consequências, e que após inseridos, os seus dados permanecem na Internet por tempo indeterminado, alcançando um número imensurável de pessoas.

Nesta senda, o direito ao esquecimento dos dados pessoais dos usuários demanda especial atenção e reflexão, tendo em vista que materializa os princípios da privacidade, liberdade e autonomia da vontade³⁶, na medida em que dá aos próprios indivíduos o

³⁶**Direito Civil Constitucional – A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências** / Organizadores: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk; Eduardo Nunes de Souza; Joyceane Bezerra de Menezes; Marcos Ehrhardt Júnior – Florianópolis, 2014. P. 98-100. Disponível em:

controle sobre o gerenciamento de suas informações na rede mundial de computadores e servidores.

Portanto, insta salientar que, tanto para a legislação do direito comunitário europeu (GDPR), quanto para as legislações brasileiras aqui analisadas (Marco Civil da Internet e lei nº 13.709/2018), o direito ao esquecimento dos dados pessoais é indispensável para o cumprimento do consentimento nas relações digitais, de forma a concretizar o controle dos indivíduos e sua autonomia da vontade.

A preocupação com o tratamento e gerenciamento das informações na rede não deve ser com o enfoque de modificação na estrutura informacional digital de hoje em dia, mas sim na capacitação dos indivíduos, usuários do meio eletrônico, para que esta seja uma relação mais simétrica, onde o usuário tenha consciência do valor e da importância de seus dados e informações pessoais, de forma a promover o livre desenvolvimento da personalidade desses indivíduos no ambiente digital.

file:///C:/Users/isac/Desktop/TCC%202/Artigos%20Conceito%20Tati/DIREITO_CIVIL_CONSTITUCIONAL_A_RESSIGNIF.pdf >.

REFERÊNCIAS

AUSLOOS, Jef. **The ‘Right to be Forgotten’ – Worth Remeembering?** Interdisciplinary Centre for Law & ICT (ICRI-IBBT), KU Leuven, Belgium, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Liquid modernity**. John Wiley & Sons, 2013.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Editora 34, 2011.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. **Marco Civil da Internet. Lei 12.965 de 26 de abril de 2014**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm. Acesso em 11 de maio de 2019.

COM/2012/010. **Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção de dados pessoais de pessoas singulares**. Comissão Europeia. Proposta diretiva. 2012. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A52012PC0010>.

JÚNIOR Marcos Ehrhardt; MENEZES, Joyceane Bezerra de; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de (orgs). **Direito Civil Constitucional – A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas conseqüências**. Florianópolis, 2014.

GOMES, Eduardo Biacchi, MONTENEGRO, Juliana Ferreira. **Curso de direito da integração regional**. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2018.

HARARI, Yuval Noah, **SAPIENS – Uma Breve História da Humanidade**, L&PM, 2016.

LIMA, Erick Noleta Kirk Palma. **Direito ao Esquecimento: Discussão europeia e sua repercussão no Brasil**. Revista de Informacao legislativa. Ano 50, Número 199 - jul./set. 2013.

MAYER SCHONEBERBER, Viktor. **Generational development of data protection in Europe**. In: AGRE, Philip E.; ROTENBERG, Marc (Org.). *Technology and Privacy: The New Landscape*. Cambridge: The MIT Press, 1997.

MAYER-SCHONBERGER, Viktor. **Delete – The Value of Forgetting in the Digital Age** (Princeton: Princeton University Press, 2013).

MAYER-SCHOENBERGER, Viktor. **Useful Void: The Art of Forgetting in the Age of Ubiquitous Computing (April 2007)**. KSG Working Paper No. RWP07-022. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=976541> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.976541>. Acesso em 10 de maio de 2019.

MILLER, Arthur. **The assault privacy: computers, data banks, and dossiers**. Michigan: **University of Michigan Press**, 1971.

MCGOLDRICK, Dominic. **Developments in the Right to be Forgotten. Human Rights**. Law Review 13:4. 2013. Published by Oxford University Press.

Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (UE) 2016/679. **Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32016R0679>.

SOMADOSSI, Henrique. **O que muda com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**. Migalhas. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI286235,31047-O+que+muda+com+a+Lei+Geral+de+Protecao+de+Dados+LGPD>. Acesso em 17 de maio de 2019.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

TIKKINEN-PIRI, Christina; ROHUNEN, Ana; MARKKULA, Jouni. **EU General Data Protection Regulation: Changes and implications for personal data collecting companies**. University of Oulu, Finland. Computer law & security review 34 (2018) 134–153.

VIERA, Giovana B., RIBAS, Isadora A. C. de T., HEIM, Tatiana N. **O direito ao esquecimento à luz da Constituição Federal e do STJ**. Anais do Congresso HUMANITAS, Curitiba, 2018.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO E OS SITES DE BUSCA: UMA ANÁLISE COMPARADA BRASIL VS. UNIÃO EUROPEIA

THE RIGHT TO BE FORGOTTEN AND THE SEARCH ENGINES: A COMPARATIVE ANALYSIS BRAZIL V. EUROPEAN UNION

Giovana Batisti Vieira¹
Tatiana Nascimento Heim²

RESUMO

Na era da revolução digital tecnológica, é essencial a adaptação dos ordenamentos jurídicos às particularidades contidas no ambiente cibernético, de modo a garantir que os direitos fundamentais, tais como a privacidade e dignidade da pessoa humana, estejam também presentes no mundo digital. Nesse sentido, o direito ao esquecimento torna-se essencial, sendo ele a garantia que os usuários possuem, em face dos sites que armazenam e processam seus dados, de ter esses retirados de circulação. No entanto, observa-se que não há clareza na redação das legislações que regulam referido direito quanto à sua aplicação nos casos que envolvam sites de busca. A partir de análise bibliográfica e documental das jurisprudências e legislações do Brasil e da União Europeia, verifica-se que a União Europeia entende que ao colher informações publicadas na internet por terceiros, indexá-las, armazená-las e torná-las disponível aos usuários da internet em formato de uma lista de resultados de busca, os sites de busca estariam atuando como um provedor de conteúdo e, desse modo, estariam sujeitos à imposição do dever de observância do direito ao esquecimento, tal como esses últimos. O entendimento brasileiro, por outro lado, é inteiramente oposto, no sentido de que os sites de busca não possuem esse dever, uma vez que não processam ou armazenam dados pessoais dos usuários. O objetivo da presente pesquisa, portanto, reside em determinar se, por interpretação das legislações que contêm a previsão do direito ao esquecimento, existe, efetivamente, um dever de observância desse direito por parte dos sites de busca.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento. Sites de busca. União Europeia. Brasil.

¹ Acadêmica na Escola de Direito da PUCPR, cursando, atualmente, o 10º período. Membro do Núcleo de Estudos Avançados em Direito Internacional (NEADI) da PUCPR, bem como do Grupo de Estudos em Direitos Humanos da PUCPR.

² Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. É especialista em Direito, Logística e Negócios Internacionais e Direito e Processo Tributário Empresarial. Mestre em Planejamento e Governança Pública na Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Atualmente faz doutorado em Direito Internacional e Cybersecurity na Universidade de Twente.

ABSTRACT

In the era of technology revolution, it is essential to adapt legal systems to the particularities of the cyber environment in order to ensure that fundamental rights, such as privacy and human dignity are also present in the digital world. On that account, the right to be forgotten, which is the right of internet users to have their personal data delete from websites when requested, becomes crucial. However, there is no clarity about how the current regulation can be applied to search engines. Based on a bibliographical and documentary analysis of Brazilian and European Union jurisprudence and legislation, the research concluded that the European Union understands that when the a company responsible for the search engines locate information, index it, store it and make it available to users of the internet in the form of a list of search results, it would be acting as a controller and would, therefore, be liable to the obligation to obey the right to be forgotten. The Brazilian understanding, on the other hand, is completely opposite in the sense that search engines do not have this responsibility, since they do not process or store users' personal data. The aim of the present research, therefore, is to determine if, by interpretation of the legislation that contains the prediction of the right to be forgotten, there is, effectively, a duty of observance of this right by the search engines.

Keywords: Right to be forgotten. Search engines. European Union. Brazil.

1. INTRODUÇÃO

A partir da revolução digital tecnológica, é evidente a mudança nas formas de comunicação, expressão e informação advindas do uso da tecnologia. Através dessa possibilitou-se criar um mundo conectado, onde o compartilhamento de informações e conhecimento tornou-se rápido e fácil, com abrangência global.

Essa nova realidade traz consigo uma real necessidade de adaptação dos ordenamentos jurídicos às singularidades apresentadas pelo ambiente cibernético, de modo que se possa garantir direitos fundamentais às pessoas em situações que vão além da vida cotidiana, atingindo a realidade virtual, resguardando a segurança jurídica como um todo.

A privacidade, como um direito fundamental dos usuários, torna-se mais sensível e vulnerável, demandando regulamentação dos usos da tecnologia, especialmente no que diz respeito à proteção dos dados pessoais dos usuários disponibilizados na rede, já que são bens jurídicos a serem protegidos pelos direitos fundamentais constitucionais, bem como pelos direitos humanos.

Neste contexto, um dos direitos que se torna essencial é o direito ao esquecimento, o qual consiste no direito dos usuários de terem seus dados pessoais retirados de circulação e apagados dos sites de busca e dos bancos de dados das provedoras de conexão e conteúdo.

Existe divergência quanto a aplicação do referido direito contra provedores de busca, na medida em que os documentos legais que tratam do assunto não são claros quanto a esse ponto. Desse modo, o objetivo da presente pesquisa realizar uma análise comparada das interpretações dos tribunais da União Europeia e do Brasil quanto ao tema.

2. O DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento, originalmente, é conceito trazido do campo criminal, no qual exprime o direito dos ex-condenados de terem seus dados e informações acerca de uma condenação a qual a pena já tenha sido cumprida apagados e não mais disponibilizados para o conhecimento público, no sentido de evitar a reiteração do

juízo social do condenado por um fato pretérito, objetivando, nesse sentido, a reinserção do ex-condenado à sociedade.

Com a revolução tecnológica e a propagação dos meios eletrônicos de conexão e comunicação observa-se que o problema toma proporções maiores na medida em que não se fala mais apenas no esquecimento como um processo biológico, mas sim na capacidade de eternização de dados que a nova tecnologia apresenta.

Nesse sentido, dentro do Direito Eletrônico o direito ao esquecimento apresenta viés mais abrangente daquele supracitado, qual seja: “O direito dos indivíduos de não terem mais seus dados processados e de os mesmos serem deletados quando seu armazenamento não for mais necessário para finalidades legítimas”.³

Na Europa, o direito ao esquecimento aplicado ao âmbito do Direito Eletrônico encontra-se presente desde 1995, ano em que a Diretiva de Proteção de Dados (Directive 95/46/EC) foi adotada, a qual dispõe que os Estados-membros da União Europeia devem dar cumprimento às previsões contidas na Diretiva através de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas.

Referido documento voltava-se à proteção das pessoas no que diz respeito ao processamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e previa, em seu artigo 12, o direito dos titulares de dados pessoais ao apagamento ou bloqueio de seus dados, dispositivo que deve ser interpretado à luz das definições previstas no artigo 2º do mesmo documento.

Referida diretiva, no entanto, além de datar de uma época na qual o uso da internet estava apenas começando, suscitava uma profunda insegurança jurídica, já que a efetiva regulamentação voltada à proteção de dados se dava por documentos diferentes oriundos de cada Estado-membro da União Europeia e que, frequentemente, eram conflitantes entre si.

Assim, em janeiro de 2012, a Vice-Presidente da Comissão Europeia, Viviane Reding, durante seu discurso na Conferência de Inovação Digital, Vida e Design, apresentou sua proposta para uma reforma na regulamentação da proteção de dados da União Europeia.

³ Conceito contido na Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Social e Econômico e ao Comitê das Regiões. COM(2010) 609 final.

Em sua fala, Reding enfatizou a necessidade de proporcionar segurança jurídica quanto ao tema através da criação de um único documento legislativo aplicável a todos os Membros da EU, o que traria benefícios às companhias responsáveis pelo tratamento de dados. Além disso, salientou a necessidade de proporcionar aos usuários da internet um maior controle aos seus dados pessoais, através, inclusive, da garantia ao direito ao esquecimento.⁴

Tais propostas culminaram na criação da Regulamentação Geral de Proteção de Dados (GDPR), adotada em 2016 e implementada em 2018, a qual prevê:

Artigo 17º

1. O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos:

- a) Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;
- b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6º, nº. 1, alínea a), ou do artigo 9º, nº. 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento;
- c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21º, nº. 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21º, nº. 2;
- d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente;
- e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;
- f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8º, nº. 1.

Importante ressaltar que para a correta interpretação do dispositivo supracitado, torna-se necessária a análise conjunta desse com algumas definições trazidas pelo mesmo documento em seu artigo 4º.

No âmbito legal brasileiro, o direito ao esquecimento pode ser encontrado na Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet), mais precisamente em seu artigo 7º, o qual dispõe que:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - **inviolabilidade da intimidade e da vida privada**, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁴ Speech 12/26. Munich, 22 January 2012. Disponível em: https://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-26_en.htm. Acessado em: 14/07/2019.

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

Verifica-se, também, a presença do referido direito na nova lei geral de proteção de dados, Lei 13.709/18, a qual entrará em vigor no ano de 2020. Referida lei assegura aos titulares de dados publicados na internet os direitos fundamentais de liberdade, intimidade e privacidade, além de conter certas definições técnicas em seu artigo 5º para o auxílio na interpretação do documento, e, o direito ao esquecimento em seu artigo 18:

Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

IV - **anonimização, bloqueio ou eliminação de dados** desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei;

VI - **eliminação dos dados pessoais** tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;

§ 6º O responsável deverá informar de maneira imediata aos agentes de tratamento com os quais tenha realizado uso compartilhado de dados a correção, a eliminação, a anonimização ou o bloqueio dos dados, para que repitam idêntico procedimento.

Observa-se que, os legisladores dos documentos supracitados, devido ao caráter extremamente técnico do conteúdo em questão, incluem determinadas definições essenciais para sua correta interpretação.

Analisando tais documentos, especialmente os mais recentes, verifica-se que há uma definição para tratamento de dados, além de quais atividades poderiam ser classificadas como tratamento, o que, em tese, facilitaria a identificação do responsável pelo tratamento.

Apesar disso, as previsões, por si só, não proporcionam clareza no que diz respeito a possibilidade de impor aos sites de busca a obrigação de eliminação dos dados pessoais dos usuários a pedido desses, uma vez que não há consenso quanto a natureza das atividades de tais provedores.

Desse modo, as interpretações das legislações supracitadas quanto a aplicação do direito ao esquecimento dos titulares de dados pessoais face à esses sites de busca variam profundamente em seu conteúdo, já que não se sabe ao certo se tais sites podem ser classificados como responsáveis pelo tratamento de dados pessoais e, se sim, em quais casos.

Assim, através de um estudo de casos, passa-se a analisar o entendimento jurisprudencial brasileiro e europeu sobre a questão em comento em busca de determinar se existe o dever de observância do direito ao esquecimento pelos sites de busca.

3. O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DA UNIÃO EUROPEIA

Considerando que a Regulamentação Geral de Proteção de Dados entrou em vigor em data recente (25 de maio de 2018), o caso paradigma no estudo do direito ao esquecimento e os sites de busca, o qual fora utilizado na presente pesquisa, é fundamentado em regulamentação anterior, qual seja a Diretiva de Proteção de Dados Pessoais 95/46/EC, revogada pela GDPR.

O caso em estudo diz respeito ao Case C-131/12, impetrado por Mario Costeja González, nacional espanhol, em face de La Vanguardia (jornal espanhol), Google Spain SL e Google Inc., alegando que cada vez que um usuário da internet procurava por seu nome no site de pesquisa Google, deparava-se com links para uma página do referido jornal na qual continha notícia, publicada em 1998, contendo notificação para um leilão de bens imóveis propriedade de González, resultante de processos de penhora relativos à cobrança de dívidas de segurança social.⁵

Assim, González requeria a que o site La Vanguardia fosse condenado a remover as páginas, bem como que o Google fosse condenado a remover ou esconder os dados relativos à ele para que os links para referida página não aparecessem mais como resultado da busca de seu nome.

O caso foi designado à Corte de Justiça, a pedido da Suprema Corte Espanhola (Audiencia Nacional), para uma decisão prejudicial quanto à interpretação da Diretiva 95/46/EC no que diz respeito à existência, ou não, de uma obrigação dos sites de busca em proteger dados pessoais de usuários que não querem mais determinadas informações relacionadas a eles disponíveis na internet.

Uma das questões suscitadas pela Audiencia Nacional diz respeito a possibilidade de classificar como processamento de dados as atividades exercidas pelos sites de busca, que consiste em achar informações já publicadas na internet por terceiros,

⁵ Julgamento da Corte, de 13/05/2014, Caso C-131/12. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>. Acessado em: 20/04/2019.

indexa-las automaticamente, guarda-las temporariamente e, por fim, torna-las disponível aos usuários da internet na forma de uma lista de resultados de acordo com cada palavra-chave pesquisada.⁶

A defesa do Google se deu no sentido de que as atividades dos sites de busca não podem ser consideradas como um tratamento de dados uma vez que consistem em processar toda e qualquer informação disponível na internet, sem discernir entre dados pessoais e outras informações. Assim, um provedor de busca não poderia ser um “controlador”, já que não exercita controle sobre esses dados.⁷

No entanto, segundo a Corte, é evidente que os sites de busca, ao buscarem informações indiscriminadamente na internet para posterior publicação, realizam atividades como recolha, registro, organização, conservação, e, por fim, divulgação de dados pessoais⁸, atividades essas que são citadas como exemplo de um tratamento de dados na definição trazida pelo artigo 2º da Diretiva, o qual prevê:

«Tratamento de dados pessoais» («tratamento»), qualquer operação ou conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, registro, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição.

Assim, não restam dúvidas, no entendimento exarado pela Corte, que tais atividades realizadas pelos provedores de busca devem ser classificadas como um tratamento de dados, não sendo aqui relevante o fato de tais provedores utilizarem-se da mesma operação para processamento de informações além dos dados pessoais, ou o fato de que as informações processadas terem sido anteriormente publicadas na internet por terceiros.

Nesse sentido, e levando em conta que, segundo o artigo 2º da Diretiva, um controlador é definido como “a pessoa física ou jurídica, a autoridade pública, o serviço

⁶ Parágrafo 20 do julgamento da Corte, de 13/05/2014, Caso C-131/12. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>. Acessado em: 20/04/2019.

⁷ Parágrafo 22 do julgamento da Corte, de 13/05/2014, Caso C-131/12. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>. Acessado em: 20/04/2019.

⁸ Parágrafo 28 do julgamento da Corte, de 13/05/2014, Caso C-131/12. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>. Acessado em: 20/04/2019.

ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais”, os sites de busca devem ser considerados “controladores” uma vez que determinam as finalidades e os meios de sua atividade, a qual é caracterizada como tratamento de dados pessoais.

Ademais, a Corte ressalta que, ainda que o processamento realizado pelos sites de busca seja diferente daquele realizado pelos provedores de conteúdo, os quais efetivamente publicam tais dados em páginas da internet, deve-se levar em conta o papel decisivo dos provedores de busca na disseminação desses dados, os quais possibilitam a maximização do acesso àquelas páginas que efetivamente disponibilizam as informações e dados pessoais de usuários.

Desse modo, considerando o impacto que as atividades realizadas por provedores de busca podem causar na privacidade e proteção de dados pessoais dos usuários, é fundamental que esses se empenhem em atuar sob à luz da Diretiva e das normas de proteção de dados pessoais.⁹

Outro ponto levantado pela Audiencia Nacional diz respeito à interpretação dos artigos 12, “b”¹⁰, e 14, “a”¹¹ da Diretiva, questionando a possibilidade de aplicação dos mesmos em hipóteses nas quais o titular dos dados pessoais requerem sua exclusão com o fundamento de que essas informações lhes são prejudiciais ou simplesmente porque desejam que tais dados sejam esquecidos.¹²

Nesse tópico a Corte salienta que ainda que um dos requisitos do artigo 12, “b”, da Diretiva, para a exclusão dos dados seja a incompatibilidade do tratamento desses com aquilo que dispõe o documento, deve-se considerar que o termo “incompatibilidade” não refere-se apenas àqueles dados imprecisos, mas também àqueles que são inadequados,

⁹ Parágrafo 38 do julgamento da Corte, de 13/05/2014, Caso C-131/12. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>. Acessado em: 20/04/2019.

¹⁰ Diretiva 95/46/EC. **Artigo 12.** Os Estados-membros garantirão às pessoas em causa o direito de obterem do responsável pelo tratamento: **b)** Consoante o caso, a retificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o disposto na presente diretiva, nomeadamente devido ao caráter incompleto ou inexato desses dados;

¹¹ Diretiva 95/46/EC. **Artigo 14.** Os Estados-membros reconhecerão à pessoa em causa o direito de: **a)** Pelo menos nos casos referidos nas alíneas e) e f) do artigo 7º, se opor em qualquer altura, por razões preponderantes e legítimas relacionadas com a sua situação particular, a que os dados que lhe digam respeito sejam objeto de tratamento, salvo disposição em contrário do direito nacional. Em caso de oposição justificada, o tratamento efetuado pelo responsável deixa de poder incidir sobre esses dados;

¹² Parágrafo 89 do julgamento da Corte, de 13/05/2014, Caso C-131/12. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>. Acessado em: 20/04/2019.

irrelevantes ou excessivos em relação à finalidade do tratamento, àqueles desatualizados ou mantidos por tempo maior que o necessário para os fins propostos inicialmente.¹³

Desse modo, a Corte conclui que, caso constate-se, a pedido do titular de determinado dado pessoal publicado na internet legalmente e dentro das exigências definidas pela Diretiva, que referido dado, pelas circunstâncias apresentadas pelo usuário, é inadequado, irrelevante, ou excessivo no que diz respeito às finalidades do tratamento propostas, é um direito certo do usuário que referido dado seja apagado, não sendo necessário que a inclusão de referido dado nos resultados da busca cause prejuízo para o usuário.¹⁴

Assim, diante das supracitadas hipóteses, o direito de privacidade do usuário deverá prevalecer sobre o interesse econômico dos provedores de busca, bem como sobre o interesse do público em geral em conhecer a informação que o usuário deseja ser esquecida. Apenas não será esse o caso quando a manutenção da informação ou dado em questão se fizer por finalidades históricas ou jornalísticas, situações nas quais o direito à informação do público em geral deve prevalecer sobre o direito privado.¹⁵

4. O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO

No que diz respeito ao direito ao esquecimento no âmbito jurisprudencial brasileiro, constata-se que os tribunais pátrios não possuem entendimento pacificado quanto à imposição aos provedores de busca da obrigação de eliminação de dados pessoais conforme solicitado pelo seu titular.

Verifica-se que o entendimento majoritário quanto ao tema se dá no sentido de não aplicação do direito ao esquecimento em referidos casos, como forma de evitar impor aos provedores de pesquisa uma função de censor digital.

Nesse sentido, julgados do Superior Tribunal de Justiça que se tornaram paradigma na matéria:

¹³ Parágrafo 92 do julgamento da Corte, de 13/05/2014, Caso C-131/12. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>. Acessado em: 20/04/2019.

¹⁴ Parágrafo 94 do julgamento da Corte, de 13/05/2014, Caso C-131/12. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>. Acessado em: 20/04/2019.

¹⁵ Parágrafo 99 do julgamento da Corte, de 13/05/2014, Caso C-131/12. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>. Acessado em: 20/04/2019.

INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROVEDOR DE PESQUISA. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO CABIMENTO.

1. Os provedores de pesquisa virtual não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página em que estiverem inseridos.

[...]

(AgRg no AREsp 730.119/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 09/06/2016). (Grifou-se)

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROVEDOR DE PESQUISA. DIREITO AO ESQUECIMENTO. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. BLOQUEIO DE PALAVRAS-CHAVES. IMPOSSIBILIDADE.

- Direito ao esquecimento como “o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado”. Precedentes.

- Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação da página onde este estiver inserido.

- Ausência de fundamento normativo para imputar aos provedores de aplicação de buscas na internet a obrigação de implementar o direito ao esquecimento e, assim, exercer função de censor digital.

(STJ - AgInt no REsp 1593873/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 17/11/2016). (Grifou-se)

Em seu voto, a Ministra Nancy Andrichi, citando o caso europeu aqui estudado, ressalta que, apesar desse indicar importante precedente sobre o tema, deve-se considerar as distinções existentes entre a legislação europeia e brasileira quanto ao tema, visto que no Brasil não havia, na época do julgamento, legislação específica que trate sobre proteção de dados pessoais.

Assim, fundamentando-se no Marco Civil da Internet, especificamente em seu artigo 7º, a relatora considera evidente a existência do direito ao esquecimento com relação aos provedores de conteúdo, no entanto, o ordenamento jurídico pátrio não

permite imputar tal responsabilidade aos provedores de busca, sob o risco de torná-lo um verdadeiro censor digital.¹⁶

Quanto a hipótese de provedores de busca, explicita que a função desses na internet se limita a identificar páginas na internet que contenham dados ou informações correspondentes às palavras-chaves fornecidas pelos usuários, de maneira que não podem ser responsabilizadas pela disponibilização desses dados ou informações em páginas de provedores de conteúdo, ainda que esses sejam ilícitas. Isso porque, esses sites de buscas não guardam as informações e dados disponibilizados pelos provedores de conteúdo, mas apenas simplificam o acesso a eles.

Nesse sentido, os usuários que pretendem terem seus dados apagados da internet e dos bancos de dados, devem demandar em face dos provedores de conteúdo que possuem tais dados e informações armazenados para fins de tratamento, uma vez que a responsabilidade pelo “esquecimento” desses dados é direta desses provedores.

Assim, em julgado anterior no mesmo sentido, conclui a Ministra:

[...] esses sites não incluem, hospedam, organizam ou de qualquer outra forma gerenciam as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário.

[...]

este Superior Tribunal de Justiça entendeu que **os provedores de pesquisa: (i) não respondem pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo dos resultados das buscas feitas por cada usuário; e (iii) não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão.**

(REsp 1.316.921/RJ, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012)” (grifou-se).

No entanto, observa-se que, a terceira turma posteriormente já admitiu que em determinados casos excepcionais há a possibilidade de se responsabilizar os provedores de pesquisa. In verbis:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. 1. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE.

¹⁶ STJ - AgInt no REsp 1593873/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 17/11/2016

AUSÊNCIA. 2. JULGAMENTO *EXTRA PETITA* . NÃO CONFIGURADO. 3. PROVEDOR DE APLICAÇÃO DE PESQUISA NA *INTERNET* . PROTEÇÃO A DADOS PESSOAIS. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DESVINCULAÇÃO ENTRE NOME E RESULTADO DE PESQUISA. PECULIARIDADES FÁTICAS. CONCILIAÇÃO ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL E O DIREITO COLETIVO À INFORMAÇÃO. 4. MULTA DIÁRIA APLICADA. VALOR INICIAL EXORBITANTE. REVISÃO EXCEPCIONAL. 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

3. A jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento reiterado no sentido de afastar a responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados de busca apresentados, reconhecendo a impossibilidade de lhe atribuir a função de censor e impondo ao prejudicado o direcionamento de sua pretensão contra os provedores de conteúdo, responsáveis pela disponibilização do conteúdo indevido na internet. Precedentes.

4. Há, todavia, circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo.

[...]

(STJ – Resp: 1660168 RJ 2014/0291777-1, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 08/05/2018, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/06/2018) (grifou-se).

Da leitura do acórdão, observa-se que os Ministros da Terceira Turma acordaram, por maioria, dar parcial provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio Bellizze, sendo o voto da relatora Ministra Nancy Andrighi, no mesmo sentido dos precedentes sobre o tema, voto vencido.

O Ministro Marco Aurélio refuta a afirmação de que não há base legal que possa fundamentar a pretensão de imposição aos provedores de busca da obrigação de bloquear links de seus resultados de busca conforme solicitação do usuário, ressaltando que há no Marco Civil da Internet dispositivos relativos à proteção dos dados pessoais dos usuários, tais como o artigo 11 do documento.

Segundo o Ministro, da interpretação de tais dispositivos não advém uma obrigação automática em face dos provedores de busca de excluir da internet conteúdos disponibilizados por terceiros, mas que esses permitem que o Poder Judiciário possa apreciar “casos concretos excepcionais em que se denote a ausência de razoabilidade na exibição dos resultados”.¹⁷

¹⁷ STJ – Resp: 1660168 RJ 2014/0291777-1, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 08/05/2018, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/06/2018

Ainda, entende que ao impor que o provedor de busca bloqueie determinados links para que não apareçam como resultado da busca do nome de um usuário, não se está ferindo o direito de livre acesso à informação, já que os links contendo a informação ainda estarão existindo, conciliando-se o direito à privacidade dos indivíduos com o interesse coletivo de acesso à informações.

Conclui que é imprescindível a atuação do Poder Judiciários nos casos excepcionais em que haja a necessidade de intervenção pontual a fim de assegurar que ao usuário e titular dos dados pessoais o fim da vinculação de seu nome à links que levam a informações cuja relevância não existe mais.

Desse modo, observa-se que dentro da mesma turma existem entendimentos completamente opostos em relação ao tema em comento, devido, principalmente, da falta de clareza da legislação vigente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise de ambos os entendimentos, observa-se que existem dois principais pontos que causam divergência na interpretação das legislações que abrangem o tema do direito ao esquecimento, quais sejam: a) a existência, de fato, de uma obrigação a ser imposta aos provedores de busca de eliminação da vinculação de determinados resultados de busca ao nome do titular dos dados pessoais; bem como, b) em quais casos o direito ao esquecimento, como um direito individual dos usuários, deve prevalecer sobre o direito à liberdade de expressão e ao acesso a informação.

Desse modo, apesar dos inúmeros avanços na matéria, como o sancionamento da nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira, bem como o início da vigência da General Data Protection Regulation (GDPR), ainda há discussões a serem feitas no que diz respeito à correta aplicação desse direito aos casos concretos, tendo em vista a grande subjetividade apresentada pelos documentos legislativos até o momento.

Enquanto os nossos tribunais superiores ainda deliberam sobre o assunto, é essencial buscar a aplicação e a interpretação do direito ao esquecimento da forma mais benéfica possível ao usuário, detentor de direitos e garantias, de maneira a resguardar os seus direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, como a privacidade e a

autonomia da vontade, conciliando tais direitos com o direito de acesso à informação e liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 12.965**, de 23 de abril de 2014.

BRASIL. **Lei nº 13.709**, de 14 de agosto de 2018.

EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL. **Directive 95/46/EC**, of 24 October 1995.

EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL. **Regulation (EU) 2016/679 (GDPR)**, of 27 April 2016.

KRANENBORG, Herke. **Google and the right to be forgotten**. Case notes. EDPL, 1/2015.

LIMA, Erick Noleta Kirk Palma. Direito ao Esquecimento: Discussão europeia e sua repercussão no Brasil. **Revista de Informação legislativa**. Ano 50, Número 199 - jul./set. 2013.

ROSEN, Jeffrey. The Right to Be Forgotten. 69 **Stan. L. Rev.** Online 88. February 13. 2012.

PARTE II
DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

**ACORDOS DE ELEIÇÃO DE FORO EM CONTRATOS INTERNACIONAIS E
A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA
COM O ADVENTO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

**FORUM SELECTION AGREEMENTS IN INTERNATIONAL CONTRACTS
AND THE NEED TO ADAPT THE BRAZILIAN JURISPRUDENCE SINCE
THE ARISING OF THE 2015 CODE OF CIVIL PROCEDURE**

*Carolina Kresch¹
Rafaela Girardi Hormann²*

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é demonstrar a necessidade da adequação da jurisprudência brasileira, a partir de pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça de São Paulo, acerca da possibilidade de eleição de foro exclusivo estrangeiro pelas partes de um contrato internacional. Apesar da previsão do artigo 25 do Código de Processo Civil de 2015, no qual o magistrado deve se declarar incompetente para processar e julgar ações quando houver eleição de foro estrangeiro, observa-se que o Tribunal ainda não consolidou jurisprudência neste sentido. Assim, buscar-se-á examinar como a eleição de foro vem sendo tratada pelo judiciário brasileiro e, especialmente, enfatizar a necessidade de se firmar uma sólida jurisprudência acerca da admissão do instituto no Brasil, possibilitando maior segurança jurídica aos envolvidos em relações comerciais internacionais.

Palavras-chave: Direito Internacional; Arbitragem Internacional; Conflitos de Jurisdição; Cláusula de eleição de foro; Art. 25 do Código de Processo Civil de 2015.

ABSTRACT

This study aims to demonstrate the need to adapt the Brazilian jurisprudence regarding the possibility of electing an exclusive foreign forum by the parties involved in an international contract. Despite the provision in Article 25 of the Code of Civil Procedure of 2015, in which the justice must declare himself incompetent to judge the merits of the case when foreign courts are elected, it is noted that the Court has not yet unified the jurisprudence in this regard. Thus, an examination is required of how the election of forum has been considered by the justices, emphasizing the need to establish a solid jurisprudence on the admission of the institute in Brazil, providing greater legal stability to those involved in international commercial relations.

Keywords: International Private Law; International Arbitration; Conflicts of Jurisdiction; Forum Selection; Art. 25 of the 2015 Code of Civil Procedure.

¹ Graduanda – Curso de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: carolina.kresch@gmail.com

² Mestranda – Direito e Relações Internacionais. Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: rafaelahormann@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Diante do ascendente estreitamento entre países e das relações comerciais estabelecidas entre empresas de diferentes nacionalidades, é notável a crescente importância dos contratos internacionais. A rapidez com que são realizadas transações e o comércio em escala global, possíveis em razão da tecnologia em constante avanço, exigem que as partes tomem medidas de precaução, antevendo um possível litígio futuro. Assim, é preciso que os contratos internacionais contenham cláusulas específicas acerca da forma através da qual futuras controvérsias serão dirimidas.

A cláusula de eleição de foro surge como uma boa alternativa para fornecer maior segurança jurídica às partes envolvidas em relações transnacionais, permitindo a escolha da jurisdição que será competente para processar e julgar determinada ação. Quando da elaboração desses contratos, os quais são, em regra, precedidos de intensas negociações preliminares, é de extrema importância que se faça um estudo detalhado acerca das leis do país o qual se pretende eleger como foro competente para apreciar e julgar futuras controvérsias contratuais. De mesmo modo, devem as partes estar atentas às leis da referida jurisdição escolhida no que diz respeito à lei aplicável ao contrato.

No Brasil, o artigo 25 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC 15), prevê a possibilidade de pactuar cláusula de eleição de foro estrangeiro em contratos internacionais, relativizando o princípio da soberania nacional. Entretanto, uma análise apurada da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) demonstra que ainda há uma forte resistência em aplicar o referido dispositivo legal.

O presente trabalho analisará a aplicação do artigo 25 do CPC 2015 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, estudando o entendimento dos magistrados em ações que versem sobre contrato internacional com cláusula de eleição de foro estrangeiro.

Dessa forma, em um primeiro momento, abordar-se-ão os aspectos gerais da eleição de foro, bem como a importância da autonomia da vontade das partes na criação desse instituto. Posteriormente, será feita uma comparação entre o Código de Processo Civil de 1973 (CPC de 1973) e o de 2015, no que diz respeito às inovações trazidas pelo novo instrumento. Por fim, far-se-á uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, a fim de verificar como vêm sendo julgadas as ações que versem sobre a eleição de foro estrangeiro, desde a entrada em vigor do CPC de 2015, apontando para a

necessidade de maior compreensão e manutenção da cláusula de eleição de foro em contratos internacionais.

2. A ELEIÇÃO DE FORO EM CONTRATOS INTERNACIONAIS

No Direito Internacional Privado, em se tratando de contratos internacionais, deve-se atentar não apenas à elaboração das cláusulas que dizem respeito às condições negociais, mas também àquelas que definem aspectos formais relativos ao negócio jurídico.³ Isso porque, no contexto internacional, não raro são observados conflitos quanto às leis aplicáveis aos contratos, quanto à jurisdição competente para apreciar e julgar eventuais controvérsias originárias do contrato e até mesmo quanto à execução da obrigação. Para que seja possível solucionar esses conflitos, são aplicados elementos de conexão, que objetivam a melhor aplicação do Direito às situações fáticas.

Jacob Dolinger conceitua os elementos de conexão como sendo regras estatuídas pelo DIP, “que indicam o direito aplicável às diversas situações jurídicas conectadas a mais de um sistema legal”⁴. O princípio da autonomia da vontade das partes tem sido apresentado como um desses elementos de conexão⁵, capaz de solucionar conflitos acerca da jurisdição competente para julgar uma lide, por exemplo. É o caso dos acordos de eleição de foro e da escolha de lei que rege o contrato, que são cláusulas convencionadas a partir da vontade exclusiva das partes.

Paulo Ferreira explica que a autonomia da vontade, no direito internacional privado, significa dizer que as partes podem escolher o direito aplicável ao contrato. Assim, o elemento de conexão é a própria vontade dos contratantes, que está ligada a um negócio jurídico de direito privado com conexão internacional.⁶ As partes têm o arbítrio, então, de escolher a lei aplicável ao contrato e o foro competente, disposições contratuais que, apesar de distintas, são diretamente relacionadas. Isso porque dependendo do

³ SOARES, Marta Gonçalves da Silva. **A Cláusula de Eleição de Foro em Contratos Internacionais**. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/72645/41117>. Acesso em 30 jul. 2019. p. 259.

⁴DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado: parte geral**. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁵SANTOS, Bibiana Macedo dos. **A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais diante do Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2015. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Cap. 2. p. 20.

⁶FERREIRA, Paulo Adolpho Vieira Tabachine. **Contratos internacionais de trabalho: aspectos gerais e abordagem à luz do direito internacional privado**. Justiça do trabalho, Porto Alegre, v.28, n.326, p.58-99, fev. 2011.

ordenamento jurídico competente para o julgamento do feito, a legislação pode vedar às partes a liberdade de escolher a lei material que vai reger o contrato.⁷

Nádia de Araújo explica a interdependência entre a cláusula de eleição e foro e a escolha de lei material aplicável ao contrato:

É preciso deixar bem claro que a cláusula de eleição de foro e de lei aplicável ao contrato não se confundem. Pode, se escolher um determinado foro para discutir os litígios advindos da relação contratual e naquele local utilizar-se a lei de um terceiro país no que diz respeito às regras materiais concernentes ao contrato em questão. No entanto, a redação e a escolha dessas cláusulas deve ser feita em conjunto, de modo que se o foro escolhido proibir a autonomia da vontade, a cláusula de lei aplicável poderá ser invalidada pelo juiz que estiver discutindo a questão em face de uma proibição da lei local. Desta forma, estão interligadas e as consequências de uma determinada escolha influem na outra cláusula.⁸

Nesse contexto, fica evidente a importância de ambas as cláusulas, que em uma negociação internacional deverão estar convencionadas expressamente no instrumento contratual, devendo ser examinadas em conjunto, diante de possíveis conflitos entre normas positivadas no ordenamento jurídico do foro eleito pelas partes. Infere-se que o primeiro problema a ser dirimido, quando se suscita alguma controvérsia advinda de contrato internacional, é acerca da competência para o exame do caso. Afirma Marta Soares que “a primeira questão a ser abordada é, portanto, a da competência e validade da cláusula de eleição de foro para que, após, possa ser analisado o disposto pelas partes no tocante à lei aplicável ao contrato firmado pelas mesmas.”⁹

Pela eleição de foro, evita-se que o juiz estatal declare incompetência para o julgamento do feito. Em sendo caso de competência concorrente, evita-se o afastamento do pactuado pelas partes com relação ao foro eleito e a possível invalidade de cláusula

⁷ SOARES, Marta Gonçalves da Silva. **A Cláusula de Eleição de Foro em Contratos Internacionais**. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/72645/41117>. Acesso em 30 jul. 2019. p. 261.

⁸ ARAÚJO, Nádia de. **A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais** - Direito Brasileiro e Países do Mercosul: Considerações sobre a Necessidade de Alterações no Direito Internacional Privado Obrigacional do Bloco. **Revista da Faculdade de Direito da Ufrgs**, Porto Alegre, v. 17, p.225-234, jul. 1999, p. 229.

⁹ SOARES, Marta Gonçalves da Silva. **A Cláusula de Eleição de Foro em Contratos Internacionais**. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/72645/41117>. Acesso em 30 jul. 2019. p. 262.

que escolhe lei aplicável ao contrato, “eis que diversa daquela prevista na legislação pátria ou consistente de matéria insuscetível de ser livremente pactuada pelas partes”.¹⁰

Em suma, o reconhecimento da cláusula de eleição de foro posta em contrato por contratantes é de suma importância uma vez que, dessa forma, respeita-se a vontade das partes, que despenderam tempo e pesquisa ao elegerem um foro competente para dirimir possíveis futuras divergências advindas do instrumento. Além disso, o respeito ao acordo importa em maior celeridade processual, por evitar toda a discussão acerca de competência sendo, simplesmente, aplicada a cláusula já pactuada.

3. A REGULAMENTAÇÃO DA ELEIÇÃO DE FORO NO BRASIL

Até 2015, não havia no Brasil nenhuma lei nacional com previsão expressa sobre a possibilidade de eleição de foro em contratos internacionais. O artigo 111 do Código de Processo Civil de 1973 previu a possibilidade de eleição do foro pelas partes, mas tal dispositivo se referia exclusivamente à hipótese de eleição de foro no âmbito interno, não havendo menção expressa na legislação brasileira acerca da eleição de foro no plano internacional. A única previsão acerca da jurisdição alienígena era tratada pelo Código de Processo Civil de 1973 nos artigos 88 e 89, intitulada de “Competência Internacional”.

Ao lidar com a competência estrangeira, o Código de Processo Civil de 1973 trouxe uma diferenciação entre matérias de competência concorrente da justiça brasileira, previstas no artigo 88, e matérias de competência exclusiva e inderrogável, previstas no artigo 89. No que tange à competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira, esta ocorria em duas hipóteses: (I) para conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; e (II) para proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.¹¹ Portanto, sob a égide do CPC de 1973, tratando de hipótese de competência exclusiva da justiça

¹⁰ SOARES, Marta Gonçalves da Silva. **A Cláusula de Eleição de Foro em Contratos Internacionais**. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/72645/41117>. Acesso em 30 jul. 2019. pp. 262-263.

¹¹BRASIL, 1973.

brasileira, eventual sentença estrangeira não seria homologada e, portanto, não surtiria seus efeitos nem poderia ser executada em território brasileiro.¹²

Enquanto não havia dúvida sobre a impossibilidade de eleição de foro estrangeiro nas matérias de competência exclusiva, a grande discussão se deu em torno daquelas matérias de competência concorrente. A respeito do tema, o artigo 88 do CPC de 1973 determinava três hipóteses nas quais o juiz brasileiro era competente, porém não de forma exclusiva:

Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:
I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;
II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;
III - a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.
Parágrafo único. Para o fim do disposto no nº I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.¹³

Os elementos indicativos da jurisdição internacional da justiça brasileira eram o domicílio, o local do cumprimento da obrigação, o local da ocorrência do fato que gerou a obrigação e a localização no país de agência, filial ou sucursal da pessoa jurídica estrangeira.¹⁴ Logo, discutia-se se a justiça brasileira poderia ter jurisdição em casos não previstos pelo artigo 88, quando as partes elegessem o país como competente para processar e julgar a ação (os efeitos positivos da cláusula). A discussão era eminentemente doutrinária, não havendo orientação do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

No que tange aos efeitos negativos do acordo de eleição de foro, e com base no artigo 88, parte das decisões do Superior Tribunal de Justiça seguiu o entendimento no sentido de que a escolha de foro estrangeiro para dirimir conflito decorrente de contrato internacional não impediria o ajuizamento da ação no Brasil nos casos de competência concorrente. Logo, embora a jurisprudência do Tribunal não vedasse expressamente a

¹² SOARES, Marta Gonçalves da Silva. **A Cláusula de Eleição de Foro em Contratos Internacionais**. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/72645/41117>. Acesso em 30 jul. 2019. p. 277.

¹³ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impressao.htm. Acesso em: 29 mai. 2018.

¹⁴ SOARES, Marta Gonçalves da Silva. **A Cláusula de Eleição de Foro em Contratos Internacionais**. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/72645/41117>. Acesso em 30 jul. 2019. p. 271.

eleição do foro estrangeiro, acabava por reconhecer a jurisdição brasileira concorrente para julgar o litígio, ignorando o acordo entre as partes.

O que causava polêmica no meio jurídico nacional não era a submissão voluntária à jurisdição brasileira de uma pessoa domiciliada no exterior, mas sim a determinação da possibilidade de uma parte domiciliada no Brasil submeter-se, voluntariamente, à jurisdição estrangeira. Diante dos problemas apresentados pelo Código de Processo Civil de 1973, uma mudança de cunho paradigmático mostrou-se relevante a fim de adequar a realidade jurídica brasileira às novas realidades sociais, partindo do pressuposto de que a sociedade evolui e a legislação, por vezes, resta estagnada. Entre os aspectos a serem tratados, o Código de Processo Civil de 2015 buscou aprimorar a regulamentação do direito internacional privado dentro da seara processual.¹⁵

Sobre a jurisdição brasileira, continua-se com a divisão entre jurisdição concorrente e exclusiva, mas com algumas modificações expressivas. O artigo 21 repete a redação do antigo artigo 88, tratado acima, e a autoridade judiciária brasileira terá jurisdição para processar e julgar as ações em que: (I) o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil, considerando-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que tiver agência, filial ou sucursal no país; (II) quando no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; e (III) quando o fundamento da ação seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil¹⁶.

Entretanto, o legislador acrescentou novas hipóteses de jurisdição concorrente da autoridade brasileira no artigo 22. De tal modo, também compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações de alimentos, tanto quando o credor tiver domicílio ou residência no Brasil, quanto quando o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos (I). Ainda compete à autoridade brasileira processar e julgar ações decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência

¹⁵ GOMES, Marcelo Sant'anna Vieira. **O auxílio direto**: cooperação jurídica internacional no Novo CPC. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. pp. 120 – 121.

¹⁶ BRASIL. Lei no 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em: 31 jul. 2019.

no Brasil (II) e quando as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional (III).¹⁷

Nas hipóteses de competência concorrente, a norma nacional não exclui a jurisdição de outros Estados, mas também não abdica da jurisdição brasileira para processar e julgar a causa. Assim, o autor da ação poderá escolher entre a tutela jurisdicional brasileira ou estrangeira; optando pela estrangeira, a sentença advinda será homologável perante o STJ para que possa ser reconhecida e executada no Brasil.¹⁸

Permanece, então, a dúvida acerca da escolha das partes para litigar perante o Judiciário brasileiro ainda que a situação concreta não esteja prevista nos artigos 21 e 22 do Código de Processo Civil. Ou seja, discute-se a aplicabilidade dos efeitos positivos da cláusula de eleição de foro no ordenamento nacional. O inciso III do artigo 22 parece permitir os efeitos positivos da cláusula, quando reconhece a jurisdição brasileira para processar e julgar ações quando as partes, expressa ou tacitamente, se submetam a ela. Ainda não a manifestação do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido.

Por sua vez, o artigo 23 traz as matérias em que a autoridade judiciária brasileira possui jurisdição exclusiva, não se reconhecendo que outro país exerça jurisdição sobre¹⁹: (I) quaisquer ações relativas a imóveis situados no Brasil; (II) em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional; (III) em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional²⁰.

Nos casos da competência exclusiva, não é possível fazer prevalecer a cláusula de eleição de foro. Logo, havendo decisão estrangeira sobre bens imóveis situados no

¹⁷ BRASIL. Lei no 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm
Acesso em: 31 jul. 2019.

¹⁸ ARAUJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. 6a ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017.

¹⁹ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 13. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 579.

²⁰ BRASIL. Lei no 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm
Acesso em: 31 jul. 2019.

Brasil, por exemplo, esta decisão não terá eficácia no território nacional.²¹ Quanto aos efeitos negativos da cláusula, pela redação dos artigos 21 e 22 mantém-se a indagação se as partes poderiam afastar a competência jurisdicional da autoridade judiciária brasileira, escolhendo um foro estrangeiro como competente para julgar a questão.²² Entretanto, em disposição inovadora, o artigo 25 do Código prescreve de forma clara que não caberá à autoridade judiciária brasileira o processamento e julgamento de ações quando existir cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro, derogando-se a competência nacional:

Art. 25. Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.

§ 1o Não se aplica o disposto no caput às hipóteses de competência internacional exclusiva previstas neste Capítulo.

§ 2o Aplica-se à hipótese do caput o art. 63, §§ 1o a 4o.²³

O comando normativo do novo Código impõe à jurisprudência nacional a obrigatoriedade de declarar-se incompetente para o julgamento de ações em que as partes elejam foro estrangeiro, desde que haja arguição pelo réu²⁴. O artigo 25 prestigia a autonomia da vontade das partes nos contratos internacionais, fazendo coro com o que já vinha sendo defendido pelos doutrinadores internacionalistas. Ao afastar a jurisdição brasileira em negócios específicos, o Código de Processo Civil trouxe segurança jurídico-normativa às relações, e agora objetiva encerrar a divergência jurisprudencial acerca da validade da cláusula de eleição de foro.²⁵

Entre os requisitos da eleição de foro para a produção de efeitos estão a necessidade de constar de instrumento escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico. A lei também determina que o foro contratual escolhido obrigue os

²¹ ARAUJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. 6a ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017.

²² DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 13. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 579.

²³ BRASIL. Lei no 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm
Acesso em: 31 jul. 2019.

²⁴ VIEIRA, Luciane Klein; FERNANDES, Matheus Lúcio Pires. **Os acordos de eleição de foro nos contratos internacionais: perspectivas a partir da entrada em vigor do novo código de processo civil brasileiro**. Rev. secr. Trib. perm. revis. Ano 5, Nº 9; março 2017; p. 235.

²⁵ CAPUCIO, Camilla. CAETANO, Fernanda Araujo Kallas e. **Os contratos internacionais de importação e exportação de mercadorias à luz das recentes alterações da legislação brasileira**. Revista da Secretaria do Tribunal Permanente do Mercosul. Ano 4, n. 7; Maio 2016; p. 296.

herdeiros e sucessores das partes. A cláusula de eleição de foro pode ser reputada ineficaz pelo juiz de ofício antes da citação e, após a citação, incumbe ao réu alegar a abusividade em contestação, sob pena de preclusão²⁶. Reforça-se o necessário caráter contratual, excluindo-se a possibilidade de estender os efeitos a quaisquer situações que não sejam objeto da contratação²⁷.

Ponto de destaque acerca da eleição de foro estrangeiro é a necessidade de sua arguição pelo réu na contestação, conforme *caput* do artigo 25, sob a pena de preclusão. A regra se coaduna com a disposição do artigo 21, III, que elenca como hipótese de competência concorrente a escolha, expressa ou tácita, das partes de se submeter à jurisdição nacional. Logo, se houver cláusula de eleição de foro estrangeiro e a parte ré não demandar sua aplicação por meio de contestação, dar-se-á a aceitação tácita do foro brasileiro.²⁸

4. A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO E A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO

Atualmente, no Brasil, a possibilidade de eleição de foro estrangeiro é reconhecida pelo Código de Processo Civil de 2015. Entretanto, na prática, ainda se verificam desafios quanto ao reconhecimento e aplicação do acordo. É o que se evidencia da pesquisa jurisprudencial realizada no Tribunal de Justiça de São Paulo desde a vigência do CPC 2015, em 18 de março de 2016.

Para a realização da pesquisa, utilizou-se os seguintes parâmetros de busca: “acordo eleição foro admissão internacional art. 25 CPC” e “cláusula eleição foro jurisdição estrangeira”. Foram analisados vinte e quatro acórdãos, os quais versavam sobre a possibilidade ou não de a justiça brasileira declarar-se competente para o julgamento dos casos, em razão da cláusula de eleição de foro convencionada em contrato pelas partes e o resultado da pesquisa foi compilado na tabela abaixo:

²⁶ Artigo 63 do CPC 2015; ARAUJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. 6a ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017.

²⁷ COSTA, José Augusto; SANTOS, Ramon Alberto. **Contratos internacionais e a eleição de foro estrangeiro no Novo Código de Processo Civil**. In Revista do Processo, vol. 253, mar. 2016. p. 02.

²⁸ ARAUJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. 6a ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017.

	Manutenção da cláusula	Afastamento da cláusula	Total de casos
TJSP	5	19	24

Das decisões colhidas através da busca, deparou-se com dois cenários: a) manutenção do foro estrangeiro eleito pelas partes e consequente extinção do feito, sem resolução de mérito e b) relativização da cláusula de eleição de foro, tornando válido o processamento do feito em jurisdição brasileira.

No segundo caso - relativização da cláusula de eleição de foro, tornando válido o processamento do feito em jurisdição brasileira - foram três os fundamentos que embasaram o reconhecimento da jurisdição brasileira: 1) abusividade da cláusula de eleição de foro em razão da hipossuficiência da parte brasileira; 2) local da sede da contratante no Brasil; e 3) local da execução da obrigação em território brasileiro.

Com relação à alegação de hipossuficiência, esta é enxergada sob vários ângulos. Uma das perspectivas para que a jurisdição nacional se declarasse competente devido à abusividade da cláusula diante da hipossuficiência da parte é a da dificuldade em ajuizar ação no foro estrangeiro pactuado. Embora este fundamento esteja mais relacionado aos casos em que é configurada a relação de consumo, também vislumbrou-se este entendimento em litígios cuja parte teria sede em território brasileiro e não possuiria recursos suficientes para ajuizar a ação em foro alienígena, de modo que impossibilitar o processamento do caso no Brasil estaria dificultando o acesso à justiça.

Segundo o acórdão da Apelação Cível 1060061-05.2017.8.26.0100, a abusividade da cláusula não é reconhecida apenas quando trata-se de relações de consumo.²⁹ O caso tratou de um contrato de distribuição envolvendo a distribuidora nacional e a fabricante suíça que mantém sucursal no Brasil, e a controvérsia deu origem a uma ação de cobrança de comissões decorrentes de vendas de equipamentos.

Embora as partes tenham eleito cláusula de eleição de foro estrangeiro e aplicação da lei suíça, foi admitida a competência da justiça brasileira sob o argumento

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1060061-05.2017.8.26.0100. Rel. Des. Alberto Gosson. São Paulo, SP, 28 de novembro de 2018. São Paulo, 2018.

de que o referido contrato seria de adesão, ainda que não estivesse configurada relação de consumo. Nesse sentido, o acórdão afastou a cláusula de eleição de foro em razão do preenchimento fático dos requisitos do art. 21 do Código de Processo Civil, a fim de reconhecer a competência concorrente. O Relator entendeu que, além da apelada estar domiciliada no Brasil, é em território nacional que deverá ser cumprida a obrigação e as consequências decorrentes das vendas – objeto do contrato entre as partes – também ocorrem em território brasileiro.

O acórdão faz menção ao advento do art. 25 do Código de Processo Civil de 2015, embora não o aplique, justificando que, nos termos do art. 63, §3º do referido código, constatada a abusividade da cláusula, deve ser declarada sua ineficácia. Neste caso, o acordo de eleição de foro foi considerado abusivo em razão de se ter reconhecido o contrato como de adesão.

Em contrapartida, o acórdão da Apelação Cível n. 0037723-25.2015.8.26.0100, julgada em 16 de outubro de 2018, decide pelo reconhecimento da cláusula de eleição de foro pactuada pelas partes em contrato internacional, fazendo a devida aplicação do art. 25 do Código de Processo Civil. O referido acórdão esclareceu que, em se tratando de contratos internacionais envolvendo uma parte brasileira, é perfeitamente possível eleger foro estrangeiro. O magistrado ainda lembrou que, sob a égide do CPC de 1973, a jurisdição brasileira seria concorrente e a lide poderia ser julgada no Brasil. Todavia, com o advento do CPC de 2015 e, em especial, do art. 25, sustenta o magistrado que a competência judiciária brasileira é expressamente afastada quando houver acordo de eleição de foro exclusivo estrangeiro. Acertadamente, o togado argumenta que a mudança na legislação processual civil prestigia a autonomia da vontade das partes e, ainda abrevia as discussões acerca da competência para o julgamento do litígio.³⁰

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os acordos de eleição de foro ainda são recentes na esfera do Direito Internacional Privado. Na medida em que as legislações avançam, os contratantes buscam

³⁰BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n° 0037723-25.2015.8.26.0100. Rel. Des. Coutinho de Arruda. São Paulo, SP, 16 de outubro de 2018. São Paulo, 2018.

a melhor maneira para entrarem em um consenso acerca do negócio a ser realizado, bem como procuram eleger a forma mais benéfica para dirimir futuros possíveis conflitos advindos do contrato que celebram.

Analisando a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo desde o advento do Código de Processo Civil de 2015, o qual introduziu previsão expressa de declaração de incompetência pela justiça brasileira diante de cláusula de eleição de foro, foi possível perceber que ainda há um longo caminho a ser perseguido para que se alcance o pleno respeito à a autonomia da vontade das partes. Observa-se que o País, através do Poder Judiciário, ainda resiste em aplicar a cláusula de eleição de foro pactuada em contrato internacional, ora reconhecendo sua incompetência, ora sustentando competência nacional imperativamente.

Na tentativa de dar maior assistência à parte brasileira, os magistrados parecem tentar encontrar justificativas para reconhecer a jurisdição brasileira e assim julgar o mérito da questão. Logo, apesar de se enxergar a introdução do artigo 25 no CPC 15 como uma evolução na busca por maior autonomia às partes contratantes e ainda propiciar maior segurança jurídica, ainda não há garantia de reconhecimento da eleição de foro estrangeiro pela justiça brasileira.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. 6a ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017.

ARAÚJO, Nádia de. **A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais - Direito Brasileiro e Países do Mercosul: Considerações sobre a Necessidade de Alterações no Direito Internacional Privado Obrigacional do Bloco**. Revista da Faculdade de Direito da Ufrgs, Porto Alegre, v. 17, p.225-234, jul. 1999.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impressao.htm . Acesso em: 29 mai. 2018.

BRASIL. Lei no 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 0037723-25.2015.8.26.0100**. Rel. Des. Coutinho de Arruda. São Paulo, SP, 16 de outubro de 2018. São Paulo, 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 1060061-05.2017.8.26.0100**. Rel. Des. Alberto Gosson. São Paulo, SP, 28 de novembro de 2018. São Paulo, 2018.

BORGE, Felipe Dezorzi. **Protocolo de Buenos Aires e cláusula de eleição de foro**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14248/protocolo-de-buenos-aires-e-clausula-de-eleicao-de-foro>. Acesso em 11 ago. 2019.

CAPUCIO, Camilla. CAETANO, Fernanda Araujo Kallas e. **Os contratos internacionais de importação e exportação de mercadorias à luz das recentes alterações da legislação brasileira**. Revista da Secretaria do Tribunal Permanente do Mercosul. Ano 4, n. 7; Maio 2016; pp. 292 - 306.

COSTA, José Augusto; SANTOS, Ramon Alberto. **Contratos internacionais e a eleição de foro estrangeiro no Novo Código de Processo Civil**. In Revista do Processo, vol. 253, mar. 2016.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado: parte geral**. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado**. 13. ed. São Paulo: Forense, 2017.

FERREIRA, Paulo Adolpho Vieira Tabachine. **Contratos internacionais de trabalho: aspectos gerais e abordagem à luz do direito internacional privado**. Justiça do trabalho, Porto Alegre, v.28, n.326, p.58-99, fev. 2011.

GOMES, Marcelo Sant'anna Vieira. **O auxílio direto: cooperação jurídica internacional no Novo CPC**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SANTOS, Bibiana Macedo dos. **A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais diante do Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2015. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

STRALHOTO, Thamires. **Foro e lei aplicável nos contratos internacionais: o lugar da autonomia de vontade**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51806/foro-e-lei-aplicavel-nos-contratos-internacionais-o-lugar-da-autonomia-de-vontade>. Acesso em 30 jul. 2019.

SOARES, Marta Gonçalves da Silva. **A Cláusula de Eleição de Foro em Contratos Internacionais**. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/72645/41117>. Acesso em 30 jul. 2019.

VIEIRA, Luciane Klein; FERNANDES, Matheus Lúcio Pires. **Os acordos de eleição de foro nos contratos internacionais: perspectivas a partir da entrada em vigor do novo código de processo civil brasileiro**. Rev. secr. Trib. perm. revis. Ano 5, Nº 9; março 2017; pp. 224 - 243.

A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE HARDSHIP NOS CONTRATOS REGIDOS PELA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS (CISG)

ECONOMIC HARDSHIP CLAUSE APPLICATION IN THE CONTRACTS AT CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG)

Rhara Nakoneczny Moraes¹

RESUMO

O presente trabalho tem como intuito identificar as disposições da Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) na aplicação da Cláusula de Hardship e a possível influência dos princípios UNIDROIT na interpretação destes. Primeiramente, serão contextualizados os requisitos necessários e as características que compõem a cláusula de Hardship e o disposto na CISG. Em seguida, destacam-se as contribuições dos princípios UNIDROIT que auxiliam na identificação das condições práticas para a aplicabilidade da CISG na obtenção de uma interpretação uniforme perante a comunidade internacional. Uma vez elencadas tais condições, possibilita-se a demarcação dos eventos que por sua vez contribuem para a redução da assimetria informacional resultante nos eventos de imprevisibilidade por força maior ou nas situações que podem ser prejudiciais ao equilíbrio contratual, tornando-o extremamente oneroso para uma ou ambas as partes.

Palavras-chave: CISG; Princípios UNIDROIT; Cláusula de Hardship.

ABSTRACT

The study aims to analyze the provisions of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) in the Hardship clause applications and the influence of UNIDROIT on their interpretation. Firstly, the necessary requirements and the characteristics that make up the Hardship clause and the provisions of the CISG. Next, the UNIDROIT principles are highlighted in order to verify the practical conditions for the applicability of the CISG in obtaining a uniform interpretation before the international community, presenting the best way to reduce the informational asymmetry in the events of unpredictability by force situations which could be detrimental to the contractual equilibrium, making it extremely costly for one or both parties.

Keywords: CISG; UNIDROIT Principles; Hardship Clause.

¹ Pós-Graduanda de Direito, Logística e Negócios Internacionais pela PUCPR; Participante do grupo de pesquisa de Contratos Internacionais pela UFSC; Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) – rhara_nm@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

A globalização e a expansão dos contratos comerciais de compra e venda de mercadorias internacionais tem apresentado um progresso relevante no atual meio social e econômico além de revelar um ramo do Direito Internacional autônomo que disciplina as relações comerciais entre agentes públicos ou privados.

A Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – CISG*) é atualmente o instrumento normativo reconhecido para reger os contratos de compra e venda internacional de mercadorias. Ratificada por 89 países, a Convenção de Viena de 1980 continua sendo explorada em termos de interpretação e aplicação.

No momento em que ocorre um desequilíbrio contratual, as partes, na maioria das vezes, não sabem como proceder ou como aplicar determinada norma para que cesse esse desequilíbrio. A Convenção de Viena de 1980 consagra em seu artigo 79 que, caso ocorra a impossibilidade total do contrato ser executado, a parte contratante fica exonerada de sua responsabilidade.

Entretanto, diante do disposto, discute-se a isenção do cumprimento da obrigação contratual com relação a “força maior” e das “dificuldades econômicas” dos contratos, uma vez que a CISG não previu cenários semelhantes para que fossem contemplados nesses casos.

A Cláusula de Hardship, compreendida pelo artigo 79 da CISG, possui como principal objetivo a promoção da renegociação do contrato com o intuito de restabelecer o equilíbrio deste, assegurando o prosseguimento da relação contratual, visando impedir que haja um rigor excessivo para a execução contratual entre as partes.

Diante dessa discussão, questiona-se se o artigo 79 da CISG compreende ou não, apenas a impossibilidade total de resolução contratual, ou se as circunstâncias de “força maior” e “dificuldades econômicas” também se enquadram nessa aplicação. E de que modo se utiliza a interpretação dos Princípios do UNIDROIT como forma de contribuir e assessorar nessa aplicação.

Os Princípios UNIDROIT possuem uma relevante importância nesse contexto pois auxiliam as partes no entendimento destas circunstâncias (força maior e dificuldade

econômica), evitando a resolução contratual pelas partes e dando uma maior facilidade para que o contrato possa ser readaptado.

Nesse sentido, o presente artigo visa contribuir com a identificação de pontos conflitantes que serão expostos inicialmente na seção II, de forma a apresentar qual é o entendimento da Cláusula de Hardship e suas características de aplicação, como também sua interpretação de acordo com o dispositivo 79 da CISG.

Posteriormente na seção III, discorre-se sobre a influência dos Princípios UNIDROIT com relação às circunstâncias não abordadas pelo artigo 79, sejam elas a de “força maior” e das “dificuldades econômicas” e, se atualmente pela interpretação feita, estas podem ou não ser incluídas como motivo de readaptação contratual prevista na Cláusula de Hardship.

2. DA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE HARSHIP DIANTE DO ARTIGO 79 DA CISG

A formação do contrato no direito internacional privado possui uma análise sistemática da Convenção de Viena de 1980. Nesse sentido, é importante que as partes identifiquem o objeto contratual e o nicho comercial do qual fazem parte, sendo relevante essa identificação para esclarecer as regras de interpretação do contrato. Portanto, diante dessa perspectiva que Venosa enfatiza a importância das condições contratuais estarem claras, inclusive a disposição de cláusulas específicas:

Estando certo o ofertante de sua intenção de se vincular, é necessário que sua oferta seja precisa, contendo, assim, os elementos mínimos à conclusão de um contrato de compra e venda – e, se necessário, à sua execução específica. [...] A indicação das mercadorias, do preço e da quantidade, se indicadas de maneira expressa, não apresenta grandes problemas. Caso, no entanto, os termos da oferta não sejam claros, haverá incerteza quanto às condições em que o ofertante estará vinculado.²

Assim, mesmo estabelecendo previamente os acordos e as cláusulas do contrato, tal procedimento não retira a liberdade e a segurança das partes para a realização dos negócios de compra e venda internacional de mercadoria. E é dentro dessa temática dos

² VENOSA, S. D. S.; GAGLIARDI, V.; TERASHIMA, E. O. **A Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias Desafios e Perspectivas**. São Paulo: Atlas S.A., 2015. p.233.

contratos internacionais, que a cláusula de Hardship é um importante instrumento utilizado no momento de negociação entre as partes contratantes.

Isso porque a principal função dessa cláusula é estabelecer que não ocorra o inadimplemento das obrigações previamente acordadas entre as partes, por motivos de excessivo rigor ou desequilíbrio contratual.³

Portanto, na tentativa de promover a renegociação contratual para que possa haver um reequilíbrio do mesmo, a Cláusula de Hardship tende assegurar a distribuição dos custos excessivos e eventualmente extraordinários, além dos inesperados e supervenientes dando prosseguimento da relação contratual entre as partes.⁴

Para que se possa recorrer à Cláusula de Hardship é necessário que examinem alguns dos seguintes requisitos: (a) se estão presentes as características do evento perturbador e por conseguinte as consequências que esse evento pode acarretar; (b) as características devem estar ligadas a natureza do evento, seja ela política, econômica, técnica; (c) o evento deve ter sido imprevisível para ambas as partes; (d) e deve ter ocorrido após a conclusão do contrato.

Porém, diante de tais circunstâncias percebe-se que na prática contratual existe conflito de entendimentos com relação ao critério do evento perturbador e o impacto que este resultará ao final do contrato. Isso porque a CISG, também conhecida como Convenção de Viena de 1980, estabelece em seu artigo 79 o seguinte texto⁵:

(1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it, or its consequences.⁶

³ PRADO, M. A. A evolução das cláusulas de hardship. In: BASSO, M.; PRADO, M. A.; ZAITZ, D. **Direito do Comércio Internacional**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 420.

⁴ PRADO, M. A., 2011. p. 418.

⁵ NATIONS, U. **United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Vienna, Austria: UNCITRAL secretariat, 1980.

⁶ (1) Uma parte não é responsável pelo não cumprimento de qualquer uma de suas obrigações se provar que a falha foi devida a um impedimento fora de seu controle e que não se poderia razoavelmente esperar que ele levasse em conta o impedimento no momento da execução e conclusão do contrato ou para evitá-lo ou superá-lo, ou as suas consequências.(tradução nossa).

De acordo com o artigo 79 da CISG, entende-se que a isenção do cumprimento da obrigação só é válida nos casos em que o evento apresente uma impossibilidade total ou abranja uma mudança radical nas circunstâncias contratuais.

Para que ocorra uma reinvidicação contratual pela CISG, segundo o artigo 79 existem três condições para uma isenção do cumprimento das obrigações com base no impedimento, são elas: (1) a parte deve comprovar que o impedimento estava além de seu controle e que não era de sua responsabilidade o evento ocorrido; (2) a parte deve provar que não se pode razoavelmente esperar que tenha tomado em consideração o impedimento no momento da celebração do contrato; (3) a parte não previu o impedimento porém este também não era previsível.⁷

O evento deve limitar que o desempenho contratual seja efetivado de acordo com um critério objetivo. Em tais situações a incapacidade imprevista da parte constituirá um impedimento que isenta o seu promitente da sua não execução contratual.

Ressalta-se ainda que a aplicação da Cláusula de Hardship de acordo com o artigo 79 da CISG estabelece que a existência de um impedimento para a inadimplência não frustra ou termina o contrato automaticamente.

Para Nicolas⁸, o artigo 79 pode ser interpretado de acordo com a doutrina francesa, pois esta adota em seu entendimento o conceito de força maior, que o evento deve ser “imprevisível, intransponível e irreversível”, ou seja, implica que o contrato deva ser impossível e não apenas que sua realização seja mais difícil ou mais onerosa.

The preceding discussion leads to a consideration of the central requirement that the non-performance be "due to an impediment beyond his control ..." The latter part ("beyond his control ...") echoes the French requirement that force majeure must be unforeseeable, insurmountable and irresistible, but this should present no difficulty to an English lawyer. The words "due to an impediment" are obviously very elastic and elasticity is particularly undesirable in an area such as this in which national systems differ very widely in the scope which they allow to doctrines variously labelled as impossibility, impracticability, force majeure, etc.⁹

⁷ AHMADPOUR, A. Economic Hardship in Performance of Contracts. **a comparative study of English, American, French and German Law and CISG, the UNIDROIT Principles and PECL**, Iran, 2005. p. 217.

⁸ BARRY, N. **The Vienna Convention on International Sales Law**. Disponível em: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas2.html>. Acesso em: 10 julho 2019. p. 234.

⁹ A discussão precedente leva à consideração do requisito central de que o não desempenho seja “devido a um impedimento além de seu controle...” A última parte (“além de seu controle...”) ecoa a exigência francesa de que a força maior deve ser imprevisível, intransponível e irresistível, mas isto não deve

Embora o artigo 79 não inclua o problema da mudança de circunstâncias, este pode ser reconhecido pela CISG com base no princípio da boa-fé previsto no artigo 7(1). A utilização desse princípio tem sido utilizada para mitigar a rigidez do artigo 79 da CISG.

Considerando que a CISG não previu o problema de circunstâncias modificadas, das dificuldades econômicas e da impraticabilidade comercial, então questiona-se, como serão resolvidos esses problemas caso ocorram?

Parte da doutrina entende que a inserção de cláusulas específicas e expressas nos contratos como força maior, cláusula de dificuldade possam resolver o problema. Porém deve se levar em consideração que ainda assim haveria situações que não podem ser previstas no momento da negociação. Sendo essa a razão da Cláusula de Hardship para lidar com esse tipo de situação.¹⁰

Por mais que não se identifique disposições específica na CISG sobre como proceder nesses casos de impossibilidade econômica, impraticabilidade ou de dificuldade, parte da doutrina defende que a utilização dos princípios UNIDROIT auxiliam a suprir essa lacuna na aplicação da CISG.

3. A UTILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS UNIDROIT PARA INTERPRETAR O ARTIGO 79 DA CISG

Os Princípios UNIDROIT podem ser utilizados como uma reafirmação facultativa dos princípios gerais dos contratos comerciais internacionais. Conceituado pela doutrina como um conjunto de normas persuasivas que na prática são aplicadas opcionalmente.¹¹

apresentar dificuldade para um advogado inglês. As palavras “devido a um impedimento” são obviamente muito elásticas e a elasticidade é particularmente indesejável em uma área como essa em que os sistemas nacionais diferem amplamente no escopo que permitem às doutrinas rotuladas como impossibilidade, impraticabilidade, força maior etc. (tradução nossa)

¹⁰ VURAL, B. **Formation of contracts according to the CISG**. University of Lucerne: Ankara Bar Review, 2013.

¹¹ VILLY, L. D. The Conformity of the Goods to the Contract in International Sales. **Pace International Law Review**, v. 27, n. 1 Commercial Edition, Spring 2015. Disponível em: [h5p://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol27/iss1/4](http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol27/iss1/4).

Estabelecido em 1926 como um órgão auxiliar da Liga das Nações Unidas, e posteriormente em 1940 com base em um acordo multilateral implementou o Estatuto do UNIDROIT, que atualmente possui 63 estados membros e mantém cooperação com outras organizações internacionais.¹²

A Cláusula de Hardship prevista na Seção 2 do capítulo 6 dos Princípios UNIDROIT, inclui o artigo 6.2.2 que surgiu como uma solução ao artigo 79 da CISG e estabelece que o princípio geral só pode caracterizar uma mudança nas circunstâncias quando o contrato tiver a alteração do equilíbrio do contrato fundamentalmente, além de seguir os requisitos presentes no artigo 6.2.2¹³:

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of performance a party receives has diminished, and (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party¹⁴

De acordo com o artigo referido, não se pode estabelecer taxativamente quais serão as circunstâncias de utilização da interpretação deste na aplicação da cláusula de Hardship, sendo necessário verificar caso a caso. Porém, o questionamento é: quais são as circunstâncias que podem ser consideradas como escusa para o não cumprimento do contrato por uma das partes?

Para que se possa responder a presente questão, é necessário levar em consideração que a utilização da palavra impossibilidade econômica como circunstâncias pelos princípios UNIDROIT, pode ser caracterizada pela dificuldade econômica e força maior. Dentre as quais faremos uma breve análise para entender quando e de que forma estas podem ser utilizadas como forma de desobrigação do contrato.

¹² UNIDROIT. *about-unidroit*, april 2019. Disponível em: <https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>. Acesso em: 22 julho 2019.

¹³ UNIDROIT. **UNIDROIT Principles of international commercial contracts**. Rome: Copyright, 2010. p. 213.

¹⁴ Há dificuldades onde a ocorrência de eventos altera fundamentalmente o equilíbrio do contrato porque o custo do desempenho de uma parte aumentou ou porque o valor de desempenho que uma parte recebe diminuiu, e (a) os eventos ocorrem ou são conhecidos pela parte desfavorecida após a celebração do contrato; (b) os acontecimentos não poderiam ter sido razoavelmente tidos em conta pela parte desfavorecida no momento da celebração do contrato; (c) os eventos estão fora do controle da parte desfavorecida; e (d) o risco dos eventos não foi assumido pela parte desfavorecida. (tradução nossa)

Ressalta-se que o objetivo desse artigo não é esgotar todas as formas de interpretação com relação a aplicação dessas circunstâncias, apenas apontar as diferenças de acordo ao entendimento do UNIDROIT com relação a aplicação de cada uma destas.

A utilização do termo força maior para o UNIDROIT traz o significado ao termo que a impossibilidade econômica deve ser total para ser fornecida como um argumento para o não cumprimento contratual. Sendo assim, não se consideram as dificuldades severas, as frustrações propositais e a impraticabilidade do contrato.

Diferentemente do entendimento de força-maior adotada pelas doutrinas dos sistemas de *common-law*, aonde se utiliza a força maior na condição do contrato não ser mais possível e o devedor liberado da execução futura do contrato, uma situação de dificuldade econômica por si só não dá o direito a interromper o desempenho.

O termo força maior foi trazido pelos princípios UNIDROIT como forma de abranger todos os fundamentos aceitos pelas diversas doutrinas para frustração e impossibilidade contratual.¹⁵

To understand the rule on Hardship in the Principles one should compare it with the provision on "force majeure" in Article 7.1.7. According to that Article nothing short of total impossibility would provide excuse for non-performance of the contract. Frustration, impracticability or things other than total impossibility are irrelevant in this regard. This is why the concept of force majeure accepted under the Principles has been regarded as a different one from that of national systems.¹⁶

Em se tratando dos eventos de dificuldade excessiva, de acordo com o entendimento dos princípios, esta não é considerada causa de isenção de responsabilidade contratual, mas assim como na força maior é concedido a parte a renegociação.

O elemento central de uma situação de dificuldade econômica é que a execução do contrato ainda é possível, porém excessivamente onerosa para uma das partes caso esta escolha continuar com a execução do contrato em seus termos iniciais, diferente de uma situação de impossibilidade absoluta. Ou seja, a dificuldade econômica é relevante

¹⁵ AHMADPOUR, A. 2005, p. 234.

¹⁶ Para entender a regra sobre as dificuldades nos Princípios, deve-se compará-la com a disposição sobre "força maior" no Artigo 7.1.7, segundo o qual nada menos que a impossibilidade total forneceria desculpa para a não execução do contrato. Frustração, impraticabilidade total e outras coisas são irrelevantes a esse respeito, e é por isso que o conceito de força maior aceito sob os princípios tem sido considerado diferente do conceito de sistemas nacionais. (tradução nossa)

se levar a uma mudança fundamental no equilíbrio do contrato e provocar um desequilíbrio substancial.

Segundo a interpretação de alguns sistemas nacionais, a argumentação da parte sobre dificuldades econômicas excessivas resulta na quitação do contrato, ou seja, o direito de terminar e extinguir o contrato. Para os princípios, até uma alteração de 50% no valor do contrato não se caracteriza razão suficiente para o requerimento da extinção contratual, pois para que isso ocorra existe a necessidade de se caracterizar uma alteração fundamental.

No que diz respeito as dificuldades, estas impõem a obrigação de uma parte a entrar no processo de renegociação, destinando-se a equiparar o contrato a novas circunstâncias no caso de ocorrer desequilíbrio contratual. Porém, deve ser observado que quando o contrato prevê uma ou mais cláusulas específicas de adaptação do contrato, o pedido de renegociação não será possível.¹⁷

O reconhecimento das dificuldades como motivo de escusa constitui uma exceção, de forma que não concede o direito do não cumprimento do contrato, mas a oportunidade de a parte renegociar os termos, a fim de readaptar suas obrigações.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou elucidar de forma abrangente o conceito e as características necessárias para a aplicação da Cláusula de Hardship, e sua aplicação diante dos regidos pela Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacionais de Mercadorias de 1980 (CISG).

Posteriormente, utilizou-se a base principiológica do UNIDROIT para compreender melhor a diferença entre o conceito de dificuldade e força maior que são institutos que possuem diferentes entendimentos e aplicações nos diversos sistemas jurídicos nacionais, compreendendo que o objetivo do UNIDROIT é a tentativa de alcançar uma perspectiva global quanto a interpretação desta cláusula.

Pelo exposto nota-se que a Cláusula de Hardship aplicada aos contratos internacionais sob a interpretação da CISG apresenta variações perante diversos

¹⁷ AHMADPOUR, A. 2005, p.237.

contextos nacionais, isso porque o artigo 79 na Convenção de Viena de 1980 deixa aberturas referentes a que modo deve ser regidos os contratos no momento do desequilíbrio contratual.

Porém, observa-se que a intenção da Convenção de Viena de 1980 foi a de abarcar de modo universal o conceito da Cláusula de Hardship, também conhecida como cláusula de dificuldade, permitindo uma abertura para que as partes possam estabelecer a melhor maneira de readequar e adaptar seus contratos e, se necessário, em última hipótese fazer extinção contratual.

A influência dos Princípios UNIDROIT auxilia na redução de situações omissas com relação ao texto da CISG. Nesse sentido, os princípios procuram dar um suporte prático para os contratos internacionais que utilizem a Cláusula de Hardship como meio de reajuste contratual nos casos de desequilíbrio contratual.

Ainda assim, trata-se de importante disposição pelo texto da CISG. Na medida em que as partes utilizam a Convenção como forma de interpretação para a resolução contratual, há que se atentar que existe a previsão internacional para a aplicação da Cláusula de Hardship. Caso ocorra o desequilíbrio contratual, não deixa as partes, de toda forma, sem bases e alicerces para continuar com a obrigação contratual, concedendo um aporte jurídico para que seja concedida a melhor resolução buscando a readaptação contratual.

REFERÊNCIAS

AHMADPOUR, A. Economic Hardship in Performance of Contracts. **a comparative study of English, American, French and German Law and CISG, the UNIDROIT Principles and PECL**, Iran, 2005.

BARRY, N. **The Vienna Convention on International Sales Law**. Disponível em: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas2.html>. Acesso em: 10 julho 2019.

NATIONS, U. **United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Vienna, Austria: UNCITRAL secretariat, 1980.

PRADO, M. A. A evolução das cláusulas de hardship. In: BASSO, M.; PRADO, M. A.; ZAITZ, D. **Direito do Comércio Internacional**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 417-455.

UNIDROIT. **UNIDROIT Principles of international commercial contracts**. Rome: Copyright, 2010.

UNIDROIT. about-unidroit, april 2019. Disponível em: <https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>. Acesso em: 22 julho 2019.

VENOSA, S. D. S.; GAGLIARDI, V.; TERASHIMA, E. O. **A Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias Desafios e Perspectivas**. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

VILLY, L. D. The Conformity of the Goods to the Contract in International Sales. **Pace International Law Review**, v. 27, n. 1 Commercial Edition, Spring 2015. Disponível em: <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol27/iss1/4>.

VURAL, B. **Formation of contracts according to the CISG**. University of Lucerne: Ankara Bar Review, 2013.

A APLICABILIDADE DE *HARDSHIP* NA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS (CISG)

THE APPLICABILITY OF *HARDSHIP* IN THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG)

Ana Paula Roberti Cristofolini¹

RESUMO

Dentre os pontos que ficaram em aberto após a conclusão da versão final da Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias (CISG), um dos mais controversos é o da aplicabilidade do conceito tradicionalmente de *civil law* de *hardship* no âmbito da própria Convenção. Na atualidade, a doutrina majoritária entende que a aceitação de *hardship* na CISG se dá através do art. 79, aplicando uma interpretação extensiva ao conceito de “impedimento” que a redação original carrega, mas os questionamentos acerca dos efeitos e consequências que decorrem dessa aplicação seguem amplamente discutidos. O presente trabalho visa analisar o modo como uma situação de *hardship* reflete nas relações jurídicas que adotam a CISG, em especial no que tange aos mecanismos necessários para a complementação da Convenção.

Palavras-chave: *hardship*; direito comercial internacional; princípios do direito internacional; unidroit principles; ciscg.

ABSTRACT

Amongst the open points in the definitive version of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), one of the most controversial of them is the applicability of the traditional civil law concept of *hardship* in the Convention itself. Currently, most scholars believe that *hardship* is encompassed by the CISG in its article 79, by the use of an extensive interpretation of the concept of “impediment” present in the wording of the article, but the doubts regarding the effects and consequences of its applicability remain rightly discussed. The present paper intends to provide for an analysis of the reflects that a situation of *hardship* has in the contracts that adopt the CISG.

Keywords: *hardship*; international commercial law; principles of international law; unidroit principles; ciscg.

¹ Bacharelada da 9ª fase em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Membro do GEARB – Grupo de Estudos em Arbitragem da UFSC e *Speaker* pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC no *26th Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*. Estagiária do escritório Kawamura Advocacia Empresarial. E-mail: anapaulacristofolini@gmail.com. Link na plataforma Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K2131487T3>.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa tratar sobre a aceitação do instituto de *hardship* nos contratos internacionais de compra e venda regidos pela Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG)², introduzidos através da figura do “impedimento” prevista no art. 79, e suas consequências nas relações *inter partes*.

A CISG foi concebida com o intuito de uniformizar a aplicação de leis em âmbito internacional, balanceando sistemas de *civil law* e *common law* e criando corpo de regras que dá segurança jurídica aos países envolvidos em negociações mercantis internacionais.

Entretanto, nem todas as situações foram liquidadas pela CISG – algumas foram discutidas parcialmente e outras não figuram na Convenção de forma alguma – deixando pontos em aberto, ou “lacunas”, que são preenchidos de maneira interna ou externa³.

A doutrina majoritária entende *hardship* como sendo uma lacuna interna da CISG, estando no seu escopo, porém sem ser discutida à exaustão. Em razão disso, o Conselho da CISG divulgou, em 2007, a “Opinião nº7”, que formalizou interpretação de que o art. 79 engloba *force majeure* e *hardship* dentro da conceituação de “impedimento”.

Resta, então, determinar como se remedia as situações de *hardship* em contratos internacionais que são regidos pela CISG. Por quanto o art. 79 prevê a possibilidade de isenção de responsabilidade nos casos de impossibilidade, nada fala sobre qual seria o comportamento esperado dos contratantes nos casos em que a performance do contrato ainda é possível, mas é excessivamente onerosa para uma das partes, e a Opinião nº 7 também não esclarece o assunto.

A doutrina e a jurisprudência internacional estabeleceram, então, três maneiras de remediar a lacuna na CISG em relação ao tratamento dado aos casos de *hardship*,

² Desse ponto em diante, a “Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias” será referida pela abreviatura oficial “CISG”.

³ Pontos que não são governados pela CISG (por exemplo, as discussões acerca de validade, que são excluídas por força do art. 4 da CISG) são considerados “lacunas externas”. Por sua vez, “lacunas internas” referentes àqueles pontos que estão no escopo da CISG, mas que não estão completamente uniformizados (que é o caso das situações envolvendo *hardship*, por exemplo). MCMAHON, Anthony. **Differentiating between Internal and External Gaps in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A proposed Method for Determining “Governed By” in the Context of Article 7(2)**. Nova Iorque: Columbia Journal of Transnational Law, vol. 44, n. 3, 2005-2006, p. 992.

sendo eles: **a)** pela própria CISG, usando seus princípios basilares e o dever de mitigar os danos, presente no art. 77; **b)** pelo uso dos princípios internacionais de direito privado, mais comumente aqueles estabelecidos pelo “Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT)”⁴; e **c)** pelo uso da lei doméstica de um dos países contratantes, a depender do estabelecido no contrato.

Após a uma breve conceituação de *hardship* e sua relação com o art. 79, serão tratados individualmente os três remédios apresentados acima, de modo a analisar o que fundamenta cada um deles e sua aplicabilidade no âmbito internacional.

2. O CONCEITO DE *HARDSHIP* E O ARTIGO 79 DA CISG

Situações em que ocorrem mudanças inesperadas das circunstâncias que basearam o contrato de compra e venda são tidas como um dos maiores problemas que contratantes internacionais enfrentam⁵. *Hardship* econômica é a nomenclatura dada às situações de mudança de circunstâncias inesperadas que tornam o cumprimento da obrigação pactuada contratualmente excessivamente onerosa para uma das partes⁶.

Em outras palavras, após a mudança de circunstâncias, exigir a performance da parte agravada nas novas condições econômicas causaria *hardship* econômica de tal modo que perturbaria o equilíbrio original do contrato⁷. As teorias que aceitam a existência de *hardship* econômica na CISG procuram a mitigação do princípio da santidade dos contratos – seja para extinguir o contrato, pleitear renegociação dos termos contratuais ou permitir que o contrato seja adaptado por uma corte nacional ou tribunal judicial⁸.

⁴ Desse ponto em diante, o “Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT)” será referido pela abreviatura oficial “UNIDROIT”.

⁵ SCHWENZER, Ingelborg. **Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts**, 2008, p. 709 Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2008/39.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2019.

⁶ Definição oferecida pela “Opinião nº 7” do Conselho Consultivo da CISG. Disponível em: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>. Acesso em: 12 ago. 2019.

⁷ GILLETTE, Clayton P.; WALT, Steven D. **The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 302.

⁸ GARRO apud BOCORNY, Lio Vicente. **The Consequences of Economic Hardship under the CISG**, 2017, p. 04. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/downloads/concurso/Lio-Vicente-Bocorny.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2019.

O que justifica a flexibilização da máxima do *pacta sunt servanda* nos casos de *hardship* é a constatação de que a exigibilidade da performance diante das novas circunstâncias fáticas resultaria numa obrigação diversa daquela estabelecida nos termos originais, que já não refletem as expectativas das partes ou a alocação de custos e benefícios da transação⁹.

É possível mencionar também a falta de consentimento, tendo em vista que as partes concordaram com determinada prestação dentro das circunstâncias existentes na época da assinatura do contrato de compra e venda¹⁰.

Ademais, conforme pontua Brunner, uma aplicação extremamente rigorosa do princípio de *pacta sunt servanda* poderia levar à uma situação de abuso de direito por uma das partes¹¹. Isso porque, caso fosse seguir à risca o princípio do *pacta sunt servanda*, seria integralmente responsável da parte agravada as consequências oriundas das mudanças de circunstâncias contratuais¹².

Com a sua ocorrência no âmbito internacional, surgiu debate acerca da aplicabilidade de tal conceito nos contratos de compra e venda internacional regidos pela CISG.

A CISG não contém nenhuma previsão específica para os casos de *hardship* – a Convenção não menciona nem *hardship* nem *force majeure*. O que existe na Convenção é, por meio do art. 79, a isenção da responsabilidade de pagar perdas e danos da parte agravada, mas somente nos casos em que o contrato não pode ser performado em razão de um impedimento que estava fora da sua esfera de controle¹³.

De modo geral, hoje parece haver quase um consenso doutrinário de que *hardship* está incluída dentro do termo “impedimento” presente no art. 79 da CISG¹⁴, muito em razão da “Opinião nº 7” publicada pelo Conselho Consultivo da CISG em 2007.

⁹ GILLETTE; WALT, 2016, p. 321.

¹⁰ PERILLO apud BOCORNY, p. 04.

¹¹ BRUNNER, Christoph. **Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration**. Alphen Aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2009, p. 393.

¹² SCHWENZER, 2008, p. 709.

¹³ LOIZOU, Soterios. **CISG: Exemption from Liability**. 2018, p. 04. Disponível em: <http://iicl.law.pace.edu/cisg/bibliography/cisg-exemption-liability>. Acesso em: 03 ago. 2019. SCHWENZER, 2008, p. 712.

¹⁴ Apesar disso, é relevante mencionar que existem, ao menos, quatro interpretações acerca do assunto: a) que *hardship* está inclusa nos termos do art. 79 e é governada pela CISG; b) que *hardship*, apesar de

Na ocasião, doutrinadores se reuniram e discutiram a conceituação de impedimento, chegando à conclusão que este pode ser caracterizado como um evento que torna o cumprimento do contrato impossível ou quase impossível (aceitando, portanto, *hardship*), mesmo que por um período limitado de tempo, e que não estava englobado nas obrigações de nenhuma das partes¹⁵.

A alegação de *hardship* econômica é para situações extraordinárias e, portanto, requer a comprovação da presença concomitante de requisitos rígidos

Para que dê causa a isenção de responsabilidade, a parte deve provar, de acordo com o art. 79 da CISG¹⁶: **a)** a existência de um impedimento; **b)** que o impedimento está fora da sua esfera de controle; **c)** que não poderia esperar ou prever o surgimento de tal impedimento no momento de assinatura do contrato de compra e venda; **d)** que não poderia evitar ou superar o impedimento ou suas consequências; e **e)** que existe nexó de causalidade entre o impedimento e a impossibilidade de performar o contrato¹⁷.

Percebe-se que o simples fato de que a performance se tornou mais onerosa do que o esperado não é, por si só, base suficiente para a alegação de *hardship* econômica e não permite que a parte deixe de cumprir com as obrigações estabelecidas.

O pré-requisito da imprevisibilidade também é especialmente importante. Schwenzler defende que “*if they could have been taken into account by the aggrieved party, then it can be expected that this party would insist on incorporating a specific contract clause to deal with the problem*”. Em tal situação, podendo ter tomado medidas preventivas e não o fazendo, a parte assumiu o risco e deve lidar com as consequências¹⁸.

governada pela CISG, foi excluída do art. 79 e não pode ser caracterizada como “impedimento”; c) que *hardship* é governada pela CISG, mas que não existe uma interpretação oficial acerca do assunto na Convenção, havendo necessidade de se utilizar do art. 7 e, por consequência, dos princípios nos quais a CISG se baseia; e d) que a CISG não governa, de maneira alguma, casos que envolvam *hardship* econômica. GILLETTE; WALT, 2016, p. 304-305.

¹⁵ Opinião nº7 do Conselho Consultivo da CISG. LOIZOU, 2018, p. 02.

¹⁶ “Art. 79. Uma parte não é responsável pela inexecução de qualquer uma das suas obrigações, se provar que esta inexecução é devida a um impedimento independente de sua vontade e que não poderia razoavelmente dela esperar que ela o tomasse em consideração, no momento da conclusão do contrato, o prevenisse ou o ultrapassasse, ou que prevenisse ou ultrapassasse as suas consequências”.

¹⁷ LOIZOU, 2018, p. 02-03. SCHWENZLER, 2008, p. 713-714.

¹⁸ Sabe-se que as partes contratantes são livres para alocar os riscos do contrato da forma como acreditarem ser mais benéfica. Dessa feita, caso uma das partes tenha, expressamente ou implicitamente, assumido o risco dos casos de alterações drásticas ou fundamentais nas circunstâncias contratuais, a responsabilização se mantém. A existência ou não dessa alocação de risco é determinada através da análise contratual. SCHWENZLER, 2008, p. 715-719. GILLETTE, 2016, p. 320.

3. OS MECANISMOS UTILIZADOS PARA A COMPLEMENTAÇÃO DO ARTIGO 79 DA CISG

Importante pontuar que, assim como outras questões que envolvem contratação internacional de compra e venda reguladas pela CISG, situações de *hardship* podem ser discutidas *inter partes* de modo que se chegue à um acordo sobre quais situações caracterizariam impedimentos e quais efeitos tais situações teriam já na fase negocial da transação. A vontade das partes pode ser integralmente transferida ao contrato por meio de uma cláusula específica.

Por óbvio, a existência de uma cláusula de *hardship*¹⁹ elaborada de maneira cautelosa e completa tem a vantagem de dar segurança jurídica às partes, extinguindo ou minimizando as preocupações que inspiram o presente trabalho²⁰. Entretanto, o terceiro capítulo deste artigo se dedica aos casos em que as partes não estabeleceram os critérios e efeitos da possibilidade de *hardship* econômica, integral ou parcialmente, sendo necessário recorrer à CISG para solucionar o conflito.

3.1. OS PRINCÍPIOS RELATIVOS AOS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAIS

Parte considerável dos doutrinadores que estudam a CISG pontuaram a existência de lacunas e ambiguidades dentro dela – sendo um dos pontos nebulosos o termo “impedimento” presente no art. 79²¹.

O art. 79 da CISG utiliza o termo “impedimento” como nomenclatura para os eventos fora da esfera de controle das partes que permitem a arguição de isenção de responsabilidade entre as partes. Por ser uma terminologia ampla e não detalhada pela

¹⁹ Conforme pontuado por BOCORNY, cláusulas de *hardship* podem ter as mais diversas formas, mas devem possuir, ao menos, dois elementos: a descrição das situações que são consideradas como fundamento para a arguição de desequilíbrio contratual e as consequências de tais arguição – desde a possibilidade de negociação até a de inclusão de terceiro estranho ao contrato, seja corte nacional, tribunais arbitrais ou peritos. BOCORNY, 2008, p. 08-09.

²⁰ BOCORNY, 2017, p. 08.

²¹ ZIEGEL, Jacob S. **The UNIDROIT Contract Principles, CISG and National Law**. Texto reproduzido de uma apresentação realizada em Valencia, na Venezuela, em 1996, pp. 04. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ziegel2.html>. Acesso em: 03 ago. 2019.

própria Convenção, a doutrina internacional questionou se seria possível fazer uso de uma interpretação extensiva e incluir, dentro dela, casos de *hardship* econômica e comercial²² - discussão, hoje, reduzida, ante a publicação da Opinião nº 7 do Conselho Consultivo da CISG.

Entretanto, identificar se o termo “impedimento” engloba ou não as situações de *hardship* está longe ser o problema principal. Isso porque o art. 79 prevê apenas isenção de responsabilidade, aplicável facilmente aos casos de impossibilidade de performance, mas, nos casos em que a performance é excessivamente onerosa, outros pontos restam em aberto e cabe ao aplicador do direito estabelecer os efeitos no caso concreto²³.

Em verdade, a própria CISG estabelece o ritual a ser seguido nos casos em que a Convenção não for suficiente para sanar algum ponto em aberto. Tal disposição que está positivada no art. 7º, no seu segundo parágrafo, que prevê que “*as questões relativas às matérias regidas pela Convenção e que não são expressamente por ela resolvidas serão decididas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, na ausência destes princípios, em conformidade com a lei aplicável indicada pelas regras de direito internacional privado*”.

Ou seja, no âmbito prático, supondo que um tribunal entenda que o caso específico é caracterizado como *hardship*, ele deverá especificar que consequências surgirão da situação. A CISG não adentra tal ponto, o que permite a interpretação de que as situações de *hardship* são lacunas internas na Convenção e abre a discussão para a aplicabilidade dos Princípios UNIDROIT como método de complementação²⁴.

Um dos primeiros a reconhecer a lacuna interna da CISG em relação às situações de mudança de circunstâncias durante a performance do contrato, Garro defendia que o remédio adequado para o preenchimento de tal lacuna seria aquele previsto no art. 7 (2) da CISG²⁵.

Os Princípios UNIDROIT definem, no seu art. 6.2.2, uma situação como sendo *hardship* quando “*sobrevêm fatos que alteram fundamentalmente o equilíbrio do*

²² ZIEGEL, 1996, pp. 16.

²³ ATAMER apud BOCORNY, 2017, p. 29.

²⁴ ZIEGEL, 1996, pp.18.

²⁵ GARRO, Alejandro. **The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay Between the Principles and the CISG.** New Orleans: Tulane Law Review, vol. 69, 1994-1995, p. 1184.

contrato, seja porque o custo do adimplemento da obrigação de uma das partes tenha aumentado, seja porque o valor da contra-prestação haja diminuído”.

Em seguida, elencam os critérios que devem ser observados para que tal mudança nas circunstâncias contratuais se encaixe no dispositivo supramencionado, sendo eles, *ipsis literis*:

- (a) os fatos ocorrem ou se tornam conhecidos da parte em desvantagem após a formação do contrato;
- (b) os fatos não poderiam ter sido razoavelmente levados em conta pela parte em desvantagem no momento da formação do contrato;
- (c) os fatos estão fora da esfera de controle da parte em desvantagem; e
- (d) o risco pela superveniência dos fatos não foi assumido pela parte em desvantagem.

O dispositivo acerca de *hardship* segue, definindo os efeitos de tal situação, que incluem o direito de pleitear renegociações e, no caso de impossibilidade de uma solução consensual, o direito de buscar, frente às cortes nacionais ou tribunal arbitral, a extinção ou a adaptação do contrato²⁶.

O dever de renegociar os termos contratuais nos casos de mudança das circunstâncias fáticas originais deriva do dever geral de agir de boa-fé, que é fortemente desenvolvido em países de *civil law* – em contraste com países caracterizados por sistemas de *common law*, que normalmente não reconhecem com tanta facilidade tais institutos²⁷.

Gillette e Walt alertam que tal obrigação pode acabar por ignorar as variações das leis domésticas e até a intenção das partes no momento da assinatura do contrato que, talvez intencionalmente, excluíram a previsão de renegociação do instrumento contratual²⁸. E vão além, afirmando que tal provisão “*may distort behavior during the performance of the contract*”²⁹.

²⁶ “Art. 6.2.3. (1) Em caso de *hardship*, a parte em desvantagem tem direito de pleitear renegociações. O pleito deverá ser feito sem atrasos indevidos e deverá indicar os fundamentos nos quais se baseia.

(2) O pleito para renegociação não dá, por si só, direito à parte em desvantagem de suspender a execução.

(3) À falta de acordo das partes em tempo razoável, cada uma das partes poderá recorrer ao Tribunal.

(4) Caso o Tribunal considere a existência de *hardship*, poderá, se for razoável, (a) extinguir o contrato, na data e condições a serem fixadas, ou (b) adaptar o contrato com vistas a restabelecer-lhe o equilíbrio”.

²⁷ SCHWENZER, 2008, p. 721-722.

²⁸ GILLETTE; WALT, 2016, p. 309.

²⁹ GILLETTE; WALT, 2016, p. 314.

Schwenzer, defensora da mesma linha de pensamento, entende que não há sentido em impor um dever de renegociação, especialmente em situações complexas como as de *hardship* econômica, por acreditar que qualquer interação forçada entre as partes resultaria, muito provavelmente, infrutífera.

Ela destaca que “*in the first place, renegotiation – as negotiation – has to be based on willingness and trust*”³⁰. E segue, lembrando que, no âmbito mercantil internacional, segurança jurídica é essencial, o que, por si só, já é um aspecto que desencoraja negociações extensivas³¹.

A ideia de permitir a adaptação por terceiros também não agrada parte dos estudiosos – em especial aqueles vinculados à *common law*. Isso porque a permissão para adaptar um contrato de compra e venda durante a sua performance é um processo complexo – espera-se que o terceiro determine não somente se os critérios para *hardship* estão presentes, mas que, uma vez comprovada a existência de tais critérios, revise os termos contratados, adaptando-os para que se restaure o equilíbrio contratual³².

O caso *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S*³³, julgado pela Corte Suprema da Bélgica em 2009, pode ser visto como um divisor de águas na interpretação de *hardship* econômica no cenário internacional.

Na ocasião, após considerar como qualificada como situação de *hardship* o aumento de 70% no valor inicial da matéria prima negociada, a Corte Suprema baseou-se no art.7º, parágrafos primeiro e segundo, para basear a decisão de uso dos princípios gerais de direito internacional como método de preenchimento da lacuna deixada pela CISG no art. 79.

Tal interpretação adotada pela Corte belga reitera o entendimento de que situações de *hardship* econômica são governadas pela CISG, apesar desta não ser uma questão resolvida de maneira unânime dentro das diversas interpretações da Convenção.

Os Princípios UNIDROIT, então, foram tidos como a representação mais adequada dos princípios gerais que baseiam a CISG, permitindo que a parte agravada

³⁰ SCHWENZER, 2008, p. 723.

³¹ SCHWENZER, 2008, p. 723.

³² KONARSKI apud BOCORNY, 2017, p.9.

³³ O acesso aos dados do caso é possível através do link: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html#cd>.

buscasse não apenas a isenção de responsabilidade, mas também a renegociação do contrato firmado e até, subsequentemente, uma possível extinção ou adaptação do contrato por iniciativa do juízo responsável³⁴.

No caso *Dupiré Invicta Industrie vs. Gabo*³⁵, de recente decisão datada de 2015, a *Cour de Cassation* francesa pontuou que a CISG não exclui expressamente o instituto da hardship e que o uso dos princípios internacionais dos contratos comerciais, notadamente os definidos pela UNIDROIT, para o preenchimento das lacunas existentes na Convenção comprimiriam com as determinações do art. 7º, ao passo que promoveriam internacionalidade, uniformidade e boa-fé contratual³⁶.

Os princípios internacionais de contratos comerciais estabelecidos pela UNIDROIT são caracterizados como *soft law*, assim como ocorre, via de regra, com os demais princípios internacionais. Isso quer dizer que eles não são vinculantes e que sua aplicabilidade depende da vontade das partes e que sua eficiência depende do juiz ou do árbitro encarregado do caso³⁷.

Sabe-se que a aplicação dos Princípios UNIDROIT como método de complementação da CISG pode ser especialmente proveitosa se considerado o fato de que eles regulam os mesmos pontos da Convenção, mas de modo muito mais detalhado³⁸. Além disso, por serem princípios, eles podem ser modificados e revisados com mais frequência, permitindo-se a evolução da legislação conforme a realidade social e comercial mundial também for mudando³⁹.

Percebe-se que, ao mesmo tempo em que parte da doutrina considera os Princípios UNIDROIT como uma expressão dos princípios gerais das transações internacionais – e, portanto, um modo válido de complementar a CISG a partir do art. 7º –, é recorrente a preocupação de que a utilização de tais princípios acabaria por impor

³⁴ GILLETTE; WALT, 2016, p. 307-308.

³⁵ O acesso aos dados do caso é possível através do link: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1923&step=Abstract>.

³⁶ GILLETTE; WALT, 2016, p. 309.

³⁷ BOCORNY, 2017, p. 11.

³⁸ Ziegel, entretanto, adverte que existe uma diferença considerável entre se utilizar dos Princípios UNIDROIT para complementar a Convenção, respeitando-se o que nela já está disposto, e utilizá-los como um modo de silenciar a CISG e se aproveitar de outras provisões só por serem mais claras e detalhadas. O primeiro modo de utilizar os Princípios UNIDROIT é permitido, já o segundo, não. ZIEGEL, 1996, pp.26.

³⁹ ZIEGEL, 1996, pp. 02.

desgovernadamente a obrigação de renegociação ou a possibilidade de adaptação do contrato por terceiros, elementos que são estranhos à CISG⁴⁰.

Ademais, parte da doutrina, como é o caso de Gillette e Walt, entende que as partes contratantes assim o fazem de maneira que alocam os riscos que eles pretendem alocar e que relutariam ante a possibilidade de permitir que uma corte nacional ou um tribunal arbitral pudesse realocar tais riscos, ou adaptar o contrato de qualquer maneira⁴¹.

3.2. LEI DOMÉSTICA

Ainda que a utilização dos Princípios UNIDROIT para os casos de *hardship* econômica tenham ganhado destaque nos últimos anos devido aos julgamentos das Cortes Supremas da Bélgica e da França⁴², tal posicionamento segue sendo fortemente criticado por parte da doutrina, que procura outros mecanismos de resolução para as situações de modificação das circunstâncias contratuais – uma delas é a utilização da lei doméstica de um dos países contratantes.

Apesar da maior parte da doutrina internacional entender como sendo arriscada a aplicação de leis internas para a resolução de conflitos oriundos da CISG, por acreditar que tal procedimento iria contra a uniformização que a Convenção preza⁴³, alguns autores defendem tal ideia com base na praticidade de tal procedimento.

Gillette e Walt, por exemplo, pontuam que a utilização dos princípios internacionais de direito privado é muito arriscada, em especial nos casos de *hardship* econômica, tendo em vista que a variedade é tão extensa que impede que seja dada uma resposta clara e precisa ao problema⁴⁴.

Seguem afirmando que, ainda que o objetivo final da CISG seja a uniformização das relações de compra e venda em âmbito internacional, parece, de certo modo,

⁴⁰ BOCORNY, 2017, p. 20.

⁴¹ GILLETTE; WALT, 2016, p. 313.

⁴² A observação se refere aos casos *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S e Dupiré Invicta Industrie vs. Gabo* analisados no tópico anterior.

⁴³ STOLL apud SCHLECHTRIEM, Peter (coord.); SCHWENZER, Ingelborg (coord.). **Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. BOCORNY, 2017, p.21.

⁴⁴ GILLETTE; WALT, 2016, p. 313.

irracional utilizar tal argumento para impedir que as partes procurem na lei doméstica uma solução mais fácil e menos onerosa dentro da sua relação contratual⁴⁵.

É devido a essas ponderações que os autores sustentam o posicionamento de que situações de *hardship* econômica devem ser resolvidas em conformidade com a lei aplicável ao contrato, o que deve ser estabelecido de acordo com as regras do direito privado internacional⁴⁶.

A opinião adotada por Gillette e Walt, ainda que controversa, não está desamparada. A aplicação da lei doméstica, de acordo com Slater, “*presentes a much greater likelihood of relief for a party facing hardship since many nations provide some remedy for this predicament*”⁴⁷, em especial nos países de *civil law*, que costumam adotar institutos parecidos na legislação interna.

3.3. O USO DA PRÓPRIA CISG

O último ponto a ser tratado no presente artigo é o da utilização da própria Convenção como solução para os casos em que tenha sido identificada uma situação de *hardship* econômica na performance do contrato de compra e venda.

Parte da doutrina entende que a CISG tratou da questão de *hardship* até a extensão necessária e pretendida. Ou seja, alguns autores defendem que não existem lacunas, internas ou externas, na Convenção em relação a este ponto – e que argumentar o contrário se mostra prejudicial ao objetivo final de uniformidade que a Convenção carrega.

A resistência que parte da doutrina internacional possui da ideia de permitir que *hardship* seja visto como uma lacuna interna da CISG é legitimar a ideia de que uma corte ou um tribunal possua poderes para adaptar o contrato assinado entre as partes nos casos de mudanças de circunstâncias⁴⁸.

⁴⁵ GILLETTE; WALT, 2016, p. 313.

⁴⁶ GILLETTE; WALT, 2016, p.313.

⁴⁷ SLATER, Scott D. **Overcome by Hardship: The Inapplicability of the UNIDROIT Principles’ Hardship Provisions to the CISG.** Orlando: Florida Journal of International Law, vol. 12, 1998-2000, p. 261.

⁴⁸ SCHWENZER, 2008, p. 724.

Flechtner, por exemplo, entende que, pelo fato do artigo 79 – que é o artigo da Convenção que isenta de responsabilidade a parte que sofrer um impedimento –, não autorizar expressamente que cortes estaduais ou tribunais arbitrais modifiquem os termos contratuais originalmente estabelecidos entre as partes não quer dizer que exista alguma lacuna na CISG.

Na verdade, o autor entende que a exclusão de tal possibilidade “*merely reflects the Convention’s rejection of the adaptation remedy, as reflected in the travaux préparatoires*”⁴⁹, e defende que os efeitos legais que surgem das situações de modificação das circunstâncias contratuais durante a performance do contrato estão regulamentadas em sua integridade no art. 79 da Convenção⁵⁰

Ao passo em que não existe, em lugar algum da Convenção, a obrigação de renegociar, existe, através do art. 77, a obrigação de mitigar as perdas. De fato, o art. 77 estabelece que:

Art. 77 - A parte que invoca a violação ao contrato deve tomar as medidas razoáveis, tendo em vista as circunstâncias, para limitar a perda, aí compreendido o lucro cessante que resulte da contravenção ao contrato. Se ela não o fizer, a parte faltosa pode requerer uma redução da indenização por perdas e danos, correspondente ao montante da perda que a parte deveria ter evitado. (grifo nosso).

Em razão disso, alguns autores, tais quais Schwenzler, defendem que “*the usual remedy mechanism under the CISG (isenção de responsabilidade) in combination with the duty to mitigate as a general principle may yield satisfactory and flexible results in practice*”⁵¹.

Flechtner também entende que a única solução disponível para os casos de *hardship* econômica dentro da CISG é o de isenção de responsabilidade, nos parâmetros determinados pelo art. 79⁵².

⁴⁹ FLECHTNER, Harry M. **The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on “Hardship” Doctrine and the 19 June 2009 Decision of The Belgian Cassation Court.** Belgrade: Annals of the Faculty of Law in Belgrade – International Edition, vol. 2011, p. 92.

⁵⁰ FLECHTNER, 2011, p. 93-101.

⁵¹ SCHWENZLER, 2008, p. 724.

⁵² FLECHTNER, Harry M. **Uniformity and Politics: Interpreting and Filling Gaps in the CISG.** In: Mankowski, Peter; WURMNEST, Wolfgang (org.). **Festschrift für Ulrich Magnus.** Munique: Sellier European Law Publishers, 2014, p. 200-201.

A conclusão que esses autores chegaram é de que a interpretação de que a CISG regulamentou a possibilidade de *hardship*, ao ponto de não existirem lacunas na convenção, é mais favorável para a própria Convenção, por facilitar o objetivo final de uniformização, ao mesmo tempo em que garante mais segurança jurídica aos contratantes – especialmente tendo em conta que, conforme exposto nos pontos “a” e “b” deste item, existem muitas resistências ao uso dos princípios da UNIDROIT e ao uso da lei doméstica dos países contratantes.

Existe, ainda, uma parte minoritária da doutrina internacional que considera que, por tratar das possibilidades de impedimentos e não mencionar expressamente as situações de *hardship*, a Convenção optou por excluir do seu escopo tais situações, não sendo possível aplicar os remédios previstos no art. 79 da CISG como método de solução⁵³.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo com a considerável evolução doutrinária e jurisprudencial no qual passaram os diversos pontos tratados na CISG desde a época de sua elaboração e assinatura até o corrente ano, percebe-se que, até hoje, o tratamento das situações que envolvem *hardship* ainda não possui resposta definitiva.

Por quanto a maior parte da doutrina já aceitou que o art. 79 da Convenção engloba *harship*, uma parte dissidente ainda segue o entendimento que o assunto não foi tratado pela CISG, mesmo após a publicação da Opinião nº 7 pelo Conselho da CISG.

O modo de remediar as situações em que comprovada *hardship* econômica para uma das partes não é diferente. Muito ainda se discute sobre o melhor método a ser utilizado, e as três vertentes apresentadas possuem força no campo acadêmico internacional – ainda que talvez seja possível dizer que a aplicação dos princípios da UNIDROIT esteja em alta, com os casos recentes das Cortes Supremas da Bélgica e da França.

⁵³ ZELLER, Bruno. **Article 79 Revisited**. Vienna: Vindobona Journal of International Law, vol. 14, 2010, p. 160.

Inegável, entretanto, que ainda há muito a ser discutido antes que seja possível afirmar que as vozes dissonantes da doutrina internacional, e até mesmo das decisões das cortes supremas e de tribunais arbitrais, chegaram a um comum acordo sobre a questão da aplicabilidade de *hardship* na CISG.

REFERÊNCIAS

BOCORNY, Lio Vicente. **The Consequences of Economic Hardship under the CISG**. 2017. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/downloads/concurso/Lio-Vicente-Bocorny.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2019.

BRUNNER, Christoph. **Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration**. Alphen Aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2009.

CISG Advisory Council. **Opinion No. 7**. 2007. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>. Acesso em: 03 ago. 2019.

FLECHTNER, Harry M. **The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on “Hardship” Doctrine and the 19 June 2009 Decision of The Belgian Cassation Court**. Belgrado: Annals of the Faculty of Law in Belgrade – International Edition, vol. 2011, p. 93- 101, 2011.

FLECHTNER, Harry M. **Uniformity and Politics: Interpreting and Filling Gaps in the CISG**. In: Mankowski, Peter; WURMNEST, Wolfgang (org.). **Festschrift für Ulrich Magnus**. Munique: Sellier European Law Publishers, 2014.

GARRO, Alejandro. **The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay Between the Principles and the CISG**. New Orleans: Tulane Law Review, vol. 69, p. 1149-1190, 1994-1995.

GILLETTE, Clayton P.; WALT, Steven D. **The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

LOIZOU, Soterios. **CISG: Exemption from Liability**. 2018. Disponível em: <http://iicl.law.pace.edu/cisg/bibliography/cisg-exemption-liability>. Acesso em: 03 ago. 2019.

MCMAHON, Anthony. **Differentiating between Internal and External Gaps in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A proposed Method for Determining “Governed By” in the Context of Article 7(2)**. Nova Iorque: Columbia Journal of Transnational Law, vol. 44, n. 3, 2005-2006, p. 992-1032. Disponível em: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mcmahon1.html>. Acesso em: 01 ago. 2019.

SCHLECHTRIEM, Peter (coord.); SCHWENZER, Ingelborg (coord.). **Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SCHWENZER, Ingelborg. **Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts**, 2008. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2008/39.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2019.

SLATER, Scott D. **Overcome by Hardship: The Inapplicability of the UNIDROIT Principles' Hardship Provisions to the CISG**. Orlando: Florida Journal of International Law, vol. 12, p. 231-262, 1998-2000.

ZELLER, Bruno. **Article 79 Revisited**. Vienna: Vindobona Journal of International Law, vol. 14, p. 151-164, 2010.

ZIEGEL, Jacob S. **The UNIDROIT Contract Principles, CISG and National Law**. Texto reproduzido de uma apresentação realizada em Valencia, na Venezuela, em 1996. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ziegel2.html>. Acesso em: 03 ago. 2019.

**OS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE JOINT VENTURES E AS
EMPRESAS ESTATAIS BRASILEIRAS: A (DES)NECESSIDADE DE
LICITAÇÕES CONFORME A LEI 13.303/2016**

**LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE JOINT VENTURE Y LAS
EMPRESAS ESTATALES BRASILEÑAS: LA (DES)NECESIDAD DE LAS
LICITACIONES CONFORME LA LEY 13.303/2016**

Jorge Segovia Rodriguez¹

RESUMO

As joint ventures não são incomuns no Brasil. Contratos de natureza internacional cujo objetivo em comum une duas empresas já existentes para a realização de uma atividade, na qual compartilham não só os lucros, como também os riscos, é algo que pode gerar alguma confusão quanto ao seu procedimento de criação. Todavia, como se sucederia a questão se uma dessas empresas fosse uma estatal? Ela deveria abrir licitação, como, via de regra, a legislação nacional exige? Essa questão será especificamente abordada no presente artigo, a partir do método lógico-dedutivo, trazendo alguns exemplos de joint ventures entre empresas estatais e internacionais, analisando-se também a disposição legal prevista na Lei 13.303/2016 acerca da necessidade de abertura de licitação para esses casos.

Palavras-chave: Contratos internacionais. Joint ventures. Empresas estatais. Licitação. Lei 13.303/2016.

RESUMEN

Las joint ventures no son raras en Brasil. Contratos de naturaleza internacional cuyo objetivo en común une dos empresas ya existentes para la realización de una actividad, donde comparten no solo las ganancias, como los riesgos también, es algo que puede generar alguna confusión en cuanto a su procedimiento de creación. Sin embargo, ¿cómo sucedería la cuestión si una de esas empresas es una estatal? ¿Debe abrir licitación, como, por regla general, la legislación nacional exige? Esta cuestión se abordará específicamente en el presente artículo, a partir del método lógico-deductivo, trayendo algunos ejemplos de joint ventures entre empresas estatales e internacionales, analizando también la disposición normativa prevista en la Ley 13.303 / 2016 sobre la necesidad de apertura de licitación para esos casos.

Palabras clave: Contratos internacionales. Joint ventures. Empresas estatales. Licitación. Ley 13.303/2016.

¹ Graduando em direito na Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente, a competitividade da economia de mercado global urge por novas demandas que geram consequências no mundo dos negócios, mais precisamente no que diz respeito à área comercial. Há, hoje, uma facilidade de movimentação internacional, tanto no transporte de cargas, quanto no de passageiros, somados também à comunicação em tempo real e à tecnologia presente no mundo moderno.

Esses fatores resultaram em um mercado aberto, mas também extremamente competitivo. Logo, em resposta a essa competitividade, surgiram associações comerciais entre empresas, a fim de que as mesmas lograssem manter-se atuantes no mercado.

As joint ventures são um exemplo dessas uniões entre empresas distintas, as quais se juntam buscando a realização de uma atividade econômica, visando, dentre outras motivações, o lucro. Compartilhamento de tecnologias e informações, acesso à novos mercados, dentre outros, também são agentes motivadores dessa união.

Dependendo da área explorada, é quase imprescindível a realização de parcerias e uniões entre empresas a fim de manter-se na atividade. Portanto, não é de todo estranho que empresas estatais também necessitem aderir a parcerias com outras empresas a fim alcançar o nível competitivo exigido pelo atual mercado.

A questão que emana do tema, e que é abordada no presente artigo, é quanto à necessidade de licitação para as empresas que irão assinar contrato internacional de joint venture com uma empresa estatal. Pode uma empresa estatal, seja ela uma Sociedade de Economia Mista ou uma Empresa Pública, assinar um contrato de joint venture com uma empresa estrangeira sem licitação? Se sim, quais os requisitos para essa atividade empresarial?

Para melhor entendermos o tema em análise, vamos primeiramente trazer conceitos de joint ventures e, posteriormente, relacionar esse instituto com casos já existentes. Visto isso, utilizando o método logico-dedutivo, abordaremos as disposições da lei 13.303/16 sobre o tema.

2. DEFINIÇÃO DE JOINT VENTURES

Para entender melhor o que são as joint ventures é necessário, primeiramente, conhecer um pouco de sua história.

As joint ventures tiveram sua origem no direito anglo-saxônico. Maria Miranda e Clovis Maluf² apontam que “[t]radicionalmente, no direito inglês, a joint venture tinha conotação de aventura conjunta, ligada a um contrato de direito de navegação, visando auferir lucros com um negócio ultramarino, de exportação/importação”.

Posteriormente, no fim do século XIX, destacam os autores³ que as joint ventures eram constituídas, via de regra, na forma societária, dentro ainda do setor ferroviário, objetivando a construção de estações em comum, bem como a aquisição de carruagens para a utilização nas linhas.

Visto isso, podemos ter uma noção do que se trata uma joint venture, embora o instituto em si seja mais complexo. Não existe, até o presente momento, um conceito de joint venture que seja definitivo e absoluto no mundo inteiro. Para Basso (1998)⁴, as joint ventures “são mecanismos de cooperação entre empresas, que não têm forma específica, tendo em vista sua origem e seu caráter contratual: possuem natureza associativa (partilha de meios e riscos), podendo apresentar objetivos e duração limitados ou ilimitados”.

Por sua vez, para Maria Miranda e Clovis Maluf,

A característica essencial do contrato de joint venture é a realização de um projeto comum, empreendimento cuja duração pode ser curta ou longa, porém com prazo determinado. É a celebração de um contrato entre duas ou mais empresas, que se associam, criando ou não uma nova empresa para realizar uma atividade econômica produtiva ou de serviços, com fins lucrativos. (2002, p. 1).

Logo, podemos notar que mesmo tratando-se de conceitos distintos, há pontos incontroversos sobre as joint venture, dentre os quais podemos destacar a “união” de empresas e/ou pessoas por prazo determinado, bem como o compartilhamento dos lucros

² MIRANDA, Maria Bernadete; MALUF, Clovis Antonio. O contrato de joint venture como instrumento jurídico de internacionalização das empresas. **Buscalegis-Biblioteca jurídica virtual**, 2002.

³ MIRANDA, Maria Bernadete; MALUF, Clovis Antonio. O contrato de joint venture como instrumento jurídico de internacionalização das empresas. **Buscalegis-Biblioteca jurídica virtual**, 2002, p. 2.

⁴ BASSO, Maristela. **Joint ventures: manual prático das associações empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. (Coleção Direito e Comércio Internacional).

e riscos do negócio pelas partes. Esses elementos são por demasiado importantes para o instituto, visto que dificilmente é possível haver uma definição que não os aborde.

Ademais, somado ao exposto acima, é válido destacar que, traduzido para o português, o termo “joint ventures” equivale à algo como “empreendimentos conjuntos”.

2.1. TIPOS DE JOINT VENTURE

Mesmo não existindo, até o momento, uma definição concreta de Joint venture, já foram estas classificadas em distintos tipos.

Uma joint venture pode ser classificada de diversas formas. Segundo Maria Miranda e Clovis Maluf⁵, podemos destacar a classificação referente à forma de criação, segundo a qual pode ser a joint venture contratual (na qual não existe a formação de uma nova empresa, ou seja, não há personalidade jurídica) ou societária (que implica a criação de uma personalidade jurídica).

Os autores⁶ também trazem outra classificação possível, que por sua vez é também a mais importante para o presente estudo, é a de joint ventures nacionais e internacionais. Urge destacar que, o que caracteriza esse tipo de joint venture não é o local de elaboração do contrato de criação, mas sim a nacionalidade das empresas. Caso sejam duas empresas do mesmo país se unindo, é uma joint venture nacional, mesmo que o façam em outro país. Agora, se forem duas empresas de nacionalidades distintas, é uma joint venture internacional.

A participação financeira dos *co-ventures* é outro critério utilizado para classificar essa associação. Quando há associação de capitais é uma *equity joint venture*, e quando não há é uma *non equity joint venture*.

Apontam Maria Miranda e Clovis Maluf⁷ inclusive que “[e]xistem ainda as joint ventures transitórias e as permanentes, quer sejam societárias (corporate), quer não

⁵ MIRANDA, Maria Bernadete; MALUF. Clovis Antonio. O contrato de joint venture como instrumento jurídico de internacionalização das empresas. **Buscalegis-Biblioteca jurídica virtual**, 2002, p. 7.

⁶ MIRANDA, Maria Bernadete; MALUF. Clovis Antonio. O contrato de joint venture como instrumento jurídico de internacionalização das empresas. **Buscalegis-Biblioteca jurídica virtual**, 2002, págs. 6 e 7.

⁷ MIRANDA, Maria Bernadete; MALUF. Clovis Antonio. O contrato de joint venture como instrumento jurídico de internacionalização das empresas. **Buscalegis-Biblioteca jurídica virtual**, 2002.

(contratuais ou não corporate)”. Destaca-se que existem outras classificações possíveis para o instituto, embora os exemplos citados acima sejam os mais pertinentes para o presente estudo.

2.2. CONTRATO INTERNACIONAL DE JOINT VENTURE

O passo inicial para a criação de uma joint venture, antes de mais nada, é a escolha do parceiro ideal. Para Carlos Maria Gambaro “[o] conhecimento do mercado em que está inserida a empresa com a qual se está pretendendo contratar, bem como sua situação dentro deste, é fundamental nas observações preliminares que determinarão se aquela possui as características necessárias para a união”.⁸

Portanto, para a realização dessas avaliações é necessário, por parte do contratante, uma boa quantidade de pesquisa e estudo. Superada essa etapa, deve ser acertado entre as empresas a finalidade da união, bem como o tipo de joint venture que será criado e o país de eventual implementação da empresa. Todas essas etapas se referem à negociação, fase imprescindível para a formalização de um contrato em geral, seja ele nacional ou internacional.

Ainda, para a elaboração de um contrato de joint venture com uma empresa estrangeira, importante salientar que devem ser observados alguns pontos que fogem à criação de um contrato nacional, tais como: escolha do idioma do documento, a legislação aplicável, dentre outros elementos que podem vir a surgir em casos específicos.

Sobre a legislação aplicável, discorre Carlos Maria Gambaro:

Existem, basicamente, 3 modos de determinar a lei aplicável a um contrato internacional: a) *lex loci celebrationes* (ou *lex loci contractus*): pela qual a lei que regerá o contrato será aquela do lugar da celebração do contrato; b) *lex loci executiones*: a lei que regerá o contrato será a do lugar da execução do mesmo; c) *lex voluntatis*: as partes podem definir a lei aplicável.⁹

⁸ GAMBARO, Carlos Maria. O contrato internacional de joint venture. *Revista de informação legislativa*, v. 37, n. 146, p. 61-92, abr./jun.2000.

⁹ Existem duas correntes a respeito: a primeira diz que as partes poderão escolher qualquer lei (interna) entre aquelas que possuam maior relação de insignificância com o contrato (EUA), ou girem em torno do centro de gravidade do contrato (França); pela outra, as partes podem escolher qualquer norma, seja lei interna, tratado ou convenção internacional ou costume da Lex Mercatoria, não havendo a necessidade de que a norma escolhida mantenha alguma identidade com o contrato (Alemanha, Convenção Interamericana sobre Lei aplicável a Contratos).

Sobre o ponto, via de regra, as partes escolhem a lei aplicável (*lex voluntatis*), mas para isso é muito importante que estejam conscientes que há uma série de problemáticas que acompanham a escolha de uma lei para aplicar em um contrato internacional. Carlos Maria Gambaro¹⁰ destaca que devem as partes ter em mente que cada legislação possui suas peculiaridades, seja tanto em relação a questões culturais, quanto questões de expressão, de maneira que talvez não exista um sinônimo de determinada palavra em outro ordenamento jurídico.

Logo, o estudo comparativo é um elemento essencial para a formação de uma joint venture, a fim de que o contrato em elaboração possa manter seu texto íntegro e válido em qualquer país relevante para o caso. Também é recomendado que existam no contrato previsões referentes a resoluções de possíveis lacunas ou outras situações que possam vir a aparecer em decorrência de problemas linguísticos, visando evitar futuros litígios entre as partes.

3. EXEMPLOS DE JOINT VENTURES ENTRE EMPRESAS ESTRANGEIRAS E ESTATAIS

O carro-chefe utilizado para o presente estudo são as joint ventures realizadas pela Petrobras (Petróleo Brasileiro S.A) com empresas estrangeiras.

Sendo uma empresa de tamanha atuação, não apenas no Brasil, mas por outras partes do mundo, essa gigante estatal acaba conseqüentemente interagindo com outras empresas, seja competindo no mercado ou em pesquisas conjuntas. Não é de se estranhar, portanto, que tal empresa celebre contratos de joint venture com empresas estrangeiras.

Em 3 de dezembro de 2018, por exemplo, a Petrobras constituiu, junto à Murphy Oil, por meio de subsidiárias de ambas empresas, uma joint venture que envolve o aporte de todos os ativos de petróleo e gás natural em produção situados no Golfo do México¹¹.

¹⁰ GAMBARO, Carlos Maria. O contrato internacional de joint venture. *Revista de informação legislativa*, v. 37, n. 146, p. 61-92, abr./jun.2000.

¹¹ PETROBRAS finaliza criação de JV com Murphy Oil. **Forbes**. 3 dez. de 2018. Disponível em: <https://forbes.uol.com.br/last/2018/12/petrobras-finaliza-criacao-de-jv-com-murphy-oil/>. Acesso em: 24 jul. 2019.

O estabelecimento dessa joint venture será através da contribuição de ambas as empresas de seus atuais ativos de produção do Golfo do México, com Murphy supervisionando as operações com 80% de participação e o PAI com 20%¹².

Conforme pronunciamento da própria estatal, essa joint venture:

representa um passo importante para a Petrobras, como parte de seu Plano de Negócios e Gestão 2018-2022, permitindo, além da entrada de caixa, o **compartilhamento de investimentos**, resultando em uma carteira final com um melhor equilíbrio de risco-retorno através de um novo modelo de negócios nos EUA com um **parceiro com experiência na região e reconhecido por sua expertise operacional e de segurança, disciplina de custo e qualificação técnica**¹³. (grifou-se).

Evidentemente, a parceria em questão tem, além do cunho financeiro inerente a ela, um propósito de alcançar novos mercados, compartilhando tecnologias e conhecimentos em uma área específica.

Outro exemplo emblemático envolvendo a estatal é a joint venture constituída com a empresa holandesa Akzo Nobel, cuja finalidade era adquirir a tecnologia que esta possuía na fabricação de catalisadores utilizados na refinação de petróleo¹⁴.

Recentemente, a Petrobras (Petróleo Brasileiro S.A) também realizou outra joint venture com a empresa francesa Total S.A. Divulgada em 21 de dezembro de 2018, tal parceria “buscará desenvolver uma carteira de projetos de energia solar e eólica onshore no Brasil com até 500 megawatts em capacidade em um horizonte de cinco anos¹⁵”.

Portanto, vistos esses breves exemplos, percebe-se que não é incomum que empresas estatais também acabem recorrendo a esse tipo de contrato com empresas estrangeiras, a fim de obter os benefícios que um contrato de joint venture traz consigo,

¹² PETROBRAS and Murphy form joint venture with Gulf of Mexico assets. **Petrobras**. 11 out. de 2018. Disponível em: <http://www.petrobras.com.br/en/news/petrobras-and-murphy-form-joint-venture-with-gulf-of-mexico-assets.htm> . Acesso em: 24 jul. 2019.

¹³ PETROBRAS and Murphy form joint venture with Gulf of Mexico assets. **Petrobras**. 11 out. de 2018. Disponível em: <http://www.petrobras.com.br/en/news/petrobras-and-murphy-form-joint-venture-with-gulf-of-mexico-assets.htm> . Acesso em: 24 jul. 2019.

¹⁴ MORAIS, José Mauro de. PETRÓLEO EM ÁGUAS PROFUNDAS: Uma história tecnológica da PETROBRAS na exploração e produção offshore. Brasília: Ipea - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2013. 343 p. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/1147>. Acesso em: 29 jul. 2019.

¹⁵ PETROBRAS cede fatia e cria joint venture com Total. **Forbes**. 21 dez. de 2018. Disponível em: <https://forbes.uol.com.br/last/2018/12/petrobras-cede-fatia-e-cria-joint-venture-com-total/>. Acesso em: 25 jul. 2019.

tais quais acesso a setores estratégicos, dispersão de riscos, promoção de inovação tecnológica, entre outros.

4. DISPOSIÇÕES DA LEI 13.303/16 SOBRE O TEMA

A lei 13.303/16¹⁶, que trata sobre o estatuto das empresas estatais, em seu art. 28, § 3º, II, dispõe:

Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, **serão precedidos de licitação nos termos desta Lei**, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista **dispensadas** da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

II - **nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.** (grifou-se)

Logo, percebe-se que o legislador tratou especificamente da questão, determinando a desnecessidade de abrir licitação em alguns casos, sendo um deles quando houver “oportunidade de negócio”. Por sua vez, o §4 também do art. 28, define oportunidade de negócio como:

[...] **a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais**, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente. (grifou-se).

Visto isso, fica evidente que a lei trouxe uma maior liberdade para relações do ponto de vista empresarial, de maneira que, mesmo havendo outras empresas “aptas” a celebrar um contrato dessa natureza com uma Estatal, se justificada a escolha (art. 28, §3, II), exime-se esta de abrir um processo licitatório.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 13.303, de 2016**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 17 jul. 2019.

Esse poder de escolha que foi confiado às empresas estatais é muito relacionado ao princípio da *affectio societatis*, que por sua vez é eminentemente pertencente ao direito empresarial privado, mas que também encontra guarida no caso apresentado.

Para Fábio Ulhoa Coelho¹⁷, *affectio societatis* “diz respeito à disposição, que toda pessoa manifesta ao ingressar em uma sociedade empresária, de lucrar ou suportar prejuízo em decorrência do negócio comum”. Ainda, aponta que “[e]sta disposição, este ânimo, é pressuposto de fato da existência da sociedade, posto que, sem ela, não haverá a própria conjugação de esforços indispensável à criação e desenvolvimento do ente coletivo”.

Logo, não é possível avaliar, de maneira exclusivamente objetiva, a escolha de uma empresa estatal que elege uma empresa estrangeira para firmar um contrato de joint venture, a não ser que aquela apresente uma justificativa para tal caso. A propósito, tal justificativa deve ser pautada em um objetivo real e íntegro, de maneira que existem alguns critérios que devem ser seguidos, não havendo uma liberdade ilimitada à disposição da estatal.

Vale destacar que a autonomia concedida às empresas ministradas pela Administração Pública é muito importante do ponto de vista negocial, pois contratos de joint venture, nos quais ambas as partes assumem riscos e compromissos, são geralmente o oposto do que ocorre em um processo licitatório (que costumam ser definidos unilateralmente pelo contratante).

Assim, deve-se valorizar essa liberdade que o legislador cedeu às empresas estatais, sendo essa essencial para que possam manter-se atuantes no mercado, com possibilidades de negociar e adequar-se para oportunidades que apareçam, sem que sejam tão afetadas por um sistema que, por demasiado burocrático, pode acabar sendo lesivo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Constituição das Sociedades Contratuais: Requisitos de validade do contrato social. In: COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: Direito de empresa**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Cap. 10. p. 159-160.

Conforme exposto no presente estudo, um contrato de joint venture entre uma empresa estatal e uma empresa estrangeira, sem a realização de processo licitatório, é totalmente possível.

A lei 13.303/16, que dispõe sobre o estatuto jurídico das empresas estatais e suas subsidiárias, abre uma “brecha” para casos específicos, como seria na situação de um contrato internacional de joint venture.

No caso, existe, por parte do legislador, um senso de mercado que colabora em muito para que as empresas públicas e as sociedades de economia mistas pertencentes à Administração Pública não sejam prejudicadas em negociações e oportunidades em decorrência de um sistema administrativo demasiado burocrático.

REFERÊNCIAS

BASSO, Maristela. **Joint ventures: manual prático das associações empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. (Coleção Direito e Comércio Internacional).

BRASIL. **Lei nº 13.303**, de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 17 jul. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. Constituição das Sociedades Contratuais: Requisitos de validade do contrato social. In: COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: Direito de empresa**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Cap. 10. p. 159-160.

GAMBARO, Carlos Maria. **O contrato internacional de joint venture**. *Revista de informação legislativa*, v. 37, n. 146, p. 61-92, abr./jun.2000.

MIRANDA, Maria Bernadete; MALUF, Clovis Antonio. O contrato de joint venture como instrumento jurídico de internacionalização das empresas. **Buscalegis-Biblioteca jurídica virtual**, 2002.

MORAIS, José Mauro de. **PETRÓLEO EM ÁGUAS PROFUNDAS**: Uma história tecnológica da PETROBRAS na exploração e produção offshore. Brasília: Ipea - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2013. 343 p. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/1147>. Acesso em: 29 jul. 2019.

PETROBRAS and Murphy form joint venture with Gulf of Mexico assets. **Petrobras**. 11 out. de 2018. Disponível em: <http://www.petrobras.com.br/en/news/petrobras-and-murphy-form-joint-venture-with-gulf-of-mexico-assets.htm> . Acesso em: 24 jul. 2019.

PETROBRAS cede fatia e cria joint venture com Total. **Forbes**. 21 dez. de 2018. Disponível em: <https://forbes.uol.com.br/last/2018/12/petrobras-cede-fatia-e-cria-joint-venture-com-total/>. Acesso em: 25 jul. 2019.

PETROBRAS finaliza criação de JV com Murphy Oil. **Forbes**. 3 dez. de 2018. Disponível em: <https://forbes.uol.com.br/last/2018/12/petrobras-finaliza-criacao-de-jv-com-murphy-oil/>. Acesso em: 24 jul. 2019.