

Organizadora
Aline Beltrame de Moura



O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEU

ENTRE A HARMONIZAÇÃO E A FRAGMENTAÇÃO

COLABORADORES

Aline Beltrame de Moura
Alisson Guilherme Zeferino
Augusto Jaeger Junior
Beatriz Campuzano Díaz
Carmen Tiburcio
Caroline Andreis de Oliveira
Christian Armando Carbajal Valenzuela
Frederico Eduardo Zenedin Glitz
Gustavo Becker Monteiro
Gustavo Ferraz de Campos Monaco
Jamile Bergamaschine Mata Diz

Koji Takahashi
Larry A. DiMatteo
Letícia Mulinari Gnoatton
Luigi Fumagalli
Mariana Sebalhos Jorge
Mario Torres Jarrín
Patrícia Grazziotin Noschang
Rafaela Hörmann
Rodrigo Tadeu Guimarães Jales
Shaun Riordan



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



EMais
Editora & Livraria Jurídica
Coletânea de Artigos



Copyright© 2019 | *Aline Beltrame de Moura*
 Editora-Chefe | *Fernanda Pacheco Amorim*
 Capa e Diagramação | *Carla Botto de Barros*
 Revisão | *Bettina Gomes Omizzolo e Gustavo Becker*

CONSELHO EDITORIAL

Aldacy Rachid Coutinho - UFPR	Diogo Rudge Malan - UERJ, UFRJ e FGV DIREITO RIO
Alexandre Morais da Rosa - UFSC e UNIVALI	Gisela França da Costa - Estácio de Sá-UNESA, UERJ e EMERJ
Alfredo Copetti Neto - Unioeste e Unijui	Jéssica Gonçalves - UFSC
Ana Claudia Bastos de Pinho - UFPA	Jorge Bheron Roche - Unifor
Claudio Ladeira de Oliveira - UFSC	Juan Carlos Vezulla - IMAP-PT
Claudio Melim - Univali	Júlio César Marcellino Jr - UNISUL
Daniela Villani Bonaccorsi - Imed	Márcio Ricardo Staffen - UNIVALI
Deborah Cristina Amorim - Unochapecó	Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI
Denise Schmitt Siqueira Garcia - UNIVALI	Orlando Celso da Silva Neto - UFSC
Eduardo de Avelar Lamy - UFSC	Pedro Miranda de Oliveira - UFSC
Flávio Pansieri - PUC/PR	Roberto Miccù - Universidade de Coimbra-PT
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto - UFSC e UNIVALI	Thiago Fabres de Carvalho - FDV
Gabriel Real Ferrer - UNIVALI e Universidad de Alicante-ES	

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

D635

O direito internacional privado europeu [recurso eletrônico] : entre a harmonização e a fragmentação / organização Aline Beltrame de Moura. - 1. ed. - Florianópolis [SC] : EMais, 2019.

recurso digital ; 2 MB

Formato: pdf

Requisitos do sistema: adobe acrobat reader

Modo de acesso: world wide web

Inclui bibliografia e índice

ISBN 978-85-94142-85-6 (recurso eletrônico)

1. Direito internacional privado - Europa. 2. Livros eletrônicos. I. Moura, Aline Beltrame de.

19-62073

CDU: 341.9(4)

Meri Gleice Rodrigues de Souza - Bibliotecária CRB-7/6439

.....
 É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e seus §§ 1º, 2º e 3º, Lei da Lei 10.695 de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).



Todos os direitos desta edição reservados à EMais.
 www.emaiseditora.com.br
 euquero@emaiseditora.com.br
 Florianópolis/SC

.....
 Impresso no Brasil / Printed in Brazil

ALINE BELTRAME DE MOURA
 COORDENADORA

O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEU

ENTRE A HARMONIZAÇÃO E A FRAGMENTAÇÃO

COLABORADORES

ALINE BELTRAME DE MOURA	KOJI TAKAHASHI
ALISSON GUILHERME ZEFERINO	LARRY A. DiMATTEO
AUGUSTO JAEGER JUNIOR	LETÍCIA MULINARI GNOATTON
BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ	LUIGI FUMAGALLI
CARMEN TIBURCIO	MARIANA SEBALHOS JORGE
CAROLINE ANDREIS DE OLIVEIRA	MARIO TORRES JARRÍN
CHRISTIAN ARMANDO CARBAJAL VALENZUELA	NUNO CUNHA RODRIGUES
FREDERICO EDUARDO ZENEDIN GLITZ	PATRICIA GRAZZIOTIN NOSCHANG
GUSTAVO BECKER MONTEIRO	RAFAELA HÖRMANN
GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO	RODRIGO TADEU GUIMARÃES JALES
JAMILE BERGAMASCHINE MATA DIZ	SHAUN RIORDAN

O apoio da Comissão Europeia para a produção desta publicação não constitui um endosso aos conteúdos, que refletem apenas as opiniões dos autores, e a Comissão não pode ser responsabilizada por qualquer uso que possa ser feito das informações nela contidas.



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



Coletânea de Artigos

2019

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
Aline Beltrame de Moura	
LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA UNIÓN EUROPEA Y LOS CONVENIOS DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA: UNA MEJOR COORDINACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL, A PROPÓSITO DEL NUEVO REGLAMENTO 2019/1111	15
Beatriz CAMPUZANO DÍAZ	
PRIVATE LAW AND THE CIRCULAR ECONOMY: SUSTAINABILITY AND DURABILITY	43
Larry A. DiMatteo	
UNMASKING ANONYMOUS ONLINE INFRINGERS OF PERSONALITY RIGHTS: QUESTIONS ARISING IN INTERNATIONAL CONTEXTS	67
Koji Takahashi	
TECHPLOMACY HACIA LA BÚSQUEDA DE UNA REGULACIÓN DEL CIBERESPACIO Y LA GOBERNANZA DE INTERNET	95
Mario Torres Jarrín / Shaun Riordan	
A REGULAÇÃO DA ECONOMIA COLABORATIVA PELA UNIÃO EUROPEIA	113
Nuno Cunha Rodrigues	
RENOVI IN EUROPEAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW: THE CASE OF THE SUCCESSION REGULATION	135
Luigi Fumagalli	
OS PARÂMETROS PARA A LOCALIZAÇÃO DA RESIDÊNCIA HABITUAL DO FALECIDO NO REGULAMENTO EUROPEU SOBRE SUCESSÕES	155
Aline Beltrame de Moura	
JURISDIÇÃO EM MATÉRIA CONTRATUAL NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPEIA	175
Carmen Tiburcio	

ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL: OS MECANISMOS DE PROTEÇÃO À PARTE HIPOSSUFICIENTE NO REGULAMENTO ROMA I	193
Rafaela Hörmann / Letícia Mulinari Gnoatton	
ARBITRAGEM INTERNACIONAL COMO MECANISMO DE ATRAÇÃO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS. OBJEÇÕES DO BRASIL, ACFI E PROPOSTAS DE REFORMA DA UNIÃO EUROPEIA	209
Christian Armando Carbajal Valenzuela	
ARBITRAGENS INVESTIDOR-ESTADO E A PROPOSTA EUROPEIA DE UM TRIBUNAL MULTILATERAL DE INVESTIMENTOS	231
Alisson Guilherme Zeferino	
JURISPRUDÊNCIA DESPORTIVA NÃO ESTATAL E JURISPRUDÊNCIA NÃO NACIONAL: SEU LUGAR NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	247
Gustavo Ferraz de Campos Monaco	
ESTUDOS BRASILEIROS SOBRE A EUROPEIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	255
Augusto Jaeger Junior / Mariana Sebalhos Jorge	
BREXIT: OS IMPACTOS CAUSADOS NA LIVRE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS PELA SAÍDA DO REINO UNIDO DA UNIÃO EUROPEIA	277
Jamile Bergamaschine Mata Diz / Rodrigo Tadeu Guimarães Jales	
SISTEMA DE ASILO NA UNIÃO EUROPEIA: REFORMA DE UM SISTEMA QUE NÃO ACOMPANHOU O MOVIMENTO MIGRATÓRIO CONTEMPORÂNEO	307
Patricia Grazziotin Noschang / Caroline Andreis de Oliveira	
A NACIONALIDADE E A BINACIONALIDADE DA SOCIEDADE EMPRESARIAL NO DIREITO BRASILEIRO	323
Frederico Eduardo Zenedin Glitz	
TÉCNICAS TRADICIONAIS E NOVAS ORIENTAÇÕES METODOLÓGICAS DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	351
Gustavo Becker Monteiro	

INTRODUÇÃO

Os estudos aqui apresentados foram cuidadosamente elaborados por professores do Brasil e do exterior, especialistas em temas de direito internacional privado e europeu, envolvendo quinze universidades e institutos de pesquisas parceiros, dos quais sete são estrangeiros. A obra foi realizada sob a organização da Professora Aline Beltrame de Moura, coordenadora do Módulo Jean Monnet CCJ/UFSC e do Núcleo de Pesquisas em Direito Internacional Privado UFSC/CNPq do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, com auxílio editorial de Bettina Gomes Omizzolo e Gustavo Becker Monteiro.

O livro foi produzido com financiamento obtido junto à Comissão Europeia no âmbito do Módulo Jean Monnet instituído no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Projeto (600067-EPP-1-2018-1-BR-EPPJMO-MODULE). As ações Jean Monnet 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.

A presente obra, portanto, se propõe a divulgar os resultados dos estudos promovidos pelos projetos de pesquisa desenvolvidos pelo Módulo Jean Monnet UFSC que tem por objetivo analisar a crescente regulamentação normativa das relações privadas que possuam elementos de estraneidade por parte das instituições da União Europeia e os desafios enfrentados para a harmonização regional dessas normas de direito internacional privado. As pesquisas ora apresentadas procuram conduzir o leitor à reflexão sobre os novos rumos e desafios acerca dos contornos e transformações do direito internacional privado na atualidade, levando em consideração as particularidades e potencialidades da sua regulamentação em nível nacional, internacional e perante os processos de integração regional. Certamente, a União Europeia impulsiona

o movimento de uniformização no plano regional por ter elaborado, ao longo dos últimos anos, uma gama invejável de normativas com o escopo de promover a regulamentação não apenas das normas de conexão, mas também de regras materiais que solucionam problemas internacionais que afetam os indivíduos que circulam livremente dentro de espaço europeu de liberdade, segurança e justiça.

Nesta obra, contamos com os estudos de professores e pesquisadores da Universidad de Sevilla (Espanha), University of Florida (Estados Unidos), Doshisha University (Japão), European Institute of International Studies (Suécia), Universidade de Lisboa (Portugal), Università degli Studi di Milano (Itália), Universidad de Lima (Peru), Universidade Federal de Minas Gerais, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Universidade de São Paulo, Universidade do Estado do Rio De Janeiro, Universidade Federal de Santa Catarina, Universidade de Passo Fundo, Unicuritiba e Unochapecó, os quais possibilitaram o estabelecimento de perspectivas e análises diferenciadas, mas que ao mesmo tempo se complementam e valorizam o intercâmbio de conhecimento em prol da construção de um saber jurídico crítico e reflexivo.

Muitos dos autores que contribuíram para a confecção da presente obra desenvolvem atividades ligadas ao Programa Jean Monnet em suas instituições de origem, alguns fazem parte do Núcleo de Pesquisas em Direito Internacional Privado UFSC/CNPq, rede de pesquisa voltada à organização de congressos e seminários, além da publicação de obras em temas ligados ao Direito Internacional Privado e ao Direito da União Europeia e outros, ainda, são parceiros de projetos acadêmicos e de interesses comuns. O livro também conta com a produção de alguns dos alunos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC que participaram do primeiro curso de Direito Internacional Privado e Processual Europeu oferecido no âmbito do Módulo Jean Monnet e ministrado pela Professora Aline Beltrame de Moura.

As contribuições dedicam-se a temática do Direito Internacional Privado Europeu e do Direito Internacional Privado geral partindo de uma análise crítica sobre a uniformização legislativa na área da responsabilidade parental, passando pelas especificidades da utilização dos institutos do reenvio e da residência habitual no regulamento sobre sucessões, pela questão da jurisdição e lei aplicável em matéria contratual, aprofunda-se na arbitragem internacional de investimento estrangeiro e na proposta

europeia de criação de um tribunal de investimentos próprio, analisa a questão do regime jurídico aplicável às plataformas colaborativas na União Europeia, debate sobre a livre circulação de pessoas no espaço europeu e os impactos do Brexit e da atual defasagem do sistema de asilo, bem como realiza uma análise dos estudos brasileiros realizados acerca da europeização das relações internacional-privatistas.

Aborda igualmente questões atuais do Direito Internacional Privado geral como a utilização de cláusulas de sustentabilidade ambiental em contratos privados, a regulamentação do ciberespaço e a governança da internet, os infratores online dos direitos da personalidade no contexto internacional, o direito desportivo sob a ótica do direito internacional privado, a binacionalidade da sociedade empresarial e o estudo sobre as novas técnicas e orientações metodológicas do direito internacional privado.

Abre a obra o artigo intitulado “La unificación del derecho internacional privado en la Unión Europea y los convenios de la conferencia de la Haya: una mejor coordinación en materia de responsabilidad parental, a propósito del nuevo Reglamento 2019/1111” de Beatriz Campuzano Díaz, professora da Univeridad de Sevilla, Espanha, e coordenadora de Cátedra Jean Monnet, que analisa as disposições deste novo regulamento que constituirá o núcleo do direito internacional privado da União Europeia em matéria de família e que começará a ser aplicado a partir de 1º de agosto de 2022. A autora verifica que a ação incessante das instituições europeias tem colocado em dificuldades a interação com as convenções internacionais promovidas por outras organizações internacionais, em particular, pela Conferência de Haia de Direito Internacional Privado. Contudo, afirma que o novo instrumento jurídico europeu procura melhorar as relações com as convenções de caráter universal sem perder a tônica da uniformização regional.

Na sequência, temos a contribuição de Larry A. DiMatteo da University of Florida, Estados Unidos, com o artigo “Private law and the circular economy: sustainability and durability”, no qual discute o problema da obsolência planejada, aquela em que o fabricante intencionalmente distribui produtos com vida útil mais curta e a possibilidade de inclusão de cláusulas contratuais de sustentabilidade, exigindo que os fabricantes e vendedores divulguem informações corretas sobre durabilidade e garantias do produto.

Interessante reflexão é trazida pelo professor Koji Takahashi da Doshisha University, Japão, com o trabalho intitulado “Unmasking

anonymous online infringers of personality rights: questions arising in international contexts”. Nele o autor analisa questões relacionadas aos conflitos de leis que possam surgir nas dimensões internacionais decorrentes da publicação anônima de conteúdo difamatório em um site na Internet, pois são muitas questões jurídicas envolvidas como a escolha de lei, jurisdição e execução transfronteiriça de ordens judiciais. Para tanto, o autor realiza um estudo comparado entre as abordagens adotadas no Japão, França, Estados Unidos e Inglaterra.

Seguindo no debate sobre os desafios impostos pela utilização do ciberespaço, Mario Torres Jarrín do European Institute of International Studies, Suécia, coordenador de Projeto Jean Monnet, e Shaun Riordan do Clingendael Institute, Países Baixos, assinam o artigo “Techplomacy hacia la búsqueda de una regulación del ciberespacio y la gobernanza de internet”. Os autores discutem se a regulamentação do ciberespaço e a governança da Internet são uma competência do direito internacional privado ou do direito internacional público e se o *techplomacy* pode servir como um instrumento de diálogo entre os diferentes atores que participam do ciberespaço e da Internet. Analisam também o potencial da criação de uma TechPlomacy europeia com o objetivo de permitir à União liderar a implementação de uma regulamentação internacional do ciberespaço e da governança da Internet.

Por sua vez, o professor Nuno Cunha Rodrigues da Universidade de Lisboa, Portugal, Coordenador de Cátedra Jean Monnet, colaciona trabalho sobre “A regulação da economia colaborativa pela União Europeia” em que procede à distinção entre economia partilhada e economia colaborativa centrando-se no enquadramento jurídico de plataformas colaborativas (como Uber ou Airbnb) à luz do Direito da União Europeia. A este propósito, analisa a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e a posição da Comissão Europeia, concluindo pela falta de harmonização do regime jurídico aplicável a algumas plataformas colaborativas na União Europeia, encontrando-se essa tarefa atualmente delegada aos Estados-Membros que têm seguido caminhos diversos no que se refere à regulação específica.

Logo após, o professor Luigi Fumagalli da Università degli Studi di Milano, Itália, no artigo “Renvoi in european private international law: the case of the succession regulation” analisa que os efeitos da utilização do reenvio não podem ser vistos apenas sob a ótica das regras do Regulamento

europeu sobre a lei aplicável à sucessão, pois não é um instrumento puramente técnico que produz a substituição de um elemento de conexão por outro, em busca de uma melhor “justiça” ou em prol da coordenação entre sistemas jurídicas por si só. As disposições que permitem o reenvio, na forma como o fazem, devem ser lidas em conjunto com as regras de competência e circulação de sentenças estabelecidas pelo Regulamento europeu. O instrumento do reenvio oferece uma abordagem abrangente para a regulamentação de uma sucessão com dimensão internacional, na qual todos os componentes (regras de jurisdição, lei aplicável e reconhecimento de sentenças) desempenham um papel coordenado.

Dando continuidade ao estudo sobre o Regulamento sobre Sucessões, Aline Beltrame de Moura, professora da Universidade Federal de Santa Catarina e Coordenadora de Módulo Jean Monnet, apresenta o artigo intitulado “Os parâmetros para a localização da residência habitual do falecido no Regulamento Europeu sobre Sucessões”. A autora analisa que embora o processo legislativo europeu tenha evidenciado a tendência à utilização do critério de conexão da residência habitual do indivíduo enquanto elemento politicamente integrador do direito internacional privado europeu, observa-se, por outro lado, a ausência de uma definição expressa do instituto nas disposições do Regulamento (UE) n. 650/2012 relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu. O artigo objetiva, portanto, verificar se tal lacuna dificulta a realização da tão aclamada busca pela segurança jurídica e pela previsibilidade das soluções no campo das relações privadas com conexão internacional ou se a opção do legislador europeu concede mais flexibilidade e possibilidades de adaptação da norma abstrata ao caso concreto, gerando maior efetividade na aplicação do critério da residência habitual.

Em matéria contratual, Carmen Tibúrcio, professora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em artigo intitulado “Jurisdição em matéria contratual no Brasil e na União Europeia” aborda as regras de competência relativas aos contratos previstas no direito brasileiro e no direito comunitário europeu. Analisa a autora que, em ambos os sistemas, há regras de competência especial, como as que fixam o juízo competente em razão do lugar onde a obrigação deve ser cumprida e/ou onde ocorreu o ato. A previsão dessas hipóteses, contudo, não exclui a incidência da regra de

competência geral que, tanto no Brasil quanto na União Europeia, é o foro do domicílio do réu. Em relação às regras de competência especial, analisa as normas relativas ao lugar do cumprimento da obrigação e do local da ocorrência do fato ou ato jurídico.

Seguindo o estudo das relações contratuais, o artigo das pesquisadoras Rafaela Hörmann e Letícia Mulinari Gnoatton, mestrandas do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, dedica-se à “Escolha da lei aplicável: os mecanismos de proteção à parte hipossuficiente no Regulamento Roma I”. O enfoque do trabalho é a verificação da lei aplicável aos contratos internacionais no âmbito da União Europeia e, em específico, o modo como o Regulamento Roma I privilegia a autonomia da vontade das partes, permitindo a livre escolha da lei aplicável aos contratos em que um dos contratantes seja considerado hipossuficiente.

Partindo para os mecanismos de resolução de controvérsias, Christian Armando Carbajal Valenzuela, professor da Universidad de Lima, Peru, apresenta artigo intitulado “Arbitragem internacional como mecanismo de atração e proteção de investimentos estrangeiros: objeções do Brasil, ACFI e propostas de reforma da União Europeia”, no qual discute os aspectos positivos e negativos da arbitragem internacional de investimentos, do ponto de vista dos Estados interessados em atrair investimento estrangeiro e sob a perspectiva das empresas multinacionais que investem no estrangeiro, interessadas em proteger seus ativos e investimentos. Nesse contexto, o autor analisa a proposta de reforma do Sistema de Solução de Controvérsias Investidores Estrangeiros vs. Estados apresentada pela União Europeia, fundamentada, em parte, sobre críticas que são coincidentes com as objeções apresentadas pelo Brasil ao sistema ICSID.

Contribuindo para a discussão sobre a proposta europeia de criação de um tribunal multilateral de investimentos, temos o trabalho de Alisson Guilherme Zeferino, mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, cujo título é “Arbitragens investidor-Estado e a proposta europeia de um tribunal multilateral de investimentos”. Nele o autor busca identificar as particularidades das iniciativas de reformulação do sistema de arbitragens investidor-Estado pelo sistema *ad hoc* e a proposta da União Europeia de criação de um tribunal multilateral para a solução de controvérsias relativas à investimentos.

Tratando de tema emergente para o direito internacional privado, o professor Gustavo Ferraz de Campos Monaco da Universidade

de São Paulo, colaciona artigo sobre a “Jurisprudência desportiva não estatal e jurisprudência não nacional: seu lugar no direito internacional privado”, no qual reflete sobre a recepção da jurisprudência desportiva pelas cortes nacionais. Ao longo do estudo, analisa a mudança na legislação trabalhista brasileira que, em certas situações, passou a admitir a arbitragem para solucionar conflitos decorrentes de contratos de trabalho e o impacto que essa mudança normativa poderá ter em matéria de aproveitamento da jurisprudência arbitral desportiva que envolva o contrato de trabalho dos esportistas.

Na sequência, temos o artigo elaborado pelo professor Augusto Jaeger Junior da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e pela doutoranda da Universidade de São Paulo, Mariana Sebalhos Jorge, sobre os “Estudos brasileiros sobre a europeização do Direito Internacional Privado”. No trabalho os autores perfazem uma trajetória histórica das pesquisas realizadas em solo brasileiro acerca do direito internacional privado europeu, bem como analisam a incorporação dos efeitos desse fenômeno no direito internacional privado brasileiro, a qual permite uma gradual atualização da matéria.

Analisando os impactos do Brexit no tocante à livre circulação de pessoas na União Europeia, temos o artigo da professora Jamile Bergamaschine Mata Diz da Universidade Federal de Minas Gerais, Coordenadora de Centro de Excelência Jean Monnet, em coautoria com Rodrigo Tadeu Guimarães Jales, bacharel em Direito pela mesma instituição, intitulado “BREXIT: os impactos causados na livre circulação de pessoas pela saída do Reino Unido da União Europeia”. Nele, os autores analisam o impacto da saída do Reino Unido da União Europeia na aplicação dos direitos inerentes à livre circulação de pessoas e das pessoas expatriadas, bem como estabelecem os possíveis cenários para a manutenção de tais direitos.

Dando prosseguindo ao estudo da circulação de pessoas no espaço europeu, a professora Patrícia Grazziotin Noschang, da Universidade de Passo Fundo e membro do Módulo Jean Monnet CCIJ/UFSC, juntamente com Caroline Andreis de Oliveira, mestranda em Direito na mesma instituição, analisam o fenômeno migratório sob a perspectiva do asilado no artigo intitulado “Sistema de asilo na União Europeia: reforma de um sistema que não acompanhou o movimento migratório contemporâneo”. O trabalho analisa de modo crítico o atual sistema normativo e político de tratamento do imigrante e, em particular, aos solicitantes de asilo, constata a necessidade de reforma do mecanismo vigente.

Por sua vez, o professor Frederico Eduardo Zenedin Glitz da Unicuritiba e da Uochapecó contribui com o artigo intitulado “A nacionalidade e a binacionalidade da sociedade empresarial no direito brasileiro” em que aborda o tratamento da nacionalidade da sociedade empresarial a partir do direito brasileiro, tratando, em especial, do fenômeno da plurinacionalidade. Apresenta, igualmente, a distinção da binacionalidade para o fenômeno comunitário da sociedade europeia, constatando a necessidade de revisão do conceito jurídico mais estático de nacionalidade da sociedade empresarial, especialmente em razão das empresas binacionais.

Finalizando a obra, adentra-se em um tema de extrema importância ao estudo técnico do direito internacional privado, o mestrandando Gustavo Becker Monteiro do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, dedicada ao estudo das “Técnicas tradicionais e novas orientações metodológicas do direito internacional privado”, no qual analisa que por mais que as tradicionais técnicas de conflitos de lei sejam apontadas por algumas correntes doutrinárias como ultrapassadas para serem eficazmente aplicadas nas relações jurídicas internacionais modernas, são, todavia base para as novas metodologias. Assim, uma complexa matéria vem sendo criada no âmbito do direito internacional privado, uma vez que o clássico se somou ao moderno criando um conjunto de disciplinas onde o novo e o tradicional devem ser analisados e possivelmente aplicados de modo complementar.

Ilha de Florianópolis, novembro de 2019

Aline Beltrame de Moura

LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA UNIÓN EUROPEA Y LOS CONVENIOS DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA: UNA MEJOR COORDINACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL, A PROPÓSITO DEL NUEVO REGLAMENTO 2019/1111¹

Beatriz CAMPUZANO DÍAZ²

INTRODUCCIÓN

El Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000³, también conocido como Bruselas II o Bruselas II bis, ha sido objeto de una reciente reforma, mediante el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida)⁴.

Si repasamos someramente los hitos fundamentales de este proceso de reforma, hemos de señalar que hubo un primer intento, en 2006, que

¹ Este trabajo se realiza en el marco de las actividades de la Cátedra Jean Monnet sobre derecho de familia y sucesiones en la Unión Europea (Reference number: 599094-EPP-1-ES-EPP-JMO-CHAIR), de la que la autora es titular. Las opiniones y valoraciones que se realizan en el presente trabajo son de la exclusiva responsabilidad de la autora.

² Profesora Titular de Derecho Internacional Privado - Universidad de Sevilla. Coordinadora da Cátedra Jean Monnet sobre direito de família e sucessões na União Europeia.

³ DOUE núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003.

⁴ DOUE núm. L 178, de 2 de julio de 2019.

no prosperó. Este año la Comisión presentó la *Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial*,⁵ con la que se trató de introducir algunos cambios en relación con las normas de competencia judicial internacional en materia matrimonial, además de normas de conflicto uniformes en relación con la separación y el divorcio. El requisito de la unanimidad en el sector del derecho de familia impidió que pudiera aprobarse esta reforma, optándose finalmente por un Reglamento independiente, limitado a las cuestiones de ley aplicable, que tuvo que aprobarse a través del sistema de cooperación reforzada: el *Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial*.⁶

Con posterioridad se abrió un segundo proceso de reforma, con la publicación por la Comisión, en 2016, de la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)*.⁷ Esta nueva Propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003, de mayor calado que la anterior, afectaba fundamentalmente al secuestro internacional de menores, al reconocimiento y la ejecución de resoluciones, así como a la cooperación de autoridades. En relación con las normas de competencia judicial internacional se proponían pocos cambios y vinculados, fundamentalmente, a las normas en materia de responsabilidad parental. Sin duda, las dificultades experimentadas con el requisito de la unanimidad en relación con la propuesta de reforma anterior, llevaron a que en la materia matrimonial se mantuvieran básicamente las mismas soluciones y a que el ánimo reformista fuera algo más amplio en las cuestiones de responsabilidad parental, con el fin, básicamente, de mejorar las relaciones entre el Reglamento 2201/2003 y el *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los*

niños (en adelante, CH 96), así como de incorporar los pronunciamientos del TJUE en relación con aquellos preceptos que habían venido suscitando dificultades interpretativas⁸.

Sobre su proceso de tramitación⁹ puede señalarse que el Comité Económico y Social aprobó su Dictamen en el Pleno de 26 de enero de 2017¹⁰. El Parlamento Europeo aprobó una primera Resolución legislativa sobre la Propuesta el 18 de enero de 2018¹¹, que en una fase avanzada de las negociaciones y teniendo en cuenta la postura del Consejo, se vio seguida de una segunda Resolución de 14 de marzo de 2019¹². Y el Consejo adoptó el Reglamento por unanimidad, en su sesión de 25 de junio de 2019¹³.

El Reglamento 2019/1111 comenzará a aplicarse a partir del 1 de agosto de 2022 (art. 105). Tiempo habrá por tanto para analizar las disposiciones de este nuevo Reglamento, que conformará el núcleo del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de familia. Nosotros, en las líneas que siguen, nos vamos a centrar en un aspecto muy concreto, que consideramos de interés para un libro que tiene como objetivo reflexionar sobre el proceso de unificación del Derecho internacional privado en la Unión Europea. La actuación incesante de las instituciones europeas está planteando dificultades de interacción con los Convenios internacionales promovidos por otras organizaciones internacionales, y en particular, por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Como

8 Al respecto vid B. CAMPUZANO DÍAZ, “La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003: ¿se introducen mejoras en la regulación de la competencia judicial internacional?”, M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUÉS MOTA (dirs) y M. HERRANZ BALLESTEROS y M. VARGAS GÓMEZ URRUTIA (coords.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 91 y ss.

9 Una información muy completa y detallada sobre esta proceso puede encontrarse en: https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2016_190

10 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición), DOUE núm. C 125, de 21 de abril de 2017.

11 Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2018, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición) (COM(2016)0411 – C8-0322/2016 – 2016/0190(CNS)), http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0017_ES.html.

12 Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2019, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida) (15401/2018 – C8-0023/2019 – 2016/0190(CNS)), http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0206_ES.html

13 Los documentos sobre el proceso de negociación en el Consejo y la adopción final del Reglamento pueden consultarse a través de Internet, vid supra nota 8.

5 Bruselas, 17.7.2006, COM (2006) 399 final. Para un análisis de esta Propuesta vid. B. CAMPUZANO DÍAZ, “La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial”, M. di FILIPPO, B. CAMPUZANO DÍAZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, M^a. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (coords.), *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2008, págs. 93 y ss.

6 DOUE núm. L 343, de 29 de diciembre de 2010.

7 Bruselas, 30.6.2016, COM (2016) 411 final.

es importante que la unificación regional del Derecho internacional privado se haga sin perder de vista la unificación que se ha realizado o se está realizando con un pretendido carácter universal, el nuevo Reglamento 2019/1111 ha pretendido mejorar las relaciones con el CH 96, en el que participan todos los Estados miembros a instancia, precisamente, de la Unión Europea¹⁴.

Veremos a continuación qué mejoras se han realizado.

1. DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE COINCIDENCIA ENTRE EL REGLAMENTO 2019/1111 Y EL CH 96. LA COMPLEMENTARIEDAD EN EL SECTOR DE LA LEY APLICABLE

Antes de entrar en el análisis de las relaciones entre el Reglamento 2019/1111 y del CH 96 conviene que nos detengamos, aunque sea someramente, en determinar las materias que regulan ambos instrumentos, para precisar las áreas en que pueden resultar complementarios o en las que se producen solapamientos y por tanto una concurrencia de normas que habrá que saber coordinar.

En relación con ello hemos de señalar que no existe una completa identidad de contenidos entre el Reglamento 2019/1111 y el CH 96. El Reglamento 2019/2011 regula el divorcio, la separación judicial y la nulidad del matrimonio, así como las cuestiones de responsabilidad parental, con normas que se ocupan de la competencia judicial internacional, del reconocimiento y ejecución de resoluciones, y de la cooperación internacional de autoridades. No regula las cuestiones de ley aplicable, que sin embargo sí se regulan en el CH 96, además de los otros tres sectores mencionados. Este Convenio tampoco se ocupa de la materia matrimonial, pues tal como se desprende de su propio título, se limita en su contenido a la responsabilidad parental y medidas de protección de los niños.

¹⁴ Vid. *Decisión del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*, DOUE núm. L 48, de 21 de febrero de 2003; *Decisión del Consejo, de 5 de junio de 2008, por la que se autoriza a algunos Estados miembros a ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, y por la que se autoriza a algunos Estados miembros a formular una declaración sobre la aplicación de las normas internas correspondientes del Derecho comunitario*, DOUE núm. L 151, de 11 de junio de 2008.

El ámbito de coincidencia de ambos instrumentos internacionales, una vez descartada la materia matrimonial, se reduce por tanto a las cuestiones de responsabilidad parental. En este marco, el Reglamento 2019/1111 ha venido a pronunciarse expresamente sobre una cuestión que redundaba en un mayor paralelismo de soluciones con el CH 96, pues se refiere expresamente a que se entenderá por menor toda persona que tenga menos de dieciocho años (art. 2.6)¹⁵. El CH 96 prefiere usar la palabra “niño”, pero para referirse también a menores de dieciocho años (art. 2). Por otra parte, y en cuanto a la lista de materias cubiertas por el concepto de responsabilidad parental y de medidas de protección, hemos de señalar que se hace una enumeración en ambos instrumentos, que es sustancialmente coincidente (art. 1.2 del Reglamento 2019/1111 y art. 3 CH 96)¹⁶. En esta lista el Convenio se refiere adicionalmente a medidas de supervisión que puedan desarrollar las autoridades públicas en relación con el cuidado del menor, pero en relación con ello debemos señalar que el TJUE ya ha manifestado, en diversas ocasiones, que el Reglamento europeo también se aplica a las medidas de protección que pudieran adoptar las autoridades públicas, a pesar de que la norma europea se refiera en su art. 1 a materias civiles¹⁷. Esta jurisprudencia se ha incorporado ahora además al Preámbulo del Reglamento 2019/1111, cuando se refiere a su ámbito de aplicación en el *Considerando 4*.

Siguiendo con la delimitación del ámbito de coincidencia, ya hemos tenido ocasión de señalar que el Reglamento 2019/1111 no se ocupa de las cuestiones de ley aplicable, de las que sí se ocupa el CH 96, arts. 15 y ss. Serán por tanto las normas de conflicto contenidas en el Convenio a las que tendrán que acudir las autoridades de los Estados miembros para

¹⁵ En el *Considerando 17* del Reglamento 2019/1111 se explica el sentido de esta referencia expresa a los dieciocho años, haciendo la salvedad de que en relación con los supuestos de secuestro internacional de menores se tendrá en cuenta que el Convenio de La Haya de 1980 se refiere a menores de 16 años.

¹⁶ Tal como se ha señalado, tanto en relación con la lista de materias incluidas en el Reglamento dentro del concepto de responsabilidad parental, como en relación con las excluidas, se observa una clara influencia de los arts. 3 y 4 CH 96, W. PINTENS, “Article 1: Scope”, U. MAGNUS y P. MANKOWSKI (eds.), *European commentaries on private international law*, Volumen IV Brussels II bis Regulation, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pág. 79.

¹⁷ Sentencia del TJCE de 27 de noviembre de 2007, C-435/06, C, ECLI:EU:C:2007:714; Sentencia del TJCE 2 de abril de 2009, C-523/07, A., ECLI:EU:C:2009:225; Sentencia del TJUE de 26 de abril de 2012, C-92/12, Health Service Executive, ECLI:EU:C:2012:255. Al respecto vid. K. BOELE-WOELKI y M. JANTERA JÁREBORG, “Protecting children against detrimental family environments under the 1996 Hague Convention and the Brussels II bis Regulation”, K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER, S. SYMEONIDES (eds.), *Convergence and divergence in private international law. Liber amicorum K. Siehr*, Schulthess, Zürich, 2010, pág. 140.

determinar la ley aplicable a las medidas de protección y al ejercicio de la responsabilidad parental. Y ello tanto cuando resulten competentes con arreglo a las normas del Reglamento 2019/1111 o del CH 96.

Como el tenor literal de las normas de conflicto contenidas en el CH 96 no está bien adaptado a las relaciones que se establecen con el Reglamento europeo, concretamente su art. 15, se ha querido evitar en el nuevo Reglamento cualquier duda al respecto. En el *Considerando 92* se señala que la legislación aplicable en materia de responsabilidad parental debe determinarse de conformidad con las disposiciones del Capítulo III del CH 96, y que al aplicarse este Convenio en un procedimiento ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el que se aplique el presente Reglamento, la referencia que se hace en el art. 15.1 CH 96 a las disposiciones de su Capítulo II -que se refiere a las normas de competencia-, se entenderá hecha a las disposiciones del Reglamento¹⁸.

La realidad es que el carácter *erga omnes* de las normas de conflicto habría hecho imposible una convivencia entre dos instrumentos internacionales referidos a la misma materia, y éste es un ámbito donde la Unión Europea está respetando las iniciativas ya existentes de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. En el caso que analizamos, el CH 96 lleva a una unificación de las normas de conflicto entre los Estados miembros de la Unión Europea, con la ventaja adicional de que esa unificación se extiende más allá del ámbito europeo, pues no son pocos los terceros Estados que han decidido participar también en este Convenio¹⁹.

2. LAS RELACIONES ENTRE EL REGLAMENTO 2019/2011 Y EL CH 96 EN SU ÁMBITO DE COINCIDENCIA

El art. 97 del Reglamento 2019/1111 se dedica a regular las relaciones con el CH 96 en su ámbito de coincidencia. Este precepto se ha reformado con respecto al Reglamento 2201/2003, añadiéndosele un segundo apartado para mejorar los problemas de articulación que venían

¹⁸ Esta conclusión también puede extraerse del art. 98.1 del Reglamento 2019/1111, donde se establece que los acuerdos y convenios mencionados en los artículos precedentes, entre los que se encuentra el CH 96, seguirán surtiendo efectos en las materias no reguladas en el presente Reglamento.

¹⁹ La lista de Estados parte en el CH 96 se eleva a 52, entre los que están los 28 Estados miembros de la Unión Europea. Se puede consultar en www.hcch.net.

suscitándose en el sector de la competencia judicial internacional. Pero comencemos con su aptdo. 1º, que viene a establecer básicamente lo mismo ya decía el Reglamento 2201/2003 en su art. 61: “*En las relaciones con el Convenio de La Haya de 1996, el presente Reglamento se aplicará: a) a reserva de lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo, cuando el menor tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro; b) en lo que respecta al reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una decisión dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado que sea parte contratante del citado Convenio y en el que no se aplique el presente Reglamento*”.

El objetivo que se persigue con este precepto es que primen las disposiciones del Reglamento 2019/1111 sobre las del CH 96, cuando se trata de supuestos que se desarrollan exclusivamente dentro de la Unión Europea o que están más estrechamente conectados con la Unión Europea.

Para que pudiera incluirse esta norma en el Reglamento se contó con la colaboración de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. El CH 96 es anterior en el tiempo al primer Reglamento que la UE dedicó a la materia de la responsabilidad parental (el Reglamento 1347/2000, después sustituido, como sabemos, por el Reglamento 2201/2003 y ahora por el Reglamento 2019/1111), pero ya durante su proceso de negociación se sabía que los países de la Unión Europea tenían intención de establecer entre ellos una normativa uniforme de carácter regional²⁰. En consecuencia, se decidió incorporar al CH 96 un precepto para que los Estados miembros de la Unión Europea pudieran participar en este Convenio, sin comprometer con ello una futura actuación a nivel regional.

El art. 52.2 CH 96 dispone que *el Convenio no afectará a la posibilidad para uno o varios Estados contratantes de concluir acuerdos que contengan disposiciones sobre las materias reguladas por el presente Convenio, respecto a niños que tengan su residencia habitual en uno de los Estados*

²⁰ E. GALLANT, *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, París, Defrénois, 2004, pág. 87. No debemos olvidar que los Reglamentos estuvieron precedidos por el Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998, que prácticamente es coetáneo con el CH 96.

parte en tales acuerdos. La redacción que debía darse a este precepto en el CH 96 no fue una tarea fácil²¹. Con posterioridad han surgido dificultades, causadas también por el tenor literal de la norma europea, que ponen de manifiesto la complejidad que encierran estas cláusulas de desconexión.

En el plano de las normas de competencia judicial internacional es donde mayores problemas se han detectado. Conforme al art. 97.1.a) del Reglamento 2019/1111, esta norma será de aplicación preferente cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado miembro. Deben aplicarse las normas del CH 1996 cuando su residencia habitual esté en un Estado parte del Convenio, en el que no se aplique el Reglamento, tal como se deduce de lo dispuesto en el art. 52.2 CH 96. Las autoridades de los Estados miembros de la Unión Europea, que son a fin de cuentas las que pueden aplicar ambos instrumentos internacionales, tendrán que recurrir a las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 2019/1111 en el primer caso y a las del CH 96 en el segundo. Esta solución, en apariencia sencilla, se ha demostrado no obstante que ha planteado problemas interpretativos, además de que no contemplaba todas las situaciones posibles. La reforma que introduce el Reglamento 2019/1111 ha consistido en añadir un segundo párrafo al art. 61 del Reglamento 2201/2003, de forma que se diera una respuesta más adecuada a las carencias que presentaba la normativa anterior. Sobre esta cuestión volveremos en el siguiente epígrafe.

En el sector del reconocimiento y ejecución de resoluciones las relaciones entre la normativa europea y el CH 96 han resultado más simples, dado el carácter *inter-partes* con que se aplican estas disposiciones. Este carácter *inter-partes* justifica además esta doble normativa, pues puede establecerse, como efectivamente se ha hecho, un régimen privilegiado de eficacia extraterritorial entre los Estados miembros de la Unión Europea. El tenor literal del art. 52.2 CH 96, que alude como se ha visto únicamente al lugar de residencia del niño, no era claro sin embargo en relación con este objetivo, que si se plasmó claramente en el art. 61 del Reglamento 2201/2003, ahora art. 97 del Reglamento 2019/1111, que atiende al país de origen de la resolución.

No obstante, para evitar cualquier duda al respecto, y preservar la

21 Al respecto vid.P. LAGARDE, Informe explicativo relativo al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, <https://assets.hcch.net/docs/aa132b31-385d-4a66-b8d9-2d362053ed75.pdf>, págs. 71-72; y A. BORRÁS, «La cláusula de compatibilidad del art. 52.2 del Convenio de La Haya de 1996 y los instrumentos comunitarios», *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea. Liber amicorum J.L. Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, págs. 194 y ss.

aplicación preferente de las normas sobre reconocimiento y ejecución del Reglamento frente al CH 96, independientemente del lugar de residencia habitual del niño, los Estados miembros de la UE realizaron una declaración en el momento de vincularse por el CH 96, en el siguiente sentido: “*En los artículos 23, 26 y 52 del Convenio se permite a las Partes Contratantes cierto grado de flexibilidad para aplicar un régimen sencillo y rápido de reconocimiento y ejecución de las sentencias. Las normas comunitarias prevén un sistema de reconocimiento y ejecución que es como mínimo tan favorable como las normas que establece el Convenio. En consecuencia, una sentencia dictada en un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la Unión Europea en relación con una materia contemplada en el Convenio será reconocida y ejecutada en [...], aplicando las normas internas correspondientes del Derecho comunitario*”²². Se trata, en definitiva, de una articulación razonable entre instrumentos internacionales, en línea además con el espíritu de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado de no interferir en las mejoras que puedan establecer entre ellos dos Estados parte, o en este caso un grupo de Estados parte, siempre que no afecte a las relaciones con otros Estados parte del Convenio²³.

*En relación con las normas sobre cooperación de autoridades nada se ha previsto expresamente, ni en el art. 52.2 CH 96 que se refiere únicamente al lugar de residencia habitual del niño, ni en el art. 97 del Reglamento 2019/1111, que sólo ha introducido precisiones adicionales en relación con las normas de competencia judicial internacional. La aplicación con carácter inter-partes de esta normativa, referida a la cooperación o ayuda que se prestan las autoridades de los Estados parte en beneficio del interés superior del menor, debe llevarnos a la misma conclusión ya vista a propósito de la eficacia extraterritorial de resoluciones*²⁴. Se puede decir que en este ámbito, al igual que en el sector de la eficacia extraterritorial de resoluciones, la unificación normativa con carácter regional y la unificación normativa con un pretendido carácter universal se articulan bien, y tiene sentido que se desarrollen en paralelo al permitir que un grupo de Estados profundicen en sus relaciones mutuas.

22 Art. 2 de la Decisión del Consejo 19 de diciembre de 2002 y Art. 2 de la Decisión del Consejo de 5 de junio de 2008 (Vid. supra nota 13).

23 Como dispone el art. 52.3 CH 96: “*Los acuerdos a concluir por uno o varios Estados contratantes sobre materias reguladas por el presente Convenio no afectarán a la aplicación de las disposiciones del presente Convenio en las relaciones de estos Estados con los demás Estados contratantes*”.

24 El art. 39 CH 96 se refiere además expresamente a la posibilidad de concluir acuerdos entre Estados contratantes para mejorar la aplicación del Capítulo V referido a la “Cooperación” en sus relaciones recíprocas.

3. UNA ATENCIÓN ESPECIAL AL SECTOR DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.

3.1. LA REGLA GENERAL DE COORDINACIÓN BASADA EN EL LUGAR DE RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR.

3.1.1. LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 2019/1111 O DEL CH 96. CONSECUENCIAS.

El lugar de residencia habitual del menor resulta esencial de cara a la coordinación y funcionamiento de las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 2019/1111 y del CH 1996. Desde el punto de vista de la coordinación ya sabemos que en el art. 97.1 del Reglamento 2019/1111 se establece que el Reglamento primará sobre el CH 96 cuando el menor tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro. Esta disposición se complementa, como también sabemos, con el art. 52.2 del CH 96, que se refiere a que el Convenio no afectará a la posibilidad para uno o varios Estados contratantes de concluir acuerdos que contengan disposiciones sobre las materias reguladas por el Convenio, respecto a niños que tengan su residencia habitual en uno de los Estados parte en tales acuerdos.

En definitiva, que el lugar de residencia habitual del menor se convierte en un elemento fundamental de cara a la correcta articulación de estos dos instrumentos internacionales, ya que si se encuentra en un Estado miembro de la Unión Europea se aplicarán las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 2019/1111, con las salvedades que en el propio art. 97 se establecen, y si se encuentra en el territorio de un Estado parte del CH 96, que no es miembro de la Unión Europea, se aplicarán las normas de competencia judicial internacional del Convenio. Obviamente, serán sólo los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea los que tendrán que plantearse esta disyuntiva, pues son los Estados que participan en ambos instrumentos internacionales²⁵.

El hecho de tener que acudir a un instrumento internacional u otro tiene una trascendencia limitada, dada la similitud de soluciones que

²⁵ En el Reglamento 2019/1111 se usa el concepto de “*órgano jurisdiccional*” para referirse a cualquier autoridad de cualquier Estado miembro con competencias en las materias que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento (art. 2.2.1). El CH 96 prefiere sin embargo usar el término de autoridades, que también debe entenderse en sentido amplio para comprender autoridades judiciales y administrativas (vid. art. 5.1).

ambos ofrecen. De hecho, la necesidad de que en el Reglamento de la Unión Europea se incorporaran normas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental fue cuestionada, porque ya se disponía de las normas que ofrecía el CH 96. No obstante, desde la perspectiva del desarrollo del “Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia”, considerando además el papel central que desarrolla este Reglamento en el sector del derecho de familia, entendemos que resultaba aconsejable²⁶. Si hacemos un repaso de cuándo tendríamos que aplicar un instrumento u otro para conocer del fondo del asunto²⁷ y de las peculiaridades que ello comportaría, nos encontramos que no son muchas.

En ambos instrumentos se recoge como foro general el de la residencia habitual del menor (art. 7 del Reglamento 2019/1111 y art. 5 del CH 96), aunque con distintos niveles de estabilidad, como veremos en el siguiente epígrafe. El art. 8 del Reglamento 2019/1111 contempla un foro especial para la modificación de una resolución sobre derecho de visita, cuando hay un traslado de residencia habitual del menor entre Estados miembros, que no tiene equivalente en el CH 96 y que no podrá aplicarse por tanto en las relaciones con los Estados parte de este Convenio. La norma de competencia en caso de traslado o retención ilícito de un menor entre Estados miembros del art. 9 del Reglamento 2019/1111, con la que se trata de limitar la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual para no favorecer la sustracción internacional de menores, es sustancialmente equivalente con la prevista en el art. 7 CH 96, que sería la aplicable en las relaciones con Estados parte de este Convenio. La elección de tribunal competente se permite en el art. 10 del Reglamento 2019/1111 en términos más amplios que en el art. 10 CH 96, por lo que habrá que atender a las condiciones del primer precepto cuando el niño reside en un Estado miembro y la elección se produce en favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, y a las del segundo precepto cuando reside en un Estado parte del CH 96 y la elección se produce en favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro o a la inversa, tal como detallaremos en el siguiente epígrafe. Los arts. 11 del Reglamento 2019/1111 y 6 del CH 96, que se refieren a la

²⁶ Al respecto vid. Th.M de BOER, “Jurisdiction and enforcement in international family law: a labyrinth of European and international legislation, Netherlands international law review, 2002, págs. 335 y ss.

²⁷ En los dos instrumentos se regula también la competencia para adoptar medidas provisionales, incluidas las cautelares, en casos de urgencia, atendiendo a la presencia del menor o de sus bienes (art. 15 del Reglamento 2019/1111 y arts. 11-12 CH 96).

competencia basada en la presencia del menor cuando no pueda determinarse su residencia habitual, señalando que también se aplicarán a los menores refugiados y desplazados internacionalmente, son básicamente equivalentes. La misma observación puede hacerse en relación con los arts. 12 y 13 del Reglamento 2019/1111 y 8 y 9 CH 96, que regulan la posible remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del fondo del asunto, con algunas precisiones adicionales en la norma de la Unión Europea, tal como también veremos más adelante.

En definitiva, aunque la articulación normativa puede resultar dificultosa, especialmente cuando no se trabaja habitualmente con estas normas, puede funcionar bastante bien, con pocas salvedades²⁸. Algunas de las precisiones adicionales que se han introducido en el art. 97 del Reglamento 2019/1111 han contribuido precisamente a mejorar esa articulación entre instrumentos internacionales.

La reforma del Reglamento 2019/1111 no se ha aprovechado sin embargo para resolver con claridad una cuestión que venía suscitando ciertas dudas interpretativas, como es la relativa a qué normas de competencia judicial internacional deben aplicar los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE cuando el menor reside en un tercer Estado, que no es parte del CH 96²⁹. Si repasamos qué normas de las ya vistas serían susceptibles de proyectarse para conocer del fondo del asunto en relación con menores residentes en terceros Estados, vemos que en realidad son pocas. Se trataría del art. 10 del Reglamento 2019/1111 sobre elección de tribunal competente, no así del art. 10 del CH 96, que contempla únicamente los acuerdos de elección de foro en relación con menores que residan

²⁸ Además de lo que señalaremos en texto principal, se podría incluir entre esas salvedades que dificultan la articulación del Reglamento 2019/1111 con el CH 96, normas que regulan aspectos o situaciones concretas y que ofrecen soluciones que se apartan del paralelismo entre ambos instrumentos internacionales. Por parte del CH 96 señalar que permite en su art. 55 que cualquier Estado pueda, conforme al art. 60, reservarse la competencia de sus autoridades para tomar medidas de protección de los bienes de un niño situados en su territorio, lo cual España ha hecho. Por parte del Reglamento 2019/1111 se puede mencionar el art. 16, que permite a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro decidir sobre cuestiones incidentales relacionadas con la responsabilidad parental o sobre la validez de un acto jurídico que vaya a realizarse en nombre del menor en un procedimiento sucesorio, a pesar de carecer de competencia judicial internacional sobre esta materia.

²⁹ P. McELEVAY, "The 1996 Hague Convention and the European Union: Connection and Disconnection", A Commitment to Private International Law. Essays in Honour of H. Van LOON, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2013, pág. 375. En nuestra doctrina vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho internacional privado, Vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, págs. 431-432; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, Derecho internacional privado, 10ª ed., Civitas, Thomson Reuters, 2018, págs. 395-396.

en Estados contratantes. También cabría considerar aquí las normas de competencia con respecto a menores refugiados y desplazados internacionalmente, prevista en los arts. 11 del Reglamento 2019/1111 y 6 CH 96³⁰.

Pues bien, en relación con estos dos supuestos, el nuevo Reglamento 2019/1111 no resulta claro. Comenzando con el segundo, se ha introducido una aclaración en el *Considerando 25* del Preámbulo del Reglamento, en la que justifica la aplicación de las normas de competencia judicial internacional del CH 96 en relación con los menores desplazados desde terceros Estados, mencionando su art. 52.2. En relación con la elección de tribunal competente hemos de señalar que en el art. 12.4 del Reglamento 2201/2003 se contemplaba expresamente la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro cuando el menor tuviera su residencia habitual en un tercer Estado, pero durante su proceso de revisión este apartado ha desaparecido sin mayores explicaciones. Entendemos, en cualquier caso, que no tendría sentido que una aplicación preferente del CH 96, que contempla los acuerdos de elección de foro de forma más limitada y para niños con residencia en un Estado contratante, debiera impedir que los titulares de la responsabilidad parental quisieran acudir a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro para modificar, por ejemplo, la resolución sobre derecho de visita que en el pasado adoptaron con respecto a un niño que ahora reside en un tercer Estado. A favor de esta interpretación hay que recordar que las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 2219/1111 tienen carácter general, admitiendo la posibilidad de acudir a las normas nacionales sólo cuando con arreglo a ellas no puede determinarse la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro (art. 14), además de que en este caso no se estaría perjudicando la competencia de los órganos jurisdiccionales de un un Estado parte del CH 96.

3.1.2. LA RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR COMO FORO GENERAL DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y SU INCIDENCIA EN EL SISTEMA DE COORDINACIÓN.

La residencia habitual del menor juega un papel fundamental en el funcionamiento del Reglamento 2019/1111 y del CH 96, dado que también

³⁰ Se podría incluir entre las normas susceptible de proyectarse en las relaciones con terceros Estados el art. 7 CH 96 sobre secuestro internacional de menores. Pero que se cumpla el sentido de esta norma, que es evitar que se pronuncie sobre el fondo de la cuestión de responsabilidad parental las autoridades del Estado donde haya sido trasladado el menor, no puede garantizarse unilateralmente con este precepto.

es el foro general de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. Según el art. 7.1 del Reglamento 2019/1111, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro, en el momento en que se acuda al órgano jurisdiccional. El art. 5.1 CH 96 dispone igualmente que las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes, con la salvedad que se hace en el art. 5.2 relativa al cambio de residencia del niño a otro Estado contratante, pues serán competentes en este caso las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual.

El problema con esta particularidad adicional que introduce el CH 96 es que afecta a la articulación entre instrumentos internacionales. Como se señaló durante el proceso de revisión del Reglamento 2201/2003, se estaban planteando problemas en relación con niños que trasladaban su residencia habitual desde un Estado miembro a un Estado parte únicamente en el CH 96, pues con arreglo a la norma europea los órganos jurisdiccionales ante los que ya se había iniciado el procedimiento conservaban su competencia, con arreglo al principio de la *perpetuatio fori*, mientras que con arreglo al CH 96 la competencia pasaba a las autoridades del lugar de la nueva residencia habitual³¹. Téngase presente, en relación con el problema que ello plantea a nivel de articulación de instrumentos internacionales, que dicho traslado determina que pase a aplicarse el CH 96.

En respuesta a este problema, la Propuesta de reforma preparada por la Comisión³² incorporó una reforma en el foro general de competencia judicial internacional, para alinearlo con el CH 96 y favorecer una mejor articulación. Conforme a la nueva redacción que se proponía para el foro general (art. 7 de la Propuesta), cuando un menor cambiase legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiriese una nueva residencia habitual en este último, serían competentes las autoridades del

31 Study on the assessment of Regulation (EC) Núm. 2201/2003 and the policy options for its amendment, final report, evaluation (<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/463a5c10-9149-11e8-8bc1-01aa75ed71a1/language-en>), pág. 15; pág. 15; H. VAN LOON, “The Brussels IIa Regulation: towards a review?”, Cross-Border activities in the EU-making life easier for citizens, PE 510.003, pág. 192, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU\(2015\)510003_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_EN.pdf);

Th.M. de BOER puso de relieve que después ello podía plantear problemas en sede de reconocimiento conforme al art. 23.2.a CH 96, “What we should not expect from a recast of the Brussels IIbis Regulation”, *Nederlands internationaal privaatrecht*, 2015, N° 1, pág. 16.

32 Vid. supra nota 6.

Estado miembro de la nueva residencia habitual. Ciertamente es que en el tenor literal de la Propuesta de reforma se contemplaba únicamente el traslado de residencia entre Estados miembros, pero se trataba de una modificación que venía a poner fin al principio de la *perpetuatio fori*, lo cual favorecía la articulación con el CH 96.

En la primera resolución del Parlamento Europeo se introdujeron en la letra del precepto algunas limitaciones. En principio se mantenía el criterio del cambio en la competencia judicial internacional, *a menos que las partes acordasen, antes del cambio de residencia, que seguirían siendo competentes las autoridades del Estado miembro en el que el menor residía habitualmente hasta entonces. Además se proponía la adición de un nuevo apartado (art. 7.1.bis) para referirse específicamente a las causas pendientes en materia de derechos de custodia y visita, señalando que seguirían siendo competentes las autoridades del Estado miembro de origen hasta la conclusión del proceso, a menos que las partes acordasen que se debía poner fin al mismo*³³. Sin embargo, en el documento de la Presidencia al Consejo relativo a la orientación general sobre la Propuesta de Reglamento se decidió abandonar este cambio, con una redacción que volvía al originario precepto del Reglamento 2201/2003³⁴. Y esta última versión, con algún retoque de redacción, es la que se ha mantenido en el Reglamento finalmente adoptado.

Esta opción final nos debe llevar a reflexionar sobre el concepto de residencia habitual y las dificultades que se han planteado en su determinación, porque quizás puedan ser la causa. Tradicionalmente, el concepto de residencia habitual no se ha definido en los instrumentos internacionales para preservar su carácter fáctico. Se trata con ello de escapar de definiciones legales, que pueden variar de un ordenamiento jurídico a otro, con las dificultades que ello plantearía. En circunstancias normales esa falta de definición no tendría por qué plantear grandes problemas para determinar el lugar de residencia habitual del menor, pero la práctica nos demuestra sin embargo que surgen particularidades y con ello dudas. De hecho, el TJUE ha tenido que pronunciarse en diversas ocasiones sobre esta cuestión, tanto en relación con el foro general de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental (art. 8 del Reglamento 2201/2003), como a propósito de la aplicación de las normas sobre secuestro internacional de menores, que también se refieren a la

33 Vid. supra nota 10.

34 Bruselas, 30 de noviembre de 2018, 14784/18, JUSTCIV 292, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_14784_2018_INIT&from=EN

residencia habitual del menor (arts. 2.11, 10 y 11 del Reglamento 2201/2003).

En la Sentencia del TJCE de 2 de abril de 2009, as. 523/07, A³⁵, se sentaron las notas configuradoras del concepto de residencia habitual. Concretamente, el TJCE señaló que la mera presencia física del menor en un Estado miembro no bastaba para determinar su residencia habitual (p. 33), pues debían tenerse en cuenta además otros factores que indicasen una cierta integración en un entorno familiar y social (p. 38); se ofrecían a continuación una lista de factores o indicios de los que deducir esa integración (p. 39). En la Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010 C497/10 PPU, Barbara Mercredi y Richard Chaffe³⁶, se planteó como peculiaridad, frente a la anterior, que era necesario determinar la residencia habitual de un menor lactante, para lo que el TJUE precisó que los indicios o factores de integración debían precisarse atendiendo a las circunstancias de la madre, que era quien tenía el menor a su cargo (p. 56). La Sentencia del TJUE de 9 de octubre de 2014, C376/14 PPU, C y M³⁷ se enfrentó a la necesidad de determinar el lugar de residencia habitual en el marco de un proceso que aún no había terminado, pues se había trasladado al menor a otro Estado miembro en virtud de una resolución judicial ejecutiva con carácter provisional, que después fue revocada. En la Sentencia del TJUE de 15 de febrero de 2017, C499/15, W, V y X³⁸, a diferencia de la anterior, se planteó donde estaba el lugar de residencia habitual del menor a efectos de modificar las medidas que ya había sido adoptadas en otro proceso ya concluido. Más recientemente, las dudas han derivado hacia la relevancia que debe concederse a la intención de los progenitores a efectos de determinar el lugar de residencia habitual de menor. En este sentido puede citarse la Sentencia del TJUE de 8 de junio de 2017 C111/17 PPU, OL y PQ³⁹, referida a un menor lactante; la Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2018 C512/17, HR⁴⁰; y la Sentencia de 17 de octubre de 2018, UD y XB, as.

35 ECLI:EU:C:2009:225, nota de E. RODRÍGUEZ PINEAU, en Revista española de Derecho internacional, 2009, N° 1, Vol. LXI, págs. 197 y ss.

36 ECLI:EU:C:2010:829, nota de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Revista Española de Derecho Internacional, Vol. LXII, 2010, n° 2, págs. 251 y ss.

37 ECLI:EU:C:2014:2268.

38 ECLI:EU:C:2017:118. Sobre esta sentencia vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Competencia judicial internacional para la modificación de sentencia en materia de responsabilidad parental y de obligaciones alimenticias. Sentencia de 15 de febrero de 2017, asunto C-499/15: W y V", La Ley Unión Europea N° 47, abril 2017, págs. 1 y ss.

39 ECLI:EU:C:2017:436.

40 ECLI:EU:C:2018:513. Sobre esta sentencia vid. L.A. PÉREZ MARTÍN, "Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18, PPU", La Ley Unión Europea, n° 66, 31 de enero de 2019,

393/18 PPU⁴¹, referida a una menor nacida en Bangladés por las supuestas presiones ejercidas por el padre, a pesar de que los progenitores no tenían intención de residir allí.

En este contexto, la modificación que se proponía para el foro general de competencia judicial internacional podría haber supuesto un factor adicional de inseguridad jurídica. Se da además la circunstancia de que el Reglamento 2019/1111 ya cuenta con un mecanismo flexibilizador, que permite dar respuesta a los inconvenientes asociados al principio de la *perpetuatio fori*. Estos inconvenientes se relacionan con la posibilidad de que acabe conociendo del asunto un órgano jurisdiccional que presenta una escasa conexión con el menor, y que concluirá con una resolución que puede plantear problemas de reconocimiento en el país donde ya reside el menor⁴². Concretamente, en el art. 12 del Reglamento 2019/1111 se prevé la posibilidad de que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro remita el asunto al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, si considera que tiene un vínculo estrecho y que puede valorar mejor el interés superior del menor en un caso particular, mencionándose expresamente entre las circunstancias en que existe dicho vínculo el hecho de que ese Estado miembro se haya convertido en el de la residencia habitual del menor después de la presentación de la demanda (art. 12.4.a).

La opción por la seguridad jurídica en la aplicación del foro general del art. 7 del Reglamento 2019/1111, flexibilizada en la forma en que acabamos de señalar⁴³, deja sin resolver no obstante el problema de articulación con el CH 96, puesto de manifiesto durante los trabajos

pág. 3.

41 ECLI:EU:C:2018:835. Sobre esta sentencia vid. B. CAMPUZANO DÍAZ, "Una nueva Sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003: Sentencia de 17 de octubre de 2018, UD y XB, As. 393/18 PPU", Cuadernos de Derecho Transnacional, 2019, Vol. 11, N° 2, págs. 451 y ss.

42 Vid. Study on the assessment of Regulation (EC) Num. 2201/2003 and the policy options for its amendment, final report, analytical annexes, (<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/924728ec-9148-11e8-8bc1-01aa75ed71a1/language-en>), págs. 29-30; Th.M. de BOER, "What we should not expect from a racist of the Brussels Ibis Regulation", op. cit., págs. 15-17.

43 A ello se refiere el Considerando 21 del Reglamento 2019/1111: "Cuando no haya aún procedimientos en curso en materia de responsabilidad parental y la residencia habitual del menor cambie a raíz de un traslado lícito del menor, la competencia debe seguirle con el fin de mantener la proximidad. Para los procedimientos que ya estén en curso, la seguridad jurídica y la eficiencia de la justicia justifican el mantenimiento de la competencia hasta que los procedimientos hayan desembocado en una resolución definitiva o hayan concluido de otra forma. El órgano jurisdiccional en el que se esté sustanciando el procedimiento debe, no obstante, estar facultado en determinadas circunstancias para transferir la competencia al Estado miembro en el que el menor esté viviendo a raíz de un traslado lícito".

preparatorios del Reglamento. En esos problemas puede influir además el diferente modo en que pueda determinarse la residencia habitual del menor en los Estados parte de este Convenio, ya que las autoridades de terceros países no están vinculadas por la jurisprudencia del TJUE y pueden dar mayor importancia a otros criterios, como, por ejemplo, la mencionada intención de los progenitores⁴⁴.

Se puede decir por tanto que en la opción entre mantener la solución que ya se recogía en el Reglamento 2001/2003 o cambiarla para una mejor articulación con el CH 96, la UE ha optado por lo primero. En el marco del CH 96 está prevista una regla de litispendencia en su art. 13, pero con el problema de que se aplica sobre la base de que los tribunales de los dos Estados contratantes tienen competencia, y el tribunal de la UE la habría perdido con arreglo al Convenio⁴⁵. Un reparo similar se le podría hacer al mecanismo de transferencia de la competencia previsto en los arts. 8 y 9 CH 96 para dar una respuesta a este problema, pero dado que el lugar de residencia habitual del menor en estas situaciones va a estar probablemente un tanto difuso, se podría generar con estos preceptos un marco de colaboración que sirviera para ofrecer una respuesta adecuada al interés superior del menor, que es de lo que se trata⁴⁶.

44 En este sentido podemos señalar que el concepto de residencia habitual ha sido ampliamente analizado a propósito del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, donde, al igual que en el marco del Reglamento 2201/2003, juega un papel fundamental a efectos de determinar que se ha producido un traslado o retención ilícitos. Pues bien, se observan varias posturas en la jurisprudencia de los distintos Estados parte a la hora de precisar el lugar de residencia habitual del menor, sin que todas ellas sean coincidentes con la jurisprudencia del TJUE: una primera, que atiende al menor y a su centro de vida, considerando aspectos de carácter fáctico; una segunda, que atiende a la intención de los progenitores que cuidan del menor, considerando que son los que tienen derecho a decidir su lugar de residencia; y una tercera, denominada híbrida, que combina los dos anteriores, de forma que mantiene el énfasis en las circunstancias fácticas del menor, pero considerando también las intenciones de los progenitores. Al respecto vid. M^a. C. CHELIZ INGLÉS, *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 46 y ss.

En relación con la influencia que puede tener en el CH 96 la interpretación que del concepto de residencia habitual se hace en relación con el secuestro internacional de menores, se ha subrayado la necesidad de tener en cuenta los distintos objetos de estos Convenios, vid. *Manual práctico sobre funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños*, publicado por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, 2014, pág. 178. Se puede consultar en la siguiente dirección de Internet: <https://assets.hcch.net/docs/68be6d4e-f4b8-4a8e-b041-faa17efb050.pdf>. No obstante, hay autores que señalan que es muy probable que la referida interpretación ejerza influencia, N. LOWE y M. NICHOLLS, *International Movement of Children. Law, Practice and Procedure*, 2nd ed., Lexis Nexis, Bristol, 2016, pág. 93.

45 . – En este sentido T. KRUGER y L. SAMYN, “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, *Journal of private international law*, 2016, Vol. 12, N^o 1, pág. 153.

46 Podemos señalar además que el *Manual práctico sobre funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños*, publicado por la Conferencia de La Haya de Derecho

3.2. LAS REGLAS ESPECIALES DE COORDINACIÓN.

En el art. 97 del Reglamento 2019/1111 también se ha tratado de mejorar la articulación con el CH 96 en relación con aquellos preceptos que contemplan una cierta relación bilateral entre Estados parte. Concretamente, se ha incorporado un novedoso apartado 2^o, que dice lo siguiente: “*No obstante lo dispuesto en el apartado 1, a) si las partes han convenido en la competencia de un órgano jurisdiccional de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 en el que no se aplique el presente Reglamento, se aplicará el artículo 10 de dicho Convenio; b) con respecto a la transferencia de competencia entre un órgano jurisdiccional de un Estado miembro y un órgano jurisdiccional de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 en el que no se aplique el presente Reglamento, se aplicarán los artículos 8 y 9 de dicho Convenio; c) cuando un procedimiento de responsabilidad parental se halle pendiente ante un órgano jurisdiccional de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 en el que no se aplique el presente Reglamento en el momento en que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro esté conociendo de un litigio relativo al mismo menor y con el mismo objeto, se aplicará el artículo 13 de dicho Convenio*”.

La incorporación de este nuevo apartado en la Propuesta de la Comisión, que se mantuvo con algunos retoques de redacción en el Reglamento definitivamente aprobado, respondió a un problema detectado durante los trabajos preparatorios. En concreto, se planteó qué instrumento internacional debía aplicarse para transferir el conocimiento del asunto a un tercer Estado mejor situado para conocer del mismo, cuando el menor tenía su residencia habitual en un Estado miembro. La dificultad surgía porque el art. 15 del Reglamento 2201/2003 sólo permitía transferir el conocimiento del asunto a otro Estado miembro, y aunque los arts. 8 y 9 CH 96 sí permitían hacerlo a un tercer Estado parte en este instrumento internacional, debía aplicarse el Reglamento en virtud del art. 61, por tener el menor su residencia habitual en un Estado miembro⁴⁷. Un problema similar podía plantearse para reconocer efectos al acuerdo por el que las partes

internacional privado, op. cit., pág. 41, se sugiere que se recurra a estos preceptos.

47 Study on the assessment of Regulation (EC) Núm. 2201/2003 and the policy options for its amendment, final report, evaluation, op. cit., pág. 15. A este problema también se han referido T. KRUGER & L. SAMYN, “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, op. cit., págs. 152-154; M. ZUPAN, “Scope of application, definitions and relations to other instruments (Articles 1, 2 and 59-62)”, C. Honorati (ed.), *Jurisdiction in matrimonial matters, parental responsibility and international abduction. A handbook on the application of Brussels IIa Regulation in national courts*, Giappichelli Editore, Torino, 2017, pág. 33.

decidían someter el conocimiento del asunto a los tribunales de un Estado parte exclusivamente del CH 96, tal como se regula en su art. 10, o para admitir efectos a la situación de litispendencia que se ha podido generar con los tribunales de uno de estos Estados, tal como se regula en su art. 13. El art. 97.2 del Reglamento 2019/1111 da ahora una respuesta de conjunto a estas tres situaciones.

Estas reglas especiales de articulación para las relaciones entre Estados miembros y Estados parte exclusivamente del CH 96 no deberían plantear grandes problemas, más allá de que los operadores jurídicos tengan que habituarse a que la respuesta jurídica cambie en función del Estado concernido. Nos encontraríamos con una situación similar a la que se da en el sector de la eficacia extraterritorial de resoluciones o de cooperación de autoridades, con la dificultad quizás añadida de que esta forma de razonar no es tan habitual en el sector de la competencia judicial internacional y puede ser causa de errores. Vamos a poner de manifiesto a continuación algunas de las diferencias que se producirían al aplicar unos precepto u otros, de modo que sirva de muestra de las dificultades que pueden plantearse.

3.2.1. CUANDO LAS PARTES HAN CONVENIDO EN LA COMPETENCIA DE UN ÓRGANO JURISDICCIONAL DE UN ESTADO PARTE DEL CH 96.

El art. 10 CH 96 se refiere a las autoridades de un Estado contratante, para señalar que en el ejercicio de su competencia para conocer de una demanda de divorcio, separación o anulación del matrimonio, podrán adoptar medidas de protección con respecto a la persona o bienes del niño con residencia habitual en otro Estado contratante, si la ley de su Estado lo permite⁴⁸, siempre que uno de los padres resida habitualmente en dicho Estado en el momento de iniciarse el procedimiento y uno de ellos tenga la responsabilidad parental respecto al niño, así como que la competencia

⁴⁸ Esa referencia a que la ley del Estado contratante lo permita ya hace que el art. 10 CH 96 sea más restrictivo que la norma europea, que otorga competencia a los tribunales que conocen del divorcio para decidir sobre las cuestiones de responsabilidad parental, independientemente de si la tienen con arreglo al derecho interno, C.GONZÁLEZ BEILFUSS, “Prorogation of jurisdiction”, C. Honorati (ed.), Jurisdiction in matrimonial matters, parental responsibility and international abduction. A handbook on the application of Brussels IIa Regulation in national courts, Giappichelli editore, Torino, 2017, pág. 188. Se añade que se requiere además que esos tribunales tengan una base de competencia judicial internacional para conocer del divorcio, separación o nulidad matrimonial, ya que este aspecto, a diferencia del Reglamento europeo, no se regula en el CH 96, vid. A. BUCHER, *L'enfant en droit international privé*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2003, pág. 183.

de estas autoridades haya sido aceptada por los padres y cualquier otra persona que tenga la responsabilidad parental respecto al niño. Se requiere que esta competencia responda al interés superior del niño. Pues bien, cumpliéndose estos requisitos, la competencia que otorga el art. 10 CH 96 se verá reconocida por los Estados parte en el Convenio, tanto en el caso de que la autoridad elegida sea la de un Estado parte exclusivamente en el CH 96, como si fueran los de un Estado miembro en el supuesto de que el niño residiera en un Estado parte exclusivamente del Convenio.

Hemos de resaltar que entre el Reglamento 2019/1111 y el CH 96 no existe una absoluta simetría de soluciones. En la Unión Europea se reconoce la posibilidad de elegir el tribunal competente en términos más amplios. El art. 12 del Reglamento 2201/2003 se refería en sus aptdos. 1º y 2º al supuesto contemplado en el CH 96, pero abría a continuación en su aptdo. 3º la posibilidad de prorrogar la competencia en otros supuestos, que no tenían por qué estar conectados con la causa matrimonial⁴⁹. El concepto de responsabilidad parental es muy amplio, cubre numerosas medidas relacionadas con la protección de los menores, y parece oportuno una cierta flexibilización en las normas de competencia judicial internacional mediante la posibilidad de elegir el tribunal competente⁵⁰. En el Reglamento 2019/1111 se ha optado por eliminar la diferenciación de supuestos que hacía el Reglamento 2201/2003, refiriéndose en su art. 10, con carácter general, a la posibilidad de elegir el órgano jurisdiccional competente. Con ello no se ha pretendido dotar al precepto de un carácter más restrictivo, tal como queda claro en el Preámbulo del Reglamento (*Considerando 23*)⁵¹.

El marco de comunicación entre instrumentos internacionales para el reconocimiento de los efectos de la elección del tribunal competente se verá reducido por tanto a uno de los supuestos que quedan comprendidos en el ámbito del art. 10 del Reglamento 2019/1111, que son los vinculados con el divorcio, la separación judicial o nulidad del matrimonio, al ser la materia coincidente con el CH 96. Situaciones como la contemplada en la

⁴⁹ En este sentido vid. Sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2014, C-656/13, L y M, ECLI:EU:C:2014:2364.

⁵⁰ En este sentido C.GONZÁLEZ BEILFUSS, “Prorogation of jurisdiction”, C. Honorati (ed.), Jurisdiction in matrimonial matters, parental responsibility and international abduction. A handbook on the application of Brussels IIa Regulation in national courts, op. cit., pág. 187.

⁵¹ *Considerando 23*: “En condiciones específicas determinadas en el presente Reglamento, debe ser posible que la competencia en materia de responsabilidad parental sea también establecida en un Estado miembro donde haya pendiente un procedimiento de divorcio, separación legal o nulidad matrimonial entre los progenitores o en otro Estado miembro con el que el menor tenga un vínculo estrecho...”.

Sentencia del TJUE de 1 de octubre de 2014, C-436/13, E y B⁵², donde se consideró la posibilidad de aplicar el art. 12.3 del Reglamento 2201/2003 para adoptar medidas de protección respecto a un menor al margen de un procedimiento matrimonial, porque sus padres, aunque no se dijera expresamente, eran probablemente una pareja de hecho, quedarían por ejemplo fuera. Pero incluso dentro del ámbito compartido de los procedimientos vinculados a la causa matrimonial, habrá que tener en cuenta que con arreglo al art. 10 CH 96 se requiere que uno de los padres resida habitualmente en el Estado cuyos tribunales se eligen en el momento de iniciar el procedimiento, que es un requisito que en el marco del Reglamento 2019/1111 sirve para demostrar que el menor está estrechamente vinculado con ese Estado⁵³, pero en alternancia con otros, como son que dicho Estado sea el de la antigua residencia habitual del menor o el de su nacionalidad (art. 10.1.a. del Reglamento 2019/1111). Como puede observarse por tanto, en el marco de las relaciones entre Estados miembros de la UE y Estados parte exclusivamente del CH 96, el reconocimiento de los acuerdos de elección de tribunal competente será bastante más reducido que entre los Estados miembros de la Unión Europea, lo cual puede ser causa de dificultades o errores⁵⁴.

Por otra parte, en el marco del art. 10 del Reglamento 2019/1111 se ha detallado, como hemos dicho, la forma en que las partes pueden elegir el órgano jurisdiccional competente. Se señala que pueden convenir libremente la competencia, al menos en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional, o aceptarla expresamente durante el procedimiento, siempre que el órgano jurisdiccional se haya asegurado de que todas las partes han sido informadas de su derecho a no aceptar la competencia (art. 10.1.b). Se añade que las partes afectadas deben manifestar por escrito, fechar y firmar el acuerdo de elección de foro, o hacerlo constar en el acta judicial con arreglo al Derecho y el procedimiento nacionales, precisándose que se considerará realizada por escrito toda comunicación efectuada por

52 ECLI:EU:C:2014:2246.

53 En el Reglamento se requiere cumulativamente que uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga la residencia habitual en el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales han sido elegidos (art. 10.1.a.i). El CH 96 requiere que uno de los padres tenga en ese Estado la residencia habitual y uno de ellos al menos la responsabilidad parental, sin fijarlo con carácter cumulativo (art. 10.1.a).

54 El carácter más limitado del CH 96 se explica teniendo en cuenta que durante su negociación los Estados de la Unión Europea presionaron para que existiera un cierto paralelismo con la que iba a ser la norma europea, que en ese momento (Convenio de 28 de mayo de 1998, después Reglamento 1347/2000, vid. supra nota 19) tenía un carácter más limitado, pues se refería únicamente a las cuestiones de responsabilidad parental vinculadas con la causa matrimonial.

medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo (art. 10.2.I). Se incorpora también una precisión adicional en el sentido de que las personas que pasen a ser partes en el procedimiento, tras la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional, podrán dar su consentimiento con posterioridad, entendiéndose que existe consentimiento implícito de no haber oposición expresa (art. 10.2.II).

Todas estas precisiones son fruto de la influencia que han ejercido Reglamentos europeos, que en otras materias vinculadas al derecho de familia también regulan la elección del tribunal competente o de la ley aplicable, con unos requisitos formales que ahora se incorporan al Reglamento 2019/1111. También se han tenido muy en cuenta las aclaraciones que ha ido realizando el TJUE en relación con los problemas interpretativos suscitados por el art. 12 del Reglamento 2201/2003⁵⁵. El CH 96 sin embargo es más escueto y no realiza tales aclaraciones, por lo que no puede descartarse que se produzcan divergencias aplicativas entre los países de la Unión Europea, cuyos tribunales se verán muy mediatizados por lo dispuesto en el Reglamento 2019/1111, y los países vinculados exclusivamente por el CH 96, que no lo estarán.

3.2.2. LA TRANSFERENCIA DE LA COMPETENCIA ENTRE ÓRGANOS JURISDICCIONALES.

La segunda regla especial de articulación prevista en el art. 97.2.b) del Reglamento 2019/1111 se refiere, como hemos visto, al mecanismo de colaboración para remitir el asunto a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del mismo. Los arts. 8 y 9 CH 96, y sus equivalentes en el Reglamento 2019/111, que son los arts. 12 y 13, representan una plasmación de las figuras del *forum non conveniens* y del *forum conveniens*, propias de los países de *Common Law*⁵⁶. *Con estas figuras se flexibilizan o corrigen las normas de competencia judicial internacional, pues se permite al juez un cierto margen de discrecionalidad para no conocer o conocer del asunto. La Unión Europea ha sido tradicionalmente reacia a admitir esta figura, en defensa de la certeza y previsibilidad jurídica que ofrecen unas normas de*

55 Vid. Sentencias del TJUE de 11 de noviembre de 2014, C-656/13, LyM, ECLI:EU:C:2014:2364; de 21 de octubre de 2015, C-215/15, Gogova, ECLI:EU:C:2015:710; y Sentencia de 19 de abril de 2018, C-565/16, Saponaro, ECLI:EU:C:2018:265.

56 Vid. Informe de P. Lagarde relativo al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, op. cit., págs. 29 y ss.

*competencia judicial internacional claramente predeterminadas*⁵⁷. Pero en el art. 15 del Reglamento 2201/2003, que ahora se ha convertido en los 12 y 13 del Reglamento 2019/1111, se permite una cierta discrecionalidad, tomando como modelo el CH 96, dentro de un estrecho mecanismo de colaboración entre las autoridades implicadas para que no se vea afectada la seguridad jurídica. En palabras de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, se trata realmente de un mecanismo que recuerda a las figuras de *forum non conveniens* / *forum conveniens*, pues se separa de las mismas en virtud de su naturaleza cooperativa bilateral y del establecimiento apriorístico de las alternativas al tribunal normalmente competente⁵⁸.

Estas disposiciones tienen por ello un marcado carácter de aplicación *inter partes*, sobre cuya aplicación en las relaciones entre Estados miembros o entre Estados miembros y terceros Estados parte del CH 96, no debería haberse suscitado quizás la dificultad interpretativa a la que ahora se ha querido dar respuesta con el art. 97.2.b) del Reglamento 2019/1111. En cualquier caso, las aclaraciones que contribuyan a una mejor articulación de instrumentos internacionales referidos a la misma materia, deben ser siempre bienvenidas.

El operador jurídico tendrá que ser consciente no obstante de que los arts. 8 y 9 del CH 96 y los arts. 12 y 13 del Reglamento 2019/1111, a pesar de responder a unos mismos principios inspiradores, no son idénticos. Las disposiciones del Reglamento son más precisas en cuanto a cómo se puede poner en marcha este mecanismo de transferencia, de oficio o a instancia de parte; en cuanto al ámbito del conocimiento que se transfiere, que puede estar referido al procedimiento o una parte específica del mismo⁵⁹; o en cuanto a los plazos en que debe realizarse esta transferencia, que se pretende que sean breves, fijándose claros límites temporales (art. 12, aptdos. 1º, 2º y 3º).

Por otra parte, no hay una coincidencia plena en relación con las circunstancias en las que se considera que el menor tiene un vínculo

57 En este sentido debe mencionarse la famosa Sentencia del TJCE de 1 de marzo de 2005, C-281/02, *Owusu*, ECLI:EU:C:2005:120.

58 S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro e interés superior del menor. STJUE 27 de octubre de 2016, C-428/15, D”, *La Ley Unión Europea*, N° 43, 30 de Diciembre de 2016, pág. 2.

59 En el Manual práctico sobre funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños, publicado por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, op. cit., pág. 58, se señala que en el marco del CH 1996 también debe ser posible, entre otras razones para un mejor alineamiento con el Reglamento europeo. A esta posibilidad también se han referido N. LOWE y M. NICHOLLS, *The 1996 Hague Convention on the Protection of Children*, Jordan Publishing, Bristol, 2012, págs. 45-46.

estrecho con otro Estado, que justifique la remisión de la competencia. En el art. 12.4 del Reglamento 2019/1111 se presentan claramente enumeradas, señalándose expresamente en el Preámbulo que tienen carácter exhaustivo (*Considerando* 26). El TJUE ya lo había puesto de manifiesto en su Sentencia de 27 de octubre de 2016, C-428/15, D⁶⁰, a propósito de la interpretación del art. 15 del Reglamento 2201/2003 (p. 51), añadiendo además que su sola presencia no prejuzga por sí sola que estemos ante un órgano jurisdiccional mejor situado (p. 55)⁶¹. En el art. 8.2 CH 96 también se enumeran una serie de circunstancias en las que se considera que el órgano jurisdiccional de otro Estado contratante puede estar mejor situado para conocer del asunto, pero concluyéndose con una fórmula abierta que alude al Estado con el que el niño mantenga un vínculo estrecho.

3.2.3. REGLA ESPECIAL PARA LA COORDINACIÓN EN CASO DE DUALIDAD DE PROCEDIMIENTOS.

La tercera y última regla especial de articulación se refiere a la regla para evitar la dualidad de procedimientos. Conforme al art. 97.2.c): *cuando un procedimiento de responsabilidad parental se halle pendiente ante un órgano jurisdiccional de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 en el que no se aplique el presente Reglamento en el momento en que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro esté conociendo de un litigio relativo al mismo menor y con el mismo objeto, se aplicará el artículo 13 de dicho Convenio*.

El Reglamento 2201/2003 se ocupa de la litispendencia y acciones dependientes en su art. 19, dedicando específicamente el aptdo. 2º a las cuestiones de responsabilidad parental. Se trata de una norma diseñada para su aplicación entre Estados miembros y no con respecto a terceros Estados, en relación con los que se puede aplicar el art. 13 CH 96 si el tercer Estado es parte de este Convenio. Sin embargo, la literalidad del art. 61 del Reglamento 2201/2003 también había planteado dudas sobre la posibilidad de acudir a este precepto en las relaciones con terceros Estados

60 ECLI:EU:C:2016:819. Para un análisis de esta Sentencia vid. S. Álvarez González, “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro e interés superior del menor. STJUE 27 de octubre de 2016, C-428/15: D”, op. cit., págs. 1 y ss.; B. Sánchez López, “Responsabilidad parental y la aplicación del *forum non conveniens* de carácter reglado del artículo 15 del Reglamento (CE) N° 2201/2003: la STJUE de 27 de octubre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, Vol. 10, N° 1, págs. 639 y ss.

61 El TJUE señaló en esta Sentencia, que el órgano jurisdiccional competente deberá valorar si la remisión del asunto a ese otro órgano jurisdiccional puede aportar un valor añadido real y concreto para la adopción de una decisión sobre el menor (p. 57).

cuando el menor tiene su residencia habitual en un Estado miembro⁶². Con la nueva disposición que se introduce en el art. 97.2.c) del Reglamento 2019/1111 queda claro que sí podrá aplicarse el art. 13 CH 96. En definitiva, las autoridades de los Estados miembros tendrán que aplicar el art. 20 del Reglamento 2019/1111 cuando la dualidad de procedimiento se produzca entre Estados miembros, el art. 13 CH 1996 cuando se produzca con un tercer Estado parte de este Convenio, y sus normas nacionales cuando involucre a un tercer Estado que no es parte del CH 96, dado que la reforma del Reglamento 2201/2003 no se ha aprovechado para regular estas situaciones con terceros Estados, como sí se ha hecho en el Reglamento 1215/2012.

Pues bien, el art. 20.2 del Reglamento 2019/1111 es más exigente en su formulación, al requerir que se trata de demandas relativas a la responsabilidad parental sobre el mismo menor, que tengan el mismo objeto y la misma causa. Esta triple identidad no se requiere de forma expresa en el art. 13 CH 96. Se observa también que la norma europea prevé que la situación de litispendencia se resuelva en favor del primer órgano jurisdiccional que se declare competente, mientras que el referido art. 13 CH 96, del que se dice en el Informe explicativo del Convenio que está formulado en términos próximos a los utilizados en materia de litispendencia, alude directamente a autoridades competentes en virtud del CH 96 para disponer que conocerán las autoridades antes las que se acudió en primer lugar, a menos que estas declinen su competencia. En definitiva, que con esta fórmula más flexible se posibilita que el conflicto no siempre se resuelva a favor de las autoridades ante las que se acudió en primer lugar, si estas declinan su competencia⁶³.

Por otra parte, tanto para el funcionamiento del art. 20 del Reglamento 2019/1111 como del art. 13 CH 96, resulta fundamental determinar cuál es el órgano jurisdiccional ante el que se ha iniciado el procedimiento en primer lugar⁶⁴. En la Unión Europea ya se tiene experiencia con las dificultades que pueden surgir en torno a esta cuestión, debido a las peculiaridades procesales de los distintos Estados miembros. Se incorpora por ello un precepto para determinar el momento de iniciación del procedimiento,

62 T. KRUGER, "Brussels IIa Recast moving forward", op. cit., pág. 473.

63 P. LAGARDE, Informe explicativo relativo al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, op. cit., pág. 40.

64 En el marco del Reglamento y para su aplicación entre los Estados miembros se altera el funcionamiento de la prioridad cuando uno de los órganos jurisdiccionales tiene competencia exclusiva (arts. 20, aptdos. 4º y 5º). Esta disposición no tiene equivalente en el CH 96.

art. 17 del Reglamento 2019/1111. Pero aún así surgen problemas que ha tenido que resolver el TJUE. En su Auto de 16 de julio de 2015, C-507/14, P.⁶⁵, se refirió al momento en que se presenta el escrito de demanda o documento equivalente, aun cuando el procedimiento haya estado suspendido a instancias de la parte demandante que lo presentó, sin que se haya notificado a la parte demandada ni ésta haya tenido conocimiento del mismo o haya intervenido en él de cualquier modo, siempre que posteriormente el demandante no hubiera dejado de realizar lo necesario para la notificación o traslado de dicho escrito o documento al demandado. En el Auto del TJUE de 22 de junio de 2016, C-173/16, M. H. y M. H.⁶⁶, se precisó que debe interpretarse el «momento en que se presenta ante un órgano jurisdiccional el escrito de demanda o documento equivalente, como el momento en que dicha presentación tiene lugar ante el órgano judicial de que se trate, aun cuando esa presentación no inicie por sí misma, de manera inmediata, el procedimiento según el Derecho nacional. Todas estas dificultades, como puede imaginarse, serán susceptibles de plantearse con Estados parte exclusivamente del CH 96, con la dificultad añadida de que estos países no están vinculados por la jurisprudencia del TJUE.

CONCLUSIONES

En los epígrafes anteriores hemos estado reflexionando sobre el proceso de reforma que se ha producido en relación con uno de los Reglamentos más importantes de la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado, el Reglamento 2201/2003, que se verá sustituido en unos años por el Reglamento 2019/1111, y que constituye el núcleo del derecho de familia.

En torno a este Reglamento siempre ha estado presente un cierto debate sobre la necesidad de unificar el Derecho internacional privado en un ámbito regional como es la Unión Europea, teniendo en cuenta que ya se contaba con los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, y en relación con la materia que nos ocupa, con el CH 96. Con el tiempo, y ante el gran desarrollo que ha adquirido el Derecho internacional privado en la Unión Europea, se ha podido comprobar la necesidad de elaborar este Reglamento, ya que conforma la pieza central de un sistema de Reglamentos referidos a otras materias del derecho de

65 ECLI:EU:C:2015:512

66 ECLI:EU:C:2016:542

familia (ley aplicable al divorcio y la separación, alimentos, regímenes económicos matrimoniales o efectos patrimoniales de las parejas registradas), que la Conferencia de La Haya había abordado en algunos aspectos, pero con escaso éxito.

La unificación regional que se ha desarrollado en la Unión Europea es conveniente, porque además no es incompatible con la que tiene lugar en el ámbito de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, con un pretendido alcance universal. Hay que valorar muy positivamente que la Unión Europea se interese por los trabajos de este organismo, de hecho se ha convertido en miembro de esta organización internacional, y que tienda puentes con los trabajos que desarrolla. Las reformas que se introducen en el Reglamento 2019/1111 son un avance en este sentido, que debe ser valoradas positivamente. Como se ha visto, se eliminan algunas de las dificultades interpretativas que venían planteándose, y las que quedan puede decirse que no tienen excesiva entidad.

El resultado es un tanto complejo, pues se impone al operador jurídico aprender el manejo y las reglas de articulación de dos instrumentos internacionales similares y referidos a una misma materia. Será quizás este el inevitable coste a asumir para poder disponer en la Unión Europea de un sistema más completo y eficaz de normas de Derecho internacional privado.

PRIVATE LAW AND THE CIRCULAR ECONOMY: SUSTAINABILITY AND DURABILITY

Larry A. DiMatteo¹

INTRODUCTION

The purpose of the current undertaking is to explore how contract law and the related area of warranty liability can help in the construction of a circular economy (no waste). Three areas will be examined: (1) creating enforceable sustainability clauses to ensure an environmentally friendly supply chain; (2) the use of warranty law to remedy latent defects in cases of planned obsolescence,² and (3) the conversion of sales contracts to contracts for services (servitization) in order to reduce the need for natural resources and decrease waste. The primary focus will address ways to combat planned obsolescence and increase the durability of products. The best approach should be measured on two parameters—providing an adequate remedial structure for purchasers of products and secondly, to deter manufacturers from producing goods with unnecessarily short lifespans. It should be the goal of an expanded warranty regime to incentivize producers to manufacture goods with longer lifespans and greater durability.

Suggestions include requiring durability labelling and to expand existing implied warranty law to include an implied warranty of durability

¹ Huber Hurst Professor of Contract Law, Warrington College of Business, University of Florida. This chapter borrows from a number of previous publications including: Larry A. DiMatteo, Larry & Stefan Wrбка, “Planned Obsolescence and Consumer Protection: The Unregulated Extended Warranty and Service Contract Industry,” 28 *Cornell Journal of Law & Public Policy* (2019); Stefan Wrбка & Larry A. DiMatteo, “Comparative Warranty Law: Case of Planned Obsolescence,” 21 *University of Pennsylvania J. Business Law* (2019); Larry A. DiMatteo, “Sustainability and Contracts” in *Taxation and Comparative Environmental Regulation within the Framework of the Right to Sustainable Development (Protección del medio ambiente: Fiscalidad y otras medidas del derecho al desarrollo)* (Antonio Cubero & Patricio Masbernat eds., Thomson Reuters 2019)

² Infra Part 3 for discussion of planned obsolescence.

or sustainability.³ Such a warranty would serve numerous societal interests, such as the reduction of industrial waste and greater sustainability of resources. The issue of planned obsolescence is a problem affecting numerous interests groups from the micro to macro levels. At the consumer level, there is scarce protection against the selling of products, as well as extended warranty or service contracts, calculated by manufacturers to expire after the life of the standard warranty or extended warranty periods. At the macro level, the battle against environmental pollution and climate change requires that natural resources be used efficiently. This includes the production of goods that have sufficient durability. In addition, the durability of products should be enhanced by changes in the law that would recognize repair as the primary remedy instead of replacement.

Part 2 will examine private law, namely contract law, as a regulatory tool. It provides the examples of sustainability clauses and the creation of an implied warranty of sustainability as ways contract law can help create a circular economy. Part 3 examines the problem of planned obsolescence and the recognition of short product lifespans as latent defects, and the use of durability labelling to incentivize manufacturers to increase product durability. Part 4 outlines a new warranty regime to discourage planned obsolescence including examples from national laws. An expanded warranty regime should include longer mandatory warranty periods, recognizing an implied warranty of durability and a manufacturer's duty to repair, as well as a purchaser's right to self-repair. Part 5 examines the conversion of sale of goods contracts to sale of services to incentivize manufacturers to make more durable products.

1. CONTRACT LAW AND ITS PUBLIC FUNCTION

Contract law is generally considered as part of the private sphere of law. But the public-private law distinction is merely a handy device in the classification of law. First, the enforceability of contractual promises is highly dependent on the intervention of a very public institution—the court system. Second, there are a multitude of statutory interventions into the privacy of contracts, as is seen in consumer protection laws. Finally, contract law has always served two functions—facilitating and regulatory. Freedom of contract has never been an unrestricted right. Although

³ See Christine Hottinger, *For an Implied Warranty of Sustainability: Come Mr. Tallyman, Tally My Banana's Environmental Impact*, 26 *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.* 303 (2014).

contract law's primary function is to facilitate private transactions (contract formation rules; default rules), but it also serves a secondary function to regulate contractual behavior (immutable rules; duty of good faith, doctrine of unconscionability, and so forth). The idea of requiring contracts to advance sustainability goals would come within contract law's regulatory function. The goal of sustainability will require the use of public or governmental and private law. In the area of private contracting, contracts with enforceable sustainability clauses that require company and supplier due diligence in monitoring the implementation of those clauses across the supply chain allows private law to serve its regulatory function.⁴

1.1. ENFORCEABLE SUSTAINABILITY CLAUSES

There is an array of sustainability standards and goals that can be used to construct contractual sustainability clauses. Soft law standards can be converted to enforceable hard law through their insertion into contracts. An analogy can be found in intellectual property protection. Some countries are notorious for failing to enforce intellectual property laws. This incentivizes licensors of technology to write extremely one-sided pro-licensor licensing contracts, which includes transplanting protections provided by law into their contracts. The logic being that some national courts may not be able to deal with the nuances of intellectual property law, but they are capable of handling breach of contract litigation. Although damages may be difficult to prove in breaching contractual sustainability clauses, the breach does allow the non-breaching party to terminate the contract and such breaches causes negative reputational effects on the breaching party.

In the construction of sustainability clauses it is important for the lawyer to use words of obligations such as the supplier “shall,” “will,” “required to,” or “must” and avoid merely referential language (such as, “according to the UN Global Compact”), as well as avoiding aspirational language, such as “you should strive to comply.”⁵ Passive language may be construed as non-enforceable guidance or merely placed in the contract for public relations value. This leads to a level of vagueness that most courts will disregard due to the indefiniteness of the clause. Also, sustainability clauses may

⁴ See COLLINS, Hugh, *Regulating Contracts* (Oxford University Press 1999) 56-93

⁵ McCall-Smith, Kasey & Rühmkorf, Andreas (2018), “From international law to national law: The opportunities and limits of contractual CSR supply chain governance,” University of Edinburgh Research Paper No. 28/13, at p 13, <<https://ssrn.com/abstract=3253149>> (last access October 30, 2018) (McCall, Contractual CSR).

be incorporated into the general conditions or standard terms of a contract. The enforceability of standard terms provisions in a contract or terms in other documents incorporated by reference varies among national legal systems. Some courts, especially in the civil law tradition, may be disinclined to recognize such terms as part of the contract. The enforceability of sustainability clauses is dependent on the drafting and the placement of the clauses in the contract. Thus, enforceability increases when the obligations of the other contracting party are highly specified instead of a simple recital to general principles (incorporation by reference) and when the clauses are found in the body of the contract, and not incorporated into general conditions, and when words of promise or obligation are used.

Ultimately, the major problem with using contracts as a regulatory instrument is that contracts can only create binding obligations on those parties directly obligated under the contract. The privity rule prevents the seller or ultimate purchaser from holding downstream suppliers liable for failing to abide by contractual sustainability requirements. Network contract theory has developed to argue that the privity rule should be relaxed in cases of series of interconnected contracts in the context of the supply chain, Internet platform contracts, and communal contracts, such as created by blockchain technology. An analogy can be found in the 19th century's disassembling of the privity requirement in the manufacture of goods, allowing purchasers to bring an action not only against a retailer (direct privity), but also the wholesaler, and, most importantly, the manufacturer. Barring the relaxing of the privity rule, the purchaser should require its main suppliers to replicate the sustainability clauses in their contracts with sub-suppliers. In this way, the purchaser may sue the seller, who then can bring into the litigation its suppliers and sub-suppliers as third party defendants

1.2. IMPLIED WARRANTY OF SUSTAINABILITY

Commercial and consumer law provides a number of implied in law warranties. The American Commercial Code provides for an Implied Warranty of Merchantability⁶ and the Implied Warranty for a Particular Purpose.⁷ One scholar has suggested that contract law should recognize

⁶ UCC § 2-314

⁷ UCC § 2-315. It should be pointed that the implied warranties may be disclaimed under UCC § 2-316.

an Implied Warranty of Sustainability.⁸ Her logic is that sustainability and environmental protection has become so endemic in people's minds that they have developed reasonable expectations that the products they buy have been sustainably produced. Environmental labeling of products⁹ has become common and the concerns over climate change have become so widespread as to justify the creation of an implied warranty of sustainability. Historic precedent can be seen in the development of the implied warranty of merchantability at the turn of the twentieth century as economies switched from local selling to distance selling. Given the proliferation of environmental protection laws, watchdog groups, and media coverage it is not too far-fetched to assert that consumers have expectations relating to the sustainability of the goods that they purchase. Christine Hottinger argues that:

The implied warranty of sustainability, though simple in application, would have far-reaching positive impacts for consumers and the sustainable production of [goods]. The implied warranty of sustainability would (a) increase information available to consumers, leading to (b) consumers exerting greater pressure on producers and stores. The implied warranty would also (c) give stores an incentive to stock sustainable [products].¹⁰

Such a warranty would benefit both sellers and consumers. It would incentivize stores to sell sustainable goods and encourage growers or manufacturers to employ techniques that are sustainable. Associated to the issue of whether goods have been produced using sustainable processes and methods is the lifespan of the goods themselves. Many products do not last as long as a purchaser may have expected. This is likely to be the result of a premeditated strategy of the manufacturer known as planned obsolescence.¹¹ The products are manufactured to fail in a shorter time than would be obtainable at reasonable costs. In more recent years, environmental concerns linked to sustainable production and the durability of goods has intensified the planned obsolescence debate. Increasing the durability or functionality of products is a core sustainability goal. The response to planned obsolescence can be through government regulation or changes in contract law. In the latter case, required warranty periods could be

⁸ Hottinger, Christine, For an Implied Warranty of Sustainability: Come Mr. Tallyman, Tally My Banana's Environmental Impact, ⁹ 26 *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.* 303, 318-19 (2014).

⁹ See Czamezki, Jason J., The Future of Food Eco-Labeling (2011) 30 *Stanford Environmental Law Journal* 30: 3, 7.

¹⁰ Hottinger at 318-19.

¹¹ See DIMATTEO, Larry & WRBKA, Stefan (2019) *Cornell Journal of Law and Public Policy* Vol. 28.

increased. More importantly, planned obsolescence should be recognized as a latent defect, allowing the purchaser to make a claim when they become aware of the defect. The expiration of the fixed manufacturer warranty period would be tolled (delayed) until the discovery of the product's lack of durability. The next two parts discuss the issue of planned obsolescence and possible solutions.

2. WASTE AND THE PROBLEM OF PLANNED OBSOLESCENCE

Before we start with the legal analysis, a definition of the term “planned obsolescence” is needed. In a very simplified way one can note that the term refers to any manufacturer strategy that prematurely ends the use of a product by a purchaser and, thusly, requires a replacement purchase of the same or similar product.¹² One of the first attempts to divide the phenomenon into different categories was taken by Vance Packard in his 1960 book *The Waste Makers*. He introduced three basic groups or types of obsolescence—“obsolescence of desirability,” “obsolescence of function,” and “obsolescence of quality.”¹³ These three categories are the three pillars of planned obsolescence. First, *obsolescence of desirability* discusses the development from a predominantly psychological-persuasive perspective. Its focus is the question how to make users purchase new goods without applying any technical barriers or introducing new technical features. The decision by General Motors to update the design of its cars at short intervals to out compete its main competitor Ford Motor Company in the early 1920s is one of the first reported cases of a strategy aimed at the obsolescence of desirability.¹⁴

Second, the *obsolescence of function* is a strategy to boost product sales by introducing (at least allegedly) advanced technical features that would prompt users to replace a product with its successor. The constant

¹² Alternative definitions include: “phenomenon of shortening the lifecycle of goods” – see Fenwick and Wrbka, *International Business Law – Emerging Fields of Regulation* (Hart / Bloomsbury, 2018) 56; “[S]trategies and techniques of premature product aging applied by producers and sellers for the purpose of making end users replace old products with new ones faster than they ordinarily would by shortening the time of their use” – see Stefan Wrbka, *Warranty Law in cases of planned obsolescence – The Austrian Situation*, *EuCML Issue 2/2017*, 67, 67; The application of “strategies and techniques of premature product aging that would motivate, or even force, buyers to purchase new goods more frequently” – see Mark Fenwick and Stefan Wrbka, *International Business Law – Emerging Fields of Regulation* (2018) 56.

¹³ Vance Packard, *The Waste Makers* (1960) 66-67.

¹⁴ Giles Slade, *Made to Break – Technology and Obsolescence in America* (2006) 29-55.

production of new generations of smart phones provides a modern day example of this type of obsolescence. Here producers introduce new, (more or less) innovative features that (tacitly or explicitly) embody better or superior follow-up products. The categories of obsolescence of desirability and function have in common the voluntary end of product use rather than a forced one due to a lack of durability.

Third, *obsolescence of quality* adds a “product immanent force” perspective. In this scenario it is not the user's free choice to replace the product. The reason for replacement is that the product does not function or does not perform in a functionally efficient way anymore and repairs are no longer cost efficient. As will be seen later in the article, it is this third category that is the basis for possible warranty claims. Hence, the remainder of this article will, unless stated differently, refer to this third category of planned obsolescence.

2.1. RECOGNIZING PLANNED OBSOLESCENCE AS A LATENT DEFECT

This section suggests that cases of planned obsolescence are akin to inherent (latent) defects recognized in tort law (product liability) and, therefore, the limitation period for planned obsolescence should begin when the obsolescence is discovered (or at least objectively discoverable). If this is done, then manufacturer-seller's defenses of state of the art and disclosure of durability should be allowed. Planned obsolescence warranty relevant defects are constituted if products fail to perform for the reasonably expectable lifetime of similar products. In this context, planned obsolescence should be recognized as a latent defect in the sense that they are not visible at the time of delivery, but manifest later, in many cases significantly later. A considerable number of jurisdictions apply warranty schemes, which are unsuitable to help in cases in which the reasonably expectable lifetime exceeds the commonly applicable warranty periods. This is mostly the result of the widespread use of warranty periods that run from the delivery of the defective product. These inflexible prescription or limitation periods compound the difficulties in bringing an action for planned obsolescence. Classifying the defect as a failure to meet the respective durability standards does not help in these cases. Currently, durability non-compliance would either not be captured by warranty law – due to the fact that the planned obsolescence does not become apparent within the relevant warranty period.

Taking account of expectable product lifetimes can more appropriately be realized with the help of solutions, which apply more flexible schemes. The more balanced approach links the commencement of the relevant limitation period to the detectability of the defect and not the time of delivery. Another approach is represented by the subjective manifestation rule, which fixes the commencement period of warranty claims at the point of the actual discovery of the defect by the purchaser. This is the most pro-buyer approach because it prioritizes the individual's capability to detect relevant durability defects. However, under this rule, sellers are exposed to a considerable degree of unpredictability. Depending on the purchaser, the actual point of discovery could substantially differ from case to case.

2.2. DURABILITY DISCLOSURES

In the present context effective information disclosure must include posting or marking the expected period of usability of products. In this sense, effective information would allow buyers interested in purchasing durable products to make informed decisions. Arguably the most effective strategy is using “durability labels” that follow the example of EU “eco labels.” In 1992, the EU introduced a color-coded energy consumption label with a classification of covered goods, largely household goods, which was then extended to other types of products.¹⁵ Under the eco label scheme products are classified with a letter grade with the most eco-friendly products being given an “A” rating.¹⁶ The energy consumption labels contain intelligible information and have become an integral part of the consumer and commercial marketplaces.

To provide buyers with a comparable degree of comprehensibility, tailor-made durability labels could be introduced to signify the expected

¹⁵ The color code runs from green to red. One of the most recent examples is the provisional agreement between the EU Parliament, Council, and Commission to identify the energy performance of buildings. See, e.g. *Welcomes Agreement on Energy Performance of Buildings*, European Commission (Dec. 19, 2017), http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5129_en.htm (proposing new legislative methods for improving the energy performance of buildings).

¹⁶ See Council Directive 92/75/EEC of 22 September 1992 on the Indication by Labelling and Standard Product Information of the Consumption of Energy and Other Resources by Household Appliances, 1992 O.J. (L 297) 16, 17, *repealed* by Directive 2010/30/EU of the European Parliament and of the Council of 19 May 2010 on the Indication by Labelling and Standard Product Information of the Consumption of Energy and Other Resources by Energy-Related Products, 2010 O.J. (L 153) 1, 1, *further repealed* by Regulation (EU) 2017/1369 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2017 Setting a Framework for Energy Labelling and Repealing Directive 2010/30/EU, 2017 O.J. (L 198) 1.

lifespans of products. This is, for example, highlighted by recent policy discussions in the EU, where a number of national policy-makers have given this topic serious consideration. One policy option is to implement a two-level labeling system would signify the expected durability of comparable products, products of the same category and identify the evaluated lifespan of the specific product, Durability Level 1 and Durability Level 2.

One of the parameters to determine the general expected durability would be the overall level of technical development with respect to a product category. Examples of systems utilizing the first level or type of durability include the Finnish ombudsman system's defining of expected usability periods and the labeling initiative of the Austrian Standards Institute. The Durability Level 1 refers to a durability period that function as a mandatory minimum standard for products that are not explicitly sold as “disposable products.” Durability Level 2 adds a more flexible system that gives manufacturers of longer-lasting products the chance to label them as more durable in order to attract potential buyers with strong preferences for sustainability. This two-fold durability label scheme would allow a clearer linkage between sustainable products and guarantees.

A durability rating system would enhance an informed decision-making process. Added value to such a rating system would include the provision for comprehensive information on the applicable guarantee schemes. The effectiveness of this disclosure regime would be improved through effective enforcement and stakeholder guidance. In summary, producers should be required to comply with durability (sustainability) and product guarantee labeling standards. The benefits of such mandatory disclosures would include increased consumer confidence, as well as stimulating competition in the production of more innovative, durable, and eco-friendly products.

2.3. DISCLOSURE OF DURABILITY AS A DEFENSE

Disclosing information regarding the durability of products can be considered as part of the solution. The idea of durability diverges between manufacturers and buyers mostly due to informational asymmetry. The manufacturer retains inside information of the durability of a product as engineered and produced. The buyer, working without such information, often expects the product will function beyond the

period of the manufacturer's planned obsolescence. In order to encourage manufacturers to disclose information on products' lifespans, a disclosure of durability defense should be recognized. Providing buyers with information on expected product lifetimes increases transparency and facilitates informed decision-making. The informational benefit of disclosing expected durability levels has been experienced in some countries that have already explored lifespan labeling. Durability disclosure would also provide the manufacturer with a defence against purchasers who expected a long lifespan beyond that provided in the durability label or disclosure.

In 2016, a EU study on the impact of lifespan labeling concluded that labeling could have a positive double-effect. The study argued that the question of durability is of increasing importance in consumer decision-making.¹⁷ Expanding the use of lifespan labels would satisfy the consumers' wish for increased transparency. As a result of this transparency and knowing consumers tend to purchase longer-lasting products, manufacturers would be incentivized to pursue more sustainable production methods and produce more environmental-friendly products, linked to increased durability. The EU study came to the conclusion that "[o]n average, sales of products with a label showing a longer lifespan than competing products increased by 13.8%."¹⁸ A considerable number of countries, mostly from Europe, are in the process of exploring the potential of lifespan labeling. Countries such as Austria¹⁹, Belgium²⁰ and France²¹ are leading the discussion over the need for durability labelling. Such labelling would serve consumer interests and the need for sustainable production and consumption in order to protect the environment. From a policy debate perspective arguably the most contested question

17 EESC, "ILLC study – The Influence of Lifespan Labelling on Consumers: Executive summary – March 2016" (2016).

18 Ibid.

19 The Austrian Standards Institute, for example, designed a (non-binding) "Label of Excellence" for durable, repair-friendly designed electrical and electronic appliances. It differentiates between two basic categories – home entertainment equipment ("brown goods" with a recommended durability of minimum five years) and household appliances ("white goods" with a recommended durability of minimum ten years).

20 See, e.g. the Proposal for a resolution to combat the planned obsolescence of energy-related products (*Proposition de résolution en vue de lutter contre l'obsolescence programmée des produits liés à l'énergie*), available at www.senate.be/www/?Mlval=/publications/viewPub.html&COLL=S&LEG=5&NR=1251&VOLGNR=1&LANG=fr.

21 See, e.g., www.euractiv.com/section/circular-economy/news/france-pushes-for-product-lifetime-labelling.

is how to integrate lifespan labeling into possible remedial schemes. The next part reviews one possible remedial scheme provided by changes in warranty law.

3. NEW WARRANTY LAW REGIME

There are a number of areas of law that can be considered to regulate the problem of planned obsolescence. The most popular or obvious ones include unfair competition (antitrust) and environmental laws. Other narrower areas of law that may be applicable include the law of unfair commercial practices or consumer protection laws.²² These laws may be applicable in cases of misrepresentation or fraud, namely, where producers claim products to be of supreme quality, which at best is misleading or can be interpreted as an intentional misrepresentation. None of these areas of law, however, are likely to fully address the specific issue of planned obsolescence, because they fail to directly focus on the purchaser's side. Other anti-planned obsolescence mechanisms involving numerous stakeholders will be needed to make a sufficient impact. The existing law that seems best suited for the task is warranty law. This was noted in the 2013 EESC opinion on planned obsolescence²³ and the European Commission's survey of more precise evidence on the topic.²⁴ The European Commission expressed the view that warranty law might actually be one of the key tools to counteract planned obsolescence. Arguably the strongest and most explicit argument against planned obsolescence was made in July 2011, when the European Commission issued the following statement:

The Commission considers that 'planned obsolescence' ... can have negative impacts on consumers' interests, on the environment, and on fair competition. *European legislation provides means to combat such practices.* Firstly, Directive 99/44/EC on the sale of consumer goods and associated guarantees [*Consumer Sales Directives* or CSD] *offers to consumers' minimum rights against sellers of faulty products, i.e. of products whose quality and performance are not normal in goods of the same type and cannot be reasonably expected by the consumers.* These rights include the right to have a faulty product repaired or replaced free of charge or to obtain,

22 See, e.g., the Commission reply to the Parliamentary question No E-006339/2013, available at www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2013-006339&language=EN

23 European Economic and Social Committee, *Towards more sustainable consumption: industrial product lifetimes and restoring trust through consumer information*, point 1.9.

24 The Parliamentary questions came from Members of the European Parliament with various national backgrounds – see, e.g. inquiry no E-001284/2011 (Spain), E-002875/2011 (Germany), E-004273/2011 (Finland), thus showing the widespread interest in the topic of planned obsolescence.

under certain conditions, a refund or a price reduction within a period of two years from the delivery of the product. Member States may adopt more stringent provisions, i.e. longer guarantee periods, in their national legislations. ... Planned obsolescence clearly runs counter to the objectives set out by the Commission in its Europe 2020 strategy to achieve resource-efficient growth. An important element of resource efficiency is sustainable materials management.²⁵

In 2017, the European Parliament's Committee on Internal Market and Consumer Protection (IMCO) joined the debate. Based on its 2017 report on "a longer lifetime for products: benefits for consumers and companies" (2017 IMCO Report),²⁶ the IMCO suggested that warranty law could be considered as an ideal mechanism to answer the problem of planned obsolescence. IMCO argued that shortened periods of usability constitute warranty law-relevant defects if the reasonably expectable lifetime was longer than the actual durability of the product.²⁷

The claim that warranty law offers solution to the planned obsolescence problem is worth further investigation, which includes maximizing the potential of durability labeling schemes discussed above. Following the examples of the Netherlands and Finland, products would be classified into product-specific durability categories that determine the generally expected minimum period of usability for that respective product category. These periods would further define the length of the respective legal guarantee — the duration of legal guarantees would principally follow the durability period of the respective product category.²⁸ Manufactures who want to produce longer-lasting products would be able to attract customers interested in long product lifespans or consumers who are eco-minded. The manufacturer would signal its products durability with a Durability Label.

As for the question of what purchasers may reasonably expect regarding the lifespan of a product, a two-staged approach is warranted.

²⁵ Joint answer given by Janez Potočnik on behalf of the Commission Written questions: E-001284/11, E-002875/11, E-004273/11, 8 July 2011, available at www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2011-004273&language=EN (emphasis added).

²⁶ IMCO, *Report on "a longer lifetime for products: benefits for consumers and companies"* (6 June 2017, available at www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0214+0+DOC+XML+V0//EN).

²⁷ For further details see, IMCO, *Motion for a European Parliament resolution on a longer lifetime for products: benefits for consumers and companies points* (2016) 33-36, available at [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579000/IPOL_STU\(2016\)579000_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579000/IPOL_STU(2016)579000_EN.pdf); see further *ibid.* recital L, where IMCO explicitly refers to the framework created by the CSD.

²⁸ Exceptions and shorter legal guarantee durations apply with respect to disposable products.

First, one has to identify a group of comparable products and a margin of tolerance or a product group benchmark of durability to measure acceptable durability deviations. Parameters such as the product price or the product presentation and design influence whether a respective product reaches the threshold of the reasonable expectation of durability. Second, significant deviations from expected lifespans that go beyond an acceptable range of tolerance should result in planned obsolescence being recognized as a material defect under warranty law.

Supplementary evidence for cases of planned obsolescence is linked to technical advancement that renders earlier products obsolete in a functional way. Declining product lifetimes due to technical innovation should be recognized as cases of planned obsolescence and regulated accordingly. An example would be when an older generation of a smart phone or laptop computer is engineered to slow down to encourage the purchase of a newer generation of the product. Apple for example engineers make it almost impossible or cost prohibitive to replace the battery in its computers. Planned obsolescence of the computer is engineered by linking the usefulness of the computer to the lifespan of the battery. Allowing for the easy replacement of the battery would enhance the durability of the computer. Alternatively, failing to improve the lifespan of a product in new generations of a product, such as improving battery life, is also evidence of planned obsolescence.

The appropriate remedies for the breach of an implied warranty of durability include repair and replacement of the defective product, price reduction or pro rate refunds, and the right of rescission. Jurisdictions should also investigate using strict products liability to allow damage claims, as well a list of non-fault remedies.²⁹ In most cases of warranty law, there is combination of remedies offered to the purchaser of products, most commonly the seller has a duty to repair or replace. In the United States warranty law generally can be read as giving the manufacturer or seller the right to select either repair or replacement of the product. The law should be reformed, for purposes of fighting planned obsolescence, prevention of waste, and sustainability, by prioritizing repair as the preferred remedy over replacement. Repairing prolongs the lifespan of the product therefore

²⁹ For the sake of focusing on the key topic of the underlying study, we will not comment on the fault/non-fault divide any further. It shall suffice to note that fault-based damage claim schemes are usually subject to longer prescription periods. The advantage of "traditional" warranty remedies, however, can be seen in the (principally) non-fault character of said tools.

replacement should be viewed as the remedy of last resort. A later section will explore the concepts of a manufacturer's duty to repair and the purchaser's right to self-repair.

3.1. WARRANTY LAW AND PRODUCT DURABILITY

It can be generalized that the idea behind every warranty regime is to guarantee that purchasers receive products of a quality, which they are reasonably entitled to receive.³⁰ In cases of planned obsolescence the purchaser receives a product that is not of the quality owed under the contract (fails to meet mutually agreed quality standards) or because the product fails to perform for a reasonably expected (implied) lifetime. The premature end of a product's lifetime, if regarded as substantial in nature, should be classified as a physical defect recognizable under warranty law.

Arguably the "simplest" strategy to maximize the potential of warranty law is to introduce longer or extended warranty periods. This approach can be found, for example, in Ireland and the United Kingdom, which adopted six year-warranty periods³¹ and Sweden with a three year-period. Belgium has a prescription period of ten years,³² limited to latent defects as defined by Article 1641 of the Belgian Civil Code.³³ Although some of these extended warranty periods were not originally directed at cases of latent defects, they should be helpful in regulating planned obsolescence.³⁴

A greater impact on the problem of planned obsolescence can be seen in the revision of the French Civil Code relating to latent defects – the "*garantie des vices caches*" (warranty for latent defects). This scheme is enshrined in Articles 1625 et seq. with a group of key provisions found in Articles 1641 to 1649. Under the basic rule of Article 1641, the seller has to

30 This expectation may vary based upon the price charged, the state of the art in the given industry, and historical views of durability.

31 Scotland, however, provides of a five-year period.

32 Article 2262bis of the Belgian Civil Code.

33 Note, for other cases of physical defects the purchaser can "only" refer to the narrower warranty scheme of Articles 1649bis-1649octies of the Belgian Civil Code that, in principle, implemented the CSD regime. For details see European Commission, *Consumer market study on the functioning of legal and commercial guarantees for consumers in the EU – Country fiche: Belgium (2015) 8* and Germany Trade & Invest, *Gewährleistungsrecht Belgien (2015) 2*, available at www.gtai.de/GTAI/Navigation/DE/Trade/Recht-Zoll/Wirtschafts-und-steuerrecht/Produkte/Dienstleistungsrecht/Portal21/Laender/Belgien/Rechtsrahmen/Zivilrecht/gewaehrleistungsrecht.html, 23.09.2019.

34 This understanding rests on the assumption that respective cases of not reaching reasonably expectable product lifetimes constitute warranty relevant physical defects.

warrant that goods are free from latent defects, which makes the purchased good unfit for the intended purpose or generally impairs the purchaser's reasonable expectation of usability.³⁵ If a physical defect can be classified as a latent defect in the meaning of Article 1641, purchasers may be in a better position to win a claim of planned obsolescence.

Article 7:23 of the Dutch Civil Code (*Burgerlijk Wetboek*) provide a purchaser-friendly rule. Studies point out that the Dutch system is particularly suitable to cover incidents of shortened product lifetimes, because it puts a greater emphasis on the importance of lifespans.³⁶ Products that do not reach a reasonably expected lifetime are considered to be defective. The combination of the flexible warranty claim prescription period and the recognition of shortened product life spans as defects benefit purchasers in cases of planned obsolescence. The European Consumer Centres Network (ECC-Net) characterizes the Finnish system as incorporating a "reasonably expectable lifespan" assessment tool, under which the Finnish Consumer Disputes Board has the competence to issue (non-binding) lifespan standard ranges for different product categories.³⁷ If a product falls significantly short of the applicable target, a warranty relevant (durability) defect, as in the case of the Netherlands, is presumed. In addition, Finnish law allows for the possibility of filing warranty claims after the lapse of the three-year limitation period by delaying the commencement of the period until the objective detectability of the defect.³⁸

3.2. MANDATORY PRODUCT WARRANTY PERIODS

The problem presented by planned obsolescence is that the shortened lifespan of the product often appears after the running of the statute of limitations (limitation periods). This is because planned obsolescence is mostly latent in nature. It also because statute of limitations can be relatively

35 Article 1641 of the French Civil Code: "A seller is bound to a warranty on account of the latent defects of the thing sold which render it unfit for the use for which it was intended, or which so impair that use that the buyer would not have acquired it, or would only have given a lesser price for it, had he known of them". Translation by Georges Rouhette and Anne Rouhette-Berton available at www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code_22.pdf, 23.09.2019.

36 See, e.g. ECC-Net, *Commercial Warranties 17*; European Commission, *Consumer market study on the functioning of legal and commercial guarantees for consumers in the EU – Final report (2015) 22*.

37 ECC-Net, *Commercial Warranties 17*.

38 This solution follows the general prescription rule for contract-based claims enshrined in Articles 5 and 7 of the Finnish Act on limitations on debts. Finnish law does not know a specific rule for warranty claims.

short in length.³⁹ One approach, as noted above, is to simply extend the statutory warranty period based upon some expectation of product durability. Another approach is to recognize lack of durability as a latent defect in which the limitation period begins at the time of discovery. Planned obsolescence warranty relevant defects are constituted if products fail to perform for a reasonably expected lifetime. An alternative approach, discussed in the next section, is to recognize a new warranty—the warranty of durability, which would not be disclaimable in contracts.

In order to incentivize the manufacture of more durable goods, manufacturers should be offered two defenses—state of art and disclosure of durability. Tort (delict) or products liability law recognizes the state of the art defense. There are two variations of the state of the art defense—one asserting that the manufacturer followed “industry-wide standards to which the [manufacturer] had conformed” and the other arguing that the manufacturer could not have produced a safer or more durable product “within the current limits of scientific knowledge.”⁴⁰ The state of art defense is most useful in the case of design defects. Planned obsolescence is often an outcome of a poor design, as well as the use of poor manufacturing materials or component parts.

The state of the art defense should be modified in cases of planned obsolescence. First, industry standards may allow for planned obsolescence, since the same incentive structure (creating a market for repair parts and increasing future sales of products to replace obsolescent ones) often persist throughout the major manufacturers in a given industry. Second, the use of the current limits of scientific knowledge standard is a better fit for safety defects and not issues of durability. A more appropriate affirmative defense would require the manufacturer to show that it used an appropriate design and materials that would ensure a durable product (expected lifespan of a reasonable consumer). Cost constraints are often prohibitive in obtaining optimal durability. Thus, the standard is not absolute durability but reasonable durability.

Disclosing information, discussed previously, regarding the durability of products can be considered as part of the solution. In order

³⁹ The law of Pennsylvania limitation periods provides for two years for injury to person or property related to defects of products. Penn. Stat. Title 42§ 5524.

⁴⁰ James T. Murray, Jr., “The State of the Art of Defense in Strict Liability” (1972) *Marquette Law Review*, Vol. 57, 649, 651 & 652.

to encourage manufacturers to disclose information on products’ likely lifespans, a disclosure of durability defense should be recognized. This is likely to motivate producers to design more durable goods in order to gain branding effects. A reasonable long durability designation will allow manufacturers to more convincingly promote their products as of high quality.

3.3. IMPLIED WARRANTY OF DURABILITY

Previously, the idea of recognizing an implied warranty of sustainability was discussed. It can be expanded into the area of product durability through an implied warranty of durability. A sustainability warranty is directed at the production of environmental friendly goods focusing on the harvesting, mining, and manufacturing processes used throughout the world’s supply chains. The durability warranty focuses more on the design of products and the quality of materials used in their production. Usually parties do not explicitly integrate the expected lifetime in the contract. But the durability notion is widely considered to be an expression of implied quality standards at least in consumer sales. Some jurisdictions – Armenia, Australia, the Canadian provinces of British Columbia and Quebec, Hong Kong, Mongolia and South Africa – go one step further and explicitly list statutory durability parameters as warranty law relevant quality criteria. The laws correctly classify durability as within the scope of warranty law, by applying reasonable expected lifetime standards. The durability standards are recognized based on product group durability benchmarks that indicate reasonably expected product group lifetimes. If the lifespan of a product fails to reach the threshold standards, then the manufacturer is susceptible to breach of warranty claims.

Identifying product group benchmarks and defining acceptable ranges of deviation is admittedly a difficult task. But the Finnish example shows that it is possible. As discussed earlier, the Finnish Consumer Disputes Board has the competence to issue lifespan standard ranges for different product categories. If a product falls significantly short of the applicable target, a warranty relevant defect is presumed. The advantage of such an approach can be seen in its objectivity and comprehensiveness. Standard ranges set minimum durability limits. At the same time, however, they allow producers to design their products “autonomously” in the sense that falling short of the average durability of comparable products does not necessarily

constitute a warranty defect. Defects are assumed only if the durability deviation is considered substantial and unacceptable.

3.4. REMEDIES: MANUFACTURERS' DUTY TO REPAIR

This section argues for the prioritizing of the remedy of repair over that of replacement. In order to prevent waste, the manufacturer-seller should be required to make a prompt repair of faulty products. Only after a good faith effort to make repair should replacement be used as a remedy. The section also argues for the recognition of a consumer's right to self-repair. Most countries provide a menu of remedies or cascade remedial schemes. Repair and replacement enjoy priority over secondary remedies, in most cases over price reduction and rescission. From an environmental perspective, the consequences of repair and replacement differ widely. The negative impacts of replacement on the environment outweigh those of repair. This is due to the fact that replacement creates considerably greater amounts of waste than does repair. Considering the differentiation in environmental or sustainability costs between repair and replacement, remedial schemes found in the United States and other countries should be reformed to prioritize the remedy of repair over that of replacement.

The law at the pan-EU level – Article 3(3) of the CSD – requires that Member State implementing legislation must give the buyer the choice of repair or replacement. It can be argued that this is an improvement, because consumer choice overcomes the bargaining power disparities that previously allocated the choice to the seller. Under the American scheme the choice to repair or replace still lies with the seller.

From an environmental perspective, leaving the choice to the buyer or the seller is not the optimal solution. Environmentally friendly purchasers and sellers would be inclined to choose a resource-efficient way of bringing the defective good into contractual conformity by opting for repair over replacement. However, less environmentally friendly purchasers and sellers are likely to choose a new replacement despite a product being repairable. A better or more sustainable model would be to take the choice away from either party by obligating the seller to promptly repair. The content of such a model would include the use of replacement when repair is cost prohibitive, replacement after a maximum number of repairs have been reached, and a purchaser right to a temporary substitute

product in cases of unduly long periods of repair.⁴¹ Additionally, the law, especially where the product has been heavily used, could allow the seller to replace with refurbished goods. This would not necessarily be as waste preventing as repair, but would increase the incentive to recycle obsolescent products.

3.5. CONSUMERS' RIGHT TO SELF-REPAIR

There are two distinct movements whose goal is to provide consumers a right to self-repair. One is embedded in consumer protection rationales. Consumers should be allowed to repair their own products rather than be forced to seek more expensive alternatives (higher costs of repair in manufacturer-certified repair shops or to purchase a new product). The parallel movement relates to sustainability goals of governments and international instruments aimed at reducing waste and pollution in response to climate change.

In the area of consumer protection there is now a model law⁴² recognizing a consumer's right to self-repair and the reciprocal duties of manufacturers. The four parts of the model law include: "(1) mandating disclosure of information that will allow repairs; (2) mandating the availability of parts and tools to facilitate repairs; (3) mandating disclosure of information to allow security protections to be reset; and (4) forbidding any contracting-around of such provisions in [contract] terms between authorized repair providers and the original equipment manufacturers."⁴³ Examples of designs that make self-repair difficult include affixed or glued batteries in electronic products and the Apple screw that prevents opening and repairing of Apple products with ordinary types of screwdrivers. In order to make self-repair possible, companies should be required to make available the manuals needed to effectuate self-repair, along with maintaining an inventory of repair parts.

⁴¹ Sustainability goals also require in cases of replacement that the manufacturer also be obligated to mine the goods being replaced for reusable materials. The idea of recognizing post-replacement obligations of a manufacturer has been suggested previously: "Extended Producer Responsibility (EPR) is a policy that shifts responsibility for collection and recycling of post-consumer goods from governments to producers." Conrad B. MacKerron, *Moving toward to Sustainable Consumption in Electronics Design, Production, and Recycling*, 31 Utah Env'tl. L. Rev. 117 (2011).

⁴² See REPAIR. ORG., LEGISLATIVE TEMPLATE, <https://repair.org/s/Right-to-repair-Model-state-law-7-24-18.docx> (last visited Jan. 9, 2019).

⁴³ Leah Chan Grinvald & Ofer Tur-Sinai, "Intellectual Property Law and the Right to Repair," Suffolk U. Legal Research paper No. 19-4, at 15, available at <http://ssrn.com/abstract=3317623> (last accessed February 9, 2019).

From the perspective of warranty law the right to self-repair is relevant. The key point of intersection or conflict relates to classifying the lifetime-ending irreparability of a product as a planned obsolescence defect. As discussed earlier, planned obsolescence refers to cases in which the usability of a product is prematurely ended (as the result of a manufacturer's strategy). The question arises whether cases of irreparability fall under this definition. A parallel can be drawn from defining planned obsolescence as a latent defect. The latent defect is described as a product's failure to perform for a reasonably expected lifetime. Irreparability can be classified as planned obsolescence if it is, at least partially, the reason why a product did not meet expectable lifetime standards. However, irreparability itself cannot be regarded as warranty law relevant. Under warranty law, a product's failure to meet its expected product lifetime relates to the end of usability regardless of the question whether the defective product can be repaired or not. Hence, irreparability can be evidence of planned obsolescence, but in itself would not be a violation of current warranty law.

The question whether or not products are repairable could be treated autonomously in a warranty law context. This is particularly the case if it can reasonably be expected that a product is repairable. This is a separate issue than that of planned obsolescence. In this scenario it is not so much a question of defect due to lack of durability than a question of irreparability. However, the simplest way to recognizing the right to self-repair is to incorporate it into warranty law. In sum, warranty law would need to be expanded to include protection against actual defects and a separate duty of reparability.

4. CIRCULAR ECONOMY AND SERVITIZATION

Ultimately, sustainability depends on the efficient use and re-use of sources and materials. A circular economy focuses on the dematerialization of the economy by the diminishment of dependency on scarce resources. This process involves numerous techniques and approaches to material use and the production of waste. Examples include the changing of perspectives from replacing the purchase of products with the sharing of products. The share economy allows people to share their homes (Airbnb) and to share rides (Uber). The next generation of sustainability products would involve the conversion from buying basic goods to sharing or leasing of goods. "Servitization" seeks to replace

ownership of things with the leasing or sharing of things.⁴⁴ This would entail converting purchase contracts to service contracts. For example Phillips (lighting manufacturer) offers a program that instead of buying their light bulbs a company may enter into a service contract in which Phillips maintains, repairs, and replaces the company's lighting system.

Servitization incentivizes a manufacturing to make longer lasting products. When selling light bulbs a company is incentivized to limit their lifespans so as to generate additional sales in the future. In a service contract scenario, the incentives are reversed in that the company wants to reduce the costs of servicing by producing longer lasting bulbs. Another, type of dematerializing is to replace the common warranty of repair and replacement with a repair warranty, as discussed in the previous part. To bolster the ability to repair goods, law should require that the seller and its' distributors to keep an adequate supply of repair parts for a reasonable period of time.

Ultimately, sustainability depends on the efficient use and re-use of sources and materials. A circular economy focuses on the dematerialization of the economy by the diminishment of dependency on scarce resources. This process involves numerous techniques and approaches to material use and the production of waste. Examples include the changing of perspectives from replacing the purchase of products with the sharing of products. The share economy allows people to share their homes (Airbnb) and to share rides (Uber). The next generation of sustainability products would involve the conversion from buying basic goods to sharing or leasing of goods. "Servitization" seeks to replace ownership of things with the leasing or sharing of things.⁴⁵ This would entail converting purchase contracts to service contracts. For example Phillips (lighting manufacturer) offers a program that instead of buying their light bulbs a company may enter into a service contract in which Phillips maintains, repairs, and replaces the company's lighting system.

Servitization incentivizes a manufacturing to make longer lasting products. When selling light bulbs a company is incentivized to limit their lifespans so as to generate additional sales in the future.

⁴⁴ Much of the material presented here was borrowed by a talk given by Prof. Dr. Evelyne Terryn, "Consumer Protection and Circular Economy," Research European Private Law Conference, Osnabruck, Germany (October 17, 2018).

⁴⁵ *Id.*

In the service contract scenario, the incentives are reversed in that the company wants to reduce the costs of servicing by producing longer lasting bulbs. Another, type of dematerializing is to replace the common warranty of repair and replacement with a repair warranty. One suggestion noted in a previous section would remove the buyer's right to demand repair or replacement and substitute it with a seller's duty to repair.

CONCLUSION

Many consumers are now motivated to seek out goods that were produced using environmentally friendly processes and that advance the goals of sustainability. For example, the EU Ecolabel criteria take a lifecycle approach that assesses the production cycle from the extraction and use of natural resources, the production process, and at the end of the products lifecycle the use of recycling of reusable materials and methods to use any waste in a productive way.⁴⁶ Ultimately, sustainability depends on the efficient use and re-use of sources and materials. In addition, longer lasting products reduce the need for natural resources and decreases waste. From a consumer perspective, many products do not last as long as a purchaser may have reasonably expected. In recent years, environmental concerns linked to sustainable production and use of goods has intensified the planned obsolescence debate. Increasing the durability or functionality of products is a core sustainability goal.

A core pillar of the circular economy is the reduction of waste. One way to reduce waste is by increasing the lifespans and durability of products, as well as the servitization of goods previously purchased by users. In the first area, products are often engineered or designed to fail. This tactic of manufacturers is called planned obsolescence. The primary focus of this chapter is how contract law in general (sustainability clauses), and more specifically through warranty law can be used to reduce waste.

The chapter recommends a number of changes in warranty law that would help to combat planned obsolescence including, durability labelling and expanding warranty limitation periods, as well as recognizing an implied warranty of durability, manufacturers' duty to repair, and purchaser's

⁴⁶ See European Commission, "Ecolabel for Consumers," available at <http://ec.europa.eu/environment/ecolabel/eu-ecolabel-for-consumers.html>.

right to self-repair. Servitization can be used to incentive manufacturers to produce more durable products. Sustainability clauses can be used to ensure environmentally friendly supply chains. These different ideas show how contract law can be used as a tool to increase the sustainability of materials and the durability of products.

BIBLIOGRAPHY

CAFAGGI, F. (2016): Regulation through Contracts: Supply Chain Contracting and Sustainability Standards, *European Review of Contract Law*, Vol. 12: 1.

Czamezki, Jason (2011): The Future of Food Eco-Labeling, *Stanford Environmental Law Journal* 30: 3.

Collins, Hugh (1999): *Regulating Contracts* (Oxford: Oxford University Press) 56-93.

DIMATTEO, Larry A. & WRBKA, Stefan (2019): Planned Obsolescence and Consumer Protection: The Unregulated Extended Warranty and Service Contract Industry, *28 Cornell Journal of Law & Public Policy*.

DIMATTEO, Larry A. (2017): *International Business Law and the Legal Environment: A Transactional Approach* (New York: Routledge Publishing).

Edman, Asa & Nohrstedt, Peter (2017): No Socially Responsible Public Procurement without Monitoring the Contract Conditions, *12 European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, Vol. 12: 352.

FISHER, Eleanor (2013): The Power of Purchase: Addressing Sustainability through Public Procurement, *8 European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, Vol. 2: 3.

GRIGGS, David Griggs (2013): Sustainable Development Goals for People and Planet, *Nature* Vol. 495: 305.

Hottinger, Christine (2014): For an Implied Warranty of Sustainability: Come Mr. Tallyman, Tally My Banana's Environmental Impact," *26 Geo. Int'l Envtl. L. Rev.* 303.

MACKERRON, Conrad B. (2011): Moving toward to Sustainable Consumption in Electronics Design, Production, and Recycling, *31 Utah Environmental Law Review* 117.

McCall-Smith, Kasey & Rühmkorf, Andreas (2018): "Sustainable global supply chains: From transparency to due diligence," University of Edinburgh Research Paper No. 2018/31 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3253152> (last access October 30, 2018).

McCall-Smith, Kasey & Rühmkorf, Andreas (2018): From international law to national law: The opportunities and limits of contractual CSR supply chain governance, University of Edinburgh Research Paper No. 28/13, at p 13, <<https://ssrn.com/abstract=3253149>> (last access October 30, 2018).

MITKIDIS, K. Peterkova (2015): *Sustainability Clauses in International Business Contracts* (Netherlands: Eleven International Publishing).

VANDELDELDE, Kenneth J. (2005): A Brief History of International Investment Agreements, *University of California Davis Journal International & Policy*, Vol. 12: 157.

VYTOPIJ, Louise (2015): Contractual Control in the Supply Chain (Netherlands: Eleven International Publishing).

WRBKA, Stefan & DIMATTEO, Larry A. (2019): Comparative Warranty Law: Case of Planned Obsolescence, 21 University of Pennsylvania J. Business Law (2019).

YU, Peter K. (2018): "Intellectual Property, Human Rights, and Methodological Reflections," Texas A & M School of Law Research Paper No. 18-36 <<https://ssrn.com/abstract=3247346>> (last accessed 8 October 2019).

UNMASKING ANONYMOUS ONLINE INFRINGERS OF PERSONALITY RIGHTS: QUESTIONS ARISING IN INTERNATIONAL CONTEXTS¹

Koji Takahashi²

INTRODUCTION

When a defamatory content has been posted on a website (① in FIGURE below), the injured person may wish to seek an injunction or damages against the author³(④ in FIGURE). But if the author has acted anonymously or pseudonymously⁴, the injured person may first need to unmask him or her by seeking orders against the internet service providers (ISPs)⁵ demanding disclosure of the information which allows for the identification of the author. More specifically, it may be necessary to demand the content provider (the host of the server or website) to reveal the internet protocol (IP) address used to post the offending content and the time stamps of the post (② in FIGURE). With a query and response protocol called WHOIS,⁶ the IP address allows for the identification of the internet access provider used. That provider may then be requested to check its log of IP addresses and

1 This article was originally published on Yearbook of Private International Law, Volume 17 (2015/2016), pp. 181-208. It is hereby republished with the authorization of the original publisher and the author.

2 Professor, Doshisha University Law School (Japan).

3 The injured person may also demand, if possible under the applicable law, the host of the server or website on which the offending content has been published to delete it. It is, however, not always an effective remedy since the infringer often repeats posting offending contents.

4 In some cases, the author impersonates the injured person and posts contents which damage the latter's reputation.

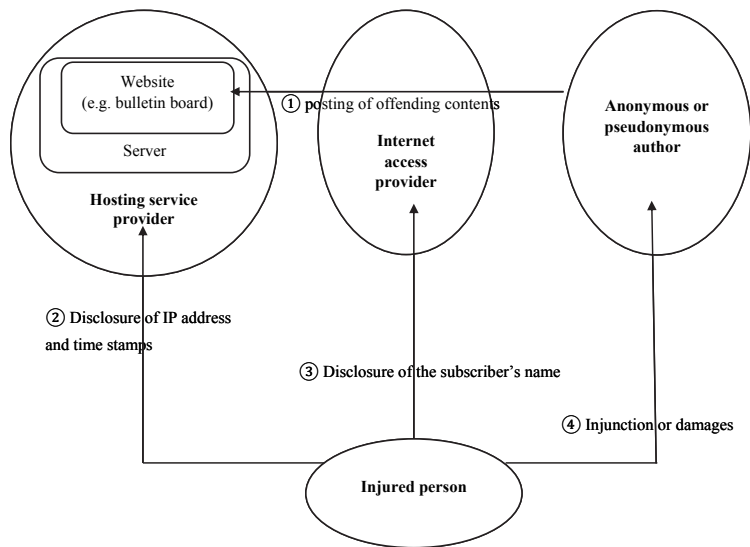
5 In the present article, the word "ISPs" is used to cover both hosting service providers, *i.e.* the hosts of the server or website on which the infringing content is published, and internet access providers.

6 *E.g.* <<https://who.is/>>.

time stamps⁷ to ascertain the matching subscriber and to reveal his or her name (③ in FIGURE), the idea being that the subscriber is likely to be the author.⁸

This article will consider questions related to conflict of laws which may arise in the international dimensions of the process outlined above. They are questions of choice of law, personal jurisdiction, jurisdiction to prescribe and the crossborder enforcement of disclosure orders. What questions arise and how they arise differ depending on the precise approach taken in the process outlined above. This article will, therefore, compare and contrast the approaches taken in Japan, France, United States and England. The analysis of this article is equally applicable to the online infringement of other personality rights such as the right to privacy, portrait rights and publicity rights.⁹

FIGURE



7 Other details may also be useful. If, for example, the author's e-mail address is registered with the hosting service provider and it has been disclosed, the injured person may request the provider of that e-mail address to reveal the name of the holder of that address.

8 They are not always the same. Where, for example, the subscriber is an internet café making its internet access generally available to its customers, the café is unlikely to be the author. The subscriber may dispute that he or she is the actual author once an action for damages or injunction is brought against him or her.

9 Much of the analysis is also applicable to the cases of online infringement of intellectual property rights such as illegal downloading and file sharing. Reference will, therefore, be made to such cases insofar as they are informative.

1. STAKEHOLDERS

Before embarking on the comparative analysis, it is worth examining the respective interests of the stakeholders involved in the process of unmasking an anonymous online author since the consideration of questions arising in the process should take such interests into account.

The injured person obviously has interest in vindicating his or her personality rights. But the interest which matters in the context of the present analysis is that of obtaining access to justice to vindicate those rights.

The author has interest in anonymously exercising his or her right to freedom of expression.¹⁰ Once his or her identity has been revealed, the unmasked author may face embarrassment and may have to contend with a suit brought by the injured person.¹¹ The author also has interest in opposing disclosure in a forum which would not be remote or otherwise inconvenient.

The ISPs do not have inherent interest in maintaining the author's anonymity nor are they in a good position to defend his or her publication since they have no knowledge of the factual correctness of the infringing material and the author's belief in it. Their interest lies in avoiding liability towards the author for breaching their duty of confidentiality. The duty may be based on a contract with the author or any applicable statutes or case law. The ISPs may be exempted from liability and penalty for breaching the duty if they obey a court order for disclosure.¹² But they face

10 To protect this interest, each legal system sets a substantive threshold for obtaining information which allows for the identification of the anonymous author. For the purpose of the present analysis, it will be sufficient to mention a few examples of such thresholds. Thus, in the United States, the most influential test is known as the Dendrite test, according to which "the plaintiff must produce sufficient evidence supporting each element of its cause of action, on a *prima facie* basis" and "the court must balance the defendant's First Amendment right of anonymous free speech against the strength of the *prima facie* case presented and the necessity for the disclosure of the anonymous defendant's identity to allow the plaintiff to properly proceed" (*Dendrite International v. Doe*, 775 A.2d 756 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2001)). Japanese law sets a more stringent standard, as stated in the text reproduced *infra*, note 13.

11 While those consequences are the same in the cases of infringement of copyright, M. FULLER in his article, *Jurisdictional Issues in Anonymous Speech Cases* (2015) 31 *Communications Lawyer* 24, observes that the right to anonymity is negligible in such cases unlike the cases involving the right to free speech.

12 As made explicit by, for example, s. 8 of the Irish Data Protection Act 1988, which provides: "Any restrictions in this Act on the disclosure of personal data do not apply if the disclosure is - [...] (e) required by or under any enactment or by a rule of law or order of a court, [...]."

double jeopardy if the disclosure order is not recognised in a state where their liability is pursued.

2. JAPANESE APPROACH

Under Japanese law, the legal basis for a disclosure order is a statutory right against ISPs. The statute¹³ essentially says that disclosure may be demanded of ISPs¹⁴ if (1) the alleged infringement has clearly taken place and (2) there is a justifiable reason for obtaining the disclosure, as in the cases where the information sought is necessary to claim damages from the anonymous author.¹⁵ Being a substantive (non-procedural) right, it may be asserted in and outside courts.

2.1. CHOICE OF LAW QUESTION

Being a substantive right, this right may be asserted only where Japanese law is applicable. Under the Japanese choice-of-law rules, it is generally assumed by commentaries that the claim based on this right is characterised as tort,¹⁶ with the result that Japanese law is normally applicable in the cases where the person injured from defamation is habitually resident in Japan.¹⁷ But the tort characterisation is somewhat awkward

¹³ The Act on the Limitation of Liability of the Providers of Specified Telecommunication Services and the Right to Demand the Disclosure of Information Enabling the Identification of the Sender.

¹⁴ The ISPs against whom disclosure is sought must seek the opinion of the author unless the latter cannot be contacted or there are special circumstances (Art. 4(2) of the Act, *ibid.*).

¹⁵ Art. 4(1) of the Act, *ibid.*, which reads in pertinent part (the present author's translation): "Any person alleging that his or her rights were infringed by the circulation of information via specified telecommunications may, only in the cases falling within both the following items, demand the service provider of the specified telecommunications [...] (hereinafter referred to as the "provider of disclosure-related services") to disclose information enabling the identification of the sender pertaining to the infringement of the rights (namely, information, including the name and address, contributing to the identification of the sender of the offending information as stipulated by the applicable ordinance of the Ministry of Internal Affairs and Communications [...]) which is possessed by the provider of disclosure-related services if: (i) there is clear evidence that the rights of a person demanding disclosure have been infringed by the circulation of the offending information; and (ii) the information enabling the identification of the sender is necessary for the person demanding disclosure to exercise his or her rights to claim damages or where there is any other justifiable reason for that person to obtain disclosure."

¹⁶ E.g. TELECOMMUNICATIONS CONSUMER POLICY DIVISION OF THE TELECOMMUNICATIONS BUREAU IN THE MINISTRY OF INTERNAL AFFAIRS AND COMMUNICATIONS, *Act on the Limitation of Liability of the Providers*, enlarged and revised edition 2014, p. 102 (in Japanese) and K. IIDA, *Commentary on the Act on the Limitation of Liability of the Providers*, 2002, p. 116 (in Japanese).

¹⁷ This results from Art. 19 of the Japanese choice-of-law legislation, *Hô no Tekiyô ni Kansuru Tsûsoku Hô* (Act Concerning the General Rules for the Application of Laws), which provides that liability for defamation is governed by the law of the injured person's habitual place of residence (or, if the injured person is an association or a foundation which is incorporated or unincorporated,

since the claim is not meant to pursue tort liability of ISPs themselves. It is only a preliminary step to claiming the author's tortious liability. It seems preferable to see this statutory right as emanating from an overriding mandatory rule of the forum which is applicable irrespective of any choice-of-law rules.¹⁸

It is possible that where an ISP is subject to the obligation of disclosure under Japanese law, its relationship with the anonymous author is governed by a different legal system. To avoid double jeopardy, it must be possible to interpret the latter as allowing the ISP's duty of confidentiality towards the author to be discharged by reason of its obligation of disclosure towards the injured person. To avoid double jeopardy in other states, the recognition of the Japanese order of disclosure would have to be sought there.

2.2. JURISDICTIONAL QUESTIONS

Where this statutory right is asserted in court, the question of jurisdiction arises. Since the ISPs keep an access log (IP addresses and time stamps) for only a limited duration, the usual practice in Japan is to seek a disclosure order corresponding to ② in FIGURE above under an expedited procedure for interim relief of protection.¹⁹ To obtain such orders against foreign ISPs²⁰ such as Twitter and Facebook, a ground of jurisdiction known as the "doing business" jurisdiction has proven to be useful.²¹ It is contained in Art. 3-3 of the Code of Civil Procedure (*Minji Soshô Hô*), which provides in the relevant part (the present author's translation):

rated, the law of its principal place of business). An exception is stipulated in Art. 20. For details, see K. TAKAHASHI, *A Major Reform of Japanese Private International Law* (2006) 2 J Priv Int L 311, 331.

¹⁸ In Japan, there is no statutory definition of the concept of overriding mandatory rules. The present author favours a broad definition of the concept, understanding it to mean the rules which by legislative intent are applicable to any situation falling within their scope irrespective of the law otherwise applicable pursuant to the choice-of-law rules.

¹⁹ An order corresponding to ② in FIGURE above may only be sought in proceedings on the merit since the subscriber's name is more sensitive information than the IP address.

²⁰ A writ of summons for interim proceedings need not be served but may be notified in appropriate means (Art. 3 of the Civil Interim Relief Rules (*Minji Hozen Kisoku*)). In practice, they are often sent through an international postal channel, a method which cannot be used for the cross-border service of documents under the Japanese Code of Civil Procedure (M. NOMURA, *Actual Practice of Handling Interim Proceedings in Internet-Related Cases at the Civil 9th Division of the Tokyo District Court* (2014) 1395 *Hanrei Times* 25, 34 (in Japanese)).

²¹ According to various news sources, disclosure orders were issued by the Tokyo District Court against FC2 (Nevada company) on 6 February 2013, Twitter (California company) on 4 July 2013 and on 30 September 2015 and Facebook (Irish company) on 19 August 2014. None of those orders has been published in law reports but the text of the order against Twitter dated 4 July 2013 is to be found at <<https://www.chillingeffects.org/notices/1456984>> (accessed on 19 February 2016).

“The suits set out in each item below may be filed with the courts of Japan in the circumstances described in each of them. [...] (v) a suit against a person doing business in Japan (including a foreign company (as defined by Article 2(2) of the Companies Act (Act No. 86 of 2005)) which continuously carries out transactions in Japan); in the circumstances where the suit relates to the business in Japan.”

This head of jurisdiction is available for proceedings on the merits but it is also capable of providing jurisdiction for interim proceedings since, according to the Civil Interim Relief Act (*Minji Hozen Hô*),²² the Japanese courts have jurisdiction to grant interim relief where they would have jurisdiction should the same relief be sought in proceedings on the merits. Since this head of jurisdiction does not prescribe the method of “doing business,” it is a broad ground of jurisdiction capable of capturing defendants who have no fixed place of business in Japan but conduct business in Japan by online means from outside Japan. Foreign ISPs come within this jurisdiction if they conduct business in Japan by providing their internet services to Japanese residents, the use of Japanese language being a good *indicium*.²³ Without this head of jurisdiction, it would be difficult to find jurisdictional grounds to obtain disclosure orders against foreign ISPs. Thus, the home-court jurisdiction,²⁴ for example, is not available if the ISP is a foreign company.²⁵ Among the claim-based jurisdictional rules, the rule for contractual claims²⁶ is inapplicable since there is no contract between the injured person and the ISP. The jurisdictional rule for tort claims²⁷ is not available since the claim

22 Article 11 of the Act provides (the present author’s translation): “A petition for an order of interim relief may be made only where a suit on the merits can be filed with the courts of Japan or where the property to be provisionally seized or the object of the dispute is present in Japan.”

23 The availability of this head of jurisdiction in such circumstances in the practice of Tokyo District Court is confirmed by Judge M. NOMURA, writing extrajudicially in his article mentioned in *supra* (note 18), at 27.

24 The Japanese courts have general jurisdiction, *i.e.* jurisdiction available irrespective of the cause of action, where the defendant’s principal place of business is situated in Japan (Art. 3-2(3) of the Code of Civil

25 Where the foreign ISP has a Japanese subsidiary, the latter is subject to the home-court jurisdiction. But a disclosure order cannot be obtained if, as is often the case with foreign ISPs providing hosting services, the Japanese subsidiary is only engaged in marketing and has no control over the information sought.

26 It is contained in Art. 3-3 of the Code of Civil Procedure, which provides in the relevant part (the present author’s translation): “The suits set out in each item below may be filed with the courts of Japan in the circumstances described in each of them. (i) An action for the enforcement of a contractual obligation, [...] or any other action relating to a contractual obligation: – when the place of performance of the obligation as specified in the contract is located in Japan or when the place of performance of the obligation is located in Japan according to the governing law chosen in the contract. [...]”

27 It is also contained in Art. 3-3 of the Code of Civil Procedure, which provides in the relevant part (the present author’s translation): “The suits set out in each item below may be filed with the courts of Japan in the circumstances described in each of them. [...] (viii) a suit relating to a tort: when the tort

for disclosure is founded on a special statutory right.²⁸ The “doing business” jurisdiction, on the other hand, is available irrespective of the legal nature of the claim, provided that the suit relates to the business in Japan.²⁹ Typical suits envisaged by this head of jurisdiction are those based on contractual obligations arising from “doing business” in Japan. But it is not impossible to regard a suit seeking disclosure of information enabling the identification of an anonymous author as relating to the ISP’s business in Japan.

3. FRENCH APPROACH

In French law, disclosure orders may be based on a provision in the Trust in Digital Economy Act,³⁰ promulgated in 2004. Article 6 II reads as follows:³¹

“(1) The persons mentioned in the first and second paragraphs of I which may be understood to signify ISPs – [note by the present author] hold and retain the information enabling the identification of any person who has contributed to the creation of the content of services of which they are providers. [...] (3) The judicial authority may require the providers mentioned in the first and second paragraphs of I to disclose the information mentioned in the first paragraph.”

To obtain disclosure, another possibility is to rely on a general rule of civil procedure. Article 145 of the Code of Civil Procedure (*Code de procédure civile*) provides for preparatory inquiries (*mesures d’instruction in futurum*), and reads as follows:³²

occurred in Japan (except where the result of a harmful act committed abroad has occurred in Japan and the occurrence of that result in Japan would not have been normally foreseeable).”

28 For the same view, see M. FUKUSHIMA, Internet related cases viewed from the standpoint of a judge in charge of interim proceedings II (2013) 13(9) LIBRA (The Tokyo Bar Association journal) 9, 13 (in Japanese); TELECOMMUNICATIONS CONSUMER POLICY DIVISION OF THE TELECOMMUNICATIONS BUREAU IN THE MINISTRY OF INTERNAL AFFAIRS AND COMMUNICATIONS, *supra* (note 14), at 102 (in Japanese). Interestingly, the latter shows no discomfort in adopting the tort characterisation for choice-of-law purposes; See *supra* (note 14).

29 Compared to the traditional US version of “doing business” jurisdiction, the Japanese version is more restrictive as it requires the suit to relate to the defendant’s business in Japan. For a fuller comparison, see K. TAKAHASHI, The Jurisdiction of Japanese Courts in a Comparative Context (2015) 11 J Priv Int L 103, 113.

30 Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l’économie numérique”.

31 The present author’s translation. The original French text reads in the corresponding part: “(1) Les personnes mentionnées aux 1 et 2 du I détiennent et conservent les données de nature à permettre l’identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l’un des contenus des services dont elles sont prestataires”. [...] “(3) L’autorité judiciaire peut requérir communication auprès des prestataires mentionnés aux 1 et 2 du I des données mentionnées au premier alinéa”.

32 The original French text reads: “S’il existe un motif légitime de conserver ou d’établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d’un litige, les mesures d’instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé”.

“If there is a legitimate reason to preserve or to establish, before any legal process, the evidence of facts upon which the resolution of a dispute may depend, legally permissible preparatory inquiries may be ordered at the request of any interested party, by way of an *ex parte* application or summary procedure.”

The application of those rules became an issue in a recent case seeking disclosure from Twitter.

3.1. UEJF V. TWITTER³³

In *UEJF v. Twitter*, the French Union of Jewish Students (UEJF) complained of numerous anti-Semitic tweets and sought disclosure from Twitter. Twitter, a California company, did not contest the French jurisdiction. But it argued that it was not subject to the obligation to retain information under the French Trust in Digital Economy Act, stating that it was doing no more than required by the law of California. Twitter also contended that the provisions of this Act were not overriding mandatory rules (*loi de police*) within the meaning of Article 3 of the Civil Code (*Code civil*).³⁴

The Paris High Court noted that under a relevant decree, the retention of the information enabling the identification of authors was subject to another Act, the 1978 Act on Computers, Files and Liberties,³⁵ which was in its terms subject to the principle of territoriality. In that regard, it was not demonstrated that Twitter used material or human means in the territory of France to retain the information sought. The Court also acknowledged that for a rule to qualify as the *loi de police*, its application must be uncontestedly mandatory for safeguarding the nation's socioeconomic structure, remarking that the fact that the breach of the rule would attract criminal sanctions was not sufficient. Having regard to all the circumstances, the Court concluded that it was not demonstrated, with sufficient evidence required of a summary procedure, that Article 6 II of the Act was applicable in the present case. The Court instead relied on Article 145 of the Code of Civil Procedure to order disclosure, making a brief remark that the provision was applicable in international cases.

33 TGI Paris, 24 janv. 2013, n° 13/50262, (2013) D. 300 An appeal lodged by Twitter was rejected by CA Paris, 12 juin 2013, n° 13/06106, (2013) D. 1614.

34 Art. 3(1) provides (translation taken from the site of <http://www.legifrance.gouv.fr/> (accessed on 4 January 2016)): Statutes concerning public policy and safety are binding on all those living on the territory. The original French text reads: “Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire”.

35 “Loi n° 78-12 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés”.

On appeal, the Paris Court of Appeal affirmed the decision of first instance without considering the questions of choice of law and jurisdiction.

3.2. COMMENTS

It is regretful that the Court of Appeal did not take the opportunity to clarify the circumstances in which Article 6 II of the Trust in Digital Economy Act would be applicable to foreign ISPs.³⁶ A few commentators have doubted the correctness of the High Court's reliance on the territoriality principle provided by the 1978 Act, questioning whether it has any bearing on the disclosure, as distinguished from retention, of information sought under the Trust in Digital Economy Act.³⁷ Another commentator, apparently on the understanding that the Trust in Digital Economy Act imposes the obligation to disclose information as retained under the same Act, contrasts it with Article 145 of the Code of Civil Procedure which, according to her interpretation, requires disclosure of so much of the information as retained under the applicable, possibly foreign, law.³⁸

Being a procedural rule, Article 145 of the Code of Civil Procedure should raise no choice-of-law question. It should be applicable as forming part of the *lex fori* where the French courts have jurisdiction as to the substance of the matter.³⁹ Where jurisdiction as to the substance exists under the Brussels I-*bis* Regulation,⁴⁰ this view finds a few supporting remarks in the case law of the CJEU (Court of Justice of European Union).⁴¹ Where the court is not yet seized of the substance, the question to be asked is whether it would have jurisdiction when it is seized.⁴² By hypothesising a suit against the author, it would be possible to see whether the French courts

36 For the same view, see F. CHAFIOL-CHAUMONT/ A. CANIVEZ, *Affaire Twitter c/ UEJF: suite et fin?* (2013) 97 *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* 31.

37 C. MANARA, *Twitter: communication de données d'identification* [2013] *Recueil Dalloz* 300; A. COUSIN, *Twitter peut-elle échapper à la loi française?* [2013] *Recueil Dalloz* 696.

38 F. CHAFIOL-CHAUMONT, *Messages racistes sur internet: Twitter devra communiquer les données permettant d'identifier les auteurs des tweets antisémites* (2013) 91 *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* 26.

39 For the same view, see H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe: règlement 44/2001, conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4th ed. 2010, p. 322.

40 Regulation (EU) No 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters [2012] OJ L351/1.

41 Case C-391/95, *Van Uden v. Deco-Line*, [1998] ECR I-7091, para. 22; Case C-99/96, *Mietz*, [1999] ECR I-2277, para. 41.

42 A. NUYTS, *Le règlement communautaire sur l'obtention des preuves, un instrument exclusif?* [2007] *Rev. crit. dr. int.* pr. 53, 65; E. PATAUT [2005] *Rev. crit. dr. int.* pr. 742, 748 (Note on St Paul Daily).

have jurisdiction on the basis that the offending online content could be viewed in France.⁴³

Even if the courts of another EU Member State have, and the French courts do not have, jurisdiction as to the substance of the matter, “such provisional, including protective, measures” as may be available under French law may be sought in France pursuant to Article 35 of the Brussels I-bis Regulation. Do the preparatory inquiries under Article 145 of the French Code of Civil Procedure constitute “provisional, including protective, measures” within the meaning of that provision? According to the CJEU in *Reichert and Kockler*, that notion refers to “measures which [...] are intended to preserve a factual or legal situation so as to safeguard rights the recognition of which is sought elsewhere from the court having jurisdiction as to the substance of the matter.”⁴⁴ But according to another CJEU decision, *St. Paul Dairy Industries v. Unibel Exser*, it does not cover “a measure ordering the hearing of a witness for the purpose of enabling the applicant to decide whether to bring a case, determine whether it would be well founded and assess the relevance of evidence which might be adduced in that regard.”⁴⁵ When the latter decision was given, the question referred to the CJEU mentioned, in particular, orders enabling the advance clarification with regard to the identification of the party against whom proceedings must be instituted.⁴⁶ It might, therefore, be inferred from this ruling that orders for disclosure of information allowing for the identification of anonymous authors do not constitute “provisional, including protective, measures.”⁴⁷ This interpretation might seem supported by Recital 25 of the Regulation which states, “[t]he notion of provisional, including protective, measures should include, for example, protective orders aimed at obtaining information or

preserving evidence as referred to in Articles 6 and 7 of Directive 2004/48/EC [...] on the enforcement of intellectual property rights.” It does not mention Article 8 of the same Directive which refers to orders aimed at obtaining such information as the name of the producer of goods infringing an intellectual property right, a type of order similar in purpose to those for the disclosure of information enabling the identification of infringers of personality rights. It seems, however, that Recital 25 in its entirety should be read as confirming the distinction introduced by the decision in *St. Paul Dairy* between measures aimed at preserving evidence and measures intended merely to obtain evidence.⁴⁸ In this regard, where the identity of anonymous online authors is sought to be uncovered, the disclosure of the time stamps of the anonymous posts and the IP addresses used may be sought in interim proceedings to preserve the log of those details which might otherwise be deleted by the internet access provider after a period of time. In such cases, the orders should be considered to constitute “provisional, including protective, measures” since they are “measures which [...] are intended to preserve a factual or legal situation.”⁴⁹ If this interpretation is accepted, it should be noted that the granting of provisional or protective measures under Article 35 of the Brussels I-bis Regulation is conditional on “the existence of a real connecting link between the subject matter of the measures sought and the territorial jurisdiction of the [Member] State of the court before which those measures are sought.”⁵⁰ Though exactly what is required by this condition is unclear when the measure does not concern the seizing of property,⁵¹ it would hardly be met if the ISP stores the information sought to be disclosed outside the jurisdiction.

Even where the French courts have jurisdiction over a potential suit against the author, a separate question arises: whether the French courts have power to make an extraterritorial order,⁵² requiring ISPs to disclose

43 Case C-161/10, *eDate Advertising and Others*, [2011] ECR I-10269, according to which the courts of each Member State in the territory of which the online content infringing personality rights is or has been accessible have jurisdiction in respect of the damage caused in the territory of that Member State. The same conclusion seems to result from the French national rules of jurisdiction. Thus, commenting on the *UEJF v. Twitter* case, Th. FOURREY, *Twitter et le droit de la presse* (2014) 109 *Revue Lamy Droit de l’Immatériel* 67, 68, has argued that the application of Art. 145 would have been better justified on the basis that the French courts had jurisdiction under Art. 46 of the same Code, reasoning that damage had been suffered in France in the sense that the offending tweets had been received there.

44 Case C-261/90, [1992] ECR I-2149, para. 34.

45 Case C-104/03, [2005] ECR I-3481.

46 A Dutch disclosure order. No further detail of the order is given in the judgment or the Advocate General’s Opinion.

47 The Supreme Court of Ireland, too, held that a measure designed to disclose the identity of persons who might be sued could not be regarded as the type of measure which fell within this expression: *Ryanair Ltd v. Unister GmbH and by order Aeruni GmbH* [2013] IESC 14, para. 10.3.

48 For the same view, see F. WILKE, *The impact of the Brussels I Recast on important “Brussels” case law* (2015) 11 *J Priv Int L* 128, 139.

49 *Reichert and Kockler* (note 42). E. PATAUT (note 40), at 750 and 751, considers that preparatory inquiries under Art. 145 are largely excluded from “provisional, including protective, measures” but acknowledges that there can be exceptions justified by the imminent risk of destruction of evidence, noting that Art. 145 has dual objectives, namely to avoid the deterioration of evidence and to assess the chances of success at trial, the first of which attracts the application of what is now Art. 35 of the Brussels I-bis Regulation.

50 Case C-391/95, *Van Uden* [1998] ECR I-7091.

51 For the same view, see the Commission Report on the application of Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (COM(2009) 174 final) para. 3.6.

52 This corresponds to the question addressed *infra* (heading VI.B. “jurisdiction to prescribe”)

information located abroad. Such an order might seem contrary to the spirit of the French blocking statute.⁵³ It provides as follows in Article 1bis:⁵⁴

“Subject to any treaties or international agreements and Acts and regulations in force, it is prohibited for any person to request, to investigate or to communicate in writing, orally or by any other means, documents or information in economic, commercial, industrial, financial or technical matters leading to the establishment of proof for the sake of foreign judicial or administrative proceedings or in the context of such proceedings.”

It seeks to ensure with a threat of criminal penalty⁵⁵ that recourse be made to the French Code of Civil Procedure⁵⁶ or the Hague Evidence Convention⁵⁷ of which France is a Contracting State, in order to collect information from France for the sake of foreign proceedings.⁵⁸ This Act is, however, hardly invoked in practice and has been described as “ineffective et obsolète.”⁵⁹ It is, in fact, not unprecedented for the French courts to order Article 145 inquiries to be conducted outside France without resorting to the Hague Evidence Convention.⁶⁰

in the context of English law.

53 “Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d’ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères” (Act relating to the communication of documents or information in economic, commercial, industrial, financial or technical matters to foreign natural or legal persons).

54 The present author’s translation. The original French text reads: “Sous réserve des traités ou accords internationaux et des lois et règlements en vigueur, il est interdit à toute personne de demander, de rechercher ou de communiquer, par écrit, oralement ou sous toute autre forme, des documents ou renseignements d’ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci.”

55 Provided in Art. 3.

56 Arts. 736 to 748 of the French Code of Civil Procedure.

57 Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters.

58 The French government views recourse to the Hague Evidence Convention as mandatory where the evidence is located in another Contracting State. France’s response to the Questionnaire of May 2008 drawn up by the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law relating to the Hague Evidence Convention (2008), p. 13.

59 B. CARAYON, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l’administration générale de la république sur la proposition de loi (N° 3985) de M. Bernard Carayon visant à sanctionner la violation du secret des affaires, Assemblée Nationale No. 4159 (2012), p. 22.

60 Apart from *UEJF v. Twitter*, examined above, see e.g. *Societe Luxguard v. Societe SN Sitrac* and *Another* [1996] I.L.Pr. 5, in which the Versailles Court of Appeal affirmed an order appointing an expert to go to a building and inspect its works in Spain (criticised by G. COUCHEZ [1995] Rev. crit. dr. int. pr. 80, 87). The Court considered that the Hague Evidence Convention, though regulating letters rogatory, was not applicable to a probative measure (*mesure d’ordre probatoire*), provided that it would not infringe the sovereignty of another Contracting State. On that basis, the Court found that the task of the appointed expert, being purely technical, would not amount to the administration of evidence which would involve the danger of infringing the

4. US APPROACH

The approach in the United States, though not uniform in detail, is strikingly different from those in Japan and France. The anonymous author may be sued in the name of “John Doe”⁶¹ and then a non-party discovery order, called “Doe subpoena,” may be issued to the ISPs to unmask “John Doe.” As it is a procedural order, it gives rise to no choice-of-law question. The US debate is focused on jurisdiction and, unlike the Japanese debate, jurisdiction over Doe rather than ISPs. The debate centres on whether it is premature to require any jurisdictional analysis before the identity of the defendant is revealed and, if not, where the injured person should bring his or her suit to make a sufficient showing of jurisdiction over Doe.

4.1. JURISDICTIONAL ANALYSIS BEFORE IDENTIFICATION OF DEFENDANT

It appears that the only decision at the appellate level of federal courts which has squarely addressed this question is *AF Holdings v. Does 1 – 1058*.⁶² In this case, the Court of Appeals for the DC Circuit acknowledged that to bring an action, a plaintiff has no obligation to establish personal jurisdiction until the defendant raises that defense. The Court, however, emphasized that different principles applied where a plaintiff did not just file a complaint but also sought a non-party discovery order to reveal the identity of the Doe defendants. It held that discovery would be denied unless the plaintiff has “a good faith belief that such discovery will enable it to show that the court has personal jurisdiction over the defendant.”⁶³ In the Court’s reasoning, absent such a threshold showing, there would be little reason to believe that the information sought would be “relevant to the subject matter involved in the action,” a general requirement for a

sovereignty of Spain. It should be noted that this case preceded Regulation No 1206/2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters ([2001] OJ L174/1), which prevails over the Hague Evidence Convention in relations between the EU Member States (Art. 21(1)) and recourse to which has been held non-mandatory (Case C-332/11, *ProRail v. Xpedys and others* (2013)).

61 The practice of bringing a suit against “John Doe” is well established in federal courts as well as in a vast majority of state courts. The Federal Rules of Civil Procedure are largely silent or unclear on the practice but a majority of states have express provisions for it. For details, see C. RICE, *Meet John Doe: It Is Time for Federal Civil Procedure to Recognize John Doe Parties* (1996) 57 U. Pitt. L. Rev. 883.

62 752 F.3d 990 (2014). This is a case on copyright infringement but the point discussed here would equally apply to cases involving the infringement of personality rights.

63 For an earlier decision to the same effect, see *Nu Image v. Does 1-23*, 322, 799 F. Supp. 2d 34 (D.D.C. 2011) at 37 (a case on copyright infringement).

discovery order⁶⁴ as provided by the Federal Rules of Civil Procedure 26(b)(1).⁶⁵ The Court explained that the identity of prospective defendants who would not be amenable to jurisdiction could be of little use. It should be noted that what the Court required the plaintiff to do was not to demonstrate that the trial court had personal jurisdiction over the anonymous defendant. Rather, it was merely to show a good faith belief that the trial court had jurisdiction.

The state courts follow the civil procedure rules of their own states. The Rules of Civil Procedure of Ohio, for example, permit pre-suit discovery that “is necessary to ascertain the identity of a potential adverse party” (Rule 34(D)(3)). Texas authorises the broadest form of pre-suit discovery, granting “a proper court” power to “investigate a potential claim” (Rule 202 of the Texas Rules of Civil Procedure). In a recent Texas case, *John Doe a/k/a “Trooper”*,⁶⁶ a petition was filed, requesting Google to disclose the identity of a pseudonymous blogger under Rule 202. The plaintiff sent notice to the blog email address.⁶⁷ The blogger filed an appearance without revealing his identity, asserting that his only contact with Texas was that the blog could be read on the Internet there. The Texas Supreme Court, in a 5-4 split decision, held that “a proper court” must have personal jurisdiction over the potential defendant. It acknowledged that the burden on the plaintiff could be heavy where the potential defendant’s identity was unknown. But the Court refused to “interpret Rule 202 to make Texas the world’s inspector general.” On that reasoning, the Court concluded that the trial court’s order authorising discovery exceeded its authority under Rule

⁶⁴ The Court noted that where no party had yet been specifically named as a defendant, the only potential avenue for discovery was the Federal Rules of Civil Procedure 26(d)(1), which provided for discovery “by court order.”

⁶⁵ Rule 26(b)(1) has been amended with effect from 1 December 2015 and no longer contains the quoted wording. The amendment narrowed the scope of discovery by requiring it to be “proportional to the needs of the case.” In the context of the present discussion, the amendment will, if anything, only give a stronger support for the ruling that the plaintiff must “have at least a good faith belief that such discovery will enable it to show that the court has personal jurisdiction over the defendant.”

⁶⁶ 57 Tex. Sup. Ct. J. 1440 (2014).

⁶⁷ In the United States, the plaintiffs are generally required to make efforts to notify the anonymous author. Thus, in the *Dendrite International* case, the decision which established the most influential substantive test for disclosure in the United States (See *supra* (note 8)), it was held: “[...] the trial court should first require the plaintiff to undertake efforts to notify the anonymous posters that they are the subject of a subpoena or application for an order of disclosure, and withhold action to afford the fictitiously-named defendants a reasonable opportunity to file and serve opposition to the application. These notification efforts should include posting a message of notification of the identity discovery request to the anonymous user on the ISP’s pertinent message board.”

202. But the Court did not articulate the jurisdictional standard applicable in this context. The dissenting opinion held that the question of personal jurisdiction was premature and impossible to answer when it was directed at an anonymous individual.⁶⁸ In its reasoning, a “court’s exercise of personal jurisdiction over a party is predicated on an analysis of his connections with the forum state” and “when a party chooses to remain anonymous, a court is powerless to evaluate his connection to the forum state.” This observation seems incontestable. It logically follows that the majority’s ruling that “a proper court” must have personal jurisdiction over the potential defendant could not be taken as insisting on a full-fledged jurisdictional analysis.

4.2. WHERE TO SUE

Then, the next question which must be addressed is where the injured person should bring his or her suit to make a sufficient showing of jurisdiction over John Doe. In the cases of copyright infringement through file sharing, prior to filing suits against “John Doe” infringers, the record companies often know them by their IP addresses. This is because in order to facilitate file sharing, their IP addresses are distributed to fellow users, which the record companies can get hold of by monitoring the P2P network. Then, it is possible to approximately determine the infringer’s location through what is known as a geolocation service, a kind of service which makes it possible to estimate the location of internet users based on their IP addresses. Thus, in *AF Holdings v. Does 1 – 1058*, a DC circuit case examined above, the plaintiff conceded that “the only conceivable way that personal jurisdiction might properly be exercised over these Doe defendants is if they are residents of the District of Columbia or at least downloaded the copyrighted work in the District.”⁶⁹ The DC Circuit Court of Appeals held that the plaintiff abused the discovery process by not limiting its inquiry to those defendants who might actually be located in the District by using a geolocation service.⁷⁰ In the same way, in the cases involving the infringement of personality rights, if the injured person has got hold of the

⁶⁸ The dissenting opinion cited some federal courts’ decisions which had made the same point. They are *AF Holdings, LLC v. Does 1 – 162*, 2012 WL 488217 (S.D.Fla. 2012); *Bloomberg, L.P. v. Does 1 – 4*, 2013 WL 4780036 (S.D.N.Y. 2013); *First Time Videos, LLC v. Does 1 – 76*, 276 F.R.D. 254 (N.D.Ill. 2011); and *Call of the Wild Movie, LLC v. Does 1 – 1,062*, 770 F.Supp.2d 332 (D.D.C. 2011).

⁶⁹ A reference was made to the DC longarm statute providing for personal jurisdiction over a person “causing tortious injury in the District of Columbia.”

⁷⁰ This ruling was followed in other cases, e.g. *Malibu Media v. John Doe*, 2015 WL 5173890 (District Court for the District of Columbia).

IP address used by the anonymous author and demands the internet access provider to reveal the name of the subscriber (③ in FIGURE above), it will not be difficult to estimate the area where the author has posted the online content and establish on a *prima facie* basis the jurisdiction of the courts there by relying on a rule giving jurisdiction to the courts where a tortious conduct has been committed (*loci actus*).

Then, could a sufficient showing of jurisdiction over an anonymous defendant be made where the IP address of the defendant is not known to the plaintiff, as is typically the case where the injured person seeks disclosure from the host of the server or website where infringing material has been posted (② in FIGURE above)?

Firstly, could such a showing be made by filing in the State where the tortious conduct was committed (*loci actus*)? In *Melvin v. Doe*,⁷¹ the Virginia Circuit Court granted a motion to quash a subpoena against America On Line (AOL), a Virginia company. The Court found that the defendant, an anonymous author, fell within the *loci actus* rule of the Virginia Long Arm Statute by using AOL's server in Virginia when publishing the defamatory content. But it held that the "minimum contacts" requirements of the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment were not satisfied since the defamatory posting did not target Virginia but involved issues of local interest in Pennsylvania. This ruling may suggest that a sufficient showing cannot be made by suing an anonymous author in the State where the ISP's server used to post the offending material is located. Such a conclusion, however, will not be inevitable since the court might not require a full-fledged jurisdictional analysis. Thus, in *Malcolm et al. v. Doe 1 et al.*,⁷² a suit was filed in California to seek third party discovery against WordPress.com, a California company, which hosted an offending blog. The plaintiffs argued that the court had personal jurisdiction over Does because they had "purposefully avail[ed] themselves of the services of a company located in the State of California." The California Court of Appeal affirmed the trial court's decision to deny a motion to strike under the Californian anti-SLAPP statute. The Court, not discussing the plaintiff's jurisdictional argument, apparently accepted it. This was notwithstanding that the plaintiffs were English local politicians and their aim was to learn if their political rival in England was the author of the blog.

71 1999 WL 551335 (Va. Cir. Ct.).

72 2013 WL 1278957 (California Court of Appeal).

Then, could a sufficient showing be made of jurisdiction over John Doe by filing in the State where the injury from tortious conduct was sustained (*loci damni*)? It has been suggested⁷³ that in defamation cases, knowledge of the defendant's identity will not always be essential to a plaintiff's *prima facie* showing of personal jurisdiction since the substance of the challenged publication may contain sufficient indicia of the defendant's forum contacts. Thus, in *Melvin v. Doe*, examined above, after the Virginia Court granted a motion to quash the subpoena, the suit was refiled in Pennsylvania, which the defendant's publication targeted, and the court there took jurisdiction.⁷⁴

5. ENGLISH APPROACH

In England, the legal basis for a disclosure order for unmasking an anonymous online infringer of a personality right is the Norwich Pharmacal order.⁷⁵ In the leading case, unrelated to online infringement of personality rights, the House of Lords held:⁷⁶

"If through no fault of his own a person gets mixed up in the tortious acts of others so as to facilitate their wrongdoing he may incur no personal liability but he comes under a duty to assist the person who has been wronged by giving him full information and disclosing the identity of the wrongdoers."

In England, unlike in the United States, pretrial disclosure cannot be sought from non-parties to proceedings under what is known as the "mere witness" rule. The Norwich Pharmacal principle constitutes an exception to this general rule.⁷⁷ To obtain a Norwich Pharmacal order,⁷⁸ the person mixed up in the tortious acts of others can be named as a defendant solely for the purpose of obtaining discovery and without there being any cause of action against it.⁷⁹ Thus, to obtain information enabling

73 M. FULLER (note 9).

74 S. SPENCER, *Cyberslapp Suits and John Doe Subpoenas: Balancing Anonymity and Accountability in Cyberspace* (2001) 19 *John Marshall Journal of Computer & Information Law* 493, fn. 108.

75 This is also true in Canada. See *e.g. York University v. Bell Canada Enterprises* [2009] O.J. No. 3689 (Ont. Super. Ct.).

76 *Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Commissioners* [1974] AC 133, 203.

77 The Norwich Pharmacal decision was greeted with astonishment in the legal profession as it had been felt to be "un-British" to allow litigants to trouble non-parties (L. HOFFMANN, *Changing Perspectives on Civil Litigation* (1993) 56 *Modern Law Review* 297, 300).

78 The power to grant this order is based on the court's inherent jurisdiction (J. O'HARE/ K. BROWNE, *Civil Litigation*, 14th ed. 2009, para. 30.026), which is preserved by the Civil Procedure Rules (CPR) 31.18.

79 *Mackinnon v. Donaldson Lufkin & Jenrette Securities* [1986] Ch. 482, 498 per HOFFMANN J.

the identification of an anonymous online author, the ISP may be named as a defendant.⁸⁰

With respect to personal jurisdiction, unlike the cases of the United States where the debate is concentrated on jurisdiction over the anonymous author, the question of jurisdiction over ISPs was considered in a few English cases discussed below. In a few other cases, no question of jurisdiction was discussed as the ISPs did not resist the Norwich Pharmacal orders made against them.⁸¹

There appears to be no discussion of the choice-of-law question, presumably due to the procedural character of the Norwich Pharmacal order. What arises instead is the question of jurisdiction to prescribe, *i.e.* the territorial limit to the subject matter which English law as administered by an English judge can regulate.⁸²

5.1. PERSONAL JURISDICTIONS

5.1.1. LOCKTON COMPANIES INTERNATIONAL V. PERSONS UNKNOWN, GOOGLE⁸³

In *Lockton Companies International v. Persons Unknown, Google*, a Norwich Pharmacal order was sought against Google, a company incorporated in Delaware and located in California. The court upheld jurisdiction over Google as “a necessary and proper party”⁸⁴ to the claim against the

⁸⁰ There appears, however, to be an unreported decision involving Facebook as the Norwich Pharmacal defendant, in which it was indicated that issuing a claim form against the defendant was unnecessary (A. CADDICK, *An effective global remedy* 160 (2010) *New Law Journal* 211).

⁸¹ *E.g. Applause Store Productions & Firshat v. Raphael* [2008] EWHC 1781, para. 10 stating that a Norwich Pharmacal order was obtained against Facebook without discussing any jurisdictional question; *G v. Wikimedia Foundation* [2009] EWHC 3148, para. 38, the lawyers for the respondent stating, “[w]ithout waiving our insistence that no court in the United Kingdom has proper jurisdiction over us as a foreign entity, we nevertheless are willing to comply with a properly issued court order [...]”; *Daniel Heggin v. Person(S) Unknown, Google Inc* [2014] EWHC 2808, para. 22, with Bean J stating, “Google were and remain willing to comply with any indication from me that a Norwich Pharmacal order would be justified without prejudice to their general arguments about service out of the jurisdiction. They raised no separate dispute under this heading.”

⁸² Referred to by HOFFMANN J. in *Mackinnon v. Donaldson Lufkin & Jenrette Securities* [1986] Ch. 482, 493 as “subject matter jurisdiction.”

⁸³ [2009] EWHC 3423.

⁸⁴ Para. 3.1(3) of Practice Direction 6B, supplementing CPR Pt 6 provides in the relevant part: “The claimant may serve a claim form out of the jurisdiction with the permission of the court under rule 6.36 where – [...] (3) A claim is made against a person (‘the defendant’) on whom the claim form has been or will be served (otherwise than in reliance on this paragraph) and – (a) there is between the claimant and the defendant a real issue which it is reasonable for the court to try; and (b) the claimant wishes to serve the claim form on another person who is a necessary or proper party to that claim.”

anonymous authors who constituted the first defendants.⁸⁵ Since the content of the offending e-mails related to an English company and to its employees, the court saw no difficulty in assuming jurisdiction over the first defendants, finding it reasonable to infer that that once they were identified, service would be effected on them within the jurisdiction. The court accepted the claimant’s submission that it would be necessary to obtain an order against Google to acquire information which would lead to the identification of the anonymous author.

5.1.2. BACON V. AUTOMATTIC AND OTHERS⁸⁶

In *Bacon v. Automattic and Others*, a Norwich Pharmacal order was sought against the defendants, US companies, who hosted the websites publishing defamatory statements. The anonymous author was not sued as a defendant. The claimant applied for permission to serve the claim forms out of the jurisdiction on the ground that a “claim [was] made for an injunction ordering the defendant to do [...] an act within the jurisdiction,”⁸⁷ namely, in the instant case, disclose the information sought in England. The court granted permission but did not discuss the question of jurisdiction since the central issue of the case was the permissibility of service of the claim form by e-mail.⁸⁸

5.1.3. COMMENTS

It has been suggested that the English courts may issue a Norwich Pharmacal order only if they have personal jurisdiction over the person against whom the order is made.⁸⁹ This is also the assumption taken by the decisions examined above.

Where the defendant is not domiciled in any EU Member State, jurisdiction may be obtained under the common law by service of a claim form. This is possible where the defendant is present in England, though the

⁸⁵ It became possible to sue an unknown person in England by the 17th century: see C. RICE (note 59), at fn. 20.

⁸⁶ [2012] 1 W.L.R. 753.

⁸⁷ Para. 3.1(2) of Practice Direction 6B, supplementing CPR Pt 6 provides in the relevant part: “The claimant may serve a claim form out of the jurisdiction with the permission of the court under rule 6.36 where – [...] (2) A claim is made for an injunction ordering the defendant to do or refrain from doing an act within the jurisdiction.”

⁸⁸ This issue arose because of the need for expeditious handling of the case. See *supra* (note 18) for the way things are done in Japan.

⁸⁹ T. HARTLEY, *Jurisdiction in conflict of laws – disclosure, third-party debt and freezing orders* (2010) 126 LQR 194, 203.

exercise of jurisdiction is subject to the principle of *forum non conveniens*. Whether the claim form could be served out of the jurisdiction has been doubted.⁹⁰ In particular, it has been questioned whether the head of jurisdiction for “an injunction ordering the defendant to do [...] an act within the jurisdiction” should be available to Norwich Pharmacal orders as it would give the English courts unlimited personal jurisdiction to make such orders.⁹¹ In the cases involving online infringement of personality rights, however, it would seem possible to effect service on the ISP by regarding it as a necessary party to a claim against the anonymous author. The interest of the author, who has a greater stake in the case than the ISP;⁹² is protected by being made the first defendant and by the requirement that “there is between the claimant and the defendant a real issue which it is reasonable for the court to try”⁹³ as well as the requirement that a claim form will be served on the defendant. Although it is not possible to conclusively determine whether the last requirement is fulfilled while the defendant remains anonymous, a reasonable inference, as made in the Lockton Companies International case, should be considered sufficient.

Where the defendant against whom a Norwich Pharmacal order is sought is domiciled in England, the English courts have jurisdiction under Article 4(1) of the Brussels I-*bis* Regulation. If the defendant is domiciled in another EU Member State or Contracting State of the Lugano Convention, it would seem difficult to find applicable jurisdictional rules in the Brussels I-*bis* Regulation or Lugano Convention⁹⁴ since there is no cause of action against the Norwich Pharmacal defendant. Like the English common law rules, the Regulation does contain a jurisdictional rule for multiple defendants.⁹⁵ It seems, however, less likely to be available since it requires that “the claims are so closely connected that it is expedient to hear and determine them together to avoid the risk of irreconcilable judgments resulting from separate proceedings,” a requirement which is unlikely to be satisfied by a claim seeking a Norwich Pharmacal order.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.* This view was expressed prior to the Bacon decision, examined above.

⁹² As discussed under *supra* (heading II).

⁹³ Para. 3.1(3)(a) of Practice Direction 6B (note 82).

⁹⁴ For the same view, see T. HARTLEY (note 87).

⁹⁵ Art. 8(1). Article 8 provides in the relevant part: “A person domiciled in a Member State may also be sued: (1) where he is one of a number of defendants, in the courts for the place where any one of them is domiciled, provided the claims are so closely connected that it is expedient to hear and determine them together to avoid the risk of irreconcilable judgments resulting from separate proceedings; [...]”

5.2. JURISDICTION TO PRESCRIBE

It is well established that parties to proceedings in England are not excluded from the obligation to disclose documents in their “control” (as defined by CPR 31.8(2)) just because those documents are in a foreign state.⁹⁶ On the other hand, the power to obtain disclosure from non-party banks under section 7 of the Bankers’ Books Evidence Act 1879⁹⁷ cannot, save in exceptional circumstances, be exercised to require the production of documents situated in a foreign state as it would involve the infringement of the sovereignty of the foreign state.⁹⁸ It has been argued that the latter principle should apply when making a Norwich Pharmacal order on the reasoning that although in form such an order requires disclosure by a party, in substance it is an order against a non-party.⁹⁹ It should be noted, however, that in the decisions examined above, no territorial limitation was placed on the Norwich Pharmacal orders.

6. CROSS-BORDER ENFORCEMENT OF DISCLOSURE ORDERS

With the questions of choice of law and jurisdiction having been examined, the following analysis will address the enforcement of disclosure orders.

6.1. NECESSITIES FOR CROSS-BORDER ENFORCEMENT

It may be necessary to enforce disclosure orders abroad for two reasons. Firstly, ISPs may refuse to comply with a disclosure order unless it is issued by the courts of their home country.¹⁰⁰ Thus, in the English

⁹⁶ *Mackinnon v. Donaldson Lufkin & Jenrette Securities* [1986] Ch 482, 494 with HOFFMANN J. stating, “[i]f you join the game, you must play according to the local rules.”

⁹⁷ It provides: “On the application of any party to a legal proceeding a court or judge may order that such party be at liberty to inspect and take copies of any entries in a banker’s book for any of the purposes of such proceedings. An order under this section may be made either with or without summoning the bank or any other party, and shall be served on the bank three clear days before the same is to be obeyed, unless the court or judge otherwise directs.” Unlike Norwich Pharmacal orders, orders under this provision are available only where proceedings have been commenced: see W. KENNETT, *The enforcement of judgments in Europe* (2000) p. 117.

⁹⁸ *Mackinnon v. Donaldson Lufkin & Jenrette Securities* [1986] Ch 482.

⁹⁹ LORD COLLINS *et al.* (ed.), *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, 15th ed. 2012, para. 8-073; HOFFMANN J. in the *Mackinnon* case, *ibid.*, seemed to have the same view, observing at 498 “for the purposes of the jurisdictional rules now under consideration, the *Norwich Pharmacal* case is much more akin to the subpoena directed to a witness than the discovery required of an ordinary defendant.”

¹⁰⁰ This is not always the case. In *UEJF v. Twitter*, examined *supra* (note 31), after the disclosure order was affirmed by CA Paris, Twitter disclosed the information sought (F. CHAFIOL-CHAU-

case of *Bacon v. Automattic*, examined above,¹⁰¹ one of the defendants was Wikimedia, a California foundation. It stated:¹⁰²

“Unfortunately, the Wikimedia foundation does not disclose personally identifying information regarding its users absent US subpoena. Please note that we do not comply with foreign subpoenas¹⁰³ absent and [sic] immediate threat to life or limb, due to the varying standards and requirements of courts from country to country. There is a procedure by which you can have a foreign subpoena recognized by US courts. Should you choose to pursue this course of action, please send the US subpoena to me and we will comply with the subpoena to the best of our ability.”¹⁰⁴

Another reason for the need to enforce a disclosure order abroad is the limitation which exists on enforcement jurisdiction in the State in which the order is made. While courts may make extra-territorial disclosure orders,¹⁰⁵ the enforcement of such orders is another matter.¹⁰⁶ The limitation

MONT/ A. CANIVEZ (note 34)). This is notwithstanding that Twitter, being a California company and maintaining its servers in the United States, was subject to the law of the United States and consequently benefited from the guarantee of the freedom of expression under the First Amendment of the US Constitution, which is perceived to be more extensive than under French law (J. FRANCILLON, *Messages racistes ou antisémites postés sur le réseau social Twitter* (2013) *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé* 566). An example of elaborate terms indicating the possibility of complying with a foreign court order can be found in the Privacy policy statement of Instagram, a California company (<<https://instagram.com/about/legal/privacy/>>, last accessed on 22 February 2016), which states: “We may [...] share your information in response to a legal request (like a search warrant, court order or subpoena) if we have a good faith belief that the law requires us to do so. This may include responding to legal requests from jurisdictions outside of the United States where we have a good faith belief that the response is required by law in that jurisdiction, affects users in that jurisdiction, and is consistent with internationally recognized standards.”

¹⁰¹ *Supra* (note 84).

¹⁰² At para. 13.

¹⁰³ Another episode of non-compliance is presented in RAJAH & TANN LLP, *Pre-action Interrogatories and Discovery* (April 2013 <<http://eoasis.rajahtann.com/eoasis/lu/pdf/2013-04-Interrogatories-s%284%29.pdf>>, last accessed on 22 February 2016). According to this source, a footballer involved in newspaper reports obtained an injunction to protect him from being identified. After his name was revealed on Twitter in breach of the injunction, the footballer sought a Norwich Pharmacal order against Twitter to reveal the identities of those who had breached the injunction. Twitter, being based in the United States, refused to comply and the footballer abandoned to pursue his claim against the Twitter users.

¹⁰⁴ As will be examined below, it is possible to have a subpoena issued in California on the basis of a foreign discovery order. But it is also possible to file a motion to quash the resulting California subpoena. The quoted statement of Wikimedia does not seem to rule out the possibility of filing such a motion.

¹⁰⁵ As discussed at the text accompanying *supra* (note 50) in the context of French law and at *supra* (heading VI.B.) in the context of English law.

¹⁰⁶ F. MANN, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law* (1964) 111 *Recueil des Cours* 1, 137, states: “There is, it is true, no objection to a State, by lawful means, [...] requiring a foreign witness to appear for the purpose of giving evidence. But the foreign witness is under no duty to comply, and to impose penalties upon him and to enforce them against his property or against him personally on the occasion of a future visit constitutes an excess of criminal jurisdiction and runs contrary to the practice of States in regard to the taking of evidence as it has developed over a long period of time.”

on enforcement jurisdiction protects the non-party witness since non-compliance with disclosure orders could otherwise result in sanctions.¹⁰⁷ Thus, in a recent case,¹⁰⁸ the Virginia Circuit Court held *Yelp*, a California company, in civil contempt for refusal to comply with a Doe subpoena which had been issued earlier in Virginia. On appeal, the Virginia Supreme Court vacated the contempt order, holding that the Virginia courts lacked authority to compel non-resident¹⁰⁹ non-parties to produce documents located outside of Virginia.¹¹⁰ But the Court did not quash the subpoena, reasoning that the plaintiff might choose to seek enforcement of the subpoena in California.

6.2. ENFORCEMENT OF FOREIGN DISCLOSURE ORDERS IN CALIFORNIA

The conditions and procedure for the enforcement of foreign disclosure orders depend on the law of the requested state. The present article focuses on the law of California as it is home to many major ISPs, as demonstrated by the facts of many cases discussed above.

Where a subpoena has been issued in a state of the United States, it is enforceable in California under the Interstate and International Depositions and Discovery Act,¹¹¹ which entered into force in 2010. The Act eliminates the need for obtaining letters rogatory (letters of request) and establishes a simple clerical procedure, under which a California subpoena is issued, incorporating the terms of a subpoena issued in another state by way of the submission of the latter to a court clerk in California.¹¹² As it is not necessary to obtain local counsel,¹¹³ the procedure is cost-effective. The newly issued subpoena is enforceable in California but it is also challengeable there by a motion to quash under the law of California.¹¹⁴ The Act is modelled on the Uniform Interstate Depositions and Discovery

¹⁰⁷ M. FULLER (note 9).

¹⁰⁸ *Yelp v. Hadeed Carpet Cleaning*, 770 S.E.2d 440 (2015).

¹⁰⁹ *Yelp* did not have an office in Virginia. The Court left open the position with respect to a non-party foreign corporation maintaining an office in Virginia.

¹¹⁰ This ruling is consistent with the Brief of Amici Curiae filed in support of *Yelp* by Automattic, Facebook, Google, Tripadvisor and Twitter (2015). They argued in one voice that “[t]he territorial limitation on states’ subpoena power has always been and remains well-grounded in law and sound as a matter of public policy.”

¹¹¹ §§ 2029.100 *et seq.* of the California Civil Procedure Code.

¹¹² § 2029.300.

¹¹³ § 2029.300 (a), stating “[a] request for the issuance of a subpoena under this section does not constitute making an appearance in the courts of this state.”

¹¹⁴ § 2029.600.

Act¹¹⁵ which was created in 2007 and has been enacted in a majority of the states of the United States. The Californian Act, however, departs from the Uniform Act on the scope of application. The prefatory note of the Uniform Act states:¹¹⁶

“The [drafting] committee decided not to extend this Act to include foreign countries [...] The committee felt that international litigation is sufficiently different and is governed by different principles, so that discovery issues in that arena should be governed by a separate act.”

The Californian Act, on the other hand, clarifies through the definition of the words “foreign jurisdiction”¹¹⁷ that it is applicable not just to subpoenas of other states of the United States but also to those of other nations. Accordingly, in the English case of *Bacon v. Automattic*, examined above,¹¹⁸ a California counsel gave a statement stating, “a Norwich Pharmacal order may be enforced in California as provided in the recently enacted [...] Act.” If, however, a motion to quash the resulting California subpoena is filed, it is not clear how it is to be decided under the law of California. No authority seems as yet to have developed on the point. It is not unimaginable for such a motion to be granted in favour of the right to anonymously exercise freedom of expression.¹¹⁹ Furthermore, it seems unclear whether this Act is also applicable to a foreign judgment ordering disclosure which is based on a substantive (non-procedural) right such as the right created by the Japanese Act.¹²⁰ The Act is applicable to a foreign “subpoena,” which may be taken as implying that the Act is an instrument of cross-border judicial assistance rather than an instrument for the enforcement of foreign judgments. If so, it may not cover foreign judgments based on a substantive right.¹²¹ On the other hand, the Act defines the word “subpoena” by referring to a “document, however

115 § 2029.700(a) provides that the Act “may be referred to as the «California version of the Uniform Interstate Depositions and Discovery Act».”

116 Prefatory Note and Comments (2008), p. 6

117 § 2029.200 provides in the relevant part: In this article: (a) “Foreign jurisdiction” means either of the following: (1) A state other than this state. (2) A foreign nation.

118 *Supra* (note 84).

119 F. CHAFIOL-CHAUMONT, *supra* (note 36), though not referring to the Californian Interstate and International Depositions and Discovery Act, cites the importance attached to the freedom of expression in the United States as a reason for stating her view that the enforceability of a French discovery order in California is uncertain.

120 See *supra* (note 13).

121 As regards the converse question of whether a procedural order for taking evidence is entitled to be enforced under an instrument for the enforcement of foreign judgments, a negative answer has been given by the CJEU in the context of what is now the Brussels I-bis Regulation in Case C-332/11, *ProRail v. Xpedys and others* [2013], para. 39.

denominated,”¹²² which lends support for a broad interpretation.

CONCLUSIONS

The foregoing analysis has revealed various approaches to unmasking anonymous online authors. Those approaches are still evolving, as apparent from the fact that almost all cases examined in the present article were decided within the past ten years. But it seems worth comparing and contrasting those diverse approaches at this stage of development to consider their implications for the questions related to conflict of laws which may arise in international contexts.

A disclosure order is based on a substantive right under Japanese law. It is presumably so under the French Trust in Digital Economy Act. Accordingly, both choice-of-law and jurisdictional questions are raised. With respect to choice of law, the question arises whether the claim should be characterized as tort or whether the right should be regarded as emanating from an overriding mandatory rule (*loi de police*). With respect to jurisdiction, if no jurisdictional ground similar to the Japanese version of “doing business” jurisdiction is available, it may be necessary to resort to the jurisdictional ground for tort claims, however awkward it may be, to obtain jurisdiction over a foreign ISP. The enforcement of a disclosure order abroad would, to the extent that it is based on a substantive right, have to rely on the mechanism for the enforcement of foreign judgments.

In the United States, England and France, procedural disclosure orders are available.¹²³ As procedural orders, they are subject to the *lex fori* and raise no choice-of-law questions. On the other hand, jurisdictional questions do arise. In the United States, the debate is focused on personal jurisdiction over a suit against the anonymous author whereas in England, personal jurisdiction over a suit against the ISPs featured in a few cases. Either way, the jurisdictional analysis is not straight-forward. In the United States, the difficulty arises from the anonymity of the defendant author. In England, the difficulty relates to finding bases of jurisdiction for a claim having no cause

122 § 2029.200 provides in the relevant part: In this article: [...] (e) “Subpoena” means a document, however denominated, issued under authority of a court of record requiring a person to do any of the following: [...] (2) Produce and permit inspection, copying, testing, or sampling of designated books, documents, records, electronically stored information, or tangible things in the possession, custody, or control of the person.

123 The Japanese Code of Civil Procedure contains provisions for the collection of evidence prior to filing a suit (Ch. VI of Part I of the Code). But they are not available unless an advance notice of the filing of a suit has been given to the putative defendant. Accordingly, they are unhelpful where the identity of the putative defendant is unknown.

of action. Besides the question of personal jurisdiction, the question of jurisdiction to prescribe arises. While courts may make extraterritorial disclosure orders (as discussed above in the context of the French and English orders), the enforcement of such orders with coercive measures could infringe the sovereignty of other States. Being procedural orders, their enforcement abroad would have to rely on the mechanism for cross-border judicial assistance as available under international instruments (e.g. Hague Evidence Convention) or the domestic law of the requested State (e.g. Californian Interstate and International Depositions and Discovery Act).

When the identity of an anonymous online author is sought to be revealed, the stake of the author is greater than that of ISPs.¹²⁴ The author may wish to resist disclosure by relying on the applicable substantive threshold for disclosure,¹²⁵ maintaining, for example, the factual correctness of the material posted or their belief in it. Since the ISPs do not have such information, they cannot adequately represent the author's interest nor do they have inherent interest in protecting the latter. It would, therefore, seem necessary to protect the interest of anonymous authors not only by setting a substantive threshold for disclosure, but also by giving them procedural, including jurisdictional, safeguards. To achieve this goal while at the same time opening an avenue for relief for the injured person, a legal scheme consisting of the following elements seems ideal:

- 1) allow a suit to be filed against an anonymous author;
- 2) allow a procedural disclosure order of, if necessary, extra-territorial scope to be made against the ISPs;
- 3) require jurisdiction over a claim against the anonymous author to be established at least on a *prima facie* basis, so that the injured person, as the plaintiff, can show a good faith belief that the disclosure would conclusively establish the jurisdiction;
- 4) require the plaintiff and the ISPs to notify, to the extent possible, the anonymous author of the application for disclosure and allow the latter to contest the jurisdiction as well as other prerequisites for disclosure without revealing his or her identity;
- 5) allow a foreign disclosure order to be enforced with a light-touch review of jurisdiction and procedure; and,
- 6) exempt ISPs from liability towards the author for the breach of their duty of confidentiality provided that they have complied in good faith with a disclosure order or an enforcement decision thereof.

¹²⁴ As discussed under section II. above.

¹²⁵ See *supra* (note 8).

Some comments on each of these elements seem due. With respect to Element (1), while it is possible to bring suits against unnamed defendants in England and the United States, it is not universally so.¹²⁶ If a suit cannot be filed against an anonymous author, it may be necessary to take the cumbersome step of instituting two separate proceedings to make two claims for disclosure: the first against the host of the server or website (② in FIGURE above) and the second against the internet access provider (③ in FIGURE above). If the author is not party to the proceedings, the ISPs may not be able to adequately represent his or her interest.

With respect to Element (2), it would not be necessary to make a substantive (non-procedural) right of disclosure available. A claim based on a substantive right, as available in Japanese law, could be made in and out of court. But there is little point in allowing an out-of-court claim for disclosure since the ISPs would invariably resist such a claim in order to avoid liability towards the author. A claim based on a substantive right would also give rise to a difficult choice-of-law question, which is not raised by a procedural disclosure order. The latter instead raises the question of jurisdiction to prescribe. It is often necessary to make an order of extra-territorial scope but it would not violate the sovereignty of other states unless a coercive measure of enforcement is additionally taken.¹²⁷

Element (3) is necessary to give the author jurisdictional protection, allowing him or her to oppose disclosure in a forum which would have jurisdiction over substantive proceedings. It must be admitted that where the defendant's identity is unknown, a complete jurisdictional inquiry is not possible. Thus, while the defendant's place of domicile or habitual residence is a ground of jurisdiction in many states, it will often be impossible to ascertain (or even guess) where such places are situated if the defendant is anonymous. Jurisdiction may, however, be founded under the *loci damni* rule on the basis of accessibility of the offending online content in the forum state¹²⁸ or under

¹²⁶ Thus, in Japan, the civil procedure rules generally do not allow an unnamed defendant to be sued. Art. 133(2) of the Japanese Code of Civil Procedure provides in the relevant part (the present author's translation): "A claim form shall state the following matters: (i) the parties and their statutory agents;" [...] It has been discussed whether to introduce the John Doe type suits for the cases of anonymous online authors but has been concluded to be difficult since it would have far-reaching implications for all aspects of civil procedure from the commencement of suit to the effect of judgments: WORKING GROUP ON THE REVIEW OF THE ACT ON THE LIMITATION OF LIABILITY OF THE PROVIDERS OF SPECIFIED TELECOMMUNICATION SERVICES, *Recommendation of the Working Group on the Review of the Act on the Limitation of Liability of the Providers of Specified Telecommunication Services* (2011), p. 40 (in Japanese).

¹²⁷ See *supra* (note 104).

¹²⁸ See *supra* (note 41).

the *loci actus* rule by way of geolocation of the IP address (where known to the plaintiff) used to post the content.¹²⁹ Again, where the law requires an overall assessment of factual circumstances, as does the US minimum contacts test, a fullfledged jurisdictional inquiry is not possible. It should, therefore, be considered to be sufficient to establish jurisdiction on a *prima facie* basis, a low threshold test which can be satisfied by showing a good faith belief that the disclosure would conclusively establish the jurisdiction.¹³⁰

Element (4) is necessary to give, to the extent possible, the author an opportunity to anonymously oppose the application for disclosure. As seen above, while in the United States, the plaintiffs are generally required to make efforts to notify the anonymous author of their claim,¹³¹ Japanese law makes it mandatory for the ISP, from whom disclosure is sought, to consult with the author unless the latter cannot be contacted.¹³² Among the different types of ISPs, the administrator of the website used by the author may only know the IP address used, whereas the internet access provider is more likely to be able to contact the author. It would be possible for the author to oppose disclosure without revealing his or her identity by, for example, submitting a written response or retaining counsel.

Element (5) would be useful since the ISPs may not be willing to comply with a disclosure order unless it is recognised or enforced in the states, such as their home state or the state in which they store the information sought, where a suit is likely to be brought to pursue their liability towards the author for breach of their duties of confidentiality. While the simplicity of the Californian Act for the enforcement of foreign subpoenas is attractive, an express provision on jurisdictional and procedural review would be helpful to improve clarity. The review should have a light touch because a fullfledged jurisdictional inquiry is not possible while the defendant author is anonymous and because notice to the author cannot always be given.

Element (6) would be useful to avoid double jeopardy for the ISPs. To come up with a suitable expression for good faith compliance, the Privacy policy statement of some ISPs¹³³ may offer helpful guidance.

¹²⁹ See the text reproduced *supra* note 68.

¹³⁰ See the text reproduced *supra* note 61 for a ruling applying a similar test.

¹³¹ See *supra* (note 65).

¹³² See *supra* (note 12).

¹³³ See *supra* (note 98) for an example.

TECHPLOMACY HACIA LA BÚSQUDA DE UNA REGULACIÓN DEL CIBERESPACIO Y LA GOBERNANZA DE INTERNET

Mario Torres Jarrín¹

Shaun Riordan²

INTRODUCCIÓN

La *TechPlomacy* fue una iniciativa presentada por el gobierno danés en 2017, la cual se encontraba dentro de su *Government's Foreign and Security Policy Strategy 2017-2018*. Esta estrategia destacaba el rápido desarrollo de áreas como la inteligencia artificial, el internet de las cosas, la ciber-seguridad y el aprendizaje automático (*machine learning*); e indicaba cómo estas afectan a cuestiones clave en materia de política exterior. A su vez, dicha estrategia creaba la figura de un *Tech Ambassador*, el cual contaría con una oficina cuyo mandato se unía a una presencia en ciudades que concentran un número importante de empresas tecnológicas. Así, la actual

¹ Mario Torres Jarrín is Director of the European Institute of International Studies (Sweden) and Director of International Relations at Pontifical University of Salamanca (Spain). He is Executive Secretary IBERO-EURO-AMERICA Consortium of Universities, Institutes and Institutions; Academic Council Member at Latin America and Caribbean-European Union Academic Forum; Member of the Task Force G20/20 Summits "The future of work and education for the digital age"; co-coordinator of the Jean Monnet Project "Relations between the European Union and Latin America: Future scenarios in a changing world", project led by Universidad de Concepción (Chile) 2018-2020; and Research Group Member at Jean Monnet Project "Over the Atlantic. EU and Latin American Relations: Between Diplomacy and Paradiplomacy", project led by University of Bologna (Italy) 2019-2021. He holds a PhD in History, a Master in European Union Studies, and a BA in Business Studies from the University of Salamanca (Spain).

² Shaun Riordan is Director of the Chair of Diplomacy and Cyberspace of the European Institute of International Studied, a Senior Visiting Fellow of the Netherlands Institute for International Relations and senior diplomatic trainer with UNITAR. He has taught in diplomatic academies in Spain, Armenia, Bulgaria, Mongolia, Qatar and the Dominican Republic. Shaun is a former British Diplomat who served in the UN, Taiwan, China and Spain, as well as the UN, Far Eastern, Counter-Terrorism Departments of the Foreign and Commonwealth Office in London. He is the author of "The New Diplomacy" (2003), "Adiós a la Diplomacia" (2005), "Cyberdiplomacy; Managing Security and Governance Online" (2019) and "The Geopolitics of Cyberspace: a Diplomatic Perspective" (2019).

Oficina del *Tech Ambassador* tiene un triple asiento representativo en: Silicon Valley (Estados Unidos), Beijing (China) y Copenhague (Dinamarca). El objetivo de esta nueva misión diplomática *sui-generis* tanto por formato (trilateral) como por representación (ante empresas), concretamente con empresas de la llamada “*tech-industry*”. Este hecho novedoso dentro del ámbito de las relaciones internacionales y de la diplomacia, evidenciaba el reconocimiento e influencia geopolítica que tienen este tipo de empresas dentro del sistema internacional y la gobernanza global.

La globalización ha creado mercados internacionales interconectados, la producción de bienes y servicios se realiza dentro de cadenas globales de valor, y las empresas operan de manera geoestratégica y algunas buscan desestabilizar y crear nuevos equilibrios regionales y globales mediante decisiones y acciones geopolíticas. Los Estado-Nación ya no son los únicos y exclusivos actores en el escenario internacional.

Para Schwab, la humanidad está entrando a una nueva era digital, cuyo proceso de transformación se realiza a través de lo que él ha denominado la “Cuarta Revolución Industrial” (conocida por sus siglas en inglés como 4IR), sus efectos se hacen notar en los cambios de la manera de vivir, trabajar y relacionarnos como personas y sociedades. Un elemento clave de la 4IR es la creación de “fábricas inteligentes”, cuya particularidad se basa en la adaptabilidad a la digitalización de la producción (bienes y servicios), mejoramiento en la eficiencia del uso de los recursos (humanos, naturales y materiales), a través del uso de sistemas ciber-físicos, la robótica, el internet de las cosas, la conexión de dispositivos conectados o la impresión 3D, entre otros. Schwab ubica a la 4IR dentro de un contexto histórico de tres revoluciones industriales anteriores: la primera impulsada por las máquinas a vapor y agua; la segunda por las industrias de acero, petróleo, electricidad y producción en masa; y la tercera, por el amanecer de la era digital (Schwab, 2016).

La historia nos demuestra que todo avance tecnológico ha originado siempre un cambio en el comportamiento de las sociedades, sobre todo en lo referente a la manera de interactuar entre las personas, en consecuencia, en las relaciones entre las distintas naciones, como ejemplo los avances en el transporte con la creación de las máquinas a vapor (buques y ferrocarriles) y posteriormente con los automóviles y los aviones, otro caso fue el de las comunicaciones, tanto el telégrafo, el fax, el teléfono y ahora internet.

Las innovaciones tecnológicas como la rueda, la imprenta, las máquinas a vapor o las telecomunicaciones, etc. Han representado en su momento cambios en los diferentes ámbitos de las sociedades y significado una revolución productivo-comercial, económico-empresarial, político-social y jurídico-social. Pero lo novedoso de esta 4IR es que (su revolución) es vertiginosamente más rápida en el tiempo que las otras revoluciones industriales, cuyos procesos de adaptación y asimilación por parte de las sociedades se hicieron de manera paulatina, en unos casos fueron procesos que duraron siglos y en otros largos decenios, pero la 4IR se está produciendo solo en años y de manera vertiginosa. Nunca en la historia de la humanidad los seres humanos han tenido tanta información instantánea disponible y ni acceso al conocimiento de manera tan ilimitada. Quedará por ver, cuáles serán sus efectos a largo plazo.

1. TECHPLOMACY: TEORÍA Y PRÁCTICA

Dinamarca es considerado un país con reconocida capacidad innovadora. Los reportes y rankings internacionales más importantes en materia de competitividad e innovación como a nivel mundial como: *Global Competitiveness Index*, *Digital Economy Society European Commission*, *Innovation Unión Scoreboard* ubican a Dinamarca de forma continuada entre los primeros países.

En la Estrategia de política exterior y de seguridad 2017-2018 del gobierno danés se indica:

- “Durante las últimas décadas, la globalización ha traído prosperidad y mejores condiciones de vida para las personas en todo el mundo. También para Dinamarca. Pero a nivel global, no todos se han beneficiado por igual del desarrollo. Al mismo tiempo, el desarrollo tecnológico, la digitalización y el crecimiento exponencial de los datos y la potencia informática (llamada la cuarta revolución industrial) tienen un profundo efecto en nuestra economía, mercado laboral y sociedad.
- Existe un gran potencial en fortalecer los esfuerzos para promover posiciones comerciales danesas y atraer el conocimiento, la tecnología y las inversiones necesarias. Por eso el gobierno quiere fortalecer la diplomacia económica a través de un esfuerzo dirigido a las economías emergentes, por ejemplo, Asia y América Latina.
- El gobierno está haciendo de la digitalización y del desarrollo tecnológico una prioridad estratégica en la política exterior danesa [...] Dinamarca debe posicionarse como un atractivo centro global de conocimiento³”.

3 Udenrigs – og Sikkerhedspolitisk Strategi 2027-2018. Gobierno danés, Copenhague, junio 2017.

Para el gobierno danés, los países, las ciudades y las regiones del mundo tienen que adaptarse a los cambios que representa la 4IR. Este reconocimiento político sobre la influencia que las *tech-industries* ejercen sobre las sociedades y la vida cotidiana de las personas, lleva a la necesidad de repensar la manera de concebir las relaciones internacionales, por ende, a cambiar la forma de hacer diplomacia.

La diplomacia tradicional ha sido entendida como el conjunto de procedimientos que regulan las relaciones entre los estados, cuya función es desarrollar actividades relacionadas con la representación, protección, negociación, intermediación, entre otros, dentro del marco jurídico de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. La premisa de la cual partía la diplomacia clásica era que los estados eran los únicos actores de desarrollo y los exclusivos actores en el escenario internacional. Las empresas tecnológicas, aunque reducidas en número, tienen una especificidad singular y propia: la capacidad real de influencia a nivel global que sobrepasa a la de la mayoría de los estados e incluso de las organizaciones internacionales. Con una característica adicional: que esta capacidad de influencia puede ser ejercida de forma casi instantánea, creando, modelando y cambiando la opinión pública. En este sentido, la *TechPlomacy*, aporta una perspectiva nueva tanto en la diplomacia como en el conjunto de las relaciones internacionales.

Lo cierto es que las relaciones internacionales han sido afectadas por la tecnología. La creación y uso de Internet ha constituido un antes y un después a la hora de comunicar, informar y difundir ideas en tiempo real, de hacer negocios, de estudiar o de hacer política, las distancias se han acortado al golpe de un *click*. Para Westcott, Internet ha impactado en las relaciones internacionales en tres aspectos:

- 1) multiplica y amplifica el número de voces e interés envueltos en la toma de decisiones y políticas internacionales, reduciendo con ello el exclusivo control de los estados en los procesos;
- 2) acelera la libre circulación de la información, aunque sea esta precisa o no, de cualquier evento y suceso;
- 3) permite que los servicios diplomáticos tradicionales se presten de forma más rápida y de manera más rentable, tanto a un ciudadano como a los gobiernos, incluidos los de otros países (Westcott, 2008).

Hoy en día plataformas como *Facebook*, *Youtube*, *Twitter* o buscadores estadounidenses como *Google*, *Yahoo*, *Bing*, *DuckDuckGo*, *Yandex*

(ruso), *Baidu* (chino) o los europeos como: *Qwant* (creado en Francia) *Ask* (creado en Lituania) son los que, a través del uso de algoritmos, registran, guardan, seleccionan y administran nuestras búsquedas dentro del ciberespacio, conectan directamente a cualquier persona con acceso a Internet, y traducen los datos guardados en información valiosa para empresas de bienes y servicios. Cada persona recibirá ofertas publicitarias, individualizadas. Entre las plataformas y los buscadores antes mencionados y cada individuo, existe múltiples empresas manejando y comercializando nuestros datos e información personal.

El llamado “uso dominante” o “posición dominante” que tienen algunas de las empresas tecnológicas antes indicadas dentro del ciberespacio ha llevado a la Unión Europea a demandar a *Google* y *Facebook*. Esta última además involucrada, por parte de “unos usuarios no identificados”, en el fraude de campañas electorales, donde el uso de estrategias como la difusión de *fake news* o creación de perfiles falsos de candidatos políticos, se han traducido en una alteración de los procesos electorales en varios países, y lo que es peor, ha puesto en juego el propio sistema democrático.

Dentro del *top10* de las empresas con mayores ingresos se encuentran las principales compañías del sector *tech-industry*: *Apple*, *Alphabet*, *Microsoft*, *Amazon.com*, *Facebook* o *PayPal*. Sólo como ejemplo, los ingresos de Apple en 2016 equivalían al producto interior nacional de dos terceras parte del conjunto de países a nivel mundial (Dia, 2018).

Todos estos datos, simplemente hacen pensar que no es extraño que la *TechPlomacia* tenga un sentido e importancia para los países. Cuando Dinamarca nombra a Caspar Klynge como el primer *Tech Ambassador*, y crea la Oficina del *Tech Ambassador* con triple sede indicada: Silicon valley, Beijing y Copenhagen; busca con ello conseguir establecer la plataforma diplomática que le permita tener un contacto directo con las grandes empresas tecnológicas.

Ahora bien, consideremos la misión diplomática encargada al *Tech Ambassador*:

- Recoger información sobre los nuevos desarrollos tecnológicos del sector llamado *tech-industry*.
- Recopilación de información sobre los planes futuros de dichas empresas en materia de operaciones e inversiones.

- Conocer y debatir con las empresas tecnológicas sobre temas como protección de datos y privacidad, funcionamiento del ciberespacio y gobernanza de Internet, entre otros.
- Incentivar a las empresas tecnológicas para que establezcan operaciones y realicen inversiones en Dinamarca
- Promocionar a Dinamarca como un país, cuya economía es altamente digitalizada, y por tanto, como un *European Tech-Hub*.

Al observar dichas funciones, podemos concluir que, si bien los temas son novedosos, las funciones diplomáticas encargadas a dicha misión (*Office of the Tech Ambassador*) siguen siendo las funciones tradicionales de cualquier embajada: recoger y recopilar información del país, conocer y participar en debates nacionales, incentivar la atracción de inversiones, promocionar el país de origen, etc. Sin embargo, la diferencia de dicha misión diplomática radica que no está acreditada ante un Estado-Nación, está para ser una representación diplomática ante Silicon Valley, por ser esta la actual capital de las principales empresas del sector *tech-industry*.

Ahora bien, lo interesante es que Silicon Valley es la primera capital de las *tech-industry*, pero existen otras en el mundo: *Shenzhen* (Silicon Valley chino), *Skolkovo Technopark District* (en Rusia) o *Dubai Silicon Oasis* (Emiratos Árabes Unidos) y se están creando cada vez más en otras regiones del mundo. Estas áreas "*tech-industry cities*" están posiblemente llamadas a ser las nuevas capitales políticas del mundo, ya que son ahí donde se decidirán y tomarán las futuras decisiones tanto políticas, geopolíticas como económicas a nivel mundial, dada su capacidad económica y política. Aunque esto se decide en la medida de que estos centros atraigan las empresas tecnológicas geopolíticamente relevantes. Hasta ahora estas empresas tecnológicas con impacto geopolítico han existido solo en los Estados Unidos y, en menor grado, China.

Entre las funciones del *Tech Ambassador* debería de estar incluida la de analizar y explicar las realidades geopolíticas de las empresas de Internet y presionarlas para que desarrollen una mayor colaboración (Riordan, 2019:81) entre los diferentes actores de la sociedad. Estas grandes empresas tecnológicas ya son de facto actores en el escenario internacional. Aunque ellas mismas no lo reconocen, ni lo quieren reconocer, son actores geopolíticos, con todos los privilegios y obligaciones que eso implica. El problema es que, a diferencia de los estados naciones, no existen normas

universalmente reconocidas para reglar esos privilegios y obligaciones. Ni existen marcos jurídicos ni mecanismos formales para la toma de decisión y aplicación de dichas normas.

Los países y las compañías del sector *tech-industry* pueden beneficiarse de un diálogo que puede ser promovido a través del *TechPlomacy*. Se puede promover la creación de un nuevo contrato social global que incluya una comunicación confiable por parte de los actores involucrados, a la par que desarrollar un modelo empresarial sostenible, cuyo pilar puede estar basado en 5 hélices (5H), incluyendo cinco sectores: gubernamental, empresarial, académico, sociedad civil y ciudadanía. Crear un modelo de 5H para un mundo de 5G. Porque en la actualidad, existe una guerra invisible que se produce día a día dentro del ciberespacio e Internet, de la cual nadie habla, pero se da. Si se busca mantener la paz en el mundo, se debe entonces establecer la paz dentro del ciberespacio e Internet, para ello se necesita crear tratados y leyes internacionales que regulen su gobernanza. Esto implica que la *TechPlomacy* tiene que ser una forma de diplomacia "*multi-stakeholder*" capaz de comprometerse y comunicar con todo el ámbito de los actores internacionales, tanto estatales como no-estatales.

Los campos de la Inteligencia Artificial (IA), cambiará los sectores de la educación, justicia, transporte y los servicios. El anuncio del uso de coches inteligentes, o de servicios como la compra de alimentos realizados directamente por nuestras neveras a los supermercados, gracias a la conectividad que tendremos vía el Internet de las Cosas (IdC), y que gracias a la nueva tecnológica 5G será posible, son aspectos que tenemos que tener en cuenta a la hora de crear nuevas normas. Estas normas no pueden ser creadas sólo para un ámbito nacional, tienen que ser a nivel internacional, porque las operaciones de las empresas son de carácter global, y los estados no pueden ser los únicos que participen en la elaboración de las respectivas normas, ya que no poseen los conocimientos, información y experiencia necesaria para realizarlas, tendrá que ser un trabajo conjunto desarrollado con las empresas del sector *tech-industry*. Bajo esta perspectiva la *TechPlomacy* puede ser el instrumento idóneo para establecer diálogos que permitan la creación de normativa internacional concerniente a regulación del ciberespacio y gobernanza de Internet.

El mercado laboral a nivel mundial enfrenta grandes desafíos y cambios que necesitan nuevas leyes tanto en el ámbito nacional como internacional. Así, por ejemplo, la introducción de la inteligencia artificial y

el *machine learning* en el mercado laboral crearán nuevos tipos de puestos de trabajo como el de profesor o juez. En el caso de los profesores se proyecta que en el futuro cercano las clases en las escuelas (o desde casa), sean dictadas por un profesor virtual (vía holograma) que estará conectado a Internet, y que mediante los procedimientos de inteligencia artificial y el *machine learning* podrán ser excelentes maestros dado que podrá responder a cualquier preguntas de sus estudiantes, porque este estarán conectados a la red, y tendrá dentro de su base de datos, una cantidad ilimitada de acceso a libros e información disponible para solventar cualquier interrogante. Otro ejemplo es la iniciativa de Estonia, que tiene pensado crear “jueces-robots”. Según sus promotores, el gobierno estonio, las partes involucradas en un caso, cargarán sus demandas, adjuntando los respectivos documentos e información relevantes del caso en una plataforma virtual, la cual, vía IA tomará una decisión en base a las leyes y jurisprudencia que tendrá almacenada en su *software*.

Todos los avances tecnológicos antes descritos evidencian la necesidad de adaptar nuestras sociedades a este nuevo mundo digital. Como se ha indicado, entre los principales e inmediatos retos están el adaptar las legislaciones nacionales y crear normas internacionales, establecer diálogos entre la academia y los sectores productivos de manera que exista una relación directa, y real, de oferta y demanda, adecuada al mercado laboral, incentivar políticas que respondan a los nuevos desafíos de una era digital. La innovación también tiene que darse a nivel de la cultura política, no se puede seguir pensando en querer resolver los actuales y futuros problemas con modelos políticos y económicos del pasado, el mundo ha cambiado.

Según el *World Economic Forum* (WEF), el 75 % de las profesiones del futuro aún no existen en la actualidad. Un gran y nuevo desafío para el conjunto de nuestras sociedades y, sobre todo, para nuestras universidades, institutos y centros académicos, es que deberán actualizarse a la demanda actual. Si analizamos bien, y pensamos estratégicamente, uno de los problemas en la tasa de desempleo de todo país (sea cual sea su nivel de desarrollo), es que sus ofertas académicas apenas se ajustan al mercado laboral, provocando una saturación de egresados universitarios y técnicos profesionales que no consiguen empleo. Ello se debe a que no hay un diálogo entre los principales actores de la sociedad: gobierno, academia y sector privado (Torres, 2018). Sin embargo, y por poner un ejemplo, de acuerdo con el WEF, el futuro de las economías en la era

digital demandará 10 nuevos tipos de profesionales que aún no existen (WEF, 2017): 1. Científico de datos, 2. Director de conocimiento, 3. Consumer manager, 4. Vigilante Online, 5. Bróker de redes sociales, 6. Agregado de exportación, 7. Delegado de protección de datos, 8. Investigador médico, 9. Electromédico, 10. Ciberasesor financiero. Esta realidad evidencia los retos que atraviesan nuestras sociedades en la era digital, donde el futuro de nuestros países pasa por invertir en educación y en el desarrollo de competencias digitales (OECD, 2016).

Entre los desarrollos previstos en las áreas del IdC, tenemos no sólo los automóviles o relojes inteligentes, tenemos también ropa que podrá controlar nuestra salud, verificando nuestros signos vitales y transmitiendo de manera simultánea a nuestro médico toda la información, y este a su vez no dará en tiempo real las indicaciones correspondientes para tener controlada nuestra salud. Las casas y ciudades inteligentes podrán ahorrar energía y ser más eficientes en términos del cuidado del medio ambiente, hacen que tengamos que repensar en el mundo en que vivimos y vamos a vivir. Creando políticas, tanto de ámbito interno como a nivel de política exterior.

Quizás más grave que todo eso son las interrelaciones entre la inteligencia artificial y el *machine learning* con la industria de armas. El desarrollo de los sistemas de armas autónomos letales (LAWS en su acrónimo en inglés) se lleva a cabo actualmente en varios países. Aquellos que piden su prohibición son tan *naifs* como aquellos que pidieron la prohibición de las armas nucleares en los años 50. Sin embargo, la *TechPlomacy* sí debe abordar el tema, especialmente regulando la participación de las empresas tecnológicas que deseen colaborar en los proyectos militares. Un tipo de control de armas que limite el liderazgo por parte de las empresas tecnológicas, dado que en la actualidad estas empresas poseen más recursos y tecnología que los gobiernos, lo cual puede representar un peligro, esto es viable por el cambio en la balanza de poder económico entre las empresas y los gobiernos en comparación con el nexo militar-industrial que se dio en el período de la guerra fría. Pero en la actualidad nos enfrentamos a otra realidad.

Dinamarca no ha sido el único país que ha contemplado el concepto de *TechPlomacy*. En 2018 Francia, Alemania y Suiza se han sumado a esta nueva forma de ver la diplomacia. En el caso de Francia, el presidente Macron a nombrado a David Martinon como “*Ambassador for digital*

Affairs” en Silicon Valley. Al debate del desarrollo de este nuevo concepto de *TechPlomacy* se suma la propia Naciones Unidas y la Unión Europea, las cuales han planteado la importancia de la tecnología en las futuras iniciativas de mantenimiento de paz y la defensa de los derechos humanos a nivel internacional. Por otro lado, como recuerda el propio *Tech Ambassador* Klynge: “Priya Guha fue cónsul general del Reino Unido en San Francisco durante cinco años, según Forbes, trabajando para convencer a las nuevas empresas de tecnología de expandirse a Gran Bretaña. Irlanda también tiene presencia en el norte de California, y su oficina se enfoca tanto en tecnología como en otros sectores como biofarmacéuticos y servicios financieros” (Político, 2017)⁴. Pero hay diferencias de matiz entre cada una de esas figuras. Nombrar un alto cargo en el ministerio responsable para los asuntos digitales no es igual como nombrar un embajador ante un sector industrial, en este caso el sector *tech*. En este punto, es lo verdaderamente revolucionario que los daneses han hecho.

Cada una de estas iniciativas responden a una visión estratégica en las áreas de ciencia, tecnología e innovación de cara a adaptar la actual economía a una economía digital, teniendo como marco referencial la 4IR, lo que podríamos llamar una “4.0 e-economy”. Entre las estrategias más relevantes en el ámbito del espacio de la Unión Europea podemos encontrar el instrumento financiero de Horizon 2020, el cual es un programa de investigación e innovación que promueve una agenda digital dentro de la Unión, este instrumento cuenta con fondos de un total de 80 mil millones de euros para el período 2014-2020. En el caso de los Estados miembro de la Unión, podemos encontrar estrategias como la alemana *Industrie 4.0*, la francesa *Alliance pour l'industrie*, la británica *UK's Industrial Strategy*, la italiana *Industria 4.0*, la portuguesa *Estrategia para a Industria 4.0*, y la Estrategia Española de Ciencia, Tecnología e Innovación 2013-2020 (Elcano, 2018).

2. HACIA UNA “EUROPEAN TECHPLOMACY”

Cuando en marzo de 2019, Margrethe Vestager, Comisaria Europea de Competencia, llamada también “*Tech Czar*”, porque se convirtió en adalid por un control en el ciberespacio e Internet, y adoptó una postura fuerte contra los gigantes tecnológicos (hasta la fecha intocable por parte

4 Político: “Techplomacy”: Denmark’s ambassador to Silicon Valley”. July, 2017. Traducción propia. <https://www.politico.eu/article/denmark-silicon-valley-tech-ambassador-casper-klynge/> Última revisión: 25-10-19

de un estado), como fue el caso de Google, en el cual la Unión Europea determinó que esta compañía “abusó de su posición dominante” durante diez años mediante su plataforma Google AdSense (empresa de servicios de publicidad online). Por estos cargos Google fue impuesta a pagar una multa de 1494 millones de euros.

En 2017, la Comisión Europea impuso una multa de 110 millones de euros a Facebook por “proporcionar información incorrecta o engañosa” durante la investigación de la adquisición de WhatsApp, la cual se realizó en 2014. En ese entonces Facebook informó a la Comisión Europea que iba a consultar a los usuarios que usaban WhatsApp si aceptaban o no vincular sus cuentas a Facebook, por tanto su información. La legislación comunitaria obliga a las empresas informar sobre el cambio de condiciones a los usuarios cuando se produce una fusión o adquisición de una empresa otra. La Comisión Europea determinó que Facebook no lo hizo.

Para la Comisaria Vestager, el uso de la tecnología digital está cambiando la democracia, creando nuevas formas de participación en los debates democráticos, a la vez que también genera nuevas formas de persuadirnos y manipularnos (European Commission, 2018). Para la Unión Europea el mundo digital representa nuevos desafíos en materia de normas de competencia, pero también en los ámbitos de seguridad, derechos humanos y derechos fundamentales.

Según el secretario general de las Naciones Unidas: “Las redes sociales en línea nos permiten encontrar personas de ideas afines en todo el mundo, ampliando la libertad de expresión y la creatividad humana. Pero también amplifica el discurso de odio, contribuye a la polarización étnica y política y facilita el reclutamiento de terroristas” (Naciones Unidas, 2018).

Vestager, recordaba: “En casos como la adquisición de LinkedIn por parte de Microsoft o la compra de Shazam por parte de Apple, hemos analizado cómo los datos afectan la competencia. [...] Porque en la última década, no es solo la tecnología la que ha cambiado. Las empresas que se han convertido en gigantes de Internet también han cambiado. Ya no son nuevas empresas, que luchan por un punto de apoyo entre las grandes y poderosas empresas. Ahora, ellos mismos son las grandes bestias. Y si niegan a las nuevas empresas de hoy la oportunidad de hacer lo que hicieron, y crean un mercado haciendo las cosas de manera diferente, entonces todos perdemos los beneficios que puede ofrecer la innovación. Es por eso que tuvimos que asegurarnos de que Google no pudiera evitar que las versiones

rivales de Android, un sistema de código abierto, compitan para ofrecer a los usuarios una mejor experiencia. O que Amazon no impidiera que otros minoristas de libros electrónicos se reunieran con editores para ofrecer nuevos tipos de libros electrónicos que no podría obtener en Amazon” (European Commission, 2018).

Con estas declaraciones, Margrethe Vestager, Comisaria Europea de Competencia, busca realmente ser un “*Tech Czar*”, nótese que dicho término acuñado por la propia Comisión Europea, no es casual, ya que hay que recordar que la Comisión Europea es el poder ejecutivo de la Unión Europea. Por otro lado, busca tomar el liderazgo en el control y regulación del ciberespacio e Internet.

El problema con el enfoque de Vestager es que queda en el marco del pensamiento tradicionalmente comunitario, a la vez burocrático y económico. No entiende el contexto geopolítico o diplomático. Trata de estas empresas solo como grandes empresas que tienen que ser controlados en los intereses de la Unión Europea. Plantea la sospecha de actuar en esa manera solo porque Europa no tiene sus propias grandes *tech* empresas tanto como de un subyacente antiamericanismo. Más grave, no tratan de las *tech* empresas como los actores geopolíticos que son. Esto porque al fin y al cabo Vestager y sus funcionarios no son diplomáticos y no tienen la experiencia necesaria de las relaciones internacionales y como gestionar los temas geopolíticos. En esto se nota la ausencia del Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE), que hasta ahora no ha jugado un papel significativo en los temas del ciberespacio, sea en la regulación o en la ciberseguridad. A la par que va de manera paralela al concepto *TechPlomacy* promovida por los daneses. Ahora bien, este es un rol en el que el SEAE tiene que jugar y liderar, promoviendo una regulación internacional del ciberespacio y la gobernanza de Internet en los principales foros internacionales.

La necesidad de regular el funcionamiento del ciberespacio y el uso de Internet representa dos grandes retos diplomáticos. El primero, que los diplomáticos en su función de facilitadores sirvan de nexos entre los diferentes actores que participan dentro de ciberespacio y en Internet. El segundo, es que los propios diplomáticos deben de conocer, informarse y formarse en todos estos aspectos relacionados con la ciencia, tecnología e innovación. Los actuales programas de capacitación diplomática deberán de ser mas innovadores que en el pasado (Hocking, B; Melissen, J; Riordan, S. and Sharp, P., 2012).

Por otro lado, los actuales programas de las esueclas e institutos diplomáticos no están incluyendo todos los avances antes descritos, incluirlos en los planes de estudios de los futuros diplomáticos se hace imprescindible para que estos puedan entender el entorno internacional en el que se moveran y a los retos que se tienen que enfrentar.

Primero se tendría que consensuar internacionalmente los diferentes conceptos, muchas veces son mal definidos y utilizados, lo cual, hace que en el propio ambiente diplomático existe una confusión sobre determinados conceptos, por consiguiente, se produce un error a la hora de diseñar o asignar funciones y acciones a realizar en un determinado campo. La proliferación de conceptos y áreas de trabajo como: *digital diplomacy vs. diplomacy 2.0, science diplomacy vs. innovation diplomacy, cyberdiplomacy; tech diplomacy*. Son algunos ejemplos, los hemos mantenido en inglés, porque a la hora que se traducen, suele producirse otra confusión de definición.

Por ejemplo, Manor argumenta que hay una diferencia entre los conceptos de *digital diplomacy vs. Diplomacy 2.0*. La primera es el uso de sitios de redes sociales por parte de los ministerios de asuntos exteriores para recopilar y difundir información (Manor, 2016). En cambio, la segunda la define como la relación que se da entre un “seguidor” y un determinado ministerio de asuntos exteriores, dicha relación se produce a través del uso de los medios sociales (Kampf, Manor, and Segev 2015). Cómo, por ejemplo: Facebook, Twiter, entre otros.

Serrano, nos indica que según Gökhan Yücel: “la diplomacia 1.0 está representada por Kissinger, la diplomacia 2.0 sería Joseph Nye, la diplomacia 3.0 está representada por Alec Ross y la diplomacia 4.0 está ejemplificada por Matthias Lüfkens y su *Twiplomacy*” (Serrano, 2016). En nuestra opinión esto representa un malentendido importante y peligroso de la situación internacional actual. Lo que representa *TwitterPlomacy* no son más que herramientas, más o menos útiles, para perseguir los objetivos de la política exterior. Muestra la tendencia en mucha de la literatura de confundir las herramientas con la actividad básica, que es la diplomacia. En un mundo de cada vez más conflictos geopolíticos Kissinger queda más relevante que los expertos en los medios sociales.

Podemos explorar un poco más esta confusión terminológica por el caso de *science diplomacy* que se suele identificarse con el intercambio de información en materia de avances científicos-tecnológicos,

concretamente se piensa que es la colaboración científica entre científicos de dos o más países. En otros casos, se piensa que consiste en aplicar procesos de internacionalización de centros de investigación vinculados con la ciencia, tecnología e innovación de un determinado país. La AAAS-*Center for Science Diplomacy* señala que el concepto fue acuñado en una reunión celebrada en Wilton House (Reino Unido) en 2009, organizada por *Royal Society & American Association for the Advancement of Science (AAAS)*. Este encuentro definió que la llamada *Science Diplomacy* realiza principalmente tres tipos actividades (Vaughan, T. Gluckman, p. Teruo, K and Grimes, R., 2018):

- “*Science in diplomacy*”: la ciencia puede proporcionar asesoramiento para informar y apoyar los objetivos de la política exterior.
- “*Diplomacy for science*”: la diplomacia puede facilitar la cooperación científica internacional.
- “*Science for diplomacy*”: la cooperación científica puede mejorar las relaciones internacionales.

Dentro de estos marcos conceptuales, los estados han ido creando cargos diplomáticos como “*Science Attachés*”. Durante las últimas décadas los gobiernos han estado interesados en establecer oficinas de representación en ciudades donde existe una concentración de compañías tecnológicas, a este tipo de aglomeración empresarial se le llama “*hub*”. Estos *hub* como San Francisco y Silicon Valley en los Estados Unidos, *Greater Bay Area* en China o Bangalore e India (Ittelson, P. Mauduit, J.-C., 2019), eran los centros de trabajo de los “*Science Attaché*”, los cuales son como una especie de agregados, como son los agregados culturales, agregados comerciales o económicos o los agregados militares y los agregados culturales.

Con respecto al concepto “*innovation diplomacy*”, podemos decir que este nace de la evolución del concepto “*science diplomacy*”. El argumento es que el concepto del conocimiento se ha visto afectado por los procesos de innovación tecnológica, esto ha llevado a definir conceptos como “economía del conocimiento”, con ello también se ha producido un cambio en lo que se refiere a los “*Science Attachés*”, ahora se les denomina “*Innovation Attaché*”. Incluso, en el caso de los Países Bajos el título de los “*Science Attaché*” cambió en los años noventa a “*science and technology attaché*”, y últimamente se ha vuelto a modificar por “*innovation attaché*” (Leijten, 2017). Quizás ahora que Dinamarca ha creado el puesto de *Tech Ambassador*, los *Science and Technology Attaché* sean promocionados a embajadores.

Construyendo sobre la base de esto caso podemos argumentar que la ciencia, tanto como la tecnología, interactuar con la diplomacia por tres vectores:

- La Agencia: ¿Quién es diplomático? – ¿Qué significa ser un diplomático?
- El Proceso: ¿Cuáles son las técnicas y herramientas que los diplomáticos pueden utilizar para avanzar mejor sus agendas más amplias diplomáticas (o de la política exterior)?
- El Contenido: ¿Cuáles son los temas a los cual aplicamos la diplomacia? ¿Cuáles son los temas que empleamos los diplomáticos para gestionar?

Generalizando el caso de la *science diplomacy* en esta manera nos permite aplicar estas categorías o estos vectores para ofrecer mas rigor intelectual en otras áreas diplomáticas (como la *sports diplomacy* o la *education diplomacy*). También nos permite clarificar la terminología en relación de la diplomacia y la tecnología. Por lo cual:

- *Digital Diplomacy* es el uso de la tecnología digital como herramientas por los diplomáticos para avanzar sus agendas diplomáticas y su política exterior (proceso).
- *Cyberdiplomacy* es la aplicación de la diplomacia a los problemas (políticos y geopolíticos) que se crean por las tecnologías digitales o que surgen en el ciberespacio (contenido).
- *TechPlomacy* es la diplomacia ante las grandes empresas de tecnología, y el nombramientos de diplomáticos cargados específicamente en llevar las relaciones con el sector *tech* (agencia) (Riordan 2019).

CONCLUSIONES

Las respuestas a nuestras dos interrogantes iniciales son las siguientes:

¿La regulación del ciberespacio y la gobernanza de Internet es una competencia del derecho internacional privado o del derecho internacional público?

Teniendo en cuenta que en el marco del derecho comunitario, a través del derecho de la competencia, se ha intentado esbozar un tipo de marco jurídico, con el fin de controlar y vigilar el correcto funcionamiento de ambos temas, vía la Comisión Europea, el Tribunal Europeo de

Primera Instancia y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Lo cierto es que dado que la infraestructura de ambas escapa al control territorial de cualquier estado o grupo de estados. También es la verdad que la ausencia del SEAE en la respuesta europea a los desafíos que representan el ciberespacio ha resultado en una falta de comprensión de los elementos políticos y geopolíticos. La respuesta de la Comisión, y de la comisaria Vestager ha sido excesivamente burocrática e insuficientemente diplomática, que ha socavado su impacto. Se hace necesario pensar en un acuerdo global, por consiguiente, se ha necesario que este se realice a través de un acuerdo internacional *sui generis*, en el cual podrán participar como signatarios, representantes de todos los sectores de la sociedad. En este sentido, nuestra respuesta es que dicha regulación debería de realizarse dentro del campo del derecho público internacional, ya que deberá de partir, en una primera instancia, de una conferencia internacional convocada desde los estados, con la participación, no solo de los gobiernos sino, por primera vez, con voz y voto de las empresas del sector *tech*.

¿Puede la *TechPlomacy* ser el instrumento de diálogo entre los diferentes actores que participan dentro del ciberespacio e Internet y lograr un acuerdo entre todas las partes involucradas?

Nuestra respuesta es, sí. La *TechPlomacy*, puede ser un instrumento de la política exterior sobre la cual se puede desarrollar varios niveles previos al mencionado acuerdo global. Primero se hace necesario identificar y mapear los *tech hubs* o *tech-cities* a nivel regional y mundial. Sobre la base de ello, convocar a una conferencia internacional integrada por todas las partes interesadas que representen a los sectores de lo que hemos denominado anteriormente como la “5H”: gubernamental, empresarial, académico, sociedad civil y ciudadanía. Creando así, un modelo de negociación a cinco bandas, y cuyo instrumento es la *TechPlomacy*.

BIBLIOGRAFÍA

European Commission (2018). Protectiong consumers in a digital world. EU Tech Czar Margrethe Vestager. Speech, Slush, Helsinki, December 4, 2018.

https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/protecting-consumers-digital-world_en

Última revisión: 25-10-19

Hocking, B; Melissen, J; Riordan, S. and Sharp, P. (2012). Future for Diplomacy. Integrative Diplomacy in the 21 st Century. Report 1, Clingendael. Netherlands Institute of International Relations, October 2012.

Ittelson, P. Mauduit, J-C. (2019). Science & Diplomacy. How countries interact with the Boston innovation ecosystem. DiploFoundation.

Kampf, R. Manor, I. and Segev, E. (2015). “Digital Diplomacy 2.0? A cross-national comparison of public engagement in Facebook and Twitter”. Diplomacy and Foreign Policy. The Hague Journal of Diplomacy, Brill, Leiden-Boston.

Leijten, J. (2017). “Exploring the future of innovation diplomacy”. European Journal of Futures Research 82017) 5:20 <https://doi.org/10.1007/s40309-017-0122-8> Última revisión: 25-10-19

Manor, I. (2016). “Are we there yet: Have MFAs realized the potential of Digital Diplomacy”. Diplomacy and Foreign Policy. Issue 3.3 (2018), The Hague Journal of Diplomacy, Brill, Leiden-Boston.

OCDE (2016). Start-up Latin America 2016. Building an innovative future. OCDE, Paris.

Riordan, S. (2019²) “The Geopolitics of cyberspace: A Diplomatic Perspective”. Diplomacy and Foreign Policy. Issue 3.3 (2019), Brill, Leiden-Boston.

Shaun, R. (2019³). Cyberdiplomacy: Managing Security and Governance Online. Polity, Cambridge-Oxford-Boston-New York.

Schwab, K. (2016) The Fourth Industrial Revolution. World economic Forum, Crown Publishing, United States.

Serrano, B. (2016). “Digital Diplomacy: A broad perspective”. Diplomacy Data. <http://diplomacydata.com/digital-diplomacy-a-broad-perspective/> Última revisión: 25-10-19

Torres Jarrín, M. (2018). “La economía de América Latina y el Caribe en la era digital”. Fundación Carolina, Iberoamérica ante la era digital, Análisis Carolina. Fundación Carolina, Madrid.

United Nations (2018). UN Global Pulse 2018. Experimenting with Big Data and Artificial Intelligence to Support peace and Security. <https://www.unglobalpulse.org/resource-library/reports> Última revisión: 25-10-19

Westcott, N. Digital Diplomacy (2008). “The Impact of the Internet on International Relations”. Oxford Internet Institute, Research Report 16, July 2008.

World Economic Forum (2017). “No profesiones que serán más sofisticadas en el futuro (pero aún no existen)”. <https://es.weforum.org/agenda/2017/05/10-profesiones-que-seran-mas-solicitadas-en-el-futuro-pero-aun-no-existen> Última revisión: 25-10-19

Vaughan, T. Gluckman, p. Teruo, K and Grimes, R. (2018). “Science Diplomacy: A pragmatic perspective from the inside”. Science & Diplomacy. AAAS center for Science Diplomacy, January-2018.

A REGULAÇÃO DA ECONOMIA COLABORATIVA PELA UNIÃO EUROPEIA

Nuno Cunha Rodrigues¹

1. PRECISÃO TERMINOLÓGICA

Uma das novidades trazidas pela economia do século XXI consistiu no surgimento de plataformas electrónicas acessíveis através de qualquer computador ou de um simples telemóvel que possibilitam a utilização, de forma partilhada, de bens ou serviços.

Estas plataformas tiveram um efeito disruptivo sobre vários sectores de actividade económica permitindo, em muitos casos, dividir o custo de utilização de um bem tornando-o mais acessível aos consumidores.

Na economia de partilha, tipicamente, estaria em causa um modelo de negócio ponto a ponto (*peer to peer* – P2P), por meio do qual qualquer pessoa pode transaccionar ou partilhar bens ou serviços directamente com outra, sem intermediário.²

Acontece que grande parte das plataformas electrónicas existentes actua como intermediário profissional na oferta e procura de bens ou serviços entre duas pessoas distintas, não podendo falar-se, neste caso, de um modelo de negócio ponto a ponto.³ Diferentemente, trata-se de um modelo

¹ Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vice-Presidente do Instituto Europeu. Titular de uma Cátedra Jean Monnet. Todos os locais da internet citados ao longo do artigo foram consultados em janeiro de 2019. O presente artigo foi publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa / Lisbon Law Review, 2018/2, LVIX, pp. 59-82.

² Distinguindo vendedores profissionais de vendedores ocasionais (*peers*), cfr. LIRAN EINAV / CHIARA FARRONATO / JONATHAN LEVIN, *Peer-to-Peer Markets*, in Annual Review of Economics, vol. 8, issue 1, 2016, pp. 615-635, disponível em <https://web.stanford.edu/~leinav/pubs/AR2016.pdf>, p. 622. A este propósito v. ainda ZOE CULLEN / CHIARA FARRONATO, *Outsourcing Tasks Online: Matching Supply and Demand on Peer-to-Peer Internet Platforms*, working paper disponível em <https://pdfs.semanticscholar.org/b50f/b4df2c1463973c6e3b738bf90db7b5f8cccf.pdf>.

³ Neste sentido v. GIANA M. ECKHARDT / FLEURA BARDHI, *The Sharing Economy Isn't About Sharing at All*, 2015, disponível em <https://hbr.org/2015/01/the-sharing-economy-isnt-about-sharing-at-all>.

que envolve três entidades distintas: o vendedor ou prestador do serviço, o intermediário e o adquirente do bem ou do serviço. Muitos assinalam, por isso, que as plataformas electrónicas não atuam de forma passiva mas replicam um modelo de negócio *business to consumer* (B2C) mediante o qual procuram agregar a oferta e a procura em determinados mercados (funcionando a plataforma como *market-maker* em mercados bilaterais ou multilaterais⁴). Este modelo encontra-se presente em plataformas como a *Uber* (no sector dos transportes urbanos) ou a *Airbnb* (alojamento local).

A diferença entre modelos de negócio P2P e B2C tem motivado alguma confusão terminológica. Alguns referem-se ao primeiro (P2P) como *economia colaborativa* enquanto o segundo (B2C) é designado como *economia de partilha*.⁵ Outros qualificam este último também como *economia colaborativa*.

A definição de *economia colaborativa* não é, portanto, consensual.⁶

Pode, no entanto, dizer-se que existe uma gradual convergência entre as instituições da União Europeia em torno do conceito de *economia colaborativa*, associado a diversas plataformas electrónicas.⁷

Como bem observam MARGHERITA COLANGELO / MARIATERESA MAGGIOLINO in *Uber and the challenges for antitrust – law and regulation*, disponível em <http://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2018/02/Colangelo.pdf>, p. 177, “*sharing is not an accurate description of the services that run on digital platforms like Uber*”.

4 Procedendo à análise económica e ao impacto na concorrência de plataformas bilaterais (*two-sided platforms*) ou multilaterais (*multi-sided platforms*), v. JEAN TIROLE / JEAN-CHARLES ROCHET, *Platform competition in two-sided markets*, in *Journal of the European Economic Association*, June 2003, 1(4), pp. 990 – 1029, disponível em <https://www.rchss.sinica.edu.tw/cibs/pdf/RochetTirole3.pdf>; DAVID S. EVANS / RICHARD SCHMALENSEE, *The antitrust analysis of multi-sided platform businesses*, Working Paper 18783, 2012, disponível em <http://www.nber.org/papers/w18783>; CYRIL RITTER, *Antitrust in two-sided markets: looking at the U.S. Supreme Court’s Amex case from an EU perspective*, in *Journal of European Competition Law in Practice*, 2018, disponível em <https://academic.oup.com/jeclap/advance-article/doi/10.1093/jeclap/lpy077/5281284> e DIRK AUER / NICOLAS PETIT, *Two-Sided Markets and the Challenge of Turning Economic Theory into Antitrust Policy* (January 20, 2015), disponível em <https://ssrn.com/abstract=2552337>.

5 Assim, cfr. CHRISTOPH BUSCH, *The sharing economy at the CJEU: does Airbnb pass the “Uber test”?*, in *EuCML*, issue 4/2018, pp. 172-174; ROBERTA A. KAPLAN, *Regulation and the Sharing Economy*, in *NYLJ*, volume 252 – issue 12; CHRISTOPHER KOOPMAN *et alli*, *The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change* (May 15, 2015), in *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, Vol. 8 Iss 2, 2015, disponível em <https://ssrn.com/abstract=2535345> e ALESSIO DI AMATO, *Uber and the Sharing Economy*, in *The Italian Law Journal*, vol. 02, number 01, pp. 177-190 (em especial p. 185).

6 Discutindo a existência de um conceito-chapéu de economia de partilha ou de economia colaborativa, v. DANIELA SELLONI, *Codesign for public-interest services*, Springer, 2017, pp. 15-26 (*máxime* pp. 15-20).

7 Assim, v. a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Uma agenda europeia para a economia colaborativa*, Bruxelas, 2.6.2016 COM(2016) 356 final e a Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de junho de 2017, sobre uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa (2017/2003(INI)).

Utilizaremos, por isso, as expressões *economia colaborativa* e *plataformas colaborativas* para exprimir o modelo de negócio B2C segundo o qual uma terceira entidade é responsável por assegurar a intermediação entre a oferta e a procura num determinado mercado relevante.

O conceito de economia colaborativa (B2C) afigura-se mais rigoroso, uma vez que, como veremos, as plataformas colaborativas exercem, na maior parte dos casos, uma actividade económica que não se confunde, em rigor, com a partilha directa, entre duas entidades (P2P), de qualquer bem ou serviço.

2. A ACTIVIDADE EXERCIDA POR PLATAFORMAS COLABORATIVAS

2.1. A POSIÇÃO DA COMISSÃO EUROPEIA

A apreciação das consequências provocadas pela emergência de plataformas colaborativas gerou alguma controvérsia dado que se torna necessário proceder à arrumação destas no quadro jurídico vigente. Importa, desde logo, saber se as plataformas são prestadoras de serviços *stricto sensu* – sujeitas à Directiva-serviços⁸ – ou prestadoras de serviços da sociedade de informação – estando em causa, neste cenário, a Directiva-comércio electrónico⁹.

As consequências da subsunção de plataformas colaborativas a uma ou a outra Directiva não são negligenciáveis.

A aplicação da primeira – a Directiva-comércio electrónico – determina que, de forma consequente, deva ser respeitada a chamada “cláusula do mercado interno”, prevista no artigo 3.º, n.º 2 da Directiva, que impede os Estados-Membros de restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-Membro.¹⁰

De forma diversa, a regulação da Directiva-serviços a plataformas

O peso da economia colaborativa na União Europeia é equivalente a €26.5 mil milhões de euros (cerca de 0.17% do PIB na EU em 2016) e emprega cerca de 394.000 pessoas. Estes dados podem ser obtidos em http://ec.europa.eu/growth/content/collaborative-economy-studies_employment.

8 Directiva n.º 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno (“Directiva-serviços”).

9 Directiva n.º 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação (“Directiva-comércio electrónico”).

10 O que significa que uma plataforma colaborativa que se considere prestar “serviços da sociedade de informação” se encontra abrangida por esta Directiva e poderá atuar em todo o espaço da União Europeia.

que não estejam abrangidas pela Directiva-comércio electrónico pressupõe uma análise subsequente e específica dos serviços prestados através da plataforma, pois, em alguns casos, podem estar excluídos do âmbito subjectivo de aplicação da Directiva-serviços porquanto esta não é aplicável a sectores como os transportes, serviços financeiros, trabalho temporário e serviços de saúde.¹¹

Trata-se de problema analisado, no passado, pela Comissão Europeia, na Comunicação emitida em 2016 designada por “*Uma agenda europeia para a economia colaborativa*”.¹²

Nesse documento, a Comissão considerou que a equiparação de uma plataforma colaborativa a uma entidade prestadora do serviço considerava a averiguação prévia do nível de controlo ou de influência exercido por aquela sobre a pessoa que, a final, realizava o serviço:

Para tal, seria necessário averiguar o cumprimento das seguintes condições:

- a) *Preço*. Neste caso, devia ser a plataforma a fixar o preço final a pagar pelo utilizador, enquanto beneficiário do serviço subjacente.
- b) *Propriedade dos principais ativos*. A plataforma colaborativa seria proprietária dos principais ativos utilizados para fornecer o serviço subjacente.
- c) *Outras condições contratuais essenciais*. Assim, competiria à plataforma estabelecer os termos e as condições, para além do preço, que determinam a relação contratual entre o prestador do serviço subjacente e o utilizador;

Para a Comissão Europeia, o preenchimento de forma cumulativa destas três condições, determinaria a qualificação da plataforma colaborativa como prestadora do serviço subjacente, nomeadamente tendo em vista a aplicação da Directiva-serviços.

Se não, a plataforma seria qualificada como *prestadora de serviços da sociedade de informação* estando, por isso, subordinada à Directiva-comércio electrónico.

11 Cfr. artigo 2.º, n.º 2 da Directiva-serviços.

12 A comunicação pretendeu igualmente dar uma orientação não vinculativa sobre o modo como a legislação da UE se aplica a modelos empresariais de economia colaborativa tendo examinado cinco questões essenciais referentes aos (1) requisitos de acesso ao mercado, (2) regime de responsabilidade, (3) proteção dos utilizadores, (4) trabalhadores por conta própria e trabalhadores na economia colaborativa e (5) fiscalidade.

2.2. A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (TJUE)

A qualificação das plataformas colaborativas foi recentemente apreciada pelo TJUE.

Na decisão *Elite Taxi / Uber*¹³ colocava-se o problema de saber se a plataforma colaborativa *Uber* estava sujeita à Directiva-comércio electrónico ou, de forma diversa, à Directiva-serviços.¹⁴

Neste caso, o TJUE começou por considerar que a *Uber* podia, em abstracto, ser considerada como *intermediária* e, nesse caso, ser qualificada como prestando um «serviço da sociedade da informação».¹⁵ Por outro lado, um serviço de transporte urbano não coletivo, como um serviço de táxi, deveria ser qualificado como «serviço no domínio dos transportes».¹⁶

Porém o TJUE observou que um serviço como a *Uber* não se limita à intermediação medida em que “*cria, ao mesmo tempo, uma oferta de serviços de transporte urbano, que torna acessível designadamente através de ferramentas informáticas, tais como a aplicação (...) cujo funcionamento geral organiza a favor das pessoas que pretendam recorrer a essa oferta para efeitos de deslocação urbana.*”

A existência da plataforma (aplicação) *Uber* é, para o TJUE, indispensável ao exercício da actividade por isso que, sem a aplicação,

13 Cfr. acórdão *Elite Taxi / Uber*, proc. C-434/15, de 20 de dezembro de 2017, ECLI:EU:C:2017:981.

Há duas outras decisões do TJUE relativas à *Uber*.

A primeira relacionada com a *Uber França* – proc. C-320/16, de 10 de abril de 2018, ECLI:C:2018:221 – na qual se colocava a questão de saber se determinadas disposições do direito nacional, aplicáveis aos serviços como o proposto pela *Uber*, deveriam ter sido notificadas enquanto regras relativas aos serviços na aceção das disposições do direito da União sobre a notificação técnica.

Um segundo pedido de decisão prejudicial relativo a esta problemática foi julgado inadmissível por despacho de 27 de outubro de 2016, *Uber Belgium*, proc. C-526/15, não publicado, EU:C:2016:830.

14 Como afirmou o Advogado-Geral MACIEJ SZPUNAR nas conclusões apresentadas em 11 de maio de 2017 no processo C-434/15 *Elite Taxi*, o objeto do processo é bastante limitado estando em causa “(...) saber se uma eventual regulação das condições de funcionamento da *Uber* está sujeita às exigências do direito da União, em primeiro lugar, em matéria de livre prestação de serviços, ou se está abrangida pela competência partilhada da União Europeia e dos Estados-Membros no domínio dos transportes locais, que ainda não foi exercida a nível da União”.

15 Cfr. parágrafo 35 do acórdão e artigo 1.º, ponto 2, da Directiva 98/34, para o qual remete o artigo 2.º, alínea a), da Directiva-comércio electrónico. Este serviço de intermediação constitui, como prevê a definição constante da referida disposição da Directiva 98/34, «qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via eletrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços».

16 Cfr. parágrafo 36 e artigo 2.º, n.º 2, alínea d), da Directiva-serviços, lido à luz do seu considerando 21 (v., neste sentido, acórdão de 1 de outubro de 2015, *Trijber et Harmsen*, C-340/14 e C-341/14, EU:C:2015:641, parágrafo 49).

os “(...) motoristas não seriam levados a prestar serviços de transporte e, por outro, as pessoas que pretendessem efetuar uma deslocação urbana não teriam acesso aos serviços dos referidos motoristas.”¹⁷ A aplicação pode, por isso, ser considerada como essencial para o funcionamento do mercado (*market-maker*).

Segundo o TJUE, a *Uber* exerce uma influência decisiva nas condições da prestação dos motoristas, uma vez que, designadamente, fixa, através da aplicação, pelo menos, o preço máximo da corrida, cobra esse preço ao cliente antes de entregar uma parte ao motorista não profissional do veículo e garante um certo controlo sobre a qualidade dos veículos e dos respetivos motoristas assim como sobre o comportamento destes últimos, que pode implicar, sendo caso disso, a exclusão destes.¹⁸

Concluiu o Tribunal que a *Uber* faz parte integrante de um serviço global cujo elemento principal é o transporte. Dito de outra forma, apesar de estar em causa um serviço misto, o elemento preponderante neste é o transporte. A *Uber* corresponde, portanto, à qualificação de «serviço no domínio dos transportes»¹⁹⁻²⁰ e não de «serviço da sociedade da informação».

Na medida em que se qualifica como «serviço no domínio dos transportes» não está abrangido pelo artigo 56.º do TFUE, relativo à livre

17 Cfr. parágrafos 36 a 39.

18 Com efeito, como observam diversos autores, a *Uber* fornece os sistemas de pagamento que os motoristas e os consumidores utilizam; garante o funcionamento dinâmico dos preços; cobra comissões por cada serviço prestado e garante e fiscaliza a qualidade dos serviços prestados pelos motoristas.

Assim, v. MARGHERITA COLANGELO / MARIATERESA MAGGIOLINO, *Uber and the challenges for antitrust – law and regulation*, p. 178.

Comentando o acórdão *Elite Taxi / Uber*, v. DAMIEN GERADIN, *Online Intermediation Platforms and Free Trade Principles – Some Reflections on the Uber Preliminary Ruling Case* (April 5, 2016), disponível em <https://ssrn.com/abstract=2759379> e MARGHERITA COLANGELO / MARIATERESA MAGGIOLINO, *Uber in Europe: are there still judges in Luxembourg?* in AAVV, *Diving into online platforms*, Competition Policy International, 2018, pp. 32-37, disponível em https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/05/AC_May.pdf.

19 Cfr. parágrafo 40 e artigo 2.º, n.º 2, alínea d), da Diretiva-serviços.

Acrescenta o TJUE, no parágrafo 41, que “(...) tal qualificação é corroborada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual o conceito de «serviço no domínio dos transportes» abrange não só os serviços de transporte, considerados enquanto tais, mas também qualquer serviço intrinsecamente ligado a um ato físico de movimentar pessoas ou mercadorias de um local para outro através de um meio de transporte [v., neste sentido, acórdão de 15 de outubro de 2015, Grupo Itevelesa e o., C-168/14, EU:C:2015:685, n.ºs 45 e 46, e parecer 2/15 (Acordo de Comércio Livre com Singapura), de 16 de maio de 2017, EU:C:2017:376, n.º 61].”

20 Assim, a Diretiva-comércio electrónico não será aplicável a um serviço de intermediação como a *Uber* mas também não está sujeito à Diretiva-serviços, uma vez que, de acordo com o artigo 2.º, n.º 2, alínea d), desta diretiva, esse tipo de serviços encontra-se expressamente excluídos do âmbito de aplicação.

prestação de serviços em geral, mas sim pelo artigo 58.º, n.º 1 do TFUE.²¹ Sendo assim, a aplicação do princípio da livre prestação de serviços deve ser realizada através da execução da política comum dos transportes.

Ora, discorre o Tribunal, sabendo-se que os serviços de transporte urbano não coletivo e os serviços indissociavelmente ligados a estes, como o serviço de intermediação da *Uber*, não deram origem à adoção, pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia, de regras comuns ou de outras medidas, com fundamento no artigo 91.º, n.º 1 do TFUE, cabe aos Estados-Membros regulamentar as condições de prestação desses serviços.²²

Em síntese, o TJUE aplicou à *Uber* um teste que, a partir deste aresto, passou a ser designado como *teste Uber* que visa determinar se uma dada plataforma colaborativa actua como mera intermediária – abrangida, por consequência, pela Directiva sobre comércio electrónico – ou como prestadora de serviços – abrangida, neste caso, pela directiva-serviços -, à luz do qual será necessário examinar se estão preenchidas as seguintes condições:

- i) A *indispensabilidade* da plataforma (aplicação) para a prestação do serviço (*market-maker*);
- ii) O exercício, pela plataforma, de uma influência decisiva nas condições da prestação do serviço, designadamente, através da fixação:
 - a) Do preço (nomeadamente o preço máximo);
 - b) Do controlo sobre a qualidade do serviço prestado;
 - c) Da possibilidade de exclusão de prestadores de serviços;

Estes critérios aproximam-se, de alguma forma, daqueles propostos, em 2016, pela Comissão Europeia, que incluíam, recorde-se, o (i) preço; (ii) a propriedade dos principais ativos e (iii) outras condições contratuais essenciais.

São, no entanto, menos exigentes, pois, para o TJUE, para que uma plataforma se revele *indispensável* e tenha capacidade de exercer uma *influência decisiva* nas condições da prestação do serviço para que não seja qualificável *apenas* como um serviço de intermediação não é necessária a detenção da propriedade dos principais activos como decorria do

21 Cfr. parágrafo 44 do acórdão: disposição específica nos termos da qual «[a] livre prestação de serviços em matéria de transportes é regulada pelas disposições constantes do título relativo aos transportes» (v., neste sentido, acórdão de 22 de dezembro de 2010, *Yellow Cab Verkehrsbetrieb*, C-338/09, EU:C:2010:814, parágrafo 29 e jurisprudência aí referida).

22 Cfr. parágrafos 46 e 47 do acórdão.

entendimento, em 2016, da Comissão Europeia.

O teste *Uber* será seguramente utilizado, no futuro, por forma a ser aplicado a outras plataformas colaborativas, como a *Airbnb*. Neste sentido, e nas conclusões apresentadas no caso *Uber*, o Advogado-Geral MACIEJ SZPUNAR pareceu qualificar a *Airbnb* como fazendo parte dos serviços de sociedade de informação.²³

A prática decisória de diversas autoridades da concorrência parece ir em sentido oposto. Diversas autoridades da concorrência nacionais (v.g. no Reino Unido, Alemanha, França e Suécia) consideraram recentemente, em casos que envolveram agências de viagens *on-line* (como a *Booking* ou a *Expedia*) que estas não atuaram como meras intermediárias, pois impunham condições essenciais para a definição do preço, nomeadamente por via de cláusulas de paridade tarifária.²⁴⁻²⁵

23 Nas conclusões apresentadas em 11 de maio de 2017 no processo C-434/15 *Elite Taxi / Uber*, ECLI:EU:C:2017:364, o advogado-geral aplicou o teste *Uber* à *Airbnb*, nos parágrafos 59 e seguinte, afirmando que: "(...) contrariamente à situação dos condutores da *Uber*, tanto os hotéis como as companhias aéreas são empresas cujo funcionamento é totalmente independente de qualquer plataforma intermediária e em relação às quais estas plataformas apenas constituem um meio, entre outros, de comercialização dos seus serviços. São também essas empresas, e não as plataformas de reserva, que determinam as condições de prestação dos seus serviços, a começar pelos preços. De igual modo, tais empresas funcionam segundo regras específicas do seu setor de atividade, pelo que as plataformas de reserva não exercem um controlo prévio de acesso à atividade como o que a *Uber* faz em relação aos seus condutores. 60. Por último, nessa plataforma de reserva, os utilizadores têm uma verdadeira possibilidade de escolha entre vários prestadores cujas ofertas diferem em vários fatores importantes do seu ponto de vista, tais como o tipo de voo ou de alojamento, os horários dos aviões, a localização do hotel, etc. Em contrapartida, na *Uber*, estes fatores são padronizados e determinados pela plataforma, de modo que, regra geral, o passageiro aceitará a prestação do condutor mais rapidamente disponível."

24 Sobre estas cláusulas v. MARGHERITA COLANGELO / MARIATERESA MAGGIOLINO, *Uber and the challenges for antitrust – law and regulation*, p. 183; THIBAUD VERGÉ, *Are price parity clauses necessarily anticompetitive?*, disponível em <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/01/CPI-Verge.pdf>; ARIËL EZRACHI, *The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce*, in *European Competition Journal*, volume 11, issue 2-3, (2015), pp. 488-519; PINAR AKAMAN, *A competition law assessment of platform most-favored customer clauses*, in *Journal of Competition Law and Economics*, n.º 12 (4), 2016, pp. 781-833; MARGHERITA COLANGELO, *Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 8 (1), pp. 3-14 e DENNIS W. CARLTON / RALPH A. WINTER, *Vertical Most-Favored-Nation Restraints and Credit Card No-Surcharge Rules*, in *The Journal of Law and Economics* 61, n.º 2 (May 2018), pp. 215-251.

25 Em sentido oposto, considerando a irrelevância das cláusulas de paridade tarifária, v. as conclusões do Advogado-Geral MACIEJ SZPUNAR apresentadas em 11 de maio de 2017, proc. C-434/15, *Elite Taxi / Uber*, ECLI:EU:C:2017:364, nota de rodapé 22: "O facto de algumas plataformas celebrarem com os hotéis acordos de paridade tarifária, mediante os quais os hotéis se comprometem a não propor noutros sítios preços mais favoráveis do que o proposto na plataforma em causa, não altera nada. Com efeito, não se trata da determinação do preço das prestações por parte da plataforma, mas de um compromisso relativo às tarifas fixadas por diferentes parceiros comerciais. Além disso, estas cláusulas de paridade tarifária foram questionadas pelas autoridades da concorrência em vários Estados-Membros, o que conduziu à criação do Grupo de trabalho europeu sobre as plataformas de reserva em linha, sob a égide da Comissão."

Em nosso entender é, no entanto, duvidoso que a *Airbnb* seja considerada como *indispensável* e tenha *influência decisiva* sobre os prestadores dos serviços que dispõe pelo que, a esta luz, estará abrangida pela directiva-comércio electrónico. É, por isso, com alguma expectativa que se aguarda a decisão do TJUE sobre a qualificação desta plataforma.²⁶

3. A REGULAÇÃO DE PLATAFORMAS COLABORATIVAS PELA UNIÃO EUROPEIA

O aparecimento de plataformas colaborativas traduziu-se numa espécie de "liberalização espontânea" na União Europeia e nos Estados-Membros.²⁷

Uma das questões que se equaciona é a de saber se devem ser reguladas por legislação específica – e, neste caso, se esta deve ser desenvolvida a partir da União Europeia ou subsidiariamente pelos Estados-Membros – ou, de forma diversa, se a actividade deve *apenas* estar sujeita ao regime geral aplicável a todos os sectores de actividade económica (v.g. o Regulamento Geral de Protecção de Dados²⁸).

Os sinais dados pela Comissão Europeia permitem antecipar que não pretende intervir directamente na regulação sectorial ou *próprio sensu* de algumas plataformas colaborativas optando por uma estratégia que alguns designam por "wait and see" (esperar para ver).

26 Em 16 de julho de 2018, a Comissão Europeia emitiu um comunicado de imprensa onde chamou a atenção da *Airbnb* para necessidade de respeitar o Direito Europeu dos consumidores devendo, para tal, assegurar a transparência dos preços, clarificar as condições e suprimir cláusulas alegadamente ilegais. O comunicado está disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4453_pt.htm.

Encontra-se pendente, no TJUE, um pedido de reenvio prejudicial referente à *Airbnb* Irlanda. Cfr. proc. C-390/18. Neste processo são colocadas ao TJUE duas questões prejudiciais: 1) As prestações fornecidas em França pela sociedade *Airbnb Ireland UC* através de uma plataforma eletrónica explorada a partir da Irlanda beneficiam da liberdade de prestação de serviços prevista no artigo 3.º da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000? 2) As regras restritivas relativas ao exercício da profissão de agente imobiliário em França, estabelecidas na Lei 70-9 de 2 de janeiro de 1970, relativa aos mediadores em matéria de operações imobiliárias, designada Lei Hoguet, são oponíveis à sociedade *Airbnb Ireland UC*? Sobre a aplicação do teste *Uber* à *Airbnb*, v. CHRISTOPH BUSCH, *The sharing economy at the CJEU: does Airbnb pass the "Uber test"?*, in *EuCML*, issue 4/2018.

27 Assim, v. DAMIEN GERADIN, *Uber and the Rule of Law: Should Spontaneous Liberalization Be Applauded or Criticized?* (November 20, 2015). *Competition Policy International* (2015); George Mason Law & Economics Research Paper n.º 15-53, disponível em <https://ssrn.com/abstract=2693683>.

28 Sobre a aplicação do Regulamento Geral de Protecção de Dados à economia colaborativa v. VASSILIS HATZOPOULOS, *The collaborative Economy and EU Law*, Bloomsbury, Hart Publishing, 2018, pp. 67-102.

Esta estratégia pode ser compreendida à luz do princípio da competência por atribuição, por um lado, e do princípio da subsidiariedade, por outro. Há mercados relativamente aos quais a União Europeia não dispõe de atribuições – v.g. a nível laboral²⁹ ou no arrendamento de curta duração (alojamento local) – e, noutros casos, o princípio da subsidiariedade pode exigir que sejam os Estados-Membros a exercer a competência regulatória, como foi explicado pelo TJUE no caso *Elite Taxi / Uber* relativamente ao sector dos transportes.

A neutralidade seguida pela Comissão Europeia possibilita o afastamento de discussões fracturantes em torno das plataformas colaborativas, garantindo simultaneamente a regulação jurídica essencial das plataformas colaborativa *de jure condito*.³⁰ Esta estratégia, por vezes pouco clara, já foi criticada pelo Parlamento Europeu.³¹

29 Como observa o Advogado-Geral MACIEJ SZPUNAR nas conclusões do apresentadas em 11 de maio de 2017 no processo C-434/15, *Elite Taxi / Uber*, :EU:C:2017:364, nota 19, “*não abordarei a qualificação de relação jurídica entre a Uber e os seus condutores, uma vez que este aspeto está sujeito ao direito nacional.*”

30 É, também por isso, compreensível que a Comissão Europeia tenha adoptado instrumentos de *soft law* – como a comunicação “Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa” – através dos quais procura explicar a aplicação de instrumentos jurídicos já existentes às plataformas electrónicas ou realizado diversos estudos sobre economia colaborativa como o interessante publicado em 2018 “*Study to monitor the business and regulatory environment affecting the collaborative economy in the EU*”, disponível em <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/79bee7ad-6d22-11e8-9483-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-72448577>.

31 Cfr. parágrafo 15 do relatório sobre uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa, de 11 de Maio de 2017 (2017/2003(INI)), disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0195+0+DOC+XML+V0//PT>: “(...) lamentou que a comunicação não tenha sido suficientemente clara sobre a aplicabilidade da legislação existente da UE aos diferentes modelos de economia colaborativa.”

Neste relatório o Parlamento Europeu pediu à Comissão Europeia uma “estratégia equilibrada, mais abrangente e ambiciosa” da União Europeia sobre a economia colaborativa, tendo apresentado um conjunto de recomendações a seguir descritas:

serviços prestados por particulares e por profissionais: a UE deve estabelecer critérios eficazes para distinguir entre “pares” (indivíduos que prestam serviços a título ocasional) e “profissionais”, com um conjunto de princípios e critérios gerais à escala europeia e de limiares nacionais;

direitos dos consumidores: os consumidores devem ter acesso a informações adequadas sobre as regras aplicáveis a cada transação e os direitos associados; o PE insta as plataformas colaborativas a disponibilizarem sistemas eficazes de reclamação e de resolução de litígios;

responsabilidade das plataformas: a Comissão deve clarificar o regime de responsabilidade das plataformas colaborativas tão rapidamente quanto possível, de modo a promover comportamentos responsáveis e a aumentar a confiança dos utilizadores;

direitos dos trabalhadores: os Estados-Membros e a Comissão devem garantir condições de trabalho equitativas e uma proteção jurídica e social adequada a todos os trabalhadores na economia colaborativa, independentemente do seu estatuto; o PE destaca também a importância de assegurar que os trabalhadores das plataformas beneficiem da portabilidade das notações e das avaliações, “que constituem o seu valor no mercado digital”;

fiscalidade: os operadores económicos que forneçam serviços comparáveis devem estar sujeitos a “obrigações fiscais funcionalmente semelhantes, tanto na economia tradicional, como na economia colaborativa”; são necessárias soluções inovadoras que melhorem o cumprimento das obrigações fiscais, diz o PE, convidando as plataformas colaborativas a assumirem um papel ativo a este respeito.

Esta estratégia relativa a plataformas colaborativas e à regulação específica destas compreende-se ainda porque muitas das questões colocadas podem ser solucionadas através de instrumentos jurídicos em vigor, tais como o Direito da Concorrência – como veremos a seguir – ou legislação como a Directiva-serviços, a Directiva sobre comércio electrónico³², a Directiva-serviços de pagamento³³ ou o Regulamento Geral de Protecção de Dados.³⁴

Recentemente a Comissão Europeia procurou distanciar-se da estratégia de neutralidade referida ao apresentar, em abril de 2018, uma proposta de Regulamento relativo à promoção da equidade e da transparência para os utilizadores empresariais de serviços de intermediação em linha.³⁵ Observe-se, no entanto, que a proposta não é aplicável a plataformas colaborativas (como a *Uber* ou a *Airbnb*) mas apenas a “serviços de intermediação em linha”.³⁶

A Comissão Europeia tem, por isso, procurado assegurar uma certa neutralidade na análise jurídica das plataformas colaborativas, distanciando-a do epicentro de um debate que, no tocante a algumas plataformas – como a *Uber* ou a *Airbnb* – é ainda controverso em diversos Estados-Membros e, nesses, fez reacender a discussão relativa a muitos dos sectores de actividade.³⁷ Muitos apoiam e incentivam estas plataformas pelos benefícios que trazem aos consumidores, nomeadamente pelos preços praticados e inovação que

32 Esta directiva prevê, no artigo 16.º, formas de auto-regulação que têm sido utilizadas por algumas plataformas como a Amazon ou a Ebay. A este propósito v. VASSILIS HATZOPOULOS, *The collaborative ...*, p. 14.

33 Directiva n.º 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2015 relativa aos serviços de pagamento no mercado interno.

34 Este Regulamento surge como corolário do direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito, previsto no artigo 8.º da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais. Cfr. Regulamento n.º 679/2016 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

35 Cfr. Bruxelas, 26.4.2018, COM(2018) 238 final. A proposta foi apresentada ao abrigo do artigo 114.º do TFUE, que visa aproximar as disposições dos Estados-Membros e garantir a aplicação de regras não discriminatórias e coerentes na União.

36 A proposta define estes serviços, de acordo com o artigo 2.º, n.º 2, como aqueles que constituem serviços da sociedade da informação, na aceção do artigo 1.º, n.º 1, alínea b), da Directiva n.º 2015/1535 do Parlamento Europeu e do Conselho.

37 Sobre a legitimidade democrática da União Europeia em tempos de crise, v. NUNO CUNHA RODRIGUES, *Os novos muros da Europa*, Análise Europeia, Revista da Associação Portuguesa de Estudos Europeus, Faculdade de Letras, maio de 2017, volume II, n.º 3, pp. 198-207 (disponível em http://www.apeeuropeus.com/uploads/6/6/3/7/66379879/an%C3%A1lise_europeia_2_3_2017.pdf).

lhes estão subjacentes.³⁸ Muitos outros criticam-nas por colocarem em causa modelos típicos de negócios (v.g. táxis); contribuir para a especulação imobiliária e afastamento das populações locais dos grandes centros urbanos (v.g. *Airbnb*) ou até por serem anti-democráticas, qualificando alguns, de forma irónica, as plataformas que, em geral, agregam dados como sendo BAADD (“*too big, anti-competitive, addictive and destructive to democracy*”).³⁹

Especificamente no caso dos táxis, a regulação por emissão de licenças foi entendida como uma resposta a falhas de mercado⁴⁰, permitindo assegurar a qualidade, garantir a prática de preços regulados, adequar *ex-ante* a oferta à procura, evitar o congestionamento das cidades e, a final, proteger os consumidores.⁴¹ Porém, de forma oposta, muitos dizem que a regulação apenas permitia assegurar os interesses dos incumbentes, gerando uma incapacidade em aumentar a concorrência. Nesta última dimensão, as plataformas electrónicas terão permitido aumentar a concorrência e aumentar o bem-estar dos consumidores pelo incremento da qualidade dos serviços prestados, melhor adequação dos preços e desencadeamento de ofertas mais inovadoras.⁴²

38 Procedendo a uma análise económica da relação entre concorrência e inovação v. PHILIPPE AGHION / STEFAN BECHTOLD / LEA CASSAR / HOLGER HERZ, *The Causal Effects of Competition on Innovation: Experimental Evidence*, in *The Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 34, n.º 2, 2018, pp. 162-195.

39 Assim, v. EVAN SMITH, *The Techlash Against Amazon, Facebook, and Google—and What They Can Do*, in *The Economist* (20 de janeiro de 2018), disponível em <https://www.economist.com/briefing/2018/01/20/the-techlash-against-amazon-facebook-and-google-and-what-they-can-do>.

40 Sobre o papel da regulação económica enquanto instrumento de correcção de falhas de mercado v. NUNO CUNHA RODRIGUES, *A regulação da Saúde*, in AAVV., *Regulação em Portugal, novos tempos, novo modelo?*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 613-651.

41 Entre os principais argumentos apresentados por aqueles que defendem a manutenção da regulação dos táxis encontra-se a necessidade de evitar que a falta de controlo gere um número excessivo de táxis – com o aumento do congestionamento rodoviário e da poluição – e um aumento excessivo da concorrência entre táxis susceptível de gerar uma redução na qualidade do serviço prestado. A regulação permitirá ainda garantir a adequação dos preços praticados aos clientes salvaguardando ainda a sua segurança.

Porém, em sentido oposto, diversos autores assinalam que a regulação dos táxis falhou, gerando escassez de oferta, falta de incentivos para a redução dos preços, aumento da qualidade e soluções inovadoras tendo-se verificado ainda, em alguns casos, a captura do regulador. Sobre a regulação dos táxis em Portugal cfr. International Transport Forum, *Regulation of For-Hire Passenger Transport. Portugal in International Comparison*, working paper, 2016, disponível em <https://www.itf-oecd.org/sites/default/files/docs/regulation-for-hire-passenger-portugal.pdf>. Procedendo à análise económica da regulação dos táxis na Irlanda, v. OCDE, *Evaluation of competitive impacts of government interventions*, DAF/COMP/WP2(2014)6, 11-Feb-2014, disponível em [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2\(2014\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2(2014)6/en/pdf) e MARGHERITA COLANGELO / MARIATERESA MAGGIOLINO, *Uber and the challenges for antitrust – law and regulation*, p. 179.

42 Assinalando benefícios das plataformas electrónicas de transporte, cfr. Autoridade da Concorrência, Relatório sobre Concorrência e Regulação no Transporte de Passageiros em Veículos Ligeiros, dezembro de 2016, disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Relat%C3%B3rio%20sobre%20Concorr%C3%Aancia%20e%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20no%20Transporte%20de%20Passageiros%20em%20Ve%

4. A APLICAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA ÀS PLATAFORMAS COLABORATIVAS

A procura de respostas jurídicas para as plataformas colaborativas tem encontrado na plasticidade do Direito da Concorrência campo fértil para discussão e atenuação de algumas das dificuldades que podem colocar, como já foi reconhecido pelo TJUE.⁴³ A verdade é que a aplicação deste ramo de Direito às plataformas colaborativas pressupõe respostas a questões prévias.

Desde logo, importa averiguar se as plataformas são consideradas como empresas à luz do Direito da Concorrência.⁴⁴

Recorde-se que a noção de empresa, para efeitos de aplicação do Direito da Concorrência, tem sido erguida a partir da construção pretoriana do TJUE nos termos da qual nem a personalidade jurídica, o estatuto jurídico, as modalidades de financiamento ou a ausência de fins lucrativos são decisivos para a equiparação a empresa. O elemento determinante é o exercício de uma actividade económica – traduzida na oferta de bens ou serviços num determinado mercado – de forma autónoma, susceptível de ser levada a cabo por uma empresa privada com fins lucrativos (ainda que essa actividade económica possa ser desenvolvida, em concreto, por uma entidade sem fins lucrativos).

No caso das plataformas electrónicas será necessário averiguar se exercem uma actividade económica de forma autónoma⁴⁵, o que parece verificar-se se reunirem as condições do *teste Uber*.⁴⁶ Nas situações em que

C3%ADculos%20Ligeiros.pdf, parágrafos 165 e seguintes.

Entre esses benefícios incluir-se a redução dos custos de transação; a coordenação e a criação de eficiências do lado da oferta (economias de densidade); a mitigação de assimetrias de informação uma vez que disponibilizam informação ao consumidor e reduzem o contexto de incerteza em que toma a sua decisão, nomeadamente quanto às condições dos serviços que lhe serão prestados (preço, tempo de espera, qualidade); atenuam as fronteiras entre os diferentes segmentos de serviços de táxi (hailing, praça de táxi e serviços pré-contratados).

A propósito dos benefícios das plataformas, v. ainda LIRAN EINAV / CHIARA FARRONATO / JONATHAN LEVIN, *Peer-to-Peer Markets*, in *Annual Review of Economics*, vol. 8, issue 1, 2016, pp. 627-629, disponível em <https://web.stanford.edu/~leinav/pubs/AR2016.pdf>.

43 Assim, v. as conclusões do advogado-Geral MACIEJ SZPUNAR apresentadas em 11 de maio de 2017 no processo C-434/15 *Elite Taxi / Uber*, ECLI:EU:C:2017:364, parágrafo 62: “(...) considerar a Uber uma plataforma que agrupa prestadores de serviços independentes poderia suscitar questões do ponto de vista do direito da concorrência. Não obstante, não desenvolverei este ponto mais amplamente, uma vez que ultrapassa o âmbito do presente processo.”

44 Sobre a noção de empresa no Direito da Concorrência, v. NUNO CUNHA RODRIGUES, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 381-386. Cfr. ainda, a nível nacional, o artigo 3.º, n.º 1 da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (Lei da Concorrência).

45 Sobre a actuação autónoma de um operador no mercado, v. acórdão *Eturas*, proc. C-74/14, de 21 de janeiro de 2016, ECLI:EU:C:2016:42, parágrafo 27 e jurisprudência aí citada.

46 No caso específico da *Uber* pode ainda questionar-se se a noção de empresa abrange os

isso não se verifique – *verbi gratia* se a plataforma assegura um modelo de comércio P2P ou é considerada como prestadora de serviços da sociedade de informação – persiste a dúvida sobre a equiparação de plataformas electrónicas à noção de empresa para efeitos do Direito da Concorrência, na medida em que não há, em rigor, *offerta* de bens e serviços num determinado mercado mas apenas uma actividade de *intermediação*.⁴⁷

Questão conexas com a (eventual) qualificação das plataformas colaborativas como empresas para efeitos de Direito da Concorrência diz respeito à determinação do(s) mercado(s) relevante(s) em que actuam.⁴⁸ Exemplificativamente, a *Uber* motivou que se discutisse, na Índia, se integra o mercado relevante de “serviços de rádio táxi em Nova Deli”. E, em Nova Iorque, no âmbito de uma queixa apresentada contra o CEO da *Uber*, discute-se se o mercado do produto relevante corresponde às “aplicações para serviços de partilha de automóveis”⁴⁹ ou se, pelo contrário, este inclui “táxis, transportes públicos e percursos pedestres”.⁵⁰

Este exercício é especulativo face à novidade das plataformas e da prática decisória das autoridades da concorrência a nível mundial que não está ainda suficientemente estabilizada de modo a permitir proceder ao recorte rigoroso dos mercados relevantes em que plataformas electrónicas como a *Uber* ou a *Airbnb* actuam.

Há, no entanto, investigações em curso e decisões proferidas por diversas entidades reguladoras da concorrência a nível mundial que legitimam a antecipação de juízos sobre a eventual aplicação de normas concorrenciais

prestadores de serviços subjacentes – os motoristas que actuam a favor da *Uber* – atendendo à unidade económica existente. Em Itália, os tribunais observaram que a *Uber* não pode ser considerada de forma desligada face aos motoristas que lhe prestam serviço uma vez que estes não são livres de negociar o preço com os passageiros, estando obrigados a aplicar tarifas calculadas por um algoritmo que aumenta as tarifas quando a procura é incrementada. Assim, v. ALESSIO DI AMATO, *Uber and the Sharing Economy*, in *The Italian Law Journal*, vol. 02, number 1, p. 178.

47 Sem prejuízo de, também esta, poder ser considerada como uma actividade económica e ser definida enquanto mercado do produto relevante.

48 O conceito teórico de mercado relevante deve considerar a Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante ainda que esta não tenha, obrigatoriamente, de ser seguida pelas autoridades nacionais da concorrência ou pelos tribunais. Cfr. *Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência*, in JOCE n.º C 372, 9.12.1997, p. 3.

49 A definição original corresponde ao mercado de “mobile app-generated ride-share service market.” Cfr. a decisão preliminar em <https://cases.justia.com/federal/district-courts/new-york/nysdc/1:2015cv09796/451250/37/0.pdf?ts=1459545536>.

50 A este propósito, v. PARVEER S GHUMAN, *Analysis of Competition Cases Against Uber Across the Globe, working paper*, CUTS International, março de 2017, p. 6, disponível em http://www.cuts-cier.org/pdf/Analysis_of_Competition_Cases_Against_Uber_Across_the_Globe.pdf.

(caso se considere a qualificação da plataforma colaborativa como empresa e depois de se definirem o(s) mercado(s) relevante(s) em que atua).⁵¹

Nestes termos, pode ser considerada a aplicação do Direito da Concorrência a situações tão diversas como a apreciação de eventuais práticas de *hub and spoke*⁵² através das plataformas electrónicas (*hub*), a utilização partilhada, entre plataformas, de algoritmos (susceptível de poder ser considerada como um acordo entre empresas⁵³) ou a prática de preços predatórios⁵⁴; a detenção de dados pela mesma empresa⁵⁵ ou ainda a imposição, por uma plataforma colaborativa, de vendas subordinadas (*tying*) ou de vendas em pacote (*bundling*) (enquanto práticas de abuso de posição dominante⁵⁶).⁵⁷

51 Limitamo-nos a apreciar essas práticas à luz do Direito Europeu da Concorrência sabendo que a aplicação, a nível nacional, do Direito da Concorrência segue raciocínio idêntico.

52 Numa prática de *hub and spoke* o acordo ou prática concertada realizado entre empresas concorrentes (*spoke*) é feito de forma indirecta através de uma terceira empresa (*hub*) que pode actuar no mesmo mercado ou até num mercado totalmente distinto. A este propósito v. o acórdão *AC-Treuhand*, proc. C-194/14 P, de 22 de outubro de 2015, ECLI:EU:C:2015:717, parágrafo 36 no qual se reconhece que o artigo 101.º, n.º 1 permite reagir contra a contribuição ativa de uma empresa para uma restrição da concorrência ainda que essa contribuição não se insere numa atividade económica que faça parte do mercado relevante em que essa restrição se materializa ou tem por objeto materializar-se. V. ainda as conclusões do Advogado-Geral MACIEJ SZPUNAR apresentadas em 11 de maio de 2017 no processo C-434/15 *Elite Taxi /Uber*, ECLI:EU:C:2017:364, nota 23 onde este afirma que “(...) a utilização, por parte de concorrentes, do mesmo algoritmo para calcular o preço não é em si mesma ilegal, mas poderia suscitar preocupações no que respeita à *hub and spoke conspiracy* quando o poder da plataforma aumenta” e ARIEL EZRACHI / M.É. STUCKE, *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*, CCLP Working Paper 40, Oxford 2015, p. 14.

53 Cfr. artigo 101.º, n.º 1 do TFUE. Sobre a distinção entre acordo entre empresas e prática concertada, cfr. acórdão *AC-Treuhand*, proc. C-194/14 P, de 22 de outubro de 2015, ECLI:EU:C:2015:717, em especial parágrafos 28; 29 e 32.

Sobre o efeito anto-concorrencial dos algoritmos v. AI DENG, *What Do We Know About Algorithmic Tacit Collusion?*, in *Antitrust Magazine*, n.º 33, 1, 2018, pp. 88-95 e ANITA BANICEVIC / GABRIELLE Z.A. KOHLMÉIER / DAJENA PECHERSKY / ASHLEY HOWLETT, *Algorithms: challenges and opportunities for antitrust compliance*, in *Antitrust Law, fall 2018*. Sobre a aplicação do direito da concorrência no contexto dos *big data*, v. Cfr. ELIANA GARCÉS, *Data collection in online platform businesses: a perspective for antitrust assessment*, in AAVV., *Diving into online platforms*, Competition Policy International, 2018, pp. 17-25, disponível em https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/05/AC_May.pdf e TÂNIA LUÍSA FÁRIA, *Direito da concorrência e big data: ponto da situação e perspectivas*, in *Revista Concorrência e Regulação*, ano VIII . n.º 29 – Jan/2017 a Mar/2017, pp. 107-137.

54 Sobre a eventual prática de preços predatórios pela *Uber* nos EUA v. NICK PASSARO, *Uber has an antitrust litigation problem, not an antitrust problema* in AAVV., *Diving into online platforms*, Competition Policy International, 2018, pp. 38-32, disponível em https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/05/AC_May.pdf.

55 A este propósito v. MAURICE E. STUCKE, *Should we be concerned about data-opolies?*, in *Georgetown Law Technology Review*, University of Tennessee Legal Studies Research Paper n.º 349, 2018, pp. 275-324 disponível em <https://ssrn.com/abstract=3144045>.

56 Cfr. artigo 102.º do TFUE. A este propósito v. VASSILIS HATZOPOULOS, *The collaborative ...*, p. 141.

57 De forma recíproca são também conhecidas queixas apresentadas pela *Uber* contra taxistas por litigância abusiva (*sham litigation*). Em julho de 2018 a CADE, no Brasil, arquivou uma

Observe-se que eventuais práticas colectivas anti-concorrenciais que envolvam plataformas colaborativas (cfr. artigo 101.º, n.º 1 do TFUE) podem ser justificadas de harmonia com o artigo 101.º, n.º 3 do TFUE. Conhecendo-se o papel determinante que as plataformas colaborativas desempenham na inovação e o benefício pró-concorrencial que daí decorre⁵⁸, é legítimo reconhecer que, em algumas situações, práticas prosseguidas por plataformas colaborativas, sancionadas à luz do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, podem ser justificadas em conformidade com as condições fixadas no n.º 3 do mesmo artigo.

Em resumo, o Direito da Concorrência é apto a fornecer respostas a questões que as plataformas colaborativas colocam mas não permite, *per se*, solucionar todos os problemas colocados por estas⁵⁹, desde logo porque tem uma vocação de aplicação *ex-post*⁶⁰ (sem prejuízo do campo próprio de aplicação do regime do controlo prévio de concentrações)⁶¹.

CONCLUSÕES

O aparecimento de plataformas colaborativas coloca novos desafios à União Europeia e aos Estados-Membros.

O TJUE contribuiu, com o acórdão *Elite Taxi / Uber*, para alguma clarificação do regime jurídico aplicável a plataformas, ao definir um teste que será seguramente aplicado, no futuro, a outras formas de economia colaborativa.

Não obstante, a Comissão Europeia tem seguido uma estratégia neutral (*wait and see*) relativamente às plataformas colaborativas que não

queixa proposta pela *Uber* contra taxistas V. <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-arquiva-investigacao-no-mercado-de-aplicativo-de-transporte-individual-de-passageiros>.

58 Sobre o efeito disruptivo das plataformas colaborativas sobre o direito da concorrência v. RICCARDO FALCONI, *Uber: Has digital economy disrupted competition law?*, September 2018, Revista Concurrências n.º 3-2018, art. n.º 87312.

59 Assinalando que os problemas centrais que se colocam a propósito da *Uber* e da *Airbnb* situam-se na falta de regulação; ausência de enquadramento fiscal e desregulação que colocam em termos laborais, v. DANIELA SELLONI, *Codesign for public-interest services*, Springer, 2017, pp. 21-26.

60 Por outras palavras, a intervenção do Direito da Concorrência surge em consequência da actuação das empresas nos mercados. Como notam MARGHERITA COLANGELO / MARIATERESA MAGGIOLINO, *Uber and the challenges for antitrust – law and regulation*, p. 187, “(...) *anti-trust enforcers have limited powers. They can only forbid anticompetitive agreements, mergers and monopolistic practices. They cannot prescribe obligations and commitments to impose, for example, Uber to comply with taxi regulations.*”

61 A este propósito v. BEN HOLLES DE PEYER, *EU merger control and big data*, in Journal of Competition Law & Economics, 13(4), pp. 767 – 790.

Em Singapura, a *Uber* foi condenada em Setembro de 2018 a uma multa de 13 milhões de dólares porque, em consequência da aquisição da filial em Singapura desta pela *Grab* (uma empresa local concorrente da *Uber*), esta última tinha passado a deter uma quota de mercado de 80%. Não obstante, a aquisição não foi revertida tendo sido fixadas condições por parte do autoridade da concorrência local (Competition and Consumer Commission of Singapore). Cfr. <https://www.tnp.sg/news/singapore/grab-Uber-fined-13-million-breaking-competition-laws>.

permitiu clarificar o modelo de regulação pretendido.⁶²

O debate em torno da regulação de plataformas colaborativas – como a *Uber* ou a *Airbnb* – mantém-se, assim, em aberto.⁶³

Perante a falta de resposta da União Europeia, têm sido alguns dos Estados-Membros a cumprir a tarefa de regulamentarem algumas das plataformas colaborativas como sucedeu em Portugal relativamente à *Uber*⁶⁴ e, eventualmente, à *Airbnb*.⁶⁵

62 Muitos autores assinalam a falta de definição no tocante a um modelo de regulação (a) *ex-ante* ou *ex-post*; (b) *bottom-up*; *top-down* ou *colaborativo*; (c) *local*; *nacional* ou *supranacional* ou (d) *transversal* ou *sectorial*. Assim, cfr. por todos, VASSILIS HATZOPOULOS, *The collaborative ...*, pp. 217-220.

63 Alguns Estados-membros optaram por banir parte dos serviços prestados pela *Uber*. A plataforma *Uberpop* foi banida em Estados-membros como a França; Itália e a Alemanha. A *Uber-black* foi banida na Itália mas readmitida em maio de 2017 na sequência de uma decisão do Tribunal de Roma. Relatando diversos casos judiciais ocorridos na Europa, v. ALESSIO DI AMATO, *Uber and the Sharing Economy*, in The Italian Law Journal, vol. 02, number 01, pp. 177-183 e MARGHERITA COLANGELO / MARIATERESA MAGGIOLINO, *Uber and the challenges for antitrust – law and regulation*, p. 179.

Cfr. as conclusões do Advogado-Geral MACIEJ SZPUNAR, apresentadas em 11 de maio de 2017 no processo C-434/15 *Elite Taxi / Uber*, ECLI:EU:C:2017:364, nota 12 onde se enumeram algumas decisões de tribunais dos Estados-membros relativas ao modo de funcionamento da *Uber* tais como o “acórdão do London Employment Tribunal de 28 de outubro de 2016, *Aslam, Farrar and Others v. Uber* (case 2202551/2015); decisão da Audiencia Provincial de Madrid n.º 15/2017, de 23 de janeiro de 2017, no processo que opõe a *Uber* à Asociación Madrileña del Taxi, e despacho do Tribunale Ordinario di Milano, de 2 de julho de 2015 (processos 35445/2015 e 36491/2015).”

64 A Autoridade da Concorrência (AdC) apresentou, em dezembro de 2016, um *Relatório sobre Concorrência e Regulação no Transporte de Passageiros em Veículos Ligeiros*, disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Relat%C3%B3rio%20sobre%20Concorr%C3%Aancia%20e%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20no%20Transporte%20de%20Passageiros%20em%20Ve%C3%ADculos%20Ligeiros.pdf, no qual analisa diversos aspectos regulatórios dos táxis.

Neste relatório a AdC critica o modelo que vigorou em Portugal relativamente à prestação de serviços de táxi por considerar que as “(...) *imposições regulatórias ao nível das tarifas eliminam o preço enquanto variável de concorrência e limitam os incentivos dos operadores para concorrer no binómio qualidade/preço* (...) o que podia “(...) *implicar perdas de bem-estar*” (cfr. p. 1) razão pela qual a AdC entendia que a legislação então em vigor e que estabelecia disposições relativas a (i) Regulação ao nível da entrada no mercado; (ii) Regulação de preço dos serviços e (iii) Regulação de qualidade/segurança e outros aspetos do exercício da atividade devia ser alterada. Mais tarde, foi aprovada em 2018, em Portugal, a chamada “*Lei Uber*” – Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto – que regula o transporte em veículo descaracterizado a partir de plataforma eletrónica (TVDE). Note-se porém que, de harmonia com o artigo 1.º, n.º 2 esta lei não se aplica a: (A) Plataformas eletrónicas que sejam somente agregadoras de serviços e que não definam os termos e condições de um modelo de negócio próprio. (B) Atividades de partilha de veículos sem fim lucrativo (*carpooling*) e o aluguer de veículo sem condutor de curta duração com características de partilha (*carsharing*), organizadas ou não mediante plataformas eletrónicas. Por outras palavras, a lei só se aplica às plataformas colaborativas que passem o teste *Uber* estando as restantes – incluindo as que não passem o teste ou que actuem no contexto da economia de partilha (P2P) – fora do âmbito de aplicação daquela lei.

65 Alguns municípios em Portugal têm equacionado a aplicação de limites à oferta de alojamento local condicionando, dessa forma, a actividade prosseguida por plataformas colaborativas como a *Airbnb* na oferta de alojamento local.

Estas formas de regulação emergem a nível nacional⁶⁶, em detrimento de uma abordagem europeia que conduziria, porventura, a uma maior harmonização a nível europeu e à afirmação de um *level playing field*, embora pudesse produzir junto das populações incompreensões face à divergência de opiniões que subsiste em muitos Estados-Membros.

Por tudo isto, é de esperar que a estratégia seguida pela Comissão Europeia prossiga, privilegiando a emissão de instrumentos de *soft law* e a capacidade transversal do Direito Europeu vigente na resposta a dar a alguns dos desafios jurídicos suscitados pelas plataformas colaborativas.

Certo é que a chegada das plataformas colaborativas, independentemente da evolução futura que venham a ter, levou à modificação de comportamentos em sectores frequentemente pouco dinâmicos ou inovadores – atendendo ao facto de muitos serem incumbentes – provocando o que alguns designam como um choque eléctrico em muitas indústrias que levou ao aumento da qualidade e eficiência de serviços anteriormente prestados sem concorrência ampliando, dessa forma, o bem-estar dos consumidores.⁶⁷ A qualificação jurídica destas é, por tudo isto, essencial para determinar o quadro regulatório aplicável à economia colaborativa.

BIBLIOGRAFIA

AGHION, Philippe / BECHTOLD, Stefan / CASSAR, Lea / HERZ, Holger, *The Causal Effects of Competition on Innovation: Experimental Evidence*, in *The Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 34, n.º 2, 2018, pp. 162-195

AMATO, Alessio Di, *Uber and the Sharing Economy*, in *The Italian Law Journal*, vol. 02, number 01, pp. 177-190

⁶⁶ Como bem observa a Autoridade da Concorrência no Relatório sobre Concorrência e Regulação no Transporte de Passageiros em Veículos Ligeiros, p. 46, o enquadramento regulatório deve respeitar os três pilares da regulação eficiente: i) necessidade, ii) proporcionalidade e iii) não discriminação.

A International Transport Forum, no documento de 2016 designado “*App-based ride and taxi services: Principles for regulation*” (disponível em <https://www.itf-oecd.org/sites/default/files/docs/app-ride-taxi-regulation.pdf>, p. 30) propõe dez princípios para a regulação que deve (i) limitar-se a corrigir falhas de mercado; (ii) assentar nas ferramentas mais eficientes; (iii) ser tecnologicamente neutra e não-discriminatória entre operadores; (iv) permitir a avaliação regular do impacto; (v) assegurar a partilha de responsabilidades regulatórias; (vi) ser clara e facilmente compreensível; (vii) ser adaptável; (viii) ser objectiva; (ix) basear-se em princípios económicos fundamentais e (x) ser inclusiva relativamente a todos os grupos sociais.

⁶⁷ Assim, cfr. DAMIEN GERADIN, *Uber and the Rule of Law: Should Spontaneous Liberalization Be Applauded or Criticized?* (November 20, 2015). Competition Policy International (2015); George Mason Law & Economics Research Paper n.º 15-53, disponível em <https://ssrn.com/abstract=2693683> e MARGHERITA COLANGELO / MARIATERESA MAGGIOLINO, *Uber and the challenges for antitrust – law and regulation*, p. 188: “(...) the best way to fight illegal business models is to develop legal business models that are equally good and efficient. After all, this is what the experience about copyright piracy teaches us.”

AKAMAN, Pinar, *A competition law assessment of platform most-favored customer clauses*, in *Journal of Competition Law and Economics*, n.º 12 (4), 2016, pp. 781-833

AUER, Dirk / PETIT, Nicolas, *Two-Sided Markets and the Challenge of Turning Economic Theory into Antitrust Policy* (January 20, 2015), disponível em <https://ssrn.com/abstract=2552337>

BANICEVIC, Anita / KOHLMEIER, Gabrielle Z.A. / PECHERSKY, Dajena / HOWLETT, Ashley, *ALGORITHMS: challenges and opportunities for antitrust compliance*, Special Report, in American Bar Association-SAL Compliance And Ethics Committee Spotlight – Antitrust Law, fall 2018

BUSCH, Christoph *The sharing economy at the CJEU: does Airbnb pass the “Uber test”?*, in *EuCML*, issue 4/2018

CARLTON, Dennis W. / WINTER, Ralph A. *Vertical Most-Favored-Nation Restraints and Credit Card No-Surcharge Rules*, in *The Journal of Law and Economics* 61, n.º 2 (May 2018), pp. 215-251

COLANGELO, Margherita / MAGGIOLINO, Mariateresa, *Uber and the challenges for antitrust – law and regulation*, disponível em <http://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2018/02/Colangelo.pdf>

COLANGELO, Margherita / MAGGIOLINO, Mariateresa, *Uber in Europe: are there still judges in Luxembourg?* in AAVV., *Diving into online platforms*, Competition Policy International, 2018, pp. 32-37, disponível em https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/05/AC_May.pdf

COLANGELO, Margherita, *Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 8 (1), pp. 3-14

CULLEN, Zoe / FARRONATO, Chiara, *Outsourcing Tasks Online: Matching Supply and Demand on Peer-to-Peer Internet Platforms*, working paper disponível em <https://pdfs.semanticscholar.org/b50f/b4df2c1463973c6e3b738b90db7b5f8cccf.pdf>

DENG, Ai, *What Do We Know About Algorithmic Tacit Collusion?*, in *Antitrust Magazine*, n.º 33, 1, 2018, pp. 88-95

ECKHARDT, Giana M. / BARDHI, Fleura, *The Sharing Economy Isn't About Sharing at All*, *Harvard Business Review*, 2015, disponível em <https://hbr.org/2015/01/the-sharing-economy-isnt-about-sharing-at-all>

EINAV, Liran / FARRONATO, Chiara / LEVIN, Jonathan, *Peer-to-Peer Markets*, in *Annual Review of Economics*, vol. 8, issue 1, 2016, pp. 615-635, disponível em <https://web.stanford.edu/~leinav/pubs/AR2016.pdf>

EVANS David S. / SCHMALENSEE, Richard *The antitrust analysis of multi-sided platform businesses*, Working Paper 18783, 2012, disponível em <http://www.nber.org/papers/w18783>

EZRACHI, Ariel, *The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce*, in *European Competition Journal*, volume 11, issue 2-3, (2015), pp. 488-519

EZRACHI, Ariel A. / STUCKE, Maurice E. *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*, CCLP Working Paper 40, Oxford, 2015

FALCONI, Riccardo, *Uber: Has digital economy disrupted competition law?*, September 2018, *Revista Concurrences* n.º 3-2018, art. n.º 87312

FARIA, Tânia Luísa, *Direito da Concorrência e big data: ponto da situação e perspectivas*, in Revista Concorrência e Regulação, ano VIII, n.º 29 – Jan/2017 a Mar/2017, pp. 107-137

GARCÉS, Eliana, *Data collection in online platform businesses: a perspective for antitrust assessment*, in AAVV., *Diving into online platforms*, Competition Policy International, 2018, pp. 17-25, disponível em https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/05/AC_May.pdf

GERADIN, Damien, *Online Intermediation Platforms and Free Trade Principles – Some Reflections on the Uber Preliminary Ruling Case* (April 5, 2016), disponível em <https://ssrn.com/abstract=2759379>

GERADIN, Damien, *Uber and the Rule of Law: Should Spontaneous Liberalization Be Applauded or Criticized?* (November 20, 2015). Competition Policy International (2015); George Mason Law & Economics Research Paper n.º 15-53, disponível em <https://ssrn.com/abstract=2693683>

GHUMAN, Parveer S, *Analysis of Competition Cases Against Uber Across the Globe, working paper*, CUTS International, março de 2017, p. 6, disponível em http://www.cuts-ccier.org/pdf/Analysis_of_Competition_Cases_Against_Uber_Across_the_Globe.pdf

HATZOPOULOS, Vassilis, *The collaborative Economy and EU Law*, Bloomsbury, Hart Publishing, 2018

KAPLAN, Roberta A. *Regulation and the Sharing Economy*, in NYLJ, volume 252 – issue 12

KOOPMAN Christopher *et alli*, *The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change* (May 15, 2015), in The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law, Vol. 8 Iss 2, 2015, disponível em <https://ssrn.com/abstract=2535345>

PASSARO, Nick, *Uber has an antitrust litigation problem, not an antitrust problema* in AAVV., *Diving into online platforms*, Competition Policy International, 2018, pp. 38-32, disponível em https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/05/AC_May.pdf

PEYER, Ben Holles De, *EU merger control and big data*, in Journal of Competition Law & Economics, 13(4), pp. 767 – 790

RITTER, Cyril, *Antitrust in two-sided markets: looking at the U.S. Supreme Court's Amex case from an EU perspective*, in Journal of European Competition Law in Practice, 2018, disponível em <https://academic.oup.com/jeclap/advance-article/doi/10.1093/jeclap/lpy077/5281284>

RODRIGUES, Nuno Cunha, *Os novos muros da Europa*, Análise Europeia, Revista da Associação Portuguesa de Estudos Europeus, Faculdade de Letras, maio de 2017, volume II, n.º 3, pp. 198-207 (disponível em http://www.apeeuropeus.com/uploads/6/6/3/7/66379879/an%C3%A1lise_europeia_2_3_2017.pdf)

RODRIGUES, Nuno Cunha, *A regulação da Saúde*, in AAVV., *Regulação em Portugal, novos tempos, novo modelo?*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 613-651

RODRIGUES, Nuno Cunha, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Almedina, Coimbra, 2013

SELLONI, Daniela, *Codesign for public-interest services*, Springer, 2017

SMITH, Evan, *The Techlash Against Amazon, Facebook, and Google—and What They Can Do*, in The Economist (20 de janeiro de 2018), disponível em <https://www.economist.com/briefing/2018/01/20/the-techlash-against-amazon-facebookand-google-and-what-they-can-do>

STUCKE, Maurice E. *Should we be concerned about data-opolies?*, in Georgetown Law Technology Review, University of Tennessee Legal Studies Research Paper n.º 349, 2018, pp. 275-324 disponível em <https://ssrn.com/abstract=3144045>

TIROLE, Jean / ROCHET, Jean-Charles *Platform competition in two-sided markets*, in Journal of the European Economic Association, June 2003, 1(4), pp. 990 – 1029, disponível em <https://www.rchss.sinica.edu.tw/cibs/pdf/RochetTirole3.pdf>

VERGÉ, Thibaud, *Are price parity clauses necessarily anticompetitive?*, disponível em <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/01/CPI-Verge.pdf>

RENOI IN EUROPEAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW: THE CASE OF THE SUCCESSION REGULATION

Luigi Fumagalli¹

1. Every time a foreign law is designated to govern a defined legal relationship, a question inevitably arises: is the foreign law to be applied only in its substantive part, or is the foreign system of private international law also relevant to identify the law governing that relationship? The answer given to that question is determined by the acceptance, or refusal, of the *renvoi* mechanism.² Such a question arises also with respect to the conflict-of-law rules contained in the Succession Regulation. The response is in Article 34,³ which addresses the complex issue of *renvoi* by setting particular rules.

It is well known that if the foreign law is to be applied only in its substantive part (as a result of a reference described, in the German terminology, as *Sachnormverweisung*, a scenario corresponding to the refusal of *renvoi*) no further issue arises. The court (of State A) hearing the case has to apply the substantive foreign law (of State B) to decide the dispute before it on its merits. In the second case, when *renvoi* is admitted as a result of a

¹ Full Professor (Professore Ordinario) of International Law at Law Faculty of the State University of Milan. This paper reproduces a presentation made by the Author at a Congress on EU Cross-Border Succession Law held in Milano on 4 March 2016 as a part of a project co-funded by the Civil Justice Programme of the European Union.

² The issue of *renvoi*, a classical problem of the conflict of laws, is examined in all textbooks of private international law, and has been made the subject of important doctrinal contributions. It is therefore not possible (and probably also improper) to summarize here the different theories which have been advanced, in more or less recent times, to explain the advantages and/or disadvantages of *renvoi*, or give the theoretical foundations for its admission or exclusion. Only for further references, see the recent important works of Gian Paolo Romano, *Le dilemme du renvoi en droit international privé: La thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse* (Schultess 2015) 17; and of Angelo Davi, 'Le renvoi en droit international privé contemporain' (2012) 352 RCAD 9.

³ Article 34 (*Renvoi*): "1. The application of the law of any third State specified by this Regulation shall mean the application of the rules of law in force in that State, including its rules of private international law in so far as those rules make a *renvoi*: (a) to the law of a Member State; or (b) to the law of another third State which would apply its own law. 2. No *renvoi* shall apply with respect to the laws referred to in Article 21(2), Article 22, Article 27, point (b) of Article 28 and Article 30."

“global reference” (*Gesamtverweisung*) to foreign law, including its private international law, the court (of State A) can be confronted with several different scenarios, arising when the foreign rules of private international law (of State B) do not confirm the application of the substantive law of the State to which they belong (State B). For instance, the rules of private international law (of State B) could designate the law of another State that, from the point of view of the State first referred to (State B), has to be applied to the disputed matter. This can be the law of a third State (State C); in this case, there is a “transmission” (*Weiterverweisung*, *renvoi au second degré*, *rinvio oltre*) to the third State (State C) for the identification of the substantive rules to govern the matter. Or it can be the law of the *forum* State (State A); in this case, there is a “remission” (*Rückverweisung*, *renvoi au premier degré*, *rinvio indietro*) to the *lex fori*, which will apply to the substance of the dispute.

The answer to the question whether any room is to be left to the foreign conflict-of-laws rules, and therefore to *renvoi* is normative in nature. And the form in which, or subject to which conditions, if any, *renvoi* can be admitted, is also normative. In other words, it follows the choice of the *forum* legislator (or of the courts’ case law), as to the way domestic law is to be coordinated with (and leaves room for the application of) a foreign law – a choice which is based on justifications offered by legal doctrine. This is why the attitude towards *renvoi* varies considerably from country to country, and, within the same country, from time to time.⁴ In addition, different forms of *renvoi* have been identified, in order to better satisfy the aims pursued in any given system. For instance, a “single” or “partial” *renvoi* is proposed in alternative to a “double” or “total” *renvoi*, or to *renvoi* as applied in the framework of the “foreign court theory”, depending on the possibility to follow the solutions proposed by the foreign

4 The point is underlined by Michael Bogdan, *Private International Law as a Component of the Law of the Forum. General Course* (Hague Academy of International Law 2012) 204. The evolution of the attitude of internal systems towards *renvoi* is well explained by the changes over the time in Italian private international law. While the original codification of 1865 (promoted by Pasquale Stanislao Mancini) did not contain any rule on the point (but the negative solution was asserted by authors on the basis of the general principles underlying the system, see Roberto Ago, *Teoria del diritto internazionale privato* (Cedam 1934) 239), Article 30 of the introductory provisions of the Civil Code of 1942 expressly excluded any possible relevance of the private international law rules set by the foreign governing law (Tito Ballarino, ‘Rinvio (diritto internazionale privato)’ (1989) 40 *Enciclopedia del diritto* 1005). Now, Article 13 of Law No 218 of 31 May 1995 makes provisions allowing the application, in specific cases, of the foreign conflict of law rules: on Article 13 of Law No. 218 cf Francesco Munari, ‘Art. 13’ in Stefania Bariatti (ed), ‘Legge 31 maggio 1995 n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario’ (1996) NLCC 1018; Paolo Picone, ‘Il rinvio nel diritto internazionale privato italiano’ in Paolo Picone, *Scritti di diritto internazionale privato* (Napoli 2003) 657.

private international rules to the exclusion of, or including, the foreign acceptance of *renvoi*.⁵

In essence, and in extremely general terms, the admission of *renvoi* is said to promote the coordination among systems, to contribute to an increased uniformity of decisions in different countries, and (in its “remission” form) to favour the application of the *lex fori*, irrespective in that case of any possible coordination. For instance, it is described to be absurd to apply a foreign law (of State B), on the basis of the *forum* (State A) private international law rules, in a situation in which the judge of that foreign State (State B) would not apply its law to govern the same disputed matter. On the other hand, voices against *renvoi* explain that it is not suited to apply when methods of coordination with a foreign system other than the “localization” process are adopted. This underlines the practical problems connected with applying foreign conflict-of-law rules (the risk of reciprocal references, or of a sequence of never ending transmissions, the need to take into account foreign law to apply the foreign conflict-of-law provisions, relevance of the foreign *ordre public*, etc.), and demonstrates that coordination between systems can hardly be achieved, anyway.⁶

2. The same problem faced by the domestic lawmakers was also before the European institutions, when the uniform instruments of private international law were adopted. In those situations, the choice made at the European level⁷ was to follow the solution identified by the Member States of the Eu-

5 For this distinction see Davi (n 1) 170. The “foreign court theory” is described by Cheshire, North and Fawcett, *Private International Law* (14th edn, OUP 2008) 61 as follows: “the foreign court theory (...) demands that an English judge, who is referred by his own law to the legal system of a foreign country, must apply whatever law a court in that foreign country would apply if it were seised of the matter. (...) Whatever he would do determines the decision of the English judge”. On such theory and the English decisions which recognized it, cf Edoardo Vitta, *Diritto internazionale privato. I Parte generale* (UTET 1972) 338.

6 For instance, the case is made of the foreign conflict-of-law rules containing a provision accepting the “remission” which is contemplated also in the *forum*. If the foreign system to which they belong is applicable and those rules initially point back to the *forum* State, the *forum* court would apply its domestic law, while the foreign court would apply the foreign law. In that situation, the *renvoi au premier degré* means that the *forum* State would apply its law notwithstanding the fact that its conflict-of-law rules initially designated a law which would be applied by the foreign judge; see the critical approach to *renvoi* of Franco Mosconi and Cristina Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale. I Parte generale e obbligazioni* (7th edn, UTET 2015) 245. This is why a different, global approach to *renvoi* is preferred: Angelo Davi, ‘Ancora sulle finalità (e sui due diversi modelli) del rinvio nel diritto internazionale privato contemporaneo’ 2014 RDI 1032, 1074. In the mentioned case, in fact, the application in the *forum* of the foreign conflict-of-laws system, including its provision on *renvoi*, would lead to the application of the foreign law, by reaching the purpose of uniformity of decisions, respecting the “logics” of the system.

7 In general terms on *renvoi* in the European private international law instruments cf Kurt Siehr, ‘Connecting Factors, Party Autonomy and Renvoi’ in Alberto Malatesta, Stefania Bariatti and Fausto

European Community, as it was called at that time, when they negotiated the Convention on the law applicable to contractual obligations, signed in Rome on 19 June 1980 (the “Rome Convention”). Article 15 of the Rome Convention contained an express “exclusion of *renvoi*” stating, “the application of the law of any country specified by this Convention means the application of the rules of law in force in that country other than its rules of private international law”.⁸ Consequently, *renvoi* was excluded as a rule in Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (the Rome I Regulation) at Article 20;⁹ in Regulation (EC) No. 864/2007 of the European Parliament and the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (the Rome II Regulation) at Article 24;¹⁰ in Council Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation (the Rome III Regulation) at Article 11;¹¹ and in Council Regulation (EC) No. 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, through reference, at Article 15, to the Hague Protocol of 23 November 2007 on the law applicable to maintenance obligations, which, in Article 12, excludes *renvoi*.¹² In other words, the choice to exclude *renvoi* was made to follow

Pocar (eds) *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters* (Cedam 2008) 251, 262; Hans J. Sonnenberger, ‘Grenzen der Verweisung durch europäisches internationales Privatrecht’ (2011) IPRax 325. The advisability of the adoption of specific techniques (such as *renvoi*) in the European instruments of private international law in order to overcome the difficulties in the coordination with the laws of third States was properly underlined by Paolo Picone, ‘Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti’ in Paolo Picone (ed) *Diritto internazionale privato e diritto comunitario* (CEDAM 2004) 485, 516. The issue of *renvoi* is discussed also in the framework of the debate as to the possibility to identify a “general part” of the European private international law: Reiner Hausmann, ‘Le questioni generali nel diritto internazionale privato europeo’ (2015) RDIPP 499, 516; Jan von Hein, ‘Der Renvoi im europäischen Kollisionsrecht’ in Stefan Leible and Hannes Unberath (eds) *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?: Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR* (Sellier 2013) 341; Giesela Rühl and Jan von Hein, ‘Towards a European Code on Private International Law?’ (2015) 79 *RabelsZ* 701.

⁸ Ugo Villani, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti* (2 edn, Cacucci 2000) 225; Antoine Kassiss, *Le nouveau droit international privé des contrats internationaux* (LGDJ 1993) 479.

⁹ Pietro Franzina, ‘Art. 20 (Esclusione del rinvio)’, in Francesco Salerno and Pietro Franzina (eds), ‘Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (« Roma I »)’ (2009) NLCC 903.

¹⁰ Fabrizio Marongiu Buonaiuti, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato* (Giuffrè 2013) 178; Andrew Dickinson, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations* (OUP 2008) 137; Pietro Franzina, ‘Il regolamento n. 864/2007/CE sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (« Roma II »)’ (2008) NLCC 977.

¹¹ Antonio Leandro, ‘Art. 11 (Esclusione del rinvio)’, in Pietro Franzina (ed), ‘Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale’ (2011) NLCC 1509.

¹² Andrea Bonomi, ‘The Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations’ (2008) YPIL 333.

the solution adopted by the Member States when they entered into the international convention that formed the basis of the European harmonization of private international law. Such a choice, in addition, corresponded to the trend shown by international conventions regarding conflict of laws. These conventions tried, as far as possible, to localize the legal situation and to determine the country with which it is most closely connected. Therefore, it was perceived that the law specified by the conflict rules agreed to internationally should not be allowed to question this determination of place.¹³

The Succession Regulation follows a different pattern: a provision has been inserted, when its text was finally adopted,¹⁴ allowing the relevance, in specific cases and subject to some conditions, of the conflict-of-law rules of the law governing the succession. Even though it departs from the European traditional approach to *renvoi*, the solution retained by the Succession Regulation has a precedent in the Hague Convention on the law applicable to succession to the estates of deceased persons of 1 August 1989 (Hague Succession Convention).¹⁵ Thus, the solution offered by the Succession Regulation

¹³ In this sense, Mario Giuliano and Paul Lagarde, ‘Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations’ [1980] OJ C282/37. Cf also Eugen D. Graue, ‘Rück- und Weiterverweisung (renvoi) in den Haager Abkommen: Grandeur et déclin du renvoi dans les Conventions de La Haye’ (1993) *RabelsZ* 26; Alfred E. von Overbeck, ‘Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours général de droit international privé’ (1982) 176 *RCADI* 9, 127.

¹⁴ The ‘Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession’ COM (2009) 154 final, adopted by the Commission, in fact, contained an exclusion of *renvoi* at its Article 26: cf Andrea Bonomi, ‘Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni’ (2010) RDIPP 875; Anatol Dutta, ‘Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation’ (2009) *RabelsZ* 547; Jonathan Harris, ‘The Proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges’ (2008) *Trust L. Int.* 181; Georges Khairallah, ‘La loi applicable à la succession’ in Georges Khairallah and Mariel Revillard (eds), *Perspectives du droit des successions européennes et internationales: étude de la proposition de règlement du 14 octobre 2010* (LGDJ 2010) 70; Silvia Marino, ‘La proposta di regolamento sulla cooperazione giudiziaria in materia di successioni’ (2010) RDI 463; Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, ‘Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession’ (2010) *RabelsZ* 522, 656; Cyril Nourissat, ‘Le futur droit des successions internationales de l’Union européenne. A propos de la proposition de règlement du 14 octobre 2009’ (2010) *Defrénois* 394; Klaus Schurig, ‘Das internationale Erbrecht wird europäisch – Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung’ in *Festschrift für Ulrich Spellenberg* (Sellier 2010). Cf also the answers that a working group established by the Italian Consiglio Nazionale del Notariato (National Council of Notaries) gave to the questionnaire contained in the Commission’s Green Paper of 1 March 2005, COM(2005) 65 final: *Reponses au questionnaire en matière de successions et testaments* (Giuffrè 2006) 26, advocating the admission of *renvoi* in the upcoming European legislation.

¹⁵ François Boulanger, ‘Codifications nationales et convention de La Haye du 1er août 1989: l’improbable unification du droit international des successions’ in *Le droit international privé: esprit et méthodes: Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde* (Daloz 2005) 155; David Hayton, ‘The Significance of the Hague Conventions on Trusts and on Succession: A Common Law Perspecti-

largely translates into the European system a rule which was discussed and approved at the international level, even though in a different institutional context. In fact, under Article 4 of the Hague Succession Convention, “if the law applicable according to Article 3 is that of a non Contracting State, and if the choice of law rules of that State designate, with respect to the whole or part of the succession, the law of another non-Contracting State which would apply its own law, the law of the latter State applies”. This solution, limiting *renvoi* to the case of an “accepted transmission” from one non-Contracting State to another non-Contracting State, is now part of the Succession Regulation, with some adjustments: additionally, in fact, the Succession Regulation allows *renvoi* by the non-Member State to the law of a Member State, be that the *forum* State (“remission” *stricto sensu*) or to the law of another Member State (*renvoi au second degré*, corresponding to a sort of “remission” *sui generis*).¹⁶

3. Article 34 of the Succession Regulation¹⁷ provides (at paragraph 1) for two distinct situations in which the law of a third State, designated by the conflict-of-law rules set by the Regulation, means the law in force

ve’ in *E Pluribus Unum. Liber Amicorum Georges A.L. Droz* (Nijhoff 1996) 121; Picone, ‘La legge applicabile alle successioni’, in *La riforma del diritto internazionale privato e i suoi riflessi sull’attività notarile. Atti del convegno di studi in onore di Mario Marano* (Giuffrè 1991) 72; Jeffrey Schoenblum, ‘Choice of Law and Succession to Wealth: A Critical Analysis of the Ramifications of the Hague Convention on Succession to Decedents’ Estates’ (1991) 32 *Virginia J Int L* 83, 134; Eugene F. Scoles, ‘The Hague Convention on Succession’ (1994) *AJCL* 85; Alfred E. von Overbeck, ‘La Convention du 1er août 1989 sur la loi applicable aux successions pour cause de mort’ (1989) *Annuaire suisse de droit international* 138. Cf in addition Andrea Bonomi, ‘Conférence de La Haye et Union européenne – Synergies dans le domaine du droit des successions’ in *A Commitment to Private International Law: Essays in honour of Han van Loon* (Intersentia 2013) 69.

16 Such solution, indeed, is also made possible by the fact that in succession matters *renvoi* is rather commonly applied in the domestic systems of the Member States: cf Bonomi, ‘Successions internationales: conflits de lois et de juridictions’ (2011) 350 *RCADI* 138.

17 On such a provision, cf Andrea Bonomi and Patrick Wautelet, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n. 650/2012* (Bruylant 2013) 509; Andrea Bonomi, ‘Il regolamento europeo sulle successioni’ (2013) *RDIPP* 293; Angelo Davi and Alessandra Zanobetti, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni* (Giappichelli 2104) 130; Javier Carrascosa Gonzales, *El reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio 2012: análisis crítico* (Comares 2014) 275; Domenico Damascelli, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte* (Giuffrè 2013) 74; Pietro Franzina and Antonio Leandro, ‘Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni per causa di morte in Europa’ (2013) *NLCC* 275, 324; Georges Khairallah, ‘La détermination de la loi applicable à la succession’ in Georges Khairallah and Marie Revillard (eds.), *Droit européen des successions internationales: le règlement du 4 juillet 2012* (LGDJ 2013) 59; Paul Lagarde, ‘Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions’ (2012) *Revue critique* 693, 704; Paul Lagarde, in Bergquist and others (eds.), *Commentaire du règlement européen sur les successions* (Dalloz 2015) 149; Rui M. Moura Ramos, ‘Le nouveau droit international privé des successions de l’Union européenne. Premières Réflexions’ in Bernardo Cortese (ed) *Studi in onore di Laura Picchio Forlati* (Giappichelli 2014) 205, 224; Dennis Solomon, ‘Die Renaissance des Renvoi im Europäischen Internationalen Privatrecht’ in Ralf Michaels and Dennis Solomon (eds), *Liber amicorum Klaus Schurig zum 70. Geburtstag* (Sellier 2012) 237; Felix M. Wilke, ‘Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung’ (2012) *RIW* 601.

in that State, including its rules of private international law, and subjects them to some exceptions.

The first situation is when those rules make *renvoi* in favour of the law of a Member State. The second is the situation in which the rules of private international law of the third State provide for *renvoi* in favour of the law of another third State, which would apply its own law. If those conditions are not satisfied, the law first designated by the Regulation applies only in its substantive part: the *Gesamtverweisung* produces in the circumstances the same effects as a *Sachnormverweisung*.

Paragraph 2 of Article 34, then, specifies some exceptions, which exclude that *renvoi* takes place, even if the conditions mentioned at paragraph 1 are met. This happens with respect to the laws referred to in multiple Articles: in Article 21(2) (allowing for the exceptional application of the law most closely connected to the deceased, *in lieu* of the law of the last habitual residence); in Article 22 (on the choice of law to govern the succession); in Article 27 (containing a provision on the law applicable to formal validity of dispositions of property upon death made in writing); in Article 28 point (b) (designating a law to govern the formal validity of declarations of acceptance or of waiver of the succession); and in Article 30 (giving relevance to special rules imposing restrictions concerning or affecting the succession in respect of certain assets). With respect to all these provisions, the law designated by them applies only in its substantive part, with no relevance given to its conflict-of-law rules.

The fact that an issue of *renvoi* is contemplated only when the law of a third State is designated by the conflict-of-law rules contained in the Succession Regulation is not, *per se*, a restriction. It follows the unification of private international law in succession matters achieved through the Regulation and the principle of their universal application. In fact, any law specified by the Regulation is applied whether or not it is the law of a Member State (Article 20). Therefore, the Regulation’s conflict-of-laws provisions can point to the law of a Member State or of a non-Member State without distinctions. However, when the law designated is that of a Member State, *renvoi* cannot take place because, in principle, that Member State applies the same conflict-of-law rules (contained in the Regulation) applicable in the former State – and therefore its substantive law, as made applicable by the Regulation. A conflict of systems can occur only if the reference is to a State which does not share the same rules. As a result, those Member States of the European

Union in which the Succession Regulation does not apply (the United Kingdom, Ireland, and Denmark) shall be treated, for the purposes of Article 34, as “third States”. For instance, Danish conflict-of-law rules would be applied to verify whether they refer to a Member State or to a third State accepting the *renvoi*. A “transmission” by the private international law of a third State to English law leads to the application of English law in the *forum*, only if English law accepts the *renvoi*.

A different and indirect limit, however, can be identified for the operation of the *renvoi* provision set in the Regulation, a limit which follows the peculiarities of the rules of private international law that it contains. Those rules are, in fact, combined with provisions on jurisdiction and are devised so as to ensure that the authority dealing with the succession applies, in most situations, its own law.¹⁸ Under the Regulation, indeed, the deceased’s last habitual residence is at the same time the main ground of jurisdiction (Article 4) and the primary connecting factor for the identification of the law which applies to the succession (Article 21(1) of the Regulation). In other words, disputes regarding a succession are, in principle, to be decided by the court of the deceased’s last habitual residence, applying its own law. In such situations, obviously, no issue of *renvoi* arises, since that question can be posed only when a court in a Member State (identified by the Regulation) has to apply, if the rules of the Regulation so provide, a law other than that of the *forum*, and more specifically the law of a third State.

This may happen, indeed, only in limited situations, and chiefly so when jurisdiction is not grounded on the habitual residence of the deceased at the time of the death (Article 4). Rather, jurisdiction may be grounded on the “subsidiary” factor of the existence of assets in the *forum*, if the conditions mentioned at Article 10 are met, on the basis of the deceased’s nationality at the time of death, or of his previous habitual residence, provided that, in the latter case, at the time the court is seised a period of not more than five years has elapsed since that habitual residence changed: in such circumstances, the court of the nationality at the time of death or of the former habitual residence of the deceased may be called to apply the law of a third State in which the deceased had his last habitual residence, according to Article 21 of the Regulation.¹⁹ In the same way, jurisdiction may be exercised on the basis

¹⁸ The point will be further underlined below, at § 6.

¹⁹ See also the rule set forth at Article 10.2: where no court in a Member State has jurisdiction pursuant to the other provisions of Article 10 (mentioned in the text), the courts of the Member State in which assets of the estate are located shall nevertheless have jurisdiction to rule on those

of a “sufficient connection” in the exceptional circumstances mentioned at Article 11 of the Regulation (*forum necessitatis*).²⁰

Conversely, the same can happen in those situations in which the court of the habitual residence (hearing a case under Article 4) is bound to apply a law other than its own. For instance, when the court must apply the law of a former, habitual residence, if it has to rule on the admissibility and substantive validity of dispositions of property upon death pursuant to Article 24(1) of the Succession Regulation, or if the court must decide the admissibility, substantive validity, and binding effects of agreements as to succession (Article 25(1) and (2) of the Regulation). In all those situations, the reference to the law of a third State may trigger, before the court of a Member State having jurisdiction under the Regulation, the application of the *renvoi* mechanism contemplated by Article 34.

4. As mentioned, Article 34(1) provides for *renvoi*, in an initial group of cases, when the conflict-of-law provisions of the law designated by the Regulation point to the law of a Member State.

This provision, indeed, covers two distinct situations. The first occurs when the law pointed to is the law of the *forum*. In this case, a proper *renvoi au premier degré* is contemplated. The second situation covers the reference to the law of another Member State. In this case, a *renvoi au second degré* is allowed, even though it can also be seen as a *sui generis* form of remission from the law of a third State (*i.e.*, from a State in which the Regulation does not apply) to the law of a Member State (*i.e.*, to a State in which the Regulation applies).

The acceptance of *renvoi* back to the law of the *forum* State follows a traditional pattern, which dates back to the famous *Forgo* case.²¹ Indeed, in every jurisdiction making provisions in favour of *renvoi*, this is admitted, at

assets. In such case, in other words, the presence of assets is a sufficient ground for jurisdiction, even though limited to those assets: consequently, there is a possibility of *renvoi* from the law of the habitual residence to another law, if the conditions set by Article 34 are satisfied.

²⁰ Another opportunity is offered by Article 13, conferring jurisdiction on the court of the Member State of habitual residence of the person who, under the law applicable to the succession, may make, before a court, a declaration concerning the acceptance or waiver of the succession, of a legacy, or of a reserved share, or a declaration designed to limit his liability in respect of the liabilities under the succession; such a court has jurisdiction to receive said declarations where, under the law of that Member State, they may be made before a court. In that case, however, those declarations would produce the effects they have under the (foreign) law governing the succession, identified, if the case, through the *renvoi* mechanism.

²¹ On this case cf the classical study of Hans Lewald, ‘La théorie du renvoi’ (1929) 29 RCADI 537.

least in its “remission” form.²² Several justifications can be offered in support of this solution, both in general terms and with reference to the peculiarities of the Succession Regulation. The main point is that it allows the achievement of one of the main purposes of the Regulation, which is the unification of *forum* and *ius*. In fact, as a result of the *renvoi au premier degree*, the court of competent jurisdiction will decide on the merits of the dispute by applying its domestic law: for instance, the court exercising jurisdiction on the basis of nationality (under Article 10) may be put in the position to apply the national law of the deceased on the basis of a “remission” from the law of the last habitual residence. This solution facilitates a smoother adjudication, as it broadens the possibility to decide on the basis of the law which is the easiest for the court to apply, and therefore adds a guaranty that the rule of law will be observed. In addition, it applies in a situation in which, at least initially (and without considering the relevance of a possible *renvoi*), the courts of the *forum* (State A) and the law of the third State first referred to (State B) did not want to apply their own law, since their private international law rules pointed to the law of the other. In this situation, it is submitted that, failing a possible coordination between the two States, there is no reason to “force” the application of the law of the third State (State B) in a case in which the court does not want to apply it. In the choice between two courts declining the applicability of their own law, the proper solution is the application of the law of the *forum* (State A). At the same time, this solution appears to cover the situations in which the third State (State B) follows the “foreign court theory”, and directs its judges to apply the law of the State designated by its private international law rules (of State A) in the same way as the court of that State would do, including applying the conflict-of-laws rules there in force and the *renvoi* principle therein admitted. This means that the foreign court (of State B), pointing to State A and its reference to State B, but taking into account also the acceptance of remission (back to State A) included in the private international law of that State, would apply the law of State A. In the same way, the acceptance of remission suits the situation in which the private international law of the third State (State B) points back to the law of the *forum* State (State A) only in its substantive provisions, without allowing *renvoi*. In that situation, both the law of the *forum* (as a result of remission) and the foreign law (on the basis of the *Sachnormverweisung* therein contemplated) would lead to the application of the law of the *forum*.

²² Davi (n 1) 137.

The acceptance of transmission to the law of another Member State (in which the Regulation applies) (State M) follows a different purpose. In fact, it is not based on a coordination reached between two foreign laws: the law of the Member State referred to (State M) does not need to “accept” *renvoi* in order to be applicable. Therefore, it would be applied in the *forum* State (State A), even if a court of that State (State M) would not apply it in the same case. Under such point of view, therefore, no distinction can be drawn between a remission to the *forum* State and a transmission to another Member State. The fact that the two States apply the same conflict-of-laws provisions (those set by the Regulation) is sufficient to justify the application of the law of the Member State referred to by the private international law provisions of the third State. Such a rule is linked to the perception of the European Union as a single territory composed of Member States in which the Regulation applies.²³ The rule appears to pursue the aim of broadening the possibility for the laws of the Member States to apply and to follow a sort of principle of “equivalence” between the laws of the Member States and their sharing of common values.²⁴

The second case in which *renvoi* is allowed by Article 34(1) of the Regulation is when the private international law rules of the third State point to the law of another third State which would apply its own law (*renvoi au second degree*, in its “accepted” form). In this situation, the original designation of the governing law made by the Succession Regulation yields to the coordination reached by two, non-Member States when each State would apply the law of the second, non-Member State. The international uniformity of decisions is therefore better served by the admission of *renvoi*.

A question which is open for debate in that situation is whether a sequence of transmissions is to be allowed up to a point in which coordination is achieved between two non-Member States. In such a scenario, the Regulation (as applied in the *forum*) would designate a first, non-Member State, which would then refer to a second, non-Member State, that would in turn point to a third, non-Member State, and so on until the moment when two, consecutive, non-Member States in the chain agree on the law

²³ Cf Stefania Bariatti and Étienne Pataut, ‘Codification et théorie générale du droit international privé’ in Marc Fallon and others (eds), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé* (Peter Lang 2011) 337, 359.

²⁴ In that regard, for instance, Bonomi and Wautelet (n 15) 516 underline that the application of a law of another Member State limits the possibility of being faced with the application of foreign laws inconsistent with public policy principles of the forum.

that State applies. If a chain of transmissions is allowed, this final law would have to be applied in the *forum*.²⁵

In my opinion, the wording of the rule is contrary to that solution.²⁶ If a chain of transmissions takes place, it is because the second, non-Member State does not apply its own law, but points to a third, non-Member State. In that situation, the condition stipulated at point (b) of Article 34(1) would not be satisfied, resulting in the application of the law of the State designated by the Regulation, but would not include its private international law rules.²⁷ In other words, the law first referred to by the Regulation should apply only in its substantive provisions.²⁸

5. The exceptions to the application of *renvoi* are listed at paragraph 2 of Article 34; when a condition therein mentioned is met, the reference by the Regulation to the foreign law does not include its private international law rules.

The first of these exceptions concerns the case, contemplated by Article 21(2) of the Regulation, in which it is clear, from all the relevant circumstances, that, at the time of the death, the deceased was manifestly more closely connected with a State other than the State of his habitual residence. In that situation, the law applicable to the succession would be the law of that other State, and not the law of the deceased's last habitual residence.²⁹

This provision, in other words, contains a clause to the general rule creating an exception and is intended to apply the "principle of proximity" to identify the law governing the succession. The general rule is based on a connecting factor (the deceased's last habitual residence) which is fixed, even

²⁵ The same would happen if, at a certain point, a transmission to the law of a Member State takes place. In that situation, the law of the Member State should be applied. The question is whether this transmission is to be accepted (and the law of that Member State applied in the *forum*), even if it is not a result of a reference by the private international law rules of the non-Member State referred to first in time. It is submitted that the solution should be the same as in the situation mentioned in the text.

²⁶ Advocated by important authors: cf Davi and Zanobetti (n 15) 167.

²⁷ Javier Carrascosa Gonzales (n 15) 278.

²⁸ Another complex situation is mentioned by Domenico Damascelli (n 15) 75. It may arise in the event the private international law of the State of last habitual residence subjects the succession to the law of the last nationality and the deceased had, at the time of death, more than one nationalities. It is my submission that in such a case the solutions offered by the private international law of the State of last habitual residence is to be followed to choose which national law is to be preferred (through provisions comparable to Article 18 of Law No. 218), and therefore verify on the basis of the national law so chosen whether the deceased had the nationality of a third State which accepts the transmission or of another Member State.

²⁹ Solomon (n 15) 256 criticizes, however, this exception to *renvoi* by indicating some unwarranted consequences it would produce in some specific cases.

if its determination involves an overall assessment of the circumstances of the life of the deceased during the years preceding his death and at the time of the death; this determination should reveal a close and effective connection with the State concerned. That notwithstanding, Article 21(2) contains an exception that allows the court to apply a different law if this law proves to be manifestly more connected to the deceased in the specific case. This exception satisfies the need, underlying the Succession Regulation, to meet the requirements of a "private international law justice",³⁰ by applying the "better law", determined on the basis of the most significant connecting factors in the specific case.

In that case, the admission of *renvoi* is held to be inconsistent with the achievement of "private international law justice", which is directly sought through the direct (and "better") localization of the succession, operated by the court hearing the dispute, on a case by case basis. This approach does not tolerate derogations caused by the private international law rules in force in the State where the succession is "localized", which might point to a different law on the basis of less significant connecting factors. Disregard of the foreign private international law rules serves, therefore, the purpose of "protecting" the effectivity of the solution identified by the court pursuant to Article 21(2) of the Regulation;³¹ "proximity" prevails over "uniformity".

The Regulation, indeed, provides for other rules in which the existence of a "close connection" is to be evaluated by the court in order to identify the law it must apply to specific aspects of the succession. This may happen, for instance, with respect to agreements as to the succession of several persons, under Article 25(2).³² In fact, such agreements are admissible only if they are admissible under all the laws which, according to the Regulation, would have governed the succession of all persons involved, if they had died

³⁰ Gerhard Kegel and Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht* (9th edn, CH Beck 2004) 131; Paul Lagarde "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé" (1986) 196 RCADI 25. It is however to be remarked that in the Italian system, failing a specific exception, *renvoi* applies pursuant to Article 13 of Law No 218, even with respect to those rules (for instance, Article 29) which give relevance to the "closest connection" principle.

³¹ It is however submitted that, in the evaluation of the "force" of the link between the deceased and the law other than that of his last habitual residence, the court should also consider the conflict-of-law rules in force in that system in order to verify whether, from its point of view, such system sees itself as so closely connected to the deceased as to claim application. In that framework, the consideration of the foreign private international law rules serves a different purpose and does not lead to the application of a different law, but is intended only to confirm whether the exception contemplated in Article 21(2) has to be applied.

³² Another comparable situation is offered by Article 36 with respect to States having more than one legal system, when no foreign, internal, conflict-of-law provisions exist to determine the relevant territorial unit whose rules of law have to be applied. Once this territorial unit is found, on the basis of the closest connection with the deceased, its private international law provisions have to be applied, if the conditions mentioned at Article 34 are satisfied.

on the day on which the agreement was concluded. The same agreements, when admissible, are governed, as to their substantive validity and their binding effects between the parties, by the law, among those governing their admissibility, with which they have the closest connection. However, the express limitation, in Article 34(2), to the case contemplated in Article 21(2) for the exclusion of *renvoi* does not allow the extension of the exception therein contemplated to the case of Article 25(2). Actually, there is no reason to exclude the application of the private international law rules of the law designated by Article 25(2) of the Regulation to govern the validity of the agreement concerning more than one person. A different solution in that respect would be inconsistent with the general approach allowing in principle, in the situations mentioned by Article 34(1) of the Regulation, the relevance of the conflict of law provisions of the law designated to govern the succession, and would be at odds with the solution offered in the parallel situation concerning the agreements relating to the succession of only one person, object of Article 25(1) of the Regulation, in which *renvoi* undoubtedly applies.

The second exception to the admission of *renvoi* concerns the case in which a choice has been made by a person to govern his succession, in accordance with Article 22 of the Regulation, replacing the law of his last habitual residence with the law of the State whose nationality he possesses at the time of making the choice or at the time of death. In a such situation, corresponding to the exceptions to *renvoi* commonly contemplated by domestic legislation or international conventions,³³ a fair (not rebuttable) presumption is made that the decedent intended to apply only the substantive rules of that law, and not the private international law provisions which may be in force in the foreign system.³⁴ The succession, therefore, is governed in its entirety by the law chosen by the subject in question, and not by another law. Actually, the effect of *renvoi*, be that a transmission or a remission, leading to the application of a different law would contradict the choice of the subject in question, that, had he so wished, would have directly chosen the law of the third State, or of the *forum*. Indeed, the application of a foreign law on the basis of the choice of the party (or parties) does not correspond entirely to

33 See, for instance, Article 13(2)(a) of Italian law No. 218. The same conclusion was indirectly affirmed in the Hague Succession Convention, which at Article 4 allows *renvoi* only from the law applicable on the basis of “objective” criteria (Article 3) and not from the law chosen by the person in question (Article 5). Cf Patrizia De Cesari, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni* (CEDAM 2001) 214.

34 In any case, the express rule set by Article 34(2) does not allow a choice in favour of the private international law rules of the State of nationality by the person in question.

the traditional method of “localization” of a matter on the basis of “neutral” connecting factors. Considerations of substantive law are part of the choice, which cannot therefore be considered only as “one” of the possible connecting factors and given the same footing and the same meaning as the others. In addition, allowing the consideration of a foreign, private international law system would indirectly allow a choice of law beyond the limits indicated by Article 22. In other words, this consideration would lead to the indirect option in favour of a law other than that of the nationality of the decedent.

As mentioned, *renvoi* is excluded when a choice has been made by a person to govern his succession pursuant to Article 22. The express reference in Article 34(2) to that provision raises the question whether *renvoi* is to be admitted in the other cases in which, under the Regulation, a choice of law is possible. More specifically, the issue regards Articles 25(2) and 25(3) and the possibility they give respectively to the party disposing of his property upon death, and to the parties entering into an agreement as to the succession, to choose the law that the person or the persons in question could have chosen “in accordance with Article 22 on the conditions set out therein” to govern admissibility and substantive validity of the disposition or of the agreement. The solution extending the exclusion of *renvoi* from the law chosen appears to be dictated by the express reference, included in Articles 25(2) and 25(3), to Article 22 and its conditions of application, which encompass the exclusion of *renvoi*.³⁵

The third exception to the application of the private international law rules of the third State regards the determination of the law applicable to the formal validity of dispositions of property upon death made in writing, as governed by Article 27 of the Regulation. Article 27 is a provision which refers to a number of different laws³⁶ to be coordinated on the basis of

35 Anatol Dutta, ‘Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung’ (2013) *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 12.

36 More specifically, reference is made to the laws (i) of the State in which the disposition was made or another agreement as to succession concluded; (ii) of the State whose nationality the testator, or at least one of the persons whose succession is concerned by an agreement as to succession, possessed, either at the time when the disposition was made or the agreement concluded, or at the time of death; (iii) of the State in which the testator, or at least one of the persons whose succession is concerned by an agreement as to succession, had his domicile, either at the time when the disposition was made or the agreement concluded, or at the time of death; (iv) of the State in which the testator, or at least one of the persons whose succession is concerned by an agreement as to succession, had his habitual residence, either at the time when the disposition was made or the agreement concluded, or at the time of death; (v) or, in so far as immovable property is concerned, of the State in which that property is located. Such a rule corresponds broadly to the provisions of the Hague Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions. At Article 1, the Convention refers to the application of an “internal” law, thus excluding

the “*favor validitatis*” principle; it is sufficient for the written disposition of property upon death to comply with the provisions as to the form of one of those laws in order to be valid. Indeed, the exclusion from the scope of application of *renvoi* of the rules on form is rather common.³⁷ The non admission of *renvoi* is in that regard justified by the need to protect the wide range of laws, considered to be significantly connected to the succession, in light of which the formal validity of the disposition is to be assessed. *Renvoi* may lead to the reduction of the number of laws to be considered, or even to exclude any possible role for the mechanism contemplated by the rule on form, if in the end one single law (for instance the law of the *forum*) is pointed to by all the foreign private international law systems. At the same time, the non admission of *renvoi* excludes the relevance of any other law, in addition to those specifically mentioned. This additional law, considered to be less significantly connected to the case than those specifically mentioned, cannot apply, even if it leads to the validity of the disposition of property. The *favor validitatis* is not an absolute value, to be sought by applying any possible laws, even those lacking any plausible connection to the case, but applying only those within the range of the laws identified in Article 27 of the Regulation.

The fourth exception to the admission of *renvoi* regards Article 28(b) of the Regulation. Under Article 28, a declaration concerning the acceptance or waiver of the succession, of a legacy or of a reserved share, or a declaration designated to limit the liability of the person making the declaration, is valid as to form where it meets some requirements. These requirements originate from 2 sources: (a) the law applicable to the succession pursuant to Article 21 or Article 22; or (b) the law of the State in which the person making the declaration has his habitual residence. In other words, Article 28 contains alternative connecting factors, to be applied with a view to a substantive result: the formal validity of a declaration covered by that provision. In such a framework, the exclusion of *renvoi* with respect to the law designated by the second connecting factor (habitual residence of the person making the declaration) only³⁸ is intended to guarantee the possibility for the person making the declaration to rely on the substantive law of the place when he lives, to the

in any given system the application of the foreign private international law provisions.

³⁷ See for instance Article 13(2) (b) of Law No. 218.

³⁸ With regard to the law applicable to the succession pursuant to Article 21 or Article 22, made relevant under Article 28(a), the question whether its conflict-of-laws provisions have to be taken into account also for evaluating the formal validity of the declarations mentioned in Article 28 is to be answered keeping in mind the solution to be adopted regarding that law in general. Indeed, the purpose of the rule is to consider those declarations under the law governing the succession, whether identified through *renvoi* or not.

advantage of legal certainty. In addition, it prevents (i) an excessive broadening of the range of laws possibly relevant for the evaluation to be conducted under Article 28, or (ii) its exclusion, which would be the consequence of the reference by the conflict of law rules of the State of the habitual residence of the person making the declaration to the law governing the succession, already relevant under Article 28(a) of the Regulation.

The final exclusion of *renvoi* concerns the law identified by Article 30 of the Regulation. Under that provision, where the law of the State in which certain immovable property, certain enterprises, or other special categories of assets are located contains special rules which, for economic, family, or social considerations, impose restrictions concerning or affecting the succession in respect to those assets, those special rules apply to the succession. These special rules apply so long are applicable under the law of that State, irrespective of the law applicable to the succession. As a result, their application excludes, by definition, *renvoi* to another law. In addition, this exception to the application of the law governing the succession as a whole requires a strict interpretation in order to remain compatible with the general objectives of the Regulation (including the unity between *forum* and *ius*). Therefore, the conflict-of-law rules of the State where those assets are located are not relevant.

No further exception appears to be allowed, even if its admission would seem consistent with some features of the Regulation. This may happen as a result of the peculiarities of some connecting factors, which give relevance to a “temporal” element. For instance, Article 24(1) refers to the law of the habitual residence of the person making a disposition of property upon death at the time the disposition is made. In the same way Article 25(1) points to the law of the habitual residence of a person at the time he enters into an agreement regarding his succession. The conflict-of-law rules of the law so determined (as in force at the time the disposition was made or the agreement was entered into) may refer to the law of the habitual residence at the moment of the death. Such a law must be applied if the conditions indicated by Article 34 are met, even though they reduce to nothing the distinction inserted in the Regulation in order to avoid the adverse consequences on dispositions already made deriving from a transfer of the habitual residence.

In the same way, *renvoi* should not be excluded even if, as a result of its operation, the succession, which under the Regulation would be

governed as a whole by one single law (Article 23),³⁹ irrespective of the location of the assets comprised in it, would be governed by a plurality of applicable laws. A plurality of laws may be relevant, for different categories of assets, because of the law of the third State initially designated by the Regulation. Indeed, several States admit a principle of scission: the succession is governed by a given law (identified on the basis of a “personal” connecting factor: nationality, domicile, residence) with respect to movables; and the succession is governed by one or more other laws (pointed to on the basis of an “objective” principle: the situation of the assets) for immovables.⁴⁰ With the result that, at the death, a plurality of successions are opened, with each succession governed by a different law.

The result, even if it creates some complex issues for those States not used to applying the principle,⁴¹ does not lead to the exclusion of *renvoi* which produced it.⁴² Actually, the Regulation itself contemplates situations in which more than one law may apply to the same succession, with respect to different assets (Article 30). In addition, a person may make dispositions concerning a part of his property, which would lead to the application of a specific law to govern the validity of that disposition (under Article 24), with respect to the assets disposed of, which might be different from the law governing the entirety of the succession or other dispositions, made in a period subsequent to the transfer of the habitual residence.⁴³ The concurrent application of several laws, because of the interplay between connecting factors or because of *renvoi*, is therefore not inconsistent with the Regulation.

6. The Regulation confirms that the solution to the problem of *renvoi* is “normative” in nature, even though such a solution follows the methods for coordinating domestic law with foreign law. For instance, as proved by

39 The principle is confirmed by Article 22(1), which allows the possibility to choose the law to govern the succession “as a whole”.

40 On this possibility see Domenico Damascelli, ‘I criteri di collegamento impiegati dal regolamento n. 659/2012 per la designazione della legge regolatrice delle successioni per causa di morte’ in Pietro Franzina e Antonio Leandro (eds), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa* (Giuffrè 2103) 87, 96; Atle Grahl-Madsen, ‘Conflict between the principle of unitary succession and the system of scission’ (1979) 28 ICLQ 598.

41 For an attempt to summarize them, see Luigi Fumagalli, ‘Rinvio e unità della successione nel nuovo diritto internazionale privato italiano’ (1997) RDIPP 829. Cf in addition Alegria Borrás, ‘L’approche du renvoi dans un système d’unité de la succession’, in *Mélanges en l’honneur de Mariel Revillard: Liber amicorum* (Defrénois 2007) 23.

42 On the point cf Andrea Bonomi and Patrick Wautelet (n 15) 523, underlining that the text of Article 34 of the Regulation leaves little room for a different interpretation.

43 The same result (scission of the succession) is produced by the operation of some provisions on jurisdiction, under which the courts of a Member State have jurisdiction limited to the assets in the *forum* (Article 10(2) of the Regulation) or can decide to limit its exercise, excluding assets located in a third State (Article 12).

the exceptions contemplated by Article 34, *renvoi* in its traditional form is accepted with favour mainly when a purely localizing approach is adopted to determine the governing law.

In that framework, the EU decision to allow *renvoi* in an instrument of private international law appears to be a coherent consequence of the approach taken with respect to international successions. *renvoi*, in fact, cannot be read in isolation. Its effects cannot be viewed only in connection with the rules of the Regulation on the law applicable to a succession. It is not a purely technical instrument producing the substitution of a connecting factor with another, in search for better “private international law justice” or for the sake of coordination between systems as a value in itself. The provisions allowing *renvoi*, in the form they do, must be read in conjunction with the rules on jurisdiction and the circulation of judgments (but only within the European Union) set by the Regulation. Indeed, it is not only by chance (or to fill a regulatory gap to cover a matter excluded from the scope of application of other instruments) that the EU adopted a comprehensive instrument, covering all traditional aspects of private international law. On the contrary, the EU instrument offers a comprehensive approach to the regulation of a succession with an international dimension, in which all components (rules on jurisdiction, governing law, and recognition of judgments) play a coordinated role.

The Regulation, in fact, puts an emphasis on the rules on jurisdiction (significantly set out before the provisions on the governing law are determined), and adopts the deceased’s last habitual residence as the main connecting factor for the purposes of determining both jurisdiction and the applicable law. As a result, and as a matter of principle, the scope of the exercise of domestic jurisdiction and of the application of internal law tends to coincide. The court of a Member State having jurisdiction will apply its domestic law to rule on a succession; on the other hand, if the court does not have jurisdiction (even on the basis of a generic “sufficient connection”) its internal law does not apply to that succession. Only in exceptional cases will the law of a Member State be made applicable by the Regulation before a court of a different Member State. Those situations in which a court has jurisdiction and is called to apply a different law (or even a law of a third country, if the relevant connecting factor so dictates) will be limited.

The application of the law of another Member State, however, does not create any problem. As a result of the Regulation, the relations, in the integrated area, between the courts of the Member States, which apply

the same conflict-of-law rules and render decisions eligible for nearly unrestricted circulation, appear to be shaped as relations between courts exercising the same jurisdictional function, allocated on the basis of uniform criteria. Therefore, coordination of jurisdictions implies coordination between governing laws, achieved through (when the unity between *forum* and *ius* is broken) *renvoi*.

On the other hand, when there is a reference to the law of a third State, the importance of the “foreign” connection is to be underlined and *renvoi* comes into play to achieve indirectly the substantive coordination, with other Member States or with the third States that could not be otherwise obtained. “Remission” to the law of a Member State restores either the unity of the *forum* (defined widely with reference to the entire system of courts of the Member States in which the Regulation applies) and *ius* (adding to the free movement of decisions within the European Union). “Accepted transmission” to the law of another third State assures respect to the coordination reached by non-Member States and in that regard helps the recognition in third countries of the judgments rendered by the courts of the Member States.⁴⁴ The traditional difficulties that *renvoi* implies⁴⁵ are a price worth paying to achieve that result.

⁴⁴ It is to be noted that Article 12 of the Regulation offers an important instrument of indirect coordination with the jurisdiction of third States: if the matter is so foreign, a court of a Member State may decide not to exercise jurisdiction over one or more assets, if it may be expected that a decision in respect of those assets would not be recognized in the third State. In other words, and again, the coordination between different laws is reached at the jurisdictional level.

⁴⁵ The admission of *renvoi*, even though it produces benefits in terms of coordination between systems, involves difficulties in its operation, which are far from settled. Questions, in fact, are to be answered, when it comes to the application of foreign conflict-of-law rules: how is the foreign system to be interpreted and set in motion? If the general principle to be followed commands the application of the foreign, private international law rules in the same way as a court sitting in the foreign state would do, questions can be asked, for instance, about the role of foreign, public policy, or of the foreign, mandatory provisions having an international character, which may claim application (in the foreign State) in derogation of the conflict-of-law rules. These questions may however be easily answered by recognizing that in such case the foreign rules operate in a different State and therefore there is no reason to apply exceptions to the operation of the private international law rules that are justified only in a foreign context and to protect foreign policies (unless the Regulation provides otherwise: see Article 30 with respect to foreign mandatory rules regarding specific categories of assets). A more difficult practical problem concerns the interpretation of the foreign categories, which are used to define the scope of application of the foreign conflict of law rules: on this issue see Sara Tonolo, *Il rinvio di qualificazione nei conflitti di legge* (Giuffrè, 2003). If foreign concepts are to be used (as indeed they are), for instance, a question, that in the *forum* could pertain to succession, may regard family matters abroad, and therefore fall in the scope of application of a specific rule on family matters. A deeper examination of those issues, as pertaining to *renvoi* in general, goes beyond the limits of a commentary on the Succession Regulation.

OS PARÂMETROS PARA A LOCALIZAÇÃO DA RESIDÊNCIA HABITUAL DO FALECIDO NO REGULAMENTO EUROPEU SOBRE SUCESSÕES

Aline Beltrame de Moura¹

INTRODUÇÃO

As novas competências da União Europeia para legislar sobre direito internacional privado e processual civil internacional encontram embaçamento legal no título V do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), dedicado ao “Espaço de liberdade, segurança e justiça”, em particular no art. 81, segundo o qual a União, fundada nos princípios do reconhecimento recíproco das decisões judiciais e extrajudiciais, desenvolve uma cooperação judiciária em matéria civil que possua implicações transnacionais, podendo incluir a adoção de medidas destinadas a aproximar as disposições legislativas e regulamentares dos Estados membros.

A crescente regulamentação do direito internacional privado pelas instituições da União Europeia engloba também o campo do direito pessoal, de família e sucessório, evidenciando a tendência ao abandono do recurso ao critério de conexão da nacionalidade em favor daquele da residência habitual do indivíduo enquanto critério politicamente integrador.

Além da marginalização do critério de conexão da nacionalidade, a introdução da autonomia privada nos regulamentos europeus em matéria de relações pessoais e familiares revoluciona a teoria do “direito

¹ Professora do Curso de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Doutora em Direito Internacional pela Università degli Studi di Milano, Itália, com Bolsa CAPES Doutorado Pleno no Exterior. Foi Pesquisadora Visitante do Max Planck Institute for Comparative and International Private Law em Hamburgo, Alemanha. Coordenadora do Módulo Jean Monnet CCJ/UFSC instituído pela Comissão Europeia. Coordenadora do Módulo Jean Monnet CCJ/UFSC financiado pelo Programa Erasmus+ da Comissão Europeia. E-mail: aline.moura@ufsc.br

privado necessário” de Pasquale Stanislao Mancini, segundo a qual em matéria de estatuto pessoal ao indivíduo é negada qualquer tipo de faculdade, não podendo ser aplicado nada além da lei que corresponda a sua própria nacionalidade². Trata-se de uma verdadeira inovação no sistema do direito internacional privado de diversos países europeus que possuem matriz manciniana e que têm visto a disciplina das relações familiares e sucessórias passar de um plano puramente nacional para uma esfera internacional ou quanto menos supranacional³.

Em particular, o Regulamento sobre Sucessões segue a tendência geral das normativas europeias no sentido de privilegiar o critério de conexão da residência habitual e o da liberdade do indivíduo em escolher a lei aplicável e o foro competente, em que pese ser uma autonomia limitada, conforme será analisado. Contudo, o que se observa é que em razão da ausência de uma harmonização da parte geral do direito internacional privado europeu, cada regulamento possui uma definição própria para localizar, no caso concreto, aonde seria a residência habitual do sujeito destinatário da relação jurídica.

Questionamentos sobre a coerência e a coordenação dos diversos instrumentos jurídicos derivados da União Europeia, bem como a possibilidade de reuni-los em um único documento já foram suscitados pela doutrina, em particular, nos estudos de Paul Lagarde em 2011 sobre o esboço de um Código Europeu de Direito Internacional Privado⁴ e por Stefan Leible e Hannes Unberath, em 2013, os quais criaram a expressão “Regulamento Roma Zero”⁵ utilizada em larga medida pela doutrina. Em que pese o entusiasmo de alguns estudiosos, outros, como Jürgen Basedow, são mais reticentes e preferem optar pela aplicação e consolidação de instrumentos e dispositivos jurídicos já existentes para combater as inúmeras incoerências e contradições do direito internacional privado europeu⁶.

2 VITTA, Edoardo. Il principio di nazionalità nel diritto internazionale privato italiano. *RDI-PP*. Vol. 16, 1980, p. 346 ss.

3 QUEIROLO, Ilaria; CARPANETO, Laura. Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento Roma III. *RDIPP*. Vol. 48, XLVIII, 1-2012, p. 59-61.

4 LAGARDE, Paul. Kodifizierung des europäischen internationalen Privatrechts?. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, vol. 75, issue 3, 2011, p. 671-676.

5 LEIBLE, Stefan; UNBERATH, Hannes (Hrsg.). *Brauchen wir eine Rom O-Verordnung?*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2013.

6 BASEDOW, Jürgen. Codificação e Parte Geral no Direito Internacional Privado. In: JAEGER JÚNIOR, Augusto (Org.) *Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: estudos sobre uma codificação do Direito Internacional Privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2016, p. 31-77.

Desse modo, enquanto avanços legislativos não ocorrem de modo concreto com a finalidade de harmonização de institutos comuns aos diferentes regulamentos, isto é, da parte geral do direito internacional privado, dúvidas pairam sobre a noção do instituto da residência habitual do falecido para fins de aplicação do Regulamento sobre Sucessões. Considerando tal situação, o objetivo do presente capítulo é analisar os aspectos particulares da residência habitual do *de cuius* para fins de determinação do foro competente e da lei aplicável, garantindo que o juiz de um dos Estados membros interprete e aplique adequadamente esse critério de conexão perante uma sucessão internacional, de modo a garantir da melhor maneira a segurança e previsibilidade jurídica.

1. O REGULAMENTO N. 650/2012 SOBRE SUCESSÕES E A APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE CONEXÃO “EM CASCATA”

O Regulamento (UE) n. 650/2012 relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu⁷ configura uma disciplina completa da matéria. É composto por 82 artigos, precedido por um preâmbulo subdividido em 82 considerandos, que substitui as leis nacionais em tema de sucessão por morte é aplicável em todos os Estados membros da União Europeia, com exceção da Dinamarca, da Irlanda e do Reino Unido. Portanto, a futura saída do Reino Unido da União Europeia, conhecida como *Brexit*, não afetará a aplicação e alcance do Regulamento.

O Regulamento aplica-se à sucessão das pessoas falecidas a partir de 17 de agosto de 2015 e garante que um determinado processo sucessório seja tratado de forma coerente, ao abrigo de uma legislação única e por uma autoridade única. A normativa privilegia a aplicação da lei do Estado da residência habitual do falecido no momento do óbito tanto para regular o conjunto da sucessão quanto para determinar o foro competente, salvo se a pessoa tiver exercido sua autonomia privada e escolhido uma lei aplicável ou juiz diferente.

Inicialmente, vale lembrar que a tutela por parte da União Europeia desse tipo de situação jurídica justifica-se na medida em que se

7 O Regulamento foi assinado em 4 de julho de 2012 e entrou em vigor em 16 de agosto de 2012. Todavia, as normas contidas no regulamento serão aplicadas às sucessões abertas a partir de 17 de agosto de 2015.

verificam a diversidade das normas de direito substancial e das normas que disciplinam a competência internacional ou a lei aplicável, a multiplicidade das autoridades que podem ser consideradas competentes no âmbito de uma sucessão internacional e a eventual fragmentação das sucessões decorrente da divergência de tais normas de modo tal que obstaculize a liberdade de circulação de pessoas na União, uma vez que estas teriam uma grande dificuldade de exercer os seus direitos no âmbito de uma sucessão internacional.

Estima-se que a cada ano na União Europeia são peticionadas cerca de 450 mil ações envolvendo sucessões internacionais, totalizando um montante de mais de 120 milhões de euros, fato que justifica a preocupação e o interesse das instituições comunitárias na regulamentação dessa matéria⁸.

Sob tal perspectiva, o objetivo do Regulamento n. 650/2012 é o de suprimir os obstáculos à livre circulação de pessoas, permitindo a estas de organizar previamente a sua sucessão e, para tal finalidade, a uniformização das normas de conflito mostrava-se necessária. Esta opção é, segundo o Conselho e o Parlamento Europeu, a melhor em termos de previsibilidade e segurança jurídica⁹.

Portanto, de acordo com o Regulamento, o princípio fundamental que orienta seja a competência jurisdicional seja a lei aplicável às sucessões em caso de morte é o do Estado membro da residência habitual do *de cuius* no momento da morte, ou seja, a normativa europeia adota o princípio geral da submissão da inteira sucessão a uma única lei nacional¹⁰. Nota-se que o legislador europeu rompeu com a continuidade de soluções até então apresentada nos campos nacionais e internacionais¹¹ para adotar o critério

8 . Successioni transfrontaliere: verso la semplificazione proposta dalla Commissione. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/12/209&format=HTML&aged=0&language=IT&guiLanguage=en>>. Acesso em 5 de março de 2019.

9 LAGARDE, Paul. Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions, *Rev. crit. DIP*, 4-2012, p. 694.

10 Para uma análise acerca das divergências existentes nos sistemas de conflito nacionais em relação à contraposição entre o princípio unitário e o princípio separatista, bem como a opção do Regulamento pelo primeiro modelo, veja-se: DAVI, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni. *CDT*. Vol. 5, 2-2013, p. 23-26.

11 Quanto aos ordenamentos estatais, somente Bélgica, Estônia e Países Baixos adotam o critério da residência habitual no campo das sucessões. Os tratados internacionais, como a Convenção de Haia de 1989 sobre a lei aplicável à sucessão por morte, adotam a residência habitual, mas apenas se esta foi a última residência do de cuius nos últimos cinco anos ou se ela coincide com a sua nacionalidade. Ver: BONOMI, Andrea. Successions internationales: conflits de lois et de juridictions. *Recueil des cours*. t. 350 (2010), p. 71-418.

da residência habitual tanto como critério de conexão para definição da lei aplicável quanto como regra geral para o estabelecimento da competência. Ao lado dessa inovação, a adoção do princípio da unidade da sucessão evidencia o quanto a residência habitual é um centro nevrálgico do regulamento e o quão importante é a sua correta interpretação e aplicação para o devido funcionamento do próprio Regulamento¹².

Tal critério de natureza objetiva tende a revelar uma estreita e estável ligação do defunto com o Estado interessado, pois haveria coincidência com o centro dos seus interesses e, frequentemente, também com o lugar onde se encontra a maior parte de seus bens¹³. A finalidade é assegurar a liberdade do cidadão da União de circular e residir livremente no território dos Estados-membros, sem quaisquer discriminações, muito embora não se exclua completamente a utilização da nacionalidade enquanto critério de conexão, como no caso em que esta seja objeto de escolha do *de cuius*¹⁴.

1.1. DETERMINAÇÃO DA JURISDIÇÃO COMPETENTE

O art. 4 do Regulamento, sob a rubrica “Competência geral”, assume como regra de jurisdição em relação à inteira sucessão a última residência habitual do *de cuius*. Porém, na hipótese de o defunto não residir habitualmente em nenhum Estado membro no momento da morte, tornam-se residualmente competentes a decidir sobre a inteira sucessão os órgãos jurisdicionais do Estado membro no qual se encontram os bens hereditários, se o defunto tinha a nacionalidade de tal Estado no momento da morte, ou, se tal não se verificar, no Estado membro em que o *de cuius* tinha estabelecido a própria residência habitual, desde que a ação seja intentada em até cinco anos a contar da data da mudança desta última.

Trata-se de uma norma sobre a competência subsidiária que leva em consideração o lugar em que se encontram os bens hereditários que se

12 RE, Jacopo. Where did they live? Habitual residence in the Succession Regulation. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*. Ano LIV, n. 4, 2018, p. 979.

13 Nesse sentido, recorda-se que grande parte da população imigrada nos Estados europeus é composta por cidadãos de Países muçulmanos, cujas normas sucessórias e relativas à relação matrimonial são geralmente baseadas em normas que levam a soluções discriminatórias, em razão do sexo ou da religião. Nestes casos, a aplicação do critério da residência habitual consentiria o uso da lei do Estado membro, evitando o recurso à ordem pública para a defesa dos valores irrenunciáveis do direito interno e também daquele da União Europeia.

14 Em relação ao uso do critério da nacionalidade com evidentes contrastes com a princípio de não discriminação sancionado pelo direito da União Europeia, veja-se: TONOLO, Sara. Principio di uguaglianza e operatività di norme di conflitto in tema di successione. *Rivista di diritto internazionale*. 4-2012, p. 1056-1073.

conectam, em um primeiro momento, à titularidade da nacionalidade e, somente em ausência de coincidência entre estes dois elementos, à residência habitual precedente do defunto. Caso nenhum órgão jurisdicional declare-se competente com base em tais critérios, será competente aquele do Estado-membro em que se encontrem os bens hereditários, limitada-mente à sucessão de tais bens.

Nota-se que quanto à jurisdição o Regulamento de Sucessões é aplicável mesmo quando a residência habitual do indivíduo estiver localizada em um Estado terceiro. Diferentemente do Regulamento Bruxelas I (reformulado) n. 1215/2012¹⁵ que visa facilitar o acesso à justiça, em especial prevendo normas relativas à competência dos tribunais e ao reconhecimento e à execução, rápidos e simples, de decisões em matéria civil e comercial proferidas nos Estados-Membros, baseado no critério do domicílio da pessoa em um Estado membro, o Regulamento sobre Sucessões não afasta sua aplicação no caso em que o falecido tenha residência habitual em um Estado terceiro.

Ao invés de impedir sua aplicação, o Regulamento estabelece regras residuais de jurisdição no art. 10. Dessa forma, sempre que a residência habitual do falecido no momento do óbito esteja situada em um Estado terceiro, os órgãos jurisdicionais do Estado membro onde se encontram os bens da herança são competentes para decidir do conjunto da sucessão se o falecido for nacional desse Estado membro no momento do óbito ou se o falecido tiver tido a sua residência habitual anterior nesse Estado membro e se a ação for intentada no prazo de cinco anos a contar da data da mudança da residência habitual. Contudo, caso nenhum órgão jurisdicional de um Estado membro for competente considerando essas circunstâncias, os órgãos jurisdicionais do Estado membro onde se encontram os bens da herança são competentes para se pronunciar somente sobre esses bens. Nota-se que, nesse último caso, não se realiza a coincidência entre *forum* e *ius* dado que vale o critério geral do art. 21.1 que invoca a lei da última residência habitual do defunto, mesmo que esta seja a de um Estado terceiro¹⁶.

A mesma cisão entre competência jurisdicional e competência legislativa é verificada nos casos individualizados pelo art. 11. Esta previsão que

15 Regulamento (UE) n. 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.

16 MOSCONI, Franco; CAMPIGLIO, Cristina. *Diritto Internazionale Privato e Processuale*: statuto personale e diritto reale. Milano: UTET. Vol. II, 5 ed, 2019, p. 303.

apareceu pela primeira vez no Regulamento n. 9/2009 sobre as obrigações alimentares¹⁷ disciplina a hipótese do *forum necessitatis*¹⁸. *Tal dispositivo contempla a situação em que, excepcionalmente, seja dada a oportunidade de intervenção de um órgão jurisdicional de um Estado membro quando nenhuma autoridade jurisdicional de um Estado membro fosse competente em consonância com os critérios prioritariamente previstos no Regulamento ou se o procedimento não pudesse ser desenvolvido ou se revelasse impossível em um Estado terceiro, com o qual a controvérsia esteja estreitamente conectada. Nestes casos, a ação pode ser apresentada perante a autoridade jurisdicional de um Estado membro que possua uma ligação suficiente com a causa. Entende-se que a residência habitual ou a mera presença estável do herdeiro ou do suposto herdeiro do falecido em um certo Estado parecem apresentar um vínculo suficiente para fins de aplicação do art. 11¹⁹.*

Em última análise, ao prever o recurso ao *forum necessitatis*, o Regulamento introduz uma última possibilidade para que os órgãos jurisdicionais de um Estado membro possam, em casos excepcionais, decidir da sucessão se uma ação não puder ser razoavelmente intentada ou conduzida ou se revelar impossível num Estado terceiro com o qual esteja estreitamente relacionada. Contudo, o processo deve, como já mencionado, apresentar uma conexão suficiente com o Estado membro do órgão jurisdicional em que foi instaurado.

1.2 DETERMINAÇÃO DA LEI APLICÁVEL

Em relação à lei aplicável, o Regulamento sobre Sucessões segue a tendência dos demais regulamentos europeus em direito internacional privado ao adotar o princípio da aplicação universal que, segundo redação do art. 20, estabelece a aplicação da lei designada pelo Regulamento, mesmo que não seja a lei de um Estado membro.

Utilizando como critério de conexão a mesma circunstância empregada para identificar o foro geral, isto é, o da última residência habitual

17 Regulamento (CE) n. 4/2009 do Conselho, de 18 de dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares.

18 Sobre o *forum necessitatis* no direito internacional privado, ver: FRANZINA, Pietro. Sul *forum necessitatis* nello spazio giudiziario europeo. *Revista di Diritto Internazionale*, 2009, p. 1121-1129; ROSSOLILLO, Giulia. *Forum necessitatis* e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto internazionale privato nazionale e dell'Unione europea. *Cuadernos de derecho transnacional*, (Marzo 2010), Vol. 2, Nº 1, pp. 403-418; BIAGIONI, Giacomo. Alcuni caratteri generali del *forum necessitatis* nello spazio giudiziario europeo. *Cuadernos de derecho transnacional* (Marzo 2012), Vol. 4, Nº 1, pp. 20-36.

19 MOSCONI, Franco; CAMPIGLIO, Cristina. 2019, p. 303-304.

do defunto, há o favorecimento da coincidência simplificadora entre *ius e forum*²⁰. Apesar disso, em situações excepcionais nas quais se verifica que o *de cuius* havia ligações manifestamente mais estreitas com um Estado diverso daquele individualizado por meio da regra geral, a lei aplicável à sucessão é a lei deste outro Estado. Trata-se de uma cláusula de exceção prevista também nos dois regulamentos em matéria de lei aplicável às obrigações contratuais e extracontratuais (Roma I e II)²¹.

Neste contexto, percebe-se que a passagem do critério da nacionalidade, fortemente utilizado pela maioria dos Estados membros, para o critério da residência habitual é uma resposta também às considerações de caráter político, dado que se trata de um elemento de conexão muito mais funcional às exigências do desenvolvimento da União por que tendem a favorecer a integração jurídica e social no país de acolhimento, enfraquecendo, ao mesmo tempo, o sentimento de pertença ao país de origem.²² Contudo, encontram-se, em parte da doutrina, críticas a esse respeito. Jürgen Basedow salienta que, o juiz do foro deve avaliar as várias relações de proximidade entre o caso e os Estados envolvidos, pois o objetivo das regras de conexão é a aplicação da lei nacional com a qual o caso concreto tenha a relação mais estreita. Para o jurista alemão, a aplicação da lei do foro não é necessariamente um privilégio e a aplicação de uma lei estrangeira, designada em virtude da nacionalidade de uma pessoa, pode servir ao objetivo final do direito internacional privado de maneira mais eficaz, pois “*La critique parfois trop machinale du rattachement à la nationalité dans les conflits de lois paraît donc mal fondée.*”²³

Em que pese as discussões doutrinárias, a regra geral escolhida pelo Regulamento é a da residência habitual ao lado da possibilidade de o indivíduo escolher a lei aplicável a sua própria sucessão, muito embora

20 MOSCONI, Franco; CAMPIGLIO, Cristina. 2019, p. 306.

21 Art. 4.3 do Regulamento (CE) n. 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) e também o art. 4.3 do Regulamento (CE) n. 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II).

22 DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. 2013, p. 30. Os autores afirmam, ademais, que é inegável que o princípio da nacionalidade, o qual remonta ao direito internacional privado do século XIX e ao processo de formação e consolidação dos Estados nacionais na Europa, vislumbra uma fase de decaída na época atual tanto em razão dos desenvolvimentos do direito da União Europeia quanto das relações entre Estados e indivíduos, os quais estão provocando uma progressiva erosão da própria ideia de soberania estatal.

23 Para aprofundamento, ver: BASEDOW, Jürgen. Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne. *Rev. crit. DIP*, n. 3, 2010, p. 432-433.

rigorosamente limitada à lei nacional do interessado, segundo disposição do art. 22. Em outras palavras, o autor do testamento poderá designar que a lei que regerá toda a sua sucessão seja aquela do Estado em que tenha a nacionalidade no momento da escolha ou no momento da morte, manifestando a sua escolha expressamente e sob a forma testamentária. No caso em que a pessoa seja titular de mais nacionalidades, é possível designar a lei de qualquer um destes Estados no momento em que a escolha tenha sido realizada ou na ocasião do falecimento.

A opção de colocar no mesmo plano todas as nacionalidades a fim de determinação da lei aplicável à sucessão implica uma grande segurança, tendo em vista que evita os riscos da prevalência da nacionalidade do foro, que é incerta até o momento da morte, assim como dos perigos impostos pela individualização da nacionalidade efetiva²⁴.

Apesar de o Regulamento utilizar o critério da nacionalidade em várias ocasiões, sempre o faz de modo subsidiário e secundário, enquanto critério auxiliar. A *ratio* de tal escolha emerge com evidência em relação aos casos em que a nacionalidade se priva de um valor de localização, principalmente nos casos em que o *de cuius*, titular de uma dupla ou múltipla nacionalidade, esteja residindo em um Estado diferente daquele do qual seja nacional²⁵. Sob o plano político, tal escolha foi certamente influenciada pela relutância das instituições europeias em adotar o critério da nacionalidade, cuja coerência com os princípios da União é frequentemente questionada²⁶.

A práxis desta afirmação verifica-se tanto a partir da análise de diversos acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia²⁷ quanto em relação à busca pela consolidação de instrumentos de direito internacional privado que garantam uma maior previsibilidade e segurança jurídica, tais como os regulamentos na área²⁸.

No tocante às pessoas apátridas, como o Regulamento não prevê uma escolha da lei para esses casos e considerando que muitos Estados

24 LAGARDE, Paul. 2012, p. 719.

25 LAGARDE, Paul. 2012, p. 698.

26 BONOMI, Andrea. Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni, *RDIPP*. Vol. 46, 4-2010, p. 882.

27 Nesse sentido, destacam-se os acórdãos do TJUE, C-369/90, *Micheletti*, de 7 de julho de 1990; C-353/06, *Grunkin Paul*, de 14 de outubro de 2008; C-168/08, *Hadadi*, de 16 de julho de 2009.

28 BASEDOW, Jürgen, 2010, p. 432-433.

membros da União Europeia são Estados-partes da Convenção de Nova Iorque de 1954 sobre o estatuto dos apátridas, e que, de acordo com o art. 75 do Regulamento n. 650/2012 este não prejudica a aplicação das convenções internacionais de que um ou mais Estados membros sejam partes na data da adoção do Regulamento e que digam respeito a matérias por ele regidas, deve-se aplicar solução apontada pelo tratado. Deste modo, segundo o art. 12, inciso 1 da citada Convenção para as pessoas sem nacionalidade o ponto de conexão relevante é o domicílio e, para pessoas sem domicílio, a sua residência, ambos constatados no momento da escolha ou no momento do seu óbito²⁹.

Em relação às disposições por morte, embora o art. 3. inciso I, letra d, mencione que, estas incluiriam o testamento, o testamento de mão comum e o pacto sucessório, o Regulamento não define o que seria testamento, prevendo no art. 2, inciso I, apenas a noção de pacto sucessório como “um acordo, incluindo um acordo resultante de testamentos mútuos, que crie, altere ou anule, com ou sem contrapartida, direitos na herança ou heranças futuras de uma ou mais pessoas que sejam partes no acordo” e de “testamento de mão comum é o testamento redigido por duas ou mais pessoas num único ato”. A regra geral é a da autonomia da vontade do indivíduo de escolher a lei aplicável no que respeita à sua admissibilidade, à sua validade material e aos seus efeitos, em observância às disposições do art. 22 do Regulamento.

A validade formal das disposições por morte está regulada no art. 27 do Regulamento. Contudo, há que se observar que vigora em 15 Estados membros a Convenção da Haia de 1961 sobre os Conflitos de Leis em Matéria de Forma das Disposições Testamentárias que prevalece perante o Regulamento, como ordena o seu art. 75, inciso 1. O legislador europeu, consciente dessa situação e visando evitar possíveis conflitos, simplesmente incorporou no Regulamento as regras de conexão da Convenção, garantindo que não haja uma divergência prática na aplicação desses instrumentos. Vale lembrar, que o âmbito de aplicação do Regulamento é mais amplo que o da Convenção, abrangendo também as disposições por morte³⁰.

29 NORDMEIER, Carl Friedrich. Direito Internacional Privado das sucessões na União Europeia: a determinação do direito aplicável no novo Regulamento 650/2012, de 4 de julho de 2012. *RSTPR*, Año 2, n° 3; Marzo 2014, p. 190.

30 NORDMEIER, Carl Friedrich. 2014, p. 195.

Por fim, o legislador comunitário levou também em consideração a necessidade de “incorporar” institutos conhecidos em alguns Estados membros, mesmo que desconhecidos em outros ou até mesmo proibidos, bem como teve a consciência de que um tempo bastante longo pode transcorrer entre o momento em que a pessoa planeje a sua sucessão e o momento do falecimento e que nesse período podem ocorrer alterações legislativas que modifiquem a lei aplicável³¹. Tais situações são previstas pelos artigos 24 e 25, os quais são recordados nos artigos 26 e 27. O objetivo é garantir a segurança jurídica e a previsibilidade da sucessão.

2. A DEFINIÇÃO DA RESIDÊNCIA HABITUAL PARA FINS DE APLICAÇÃO DO REGULAMENTO SOBRE SUCESSÕES

Residência habitual é um critério de conexão pessoal, territorial e factual, o que implica afirmar que a localização de uma pessoa em um dado território dependerá do reconhecimento e da análise de ligações espaciais relevantes e não meramente da subsunção da norma à relação jurídica. É preciso analisar todas as circunstâncias que envolvem a vida da pessoa com a finalidade de revelar a conexão mais próxima e estável dela com determinado Estado. Sob tal perspectiva, trata-se de um critério de conexão flexível, cuja determinação deve levar em consideração dois elementos: o objetivo (a ligação física da pessoa com o território) e o subjetivo (a intenção do sujeito de estabelecer residência fixa em certo território, o chamado “*animus manendi*”)³².

O conceito de residência habitual foi utilizado pela primeira vez na Conferência de Haia de 1902 para regular a tutela dos menores³³ com a finalidade de superar a tradicional oposição entre nacionalidade e domicílio³⁴ na fixação tanto do foro competente quanto do critério de conexão³⁵.

31 MOSCONI, Franco; CAMPIGLIO, Cristina. 2019, p. 309.

32 RE, Jacopo. 2018, p. 980.

33 No quadro da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado foi celebrada uma Convenção que substituiu a de 1902. Atualmente está em vigor a Convenção relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em matéria de Proteção de Menores, concluída na Haia a 05/10/1961.

34 De fato, já a partir da segunda Conferência de Haia, os delegados dos Estados interrogaram-se sobre a oportunidade de atenuar os problemas que o critério do domicílio comportava, refletindo acerca da introdução de um novo conceito mais eficaz e flexível como o da residência. Veja-se: MELLONE, Marco. La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie, *RDIPP*. Vol. 46, 3-2010, p. 688.

35 MOSCONI, Franco; CAMPIGLIO, Cristina. *Diritto Internazionale Privato e Processuale: parte generale e obbligazioni*. Milano: UTET. Vol. I, 5 ed, 2010, p. 176-177.

Interessante observar que tal qual em outros instrumentos internacionais e normativas europeias, o Regulamento sobre Sucessões não adota nenhuma definição legal do que seria “residência habitual” nem faz menção ao direito substantivo dos Estados membros para a sua localização. Em realidade, esta é uma postura que se repete nos regulamentos europeus em matéria de direito internacional privado, os quais evitam definir de modo expresse certos conceitos, trazendo apenas algumas orientações de cunho mais geral para o juiz nacional utilizar na análise do caso concreto.

A ideia subjacente é privilegiar uma interpretação autônoma e teleológica que seja mais adequada aos objetivos propostos pelo próprio elemento de conexão e pelo direito internacional privado das sucessões como um todo em detrimento de uma eventual codificação que poderia engessar e cristalizar um conceito que, por sua natureza, necessita de adaptação e flexibilidade.

Pois bem, residência habitual é um critério de conexão de natureza factual que deve ser compreendido levando em consideração diversas circunstâncias que se mostrem relevantes ao caso concreto e que determinem o centro de vida da pessoa. Por tais motivos, alguns doutrinadores entendem que uma definição jurídica prévia dificilmente seria completa e detalhada o suficiente para ser aplicada a todos os eventos de sucessão que ocorrem na prática³⁶.

O caso *Barvara Mercredi v. Richard Chaffe* julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, embora trate da determinação do conceito de “residência habitual” de uma criança em idade lactente, na acepção do Regulamento (CE) n. 2201/2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, ilustra bem a complexidade da matéria³⁷.

O TJUE afirmou que a residência da criança lactante corresponde ao lugar que traduz uma certa integração da criança num ambiente social e familiar. Para tanto, e quando está em causa a situação de um bebê que se encontra com a mãe há apenas alguns dias em um Estado membro diferente daquele da sua residência habitual, devem ser considerados, por um lado, a duração, a regularidade, as condições e as razões da permanência no território desse Estado membro e da mudança da mãe para

36 RE, Jacopo. 2018, p. 982.

37 TJUE, C-497/10 PPU, caso *Barbara Mercredi v. Richard Chaffe*, julgado em 22 de dezembro de 2010.

o referido país, e, por outro, a idade da criança, as origens geográficas e familiares da mãe, bem como as relações familiares e sociais mantidas por esta e pela criança no mesmo Estado membro.

Em matéria de direito internacional privado de família, além do caso *Mercredi v. Chaffe*, o TJUE já julgou outros três casos em que houve discussão sobre a definição da residência habitual de crianças³⁸. Em todos as decisões, o tribunal afirmou que cabe ao órgão jurisdicional nacional fixar a residência habitual da criança tendo em conta todas as circunstâncias de fato específicas do caso concreto.

Resta evidente que os elementos norteadores para a localização da residência habitual dependerão da relação jurídica analisada. Portanto, quando o mesmo Regulamento (CE) n. 2201/2003 prevê o critério da residência habitual dos cônjuges para determinação do tribunal competente para decidir sobre as questões relativas ao divórcio, separação ou anulação do casamento, certamente fará referência à parâmetros muito diferentes dos apontados pelo TJUE no caso de crianças, levando em consideração aspectos relativos à vida pessoal ou profissional do casal, à intenção e planos futuros, à licença para condução de veículos, suas propriedades imóveis e interesses econômicos, como o pagamento de impostos e taxas³⁹. Tais são algumas das circunstâncias factuais observadas pelas cortes nacionais para fins de determinação da residência habitual⁴⁰.

Por outro lado, a jurisprudência dos tribunais nacionais já se manifestou no sentido de que algumas circunstâncias não são suficientes por si só para determinar onde o indivíduo reside habitualmente. É o caso de o adulto manter relações próximas com parentes em seu país de origem, da visita aos filhos em determinado país, do pagamento de impostos, do registro de imóveis e mesmo do trabalho em certo país onde a pessoa viaja frequentemente⁴¹.

38 TJUE, C-523/07, A, julgado em 2 de abril de 2009; C-376/14, C v. M, julgado em 9 de outubro de 2014; C-111/17, OL v. PQ, julgado em 8 de junho de 2017.

39 *French Cour de Cassation*, 24 de fevereiro de 2016, FRT20160224; *Tribunale di Milano*, 16 de abril de 2014, ITF20140416; *Corte d'appello di Catania*, 2 de outubro de 2015, ITS20151002; *Spanish case*, 12 de março de 2013, ESS20130312; *Tribunale di Roma*, 25 de outubro de 2013, ITF20131025.

40 KRUGER, Thalia. Finding a habitual residence. In: VIARENGO, Ilaria; VILLATA, Francesca (Ed.) *Planning the Future of Cross Border Families: a path through coordination – EUFam's*, 2017. p. 81.

41 KRUGER, Thalia. 2017. p. 81. Nesse sentido, a jurisprudência: *Split court* (Croácia), Ob. 58/2015, 20 de julho de 2015; *Cour d'appel de Colmar* (França), n. 13/01316, 1 de abril de 2014; e

Cumprе ressaltar que ainda não se encontram decisões no TJUE sobre uma interpretação autônoma da residência habitual para adultos na esfera do direito internacional privado de família. Diante dessa situação, tanto os precedentes referentes à residência habitual de crianças, atinentes ao âmbito do direito de família, e os julgados sobre residência habitual para fins de previdência social, focados em adultos e nos seus centros de vida, podem servir de orientação para a determinação do local onde reside habitualmente determinado indivíduo para fins do direito sucessório.⁴²

O que é certo é que mesmo antes de a União Europeia ter competência em questões de direito internacional privado, a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado já usava a residência habitual como critério de conexão em suas convenções. A Conferência escolheu deliberadamente um conceito que não é vinculado a aspectos técnicos legais que podem produzir rigidez e inconsistências perante os diferentes sistemas jurídicos, mas dependente de fatos⁴³. O legislador da União seguiu essa mesma abordagem em seus regulamentos no campo do direito internacional privado.

É incomum encontrar nas convenções internacionais ou nos regulamentos europeus orientações para identificar a residência habitual, porém o Regulamento sobre Sucessões apresenta uma exceção ao indicar modos de o intérprete compreender o instituto nos seus considerados 23 e 24⁴⁴. O método proposto no preâmbulo deriva do princípio da proximidade⁴⁵ e requer uma análise global das circunstâncias de vida do falecido nos anos precedentes à morte e ao tempo do falecimento. O propósito desse princípio é estabelecer a conexão mais estreita e estável com o Estado, considerando os objetivos específicos do Regulamento.

Audiencia Provincial Islas Baleares (Espanha), n. 98/2015, 17 de março de 2015.

⁴² KRUGER, 2017, p. 78.

⁴³ WINTER, Stephen. Home is where the Heart is: Determining 'Habitual Residence' under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. *Washington University Journal of Law and Policy*. Vol. 33, 2010, p. 355.

⁴⁴ Interessante notar que a Proposta de Regulamento não previa inicialmente tais considerandos e a sua inclusão ocorreu por meio do compromisso entre países, como o Reino Unido, que desejam a definição por promover maior segurança jurídica e aqueles que preferiam uma determinação casuística. Ver: HARRIS, Jonathan. The Proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges. *Trust Law International*, Vol. 22, 2008, p. 211. Além disso, ver: Proposta de 14 de outubro de 2009, COM(2009) 154 final.

⁴⁵ LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. *Cours général de droit international privé. Recueil des cours*. Vol. 196, 1986, p. 9.

Após afirmar que para a determinação da competência e da lei aplicável aplica-se como critério de conexão geral a residência habitual do falecido no momento do óbito, o Regulamento estabelece também que “a autoridade que trata da sucessão deverá proceder a uma avaliação global das circunstâncias da vida do falecido durante os anos anteriores ao óbito e no momento do óbito, tendo em conta todos os elementos factuais pertinentes, em particular a duração e a regularidade da permanência do falecido no Estado em causa, bem como as condições e as razões dessa permanência”.

O considerando 24 continua expondo situações particulares decorrentes de circunstâncias complexas que possam envolver a sucessão, prevendo duas hipóteses diferentes. Uma delas seria a possibilidade de o falecido ter vivido no exterior por um longo período, por razões profissionais ou econômicas, mas ter mantido uma relação estreita e estável com o seu Estado de origem. A segunda trata do caso de o falecido ter vivido alternadamente em muitos Estados ou tenha se mudado de um Estado para outro sem ter tido residência permanente em nenhum deles.

Em relação a primeira situação, o intérprete deve analisar as circunstâncias relevantes do caso, verificando se o falecido poderá ser considerado como tendo ainda a sua residência habitual no Estado de origem, no qual se situavam o centro de interesses da sua família e a sua vida social. Na última hipótese, se o falecido for nacional de um dos Estados em que tenha morado de modo alternado ou tenha todos os seus principais bens num desses Estados, a sua nacionalidade ou o local onde se situam esses bens poderia ser um fator especial na apreciação global de todas as circunstâncias factuais para fins de determinação da residência habitual.

Um caso fictício ilustra bem a complexidade da aplicação do Regulamento a situações concretas. James, um nacional irlandês, solteiro e sem filhos, trabalha para uma empresa multinacional que tem escritório em Dublin e na Itália. James é proprietário de imóveis em ambos os países e sua conta bancária principal, na qual recebe seu salário, é em um banco irlandês. Normalmente ele passa quatro dias na semana em Dublin e retorna para a Itália na quinta à noite para passar o final de semana. Esta última circunstância poderia sugerir que o centro da vida de James é na Itália, país em que também possui imóveis. Por outro lado, ele é proprietário de imóveis e tem conta bancária na Irlanda, sendo nacional

irlandês. O caso de James representa a hipótese do considerando 24 em que a pessoa mora em diversos países sem estabelecer em nenhum deles residência permanente. Nesse caso, o papel principal é dado a nacionalidade irlandesa e a localização de imóveis na Irlanda. Portanto, sua residência habitual é na Irlanda⁴⁶.

Em outra situação hipotética, tem-se o caso de Jan, nacional neerlandês, destacado para Polônia para um projeto de dois anos acaba falecendo na Polônia. A sua esposa e filho continuam vivendo na casa de família, nos Países Baixos. A autoridade que trata da sucessão conclui que Jan tinha a sua residência habitual nos Países Baixos, porque era neste país que estavam situados a sua família e amigos e a sua residência principal. Embora o local de trabalho do Jan fosse de fato na Polônia, Jan desejava regressar aos Países Baixos após a conclusão do projeto. Desse modo, a legislação neerlandesa será aplicada à sucessão de Jan⁴⁷.

Em princípio, laços familiares e pessoais, bem como os centro das relações sociais do falecido devem prevalecer sobre os vínculos laborais. Portanto, se uma pessoa atravessa diariamente a fronteira de um país para trabalhar, resta claro que a residência habitual é o local onde ela mora. O mesmo se aplica se o trabalhador possui uma casa em um Estado no qual exerce sua profissão, mas retorna todos os finais de semana para o centro das suas relações familiares e sociais⁴⁸. Porém, certamente, todos os aspectos da vida do *de cuius* devem ser analisados no caso concreto a fim de identificar sua residência habitual no Estado em que tenha os pontos de contato sejam mais significativos.

No caso *Opc' inski građanski sud u Zagrebu*, julgado pelo Tribunal de Zagreb em 2016⁴⁹, um cidadão croata, nascido em 1946, morreu em Zagreb, Croácia, em 25 de janeiro de 2016, tendo sido nesse país a sua última residência habitual. Embora ele tenha morado e trabalhado na Alemanha por 25 anos, mudou-se para a Croácia quando se aposentou. Durante sua vida, ele teve uma estreita conexão com o país de origem, era proprietário de uma casa e visitava regularmente sua família durante as

46 RE, Jacopo. 2018, p. 990-991.

47 Guia do cidadão sobre as Sucessões transnacionais: como as normas da União Europeia simplificam as sucessões internacionais. Disponível em: <https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/61afb4c0-a71b-11e7-837e-01aa75ed71a1>. Acesso em 10 de setembro de 2019.

48 RE, Jacopo. 2018, p. 987-988.

49 Municipal Court of Zagreb, Caso *Opc' inski građanski sud u Zagrebu* de 6 de junho de 2016, n. 1895/16.

férias. Quase todas os seus bens (móveis e imóveis) estavam situadas na Croácia. Existia apenas uma conta bancária registrada em seu nome em Hamburgo, Alemanha. Seus herdeiros são uma sobrinha e dois sobrinhos. Um notário na Croácia, órgão que exerce função judicial nesse país, decidiu que todos os bens imóveis situados em Zagreb, Stenjevac, Gunja, bem como bens móveis (fundos em uma conta bancária em *Zagrebačka banka*) seriam herdados por uma sobrinha na proporção de 2/4 e dois sobrinhos do falecido, cada um em 1/4 dos bens.

O notário aplicou adequadamente o Regulamento de Sucessão, estabelecendo sua jurisdição de acordo com o art. 4 e decidindo que a residência habitual do falecido era na Croácia, ensejando a aplicação da lei croata em conformidade com o artigo 21 do regulamento sucessório, isto é, a lei do Estado onde o falecido tinha a sua última residência habitual. Como medida de precaução, o notário chegou a entrar em contato com o tribunal municipal de Hamburgo, na Alemanha, para verificar se algum processo tinha sido iniciado no tribunal alemão, porém nada foi encontrado. Percebe-se o pouco grau de internacionalidade desse caso, pois o único contato com um país estrangeiro era a existência de uma conta bancária em um Estado diferente e o fato de o falecido ter vivido muitos anos no exterior, não trazendo muitas dificuldades na determinação da residência habitual na Croácia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do estudo do contexto normativo europeu no campo do direito internacional privado depreende-se que, nos respectivos instrumentos jurídicos da União Europeia e na jurisprudência do Tribunal de Justiça, o termo “residência habitual” depende fortemente do seu contexto e que esses elementos conjecturais podem não ser suficientemente levados em consideração, o que, por sua vez, potencializaria o surgimento de resultados “mecânicos” e irracionais. Conforme observado, existe um conjunto de elementos que são extraídos do caso concreto e que variam de acordo com a relação jurídica controvertida, portanto, a noção de residência habitual não é a mesma para regular questões envolvendo divórcio, subtração de crianças, obrigações alimentares e sucessão internacional.

Partindo, assim, da premissa que a definição do critério de conexão da residência habitual dependerá da relação jurídica em análise, o Regulamento sobre Sucessões ao afirmar que a residência habitual do falecido

se situa no Estado em que este tenha o seu principal centro de interesses aproxima-se da ideia proposta pelo princípio da proximidade. De fato, no atual cenário econômico e social, o local da residência habitual do falecido é aonde frequentemente a maior parte dos seus bens está localizada e onde a maioria dos herdeiros, legados e credores também se encontram, circunstância que facilitaria o processo sucessório e a sua execução.

Além disso, a preferência pelo critério de conexão da residência habitual nos regulamentos europeus de um modo geral favorece tanto a integração do estrangeiro na comunidade em que ele desejou se estabelecer quanto a própria liberdade de circulação de pessoas na União Europeia, corolário do Espaço de liberdade, segurança e justiça europeu. Em particular, para determinação da lei aplicável e da competência no âmbito do Regulamento sobre Sucessões, a definição da residência habitual como regra prioritária em caso de ausência da escolha pelo indivíduo visa garantir a aplicação da mesma lei para a inteira sucessão, evitando a utilização da lei da nacionalidade do falecido ou o recurso ao limite da ordem pública em determinadas situações.

Verifica-se, desse modo, que a ausência de previsão expressa acerca de um conceito fechado de residência habitual foi uma escolha consciente do legislador europeu que preferiu fornecer orientações aptas a guiar o juiz nacional na análise do caso concreto e, por meio delas, determinar de modo mais efetivo o local da residência habitual do indivíduo para fins de indicação do foro competente e da lei aplicável à sucessão internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASEDOW, Jürgen. Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne. *Rev. crit. DIP*, 3-2010.

_____. Codificação e Parte Geral no Direito Internacional Privado. In: JAEGER JÚNIOR, Augusto (Org.) *Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: estudos sobre uma codificação do Direito Internacional Privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2016.

BIAGIONI, Giacomo. Alcuni caratteri generali del *forum necessitatis* nello spazio giudiziario europeo. *Cuadernos de derecho transnacional* (Marzo 2012), Vol. 4, Nº 1, pp. 20-36.

BONOMI, Andrea. Successions internationales: conflits de lois et de juridictions. *Recueil des cours*. t. 350 (2010).

_____. Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni, *RDIPP*. Vol. 46, 4-2010.

DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. Il nuovo diritto internazionale privato delle

successioni. *CDT*. Vol. 5, 2-2013.

FRANZINA, Pietro. Sul *forum necessitatis* nello spazio giudiziario europeo. *Revista di Diritto Internazionale*, 2009, p. 1121-1129.

Guia do cidadão sobre as Sucessões transnacionais: como as normas da União Europeia simplificam as sucessões internacionais. Disponível em: <https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/61afb4c0-a71b-11e7-837e-01aa75ed71a1>. Acesso em 10 de setembro de 2019.

HARRIS, Jonathan. The Proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges. *Trust Law International*, Vol. 22, 2008.

KRUGER, Thalia. Finding a habitual residence. In: VIARENGO, Ilaria; VILLATA, Francesca (Ed.) *Planning the Future of Cross Border Families: a path through coordination – EUfam's*, 2017.

LAGARDE, Paul. Kodifizierung des europäischen internationalen Privatrechts?. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, vol. 75, issue 3, 2011.

_____. Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions, *Rev. crit. DIP*, 4-2012.

_____. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé. *Recueil des cours*. Vol. 196, 1986, p. 9-238.

LEIBLE, Stefan; UNBERATH, Hannes (Hrsg.). *Brauchen wir eine Rom O-Verordnung?*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2013.

MELLONE, Marco. La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie, *RDIPP*. Vol. 46, 3-2010, pp. 685-716.

MOSCONI, Franco; CAMPIGLIO, Cristina. *Diritto Internazionale Privato e Processuale: statuto personale e diritto reale*. Milano: UTET. Vol. II, 5 ed, 2019.

NORDMEIER, Carl Friedrich. Direito Internacional Privado das sucessões na União Europeia: a determinação do direito aplicável no novo Regulamento 650/2012, de 4 de julho de 2012. *RSTPR*, Año 2, nº 3; Marzo 2014.

QUEIROLO, Ilaria; CARPANETO, Laura. Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento Roma III. *RDIPP*. Vol. 48, XLVIII, 1-2012.

RE, Jacopo. Where did they live? Habitual residence in the Succession Regulation. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*. Ano LIV, n. 4, 2018.

TONOLO, Sara. Principio di uguaglianza e operatività di norme di conflitto in tema di successione. *Rivista di diritto internazionale*. 4-2012.

ROSSOLILLO, Giulia. *Forum necessitatis* e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto internazionale privato nazionale e dell'Unione europea. *Cuadernos de derecho transnacional*, (Marzo 2010), Vol. 2, Nº 1, pp. 403-418.

Successioni transfrontaliere: verso la semplificazione proposta dalla Commissione. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/12/209&format=HTML&aged=0&language=IT&guiLanguage=en>. Acesso em 5 de março de 2019.

WINTER, Stephen. Home is where the Heart is: Determining 'Habitual Residence'

under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. *Washington University Journal of Law and Policy*. Vol. 33, 2010.

VITTA, Edoardo. Il principio di nazionalità nel diritto internazionale privato italiano. *RDIPP*. Vol. 16, 1980.

JURISDIÇÃO EM MATÉRIA CONTRATUAL NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPEIA

Carmen Tiburcio¹

INTRODUÇÃO

No presente artigo serão abordadas as regras de competência relativas à matéria contratual previstas no direito brasileiro e no direito comunitário europeu. Em ambos os sistemas, há regras de competência *especial*, como as que fixam o juízo competente em razão do lugar onde a obrigação deve ser cumprida e/ou onde ocorreu o ato. A previsão dessas hipóteses, contudo, não exclui a incidência da regra de competência *geral* que, tanto no Brasil quanto na União Europeia, é o foro do domicílio do réu (art. 21, I, CPC/2015 e art. 4º do Regulamento nº 1215/2012).

No caso específico do direito brasileiro, há ainda outras regras de competência para situações específicas que podem envolver questões contratuais, como as que dispõem acerca da competência do Judiciário brasileiro para julgar ações decorrentes de relação de consumo (art. 22, II, CPC de 2015) e relativas a bens imóveis (art. 23, I, CPC de 2015).

Por dever de concisão, o presente trabalho apenas tratará das regras de competência especial relativas ao lugar do cumprimento da obrigação e do local da ocorrência do fato ou ato jurídico. Para auxiliar na compreensão do tema, contudo, antes será feita uma breve introdução acerca das diferenças entre competência *concorrente* e *exclusiva*.

¹ Professora Titular de Direito Internacional Privado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), LLM e SJD pela University of Virginia School of Law, EUA. Conferencista da Academia de Direito Internacional da Haia. Consultora no Escritório Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça & Associados – BFBM. A autora agradece o auxílio da mestranda Stela Porto para a elaboração deste trabalho.

1. COMPETÊNCIA CONCORRENTE E COMPETÊNCIA EXCLUSIVA NO DIREITO BRASILEIRO

A doutrina costumava se referir às hipóteses descritas no CPC de 1973 como relativas à competência concorrente (art. 88) ou exclusiva (art. 89) da autoridade judiciária brasileira: *concorrente*, pois tais situações podem ser decididas também por autoridade judiciária estrangeira, e *exclusiva*, porque aquelas situações só podem ser decididas por autoridade judiciária brasileira. A mesma distinção é aplicável ao Código de 2015 (arts. 21 e 22 – competência concorrente – e art. 23 – competência exclusiva).

Quanto ao ponto, vale notar que a distinção entre competência concorrente e competência exclusiva é relevante: (i) na determinação da competência da autoridade judiciária estrangeira no âmbito da homologação de sentenças estrangeiras (art. 964, caput, CPC/2015²); (ii) para fins de concessão de *exequatur* à carta rogatória (art. 964, parágrafo único, CPC³); e (iii) no contexto da eleição de foro estrangeiro (art. 25, § 1º, CPC/2015⁴).

Nas hipóteses de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira, o STF se recusava – e hoje o STJ mantém a mesma orientação – a homologar a sentença estrangeira. Nos casos de competência concorrente, em posição não muito clara, o STF homologava a sentença estrangeira desde que tivesse havido renúncia à jurisdição nacional, com a consequente submissão à jurisdição estrangeira.⁵ Embora seja ainda precoce qualquer afirmação mais definitiva, o STJ parece estar adotando a mesma orientação quanto ao ponto.⁶

2 CPC/2015, art. 964: “Não será homologada a decisão estrangeira na hipótese de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira.”

3 CPC/2015, art. 964, parágrafo único: “O dispositivo também se aplica à concessão do *exequatur* à carta rogatória.”

4 CPC/2015, 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.”

5 José Carlos Barbosa Moreira destaca que “Ocorrendo qualquer das hipóteses do art. 88, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – ao menos como vem sendo entendida –, a sentença estrangeira apenas será homologável se as partes tiverem acordado em eleger o foro do outro Estado, ou se, ali proposta a ação, o réu se houver submetido à respectiva jurisdição, apresentando defesa perante o juiz estrangeiro”, José Carlos Barbosa Moreira, *Temas De Direito Processual*, 5ª série, p. 140 (1994).

6 “PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. AÇÃO PROPOSTA NO ESTRANGEIRO PARA CONVERTER EM DIVÓRCIO A SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL OCORRIDA NO BRASIL. CITAÇÃO DA REQUERIDA NÃO-COMPROVADA. INDEFERIMENTO DA HOMOLOGAÇÃO. 1. A competência do juízo decorre, geralmente, do domicílio das partes ou de sua submissão ao foro eleito. No caso dos autos, além de o

Da mesma forma, o STF e hoje o STJ sempre se negaram a conceder *exequatur* a rogatórias provenientes do exterior nas hipóteses de competência exclusiva do judiciário brasileiro. Atualmente, não se trata mais de orientação jurisprudencial, mas de determinação legal. O CPC de 2015 também introduziu a possibilidade de eleição de foro estrangeiro, inadmitida nas hipóteses de competência exclusiva do nosso judiciário.

2. HIPÓTESES DE COMPETÊNCIA EM MATÉRIA CONTRATUAL

2.1. LOCAL DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO

O lugar do cumprimento da obrigação é hipótese de competência especial, aplicável em matéria obrigacional, especialmente aos litígios de natureza contratual. Trata-se de critério adotado largamente no direito estrangeiro e que visa atender principalmente ao princípio da proximidade, já que se parte da premissa de que o lugar da execução tem mais ligações com a hipótese concreta do que qualquer outro elemento objetivo ou subjetivo da relação jurídica. Além disso, privilegia o elemento da segurança e previsibilidade, já que o lugar do cumprimento da obrigação é mais certo e menos aleatório do que o lugar da celebração do contrato, por exemplo.

No Brasil, reproduzindo regra que já constava do art. 12, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n.º 4.657 de 4 de setembro de 1942),⁷ o inciso II do art. 88 do Código de Processo Civil de 1973 dispunha que era competente a autoridade judiciária brasileira quando aqui fosse o lugar do cumprimento da obrigação, tratando-se de regra de competência especial, aplicável em matéria obrigacional: “É competente a autoridade judiciária brasileira quando: II. no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação.” O CPC de 2015 manteve esta hipótese de competência

requerente e a requerida serem domiciliados no Brasil, a exceção declinatória do foro, por ela oferecida, indica sua negativa de submissão à jurisdição concorrente. 2. Para homologação de sentença estrangeira proferida em processo judicial proposto contra pessoa residente no Brasil, é imprescindível que tenha havido a sua regular citação por meio de carta rogatória ou se verifique legalmente a ocorrência de revelia. 3. “Ainda que a citação assim tivesse sido procedida, viciada estaria a competência do juízo alienígena pela expressa recusa da pessoa citanda de se submeter àquela jurisdição, nos termos da jurisprudência uniforme da Corte”. Precedentes do STF.

4. A competência para conversão da separação judicial é exclusiva do juiz brasileiro, conforme inteligência do art. 7º da LICC, segundo o qual a lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre os direitos de família. 5. Homologação indeferida. (negrito acrescentado) (STJ, DJ 25.06.2009, SEC 1763 PT 2007/0133333-7, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima).

7 LICC, art. 12. “É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação”.

concorrente (art. 21, II).

Note-se que não se altera a competência internacional do juiz brasileiro se o réu alega em sua resposta, por exemplo, a inexistência ou invalidade do contrato ou mesmo se o juiz decide pela inexistência da relação jurídica discutida pelo autor, haja vista que tal matéria integra o próprio mérito da ação.⁸ Nesse caso, ainda que seja proferida decisão em eventual reconvenção, não se pode alegar a nulidade do processo por falta de pressuposto processual (jurisdição), visto que a competência para apreciar a matéria é determinada não por alegações de mérito, mas fixada anteriormente a ela.⁹

Questão especialmente tormentosa é saber se o inciso II do art. 21

8 Como bem ressaltado por Tornaghi: “Para avaliar da competência brasileira deve levar-se em conta a relação jurídica tal qual foi apresentada em juízo e, que será objeto da controvérsia judicial (quid disputandum), deixando-se de lado a questão, que é de mérito, da efetiva existência da obrigação (quid decidendum).” Hélio Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 306 (1974). Da mesma forma como é, para a fixação da competência internacional do juiz brasileiro com fundamento no art. 88, III, a ocorrência ou não do evento danoso com base no qual se pleiteia indenização, questão de mérito que não deve ser analisada neste momento. No direito francês não se adota este critério, pois havendo contestação séria sobre a existência do contrato, não se aplica essa regra fixadora da competência internacional. V. Hélène Gaudemet-Tallon, *Compétence et Exécution des Jugements en Europe*, p. 133 (2002).

9 Trata-se da teoria da asserção Leonardo Greco, *Instituições de Processo Civil*, vol. I, p. 222-223 (2015): “A teoria da asserção enuncia que o juiz afere a presença das condições da ação apenas à luz da hipótese narrada pelo autor na sua petição inicial. Assim, esse tem de formular um pedido compatível com todas as circunstâncias de fato e de direito por ele apresentadas, para que a demanda, analisada apenas à luz dessas afirmações, se apresente como juridicamente possível, necessária e instaurada entre as partes legítimas. Se em face dos fatos e do direito expostos pelo autor na petição inicial, o pedido se apresenta hipoteticamente, abstratamente, lícito, evidenciado a necessidade de recorrer ao exercício da jurisdição e as partes aparentam ser as titulares da relação jurídica de direito material, então, concorrem as condições da ação. Por outro lado, se o réu contesta os fatos ou o direito alegado pelo autor, o juiz terá de decidir se realmente o pedido é lícito ou não, se o autor é ou não parte daquela relação jurídica de direito material, ou se o autor tem necessidade daquela prestação jurisdicional, e, então, nesse momento, ele o faz como exame do mérito, e não mais como simples aferição preliminar da presença das condições da ação”.

José Carlos Barbosa Moreira, *Legitimação para Agir. Indeferimento de Petição Inicial*, Temas de Direito Processual, p. 200 (1977): “O exame da legitimidade, pois – como o de qualquer das ‘condições da ação’ –, tem de ser feito com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a res in iudicium deducta. Significa isso que o órgão judicial, ao apreciar a legitimidade das partes, considera tal relação jurídica in statu assertionis, ou seja, à vista do que se afirmou. Tem ele de raciocinar como quem admita, por hipótese, e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para a ocasião própria (o juízo de mérito) a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória”. STJ, DJ 20 06. 2011, REsp 1119437 / AM, Rel. Min. Luis Felipe Salomão: “Conforme a teoria da asserção, a competência territorial é fixada a partir da narrativa formulada pelo autor, de acordo com os fatos alegadamente constitutivos do seu direito.” STJ, DJ 02 05.2014, AgRg no AREsp 462204 / RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti: “Em ação de indenização por dano moral, originada de publicação, no jornal Tribuna do Advogado, tida por ofensiva, pelo Advogado agravado, por parte do Advogado ora agravante, foram rejeitadas exceção de incompetência da Justiça Estadual e ilegitimidade passiva dos réus, então responsáveis por aludido periódico, sob o fundamento de tratar-se de ação movida não contra a Ordem dos Advogados do Brasil, mas contra pessoas físicas, apontadas como ofensoras, de modo que válida, até o deslinde final, a teoria da asserção, pela qual fixadas a competência e a legitimidade “ad causam” segundo o relato da petição inicial.”

do CPC de 2015 seria também aplicável no caso de uma demanda pela qual se busque justamente a declaração de inexistência ou invalidade de um contrato, ainda que a obrigação principal tivesse de ser cumprida no Brasil. Em manifestação isolada, o STJ respondeu negativamente à questão.¹⁰ Como se verá abaixo, a Europa adota entendimento diverso.

Não se pode concordar com essa decisão do STJ, pois as hipóteses de competência internacional determinam somente quando o Judiciário brasileiro pode atuar em função desses vínculos eleitos pelo legislador processual como relevantes para justificar o exercício da atividade jurisdicional (domicílio do réu, obrigação a ser cumprida no Brasil e ato ou fato ocorrido no Brasil). Isso não significa que a jurisdição só pode ser exercida para questões atinentes ao descumprimento das obrigações do réu (quando a jurisdição é exercida em função do domicílio do réu) ou para as questões relativas à execução da obrigação (na situação de exercício da jurisdição em razão de obrigação a ser cumprida no país) ou ainda somente para questões relativas ao ato/fato aqui ocorrido. A jurisdição pode ser fixada em virtude de a obrigação ser cumprida no Brasil (art. 21, II do CPC de 2015) e aqui se discutir a validade do contrato, bem como a jurisdição pode ser exercida em razão de o contrato ter sido celebrado no Brasil (art. 21, III do CPC de 2015) e aqui se discutir a execução do negócio. De forma alguma as regras sobre jurisdição limitam a cognição estritamente às hipóteses mencionadas para permitir a atuação do julgador. A interpretação da norma é, portanto, ampla.¹¹ Registre-se, porém, que a jurisdição brasileira, ainda que presente, pode ser afastada em situações específicas, com base em princípios.

Além disso, pouco importa o local onde a obrigação foi contraída para os fins de aplicação do inciso II.¹² O ponto é óbvio, já que as hipóteses de competência do Judiciário brasileiro não são cumulativas: basta que uma

10 Em um caso relativamente antigo e isolado, não se reconheceu a competência internacional da justiça brasileira para uma demanda em que se pleiteava a declaração de nulidade de contrato celebrado no exterior, não estando o réu aqui domiciliado. Lê-se no voto do Ministro Relator: “No que diz com a pretensão de nulidade contratual, há que se admitir como certo que, em princípio, não seria competente a Justiça brasileira. É que indubitavelmente não se verifica qualquer das hipóteses previstas no artigo 88 e 89 do Código de Processo Civil. Saliente-se que o item II do artigo 88 incide quando seja demandado o cumprimento da obrigação, o que não se verifica na hipótese, sendo irrelevante a alegação da inicial de que o autor aqui cumpria obrigações contratuais.” STJ, DJ 03.09.1990, REsp 2.170/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro.

11 Diversamente do que ocorre na União Europeia quando se adota, como regra, uma interpretação restritiva das hipóteses de competência internacional. V. Hélène Gaudemet-Tallon, *Compétence et Exécution des Jugements en Europe*, p. 126 (2002).

12 Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, p. 303 (2008), Hélio Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, p. 305 (1974).

delas esteja presente para que o Judiciário nacional possa atuar. Portanto, não tem qualquer relevância onde a obrigação foi contraída ou o local do domicílio dos réus, bastando que a obrigação deva ser cumprida no Brasil.

Observe-se que, durante a vigência do CPC de 1973, o STJ proferiu decisões que parecem ter conferido peso excessivo a essa hipótese de competência concorrente. Em situações envolvendo obrigações a serem cumpridas no Brasil, com eleição de foro estrangeiro, as decisões parecem ter conferido à hipótese *status* semelhante à competência exclusiva, afirmando que quando a obrigação tiver de ser cumprida no Brasil o Judiciário brasileiro será sempre competente e a eleição de foro estrangeiro não produzirá efeitos no país.¹³

Seguindo essa mesma linha, vale observar que o STJ, em casos nos quais admitiu a eleição de foro estrangeiro, fez questão de ressaltar que “é o país estrangeiro o local de execução e cumprimento das obrigações”, parecendo entender que, como as obrigações teriam que ser cumpridas no exterior, não incidiria o inciso II do art. 88 do CPC de 1973, e haveria mesmo uma “bilateralização” desta hipótese de competência “exclusiva”.¹⁴

13 Exemplos dessa orientação: STJ, DJ 02.10.2000, REsp 251.438/RJ, Min. Barros Monteiro: “COMPETÊNCIA INTERNACIONAL. CONTRATO DE CONVERSÃO DE NAVIO PETROLEIRO EM UNIDADE FLUTUANTE. GARANTIA REPRESENTADA POR “PERFORMANCE BOND” EMITIDO POR EMPRESAS ESTRANGEIRAS. CARÁTER ACESSÓRIO DESTES ÚLTIMO. JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL BRASILEIRO EM FACE DA DENOMINADA COMPETÊNCIA CONCORRENTE (ART. 88, INC. II, DO CPC). O “Performance bond” emitido pelas empresas garantidoras é acessório em relação ao contrato de execução de serviços para a adaptação de navio petroleiro em unidade flutuante de tratamento, armazenamento e escoamento de óleo e gás. Caso em que empresas as garantidas se sujeitam à jurisdição brasileira, nos termos do disposto no art. 88, inc. II, do CPC, pois no Brasil é que deveria ser cumprida a obrigação principal. Competência internacional concorrente da autoridade judiciária brasileira, que não é suscetível de ser arredada pela vontade das partes. A justiça brasileira é indiferente que se tenha ajuizado ação em país estrangeiro, que seja idêntica a outra que aqui tramite. Incidência na espécie do art. 90 do CPC. Recurso especial não conhecido, prejudicada a medida cautelar.” e STJ, DJ 03.09.2008, REsp 804.306/SP, Min. Rel. Nancy Andrighi: “Processo civil. Competência internacional. Contrato de distribuição no Brasil de produtos fabricados por empresa sediada no Reino Unido. Impropriedade do termo “leis do Reino Unido”. Execução de sentença brasileira no exterior. Temas não prequestionados. Súmulas 282 e 356 do STF. Execução contratual essencialmente em território brasileiro. Competência concorrente da justiça brasileira. Art. 88, inc. II, do CPC. Precedentes. - As alegações não enfrentadas e decididas pelo Tribunal local não podem ser apreciadas pelo STJ, pela ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF. A autoridade judiciária brasileira tem competência para apreciar ação proposta por representante brasileira de empresa estrangeira, com o objetivo de manutenção do contrato de representação e indenização por gastos efetuados com a distribuição dos produtos. - O cumprimento do contrato de representação deu-se, efetivamente, em território brasileiro; a alegação de que a contraprestação (pagamento) sempre foi feita no exterior não afasta a competência da justiça brasileira. Recurso especial não conhecido.”

14 “RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO ESTRANGEIRO. CONTRATO INTERNACIONAL DE IMPORTAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 05 E 07

Em sentido contrário, acertadamente, decisão notória do STF admitiu eleição do foro de Montevideu mesmo em caso envolvendo obrigação a ser cumprida no Brasil, quando vigorava somente a LICC de 1942.¹⁵ Pela própria definição de competência concorrente, trata-se de hipótese que pode ser afastada pela vontade das partes. Portanto, não faz sentido interpretação em sentido diverso. Como já se mencionou, trata-se de discussão ultrapassada no direito brasileiro, tendo em vista que o CPC de 2015 expressamente admitiu a eleição de foro estrangeiro (art. 25).

A competência especial do lugar do cumprimento da obrigação também está presente no direito comunitário desde a Convenção de Bruxelas, em 1968 (5º(1)).

“Artigo 5º

O réu com domicílio no território de um Estado contratante pode ser demandado num outro Estado contratante:

1. Em matéria contratual, perante o tribunal do lugar onde a obrigação foi ou deve ser cumprida;”

A Convenção de Adesão da Dinamarca, Reino Unido e Irlanda, de 1978, alterou o dispositivo da seguinte forma:

“Artigo 5º

1. O ponto 1 do artigo 5º da Convenção de 1968, no texto em língua francesa, passa a ter a seguinte redacção:

‘1. en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l’obligation qui

DO STJ. AUSÊNCIA DE QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA.(...) 3. As conclusões da Corte a quo no sentido de que, in casu, é de importação a natureza do contrato entabulado entre as partes e de que **é o país estrangeiro o local de execução e cumprimento das obrigações**, decorreram da análise de cláusulas contratuais e do conjunto fático-probatório carreado aos autos, pelo que proscrito o reexame da questão nesta via especial.” (STJ, DJ 24.08.2010, REsp 1177915/RJ, Min. Rel. Vasco della Giustina). No mesmo sentido, STJ, DJ 25.03.2011 EDcl nos EDcl no REsp 1159796/PE, e STJ, DJ 21.03.2005, REsp. 242.383/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. O trecho do voto do Ministro Carlos Alberto Direito resume o julgamento: “(...) **primeiro, que o contrato haveria de ser cumprido nos Estados Unidos; não haveria, portanto, cumprimento de contrato em território brasileiro.** Segundo, que não havia agência ou filial dessa empresa no Brasil, o que, a meu sentir, já é motivo suficiente para desqualificar qualquer possível violação do inciso II do art. 88 do Código de Processo Civil. E, finalmente, que, seja no contrato originário, seja quando da rescisão do contrato, há cláusula expressa de prevalência do foro de eleição. (...) não há nenhuma vedação a que se ponha o foro de eleição em contratos internacionais, mesmo porque, no momento em que restringimos a possibilidade do foro internacional, estaremos limitando a capacidade negocial do País em um mundo que, hoje, rapidamente processa os contratos em termos supranacionais”. (grifos acrescentados).

15 STF, DJ 24.01.1957, RE 30636, Rel. Min. Candido Mota Filho: “Foro do contrato, admissibilidade de eleição do foro estrangeiro. Art. 12 da Introdução ao Cód. Civil. O direito brasileiro reconhece o foro contratual, salvo quando existir impedimento de ordem pública”.

*sert de base à la demande a été ou doit être exécutée;*¹⁶

Depois dessa alteração, a Convenção foi novamente modificada em 1989, desta vez para acrescentar regras específicas ao contrato de trabalho.¹⁷ A Convenção de Adesão de 1996 não alterou o dispositivo,¹⁸ que tem o seguinte teor segundo a última versão consolidada oficial em português da Convenção de Bruxelas:

“Artigo 5º

O requerido com domicílio no território de um Estado contratante pode ser demandado num outro Estado contratante:

*1. Em matéria contratual, perante o tribunal do lugar onde a obrigação que serve de fundamento ao pedido foi ou deva ser cumprida; em matéria de contrato individual de trabalho, esse lugar é o lugar onde o trabalhador efectua habitualmente o seu trabalho e, se o trabalhador não efectuar habitualmente o seu trabalho no mesmo país, a entidade patronal pode igualmente ser demandada perante o tribunal do lugar onde se situa ou se situava o estabelecimento que contratou o trabalhador.”*¹⁹

A alteração, todavia, não foi suficiente para evitar que o dispositivo fosse o que mais suscita dúvidas de interpretação perante o Tribunal europeu, que formou rica jurisprudência a esse respeito.²⁰

Inicialmente, deve-se atentar que, por instituir uma exceção à regra geral do foro do domicílio do réu, o Tribunal europeu tem conferido

16 A alteração seguiu de perto decisão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em um dos primeiros e mais importantes casos julgados acerca deste dispositivo da Convenção de Bruxelas, o caso *De Bloos*, quando o Tribunal afirmou no ponto 13 do acórdão: “it follows that for the purposes of determining the place of performance within the meaning of article 5, quoted above, the obligation to be taken into account is that which corresponds to the contractual right on which the plaintiff’s action is based.” Caso *De Bloos* (C-14/76), j. 06.10.1976, *Journal du Droit International* p. 702 (1977), notas de Bischoff e A. Huet, *Revue Critique de Droit International Privé*, p. 761 (1977), notas de Gothot e Holleaux.

17 Convenção de San Sebastián, *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, série L, n.º 388, p. 1 (1989). Atente-se que, no Regulamento n.º 44/2001, as regras relativas aos contratos de trabalho não estão mais no art. 5º, mas nos arts. 18 a 21.

18 *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, série C, n.º 15, p.1 (1997).

19 *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, série C, n.º 27, p.1-27 (1998).

20 A título exemplificativo, julgaram-se os seguintes casos acerca do art. 5.1: caso *Tessili* (12/76), j. 06.10.1976; caso *De Bloos* (14/76), j. 06.10.1976; caso *Ivenel* (133/81), j. 26.05.1982; caso *Kalfelis* (189/87), j. 27.09.1988; caso *Soc. Mulox I.B.C.* (C-125/92), j. 13.07.1993; caso *M.S.G. contra Les Gravières Rhénanes S.A.R.L.* (C-106/95), j. 20.02.1997; caso *Van Uden* (C-351/95), j. 17.11.1998; Caso *Groupe Concorde* (C-440/97), j. 28.09.1999; caso *Leathertex* (C-420/97), j. 05.10.1999; caso *Besix* (C-256/00), j. 19.02.2002; caso *H. Weber* (C-37/00), j. 27.02.2002. A rica jurisprudência do TJCE mantém-se atual e aplicável ao Regulamento (CE) 44/2001 (exceção feita às alterações presentes no artigo 5.1.b e àquelas presentes na nova seção cinco (art.18 a 21) dedicada especificamente ao contrato de trabalho).

interpretação restritiva ao dispositivo.²¹ Registre-se também que essa hipótese de competência especial coexiste com a hipótese de competência geral, à escolha do autor.²² Vejamos algumas das questões já enfrentadas. Vale ressaltar mais uma vez, todavia, que nem sempre as soluções adotadas no direito da União Europeia devem ser transpostas para o direito brasileiro, principalmente em função da natureza das regras europeias vis-a-vis as regras brasileiras sobre jurisdição, estas previstas essencialmente na legislação ordinária e unilaterais.

A primeira questão recorrente diz respeito à noção de *matéria contratual*. Assim, por exemplo, poderia um litígio envolvendo responsabilidade pré-contratual ser tratado como versando matéria contratual? O Tribunal de Justiça já respondeu negativamente, tendo em vista os elementos do caso que lhe foi submetido.²³ O Tribunal, todavia, diferentemente do que já fizera, por exemplo, com relação à expressão *ação real* (art. 16.1 da Convenção de Bruxelas), não construiu uma noção comunitária completa para *matéria contratual*. Com efeito, embora já tenha afirmado que se deve buscar uma noção autônoma e desvinculada de

21 Caso *Kalfelis* (C-189/87), j. 27.09.1988, ponto 8 do acórdão; caso *Six Constructions* (C-32/88), j. 15.02.1989, ponto 14 do acórdão; caso *Jakob Handte* (C-26/91), ponto 14 do acórdão; caso *Shearson Lehman Hutton* (C-89/91), pontos 14 e 15 do acórdão, e caso *Antonio Marinari* (C-364/93), pontos 13 a 15 do acórdão.

22 Caso *H. Weber* (C-37/00), j. 27.02.2002, item 56 da decisão.

23 No caso *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA contra Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH* (C-334/00), j. 17.09.2002, o Tribunal de Justiça afirmou na parte dispositiva do acórdão que: “Em circunstâncias como as do processo principal, caracterizado pela inexistência de um compromisso livremente assumido por uma parte perante a outra durante as negociações para a formação de um contrato e pela eventual violação de regras jurídicas, nomeadamente da que impõe às partes o dever de agir de boa fé no âmbito dessas negociações, a acção em que se invoca a responsabilidade pré-contratual do demandado integra-se no domínio extracontratual, na acepção do artigo 5.º, ponto 3, da Convenção de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, na redacção dada pela Convenção de 9 de Outubro de 1978 relativa à adesão do Reino da Dinamarca, da Irlanda e do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, pela Convenção de 25 de Outubro de 1982 relativa à adesão da República Helénica e pela Convenção de 26 de Maio de 1989 relativa à adesão do Reino de Espanha e da República Portuguesa.” Versão em português disponível em < <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62000CJ0334&lang1=en&lang2=PT&type=TEXT&ancre=>>, acesso em 01 de outubro de 2019. A ação fundava-se na violação do dever imposto pelo art. 1337 do Código Civil italiano de que as partes devem, no âmbito da negociação e da formação de um contrato, proceder segundo as regras da boa fé. As questões postas pela Corte de Cassação italiana na decisão de reenvio foram assim formuladas: “1) A acção em que se invoca a responsabilidade pré-contratual do demandado integra-se no domínio extracontratual (artigo 5º, ponto 3, da Convenção de Bruxelas)? 2) Na negativa, esta acção integra-se no domínio contratual (artigo 5º, ponto 1, da Convenção de Bruxelas), e, na afirmativa, qual é a obrigação que serve de fundamento ao pedido? 3) Em caso de resposta negativa, é de aplicar a essa acção unicamente o critério geral do domicílio do demandado?”.

reenvio ao direito interno dos Estados-membros,²⁴ o Tribunal não formulou, ao menos abstratamente, tal conceito.²⁵

Registre-se que, tendo em vista o objetivo de se analisar a jurisprudência europeia para se ilustrar questões também relativas ao direito brasileiro, esse ponto (determinação da matéria contratual) não é determinante para fixar a jurisdição brasileira, pois nossa legislação não fixa essa hipótese – lugar do cumprimento da obrigação – somente para matéria contratual, como faz o direito europeu. O legislador processual elegeu o vínculo “obrigação a ser cumprida no Brasil” para permitir o exercício da jurisdição, sem que isso signifique uma limitação material sobre os temas passíveis de serem decididos pelo Judiciário brasileiro, como já se apontou.

Voltando ao direito europeu, a segunda questão diz respeito à aplicação do dispositivo a demandas em que se impugne a existência ou validade de um contrato. No caso *Effer c. Kantner* (C-38/81), a controvérsia dizia respeito à execução de um contrato e o réu opôs exceção de incompetência alegando que o contrato não teria sido ainda formado. Ao responder ao reenvio, o TJCE afirmou que na competência do juiz nacional inclui-se a de analisar a existência do contrato.²⁶ Note-se, entretanto, que o Tribunal não enfrentou

24 Caso *Martin Peters* (C-34/82), j. 22.03.1983, ponto 8 e 9 do acórdão: “[...] in order to ensure as far as possible the equality and uniformity of the rights and obligations arising out of the convention for the contracting states and the persons concerned, that concept should not be interpreted simply as referring to the national law of one or other of the states concerned” e “[...] the concept of matters relating to a contract should be regarded as an independent concept which, for the purpose of the application of the convention, must be interpreted by reference chiefly to the system and objectives of the convention, in order to ensure that it is fully effective”. Caso *Arcado* (C-9/87), j. 08.03.1988, pontos 10 e 11 do acórdão: “10 Como o Tribunal o decidiu no seu acórdão de 22 de março de 1983 (*Peters/ZNAV*, 34/82, Recueil, p. 987), a noção de matéria contratual serve de critério para delimitar o âmbito de aplicação de uma das regras de competência especial facultadas ao autor. Tendo em conta os objetivos e a economia geral da convenção, importa, com vista a assegurar na medida do possível a igualdade e a uniformidade dos direitos e obrigações que decorrem da convenção para os Estados contratantes e para as pessoas interessadas, não interpretar esta noção como uma simples remissão para o direito interno de um ou de outro dos Estados em causa. 11 Deste modo, deve considerar-se a noção de matéria contratual como uma noção autónoma que é necessário interpretar, para a aplicação da convenção, por referência principalmente ao sistema e aos objetivos da referida convenção, com vista a assegurar à mesma a sua plena eficácia.”

25 T. P. Kennedy, Dermot Cahill, Vincent Ower, Niamh Connery, *European Law*, p. 288 (2011).

26 Caso *Effer c. Kanter* (C-38/81), j. 04.03.1982, ponto 7 do acórdão: “it follows from the provisions of the convention, and in particular from those in section 7 of title II, that, in the cases provided for in article 5 (1) of the convention, the national court’s jurisdiction to determine questions relating to a contract includes the power to consider the existence of the constituent parts of the contract itself, since that is indispensable in order to enable the national court in which proceedings are brought to examine whether it has jurisdiction under the convention. If that were not the case, article 5 (1) of the convention would be in danger of being deprived of its legal effect, since it would be accepted that, in order to defeat the rule contained in that provision it is sufficient for one of the parties to claim that the contract does not exist. On the contrary, respect for the aims and spirit of the convention demands that that provision should be construed as meaning that the court called upon to decide a dispute arising out of a contract may examine, of its own motion even, the essential

diretamente a questão, já que nesse caso a inexistência do contrato surgiu incidentalmente como defesa do réu em sua exceção de incompetência. Nada obstante, há manifestações mais claras a favor da aplicação do art. 5º (1) para demandas em que se questione a existência ou validade de um contrato.²⁷

A terceira questão diz respeito a demandas em que se discuta uma obrigação de não fazer. Tratando-se de uma obrigação de não fazer que não seja territorialmente limitada, já decidiu o Tribunal ser inaplicável o art. 5º(1), devendo a demanda ser proposta no foro do domicílio do réu (art. 2º da Convenção).²⁸

*preconditions for its jurisdiction, having regard to conclusive and relevant evidence adduced by the party concerned, establishing the existence or the inexistence of the contract. This interpretation is, moreover, in accordance with that given in the judgment of 14 december 1977 in Case 73/77 (Sanders v Van der Putte (1977) ECR 2383) concerning the jurisdiction of the courts of the state where the immovable property is situated in matters relating to tenancies of immovable property (article 16 (1) of the convention). In that case the court held that such jurisdiction applies even if there is a dispute as to the 'existence' of a lease.”. Vejam-se também os comentários ao acórdão na *Revue Critique de Droit International Privé* p. 570 (1982), com notas de H. Gaudemet-Tallon, e no *Journal du Droit International* p. 473 (1982), com notas de A. Huet.*

27 Nesse sentido, por exemplo, Corte de Cassação francesa, 1ª Câmara Civil, decisão de 25.01.1983, *Revue Critique de Droit International Privé* p. 516, (1983) e decisão de 27.06.2000, *Revue Critique de Droit International Privé*, p. 148 (2001), *Journal du Droit International*, p. 137 (2001), relatada por André Huet que concorda com a solução. Também nesse sentido H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et Exécution des Jugements en Europe*, p. 135 e notas de rodapé 26 e 27 (2002). A questão, todavia, é tormentosa e, ainda que se aplique o art. 5.1, resta a dúvida sobre o foro competente: seria qualquer dos foros onde foram ou deveriam ser cumpridas as obrigações do contrato ou somente o foro onde foi ou deveria ser cumprida a obrigação característica do contrato? Sim, porque se a demanda questiona a existência ou validade de um contrato, então, seguindo-se a regra firmada a partir do caso *De Bloos*, qual seria a obrigação que serve de base ao pedido?

28 Caso *Besix* (C-256/00), j. 19.02.2002, *Revue Critique de Droit International Privé*, p. 577, (2002), com notas de H. Gaudemet-Tallon. Lê-se na parte dispositiva do acórdão: “A regra de competência especial em matéria contratual, enunciada no artigo 5.º, ponto 1, da Convenção de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, tal como alterada pela Convenção de 9 de Outubro de 1978 relativa à adesão do Reino da Dinamarca, da Irlanda e do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, não se aplica num caso em que, como no processo principal, o lugar de cumprimento da obrigação que serve de fundamento à ação judicial não pode ser determinado, em virtude de a obrigação contratual controvertida consistir num compromisso de não fazer que não inclui qualquer limitação geográfica e que se caracteriza, portanto, por uma multiplicidade dos locais onde foi ou devia ser cumprida; nesse caso, a competência só pode ser determinada por aplicação do critério geral de competência previsto no artigo 2.º, primeiro parágrafo, da referida convenção.” Esta solução, bastante apropriada, evita, como o próprio Tribunal reconheceu, uma multiplicação de foros competentes. Veja-se, nos pontos 27 e 28 do acórdão que: “[...] é de jurisprudência constante ser indispensável evitar, na medida do possível, a multiplicação dos órgãos jurisdicionais competentes relativamente ao mesmo contrato, a fim de prevenir o risco de decisões contraditórias e de facilitar, assim, o reconhecimento e a execução das decisões judiciais fora do Estado onde foram proferidas (v. acórdãos de 6 de Outubro de 1976, *De Bloos*, 14/76, Colect., p. 605, n.º 9; de 15 de Janeiro de 1987, *Shenavai*, 266/85, Colect., p. 239, n.º 8; de 13 de Julho de 1993, *Mulox IBC*, C-125/92, Colect., p. I-4075, n.º 21; de 9 de Janeiro de 1997, *Rutten*, C-383/95, Colect., p. I-57, n.º 18, e de 5 de Outubro de 1999, *Leathertex*, C-420/97, Colect., p. I-6747, n.º 31). 28 Do que precede resulta que o artigo 5.º, ponto 1, da Convenção de Bruxelas deve ser interpretado no sentido de que, caso a obrigação contratual pertinente tenha sido ou deva ser cumprida em diversos locais distintos, a competência para conhecer do litígio não pode ser reconhecida ao órgão jurisdicional sob cuja alçada se situa qualquer um desses lugares de execução”.

No Brasil, caso seja possível se definir o lugar onde a obrigação de não fazer seja cumprida, aplica-se o inciso II do art. 21, do CPC de 2015. Em caso negativo, como na Europa, não se aplica essa hipótese de competência internacional do Judiciário brasileiro.

A quarta questão diz respeito à determinação do local onde a obrigação foi ou deveria ser cumprida. A partir do caso *De Bloos* (C-14/76) e da Convenção de Adesão de 1978, a obrigação que deve ser considerada para os fins do art. 5º(1) é aquela presente na causa de pedir da demanda.²⁹ Mas, então, se coloca outra questão: qual a lei que determinará o local do cumprimento da obrigação? Em tese, seria possível determinar o local do cumprimento da obrigação segundo a *lex fori* do tribunal nacional ou segundo a *lex causae* (a lei aplicável ao mérito da controvérsia). O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no caso *Tessili* (C-12/76) adotou a segunda opção,³⁰ confirmada pelo Tribunal em outros casos.³¹ A partir do

29 E não a obrigação característica do contrato, tampouco qualquer uma das obrigações dele decorrentes. Assim, tratando-se de um contrato de compra e venda, o foro em que o comprador poderá demandar a entrega da mercadoria é distinto do foro em que o vendedor poderá demandar o pagamento do preço. Assim, segundo essa jurisprudência não era incomum que um contrato fosse submetido a mais de uma jurisdição quando havia mais de uma obrigação, de igual hierarquia, caso *Leathertex v Bodetex*, (C-420/97), j. 05.10.1999. Mas, como será visto, a partir do Regulamento nº 44/2001, para os contratos de compra e venda e de prestação de serviços essa dualidade de foros não mais subsiste (art. 5.1.b. do Regulamento estipula um único foro, independente da obrigação presente na causa de pedir da demanda).

30 “The ‘place of performance of the obligation in question’ within the meaning of article 5 (1) of the Convention of 27 september 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters is to be determined in accordance with the law which governs the obligations in question according to the rules of conflict of laws of the court before which the matter is brought.” Caso *Tessili* (C-12/76), j. 06.10.1976, o dispositivo do acórdão em francês é o seguinte: “le lieu ou l’obligation a été ou doit être exécutée; au sens de l’article 5, 1°, de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale, est déterminé conformément à la loi qui régit l’obligation litigieuse selon les règles de conflit de la jurisdiction saisie”. Esta solução foi lógica para Gaudemet-Tallon, já que: “[...] étant donné la diversité des droits nationaux par exemple quant au lieu d’exécution d’une obligation de paiement, retenir la compétence de la lex fori aurait été consacrer le forum actoris pour tous les créanciers demandeurs domiciliés dans un État où le paiement est portable; à l’inverse, si le créancier demandeur était domicilié dans un État où le paiement est quérable, l’option de l’art. 5-1° (C) se serait trouvée pratiquement supprimée, le domicile du débiteur défendeur se confondant alors avec le lieu de l’exécution de l’obligation de paiement.” Vide Hélène Gaudemet-Tallon, *Compétence et Exécution des Jugements en Europe*, p.149 (2002).

31 Neste sentido, bastante expressiva a seguinte passagem do acórdão no caso *Besix* (C-256/00): “Além disso, na perspectiva da jurisprudência constante desde o acórdão de 6 de Outubro de 1976, *Tessili* (12/76, Colect., p. 585), segundo a qual o lugar do cumprimento da obrigação controvertida deve ser determinado em conformidade com a lei que regula essa obrigação de acordo com as normas de conflitos que vinculam o órgão jurisdicional a quem a questão foi submetida e atendendo ao facto de a Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, aberta a assinatura em Roma em 19 de Junho de 1980 (JO L 266, p. 1; EE 01 F3 p. 36), não ser aqui aplicável – a lei belga de aprovação limita a sua aplicação apenas aos contratos celebrados após 1 de Janeiro de 1988 –, o direito internacional privado belga considera aplicável, na falta de fixação pelas partes como aqui se verifica, a lei do Estado com o qual o contrato apresenta maior conexão.” Vide caso *Besix* (C-256/00), j. 19.02.2002, ponto 17 do acórdão. *Revue Critique de Droit International Privé*,

Regulamento nº 44/2001 – mantido no Regulamento nº 1215/2012 – para os contratos de compra e venda e de prestação de serviços, essa dualidade de foros não mais subsiste.

Questão também polêmica envolve obrigações cumpridas em locais diferentes. O Tribunal entendeu que nessas situações, além da regra de competência geral, o demandante poderá acionar o réu no local onde a maior parte das obrigações é executada³² ou no lugar onde a obrigação principal é executada.³³ Note-se que há exemplos de um contrato submetido a mais de uma jurisdição quando se tratar de várias obrigações de igual hierarquia,³⁴ o que tem sido criticável, pois pode gerar decisões contraditórias.

O Regulamento nº 44/2001 trouxe uma alteração importante às regras estabelecidas a partir dos casos *De Bloos* e *Tessili*, afastando as críticas de possíveis soluções contraditórias. Com efeito, define-se, no art. 5º(1) (b), especificamente o local do cumprimento da obrigação com relação a dois contratos: compra e venda de mercadorias e prestação de serviços.³⁵ Assim, ao menos para esses dois contratos tão frequentes,³⁶ não mais foi preciso recorrer à *lex causae* para se saber o local onde a obrigação foi ou deveria ser cumprida. A regra foi mantida no Regulamento nº 1215/2012, art 7º 1, a e b. E mais, tratando-se de um desses dois contratos, o foro competente

p.577 (2002), com notas de H. Gaudemet-Tallon. Vejam-se também os seguintes casos: *Custom Made Commercial Ltd. c. Stawa Metallbau GmbH* (C-288/92), j. 29.07.1994, *Revue Critique de Droit International Privé*, p. 698, (1994), *Journal du Droit International*, p. 461 (1995), com notas de A. Huet; *Groupe Concorde* (C-440/97), j. 28.09.1999, *Revue Critique de Droit International Privé*, p.253, (2000) com notas de B. Ancel, *Journal du Droit International*, p. 547, (2000). Corte de Cassação, Primeira Camara Civil, j. 23.03.2011, Caso 10-30210) : “Attendu, d’abord, que la cour d’appel a justement énoncé que pour l’application de l’article 5-1 du Règlement Bruxelles I, il convenait de déterminer la nature du contrat en cause selon la loi du for, par référence au droit communautaire, ensuite, que, ne s’agissant ni d’un contrat de vente, ni d’un contrat de fourniture de services, elle a, en application de l’article 5-1 a) dudit Règlement, analysé les obligations des parties selon la loi polonaise applicable au contrat, pour déterminer le lieu de l’obligation litigieuse; qu’ayant relevé que celle-ci, liée aux commandes des marchandises, était localisée en France, elle a déduit, à bon droit, que la juridiction française était compétente; que, par ces seuls motifs, l’arrêt est légalement justifié.

32 Caso *H. Weber* (C-37/00), j. 27.02.2002.

33 Caso *Shenavi v. Kreisler* (C 266/85), j. 15.01.1987.

34 Caso *Leathertex v Bodetex* (C-420/97), j. 05.10.1999.

35 “Artigo 5. Uma pessoa com domicílio no território de um Estado-Membro pode ser demandada noutro Estado-Membro: 1. a) Em matéria contratual, perante o tribunal do lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação em questão; b) Para efeitos da presente disposição e salvo convenção em contrário, o lugar de cumprimento da obrigação em questão será: — no caso da venda de bens, o lugar num Estado-Membro onde, nos termos do contrato, os bens foram ou devam ser entregues, — no caso da prestação de serviços, o lugar num Estado-Membro onde, nos termos do contrato, os serviços foram ou devam ser prestados; c) Se não se aplicar a alínea b), será aplicável a alínea a)”

36 Para os demais contratos continuam aplicáveis as regras decorrentes da jurisprudência do Tribunal de Justiça, com relação à Convenção de Bruxelas.

será sempre o mesmo, independentemente da obrigação que esteja presente na causa de pedir da demanda.³⁷⁻³⁸

No Brasil, relativamente às quarta e quinta hipóteses mencionadas, com base numa interpretação ampla da norma, basta que a causa de pedir da demanda tenha relação com a obrigação a ser cumprida no Brasil (ainda que remota) e basta que uma das obrigações deva ser cumprida no Brasil para justificar a jurisdição brasileira.

O Regulamento nº 1215/2012 manteve o critério do Regulamento nº 44/2001: além da competência geral aplicável em qualquer situação, prevê a competência especial em matéria contratual do lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação em questão (art. 7º).

2.2. LOCAL DO FATO OU DO ATO JURÍDICO

A hipótese de exercício da jurisdição prevista no art. 88, III, do Código de Processo Civil de 1973 destinava-se àquelas demandas em que a causa de pedir remota ou mediata decorra de ato ou fato ocorrido no Brasil: “É competente a autoridade judiciária brasileira quando: III. A ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.”³⁹ Assim, nessa hi-

37 “(...) pourquoi le texte dil-il que pour ces contrats ‘... le lieu d’exécution de l’obligation qui sert de base à la demande...’ alors que, précisément, l’un des intérêts du texte est de ne plus avoir à distinguer selon que l’obligation litigieuse est l’obligation de paiement ou l’obligation caractéristique du contrat? En effet, ainsi que l’indiquent les explications données par la Commission lors de l’établissement d’une première proposition de règlement destiné à remplacer la Convention de Bruxelles: ‘l’obligation qui sert de base à la demande’ dans deux hypothèses précises... Cette désignation pragmatique du lieu d’exécution, reposant sur un critère purement factuel, s’applique quelle que soit l’obligation litigieuse, y compris lorsque cette obligation est paiement de la contrepartie pécuniaire du contrat. Elle s’applique aussi lorsque la demande porte sur plusieurs obligations litigieuses.” Vide Hélène Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, n. 187, p.146 (2002) citando o comunicado da Comissão COM de 14 de julho de 1999.

38 Se houver mais de um local de entrega da mercadoria o autor pode escolher acionar o réu em qualquer deles, caso *Color Drack v Lexx* (C- 386/05), j 03.05.2007. Também em matéria de serviços, no caso de contrato de agência, se o contrato não estabelecer o principal lugar onde as obrigações do agente serão cumpridas ou se isto não for possível de ser verificado, competente será o lugar do domicílio do agente: caso *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH v. Silva Trade SA* (C-19/09), j. 11.03.2010.

39 Também nesse sentido, Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, tomo I, § 486, p. 303-304 (2008); Hélio Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, p. 306 (1974). Para Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo II, p. 224-225 (1995), p. 193-194 (1973): “Trata-se de qualquer fato que entre no mundo jurídico e do qual se irradie responsabilidade (obrigação), seja lícito ou ilícito, contra o estrangeiro, ou a favor dele. Fato: pode ser fato jurídico ‘stricto sensu’ (e.g. loucura, surdo-mudez, cegueira, percepção de frutos, perecimento de objeto de direito, adjunção, mistura); fato jurídico ilícito (responsabilidade em caso de força maior ou caso fortuito); ato-fato ilícito (e.g. mau uso da propriedade, gestão de negócios contra a vontade manifesta ou presumível do dono); atos ilícitos ‘stricto sensu’ (qualquer ato de que resulte responsabilidade); atos-fatos jurídicos (e.g. tradição da posse, feita de livro, quadro ou estátua, descoberta científica, habitação, pagamento); atos jurídicos ‘stricto

potese de competência da autoridade judiciária brasileira estavam incluídas, exemplificativamente: ação declaratória de união estável se o casal aqui viveu (ainda que o réu esteja domiciliado fora do país), ação de reparação de danos caso o evento ou o dano tenha ocorrido no país,⁴⁰ ação de separação judicial que decorra de violação de dever conjugal que tenha ocorrido no Brasil,⁴¹ e ainda ação de divórcio quando o casamento se realizou no país.⁴² O CPC de 2015 manteve a mesma regra, com pequenas alterações de redação: “Art. 21. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que: III – o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil.”

Trata-se de hipótese de competência especial, aplicável não só a atos de natureza contratual, mas a atos jurídicos em geral e a fatos jurídicos. Baseia-se também no princípio da proximidade e do interesse estatal, partindo-se de premissa diversa da anterior: em alguns casos o juízo do local onde ocorreu o ato ou o fato é o mais próximo e interessado na solução do conflito. Ademais, há algumas situações, mesmo em litígios de natureza obrigacional, em que não será possível se fixar o lugar do cumprimento da obrigação, tais como nas situações que envolvem obrigação de não fazer. Nesses casos, é razoável que, além da regra de competência geral, tenha o autor outra possibilidade, que será o lugar onde o ato ou fato ocorreu. Assim, se a obrigação se constituiu no Brasil, o Judiciário brasileiro será competente para julgar a questão.

Questão interessante é saber se o fato de um contrato ter sido celebrado no país já autorizaria o exercício da jurisdição com base no art. 21, III, para qualquer questão a ele relativa. Ou seja, o juiz brasileiro tem jurisdição em hipótese envolvendo contrato celebrado em São Paulo, entre uma sociedade brasileira e outra estrangeira, em que todas as prestações

sensu’ (e.g. gestão de negócios sem mandato, restituição de penhor, constituição de domínio); negócios jurídico (e.g. contrato, outorga de poder, promessa de recompensa, devolução)“.

40 A questão do evento que ocorreu em lugar diverso do dano é altamente controvertida e ainda não mereceu atenção no direito brasileiro. Aqui, defende-se a posição que basta um deles ter ocorrido no Brasil para justificar a competência concorrente do Judiciário brasileiro.

41 Há acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em que se lê: “Competência internacional. Separação judicial. Pedido formulado pelo marido domiciliado no Brasil, face a mulher residente na Alemanha. Causa de pedir envolvendo fato ocorrido no Brasil. Aplicação do art. 88, III CPC. Prevalência da regra de competência internacional sobre a de competência interna. Provimento do recurso para que a lide seja submetida à jurisdição brasileira.” TJRJ, DJ 15.06.1994, AC nº 1993.001.3000, Rel. Des. Elmo Arueira, votação unânime, Revista de Direito do T.J.E.R.J. 22/139.

42 STJ, DJ 08.03.2010, REsp 978655/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha: “ (...) 1. Embora atualmente os cônjuges residam no exterior, a autoridade judiciária brasileira possui competência para a decretação do divórcio se o casamento foi celebrado em território nacional. Inteligência do art. 88, III, do CPC. (...)”.

de ambas as partes ocorrem fora do país,⁴³ no caso de controvérsia relativa ao adimplemento da obrigação da sociedade estrangeira?⁴⁴ Note-se que, neste caso, a ré não é domiciliada no país e tampouco há obrigação a ser cumprida no Brasil.

No caso de se questionar a existência, validade ou eficácia do contrato, não há dúvidas de que é aplicável a regra do inciso III.⁴⁵ Pode-se, entretanto, questionar se a hipótese é aplicável quando o autor brasileiro buscar, por exemplo, a resolução do contrato por inadimplemento cumulada com indenização, quando a causa de pedir não ocorreu no país. Diversamente do que ocorre na Europa, como se verá, o Judiciário brasileiro já se considerou competente neste caso, eis que a causa de pedir mediata (celebração do negócio jurídico entre as partes) ocorreu no país.⁴⁶ A lógica deste entendimento baseia-se na premissa de que, nas hipóteses de competência concorrente, se deve privilegiar o exercício da atividade jurisdicional pelas autoridades brasileiras, desde que, é claro, a decisão seja efetiva e não haja nenhum princípio que justifique o afastamento do exercício da jurisdição brasileira (prejudicar de maneira desproporcional o direito de defesa do réu – acesso à justiça –, *forum non conveniens* – boa administração da justiça).

Tem-se aqui nítida diferença entre o sistema brasileiro e o da Convenção de Bruxelas (1968) e do Regulamento nº 44/2001 e Regulamento nº 1215/2012. Enquanto no direito brasileiro controvérsias contratuais podem, em tese e sem prejuízo de eventual acordo de eleição de foro, ser dirimidas

43 Imagine-se, por exemplo, um contrato celebrado entre estaleiro estrangeiro e sociedade brasileira para a construção no exterior de plataforma de petróleo, em que o pagamento ocorreria ou no domicílio da sociedade estrangeira ou em terceiro país.

44 Supõe-se que a demanda seja proposta pela sociedade brasileira, porque, caso proposto pela sociedade estrangeira, seria o caso do inciso I do art. 21.

45 Há decisão do STJ, na qual negou-se a possibilidade de se conhecer do pedido de anulação do contrato, ainda que cumulado a outro (de indenização por ato ocorrido no país) que fora conhecido, com base no argumento de que: “(...) O direito brasileiro não elegeu a conexão como critério de fixação da competência internacional que não se prorrogará, por conseguinte, em função dela”. STJ, DJ 07.08.1990, REsp 2170/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro.

46 Já decidiu o TJRJ sobre a competência do judiciário brasileiro em hipótese semelhante. Lê-se na ementa do acórdão: “Competência da Justiça Brasileira para decidir ação que se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil (ut inciso III do art. 88 do Código de Processo Civil) e, assim, para conhecer e decidir ação de cobrança de débito oriundo de contrato assinado no Brasil. Legitimidade da Autora para pleitear, como representante das Embarcadoras nos portos de embarque, importância de fretes que diz terem sido recebidas pela Ré, conjuntamente com o valor da carga, e que teriam sido pagas por ela diretamente aos armadores, sem que recebesse o repasse da Ré. Apelação provida para cessar a r. sentença apelada, que julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, afim de que retornem os autos ao douto Juízo a quo para que seja proferida sentença de mérito.” TJRJ, DJ 02.12.1986, AC 825/86, Rel. Des. Murillo Fábregas.

pelos tribunais brasileiros (a) se o réu for aqui domiciliado (art. 21, I do CPC de 2015); (b) se a obrigação contratual foi ou deveria ser aqui cumprida (art. 21, II do CPC de 2015); ou (c) simplesmente se o contrato foi aqui celebrado (art. 21, III do CPC de 2015), esta última opção inexistente na Convenção de Bruxelas, tampouco nos Regulamentos nº 44/2001, onde existem apenas dois foros (além de eventual foro de eleição) para demandas relativas a matéria contratual: o foro do domicílio do réu (art. 2º) ou o foro do local onde a obrigação que serve de fundamento ao pedido foi ou deveria ser cumprida (art. 5º(1)),⁴⁷ regra mantida no Regulamento nº 1215/2012 (art. 7º).

Ademais, no Brasil, para aplicação do inciso III, pode-se precisar examinar o mérito da demanda para fixar a jurisdição.⁴⁸ Explica-se: uma ação indenizatória com base em ato ilícito que teria ocorrido no Brasil. Se, ao final, ficasse comprovado que não houve o ilícito e o juiz proferiu decisão com base em reconvenção, o processo poderia ser considerado nulo *ab initio*? Se entendermos que a jurisdição existe mesmo em situações não enumeradas na legislação, essa constatação *a posteriori* não acarretaria problemas. Porém, se interpretarmos as normas sobre jurisdição como criadoras de jurisdição no plano internacional o processo seria nulo *ab initio*, pois faltaria jurisdição à autoridade que proferiu a decisão.

Obviamente, não seria razoável admitir-se a nulidade do processo nesses casos e, assim, pode-se dizer que a determinação da competência internacional se verifica no momento da propositura da ação, independentemente de alterações posteriores ou do que o juízo venha a decidir no mérito.⁴⁹

CONCLUSÃO

Brasil e União Europeia adotam a mesma regra de competência *geral*, qual seja, local do domicílio do réu. Em matéria de competência

47 Para demandas relativas aos contratos de compra e venda de mercadorias e de prestação de serviços, o foro é o da entrega das mercadorias ou da prestação do serviço, conforme a inovação trazida pelo art. 5.1.b do Regulamento no 44/2001 e mantida no Regulamento nº 1215/2012, art. 7.1.b.

48 Gaetano Morelli comenta este aspecto em seu livro *Derecho Processal Civil*, p. 95-97 (1953).

49 Trata-se das teorias da asserção e *perpetuatio jurisdictionis*. A teoria da asserção normalmente é usada para que as condições da ação sejam apreciadas de acordo com as alegações do autor. O mesmo raciocínio pauta a fixação de competência. Ela é definida segundo a narrativa do autor, por isso *in status assertionis*. Também relevante a ideia de perpetuação da jurisdição, que igualmente justifica a não modificação de competência, ainda que ocorra uma modificação de fato (logo, também abrange a hipótese de se verificar incorretamente um fato). Hélio Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 306 (1974). Leonardo Greco, *Instituições de Processo Civil*, vol. I, p. 222-223 (2015), já citados supra.

especial relativa a questões contratuais, o direito brasileiro e o comunitário europeu também apresentam regras bastante semelhantes. O direito brasileiro, todavia, prevê mais hipóteses de competência do Judiciário local do que o sistema comunitário europeu.

ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL: OS MECANISMOS DE PROTEÇÃO À PARTE HIPOSSUFICIENTE NO REGULAMENTO ROMA I¹

Rafaela Hörmann²

Leticia Mulinari Gnoatton³

INTRODUÇÃO

A autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável aos contratos foi uma das conquistas mais importantes para o desenvolvimento do Direito Internacional Privado no final do século XX, e a garantia de sua prevalência é da uma das tarefas do século XXI. Assim, o presente trabalho estuda a escolha da lei aplicável aos contratos privados de comércio internacional no âmbito da União Europeia, conforme introduzido pelo Regulamento Roma I. Em especial, busca-se averiguar o alcance e limites do instrumento normativo.

Para tanto, em primeiro momento demonstra-se a importância do respeito à autonomia da vontade das partes nas relações contratuais, promovendo a utilidade e eficiência econômica pela garantia de segurança jurídica e

¹ O presente artigo é resultado dos estudos desenvolvidos na disciplina de Direito Internacional Privado e Processual Europeu, oferecida no Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC no âmbito do Módulo Jean Monnet.

² Advogada. Especialista em Direito Processual Civil e Direito Tributário. Mestre em Direito e Relações Internacionais no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina PPGD/UFSC. Integrante do Núcleo de Pesquisa em Direito Internacional Privado – UFSC/CNPq. E-mail: rafaelahormann@gmail.com. CV: <http://lattes.cnpq.br/1656118980369847>.

³ Advogada. Mestranda em Direito e Relações Internacionais no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina PPGD/UFSC, Pós-graduanda em Direito Empresarial e Societário pelo Cesus. Integrante do Núcleo de Pesquisa em Direito Internacional Privado – UFSC/CNPq. E-mail: leticiagnoatton@gmail.com. CV: <http://lattes.cnpq.br/6063245376066187>.

previsibilidade aos contratantes. Após, analisa-se o alcance do Regulamento Roma I e as semelhanças com sua predecessora, a Convenção de Roma de 1980. Por fim, estudam-se as principais previsões normativas inseridas no Regulamento Roma I acerca dos limites da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais, com destaque aos contratos de consumo, trabalho e seguro. Conclui-se que o instrumento normativo privilegia a autonomia da vontade no âmbito da União Europeia enquanto cumpre o importante papel de proteger a parte hipossuficiente da relação, estabelecendo limites à escolha da lei aplicável e/ou garantias legais aos tomadores de seguros, trabalhadores e consumidores.

1. A AUTONOMIA DA VONTADE COMO CRITÉRIO DE CONEXÃO NA UNIÃO EUROPEIA

Entende-se a autonomia da vontade como a liberdade das partes de configurar suas relações privadas livremente e sob sua responsabilidade, sendo a liberdade contratual a mais evidente manifestação desta vontade (LEIBLE, 2011, p. 215). A liberdade, interligada à autonomia da vontade, concede às partes o direito de determinar a lei que regerá suas obrigações contratuais (NISHITANI, 2016, p. 06).

O respeito à escolha da lei aplicável é de especial importância ao comércio internacional, sendo a autonomia da vontade uma doutrina de conveniência e eficácia comercial⁴. A principal razão por trás desta liberdade de escolha é de cunho econômico. Ao conceder às partes a possibilidade de determinarem de antemão a lei aplicável ao contrato, promove-se a eficiência econômica ao reduzir custos interligados à compreensão das regras de Direito Internacional Privado de países diversos (ARAUJO, 2014, p. 440)⁵. A base desta afirmação se dá pela compreensão de que as partes de uma relação contratual buscam a maximização de seu bem-estar e não firmam um acordo acerca da lei aplicável, exceto se

4 Há razões imperiosas que levam as partes a escolherem um direito específico. Estas podem, por exemplo, desejar submeter um contrato a uma lei que contenha os padrões mais apropriados para aquele tipo de obrigação ou que domine o comércio internacional em determinada área. Stefan Leible (2011, p. 217) traz como exemplo a escolha da lei inglesa para contratos de fornecimento de cereais devido ao papel predominante da Corn Trade Association na cidade de Londres.

5 Araujo (2014, p. 440) explica que o desconhecimento da lei estrangeira pode resultar em uma tendência a adoção de preço mais elevado para a transação, pois na sua composição leva-se em consideração as disposições da lei aplicável escolhida. Logo, saber de prima a lei aplicável evita surpresas em um futuro litígio, evitando-se gastos com relação aos estudos necessários para entender as questões de DIPr aplicáveis, bem como a jurisprudência do tribunal escolhido como competente em um possível litígio.

acreditarem que lhes será benéfico⁶.

A autonomia das partes também é promovida em razão de sua utilidade. A determinação das partes acerca da lei aplicável garante segurança jurídica e previsibilidade, admitindo que os contratantes calculem riscos associados à escolha da lei e jurisdição competentes. Do ponto de vista legal, a escolha de determinada lei para reger uma relação contratual facilita a aplicação por juízes e árbitros, e eleva a uniformização de transações em determinados setores como por exemplo o marítimo, o de seguros e o setor financeiro, onde as leis inglesa, suíça e nova iorquina dominam como padrões internacionais (NISHITANI, 2016, p. 09).

A legitimação da livre escolha da lei aplicável começa exclusivamente com o direito estatal, e não como um princípio de liberdade pessoal. São, portanto, as regras de conflito do foro que determinam os critérios internacionais de conexão para o contrato e ditam se será possível eleger regras diversas da legislação do foro competente.

O respeito à autonomia emergiu como instrumento dominante no Direito Internacional Privado tanto na Europa quanto nos Estados Unidos (RUHL, 2007, p. 01). A escolha da lei aplicável nestes países desenvolveu-se na mesma direção em matéria contratual, e tanto o *Second Restatement of Conflict of Laws* quanto o Roma I possibilitam a escolha da lei aplicável.

A nível mundial, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH) editou os *Princípios da Haia sobre a Escolha da Lei Aplicável aos Contratos de Comércio Internacional*, aprovados no ano de 2015. Os Princípios da Haia – primeiro instrumento não vinculativo adotado pela Conferência – não se destinam à aplicação direta pelos tribunais estatais. Pretende-se que tais normas sirvam de modelo para legisladores de países nos quais a regulamentação sobre direito aplicável aos contratos internacionais é inexistente, fragmentada ou antiquada⁷ (ARAUJO, GAMA JR., 2012, p. 04).

A possibilidade de escolha da lei aplicável aos contratos

6 Os motivos pelos quais as partes acreditam estarem sendo beneficiadas são múltiplos: a lei escolhida pode ser mais adequada às suas necessidades do que a lei usualmente aplicável; pode-se ter um corpo estabelecido de jurisprudência que facilite a interpretação de regras legais e, assim, evite disputas futuras; ou as partes podem querer apenas selecionar uma lei neutra diferente daquela de suas respectivas leis domésticas (RUHL, 2007, p. 32-33). Em suma, a autonomia das partes e a livre escolha da lei aplicável se sustentam por firmes razões econômicas.

7 Sobre o assunto, vide Yuko Nishitani (2016, p. 05): “As a non-binding instrument, the Hague Principles are expected to serve as a model of legislation or law reform de lege ferenda, as well as to help interpret, supplement and develop rules in implementing party autonomy de lege lata, eventually producing a substantial degree of harmonization of contractual conflicts rules in respect of choice of law.”

internacionais é uma das conquistas mais importantes no desenvolvimento do Direito Internacional Privado no século XX, e sua consolidação e desenvolvimento são tarefas do Direito Internacional Privado no século XXI, visando assegurar maior previsibilidade e segurança jurídica às relações transnacionais (LEIBLE, 2011, p. 215). Movida por esta preocupação, a União Europeia caminha para uma progressiva integração das regras de Direito Internacional Privado dos Estados membros. A autonomia da vontade assume especial relevância como elemento de conexão em relações jurídicas que envolvam matérias obrigacionais, de aplicação tradicional, mas também com seu âmbito de incidência expandida dentro da União Europeia, refletido nos regulamentos europeus de questões do Direito de Família e Sucessões (HELLWIG, 2016, p. 345)⁸.

Apesar da autonomia da vontade se consagrar como importante critério de conexão na União Europeia, a heterogeneidade no tratamento normativo impõe uma análise individualizada de cada matéria (HELLWIG, 2016, p. 345 – 353). Os limites para a escolha da lei aplicável variam conforme o objeto, havendo maiores restrições no que tange a amplitude de escolha e ao aspecto temporal em campos como o Direito de Família, Sucessões e obrigações extracontratuais. Nas relações contratuais, a liberdade de escolha da lei aplicável é mais abrangente e se relaciona à ideia da autonomia da vontade como direito fundamental, pautado na busca por eficiência econômica e regulatória – o que já era previsto pela Convenção de Roma de 1980.

2. A EVOLUÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO DA LEI APLICÁVEL NO ÂMBITO EUROPEU E O ALCANCE DO REGULAMENTO ROMA I

Enquanto ainda Comunidade Econômica Europeia, foi desenvolvido o primeiro importante instrumento acerca da possibilidade de escolha da lei aplicável aos contratos internacionais no âmbito do bloco: a Convenção de Roma de 1980. Na época, a Comunidade buscava a criação de um mercado interno através da eliminação dos obstáculos artificialmente criados ao comércio pelos Estados membros e a Convenção de Roma buscou

⁸ Vide artigo 5(1) do Regulamento (UE) no 1259/2010 do Conselho (Regulamento Roma III) e artigo 22 do Regulamento no 650 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2002. Repare-se, por exemplo, na possibilidade de escolha antecipada da lei aplicável ao divórcio ou a separação judicial por meio do comum acordo entre as partes, prerrogativa esta reservada aos casais “internacionais” (MOURA, 2015, p. 21).

unificar o tratamento acerca da lei aplicável aos contratos internacionais, trazendo maior segurança jurídica aos negócios firmados no âmbito do processo de integração regional (KUIPERS, 2009, p. 1517).

Já sob a égide da conformação atual da União Europeia, a Convenção de Roma foi modificada e transformada no Regulamento 593/2008⁹. Dando continuidade à lógica do diploma anterior, o novo instrumento internacional adotou como regra principal a autonomia da vontade, permitindo às partes escolherem livremente a norma regente de seus contratos. Em caráter subsidiário, adotou-se a regra dos vínculos mais estreitos¹⁰ (ARAÚJO, 2014, p. 436).

O instrumento de direito comunitário introduziu uma série de alterações com a intenção de modernizar o conteúdo das regras de conflito e de coordená-las com outros instrumentos do Direito Internacional Privado Europeu, especialmente os Regulamentos Roma II¹¹ e Bruxelas I¹² (VALDHANS; MYSAKOVA, 2008, p. 02). Pondera-se que o Regulamento Roma I e a máxima da autonomia da vontade nas relações contratuais são limitadas pela previsão de inaplicabilidade em matérias específicas, em especial, aduaneiras e administrativas, e por disposições reativas a relações contratuais em que uma das partes está sistematicamente em uma posição negocial deficitária, como contratos de consumo, trabalho e seguros, os quais serão abordados a seguir.

Conforme o artigo 2º, o Regulamento Roma I é de aplicação universal¹³ visando, em princípio, substituir completamente em matéria contratual as regras de Direito Internacional Privado existentes nos Estados membros.

⁹ Conforme o artigo 28, o Regulamento Roma I aplica-se aos contratos celebrados após 17 de dezembro de 2009. Já o artigo 24 determina a substituição, entre os Estados membros, da Convenção de Roma de 1980.

¹⁰ Conceito decorrente do princípio da proximidade, conforme definição (ARAÚJO, 2018, p. 33) “O princípio da proximidade tece origem no direito americano, na área dos contratos, quando se diz que a lei aplicável deve ser aquela *more closely connected*, ou seja, com a qual o contrato possui vínculos mais estreitos”.

¹¹ Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II).

¹² Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I). A intenção de coordenar o Regulamento Roma I com outros instrumentos do direito europeu é evidente. Na delimitação negativa do âmbito de aplicação do Regulamento Roma I, por exemplo, foi inserida a letra “i)”, que trata da *culpa in contrahendo* (obrigações decorrentes de transações anteriores à celebração do contrato), abarcada pelo Regulamento Roma II (VALDHANS; MYSAKOVA, 2008, p. 03).

¹³ Artigo 2 do Regulamento Roma I: A lei designada pelo presente regulamento é aplicável mesmo que não seja a lei de um Estado-Membro.

Logo, a União Europeia tem competência exclusiva para celebrar futuros acordos internacionais sobre o Direito Internacional Privado de contratos que utilizem a técnica do conflito de leis, e a adoção de acordos internacionais deve ser apresentada pelas principais organizações que tratam da cooperação universal nesta área: a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL), o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) e a Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado. Discute-se se a eventual entrada em vigor destes acordos resultaria numa “erosão” da regulamentação “Roma I”, ocasionando uma tensão entre a uniformidade de regulação de conflitos de leis da União Europeia e as aberturas “universalistas”. (FRANZINA, 2009, p. 100 – 101)

Da mesma forma que a Convenção de Roma de 1980, o Regulamento Roma I parte do princípio da liberdade das partes na escolha da lei aplicável. Isto é evidenciado desde a leitura do Considerando n. 11, que destaca a liberdade de escolha como “[...] uma das pedras angulares do sistema de normas de conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais”¹⁴. A autonomia das partes na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais é subsequentemente consagrada e sistematizada pelo artigo 3º do Regulamento, que estabelece que o contrato é regido, via de regra, pela lei escolhida pelas partes (LEIBLE, 2011, p. 220).

O artigo 3º (1) permite uma ampla autonomia do ponto de vista de um direito substantivo. As partes da respectiva relação jurídica podem, em princípio, escolher qualquer lei estatal. Não há exigência de um nexos específico entre a relação jurídica e a lei escolhida e, portanto, as partes podem escolher a lei de um terceiro estado “neutro” ou uma lei que é particularmente desenvolvida e reconhecida no seu respectivo campo. (MAULTZSCH, 2016, p. 470)

Não obstante a possibilidade de escolha da lei de um terceiro Estado neutro, o Regulamento Roma I recebe críticas pelo fato de não incluir expressamente a possibilidade de escolha de uma lei de origem não-estatal, como por exemplo os Princípios da UNIDROIT ou a *lex mercatoria*, instrumentos estes que adquiriram grande relevância para a regulação do comércio internacional das últimas décadas¹⁵ (RUHL, 2007, p. 17). O texto

¹⁴ Vide Considerando n. 11 do Regulamento Roma I.

¹⁵ A não-inclusão da possibilidade de escolha de uma lei não-estatal já era uma realidade na Convenção de Roma de 1980, mantendo-se no Regulamento Roma I.

final do regulamento suprimiu o parágrafo 2º do artigo 3 que previa a possibilidade de escolha de princípios e normas do direito material dos contratos, reconhecidos a nível internacional ou da União Europeia como lei aplicável¹⁶ (BALLARINO, 2009, p. 10). Logo, a escolha de regras não estatais é efetivada apenas com a ajuda da doutrina da incorporação, que permite às partes, no exercício e dentro dos limites da liberdade contratual, incorporar tais regras como termos do contrato (RUHL, 2007, p. 17).

A máxima da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável encontra certas restrições, visando o resguardo dos interesses de partes hipossuficientes das relações, às quais serão analisadas a seguir.

3. A RESTRIÇÃO À ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL EM PROL DA PROTEÇÃO ÀS PARTES HIPOSSUFICIENTES

O resguardo da parte hipossuficiente já era previsto pela Convenção de Roma de 1980 e o Regulamento Roma I procurou, em um grau ainda mais elevado, modificar o alcance da autonomia das partes na escolha da lei aplicável (BEHR, 2011, p. 248). O objetivo está delineado no Considerando n. 23: “No caso dos contratos celebrados com partes consideradas vulneráveis, é oportuno protegê-las através de normas de conflitos de leis que sejam mais favoráveis aos seus interesses do que as normas gerais”¹⁷.

A despeito da importância da autonomia concedida às partes de uma relação contratual na escolha pela lei aplicável, efetivar a liberdade de escolha significa também adotar uma compreensão substantiva dessa liberdade, que inclui a necessidade de ações positivas para contrabalançar os obstáculos factuais e sociais existentes que tornam uma parte contratual drasticamente menos livre do que a outra (CIACCHI, 2010). Assim, o regramento da União Europeia restringe a escolha da lei aplicável a certos contratos, quando uma das partes se encontra em posição de desvantagem, o que é observado principalmente em contratos de consumo, contratos de trabalho e contratos de seguro (RÜHL, 2007, p. 20).

¹⁶ Ballarino (2009, p. 10) explica: “*Nell’esposizione dei motivi della proposta si spiegava che così si voleva favorire, come ha fatto la Convenzione di Città del Messico del 17 marzo 1994 sulla legge applicabile ai contratti internazionali, la scelta dei principi UNIDROIT, dei Principles of European Contract Law o di un “eventuale futuro strumento comunitario facoltativo” (ma non la lex mercatoria “insufficientemente precisa”) con lo scopo di “rafforzare ulteriormente l’autonomia della volontà”. Il regolamento Roma I prevede soltanto nei considerando (al n. 13) che le parti possano includere nel loro contratto “mediante riferimento, un diritto non statale ovvero una convenzione internazionale”. Questa formula mi pare che faccia riferimento ad una ricezione materiale che si innesta sulla competenza di una legge individuata con altri mezzi.*”

¹⁷ Considerando n. 23 do Regulamento Roma I.

Nesse sentido, o Regulamento limita a autonomia da vontade com relação aos contratos em que se verifica a existência de desigualdades sistêmicas que impossibilitam a negociação dos termos contratuais em posições equânimes. Limitações estas que serão individualmente abordadas com relação aos contratos de consumo, trabalho e seguro.

3.1. RELAÇÃO DE CONSUMO

O grupo que detém maior atenção por parte dos legisladores e da doutrina, gozando de proteção especial nas relações contratuais, são os consumidores (RÜHL, 2014). A proteção ao consumidor se encontra consubstanciada no Tratado de Funcionamento da União Europeia¹⁸, outrossim integra o plano de políticas administrativas da União Europeia, sendo que no Livro Verde a Comissão salienta que “a confiança dos consumidores no mercado interno deve ser estimulada através da garantia de um nível elevado de protecção em toda a União Europeia”.

A análise da questão consumerista deve partir do conceito de “consumidor” previsto no artigo 6º do Regulamento Roma I. Isto é, relações consumeristas são aquelas em que os “contratos celebrados por uma pessoa singular, para uma finalidade que possa considerar-se estranha à sua actividade comercial ou profissional («o consumidor»), com outra pessoa que aja no quadro das suas actividades comerciais ou profissionais («o profissional») e o contrato seja abrangido pelo âmbito dessas actividades” (UNIÃO EUROPEIA, 2008). Registra-se, portanto, que para a aplicação das prerrogativas dispostas no Regulamento Roma I estão excluídos do conceito de consumidor, toda e qualquer pessoa jurídica, ainda que esteja contratando actividades comerciais estranhas ao seu objeto social¹⁹ (GONÇALVES, 2015).

O Regulamento Roma I, no contexto do primado da liberdade de escolha da lei aplicável, permite em regra que as partes, ainda que inseridas em uma relação que pressupõe a desigualdade de poder negocial, escolham a lei aplicável ao contrato. Ressalvando que, quando o fornecedor exerça sua atividade comercial na União Europeia ou por qualquer meio dirija essa atividade para Estados membros, a lei escolhida pelas partes não pode tolher

18 Artigo 169 do Tratado de Funcionamento da União Europeia. “1. A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a União contribuirá para a proteção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses.”

19 Entendimento exposto em documentos oficiais da Parlamento Europeu e pacificado pelo Tribunal de Juiça da União Europeia no julgamento dos processos C-541/99 e C-542/99.

do consumidor os direitos que a lei de sua residência habitual lhe concede²⁰.

Consequentemente, existe uma diferença de tratamento entre os fornecedores da União Europeia e aqueles estrangeiros, que não direcionam as suas atividades aos Estados membros. Visto que os últimos, a depender de sua legislação nacional, poderão estabelecer livremente com os consumidores a lei aplicável à relação contratual, sem a incidência das proteções prescritas na legislação da residência habitual do consumidor (RÜHL, 2014).

O Considerando n. 24 do Regulamento Roma I expõe claramente que a diferenciação leva em consideração “a evolução das técnicas de venda à distância”. A aplicação da legislação dos consumidores europeus a situações jurídicas em que o fornecedor não possui qualquer vínculo ou interesse no mercado Europeu poderia acarretar uma barreira comercial. A exceção visa impedir que fornecedores cessem a venda de seus produtos e serviços ao mercado europeu, por receio da aplicação da legislação europeia (BRISPING, 2012) – situação que lesaria diretamente os consumidores europeus.

Nesse sentido, a problemática para o exercício da exceção à aplicação dos direitos consumeristas dos Estados membros é a definição de profissional que “por qualquer meio, dirija essas actividades para este ou vários países, incluindo aquele país”. Entretanto o Regulamento não apresenta estas respostas, indicando apenas no Considerando 24 que a língua e a moeda indicadas no site do fornecedor não consistem em elementos relevantes para verificação da noção de atividade dirigida. A subjetividade da disposição acarreta insegurança jurídica às partes contratantes e ineficiência econômica à previsão, em razão da indefinição quanto a lei aplicável às relações consumeristas com fornecedores externos à União Europeia (RÜHL, 2011).

Por fim, ressalva-se que a obrigatoriedade da aplicação dos direitos consumeristas previstos na legislação da residência habitual do consumidor, prevista no item 1 do artigo 6º do Regulamento Roma I, nos termos do item 4 do mesmo artigo, não se aplica a (i) contratos de prestação de serviços em que a execução será realizada em país diverso; (ii) contratos de viagem organizada²¹; (iii) contratos cujo objeto seja direito real sobre bem

20 Artigo 6º Item 2 do Regulamento Roma I. “Sem prejuízo do n. 1, as partes podem escolher a lei aplicável a um contrato que observe os requisitos do n.º 1, nos termos do artigo 3.º. Esta escolha não pode, porém, ter como consequência privar o consumidor da protecção que lhe proporcionam as disposições não derogáveis por acordo da lei que, na falta de escolha, seria aplicável com base no n.º 1.”

21 Artigo 6º, item 4 “b) Contratos de transporte diferentes dos contratos relativos a uma viagem organizada na acepção da Directiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1990, relativa

imóvel, excepcionado direito de utilização por tempo parcial; (iv) direitos e obrigações que constituam um instrumento financeiro ou regulem a emissão ou oferta pública, assim como ofertas públicas de aquisição de valores mobiliários e subscrição e resgate e partes de investimentos coletivos, excluído destas previsões a prestação de serviços financeiros; e (v) contratos multilaterais de investimento²².

Conclui-se que, no que tange à proteção do consumidor, o Regulamento Roma I se atentou a prática do mercado mundial, elaborando um instrumento normativo que protege os interesses de ambas as partes envolvidas em contratos de consumo (fornecedor e consumidor), permitindo que escolham a lei aplicável, mas resguardando os direitos dos consumidores.

3.2. RELAÇÕES LABORAIS

O mecanismo adotado pelo Regulamento Roma I para resguardar os direitos dos trabalhadores quando da escolha da lei aplicável à relação trabalhista é similar ao previsto para as relações consumeristas. É concedida a liberdade às partes para escolherem a lei aplicável, porém esta não afasta as disposições não derogáveis por acordo²³ previstas na legislação aplicável diante da ausência de escolha.²⁴ Consequentemente, eventuais conflitos deverão ser analisados a partir de um conjunto normativo composto pela legislação da lei escolhida pelas partes e aquela indicada pelo Regulamento como competente (RÜHL, 2011).

Os item 2 a 4 do Artigo 8º do Regulamento Roma I dedicam-se a estabelecer os parâmetros para a identificação da lei que rege a relação, os quais devem ser considerados no caso em que as partes contratantes não escolherem a lei aplicável, e para verificar as garantias inderrogáveis

às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados ;

22 Nos termos da alínea “h” do item 1 do Artigo 4 do Regulamento Roma I.

23 “Quanto às “disposições não derogáveis por acordo”, cabem nesta categoria as normas legais que, por acautelarem relevantes interesses do trabalhador, são retiradas da disponibilidade das partes, às quais é vedado (ainda que nisso estejam de acordo) não as acatar e às quais se aplicam, pois, mesmo contra a sua vontade. Ilustrando com o nosso direito laboral, serão “não derogáveis por acordo” as normas do Código do Trabalho cuja disciplina se impõe ao contrato de trabalho, impedindo-o de estabelecer uma solução diferente, sem mais, da que delas consta ou tão só uma solução menos favorável ao trabalhador: é o que sucede, entre outras, com as relativas ao valor do salário mínimo, à proteção na parentalidade, à duração máxima dos períodos de trabalho diário e semanal ou à duração mínima do período de férias.” (VASCONCELOS, 2018)

24 Artigo 8º Item 1 do Regulamento Roma I. “O contrato individual de trabalho é regulado pela lei escolhida pelas partes nos termos do artigo 3.o. Esta escolha da lei não pode, porém, ter como consequência privar o trabalhador da proteção que lhe proporcionam as disposições não derogáveis por acordo, ao abrigo da lei que, na falta de escolha, seria aplicável nos termos dos n.os 2, 3 e 4 do presente artigo.”

do trabalhador no caso das partes terem escolhido a lei de outro Estado para reger a relação.

Portanto, aplica-se à relação, preferencialmente, na ordem a seguir disposta, a lei do Estado: (a) em que o trabalhador presta habitualmente o seu trabalho ou, na falta deste, (b) a partir do qual o presta – excluídas destas hipóteses mudanças temporárias. Caso não seja possível a determinação do local de prestação dos serviços, aplica-se (c) a lei do Estado em que se situa o estabelecimento do empregador.

Na eventualidade de se verificar a existência de uma conexão mais estreita entre as partes envolvidas no vínculo laboral com país diverso do definido a partir dos critérios elencados acima, deve-se considerar aplicar a lei desse outro país.

Parte da doutrina trabalhista, seguindo a linha protecionista da matéria, defende que diante desta conjunção de normas (lei escolhida pelas partes e lei prevista diante da ausência de escolha) deve ser aplicado sempre o preceito que trará maior benefício ao trabalhador (BRAND, 2014). No mesmo sentido, identifica-se a existência de recentes decisões de tribunais superiores dos estados membros que, ao invés de analisarem a legislação escolhida em conjunto com a legislação aplicável no caso de omissão, afastam escolha das partes, considerando unicamente a lei mais favorável ao trabalhador²⁵. Este entendimento viola diretamente o Regulamento Roma I, e ainda há um caminho doutrinário e jurisprudencial a se percorrer para garantir a efetividade e a segurança à possibilidade de escolha da lei aplicável ao vínculo contratual.

3.3. RELAÇÕES SECURITÁRIAS

O Regulamento Roma I resguarda os interesses dos tomadores de

25 Ementa de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça de Portugal “I. Embora resulte das cláusulas contratuais que a lei espanhola foi a escolhida pelas partes para reger o contrato de trabalho, atento o estipulado nos n.os 1 e 2 do artigo 6.º da Convenção de Roma e considerando que, no cumprimento do contrato, o trabalhador «passou a prestar serviços como Comercial para a ré, com a categoria profissional de Vendedor, o que fez sempre em Portugal», há que indagar se essa escolha privou o trabalhador da proteção que lhe garantem as disposições imperativas da lei portuguesa. II. Neste plano de consideração, estando em causa um despedimento efetivado em 30 de Junho de 2014, importa atender à disciplina legal do despedimento por facto imputável ao trabalhador contida no Código do Trabalho de 2009, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, em vigor a partir de 17 de Fevereiro de 2009. III. Na medida em que a escolha da lei espanhola para disciplinar a relação laboral firmada privaria o trabalhador, que sempre prestou o seu trabalho em Portugal, da proteção que lhe garantem as disposições imperativas da lei que seria aplicável, na falta de escolha, no caso, as disposições imperativas do Código do Trabalho de 2009 pertinentes ao regime de cessação do contrato de trabalho, a lei aplicável ao contrato ajustado entre as partes é a lei portuguesa.”

seguros que ainda que não se caracterizem como consumidores pela natureza do contrato de seguros, mas que são partes hipossuficientes da relação e com baixo poder negocial (PINHEIRO, 2012).

O artigo 7º distingue os contratos de seguros em três gêneros (i) contratos de seguro de grande risco²⁶; (ii) contratos de resseguros; (iii) demais contratos de seguro. Ressalva-se que o Regulamento não se aplica a seguros de vida decorrentes de vínculos laborais, fornecidos por empresas que não estejam situadas ou pretendam se estabelecer nos Estados membros²⁷.

No caso de contratos de resseguros e seguros de grande risco, as partes podem escolher livremente a lei aplicável, enquanto que nos demais contratos de seguro a autonomia da vontade é restringida, permitindo que as partes optem entre a lei do Estado membro em que se situa (a) o risco no momento da celebração do contrato, (b) residência habitual do tomador, (c) nacionalidade do tomador, no caso de seguro de vida; (d) eventos abarcados pela apólice e (e) residência habitual do tomador, nas hipóteses em que a apólice resguarda atividades econômicas deste em mais de um estado (PINHEIRO, 2012).

A existência de previsões que concedam maior liberdade na escolha da lei aplicável ao contrato de seguro na legislação nacional dos Estados membros elencados nos itens “a”, “b” e “c”, concede às partes contratantes a possibilidade de estabelecer lei diversa à relação jurídica²⁸. Em que pese a limitação ao exercício da autonomia da escolha da lei aplicável seja importante para resguardar os interesses do tomador do seguro, o regime adotado pelo Regulamento Roma I não possui justificativa clara, tendo em vista as diferenças de tratamento entre os tipos específicos de contratos de

26 Configuram-se como contratos de seguro de grande risco aqueles definidos no item 27 do artigo 13º da Diretiva 2009/138/CE

27 Artigo. 1º Item 2 do Regulamento Roma I. “São excluídos do âmbito de aplicação do presente regulamento: (j) Os contratos de seguro decorrentes de atividades levadas a efeito por organismos que não as empresas referidas no artigo 2.º da Directiva 2002/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Novembro de 2002, relativa aos seguros de vida cujo objectivo consista em fornecer prestações a assalariados ou a trabalhadores não assalariados que façam parte de uma empresa ou grupo de empresas, a um ramo comercial ou grupo comercial, em caso de morte ou sobrevivência, de cessação ou redução de atividades, em caso de doença profissional ou de acidente de trabalho.”

Artigo 2.º da Diretiva 2002/83/CE que alterou a Diretiva 2002/83/CE. “A presente directiva diz respeito ao acesso à actividade não assalariada do seguro directo praticada por empresas estabelecidas num Estado-Membro ou que nele pretendam estabelecer-se, bem como ao exercício das seguintes actividades:”

28 Artigo 7º, item 3 do Regulamento Roma I “(...) Se, nos casos enunciados nas alíneas a), b) ou e), os Estados- -Membros a que se referem estas alíneas concederem uma maior liberdade de escolha da lei aplicável ao contrato de seguro, as partes podem invocar essa liberdade.”

seguros, que podem acarretar em consideráveis diferenças de tratamento ao tomador de seguros quando da contratação de seguradoras situadas fora da União Europeia (GRUBER, 2009).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há razões imperiosas que levam as partes a escolherem um direito específico, tais como a busca por uma lei que contenha padrões apropriados para aquele tipo de negócio ou a opção pela aplicação do direito de um país neutro. Na busca pela preservação da previsibilidade e segurança jurídica das relações transnacionais, os Estados têm interesse na adoção de previsões legislativas que assegurem o respeito à autonomia das partes na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais, e a União Europeia segue esta lógica.

A autonomia da vontade emergiu como princípio dominante no Direito Internacional Privado europeu com o advento da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável aos contratos internacionais. Após a instituição da União Europeia, a Convenção de Roma de 1980 foi aprimorada e transformada no Regulamento Roma I, que estabelece regras de conexão para os países membros da União Europeia e prevê a possibilidade da livre escolha da lei aplicável.

A livre escolha da lei aplicável é garantida também a contratos com partes hipossuficientes – contratos de consumo, trabalho e seguros. A despeito da importância da autonomia concedida às partes, o Regulamento Roma I tomou ações positivas para contrabalançar os obstáculos factuais e sociais existentes, que tornam uma parte contratual drasticamente menos livre do que a outra. Entretanto, os mecanismos utilizados para resguardar as partes mais fracas destas relações são criticados pela ausência de embasamento teórico, criando grandes diferenças de tratamento entre modalidades contratuais. Outrossim, os mecanismos em questão ainda enfrentam desafios em sua aplicação, tendo em vista a existência de critérios subjetivos de definição das limitações impostas à livre escolha da lei aplicável.

REFERÊNCIAS

ALBORNOZ, María Mercedes. Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems. *Journal of Private International Law*. Vol. 6, n. 1, pp. 23-58. 2010.

ARAUJO, Nadia. Uma visão econômica do Direito Internacional Privado: contratos internacionais e autonomia da vontade. In: Luciano Benetti Timm. (Org.). *Direito e economia no Brasil*. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. v. 1. 2014.

ARAÚJO, Nadia; GAMA JR, Lauro. A Escolha da Lei Aplicável aos Contratos do Comércio Internacional: os Futuros Princípios da Haia e Perspectivas para o Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 34. Jul/2012.

ARAÚJO, Nádia. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 7a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 61-88.

PORTUGAL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão nº 2998/14.2TTL5B.L1.S1. Relator: Pinto Hespagnol. Lisboa. j. em 12 de maio de 2016.

BALLARINO, Tito. Il Regolamento Roma I: Forza di Legge, Effetti, Contenuto. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Madrid, vol. 1, n. 1, p. 5-18, mar. 2009.

BRAND, Ronald A., The Rome I Regulation Rules on Party Autonomy for Choice of Law. *Legal Studies Research Paper Series*. n. 2011-29, dez. 2014.

BEHR, Volker. Rome I Regulation: a – mostly – unified private international law of contractual relationships within – most – of the European Union. *Jornal of Law & Commerce*. Vol. 29, n. 2. 2011.

BISPING, Christopher. The Common European Sales Law and Mandatory Provisions in the Conflict of Laws. *Warwick School of Law Research Paper*, nº23, Dez de 2012.

CIACCHI, Aurelia. Party Autonomy as a fundamental right in the European Union. *European Review of Contract Law* (6 ERCL 2010, 303). 2010.

CLERICI, Roberta. O Papel da Autonomia Privada e seus Efeitos na Aplicação da CISG. In: *Course of Private International Law: New trends on private international law concerning international contracts / organização MOURA, Aline Beltrame de [et al.]*. Dez. 2018. pp. 10 – 19.

COMUNIDADE ECONOMICA EUROPEIA. Tratado de Roma de 1957, que institui a Comunidade Económica Europeia (versão consolidada de 2002). *OJ C 325, 24.12.2002*. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/treaty/tec_2002/oj. Acesso: 25 mar. 2019.

_____. Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (versão consolidada). *OJ C 27, 26.1.1998*. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:41998A0126\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:41998A0126(02)). Acesso: 25 mar. 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. Livro Verde, Dos Desafios às Oportunidades: Para um Quadro Estratégico Comum de Financiamento da Investigação e Inovação da EU. Bruxelas, 09/02/2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0048:FIN:PT:PDF>. Acesso: 25 de setembro de 2019.

FRANZINA, Pietro. Las Relaciones entre el Reglamento Roma I y los Convenios Internacionales sobre Conflictos de Leyes en Materia Contractual. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 1, n. 1, p. 92-101, mar. 2009.

GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa. The E-commerce International Consumer Contract in the European Union. *Masaryk University Journal of Law and Technology*. v. 9, n.1, 2015.

GRUBER, Urs Peter. Insurance Contracts, in Rome I Regulation. *The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, org. por Franco Ferrari e Stefan Leible, p. 109-128, Munique: European Law Pub, 2009

HELLWIG, Guilherme Centenaro. Limites à adoção da autonomia da vontade como princípio geral estruturante do direito internacional privado da União Europeia. In: JAYME, Erik et al. *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado da União Europeia através do Regula-*

mento Roma Zero. Org. Augusto Jaeger Junior. Porto Alegre: Rjr, 2016. Cap. 13. p. 341-367.

KUIPERS, Jan-Jaap. Party Autonomy in the Brussels I Regulation and Rome I Regulation and the European Court of Justice. *German Law Journal*. Vol. 10, n. 11, pp. 1505 – 1524. 2009.

LEIBLE, Stefan. La importáncia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 3, n. 1, p. 214-233, mar. 2011.

LORENZO, Sixto Sánchez. Choice of Law and Overriding Mandatory Rules in International Contracts after Rome I. *Yearbook of Private International Law*, Vol. 12, pp. 67-91. 2010.

MANKO, Rafael. The notion of ‘consumer’ in EU law. Library Briefing: Library of the European Parliament. 06 de maio de 2013. Disponível < [https://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2013/130477/LDM_BRI\(201\)130477_REV1_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2013/130477/LDM_BRI(201)130477_REV1_EN.pdf)> Acesso 10/10/2019.

MAULTZSCH, Felix. Party autonomy in European private international law: uniform principle or context-dependent instrument?. *Journal of Private International Law*. Vol. 12, n. 3, pp. 466-491. 2016.

MOURA, Aline Beltrame de. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. In: *Cuadernos ASADIP 1*. v. 1, n. 1. Jun. 2015. pp. 13 – 30.

NISHITANI, Yuko. Party Autonomy in Contemporary Private International Law. *Japanese Yearbook of International Law*, Vol. 59 (2016), pp. 300-344.

PINHEIRO, Luós de Lima. Sobre a Lei Aplicável ao Contrato de Seguros Perante o Regulamento Roma I. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 4, n. 2, p. 202-216, out. 2012.

RODRÍGUEZ, Aurora Hernández. El derecho aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes: el asunto Intercontainer Interfrigo y su repercusión en el Reglamento Roma I. In: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 3, n. 1, p. 302-315, mar. 2011.

RUHL, Giesela. Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency. *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research Paper n. 4. Vol. 03, n. 01, 2007.

RÜHL, Giesela. The Protection of Weaker Parties in The Private International Law of European Union: A Portrail of Inconsistency and Conceptual Truancy. *Journal of Private International Law*, v. 10, n. 1, p. 335-358, 2014.

RÜHL, Giesela, Consumer Protection in Choice of Law. *Cornell International Law Journal*, Vol. 44, abril de 2011.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II). *OJ L 199, 31.7.2007*. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/reg/2007/864/oj>. Acesso: 25 mar. 2019.

_____. Regulamento (CE) n. o 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). *OJ L 177, 04.7.2008*. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/reg/2008/593/oj>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I). *OJ L 351, 20.12.2012*. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/oj>. Acesso: 25 mar. 2019.

_____. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, *OJ C202/47, 07.06.2016*. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso: 25 de setembro de 2019.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. Decisão n.º C-541/99 e C-542/99. Luxemburgo, 22 de novembro de 2001.

VALDHANS; Jiri; MYSAKOVA, Petra. Rome I and Rome II Regulations: allies or enemies?. *Dny práva – Days of Law*. I. Brno: Masarykova univerzita, 2008.

VASCONCELOS, Joana. *Contrato de trabalho e escolha pelas partes da lei aplicável: até onde se pode ir?* 2018. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2018/04/07/economia/opiniao/contrato-de-trabalho-e-escolha-pelas-partes-da-lei-aplicavel-ate-onde-se-pode-ir-1809378>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

ARBITRAGEM INTERNACIONAL COMO MECANISMO DE ATRAÇÃO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS. OBJEÇÕES DO BRASIL, ACFI E PROPOSTAS DE REFORMA DA UNIÃO EUROPEIA¹

Christian Armando Carbajal Valenzuela²

INTRODUÇÃO

Este artigo discute brevemente os aspectos positivos e negativos da arbitragem internacional de investimentos, do ponto de vista dos Estados interessados em atrair investimento estrangeiro que possa contribuir ao desenvolvimento econômico do país e do ponto de vista das empresas multinacionais que investem no estrangeiro, interessadas em proteger seus ativos e investimentos.

Estes dois interesses, promoção e proteção de investimentos/investidores e proteção do direito estatal a regular em benefício de objetivos e políticas de desenvolvimento, foram os que deram sentido ao nascimento do CIADI na década dos anos 60, como um Centro de Arbitragem Internacional que pudesse garantir neutralidade e especialização a ambas partes na controvérsia. Há nestas disputas legítimos interesses

¹ Artigo originalmente publicado no *Transnational Dispute Management Journal* (TDM, ISSN 1875-4120, November 2019).

² Advogado graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Perú. Máster em Direito Internacional Econômico pela Universidade de Warwick, Inglaterra. Assessor legal em arbitragens de investimento estrangeiro CIADI. Professor em cursos de “Direito Comercial Internacional” e “Arbitragem Internacional de Investimentos” em Universidades do Peru e do Brasil. Sócio da firma Wöss & Partners S.C. (W&P), com sede em México, Washington e Lima e da firma Braz Gama Monteiro Advogados (BGM), com sedes em São Paulo e Curitiba. Diretor de Arbitragem da Câmara de Arbitragem e Mediação do Estado de Santa Catarina (CAMESC), Santa Catarina, Brasil. Listado em *Who’s Who Legal* (WWL) – Arbitration Future Leaders. Dados de contato: LinkedIn: [linkedin.com/in/christianarmandocarbjal/](https://www.linkedin.com/in/christianarmandocarbjal/); e-mails: ccarbjal@woessetpartners.com; christian@brazgamamonteiro.com.br e christianarmandocarbjal@gmail.com.

públicos e privados envolvidos, aparentemente em conflito, mas que devem ser protegidos de forma equitativa e equilibrada, especialmente para manter o interesse na continuidade e fortalecimento do sistema arbitral de investimentos, pelos Estados, os investidores estrangeiros e a comunidade em geral.

A análise das tradicionais objeções de um país como o Brasil, importante ator na economia regional e mundial, é essencial para avaliar o cumprimento ou não dos objetivos originais do CIADI e do sistema de arbitragem internacional de investimentos como um todo.

Finalmente, a União Europeia, entre outros atores importantes, formulou uma interessante proposta de reforma do Sistema de Solução de Controvérsias Investidores Estrangeiros vs. Estados, em parte sobre a base de críticas que são coincidentes com as objeções do Brasil. A proposta europeia se encontra em processo de elaboração e aperfeiçoamento e contém aspectos positivos e negativos.

1. INVESTIMENTO ESTRANGEIRO, CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE INVESTIMENTO E ARBITRAGEM INTERNACIONAL NA AMÉRICA LATINA

É reconhecido que a promoção do investimento estrangeiro é um componente essencial nos processos de desenvolvimento econômico, especialmente nos países com déficit de capital, já que contribuiu ao crescimento da economia e do emprego, ao desenvolvimento tecnológico e à integração da economia local aos mercados internacionais. Negar a contribuição do investimento estrangeiro é adotar uma postura anacrônica, já superada. Existe, evidentemente, a necessidade de salvaguardar as faculdades regulatórias dos Estados, para garantir a transferência de benefícios reais do investimento estrangeiro a favor dos Estados receptores.

O aumento nos países latino-americanos do uso da arbitragem internacional para resolver disputas entre Estados e investidores está relacionado às reformas na região desde a década de 1990, cuja objetivo foi a liberalização e desregulação dos mercados, a abertura ao livre comércio, a atração de capital e a consolidação de marcos regulatórios nacionais e internacionais promotores e protetores do investimento, superando visões nacionalistas, ideológicas e intervencionistas.

Como parte deste processo de reforma, diversos tratados internacionais de conteúdo econômico foram assinados nos últimos anos. Existem atualmente mais de 2500 Acordos Bilaterais para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos ou Bilateral Investment Treaties (BITs) e um número crescente de Tratados de Livre Comércio ou Free Trade Agreements (FTAs), incorporando capítulos sobre investimentos. Dos quase 2500 BITs assinados mundialmente, aproximadamente 450 envolvem a países latino-americanos. O Brasil não ratificou nenhum BIT ou FTA, que incorpore a arbitragem internacional entre o Estado e investidores estrangeiros. Na década dos 90, o Brasil esteve próximo de ratificar BITs com alguns países, mas não aconteceu.

O objetivo dos BITs e FTAs é garantir um marco de estabilidade e previsibilidade da legislação aplicável ao investimento estrangeiro, incentivando a atração e o fluxo de capitais. Estes acordos incorporam princípios e padrões mínimos de proteção, tais como cláusulas de trato justo e equitativo, trato nacional, cláusula da nação mais favorecida, segurança e proteção plena ao investimento estrangeiro, indenização por perdas ou expropriações, livre transferência de ativos, entre outros.

Além destes acordos bilaterais, sejam BITs ou FTAs, os investidores estrangeiros, na maioria dos países da América Latina, têm outros instrumentos internacionais multilaterais que protegem o investimento. Um deles é a Convenção de Washington ou Convenção CIADI (Centro Internacional de Resolução de Controvérsias de Investimento), de 1965, assinada em uma década em que prevalecia a insegurança dos investidores devido às constantes expropriações nos países em desenvolvimento. Hoje são mais de 150 Estados-Membros. Os países do ALBA, Venezuela, Bolívia e Equador, se retiraram da Convenção CIADI por razões ideológicas. Esta Convenção regula a arbitragem de investimento estrangeiro. Existem também as Convenções MIGA e OPIC, seguros internacionais contra riscos não comerciais ou políticos e as Convenções Multilaterais de Panamá e de Nova York, sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

Apesar da posição atual em favor da arbitragem de investimento internacional na América Latina, como se menciona nos parágrafos anteriores, a posição inicial e tradicional dos países da região foi contrária à arbitragem de investimento CIADI. Durante as décadas dos 60, 70 e 80 os países latino-americanos adotaram posições restritivas e hostis em relação

à arbitragem internacional, próprias de épocas em que a denominada cláusula ou doutrina de Calvo era incorporada nas Constituições Políticas, exigindo a submissão obrigatória destes conflitos aos tribunais judiciais nacionais e a renúncia dos investidores estrangeiros a qualquer tipo de proteção diplomática. O investimento estrangeiro e a arbitragem internacional eram vistos como ameaças à soberania do Estado nacional.

A transformação na concepção da soberania absoluta dos Estados latino-americanos em matéria jurisdicional, que inicialmente impedia a arbitragem internacional, em um conceito de soberania relativa, que hoje a autoriza e inclusive promove, é uma consequência natural da necessidade de liberalizar os marcos legais nacionais e torná-los mais atrativos ao investimento, permitindo a plena reinserção da região no mercado global, contribuindo a seu desenvolvimento.

Como resultado do alto número de BITs subscritos por países latino-americanos durante a década dos 90 e o aumento do investimento estrangeiro na região, América Latina lidera a lista de países demandados perante o CIADI. De um total de 706 casos em 31 de dezembro de 2018, os países da América Latina participaram até esse ano, como Estados demandados, em 30% dos processos, a maioria dos quais relativos aos setores de mineração, energia, petróleo, gás e infraestrutura.

Argentina lidera a lista de países latino-americanos processados, participando em mais de 40 casos, devido principalmente a circunstâncias produzidas pela crise econômica e financeira de 2001 e 2002, o que originou controvérsias com vários investidores estrangeiros. Igualmente, participam em diversos processos de arbitragem CIADI como principais Estados latino-americanos demandados, México, Venezuela e Peru.

2. ALGUNS COMENTÁRIOS CRÍTICOS EM RELAÇÃO AO SISTEMA ARBITRAL DE INVESTIMENTO DO CIADI

O sistema de solução de controvérsias de investimento do CIADI é positivo e contribui a despolitizar este tipo de conflitos, eliminando a tradicional proteção diplomática que os países exportadores de capital exerciam em favor de seus nacionais (incluindo intervenções militares), oferecendo aos investidores e aos Estados receptores de investimento um mecanismo direto, neutral e especializado.

No entanto, o sistema arbitral de investimento requer de diversas modificações para melhor responder às expectativas e interesses de ambas partes.

Para citar alguns exemplos: (i) Hoje se procura que as sentenças arbitrais do CIADI alcancem um equilíbrio entre a proteção dos legítimos direitos dos investidores e as faculdades regulatórias dos Estados. Isto se encontra em processo de evolução; (ii) Incorporação nos novos FTAs da possibilidade de apelação contra as sentenças arbitrais, devido às inconsistências e limitações do sistema de anulação no CIADI, mas este é ainda um tema controverso; (iii) Devido aos interesses públicos envolvidos, os Estados exigem maior transparência nos processos, autorizando a participação da sociedade civil, como “*amicus curiae*”. Isto já está ocorrendo nos novos FTAs, no entanto, em muitos casos, o Tribunal Arbitral ainda solicita o consentimento das partes; (iv) Publicação das sentenças arbitrais de investimento, como mecanismo de controle e disciplina, no que diz respeito à atuação dos Estados e ao próprio desempenho dos investidores; (v) Apresentação do projeto de sentença arbitral às partes, para procurar seu parecer, promovendo a autocomposição do conflito. Isso já foi incluído em alguns FTAs, não pacificamente.

Finalmente, uma novidade contida nos novos FTAs é a referida à lei aplicável à controvérsia, buscando superar inconsistências em certas sentenças arbitrais e modificando a tradicional prevalência quase absoluta do Direito Internacional nas arbitragens de investimento. Hoje se busca um maior equilíbrio na aplicação do Direito Internacional e do Direito Interno do Estado receptor. Nesse entendimento, os atuais FTAs distinguem: (i) Se o que está em questionamento é uma violação do FTA, a lei aplicável será o próprio FTA e as regras aplicáveis do Direito Internacional; (ii) No caso de uma violação de uma autorização estatal de investimento (ato administrativo de concessão de direitos) ou de um contrato de investimento entre o investidor e o Estado, a lei aplicável serão as regras especificadas na respectiva autorização estatal ou no contrato de investimento. Se não existirem regras especificadas, a lei aplicável será a lei do Estado receptor e as regras de Direito Internacional.

Por tanto, já existe um desenvolvimento favorável na aplicação do Direito nas controvérsias internacionais de investimento, com maior deferência ao Direito Interno dos Estados, em comparação com a situação que existia inicialmente nas arbitragens de investimento.

3. O BRASIL PERANTE OS BITS, FTAS E A ARBITRAGEM INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS. OBJEÇÕES TRADICIONAIS. POSIÇÃO DO BRASIL DESDE A PERSPECTIVA DE “ESTADO RECEPTOR DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS”

O Brasil até o momento não é Estado parte da Convenção CIADI e não ratificou BITS, FTAs u outros acordos de investimento incorporando a arbitragem internacional como mecanismo de solução de controvérsias investidor-Estado, em contraste com a maioria dos países do mundo, incluídos os países latino-americanos, que fazem parte deste sistema arbitral há pelo menos duas décadas.

Vários são os argumentos que são invocados pelo Brasil para manter esta posição contrária à arbitragem de investimento e à ratificação das Convenções nesta matéria.

A continuação menciono estas objeções e alguns comentários preliminares sobre elas:

Primeira objeção: Os instrumentos internacionais que regulam o investimento estrangeiro unicamente protegem aos investidores, deixando de lado as faculdades regulatórias dos Estados, não sendo convenientes para o Brasil. Por outro lado, não há garantia de que os Tratados de Investimentos (BITS ou FTAs) contribuem efetivamente na atração de investimento estrangeiro ou se este investimento favorece efetivamente o desenvolvimento econômico do Estado receptor.

Observações em relação à primeira objeção: Existe efetivamente, desde os anos 2000, uma tendência nos atuais Tratados Internacionais de Investimento de procurar um maior equilíbrio entre a proteção dos investimentos e a salvaguarda das faculdades regulatórias dos Estados, como resultado, precisamente, de certas críticas ao sistema arbitral e às sentenças CIADI. Por outro lado, esta tendência a proteger de melhor maneira os poderes regulatórios estatais, em matérias como meio ambiente, saúde pública, serviços públicos, segurança, entre outros, também se deve, em parte, à mudança no papel dos países desenvolvidos (Estados Unidos e países europeus), que eram antes principalmente exportadores de capital, hoje também importantes Estados receptores de investimento estrangeiro, estando hoje perante a necessidade de proteger suas próprias faculdades regulatórias “soberanas” e não unicamente os direitos de seus investidores no exterior.

Em relação ao exposto, atualmente já se produziram alterações nos Tratados de Investimento com o fim de salvaguardar o interesse público e as faculdades estatais, tais como: (i) Maior transparência nos processos arbitrais e existência de audiências públicas; (ii) Participação de terceiros para emitir opiniões em questões técnicas; (iii) Possibilidade de incorporar uma instância de apelação arbitral; (iv) maior deferência aos poderes soberanos, uma vez que agora certos atos estatais, realizados em proteção do interesse público (proteção da saúde pública, ambiente, segurança, entre outros), em princípio, não serão considerados atos expropriatórios ou em violação das convenções internacionais ou dos direitos dos investidores; entre outras mudanças.

Quanto à discussão sobre se o investimento estrangeiro contribui ao desenvolvimento econômico do Estado receptor, e de que forma o Estado deve canalizá-lo para torná-lo mais eficiente e favorável, claramente contribui. Deve-se notar, no entanto, que as condições para atrair investimentos são muitas, sendo elas de caráter político, econômico, legal e social. O acesso à arbitragem internacional e a ratificação do CIADI é apenas um desses fatores e faz parte das condições legais. Outros fatores, igualmente importantes, são a dimensão do mercado, o nível de desenvolvimento, a estabilidade e o crescimento da economia, a existência de infraestrutura adequada, a existência de um sistema regulatório não burocrático, baixos níveis de corrupção, governo democrático ou ditatorial, segurança pública, existência ou não de conflitos sociais, entre outros.

Por isso, paralelamente à existência de Tratados Internacionais de Investimento, outros fatores podem ter um impacto positivo na atração do investimento estrangeiro direto, como a qualidade do marco institucional e o clima de investimentos interno.

A ratificação do CIADI e de BITS ou FTAs, como parte das condições legais e de estabilidade, contribui como elemento complementar para a atração de investimentos, pois gera dois efeitos principais: (a) Efeito de compromisso internacional vinculante frente aos investidores, reduzindo o risco político e (b) Efeito demonstrativo perante terceiros sobre a seriedade das intenções do Estado em relação aos investidores.

Como se menciona no relatório de 2014 da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) referido ao impacto dos Tratados Internacionais na atração de investimentos, a maioria das pesquisas realizadas conclui que eles efetivamente são um fator importante

e têm um impacto positivo na captação de investimentos, dependendo também do setor econômico envolvido e de outros fatores institucionais³.

Por último, se o investimento contribui ou não ao desenvolvimento econômico do país receptor, esta é uma questão substantiva, mais relacionada com as políticas econômicas domésticas do que com a decisão de autorizar ou não a arbitragem internacional de investimentos, sendo esta última uma questão essencialmente jurisdicional.

Evidentemente, o Direito Internacional dos Investimentos influencia na capacidade dos Estados de adotar decisões, já que atos estatais arbitrários estão sujeitos a escrutínio, no entanto, cabe a cada Estado decidir se manter fora ou se integrar ao sistema internacional, avaliando custos e benefícios.

Segunda objeção: Os Estados perderam a maioria dos casos no sistema de arbitragem CIADI, favorecendo o sistema apenas aos investidores.

Observações em relação à segunda objeção: Esta objeção ignora a realidade. De acordo com o último relatório estatístico sobre os casos arbitrais CIADI 2018⁴, os demandados (normalmente Estados) tiveram sucesso em 33.6% dos casos (em jurisdição ou méritos), os demandantes (normalmente investidores) em 30.6% dos casos e 35.8% culminaram por acordo das partes, por desistência do requerente ou por falta de pagamento dos direitos administrativos. Efetivamente, poderia se afirmar que no início era um sistema basicamente favorável ao investidor, no entanto, como consequência das críticas e das mudanças nos próprios Tratados, hoje esta situação mudou.

Terceira objeção: O exemplo da Argentina, que foi demandada em mais de 40 casos devido a severas medidas governamentais de emergência adotadas durante a crise econômica e financeira dos anos 2001 e 2002. Entre outras medidas, a “pesificação”, adotada para lidar com a crise e reestruturar a economia. Neste processo, diversos investidores estrangeiros foram afetados e demandaram ao país no CIADI. A situação da Argentina é invocada pelo Brasil como um referente para não fazer parte do CIADI e não ratificar os BITs incorporando a Arbitragem de Investimentos.

Observações em relação à terceira objeção: Em relação a este ponto, foi discutido nos casos da Argentina se as medidas de emergência adotadas

3 UNCTAD (2014). “O Impacto dos Tratados Internacionais de Investimento no Investimento Estrangeiro Direto: Um Visão Geral sobre Estudos Empíricos 1998 – 2014 “

4 ICSID Case Load – Statistics (Issue 2019 – I), pag 14. Em: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1(English).pdf)

pelo governo foram realmente proporcionais e necessárias para enfrentar a crise econômica, se resguardaram ou não de maneira efetiva o interesse público, ao ponto de justificar ou não os prejuízos sofridos pelos investidores e se a Argentina se encontrava num estado de emergência, isente de responsabilidade internacional. Esta foi uma situação particular e excepcional que não deve ser tomada como exemplo numa situação regulatória normal.

Por outro lado, as alterações incluídas nos atuais tratados de investimento, a favor do fortalecimento de faculdades soberanas, respondem à necessidade de ter maior deferência com os poderes estatais em situações de crise, como enfrentada na época pela Argentina.

Finalmente, o argumento do elevado número de casos contra a Argentina, como um elemento dissuasivo que o Brasil invoca para não se integrar à Convenção CIADI e para não ratificar os BITs, é bastante relativo, considerando que outros países, como o Peru, têm igualmente um grande número de BITs e um grande número de casos perante o CIADI e ainda o Estado peruano tem tido sucesso na maioria dos casos. Pode-se dizer, portanto, que o impacto do sistema arbitral de investimento dependerá da conduta de cada Estado em relação aos investimentos estrangeiros, considerando os méritos de cada caso.

Quarta objeção: A arbitragem internacional de investimentos do CIADI implica um tratamento discriminatório entre investidores estrangeiros e investidores nacionais, já que unicamente os investidores estrangeiros teriam acesso à arbitragem internacional. Este tipo de arbitragem também é contrária a soberania nacional e ao princípio jurídico de exaustão dos recursos internos.

Observações em relação à quarta objeção: Este argumento pode ser respondido apontando que a soberania se encontra protegida, pois o Estado é livre de ratificar a Convenção CIADI, precisamente no exercício dessa soberania, estando devidamente considerado na Convenção o consentimento do Estado para aceitar a arbitragem internacional caso a caso, dependendo dos Tratados e/ou contratos particulares posteriores. Por outro lado, o sistema prevê cada vez mais a aplicação do Direito interno do Estado receptor na resolução da controvérsia, como foi mencionado acima. Este também é um elemento que protege a soberania estatal.

Quanto ao princípio de exaustão dos recursos internos, que em outras épocas foi uma expressão da “cláusula ou doutrina Calvo”, hoje

superada, ainda assim se encontra parcialmente protegido, já que os BITs ou FTAs incorporam a necessidade do investidor ter esgotado um determinado período de tempo estabelecido no Tratado para resolver a controvérsia internamente, permitindo o acesso à arbitragem internacional apenas depois de passar por esta via doméstica prévia. Por outro lado, este princípio não é exigível em todos os casos. Por exemplo, quando as partes, incluída uma entidade estatal brasileira, tenham incluído no contrato arbitragem local ou arbitragem internacional ICC.

Por último, no que diz respeito ao argumento da eventual discriminação entre investidores nacionais e estrangeiros, não se deve esquecer que o sistema de arbitragem internacional de investimentos, é um sistema relativo ao investimento estrangeiro, ou seja, às possíveis disputas entre investidores estrangeiros e Estados receptores, que busca conciliar interesses entre os dois atores (desconfiança das cortes judiciais do Estado receptor e necessidade de evitar a participação na controvérsia das cortes judiciais estrangeiras e/ou medidas de proteção diplomática pelo Estado do investidor). O objetivo final é promover a atração do investimento estrangeiro e sua articulação positiva com as políticas de desenvolvimento econômico. Não é seu objetivo regular o investimento nacional. Com a arbitragem internacional de investimento se protege aos investidores estrangeiros no Brasil e aos investidores brasileiros em outros Estados. Não tem sentido que os nacionais demandem a seu próprio Estado em temas de investimento perante foros internacionais como o CIADI. Os investidores nacionais poderão demandar a seu Estado perante as cortes judiciais ou perante tribunais arbitrais locais.

Quinta objeção: Se argumenta que as grandes dimensões da economia brasileira, um mercado em expansão, o crescimento econômico e a estabilidade econômica e política, permitem que o Brasil seja um país atrativo para o investimento estrangeiro sem ser necessário ratificar nenhum tratado internacional de promoção e proteção de investimentos, expondo desnecessariamente ao país.

Observações em relação à quinta objeção: No que diz respeito a este argumento, devemos simplesmente mencionar que a situação econômica do país não é a mesma que nos anos anteriores, multinacionais estrangeiras retiraram-se do país, sendo necessário recuperar a confiança do exterior, atendendo às condições para atrair os investimentos acima mencionados, incluindo determinados fatores jurídicos, como a arbitragem internacional de investimento ou outro mecanismo de solução de controvérsias efetivo.

Da mesma forma, quando são mencionadas as dimensões da economia brasileira como justificativa para se manter fora do sistema, deve-se ter em conta que países como China, Rússia e México, com dimensões maiores ou similares às do Brasil, são parte da Convenção CIADI e ratificaram tratados de investimento, porque o percebem como um importante fator para atrair investimentos e para proteger seus investimentos no exterior.

4. BRASIL E A ARBITRAGEM INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS DESDE A PERSPECTIVA DAS MULTINACIONAIS BRASILEIRAS NO EXTERIOR

Finalmente, consideramos que este debate ignora um aspecto importante. Nesta matéria, não é relevante apenas a atração de investimento estrangeiro ao Brasil e sua condição de Estado receptor, sujeito a possíveis demandas perante o CIADI, mas também a proteção dos interesses das multinacionais brasileiras no exterior, que devem igualmente ter à sua disposição um mecanismo de arbitragem internacional que as proteja e estar em condições de demandar aos Estados receptores destes investimentos brasileiros.

Isto é relevante, especialmente se o investimento brasileiro no exterior está em crescimento. Nos últimos anos, devido à crise econômica interna, desde 2014, multinacionais brasileiras estão se internacionalizando, entrando a novos mercados ou expandindo-se em aqueles em que já estavam presentes. É natural que, em um contexto de crise econômica, as multinacionais brasileiras estejam mais otimistas em relação a seu desempenho econômico e financeiro no mercado externo do que no mercado doméstico.

Também é mencionado que precisam ser fortalecidas as políticas relacionadas aos investimentos brasileiros no exterior, bastante mais sólidas em países como China, México ou na Europa. Como parte deste fortalecimento das políticas públicas, pode se considerar a arbitragem internacional de investimentos. É esta a razão que explica por que países de grandes dimensões como a China, a Rússia e o México, antes contrários ao CIADI, hoje são membros contratantes ou signatários da Convenção, já que suas multinacionais precisam de proteção internacional.

É importante notar que as multinacionais brasileiras operam em mais de 80 países, sendo a maioria Estados parte do CIADI. Os mercados mais atrativos para as empresas brasileiras são os Estados Unidos, Argentina, México, Chile, Peru e Colômbia. Cada um destes países é Estado-membro ou signatário do CIADI.

Finalmente, em relação a este ponto, consideramos que a posição e as objeções do Brasil variarão substancialmente, na medida em que se consolidem dois fatores essenciais: (i) Que a tendência a fortalecer as faculdades regulatórias estatais nos novos FTAs se mantenha; e (ii) Que o número de multinacionais brasileiras no exterior continue aumentando, sendo evidente a necessidade de um mecanismo internacional de resolução de controvérsias para protegê-las adequadamente nos Estados receptores.

5. MECANISMO ARBITRAL COMPLEMENTÁRIO DO CIADI COMO ALTERNATIVA: VANTAGENS E DESVANTAGENS

Finalmente, devemos mencionar que, para os Estados que não desejam ser parte da Convenção CIADI, por considerar que ela limita sua soberania, existe a possibilidade de ter acesso à arbitragem internacional de investimento sob a administração do CIADI, em conformidade com o Mecanismo Arbitral Complementário, previsto para aqueles casos em que um dos Estados envolvidos (o Estado receptor do investimento ou o Estado do investidor) não seja membro contratante do CIADI, como é o caso do Brasil.

O Mecanismo Arbitral Complementário do CIADI tem a vantagem de contar com um Centro neutral para a administração do processo arbitral. No entanto, sua principal desvantagem (especialmente para os investidores) é que ele permite a posterior intervenção dos tribunais judiciais da sede de arbitragem, em dois casos em particular, logo da emissão da sentença arbitral.

Uma das características deste Mecanismo Complementário é que a sentença arbitral CIADI não será de execução automática e imediata, sendo essa a regra geral das sentenças CIADI (sistema autônomo). As sentenças arbitrais emitidas sob o Mecanismo Complementário, para sua execução, estão submetidas ao mecanismo de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais nas cortes judiciais locais, de acordo com a Convenção de Nova York sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais estrangeiras, ou seja, a sentença deve ser homologada pelas cortes do Estado onde será executada.

Da mesma forma, conforme as Regras gerais de Arbitragem do CIADI, qualquer ação de anulação contra a sentença arbitral é resolvida

por um tribunal de anulação interno. Se a arbitragem for conduzida conforme ao Mecanismo Arbitral Complementário, o recurso de anulação será resolvido pelas cortes judiciais da sede da arbitragem, tal como acontece com a homologação.

Estas características do Mecanismo Complementário Adicional podem ser vistas pelos investidores como uma desvantagem em relação à obrigatoriedade da sentença arbitral CIADI, mas também podem ser vistas como uma importante vantagem pelos Estados que desejam fazer uso do sistema arbitral CIADI, dando com isto sinais positivos ao mercado internacional de investimentos, mas mantendo ao mesmo tempo, maior soberania e controle pelas cortes judiciais locais, no referido à eficácia da sentença arbitral no território nacional. Por esta razão, o Mecanismo Arbitral Complementário CIADI pode ser visto como uma interessante opção pelo Brasil.

6. MODELO DE TRATADO DE INVESTIMENTO BRASILEIRO: ACORDO DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS (ACFI)

Paralelamente às objeções do Brasil ao sistema arbitral de investimentos, é importante que mencionemos brevemente as principais características do modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos que o Brasil propôs e utiliza para a promoção e facilitação de investimentos estrangeiros, conhecido como ACFI.

Este modelo, em opinião do autor, tem aspectos positivos do ponto de vista do Direito substantivo e declarações favoráveis, mas também contém algumas indefinições do ponto de vista jurisdicional e de execução desses direitos substantivos.

O modelo de Tratado está baseado em mecanismos auto-compositivos e aposta pela resolução de controvérsias por meio de mecanismos preventivos, consensuais e inclusive diplomáticos, sem *Ius Standi* dos investidores e sem suficiente respaldo de instrumentos legais coercitivos, como é a arbitragem internacional. Isto pode ser excessivamente otimista, do ponto de vista da resolução real da disputa e, por esta mesma razão, pode resultar ineficaz.

Entre 2015 e 2018, o Brasil assinou ACFIs com países da África e da América Latina, como Moçambique, Angola, Malauí, México, Colômbia,

Chile, Peru, estando outros em tratativas. A maioria dos tratados já assinados não foram ainda ratificados.

Em matéria substantiva, o Tratado incorpora algumas normas internacionais de proteção do investimento, como o trato nacional e a não discriminação. No entanto, não incorpora os princípios internacionais de trato justo e equitativo e de expropriação indireta, utilizados na arbitragem internacional de investimentos. Inclui obrigações dos investidores, tais como as relacionadas com a responsabilidade social corporativa, proteção do ambiente e dos Direitos Humanos. Isto último é positivo.

O ACFI é um modelo de Tratado de Investimento com duas etapas e objetivos claramente definidos: (i) Prevenção de disputas investidor estrangeiro – Estado receptor; e (ii) Arbitragem Estado – Estado, como último recurso, com indenização aos investidores unicamente em forma excepcional.

Como mecanismo preventivo de controvérsias, o Tratado considera duas etapas: (i) Ponto Focal (Ombudsmen). Primeiro ponto de contato do investidor com o Estado para buscar apoio e apresentar uma reclamação, com o objetivo de resolver preventivamente a controvérsia; e (ii) Comitê Conjunto Interestatal. Se a fase anterior perante o Ponto Focal (Ombudsmen) não tiver sucesso, a controvérsia é apresentada ao Comitê Conjunto para que colabore em uma solução consensual. É um tipo de mediação, anterior a uma eventual arbitragem internacional Estado – Estado. Estas duas etapas são preventivas ou auto-compositivas, com a participação de um facilitador – mediador.

Se a etapa perante o Comitê Conjunto não produz resultados positivos, a controvérsia será vista dentro de uma arbitragem internacional entre os dois Estados, cujo principal objetivo será que o Tribunal determine se a medida estatal se encontra em conformidade com o ACFI, sendo um sistema similar ao da Organização Mundial de Comércio (OMC).

Nesta arbitragem Estado – Estado, a determinação de danos em favor do investidor ocorrerá de forma excepcional, mesmo que haja danos, desde que exista acordo prévio entre os dois Estados, autorizando esta determinação. O investidor se encontra nas mãos da decisão dos Estados, sem capacidade legal para se defender em

forma direta. É claramente uma superproteção dos Estados e uma desproteção dos investidores.

Como foi mencionado, no Direito Internacional dos Investimentos é necessário alcançar equilíbrio entre os direitos dos investidores e as faculdades regulatórias estatais. Não é conveniente, nesta matéria, oscilar de um extremo liberal, pro-investidor, a um extremo pro-Estado, desprotegendo a uma das partes.

O modelo de solução de controvérsias ACFI é semelhante ao sistema da OMC, onde os atores principais são os Estados e não os particulares. O investidor não tem ação direta contra o Estado que viola seus direitos. É um mecanismo interestatal, quase diplomático, sendo seu objetivo a avaliação da conformidade da medida. Em matéria de investimento estrangeiro, este sistema perde eficácia para uma real proteção dos direitos do investidor.

Como mecanismo Estado – Estado, a resolução da controvérsia poderia potencialmente ser influenciada por fatores políticos e diplomáticos, dependendo em grande parte das relações positivas ou negativas existentes entre os dois Estados envolvidos, passando a um segundo plano o interesse direto do investidor estrangeiro, bem como seus direitos e obrigações, assim como a responsabilidade internacional direta do Estado receptor.

Consideramos que é uma visão muito protetora do Estado, sem qualquer tipo de coercitividade. Um Direito substantivo de proteção de direitos, sem um sistema processual sólido que o acompanhe, perde efetividade. O ACFI limita-se a mecanismos auto-compositivos, consensuais, que são indubitavelmente positivos e necessários, e que devem ser promovidos, no entanto, são insuficientes. Um sistema de resolução de controvérsias complexas, para ser efetivo, não deve limitar-se apenas a estes mecanismos.

No que diz respeito ao Brasil e à arbitragem de investimentos, consideramos que as objeções existentes, em sua maioria, não estão apoiadas pelos fatos, pela evolução dos Tratados e da “jurisprudência arbitral”. Algumas destas objeções são válidas e o próprio sistema está em processo de reforma, em consideração a estas críticas, que não são unicamente do Brasil, mas de vários outros países, desenvolvidos e não desenvolvidos.

7. POSIÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA (UE) SOBRE A ARBITRAGEM INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS. PROPOSTA DE UM TRIBUNAL PERMANENTE. VIRTUDES E LIMITAÇÕES

7.1. CRÍTICAS DA UE AO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS INVESTIDOR – ESTADO

A UE gradualmente abandona o modelo de BITs, de tipo liberal – tradicional, dos anos 80s e 90s, em direção a um modelo mais equilibrado, fortalecendo as faculdades estatais regulatórias.

Como antecedente nas negociações da UE nesta matéria podemos citar o Acordo Econômico e Comercial Global – *Comprehensive Economic and Trade Agreement* entre a UE e o Canadá (CETA 2016) e a Associação Transatlântica de Comércio e Investimento – *Transatlantic Trade and Investment Partnership* – (TTIP), entre a UE e os Estados Unidos. Neste último caso, a proposta da UE sobre o sistema de solução de controvérsias não prosperou. Criticou-se também a extrema confidencialidade nas negociações, existindo dúvidas sobre os benefícios reais do Acordo para ambas as economias. Os textos de ambos os documentos contêm vários dos elementos da proposta geral da UE em matéria de solução de controvérsias de investimento, que passamos a analisar.

Em primeiro lugar, deve-se mencionar que as críticas da UE ao atual sistema de solução de controvérsias de investimento e sua proposta de reforma, partem da premissa de que a Arbitragem Internacional de Investimentos faz parte, quase exclusivamente, do Direito Internacional Público. Isto, na opinião do autor, é parcialmente correto. De fato, no ponto central do debate se encontram dois modelos distintos. Um modelo de sistema de justiça público (UE) vs. o modelo ISDS-CIADI, que tem elementos de Direito Internacional Público, mas também de Direito Privado, como é a Arbitragem Comercial Internacional.

7.2. CRÍTICAS ESPECÍFICAS DA UE EM RELAÇÃO ÀS ATUAIS DECISÕES ARBITRAIS DE INVESTIMENTO. FALTA DE UNIFORMIDADE, COERÊNCIA, PREVISIBILIDADE E CORREÇÃO NAS DECISÕES ARBITRAIS

No atual sistema arbitral *Ad Hoc*, se produzem interpretações contraditórias dos Tratados de Investimento. A “jurisprudência arbitral” é difusa.

Algumas interpretações contraditórias estão referidas a: (i) Aplicação da cláusula da nação mais favorecida a assuntos jurisdicionais; (ii) Escopo da *umbrella clause* em relação a controvérsias contratuais e sob Tratados; (iii) Definição do conceito de estado de necessidade, como situação isente de responsabilidade estatal, entre outros temas controversos.

A proposta da UE também critica a ausência de mecanismos, ou a existência de mecanismos muito limitados, para corrigir a falta de uniformidade nas decisões arbitrais, devido às deficiências e limitações do sistema de anulação, único existente. O atual sistema, sem apelação, permite a permanência de laudos arbitrais juridicamente incorretos, inclusive com erros manifestos, sem possibilidade de correção. Esta situação é mais grave considerando que os padrões internacionais de proteção são indeterminados e muito amplos e interesses públicos estão envolvidos.

Em relação aos árbitros, a UE considera que existe uma real ou aparente falta de independência ou imparcialidade, devido a potenciais conflitos de interesses. Critica-se a falta de idoneidade, eficácia e transparência dos mecanismos de informação de possíveis conflitos de interesses. Igualmente se menciona a falta de diversidade nas designações, tanto do ponto de vista da nacionalidade como do gênero dos árbitros.

Uma especial objeção da UE é a falta de especialização dos árbitros em Direito Internacional Público, afirmando que o atual sistema privilegia a formação em Arbitragem Comercial Internacional, sendo essa uma visão privatista. Menciona a EU que existe uma necessidade de equilíbrio.

Outras preocupações gerais da UE se referem aos altos custos e à longa duração dos processos arbitrais de investimento (em muitos casos cinco anos, ou inclusive mais, quando estão envolvidos temas de jurisdição, méritos e anulação), assim como a falta de transparência no financiamento da arbitragem de investimentos por terceiros.

7.3. RESPOSTA SISTÊMICA DA UNIÃO EUROPEIA A ESTAS CRÍTICAS: MECANISMO PERMANENTE DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS COM DUAS INSTÂNCIAS

7.3.1. CRIAÇÃO DE UM TRIBUNAL PERMANENTE (TP) DE INVESTIMENTOS

Perante as críticas acima mencionadas, a UE propõe um Tribunal Permanente Multilateral que permitirá maior previsibilidade e maior

coerência da jurisprudência. De igual forma, permitirá uma interpretação uniforme dos Tratados sobre a relação entre o Direito Internacional e o Direito Doméstico, já que os Tribunais não serão designados pelas partes para cada caso. Com isto, se espera que diminuam as demandas frívolas e especulativas.

A proposta da UE é a criação de um Tribunal de Primeira Instância, de 15 membros e um Tribunal de Apelação, de 6 membros, nomeados pelos Estados. Os integrantes do Tribunal atuarão a tempo integral, com maior estabilidade, garantindo maior independência e imparcialidade. Os membros do Tribunal deverão ter qualificações de juízes de última instância ou trajetória destacada em Direito Internacional Público.

A competência do Tribunal de Apelações será resolver sobre erros de direito, erros manifestos na apreciação de fatos e defeitos processuais graves. Como se sabe, no sistema arbitral CIADI, não se discutem erros de direito ou de apreciação de fatos, unicamente defeitos processuais formais como causas de anulação. Conforme à proposta da UE, a apelação e a anulação serão resolvidos pelo mesmo Tribunal de Apelação. Para evitar o abuso do sistema de apelação a UE propõe o pagamento de uma fiança para garantir a devolução das custas do processo.

A UE afirma que, com estas mudanças, os processos serão mais curtos, com menor tempo nas etapas de designação e objeções aos árbitros, precisamente porque os membros do Tribunal serão permanentes.

A proposta da UE incorpora também o sistema de interpretação vinculante dos Tratados de Investimento pelos Estados membros envolvidos na controvérsia.

Em matéria de transparência, se fortalece a participação de terceiros, a través de atos específicos, como a solicitação de documentação, assistência a audiências e apresentações de observações.

Em matéria substantiva, a proposta precisa o conteúdo de alguns estândares de proteção do investimento, deixando com isto menor margem de interpretação aos membros do Tribunal Permanente. Igualmente, os Estados envolvidos têm a possibilidade de emitir decisões interpretativas sobre o conteúdo destes estândares.

Em relação ao estândar de Trato Justo e Equitativo (FET), a prova de sua violação será mais difícil por parte do investidor, já que se considerará

que existe denegação de justiça em procedimentos internos, unicamente quando exista um descumprimento “essencial” de garantias processuais, deixando aberto à interpretação o que será considerado “essencial”. De igual forma, o FET será violado quando exista um trato “manifesta e claramente” injusto, discriminação específica e trato abusivo aos investidores. No referido ao conceito de legítimas expectativas, este deixa de ser um conceito aberto, podendo ser considerado que é violado unicamente se existe uma promessa previa ou declaração concreta do Estado receptor, dirigida necessariamente ao investidor, não nos casos de declarações gerais.

Sobre o estândar de expropriação indireta, a proposta da UE inclui interpretações deste conceito mais restringidas. Se autorizam medidas estatais em proteção de interesses públicos, como a saúde, a segurança e o meio ambiente. Estas medidas em princípio não serão consideradas expropriatórias. Em todos os casos, a privação da propriedade deve ser “substancial”. Na análise da medida estatal, no entanto, devem ser considerados fatores como: (i) Impacto e duração da medida; (ii) Nível de afetação no investimento e (iii) Objeto, contexto e intenção da medida estatal, avaliando a proporcionalidade.

Finalmente, a proposta da UE menciona que estarão excluídos de proteção, os investimentos realizados por meio de corrupção. De igual forma, para evitar o abuso do processo, uma demanda será declarada inadmissível quando o controle estrangeiro tenha sido adquirido com o único propósito de iniciar uma arbitragem internacional.

7.3.2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROPOSTA DA UNIÃO EUROPEIA DE CRIAÇÃO DE UM TRIBUNAL PERMANENTE DE INVESTIMENTOS

Consideramos que a proposta da UE contém aspectos positivos, especialmente aqueles referidos a: (i) Necessidade de maior previsibilidade nas decisões; (ii) Transparência do processo; (iii) Não proteção de investimentos efetuados por meio de corrupção; (iv) Não proteção da internacionalização fraudulenta das controvérsias; (v) Procura de maior diversidade na designação dos árbitros, considerando o fator geográfico e de gênero; e (vi) Precisoções necessárias no conteúdo dos estândares de proteção de investimentos.

Não obstante, a proposta da UE também incorpora aspectos que, na opinião do autor, poderiam ser aperfeiçoados. Por citar alguns exemplos,

os membros do Tribunal Permanente serão designados unicamente pelos Estados. Consideramos que esta é uma visão parcial do Direito Internacional dos Investimentos, deixando de lado a natureza mista da arbitragem de investimentos, que não considera adequadamente a posição dos investidores, desprotegendo a uma das partes.

Por outro lado, um Tribunal de Apelação com unicamente 6 membros é claramente insuficiente para o número de controvérsias de investimento existentes, considerando também que os casos devem aumentar.

No tema de revisão das sentenças, a proposta não distingue adequadamente entre apelação e anulação de laudos, sendo que têm lógicas e consequências diferentes (no caso da anulação, a necessidade de iniciar um novo processo e no caso da apelação, simplesmente a correção da sentença). Por estes motivos, deveriam ser Tribunais diferentes. A apelação revisa temas de mérito, com são erros na interpretação e aplicação do Direito substantivo e a interpretação dos fatos. A anulação, revisa erros processuais graves, de forma, violação do devido processo. É um recurso mais restringido. A proposta não faz distinção.

Na delimitação dos estândares de proteção do investimento, como são o trato justo e equitativo e a expropriação indireta, consideramos que os novos conteúdos são excessivamente favoráveis aos Estados, resultando muito difícil provar a violação destes estândares, deixando desta vez desprotegidos aos investidores, como era antes com os Estados.

Finalmente, em forma geral, existem diferentes propostas de reforma do sistema de resolução de controvérsias de investimentos: (i) Manter e reformar o sistema de resolução de controvérsias CIADI, liderado pelos Estados Unidos; (ii) Criação de um regime de Tribunal Permanente Multilateral de Investimentos, proposto pela União Europeia; (iii) Criação de um regime de solução de controvérsias essencialmente interestatal (influência do sistema da OMC), sendo o modelo ACFI do Brasil; e (iv) Retorno às cortes judiciais nacionais, como era na época da aplicação da doutrina Calvo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Internacional do Investimento Estrangeiro e a Arbitragem Internacional de Investimentos, estão em processo de reformas. Se

estão incorporando, não sem debate, uma serie de aspectos relativos ao Direito do Desenvolvimento, aspectos de Direito Público e de outras áreas do Direito Internacional, originalmente não consideradas na prática dos tribunais arbitrais de investimento. Como consequência das críticas analisadas neste artigo, se estão produzindo também mudanças processuais na arbitragem de investimento.

O conteúdo do Direito Internacional do Investimento não está ainda claro e definitivamente estabelecido, como poderia ser se estivesse incorporado num Tratado Multilateral de Investimentos (MIA). Neste momento existem acordos bilaterais ou regionais, não necessariamente uniformes.

Enquanto isso não acontece, os tribunais arbitrais terão um importante papel na resolução adequada das controvérsias de investimento, sendo necessário que considerem em suas decisões questões de interesse público e/ou relativas a políticas públicas de desenvolvimento econômico. A legitimidade e a efetividade da arbitragem internacional de investimento dependerá em grande parte de que isto aconteça.

Em relação ao Brasil, as objeções existentes, na maioria dos casos, não estão mais respaldadas nos fatos e na evolução dos tratados e da “jurisprudência arbitral”. Algumas destas objeções são válidas e têm sido consideradas nas últimas reformas dos FTAs. O modelo brasileiro ACFI tem suas próprias virtudes e limitações.

Fazer parte do sistema dependerá, em última análise, da decisão soberana do Brasil. No entanto, acreditamos que são mais as vantagens que as desvantagens na decisão de integrar-se ou não à comunidade internacional em matéria de investimento estrangeiro e arbitragem internacional, seja a través do mecanismo reformado de arbitragem CIADI, do Mecanismo Complementario ou de uma terceira alternativa mais eficaz que as existentes, avaliando nesse processo as virtudes e limitações do modelo brasileiro ACFI.

Finalmente, algumas das propostas de reforma do sistema de solução de controvérsias da União Europeia (UE) podem ser aperfeiçoadas. Outras não são recentes e já eram discutidas pela comunidade arbitral e incorporadas nos modelos de FTAs dos últimos anos (transparência, amicus curiae, projeto de laudo para opinião das partes, etc). Outras propostas da UE efetivamente são novas e ambiciosas, tais como: Tribunal

Permanente de Investimentos, ênfase no mecanismo de apelação vs. anulação, precisão e limitação do conteúdo dos padrões de proteção de investimentos (em favor das faculdades regulatórias), mudanças na participação dos árbitros, entre outras.

O debate continuará e o tempo dirá se é necessária uma reforma ou uma revolução no sistema arbitral de investimentos (nos aspectos substantivo e processual).

De qualquer forma, estes debates são uma expressão da contínua evolução e especialização do Direito Internacional dos Investimentos e da necessidade de que os países latino-americanos envolvam-se de uma forma mais ativa na criação e nas mudanças desta área do Direito Internacional, não só implementando modelos externos de tratados, mas propondo à comunidade internacional modelos e sistemas com características próprias.

ARBITRAGENS INVESTIDOR-ESTADO E A PROPOSTA EUROPEIA DE UM TRIBUNAL MULTILATERAL DE INVESTIMENTOS¹

Alisson Guilherme Zeferino²

INTRODUÇÃO

A inserção da via arbitral em substituição ao sistema judicial estatal sob o capítulo de resolução de controvérsias de acordos internacionais de investimento é prática observada há pelo menos seis décadas. O afastamento da jurisdição nacional do país anfitrião como foro para dirimir controvérsias relativas a investimentos estrangeiros diretos revelou, entretanto, um sistema tão complexo quanto problemático.

A sistemática de arbitragens segundo o regime *ad hoc*, pelo qual o estabelecimento da competência e a expressão do consentimento para remeter as disputas aos painéis arbitrais passaram a ser definidos caso a caso evidenciou – pela experiência internacional com litígios desta natureza – olhares cada vez mais críticos sobre aspectos sensíveis à administração desses procedimentos. Tais críticas focalizam a falta de transparência, a imprevisibilidade das decisões emitidas, o risco de parcialidade e atuação dos julgadores sem a devida independência, além da dificuldade de revisão das sentenças.

Os desafios apresentados somaram-se a uma preocupação especial, no sentido de que a via arbitral pudesse ser utilizada pelos agentes do investimento estrangeiro como meio de avançar seus interesses

¹ O presente artigo é resultado dos estudos desenvolvidos na disciplina de Direito Internacional Privado e Processual Europeu, oferecida no Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC no âmbito do Módulo Jean Monnet.

² Mestrando em Direito Internacional pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bacharel em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó (2017). Membro do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão do Desenvolvimento (UFSC). Bolsista CAPES-PROEX. E-mail: alisson.zeferino@posgrad.ufsc.br.

mercadológicos sobre os interesses públicos das coletividades, representadas pelos governos dos países anfitriões de empreendimentos e indivíduos de outras nacionalidades.

Nessa esteira é que as críticas ao atual sistema de arbitragens investidor-Estado ganharam relevância e deram base às propostas de reforma do regime. Enquanto uma vertente pretende aprimorar suas configurações atuais, sanando os pontos de obscuridade e ineficiência; outra, defende o abandono da prática hodierna para criar órgão jurisdicional multilateral, livre dos vícios já experimentados pela comunidade internacional.

Diante desse cenário, o problema de pesquisa que se apresenta é: como a comunidade internacional pretende sanar as deficiências do sistema de arbitragens investidor-Estado verificadas no regime *ad hoc*? Trabalha-se com a hipótese de que a proposta da UE e parceiros, de criação de um Tribunal Multilateral de Investimentos, favorece a inauguração de novas práticas nesse meio.

O objetivo geral do estudo é identificar as particularidades de cada proposta que introduz mudanças ao *status quo* no universo de arbitragens investidor-Estado: em primeiro lugar, a reforma do sistema que trabalha com o edifício já erguido e pondera sua melhoria; e, em segundo, o abandono da construção atual com vistas à criação de um Tribunal Multilateral de Investimentos, em discussão no plano internacional por iniciativa da União Europeia (UE).

Dois objetivos específicos permitiram alcançar o objetivo geral: expor as características e a reforma das arbitragens investidor-Estado, e; detalhar iniciativa liderada pela UE para a criação de uma Convenção que estabeleça um tribunal multilateral para a resolução de controvérsias relativas aos investimentos estrangeiros.

A abordagem é justificada pela relevância do estudo do sistema arbitral que é bastidor da transnacionalização do capital na modalidade de investimento estrangeiro direto (IED) e das propostas pensadas para solucionar suas deficiências, mantendo-se a eficiência econômica dos agentes privados e as atividades típicas dos Estados menos suscetíveis a técnicas procedimentais inadequadas na resolução de seus conflitos.

Relativamente à metodologia de trabalho, trata-se de pesquisa qualitativa, realizada pelo método dedutivo, com recurso à análise bibliográfica e à técnica descritiva. Os meios utilizados foram

bibliográficos. Os fundamentos teóricos foram lançados sobre os estudos de Sornarajah, Lowenfeld, Palchetti e Brabandere. Como fontes adicionais de informação, foram utilizados relatórios e ferramentas da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), bem como regulamentos e publicações oficiais da administração supranacional da UE.

1. A RESOLUÇÃO ARBITRAL DE CONTROVÉRSIAS ENTRE ESTADOS E INVESTIDORES ESTRANGEIROS E A REFORMA DO SISTEMA *AD HOC*

Tópicos destacáveis da vertente financeira da globalização envolvem a complexidade dos fluxos, a inovação em instrumentos negociais e a alteração do ritmo com que as transações internacionais passaram a ser efetivadas. A bem operacionalizada estruturação das atividades comerciais num sistema institucionalizado tornou os agentes financeiros integralmente disponíveis aos câmbios entre fronteiras e, a par dos desenvolvimentos em telecomunicações, também novos e mais diversificados instrumentos foram responsáveis pelo aumento do volume das atividades de transferência de capitais (HELD, 1999, p. 189-190).

A partir das transformações nas relações entre Estados e agentes econômicos, objetiva-se expor a carga obrigacional tipicamente gravada em Acordos Internacionais de Investimento (AIIs) por meio dos quais os liames jurídicos são estabelecidos e regidos, o que inclui a solução arbitral de controvérsias, objeto de proposições de reforma.

Nessa toada, os AIIs têm duas funções bastante claras no cenário mundial: a primeira é sinalizar encontrar-se o país anfitrião apto a orientar-se por padrões de tratamento do investimento e de seus agentes, bem como a aceitar a arbitragem para solucionar eventuais controvérsias nesse liame jurídico; e, como segunda função, propugnar paz e prosperidade pela aproximação de parceiros comerciais (SORNARAJAH, 2010; CHASE, 2015).

Dentre os compromissos assumidos por meio de AIIs, quatro são reputados pilares pela ótica dos direitos dos investidores estrangeiros: (a) a garantia de não discriminação pela condição de estrangeiro; (b) a concessão de padrão de tratamento mínimo ditado pelo direito internacional caso necessária a imposição de distinção por origem do agente; (c) o respeito ao devido processo legal e o pagamento de compensação financeira sem demoras nos casos em que o Estado venha a interferir nos direitos de

propriedade do investidor, e; (d) a não interferência nas remessas monetárias entre o investimento e o país de origem (CHASE, 2015). Cada um desses compromissos revela um padrão de tratamento aplicável.

O padrão de tratamento nacional (*national standard of treatment*) limita a reserva de vantagens econômicas à indústria doméstica. Em situação semelhante, sem importar a nacionalidade do agente, as mesmas oportunidades e benefícios devem ser estendidos de forma equânime (SORNARAJAH, 2010).

Já o padrão de tratamento justo e equitativo (*fair and equitable standard of treatment*) diz respeito à proibição de discriminação do investidor estrangeiro quanto ao acesso à justiça e a órgãos da administração no país anfitrião. A base desse padrão comporta a certeza e a clareza exigidas nas relações entre Estado e investidor, não se ignorando o preenchimento das expectativas das partes (LOWENFELD, 2008).

Por sua vez, o tratamento da nação mais favorecida (*most-favoured nation treatment*) demanda a extensão das oportunidades ao investidor estrangeiro nacional de um país em igualdade de condições em que ofertadas vantagens a investidores oriundos de outro país parceiro do Estado anfitrião (SORNARAJAH, 2010).

O quarto padrão de tratamento diz respeito à garantia de total proteção e segurança (*full protection and security*), que emana do direito internacional formado pelo costume, segundo o qual “as forças do Estado não devem ser utilizadas para causar danos à propriedade do investidor estrangeiro ou que o Estado deve conferir segurança diante da violência contra os interesses do investidor estrangeiro se essa violência puder ser razoavelmente antecipada” (SORNARAJAH, 2010, p. 205).

Quando os direitos da pessoa ou empreendimento a ela vinculado sofrem danos em razão da falha estatal na dispensa desses padrões de tratamento, presume-se iniciada a controvérsia e abre-se a possibilidade de convocar um painel de árbitros a se debruçar sobre o conteúdo fático e o conjunto probatório que revolvem as alegações das únicas partes legítimas para abrirem esses procedimentos: os investidores e sociedades empresárias do IED. Por força dos acordos econômicos e cláusulas de resolução de controvérsias investidor-Estado (*investor-state dispute settlement clauses*), os governos centrais não detêm legitimidade ativa nos processos, figurando ordinariamente como demandados.

Ao tornar possível ao investidor estrangeiro a submissão de seus reclamos aos tribunais arbitrais, o que se pretendeu foi levar o julgamento das demandas entre esses sujeitos a um órgão despolitizado e capaz de focalizar questões legais das controvérsias. Embora construído com os auspícios de solucionar mais rapidamente, e sem interferências externas, os conflitos emanados da relação jurídica entre Estados e investidores estrangeiros, o sistema atual apresenta características deficitárias – aqui traduzidas em críticas – que o tornam bastante questionável (UNCTAD, 2014).

As tensões do sistema lançadas a seguir têm fundamento na reunião de obrigações dos Estados por força dos tratados, das quais as disputas recebem seu caráter público, porém contrastam com a natureza comercial e privada da relação entre os agentes que, por vezes, impõe o desafio de “integrar considerações não relativas a investimentos [...] na jurisdição dos tribunais arbitrais” (BRABANDERE, 2014).

Justamente nessa esteira, a primeira crítica trata da legitimidade e transparência no sistema. Em diversos casos os investidores estrangeiros utilizam o procedimento para desafiar medidas adotadas por anfitriões para regular a saúde pública, a proteção ambiental e suas políticas sociais. Nesses termos, contesta-se a legitimidade de um tribunal *ad hoc* formado por indivíduos distantes para emitir parecer definitivo sobre a validade de uma medida estatal implementada para regular interesses públicos. Ademais, por força de traços da arbitragem comercial, permite-se sigilo processual, caso requerido (UNCTAD, 2014).

Uma segunda característica deficitária do sistema é relativa às decisões proferidas pelos tribunais arbitrais. Por não haver necessidade de observar julgamentos que precederam a instauração da demanda *sub judice*, o tribunal *ad hoc* tem liberdade para apreciar as controvérsias, o que dá lugar a inconsistências de julgamento que se externalizam precipuamente na: (a) interpretação discrepante dos mesmos dispositivos de acordos internacionais; e, (b) apreciação diversa do mérito de controvérsias relativas a fatos idênticos. Nesses casos, a decisão é imprevisível, e a repetição de argumentos pelas partes pode não convencer o tribunal de posição adotada em caso semelhante. Aliás, decisões emitidas por tribunais são muito dificilmente revistas, porquanto não se abre a possibilidade de reapreciação do mérito. Partes dos laudos arbitrais podem passar por procedimento de anulação, porém, igualmente pelo crivo de julgadores

livres para verificar a adequação das decisões às normas procedimentais e de direito (UNCTAD, 2014).

O ativismo dos árbitros também é alvo de críticas. Ao repetidamente escolherem certo árbitro, as partes podem fazê-lo por considerá-lo inclinado a determinado sentido de julgamento. Embora formalmente sujeitos à ética, à independência e à imparcialidade, há razões para crer que árbitros interessados em fazer parte de mais procedimentos tendem a ceder a determinadas pressões para decidir a favor dos litigantes mais frequentes do sistema, o que levanta um debate concernente à fidelidade do próprio tribunal à interpretação dos fatos, instrumentos e diplomas legais trazidos à sua atenção (DAVIS, 2015).

A última ponderação cinge-se sobre o custo e a duração das demandas arbitrais. O método sob estudo não logra provar ser mais célere ou menos custoso que as demandas judiciais estatais. A atividade de um tribunal arbitral custa, em média, US\$ 8 milhões para cada parte, o que representa significativa monta para Estados menos desenvolvidos e também investidores de empreendimentos menores. A assistência de *Law firms*, do mesmo modo, gera altas despesas para as partes pois o serviço toma tempo e técnica de litigância de profissionais especializados nesse complexo universo (UNCTAD, 2014).

Com amparo nessas deficiências de legitimidade, transparência, acessibilidade e consistência nas arbitragens investidor-Estado no modelo *ad hoc* é que o tema da reforma ganhou relevância e passou a integrar mais setores na busca de soluções que respondam às necessidades dos litigantes e também das coletividades representadas pelos governos.

As opções que se apresentam são: manter e reformar as arbitragens investidor-Estado, ou abandoná-las e substituí-las.

No contexto de manutenção e reforma do modelo *ad hoc*, trabalha-se com a melhoria do procedimento arbitral, o refinamento do acesso dos investidores à arbitragem, a opção de relegar casos sensíveis à discussão entre Estados e a possibilidade de exigir litigância local antes do recurso a um painel internacional. A referência à melhoria do procedimento atual inclui ações que visam a incrementar a legitimidade do modelo, a aumentar o controle dos sujeitos processuais sobre a interpretação de suas avenças e a simplificar os trâmites de modo a sobrelevar a eficiência, o que, a seu turno, pode ser alcançado com acesso público às demandas;

pela introdução de regras sobre imparcialidade, remuneração e escolha de árbitros; vinculação de interpretação à construção jurídica conjunta das partes; descontinuidade antecipada diante de demandas frívolas – inclusive mediante a introdução de penalidade pecuniária – ; melhor distribuição das custas; e, por derradeiro, a vedação à busca de solução jurídica, pelos investidores, para o mesmo fato em múltiplos fóruns (UNCTAD, 2015).

O acesso reduzido dos investidores à arbitragem respeitaria uma limitação de situações e matérias adjudicáveis no ímpeto de mitigar os riscos jurídicos e financeiros dos países anfitriões pela concessão de consentimento para a arbitragem caso a caso, ou pela imposição de prazo máximo para formação do painel após alegado o dano.

Ainda se tratando da proposta de manutenção do modelo vigente, requerer dos investidores que litiguem primeiramente em nível local para, como último recurso, buscar a formação de um painel arbitral *ad hoc* parece contrariar a lógica despolitizada do fórum internacional, ao passo que visa a igualar, nessas condições jurídicas, investidores nacionais e estrangeiros. É o caso, por exemplo, dos temas “relativos à integridade e estabilidade do sistema financeiro, ao sistema global das relações tributárias internacionais, ou à saúde pública” (UNCTAD, 2015, p. 149).

Alternativamente, no cenário de abandono e substituição do modelo investidor-Estado, as opções são três: (a) inaugurar um tribunal internacional de investimentos permanente; (b) substituir as arbitragens entre agente público e privado pela resolução de controvérsias exclusivamente entre Estados, e; (c) confiar unicamente na resolução dessas disputas em nível doméstico. A primeira opção será abordada na seção seguinte. Quanto à segunda, a arbitragem entre Estados tenderia a devolver a esses agentes a confiança no regime internacional dos acordos de investimento ao tolher dos atores privados certos privilégios legais, porém aumentariam a politização nesses ambientes. Relativamente à terceira, abolir do investidor a prerrogativa de ser demandante do Estado internacionalmente e confiar a disputa às Cortes locais seria acima de tudo arriscado fora das jurisdições nas quais há maior confiança no sistema legal, na boa governança e na *expertise* judicial doméstica (UNCTAD, 2015).

Revista a dupla estrutura da reforma do sistema atual de resolução de controvérsias relativas ao investimento estrangeiro, avança-se para a proposta europeia no sentido de sediar órgão multilateral em resposta aos desafios explicitados.

2. A PROPOSTA EUROPEIA DE UM TRIBUNAL MULTILATERAL DE INVESTIMENTOS

Com o Tratado de Lisboa (2009), o investimento estrangeiro passou a ser parte da política comercial comum na União Europeia (UE).³ A partir de então, a administração do bloco passou a organizar as diretivas comerciais e de gestão de responsabilidades pelo investimento estrangeiro recepcionado. Destaca-se, dentre os temas debatidos, a responsabilidade da UE e dos seus Membros pela promoção da defesa em eventuais disputas investidor-Estado e pelo financiamento das custas ligadas ao patrocínio dos interesses internos nos tribunais *ad hoc*, bem como aos dispêndios dos tribunais na apreciação dos casos.

A condição de organização internacional da UE é ainda debatida, se suas particularidades e o trato com outros sujeitos de direito internacional produziram algum tipo de regra específica e aplicável somente a ela tendo em vista tanto sua responsabilidade quanto capacidade no plano externo. Anota-se que quanto ao investimento estrangeiro, a conduta comissiva ou omissiva do Estado que causa violação das garantias devidas aos investidores pode ser direcionada pela norma comunitária e, nesse cenário, discute-se os limites e possibilidades de responsabilização da UE ou de seus membros, ou mesmo de ambos por atos alegados nocivos ao ambiente de estabilidade, certeza e previsibilidade de tratamento (PALCHETTI, 2019).

A questão do controle normativo pela UE em relação aos seus membros atrairia, assim, o risco de responsabilização da organização nos casos em que, cumulativamente, a matéria seja coberta por norma comunitária, somente o membro tenha assumido obrigação internacional pela assinatura de acordo e haja conduta contrária ao acordado. Nesse cenário, um país membro da UE poderia se eximir da responsabilidade direta, que seria então transferida ao bloco (PALCHETTI, 2019).

Em 2014, o Regulamento UE n. 912/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho criou o regime de gestão da responsabilidade financeira relacionada com os órgãos jurisdicionais de resolução de litígios entre os investidores e o Estado, estabelecidos por acordos internacionais nos quais a UE figura como parte (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

3 “O Artigo 21(2) do Tratado da União Europeia visa a um número de objetivos que a União Europeia deve perseguir por meio de ‘um alto grau de cooperação em todos os campos das relações internacionais’ [sendo relevante] ‘promover um sistema internacional baseado na cooperação multilateral reforçada e na boa governança global’” (EUROPEAN COMMISSION, 2017b, p. 25).

Mencionado regulamento apresenta um critério de justiça na medida em que o tratamento desafiado pelo investidor estrangeiro localizado na UE e protegido por um acordo internacional de investimento pode ter origem na conduta da própria UE ou de um Estado-membro. Logo, a ideia basilar é não onerar desnecessariamente a UE quando a conduta praticada em desfavor do investidor for comissiva do país membro anfitrião do investidor, especificamente quando não se verificar interferência direta de disposições supranacionais no tratamento dispendido ao agente externo (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Situação diversa foi verificada no julgamento do caso *Achmea v República Eslovaca* (*Achmea v Slovak Republic*, Case C-284/16) quando o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que a cláusula de arbitragem de investimentos constante em acordo bilateral formalizado por membros da UE é contrária à norma comunitária e, portanto, inaplicável, sendo que um tribunal arbitral estabelecido de acordo com esta cláusula não possui jurisdição porque a oferta de arbitragem foi inválida no que diz respeito ao consentimento das partes (EUROPEAN COMMISSION, 2019).

Também como resultado do julgamento citado, os membros da UE se comprometeram a revogar todo TBI concluído com outros membros do bloco até 6 de dezembro de 2019. O compromisso foi assumido em declaração assinada em 15 de janeiro de 2019 e essa também desestimula o estabelecimento de novos painéis arbitrais de acordo com as cláusulas reputadas incompatíveis com as normas supranacionais. Ademais, sentenças arbitrais emitidas antes do julgamento do caso *Achmea v República Eslovaca*, ou mesmo as composições dos Estados membros nessas condições não podem ser anuladas, nem se deve buscar sua anulação (EUROPEAN COMMISSION, 2019).

Noutra senda, a UE avançou política diferenciada com parceiros como o México (2001) e o Canadá (2016) em negociações nas quais as partes se comprometem a uma iniciativa multilateral para a criação de tribunal de investimentos de magnitude tal que substitua o sistema arbitral tradicional (UNCTAD, 2018a). O acordo UE-Canadá foi inovador ao prever mecanismo de apelação para a correção de erros do tribunal *ad hoc* e fomentar a consistência nos julgamentos, tudo isso num ambiente monitorado pelos governos e, o que é mais importante, no ímpeto de fornecer as bases para a participação desses países na elaboração da proposta de Tribunal Multilateral de Investimentos de modo a atualizar os acordos

bilaterais comuns (COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 2016; EUROPEAN COMMISSION, 2017a).

Em agosto de 2016, um processo de avaliação de impacto foi aberto pela Comissão Europeia, visando a perquirir no âmbito multilateral as opções disponíveis para a reforma do sistema de arbitragens, o que incluiu o tribunal multilateral e permanente de investimentos (EUROPEAN COMMISSION, 2017b).

Segundo ferramenta da UNCTAD, o número conhecido de procedimentos soma, em setembro de 2019, 942 casos, 602 dos quais já tiveram desfecho: 215 (35,7%) decididos em favor do Estado, 173 (28,7%) em favor do investidor, 137 (22,8%) com encerramento por transação, 64 (10,6%) descontinuados e 13 (2,2%) decididos sem atribuir vencedor – a responsabilidade do Estado foi comprovada, porém os danos não (UNCTAD, 2019).

No ano de 2017, as disputas arbitrais intra UE responderam por quase um quinto do total de arbitragens de investimento registradas, contra a proporção de um quarto reportada em 2016, ou seja, é manifesto o interesse do bloco integrado em participar ativamente das discussões sobre a reforma do sistema vigente, embora com papéis bastante claros (UNCTAD, 2018b).

Uma reforma multilateral da resolução de controvérsias do investimento não poderia ser carreada ao nível dos Estados-membros pela simples razão de que não se poderia alcançar a cobertura de todos os tratados de investimentos, deixando de fora todos os acordos concluídos pela UE. Os Estados-membros não possuem competência para todas as matérias abordadas nessa iniciativa. As matérias ou são de competência exclusiva da, ou compartilhada com, a União Europeia (EUROPEAN COMMISSION, 2017b, p. 24).

A propósito, em 20 de março de 2018, o Conselho adotou diretrizes no sentido de autorizar a Comissão a negociar, em caráter público e em nome da UE, uma convenção para estabelecer um tribunal multilateral para a resolução de controvérsias do investimento, sendo certo que a proposta almeja a criação de órgão permanente para adjudicar disputas futuras entre Estados e investidores tanto originárias de acordos vindouros de investimento quanto daqueles que já se encontram vigentes. No caso da UE, o plano é encerrar o sistema de tribunais de investimento ditados pelos acordos contemporâneos eivados das deficiências já abordadas. Chamar para o bloco a responsabilidade de elevar discussões e tornar a proposta

realidade é ação eminentemente política, em resposta às reservas sinalizadas pelo público com relação ao revés da legitimidade impregnado no modelo atual (COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 2018a).

O mandato do Conselho abre à Comissão o espaço de ação necessário à negociação que integrará elementos de jurisdição doméstica e internacional à arbitragem de investimentos, com a reunião dos parceiros econômicos da UE no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL) (COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 2018a). Do mandato se extrai a obrigação europeia de convidar todos os países interessados que possuam delegações orientadas por governos e também organizações internacionais a tomarem parte nas negociações, de maneira transparente (COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 2018b).

De acordo com a Comissão Europeia do Comércio, na UE, Cecilia Malmström, a reforma sistêmica cabe, no caso, para aplicar o direito internacional por um órgão permanente e que tratará dos litígios relativos a investimentos com previsibilidade e consistência, considerando ainda que a adequada solução para os casos somente será garantida pela abertura de uma via de apelação, inexistente no modelo atual. Sua jurisdição deverá, portanto, ser flexível para acobertar a recepção dos litígios originados de relações comandadas por tratados já existentes e, aparte disso, ser capaz de acompanhar a evolução das obrigações inseridas em novos acordos. Atingir esses objetivos, em sua visão, urge multilateralismo (EUROPEAN COMMISSION, 2018b).

Assim, tanto a UE quanto terceiros países deverão, sob a Convenção em discussão, ser capazes de acordar a remessa de suas disputas à jurisdição do tribunal idealizado, a qual contará com tribunal de primeira instância e tribunal de apelação, esse último com a competência para revisar erros de apreciação de fatos, falhas e impropriedades procedimentais e de direito e devolver a matéria ao primeiro. Não obstante, o tribunal deverá ter sua independência assegurada pela composição de corpo de julgadores qualificado e imparcial, com mandato duradouro e remuneração exclusivamente provida pelo órgão multilateral, observadas regras de conflito de interesse e código de conduta (COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 2018b).

O que o Conselho entregou à Comissão, em termos do que se constitua como de desejável implementação na Convenção, é a não exclusão, de imediato, da possibilidade de o tribunal criado se valer do apoio

técnico de pessoal de outra organização internacional e ainda, deste, futuramente, ser integrado a outro órgão de maior tradição. Finalmente, assuntos como a transparência procedimental, que inclui abertura à intervenção de terceiros nos casos iniciados (tais como entidades ambientais ou trabalhistas), a implementação de efetiva vinculação das partes às decisões emitidas no âmbito do órgão e a forma de divisão, entre os membros da convenção, dos custos de operação e rateio de custas finais nos procedimentos também integraram a pauta (COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 2018b).

Resumindo-se a proposta em princípios, o tribunal deverá ser instituição internacional permanente; seus juízes, empossados, qualificados e de remuneração permanente de modo a assegurar a imparcialidade e independência, além da previsibilidade e consistência nas decisões emitidas; os procedimentos obedecerão a transparência; haverá previsão de apelação contra as decisões; será vital respeitar regime efetivo de vinculação das partes às decisões emitidas e, por derradeiro; o tribunal terá competência para receber disputas tanto de acordos existentes quanto futuros, sendo bastante a sinalização de consentimento jurisdicional pelos envolvidos (COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 2018a).

Importa ressaltar que, no plano geral, não há como afirmar que a qualidade das decisões será melhor porque os julgadores serão vinculados a uma instituição multilateral. Em verdade, considera-se corolário das disputas arbitrais a *expertise* e disponibilidade dos profissionais escolhidos para formar um painel apto a emanar a decisão que vinculará as partes. No caso da proposta europeia, a liberdade das partes para escolher os julgadores certamente será afetada.

A abordagem, verifica-se, é no sentido de abandonar a formação de tribunais *ad hoc*, eliminar o risco de imparcialidade, tornar o resultado da disputa previsível, permitir a revisão das decisões, mitigar custos procedimentais e de negociação e apagar do sistema a regra do sigilo de tramitação processual (EUROPEAN COMMISSION, 2017c).

A iniciativa demonstra a preferência da UE pelo multilateralismo em detrimento do bilateralismo e do estabelecimento de órgão de solução de conflitos que atenda as necessidades específicas das disputas entre investidores e Estados, diferentemente do tradicional mecanismo da arbitragem comercial, destinada à resolução de controvérsias entre entes privados.

Como exposto, trata-se de proposta em discussão e os delineamentos ou a realidade a ser verificada futuramente pode diferir bastante das ideias propugnadas pelos órgãos da administração supranacional da UE. De qualquer modo, justifica-se, no presente contexto, a ação europeia na busca de solução para as deficiências de um sistema vigente há pelo menos seis décadas e que impacta diretivas públicas e interesses coletivos legítimos numa esfera jurisdicional pouco transparente e ainda menos consistente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora vigente desde a assinatura alargada de acordos bilaterais de investimentos por países entre as décadas de 1950 e 1960, o sistema de resolução de controvérsias entre Estados e investidores estrangeiros ganhou relevância somente a partir de 1990, com a abertura de mais procedimentos e com a atenção pública voltada ao conteúdo das discussões entre governos centrais e agentes estrangeiros responsáveis pela transnacionalização do capital.

Da litigância em sistema herdado das arbitragens privadas entre agentes comerciais, à evidência, a experiência estatal advinda não foi positiva ou efetiva, e a conjugação de novas pautas às atividades estatais legítimas com propensão a interferir diretamente nas atividades dos investidores estrangeiros cobertos por acordos internacionais de investimento somente focalizaram os embates entre o capital estrangeiro e a condução da política regulatória interna.

Nessa linha, diversas deficiências do sistema arbitral criado para solver controvérsias relativas ao investimento estrangeiro foram apontadas e serviram de base para o início das reflexões acerca da necessidade de modificar o *status quo*. A preocupação era prosseguir a boa operacionalização da proteção jurídica do estrangeiro detentor de propriedade e de interesses permanentes na economia doméstica dos países anfitriões, além da manutenção do poderio estatal para nortear o desenvolvimento de atividades econômicas em seu território.

As verificadas deficiências do sistema, traduzidas em críticas, foram marcadas pelo seguinte: caráter *ad hoc* dos tribunais e os efeitos decorrentes da singularidade de formação dos painéis, riscos de parcialidade dos julgadores, falta de previsibilidade do sentido de julgamento e inobservância de precedentes, bem como a inexistência de possibilidade de recurso e revisão legal das decisões. Tudo isso, aliado ao alto custo procedimental, tornaram

mais que desejável a implementação de regime de solução de controvérsias renovado e distanciado dessas inconveniências.

Assim, confirma-se a hipótese de trabalho no sentido de que a iniciativa europeia de propor – por meio de sua administração supranacional – um espaço para a discussão de um Tribunal Multilateral de Investimentos favorece a inauguração de novas práticas no âmbito das arbitragens entre Estados e investidores estrangeiros.

Em primeiro lugar, por responder às necessidades verificadas pelos agentes estatais que litigam no sistema hodierno. Em segundo lugar, porque o bloco complementou a proposta de reforma do sistema de arbitragens investidor-Estado porquanto integrava a segunda vertente defendida internacionalmente (um tanto mais radical), não de aprimorar a construção existente, mas de trazê-la abaixo para construir um regime de disputas novo e isento das deficiências já conhecidas.

Eventualmente estabelecido, um tribunal com a competência para apreciar esses reclamos levará certo tempo até fazer prova de sua eficiência com relação ao regime que pretende substituir, interregno comum nos casos de alteração da prática jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRABANDERE, Eric de. **Investment Treaty Arbitration and Non-Investment Considerations**. United Nations Audiovisual Library of International Law, Jan. 29, 2014. Disponível em: <http://webtv.un.org/watch/player/3422633383001>. Acesso em: 2 set. 2019.

CHASE, Peter H. TTIP, investor-state dispute settlement and the rule of law. **European View**. Vol. 14, n. 2, p. 217-229, 2015. Disponível em: <http://link.springer.com/article/10.1007/s12290-015-0377-z>. Acesso em: 2 set. 2019.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. **Joint Interpretative Instrument on the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union and its Member States**. Brussels: General Secretariat of the Council, 2016. Disponível em: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/en/pdf>. Acesso em: 8 dez. 2016.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. **Multilateral investment court**: Council gives mandate to the Commission to open negotiations. Press release. European Council, 2018a. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2018/03/20/multilateral-investment-court-council-gives-mandate-to-the-commission-to-open-negotiations/>. Acesso em: 2 set. 2019.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. **Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes**. European Council, 2018b. Disponível em: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf>. Acesso em: 2 set. 2019.

DAVIS, Christina L. The political logic of dispute settlement: Introduction to the spe-

cial issue. **The Review of International Organizations**. Vol. 10, n. 2, p.107-117, 2015. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10.1007/s11558-015-9220-1>. Acesso em: 2 set. 2019.

EUROPEAN COMMISSION. **Assessing markets**: Investment. EC, 2017a. Disponível em: <http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/investment/>. Acesso em: 2 set. 2019.

EUROPEAN COMMISSION. **Commission Staff Working Document Impact Assessment**: Multilateral reform of investment dispute resolution accompanying the document Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes. Brussels: European Council, 2017b. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/LV/TXT/?uri=CELEX:52017SC0302>. Acesso em: 2 set. 2019.

EUROPEAN COMMISSION. **State of the Union 2017**: A Multilateral Investment Court. European Commission, 2017c. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc_156042.pdf. Acesso em: 2 set. 2019.

EUROPEAN COMMISSION. **Comissão congratula-se com o acordo sobre o quadro de análise do investimento estrangeiro**. Comunicado de imprensa, 20 nov. 2018. Brussels: EC, 2018a. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6467_pt.htm. Acesso em: 2 set. 2019.

EUROPEAN COMMISSION. **A Multilateral Investment Court**: a contribution to the conversation about reform of investment dispute settlement. Brussels: EC, 2018b. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/november/tradoc_157512.pdf. Acesso em: 2 set. 2019.

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.

HELD, David; MCGREW, Anthony; GOLDBLATT, David e PERRATON, Jonathan. **Global transformations**: Politics, economics and culture. Stanford: Stanford University Press, 1999.

LOWENFELD, Andreas F. **International economic law**. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2008.

PALCHETTI, Paolo. Unique, special, or simply a primus inter pares? The European Union in international law. **The European Journal of international law**, (2018), vol. 29, n. 4, p. 1409-1426. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ejil/chy081>. Acesso em: 2 set. 2019.

SORNARAJAH, M. **The international law on foreign investment**. 3rd ed. New York: Cambridge University Press, 2010.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) n. 912/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014**. Estabelece um regime de gestão da responsabilidade financeira relacionada com os órgãos jurisdicionais de resolução de litígios entre os investidores e o Estado, estabelecidos por acordos internacionais em que a UE é parte. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/reg/2014/912/oj>. Acesso em: 2 set. 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **World In-**

vestment Report 2018: investment and new industrial policies. United Nations: New York and Geneva, 2018a. Disponível em: <http://unctad.org/en/pages/PublicationWeb-flyer.aspx?publicationid=2130>. Acesso em: 2 set. 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **World Investment Report 2015:** Reforming international investment governance. New York and Geneva: United Nations, 2015. Disponível em: https://unctad.org/en/Publications-Library/wir2015_en.pdf. Acesso em: 2 set. 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Investor State-Dispute Settlement.** UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York and Geneva: United Nations, 2014. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf. Acesso em: 2 set. 2019.

UNCTAD (INVESTMENT POLICY HUB). **Investor-State Dispute Settlement:** Review of Developments in 2017. IIA Issues Note, International Investment Agreements. United Nations: UNCTAD, 2018b. Disponível em: https://unctad.org/en/Publications-Library/diaepcbinf2018d2_en.pdf. Acesso em: 2 set. 2019.

UNCTAD (INVESTMENT POLICY HUB). **Investment Dispute Settlement Navigator.** United Nations: UNCTAD, 2019. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>. Acesso em: 2 set. 2019.

JURISPRUDÊNCIA DESPORTIVA NÃO ESTATAL E JURISPRUDÊNCIA NÃO NACIONAL: SEU LUGAR NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO¹

Gustavo Ferraz de Campos Monaco²

INTRODUÇÃO

O presente artigo procura refletir sobre a recepção da jurisprudência desportiva pelas cortes nacionais. Para enfrentar esse tema, vou dividir minhas considerações em duas partes: a primeira, de caráter mais abstrato e geral e a segunda abordando a situação das diversas origens de onde pode provir uma dada jurisprudência não-estatal-nacional (jurisprudência internacional; jurisprudência estatal-estrangeira; jurisprudência arbitral convencional; jurisprudência arbitral institucional). Nesta segunda parte pretendo ilustrar as questões a partir do exemplo brasileiro e de sua relutância para aceitar tais questões; também nesta segunda parte, pretendo mencionar a mudança na legislação trabalhista brasileira, que passou a admitir a arbitragem para solucionar conflitos decorrentes de contratos de trabalho – mediante certas condições – e o impacto que essa mudança normativa poderá ter em matéria de aproveitamento da jurisprudência arbitral desportiva que envolva o contrato de trabalho dos esportistas.

1. DA JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO

1.1. DO DIREITO ROMANO-GERMÂNICO EM GERAL

Os sistemas jurídicos de direito romano-germânico têm como fonte principal a lei, ou seja, tem predominância das fontes normativas de tipo legislativo.

¹ O presente texto (até agora inédito) serviu de base para uma apresentação feita pelo autor em colóquio sobre direito desportivo realizado em Lyon, na França, no segundo semestre de 2017.

² Professor Titular de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da USP.

Se isso é verdade enquanto teoria, a existência de lacunas e de cumulação de regras na rede de normas legislativas exige dos magistrados ora o seu preenchimento, ora a definição da norma que deve prevalecer para que o fiel cumprimento de seu múnus público possa ser alcançado.

Com efeito, por vezes as fontes legislativas são incapazes de, sozinhas, garantir a solução do caso concreto. E mesmo quando se recorre aos critérios hermenêuticos de preenchimento de lacunas ou de resolução de conflito de normas³, o recurso às normas obtidas ou restantes pode mostrar um descompasso entre o sistema e sua intenção, sua teleologia. Outras vezes, haverá necessidade de adaptar a norma antiga à evolução da tecnologia, da sociedade e de seus valores.

Ganham destaque, assim, a jurisprudência e a doutrina como fontes auxiliares, vale dizer, como fontes às quais o magistrado deve recorrer para garantir uma norma hábil à solução do conflito que foi trazido à corte nacional e adequada aos valores contemporâneos da sociedade em tela.

Como disseram René David, Camille Jauffret-Spinozi e Marie Goré, “As regras de direito colocadas pela jurisprudência não possuem a mesma autoridade que as editadas pelo legislador. São normas frágeis, suscetíveis de rejeição ou modificação à qualquer momento, sempre que houver a ocasião de se analisar uma situação nova”⁴.

Nesse sentido, esse caráter volátil da jurisprudência pode colidir com a pretensão à segurança jurídica típica dos direitos de inspiração romano-germânica, o que pode ganhar um colorido ainda mais difuso, em que as matizes e as nuances se misturam e se modificam lenta mas constantemente, quando se está diante de relações plurilocalizadas.

1.2. DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DE MATRIZ CONTINENTAL

1.2.1. A JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA DE DIREITO DE CONFLITOS DO FORO

No âmbito das normas positivadas de direito internacional privado dos países de matriz continental, a lógica da abstração e da generalidade

3 Para uma análise das lacunas e de critérios para seu preenchimento no Direito Internacional Privado, veja-se MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Conflitos de Leis no Espaço e Lacunas (Inter)Sistêmicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

4 DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille; GORÉ, Marie. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 12.ed. Paris: Dalloz, 2016, p. 122.

gerou, por vezes – e esse é claramente o caso do direito brasileiro – um conjunto poroso de fontes normativas, que é incapaz de cobrir boa parte das situações da vida.

Da leitura das regras de Direito Internacional Privado registradas pelo legislador haverá espaços enormes na seara dos fatos jurídicos que não terão solução, pelo menos não em um primeiro momento. E será preciso preenchê-los com outras fontes normativas.

No caso do Direito Internacional Privado, em se verificando a escassez de fontes normativas, de tipo legislativo, ou a concisão dos dispositivos quando os mesmos existem verifica-se a existência de enorme espaço para o desenvolvimento jurisprudencial, ou doutrinário.

Em face disso, verifica-se que além das leis, a doutrina e a jurisprudência terão papel importante como fontes do Direito Internacional Privado.

No que tange à jurisprudência, os juízes se mostram, muitas vezes, arredios na aplicação do direito estrangeiro quando o mesmo é apontado pelo Direito Internacional Privado como a lei aplicável.

Tal fato pode decorrer tanto de um apego nacionalista quanto do desconhecimento do Direito Internacional Privado, mas em nenhum dos dois casos se justifica.

Isso porque, em relação ao primeiro caso, verifica-se que foi opção do Poder Legislativo adotar as regras de conflito e permitir a aplicação do direito estrangeiro, não havendo, portanto, qualquer violação da soberania nacional. Além disso, é preciso ter sempre em mente que a função primordial do Direito Internacional Privado é a de indicar o direito mais próximo à relação jurídica e se esse for o direito desportivo, o mesmo deve ser aplicado.

Já no segundo caso, com o advento da globalização e o aumento constante do intercâmbio entre sujeitos de diferentes Estados, um jurista que queira atuar adequadamente no mundo contemporâneo não pode ignorar a relevância do Direito Internacional Privado, ainda que tenha tido uma lacuna em sua formação acadêmica.

1.2.2. A JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA DE DIREITO MATERIAL DESPORTIVO

Uma remissão ao direito desportivo como sendo o direito material aplicável para a decisão do caso concreto apresentado perante uma corte

nacional coloca o problema de se saber a extensão da recepção possível desse direito material especial.

Nesse caso, a pouca expressividade nacional das regras de matriz eminentemente privada que conformam o direito desportivo elaborado nas federações globais pode encontrar seu reforço de aplicação na jurisprudência desportiva.

Com efeito, como afirma Mathieu Maisonneuve⁵, referindo-se à jurisprudência do Tribunal Arbitral do Esporte, “existe uma verdadeira jurisprudência do TAS” que decorre de seu caráter institucional e não propriamente convencional. É a investidura institucionalizada dos árbitros desportivos que garante sua função de atores privilegiados na construção do direito desportivo local ou estrangeiro aplicável.

Quer-se com isso afirmar que seja determinada a aplicação do direito desportivo do foro, seja determinada a aplicação do direito desportivo externo ao sistema jurídico local, nacional, indígena, do foro, fato é que a completa aplicação desse direito pode depender fortemente de se recorrer à jurisprudência arbitral específica.

A questão, então, está em saber se haverá espaço ou, antes, resistência ao recurso a essa jurisprudência arbitral, privada, ainda que institucional de que nos fala Maisonneuve.

Nesse sentido, torna-se conveniente abordar a relação entre as normas legislativas estatais (sejam elas nacionais ou estrangeiras) e as normas de inspiração jurisprudencial não nacional.

2. RECEPÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NÃO ESTATAL-NACIONAL POR CORTES NACIONAIS

Chamarei de normas de inspiração jurisprudencial não estatal-nacional tanto a jurisprudência estatal estrangeira, produzida por cortes que componham a estrutura jurisdicional de um estado estrangeiro qualquer, quanto a jurisprudência internacional, produzida por cortes internacionais ou supranacionais. Nessas duas fontes de jurisprudência, a participação direta do Estado na remissão ao direito estrangeiro ou internacional, distingue tais situações daquelas outras em que a jurisprudência que se vai aplicar prescinde da participação de um ou de mais de um Estado para

5 MAISONNEUVE, Mathieu. *L'arbitrage des litiges sportifs*. Paris: L.G.D.J., 2010, p. 207.

sua construção, como é o caso da jurisprudência arbitral, que pode ser institucional ou convencional.

2.1. RECEPÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NÃO-NACIONAL, PORÉM ESTATAL (ESTRANGEIRA OU INTERNACIONAL)

A recepção pelas cortes nacionais de uma jurisprudência construída com a participação prioritária de Estados outros que não o Estado do foro – muito embora este último possa ter alguma dose de participação – decorre do manejo de mecanismos clássicos postos à disposição das cortes locais (nacionais) pelo direito internacional público ou pelo direito internacional privado.

2.1.1. A JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

Com efeito, a recepção eventual de jurisprudência internacional pelas cortes do foro pode se dar por meio do recurso retórico típico de um argumento de autoridade, quando se afirma, com o intuito de reforçar a linha de decisão querida pela corte nacional ao aplicar as normas jurídicas que incidem na hipótese, que assim já decidiu a Corte Internacional de Justiça, a Corte Europeia de Direitos do Homem, a Corte Interamericana de Direitos Humanos ou o Tribunal de Justiça da União Europeia.

Mas pode também ocorrer por necessidade sistemática e por compreensão não só do status hierárquico que o direito internacional deve desempenhar naquele sistema, mas também e principalmente pela convicção de que a jurisprudência internacional integra o direito internacional público.

Assim, ante uma norma estatal que afronte uma norma cogente de direito internacional assim declarada pela Corte Internacional de Justiça, deverá a Corte estatal recepcionar a jurisprudência internacional a fim de não corroborar a prática de um ilícito internacional.

Em outra hipótese, se uma norma estatal interna for ambígua e admitir duas ordens diversas, porém não colidentes de interpretação, e a corte nacional verificar que uma delas mostra-se mais consentânea com o conteúdo da jurisprudência da corte regional de proteção dos direitos humanos, deverá essa jurisprudência especial ser recepcionada com a intenção de acomodar a aparente ambiguidade da norma estatal interna a uma cultura regional de proteção da pessoa humana.

Em matéria de direito desportivo, mostra-se conveniente levar em consideração as normas sobre nacionalidade e condição jurídica do

estrangeiro, por exemplo, bem como o modo como as cortes internacionais lidam com a questão da autodeterminação dos povos (Parecer da Corte Internacional de Justiça sobre o Kosovo), por exemplo.

2.1.2. A JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA

Por outro lado, as cortes nacionais podem ser levadas por determinação do legislador nacional à aplicação do direito material estrangeiro. Isso se dá, primordialmente, pelo recurso ao método de solução de conflitos de leis no espaço.

Se este determinar que a resolução material do litígio seja obtida com a aplicação do direito material estrangeiro, o juiz do foro deverá recepcionar integralmente aquele sistema alienígena, inclusive com a análise dos vieses jurisprudenciais que naquele sistema jurídico são admissíveis, a fim de analisar a viabilidade de sua recepção pela ordem pública do foro e, em caso de ambas poderem ser tidas como compatíveis com os valores do foro, optar por aquela que melhor se adequar ao espírito do sistema jurídico estrangeiro.

Em matéria de direito desportivo, a questão ganha contornos interessantes para a reflexão do cultor do direito internacional privado: imagine-se um sistema jurídico estrangeiro qualquer em que exista uma norma legislativa nacional que regule uma determinada questão esportiva e que o faça em confronto com o regulamento de uma dada federação desportiva; imagine-se, ainda, que no sistema jurídico do foro a mesma questão tenha sido objeto de análise do legislador nacional e este tenha concordado em reproduzir – no plano jurídico nacional – as normas contidas no regulamento estrangeiro; imagine-se, por fim, que as cortes do estado estrangeiro tenham analisado a questão em casos levados àquela jurisdição nacional e decidido dar prevalência à norma nacional, ainda que tenham sido alertadas da incompatibilidade daquela lei com o regulamento da federação em tela. Trazida questão semelhante ao judiciário do foro e determinada a aplicação da lei estrangeira, que como vimos é incompatível não só com o regulamento da federação, mas também com a norma nacional, do foro, como justificar eventual afastamento não só da norma estrangeira como da jurisprudência daquele sistema? Suponhamos que a divergência entre as leis aplicáveis possa configurar uma afronta à ordem pública do foro, mas suponhamos que os efeitos práticos dessa decisão sejam passíveis de serem obtidos tão somente no foro estrangeiro que já se manifestou, por meio de seus tribunais, pela validade da norma nacional.

Se quisermos pensar em termos de ordem pública de proximidade, será preciso aplicar a lei estrangeira incompatível com o regulamento desportivo, mas já reafirmada pela jurisprudência daquele sistema.

2.2. RECEPÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA ARBITRAL (INSTITUCIONAL OU CONVENCIONAL)

2.2.1. BREVE EXPLICAÇÃO SOBRE ARBITRAGEM NO BRASIL

Mas a questão que parece mais relevante aqui é a da recepção da jurisprudência produzida por órgãos pertencentes ao sistema desportivo e incumbidos da tomada de decisões. Estes se manifestam por meio de decisões arbitrais que podem ou não ser reconhecidas pelas ordens jurídicas nacionais. Mas a questão aqui é outra: haverá um diálogo entre a jurisprudência arbitral desportiva e as cortes nacionais?

Para desenvolver esse tema vou me ater à realidade brasileira. Nossa lei de arbitragem é de 1996, não tendo sido pacífica a sua aceitação pelas cortes e pela jurisprudência brasileiras. Isso porque a Constituição de 1988 determina a inafastabilidade do Poder Judiciário e logo se estabeleceu uma corrente no pensamento jurídico brasileiro que entendia ser a arbitragem inconstitucional.

Em dezembro de 2001, o Supremo Tribunal Federal brasileiro declarou, por sete votos a quatro, a constitucionalidade da lei de arbitragem. Em um cenário como esse não é difícil imaginar que a arbitragem tenha ficado relegada a um segundo plano por longos anos.

No entanto, hoje, ela é bem aceita e muito utilizada em nosso sistema para dirimir conflitos que se refiram a direitos disponíveis. Sua utilização para resolver litígios acerca de direitos indisponíveis é vedada e essa vedação conforma a ordem pública brasileira. Outro ponto digno de nota é o caráter normalmente sigiloso de que as arbitragens no Brasil se revestem, o que dificulta o acesso a certa jurisprudência arbitral que não seja institucional, ou seja, quando se trata de uma câmara arbitral institucional, seus componentes conhecem a jurisprudência daquela instituição. Mas se trata de um clube fechado, quase exclusivo.

O Judiciário, por sua vez, só tem acesso às sentenças arbitrais quando se trata (i) de determinar a execução de seu conteúdo, (ii) de analisar ações que pleiteiam a anulação de tais decisões ou (iii) quando são chamados a homologar decisões arbitrais proferidas por tribunais sediados no exterior.

Nesse contexto, ao menos na ordem jurídica brasileira, falar-se em recepção pelas cortes estatais de uma jurisprudência arbitral – tenha ela a temática que tiver: comercial, desportiva ou qualquer outra – é uma tarefa bastante dificultada na prática, mas que não é impossível.

2.2.2. ADMISSÃO DA ARBITRAGEM EM MATÉRIA DE LITÍGIOS TRABALHISTAS

Mencionei que a ordem pública brasileira não convive bem com a ideia de se submeter à arbitragem questões tidas por nossa ordem jurídica como indisponíveis.

Com interesse para o direito desportivo estavam as questões vinculadas às relações de trabalho, tal qual as que se estabelecem entre atletas profissionais e as agremiações que os empregam.

Com efeito, ao longo da história brasileira a Justiça do Trabalho – uma jurisdição própria e típica do Estado novo da ditadura de Getúlio Vargas nos anos 30 e 40 do século passado – imiscuiu-se em questões desportivas por entender que envolviam a relação profissional de cunho laboral entre desportista e seu clube.

No entanto, a recente reforma trabalhista passou a admitir a submissão de questões trabalhistas ao crivo da arbitragem desde que o salário do empregado seja superior a certo nível, como ocorre com a maioria dos atletas profissionais, mormente os do futebol.

Isso muda sem dúvida a ordem pública brasileira, mas ainda parece cedo para comemorar algum avanço em direção a uma interlocução mais ampla entre a jurisprudência arbitral desportiva e a Justiça Brasileira. Isso porque é preciso averiguar como os juízes trabalhistas lidarão com essa nova regra que pode ser interpretada como algo que desprotege o trabalhador que foi presumido pelas leis brasileiras e por longas décadas como um hipossuficiente. Mas será essa a questão dos desportistas profissionais? Parece que não.

ESTUDOS BRASILEIROS SOBRE A EUROPEIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Augusto Jaeger Junior¹

Mariana Sebalhos Jorge²

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O intenso processo de globalização a que o mundo está submetido alterou o espaço geográfico e reduziu as barreiras fronteiriças. A globalização e o conseqüente aumento do fluxo internacional, tanto de pessoas como de bens, possui como fatores mais significativos “a redução das barreiras aos intercâmbios internacionais de bens e serviços, a instauração de novos modelos transnacionais de produção, a expansão das comunicações e a criação de uma sociedade da informação de alcance mundial” (BONOMI, 2006, p. 159).

Percebe-se, com a globalização, a internacionalização³ do direito internacional privado, que deixa de ser uma matéria nacional e regulada

¹ Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, em Porto Alegre, Brasil. Professor Associado da Faculdade de Direito da UFRGS. Líder do Grupo de Pesquisa “Direito Internacional da Concorrência” (UFRGS/CNPq). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. Autor e organizador, respectivamente, dos livros *Europeização do Direito Internacional Privado: Caracter Universal da Lei Aplicável e outros Contrastes com o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Curitiba: Juruá Editora, 2012. 672 p. e *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016. 584 p., entre outros. E-mail: augustojaeger@ufrgs.br

² Doutoranda em Direito Internacional na Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). Membro do Grupo de Pesquisa “Direito Internacional da Concorrência” (UFRGS). Membro do “Grupo de Pesquisa sobre a Pluralidade das Fontes no Direito Internacional Privado e o Brasil” (USP). E-mail: msebalhos@gmail.com

³ Diego Fernández Arroyo destaca quatro grandes tendências do direito internacional privado: a sua internacionalização, a influência pós-moderna e futurista, a influência dos direitos humanos, e a privatização da disciplina. A internacionalização do direito internacional, primeira grande tendência da disciplina, estaria relacionada ao ambiente social globalizado existente atualmente, que intensifica, cada vez mais, o aspecto internacional da disciplina (FERNÁNDEZ ARROYO, 2004, p. 305-313).

apenas pelos ordenamentos jurídicos internos. Na União Europeia, o direito internacional privado está sendo progressivamente submetido a um processo de europeização, “cujo resultado final é a não aplicação das legislações autônomas internas dos Estados-membros da União Europeia em determinadas matérias e frente a determinados Estados” (JAEGER JUNIOR, 2012, p. 27).

O presente artigo irá analisar a repercussão da europeização do direito internacional privado na doutrina brasileira, bem como a incorporação dos efeitos desse fenômeno no direito internacional privado brasileiro. Entre as pesquisas brasileiras sobre a europeização do direito internacional privado, destacam-se os trabalhos de Renata Fialho de Oliveira, Augusto Jaeger Junior, Aline Beltrame de Moura e Gustavo Monaco.

Entre as tendências do direito internacional privado da União Europeia destacam-se a marginalização do elemento de conexão nacionalidade (MOURA, 2015, p. 13-30), a ascensão do elemento de conexão residência habitual (JAEGER JUNIOR, 2012, p. 71-72), e a ampla incidência da autonomia da vontade para determinação do direito aplicável e da eleição do foro competente (JAYME, 2009, p. 1-2). O direito internacional privado da União Europeia tem refutado, ainda, “uma qualificação pela lei do foro, posto que inconciliável com o objetivo de interpretação uniforme das regras institucionais, vindo dando preferência em geral a uma qualificação autônoma, baseada em uma interpretação teleológica, sistemática e comparada” (JAEGER JUNIOR, 2015, p. 58). Percebe-se, assim, a ascensão de uma qualificação que tem “por objeto apenas a norma e não, a relação jurídica internacional” (ELHOUEISS, 2011, p. 247). Outro importante tema do direito internacional privado da União Europeia é o reenvio que, até o surgimento do Regulamento nº 650/2012 relativo às sucessões internacionais, era vedado. A partir deste regulamento, no entanto, “teve o que se pode chamar de renascimento do reenvio” (JAEGER JUNIOR, 2015, p. 65).

Pretende-se, na parte final deste artigo, analisar a incorporação destas tendências consagradas pela europeização do direito internacional privado no ordenamento jurídico brasileiro. A eventual incorporação destas tendências ao direito internacional privado brasileiro evidencia a importância do desenvolvimento dos estudos brasileiros sobre o fenômeno da europeização da disciplina. A incorporação, que, em um primeiro momento, parece ser inevitável, deve ser adequada à realidade brasileira e às previsões normativas existentes no país.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EUROPEIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Primeiramente, são necessárias algumas reflexões sobre a interação do direito da União Europeia com o direito internacional privado. O DIPr teria um caráter essencialmente estadual ou interno e a normatização do direito da União Europeia seria manifestamente direito internacional pela sua fonte, “uma vez que a sua gênese é o produto da actividade de entidades internacionais, que não de instâncias de puro direito interno, nacionais portanto” (MOURA RAMOS, 2016, p. 3-5). Ainda, o DIPr seria constituído tipicamente por situações privadas e o objeto do direito da União recobriria situações muito diferentes, bem como que nesse se poderia “distinguir um perfil institucional, de natureza pública, mesmo constitucional, pois que preside à estruturação das entidades comunitárias, aspecto esse que se encontra de todo ausente do DIP”.

Com efeito, a questão atingiria um novo patamar com a introdução, no Tratado de Amsterdam, de uma disposição, que é o atual artigo 81 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que consagrou uma competência específica em matéria de DIPr para a União Europeia. Antes, o domínio do reconhecimento das sentenças judiciais estrangeiras teve o seu preenchimento, com êxito, pela Convenção de Bruxelas de 1968 sobre a competência judiciária e a execução de decisões em matéria civil e comercial. A doutrina informa que o sucesso desse documento pode ser medido por diversos critérios, tais como a sua rápida aceitação por todos os Estados-membros, mas, sobretudo, pela expansão do sistema por ela instituído para fora do espaço comunitário, através de convenções paralelas com outros países, como a de Lugano, e ainda pelo fato de a unificação das regras não ter se concretizado apenas no plano da criação do direito convencional, mas estendendo-se igualmente à sua interpretação, para o que se reconheceu a competência do então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sobre a interpretação dos seus preceitos (MOURA RAMOS, 2016, p. 14). Na sequência, mantido o objetivo da unificação jurídica em matéria de DIPr, surgiu a Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, que também se constituiu em um marco relevante no período anterior à atual europeização mais efetiva com base em regulamentos do direito secundário da UE, com fundamento no artigo citado do TFUE.

Percebe-se que o surgimento do Tratado de Amsterdam mudou a realidade existente. O bom funcionamento do mercado interno tornou

imperioso o avanço do processo de europeização. Logo no ano de 2000 surgiram três normativas, agora na forma de Regulamentos do Conselho, atos comunitários mais supranacionais que as diretivas, por assim dizer, que viriam a disciplinar aspectos nucleares do direito processual civil internacional (JAEGER JUNIOR, 2012, 672 p.). Posteriormente, quase todos os domínios do DIPr foram preenchidos com outros regulamentos. A europeização da parte especial, não apenas no campo do direito processual civil internacional, mas também naquele do conflito de leis, avançou para as matérias obrigacional, familiar e sucessória (MOURA RAMOS, 2016, p. 31-50), culminando, em 2016, com regulamentos sobre competência, lei aplicável, reconhecimento e execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais e sobre competência, lei aplicável, reconhecimento e execução de decisões em matéria de efeitos patrimoniais das parcerias registradas.

Entre as principais características da europeização do direito internacional privado, destacam-se: a perda da importância do elemento de conexão nacionalidade; a ascensão da autonomia da vontade, tanto em matéria de obrigações como no estatuto pessoal; a emersão do elemento de conexão residência habitual. Para Struycken (2004, p. 179), o direito internacional privado unional sofre a influência da integração econômica e política, podendo ser utilizado “como uma ferramenta para alcançar o objetivo de um mercado interno perfeito”.

O princípio da nacionalidade como elemento de conexão fundador da competência judicial internacional e determinante da lei aplicável em diversas matérias perdeu certa importância no contexto comunitário⁴. O seu papel vem recebendo, desde o início do processo de europeização do direito internacional privado, um importante redimensionamento⁵ em sede dos direitos autônomos internos dos Estados-membros da União Europeia. No nível comunitário, certo declínio da nacionalidade é devido, por um lado, à ideia de que esse elemento de conexão é dificilmente conciliável com o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade estabelecido no

4 Neste sentido, destacam-se as obras de Bernd von Hoffmann e Karsten Thorn (2005, p. 332 e 335-336); de Peter Kindler (2010, p. 44-50); de Andrea Bonomi (2009, p. 36-39) e de Marc-Philippe Weller (2011, p. 429-437).

5 Constatam-se a perda da importância do princípio da nacionalidade como um elemento de conexão fundador da competência judicial internacional e determinante da lei aplicável nas diversas matérias repassadas, comparativamente à realidade que ainda é encontrada nos vários ordenamentos jurídicos autônomos internos de direito internacional privado dos Estados-membros da União Europeia que o adotam como um critério principal, a exemplo da Itália e da Alemanha (BONOMI, 2009, p. 37).

direito primário da União Europeia⁶, no artigo 18 TFUE (BONOMI, 2009, p. 36). Por outro lado, é devido à resistência dos Estados-membros que não utilizam a nacionalidade como um critério de determinação de competência judicial internacional nem como um elemento de conexão para a indicação da lei aplicável. No plano comunitário, a nacionalidade terá apenas um papel residual ou subsidiário nos casos de ausência de residência habitual⁷.

Essas modificações são decorrentes de um compromisso assumido dentro da União Europeia, por ocasião dos sucessivos processos legislativos, entre os Estados-membros que aplicavam diferentes critérios aos conflitos de leis. Elas são parcialmente compensadas com a crescente possibilidade de escolha da lei aplicável também nos âmbitos de direito de família e de direito das sucessões⁸, sendo que nessas situações a nacionalidade pode reassumir um protagonismo (BONOMI, 2009, p. 37-38).

Conforme Marc-Philippe Weller (2018, p. 374), é certo que as normas de direito internacional privado da União Europeia se orientam “pela conexão mais estreita e a harmonia jurídica; contudo, a estes objetivos localizadores sobrepõem-se agora aspectos materiais”. Para o autor, a utilização do elemento de conexão residência habitual torna aplicável o direito do Estado de destino, em caso de migração, o que “reduz os custos de informação, pois o direito material ou interno do novo centro de vida será normalmente mais fácil de averiguar e de aplicar do que o direito (estrangeiro, após a migração) da nacionalidade” (WELLER, 2018, p. 524).

Pode-se esperar que o fenômeno da retirada da preferência da nacionalidade produzirá efeitos indiretos sobre as regras dos sistemas jurídicos autônomos internos. Nesse sentido, prevê Bonomi que uma fundamental exigência de coerência⁹ induzirá provavelmente os Estados-membros a reformarem os seus sistemas internos com vista a uma aproximação com a disciplina comunitária (BONOMI, 2009, p. 38-39). A influência destas normas unionais não estará restrita, no entanto, aos sistemas internos de direito internacional privado dos Estados-membros. Influenciará, também,

6 Uma posição contrária pode ser observada na obra “*Das Staatsangehörigkeitsprinzip in der Europäischen Union*” de Jürgen Basedow (2011, p. 116).

7 Dietmar Baetge (2008, p. 77-88) aborda, de forma abrangente, a presença do elemento de conexão residência habitual em uma europeização da parte geral do direito internacional privado na União Europeia.

8 Nesse sentido, observa-se o texto de Erik Jayme (2009, p. 1-10) sobre as novas tendências da autonomia da vontade no direito de família e nas sucessões internacionais; o texto de Erik Jayme e Carl Friedrich Nordmeier (2010, p. 377-378); e o texto de Anatol Dutta (2009, p. 573).

9 Destaca-se, ainda, o artigo de Felix Wilke (2013, p. 23-31) sobre esta questão da coerência.

sistemas internos de direito internacional privado de Estados terceiros, como o brasileiro, mormente pelo caráter universal que elas têm.

2. ESTUDOS BRASILEIROS SOBRE A EUROPEIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Na doutrina nacional, merecem destaque os trabalhos de Renata Fialho de Oliveira¹⁰, de Augusto Jaeger Junior sobre a parte especial¹¹ e sobre a parte geral¹², e de Gustavo Ferraz de Campos Monaco, em parceria com Rui Manuel Moura Ramos¹³.

Considera-se que o artigo intitulado “O Regulamento (CE) n. 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)” da autora Renata Fialho de Oliveira, publicado em 2008, teria sido o primeiro trabalho brasileiro sobre a competência da União Europeia para legislar o direito internacional privado.

O primeiro autor brasileiro, no entanto, a difundir a europeização do direito internacional privado teria sido Augusto Jaeger Junior, por meio do livro “*Europeização do Direito Internacional Privado: Caráter Universal da Lei Aplicável e outros Contrastes com o Ordenamento Jurídico Brasileiro*”, publicado em 2012. A obra dedicou-se à parte especial do direito internacional privado da União Europeia, que era a parte da disciplina mais legislada na época, dividindo-se em três partes. A primeira parte destinou-se aos fundamentos do direito da União Europeia e da europeização do direito internacional privado. Já a segunda parte dedicou-se ao direito internacional privado europeizado em matérias civil e comercial, de crises matrimoniais e de obrigações alimentares. A terceira parte analisou a europeização do direito internacional privado relativo à competência, à lei

10 A autora destaca-se como uma das primeiras pesquisadoras brasileiras a abordar a temática do direito internacional privado da União Europeia, por meio de um artigo intitulado “O Regulamento (CE) n. 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)” e publicado em 2008 pela Revista de Direito do Estado (OLIVEIRA, 2008, p. 281-301).

11 Augusto Jaeger Junior foi um dos primeiros pesquisadores brasileiros a difundir o fenômeno da “europeização” do direito internacional privado. Destaca-se, assim, o livro “*Europeização do Direito Internacional Privado: Caráter Universal da Lei Aplicável e outros Contrastes com o Ordenamento Jurídico Brasileiro*”, publicado em 2012 pela Jurua Editora e que se destina à parte especial da matéria (JAEGER JUNIOR, 2012, 672 p.).

12 Já em 2016, o autor organizou a obra “*Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*”, que se destinou à parte geral da matéria (JAEGER JUNIOR, 2016, 584 p.).

13 Os autores organizaram a obra “*Aspectos da unificação europeia do direito internacional privado*”, publicada em 2016 pela Intellecto Editora (MONACO; MOURA RAMOS, 2016, 407 p.).

aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e dos atos autênticos em matéria de sucessões e a criação de um certificado sucessório europeu.

Em 2015, Augusto Jaeger Junior publicou o artigo “Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: Regulamento de Sucessões e um renascimento do reenvio” (2015, p. 55-68) na obra “Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos: Festschrift ao Professor Jacob Dolinger”, organizada por Carmen Tiburcio, Raphael Vasconcelos, e Wagner Menezes.

Posteriormente, em 2016, Augusto Jaeger Junior organizou, com a colaboração do seu Grupo de Pesquisa UFRGS/CNPq e alunos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, a obra “*Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*”¹⁴. A obra dedicou-se à parte geral¹⁵ da europeização do direito internacional privado. Conforme o autor, “por tratar-se de um documento da União Europeia que disciplinaria a parte geral do direito internacional privado e por essa vir na frente das matérias já referidas pelos Regulamentos Roma I, Roma II, Bruxelas I, Bruxelas II, etc., a eventual nova regra positiva vem sendo chamada de Regulamento Roma Zero” (JAEGER JUNIOR, 2016, p. 137).

Essa obra abordou, assim, temas da parte geral do direito internacional privado como os conflitos de qualificação no direito unional (KRUGER, 2016, p. 175-202); os elementos de conexão (JORGE, 2016, p. 251-290); a dupla nacionalidade como elemento de conexão no direito unional (PARMEGGIANI, 2016, p. 291-308); a residência habitual e a lei aplicável às sucessões internacionais (CALVO CARAVACA, 2016, p. 79-116); a ascensão do critério de conexão da residência habitual (JORGE, 2016, p. 309-339); e os limites à adoção da autonomia da vontade como princípio geral estruturante do direito internacional privado da União

14 Destaca-se a proposta preliminar elaborada por Paul Lagarde, apresentada no Congresso “*Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*”, ocorrido em março de 2011, em Toulouse, na França. Paul Lagarde (2011, p. 673-676) ofereceu como ponto de partida uma proposta preliminar, embrionária, contendo 24 artigos tratando de disposições gerais de um Código europeu de direito internacional privado. Essa proposta de Lagarde foi amplamente visitada para a elaboração dos artigos que compõem a obra brasileira organizada por Augusto Jaeger Junior.

15 Nesse sentido, destaca-se a obra “*Nós precisamos de um Regulamento Roma Zero? Reflexões sobre uma Parte Geral do Direito Internacional Privado Europeu*”, organizada pelos professores Stefan Leible e Hannes Unberath (2013, 516 p.). Esta publicação alemã tem capítulos dedicados aos temas de qualificação, cláusula de escape, princípio da proximidade, autonomia das partes, residência habitual, ordem pública e normas de aplicação imediata e um capítulo dedicado ao assunto do reenvio (VON HEIN, 2013, p. 341-396).

Europeia (HELLWIG, 2016, p. 341-367). Ainda, no que se refere à autonomia da vontade, a obra apresentou um artigo sobre a normatização da escolha da lei aplicável às obrigações decorrentes de contratos internacionais (RODRIGUES, 2016, p. 369-403) e uma proposta de cláusula geral para a escolha da lei aplicável em um futuro Regulamento Roma Zero (RODRIGUES, 2016, p. 405-428). Abordou, também, institutos como o *exequatur* (FARIAS, 2016, p. 453-486); o reenvio (MORAES, 2016, p. 487-518); as normas de aplicação imediata (SONTAG, 2016, p. 519-550); e a ordem pública (FRAGOSO JUNIOR, 2016, p. 551-584).

Entre os estudos brasileiros sobre a europeização do direito internacional privado, destaca-se também o texto de Aline Beltrame de Moura (2015, p. 13-30), intitulado “*A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu*”, publicado em 2015. Na obra, a autora destaca “como a crescente regulamentação do direito internacional privado pelas instituições da União Europeia, envolvendo também o campo do direito pessoal e de família”, tem “evidenciado a tendência ao abandono do recurso ao critério de conexão da nacionalidade em favor daquele da residência habitual do indivíduo enquanto critério politicamente integrador” (MOURA, 2015, p. 14).

Outra importante obra surgiu em 2016, organizada por Gustavo Ferraz de Campos Monaco e Rui Manuel Moura Ramos, intitulada “*Aspectos da unificação europeia do direito internacional privado*”. A obra foi dividida em quatro partes. A primeira parte foi destinada aos aspectos gerais, a partir de uma introdução ao direito internacional privado da União Europeia (MOURA RAMOS, 2016, p. 3-61). A segunda parte da obra foi destinada aos aspectos patrimoniais, com artigos sobre a internacionalização do direito contratual europeu e a sua influência para o direito internacional privado (SCALETSKY, 2016, p. 116-143); e sobre a autonomia da vontade (MEDAGLIA, 2016, p. 159-179; NICOLAU, 2016, p. 209-230). A terceira parte da obra dedicou-se aos aspectos pessoais, abordando temas como a proteção internacional da criança em matéria de responsabilidade parental (MAEOKA, 2016, p. 327-350), a adoção internacional (SOUZA, 2016, p. 351-373) e o divórcio administrativo (BOSELLI, 2016, p. 304-326). A quarta e última parte da obra dedicou-se aos aspectos processuais, contendo um artigo sobre a litispendência e a conexão internacional (CAMARGO, 2016, p. 377-399) e outro artigo sobre o reconhecimento e a execução de decisões em matéria civil e comercial a partir do Regulamento nº 1215/2012 (MONACO, 2016, p. 400-407).

Destaca-se que a europeização do direito internacional privado, para muito além dos estudos aqui referidos, corresponde a uma matéria presente no espectro de pesquisadores brasileiros. As normas emanadas pela União Europeia influenciam o direito internacional privado atualmente e ditam as atuais tendências da disciplina. Verifica-se, assim, o gradual abandono ao elemento de conexão nacionalidade, a ascensão da autonomia da vontade e a emersão do elemento de conexão residência habitual. A liberdade de escolha ultrapassa a esfera obrigacional e alcança áreas que, tradicionalmente, não a aceitavam: o estatuto pessoal e o direito de família. Essa tendência pode ser visualizada no direito internacional privado da União Europeia, e atua, também, como uma influência às normas de conflito de Estados terceiros. Propõe-se, assim, a seguinte reflexão: estes efeitos da europeização já influenciam o direito internacional privado brasileiro?

3. INCORPORAÇÃO DOS EFEITOS DA EUROPEIZAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO

Uma análise breve das normas de direito internacional privado vigentes atualmente no Brasil evidencia a influência dos efeitos da europeização, tais como a inserção da autonomia da vontade e a ascensão do elemento de conexão residência habitual. Tendências unionais, como o abandono da qualificação pela *lex fori* e a ascensão do reenvio no direito internacional privado, ainda parecem distantes da realidade brasileira. O debate destes temas, no entanto, deve ser intensificado no futuro pela doutrina nacional.

3.1. O ELEMENTO DE CONEXÃO RESIDÊNCIA HABITUAL NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO

Ainda que o artigo 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) utilize o elemento de conexão domicílio¹⁶, já é possível visualizar a incidência da residência habitual no direito internacional privado brasileiro por meio da incorporação de convenções internacionais.

As quatro primeiras convenções internacionais incorporadas ao direito brasileiro e que utilizaram o critério de conexão da residência habitual foram Convenções Interamericanas elaboradas no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), influenciadas pelos

16 BRASIL, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 2016. Introdução ao Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 31 jul. 2019.

textos normativos da Conferência da Haia¹⁷. Foram estas: Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores¹⁸, Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em matéria de Adoção de Menores¹⁹, Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar²⁰ e Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores²¹. Visualiza-se, assim, que as primeiras incorporações deste critério ao direito brasileiro ocorreram através das Convenções Interamericanas, ainda que as Convenções da Haia tenham sido as primeiras normas do direito internacional privado a utilizar o critério da residência habitual²².

Algumas Convenções da Haia²³ também já foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, ratificando a presença do elemento de conexão residência habitual no direito internacional privado do país: a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de

Adoção Internacional²⁴, a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças²⁵, a Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em Benefício dos Filhos e de Outros Membros da Família e o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos²⁶.

Ainda que não exista a previsão da residência habitual na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, percebe-se que este critério já é incidente no direito internacional privado nacional, através da sua previsão em convenções internacionais incorporadas ao ordenamento jurídico. A ascensão do critério da residência habitual e a perda de importância do elemento de conexão nacionalidade é observada nas alterações legislativas internas em matéria de adoção internacional. Desde 2009, com o advento da Lei nº 12.010, denominada Lei da Adoção, o artigo 51º do Estatuto da Criança e do Adolescente foi alterado, sendo afastada a adoção internacional baseada na nacionalidade das partes envolvidas, e prevendo que a adoção internacional seria aquela “na qual a pessoa ou casal postulante é residente ou domiciliado fora do Brasil”.

A partir desta atualização, percebe-se que a norma interna brasileira passa a adotar o caráter territorial para configuração de uma adoção internacional, afastando a previsão anterior baseada na nacionalidade das partes. Leila Arruda Cavallieri afirma que “a definição da adoção internacional, pela lei mais recente, se baseia no critério da territorialidade ao estabelecer que o que torna o instituto internacional é o fato de envolver dois Estados diversos, independentemente das nacionalidades dos sujeitos” (CAVALLIERI, 2017, p. 30).

A Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017, modificou dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e alterou, além de prazos de procedimentos, os critérios para a adoção internacional. Com a alteração, o artigo 51 passou a determinar que a adoção internacional será aquela em que o pretendente possua residência habitual em país-parte da Convenção da Haia de 1993 e deseje adotar criança em outro país-parte da convenção,

17 Jürgen Samtleben afirma: “Quando na Europa a codificação convencional do Direito Internacional Privado finalmente encontrou seu lugar nas Conferências da Haia, na América o labor continuou no quadro das Conferências pan-americanas, das quais resultou a União Panamericana, precursora da OEA”. Conforme o autor, uma “importante distinção entre os trabalhos das Conferências Interamericanas Especializadas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e da Conferência da Haia deve-se ao fato de que a Haia é um organismo de âmbito universal e a CIDIP é um organismo de âmbito regional” (SAMTLEBEN, 1998, p. 47).

18 BRASIL, Decreto nº 1.212 de 03 de agosto de 1994. Promulga a Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, adotada em Montevideu, em 15 de julho de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1212.htm> Acesso em: 31 jul. 2019.

19 BRASIL, Decreto nº 2.429 de 17 de dezembro de 1997. Promulga a Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores, concluída em La Paz, em 24 de maio de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2429.htm> Acesso em: 31 jul. 2019.

20 BRASIL, Decreto nº 2.428 de 17 de dezembro de 1997. Promulga a Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar, concluída em Montevideu, em 15 de julho de 1989. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2428.htm> Acesso em: 31 jul. 2019.

21 BRASIL, Decreto nº 2.740 de 20 de agosto de 1998. Promulga a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, assinada na Cidade do México em 18 de março de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2740.htm> Acesso em: 31 jul. 2019.

22 As primeiras Convenções da Haia que utilizaram a expressão “residência habitual” referiam-se à tutela de menores em 1902, e à tutela de adultos em 1905, uma vez que a incapacidade do tutelado em adquirir um domicílio tornava o uso deste inadequado. A primeira Convenção da Haia a utilizar a residência habitual como critério principal, no entanto, foi a Convenção da Haia relativa à Lei Aplicável em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores em 1956. O mesmo ocorreu em 1961 na Convenção da Haia relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores. Desde então, a residência habitual é prevista em Convenções da Haia com primazia (CAVERS, 1971, p. 477).

23 Observa-se que as Convenções de Haia marcaram o início do uso do elemento de conexão da residência habitual, sendo estas responsáveis pela sua inserção no cenário internacional em uma época em que ocorria o auge da dicotomia existente entre a nacionalidade e o domicílio (FERNÁNDEZ ARROYO, 2003, p. 509). A primeira inserção deste critério de conexão no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu, no entanto, pela incorporação de uma Convenção Interamericana, fortemente influenciada pelas Convenções da Haia.

24 BRASIL, Decreto nº 3.087 de 21 de junho de 1999. Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm> Acesso em: 31 jul. 2019.

25 BRASIL, Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm> Acesso em: 31 jul. 2019.

26 BRASIL, Decreto nº 9.176 de 19 de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm> Acesso em: 31 jul. 2019.

tendo materializado a questão conceitual nestes termos: “Considera-se adoção internacional aquela na qual o pretendente possui residência habitual em país-parte da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Decreto no 3.087, de 21 junho de 1999, e deseja adotar criança em outro país-parte da Convenção”²⁷.

A substituição dos termos “residência” e “domicílio” pela expressão “residência habitual”, a partir da Lei 13.509 de 2017, reforça a importância deste elemento de conexão na contemporaneidade, ratificando a sua presença no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que inexistente a sua previsão na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

3.2. A INSERÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO

Outras tendências evidenciadas pela europeização e que podem ser visualizadas no direito internacional privado brasileiro são a liberdade de escolha da lei aplicável, ainda que de modo restrito às obrigações contratuais, e a autonomia da vontade na determinação do foro estrangeiro competente para os contratos internacionais.

O Projeto de Lei nº 3514²⁸ apresenta uma atualização do artigo 9º da LINDB, destinado a “aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais”, observando-se a inserção da autonomia da vontade no direito internacional privado brasileiro²⁹.

Conforme o texto em tramitação, observa-se que o artigo 9º, *caput*, manteria a sua redação atual: “As obrigações, salvo os casos específicos

previstos em lei, reger-se-ão pela lei do país em que se constituírem”. As inovações seriam inseridas através da inclusão dos artigos 9º-A, 9º-B e 9º-C. O artigo 9º-A seria específico para as obrigações contratuais celebradas entre profissionais, o artigo 9º-B seria destinado às relações internacionais de consumo e o artigo 9º-C seria para as obrigações extracontratuais.

Haveria a inclusão, assim, do artigo 9º-A, prevendo: “O contrato internacional entre profissionais, empresários e comerciantes rege-se pela lei escolhida pelas partes, sendo que o acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso”³⁰. Conforme Nádia de Araujo, a redação do novo artigo 9º estaria relacionada aos princípios da Haia que possuem como “missão primordial promover a autonomia das partes, assegurando que a lei escolhida por elas seja utilizada quando surge um litígio em relação ao contrato internacional em questão” (ARAÚJO, 2015, p. 251). Como visto, esta também é uma tendência da europeização do direito internacional privado.

O § 1º do artigo 9º-A estipula que não é necessário haver uma conexão entre a lei escolhida e as partes ou a transação. O § 3º define que na ausência ou invalidade da escolha, o contrato será regido pela lei do lugar de sua celebração, que, em contratos celebrados a distância, corresponderá ao local da residência do proponente. A previsão do artigo 9º-A encerraria o emblemático debate existente no Brasil sobre a possibilidade de escolha de lei aplicável pelas partes nas obrigações contratuais celebradas entre profissionais, considerando, por fim, que o Brasil não ratificou a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (CIDIP V, 1994), que estabelece a autonomia da vontade como principal elemento de conexão da lei, não colocando qualquer limitação ao seu uso em contratos realizados, por exemplo, com consumidores.

Essa atualização insere ainda uma previsão específica para os contratos consumeristas, uma vez que se está diante de uma parte vulnerável e que carece de uma proteção especial. Assim, insere o artigo 9º-B que prevê que o contrato internacional de consumo³¹ reger-se-á pela lei do lugar de celebração

27 BRASIL. Lei nº 13.509 de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm> Acesso em: 31 jul. 2019.

28 Este Projeto de Lei: “Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>> Acesso em: 31 jul. 2019.

29 A autonomia da vontade não possui previsão, atualmente, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – principal legislação de direito internacional privado no país. BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 31 jul. 2019.

30 BRASIL. Projeto de Lei nº 3514 de 2015. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>> Acesso em: 31 jul. 2019.

31 O artigo 9º-B determina ainda que o contrato internacional de consumo será “entendido como aquele realizado entre um consumidor pessoa natural e um fornecedor de produtos e serviços cujo estabelecimento esteja situado em país distinto daquele de domicílio do consumidor”.

ou, se executado no Brasil, pela lei brasileira, desde que mais favorável³² ao consumidor. Em matéria de obrigações extracontratuais, o Projeto de Lei insere o artigo 9º-C³³ determinando que nestas obrigações será aplicável a lei do lugar onde os efeitos se fizerem sentir, caso nenhuma das partes envolvidas possua domicílio ou sede no país em que ocorrer o acidente.

Assim, observa-se que este Projeto de Lei atualiza a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro no que tange às obrigações contratuais e extracontratuais, inserindo dispositivos mais modernos que preveem a possibilidade de escolha da lei aplicável pelas partes, a possibilidade de aplicação da lei brasileira aos contratos de consumo quando mais favorável aos consumidores e uma previsão específica às obrigações extracontratuais.

A inserção da autonomia da vontade em temas como estatuto pessoal e direito de família em particular, tal como ocorre na União Europeia (JAEGER JUNIOR, 2015, p. 61), no entanto, parece ser uma realidade ainda distante do direito internacional privado brasileiro. Ampliar o âmbito de incidência da autonomia da vontade é um desafio futuro para o direito internacional privado brasileiro.

BRASIL. Projeto de Lei nº 3514 de 2015. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>> Acesso em: 31 jul. 2019.

32 Ao abordar a aplicação da lei mais favorável no direito internacional privado, Haroldo Valladão menciona que se trata de “um elemento de conexão original, pois parte de uma comparação substancial entre a lei do país onde se levantar a questão, habitualmente a lei do foro, a lei nacional, e a lei ou leis estrangeiras que a impregnaram”, concluindo-se pela aplicação da lei que for mais favorável, seja à validade do ato, ou ao menor ou incapaz, ao filho, ao pupilo, ao alimentando, ao devedor, ao herdeiro legítimo” (VALLADÃO, 1981, p. 53). Esta “proteção da parte mais fraca pertence às políticas da União, manifestando-se – no direito de conflitos – com respeito aos consumidores passivos e aos trabalhadores” (WELLER, 2018, p. 515), conforme as previsões normativas contidas no Regulamento Roma I.

33 O parágrafo único deste dispositivo insere duas disposições especiais a serem aplicadas quando se tratar de responsabilidade civil por acidente de trânsito. Determina que “quando o acidente envolver ou atingir unicamente pessoas domiciliadas em outro país, o magistrado poderá, excepcionalmente, considerar aplicável a lei daquele país, respeitadas as regras de circulação e segurança em vigor no lugar e no momento do acidente”. Prevê ainda que “quando do acidente resultarem danos a coisas alheias aos veículos acidentados, aplicar-se-á a lei do país em que ocorreu o fato”. BRASIL. Projeto de Lei nº 3514 de 2015. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>> Acesso em: 31 jul. 2019.

3.3. A AUTONOMIA DA VONTADE NA DETERMINAÇÃO DO FORO ESTRANGEIRO COMPETENTE PARA OS CONTRATOS INTERNACIONAIS

A mais evidente aceitação positivada da autonomia da vontade no direito internacional privado brasileiro está presente, contudo, no novo Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 25º, que determina: “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”.

Conforme Luciane Klein Vieira e Matheus Lúcio Pires Fernandes (2017, p. 228), “o acordo de eleição de foro é uma cláusula contratual de escolha do juiz competente, fruto do pleno exercício da autonomia da vontade, a qual permite negociações entre as partes e garante, precipuamente, um melhor acesso à justiça para a resolução dos conflitos”.

Assim, afirma-se que esta previsão “expande a cobertura da competência brasileira concorrente em seu art. 22, inclusive estendendo a jurisdição a causas sem qualquer conexão objetiva com o direito brasileiro” ao mesmo tempo em que “dá solução clara à indefinição jurisprudencial e autoriza expressamente em seu art. 25 a exceção do foro brasileiro em face de cláusula de eleição de juízo estrangeiro em sede de contratos internacionais” (COSTA; SANTOS, 2016, p. 8).

Percebe-se que, a partir da vigência desta previsão, “o juiz nacional, ressalvados os casos de competência internacional exclusiva, passa a ser incompetente quando existir cláusula de eleição de foro estrangeiro no contrato internacional” (VIEIRA; FERNANDES, 2017, p. 234). A autonomia da vontade das partes deve ser respeitada.

3.4. A EUROPEIZAÇÃO E O FUTURO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO

É preciso, nesse momento, olhar para o futuro do direito internacional privado brasileiro. Alguns efeitos da europeização do direito internacional privado já são visíveis no ordenamento jurídico nacional: reflexos como a liberdade de escolha da lei aplicável e a ascensão do elemento de conexão residência habitual em detrimento da nacionalidade, assim como a autonomia da vontade para escolha do foro competente em contratos internacionais.

Outros efeitos da europeização do direito internacional privado parecem, ainda, distantes da realidade brasileira: ainda há a prevalência da qualificação pela *lex fori*; e há a vedação ao reenvio no artigo 16º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A prevalência da qualificação pela *lex fori* é uma tendência da doutrina clássica do direito internacional privado que admite “que o juiz da causa deve recorrer à qualificação *lege fori* na ocasião da seleção da regra de conflito do foro, classificando a situação de fato internacional que lhe é submetida numa categoria do foro, independentemente de qualquer consideração estrangeira”, sendo “a qualificação *lege fori* da categoria jurídica” (ELHOUEISS, 2011, p. 228). A tendência do direito internacional privado da União Europeia, no entanto, trafega em sentido oposto, refutando a qualificação pela *lex fori*, e “dando preferência em geral a uma qualificação autônoma, baseada em uma interpretação teleológica, sistemática e comparada, bem como no objetivo próprio de cada um dos específicos instrumentos institucionais” (JAEGER JUNIOR, 2015, p. 58).

Quanto ao reenvio, importa salientar que, até o surgimento do Regulamento nº 650/2012, este era vedado no direito internacional privado da União Europeia. O Regulamento nº 593/2008, Roma I, determinou no artigo 20º a exclusão do reenvio: “Entende-se por aplicação da lei de um país designada pelo presente regulamento a aplicação das normas jurídicas em vigor nesse país, com exclusão das suas normas de direito internacional privado, salvo disposição em contrário no presente regulamento”. Esta previsão se manteve presente nos Regulamentos nº 864/2007 e nº 1259/2010, Roma II e Roma III, nos artigos 24 e 11, respectivamente. O fundamento dessa exclusão do reenvio era “garantir segurança e previsibilidade na aplicação das normas”, o que poderia ser sabotado pela permissão ao reenvio (BASSANI, 2012, p. 183). O Regulamento nº 650/2012, no entanto, “teve o que se pode chamar de renascimento do reenvio” (JAEGER JUNIOR, 2015, p. 65), a partir da previsão contida no artigo 34º.

A partir dessa previsão do Regulamento nº 650/2012, a regra do reenvio poderia indicar a aplicação da lei de um Estado terceiro: caso esta “lei determine o reenvio para a lei de um Estado-membro ou para a lei de um Estado terceiro que aplicaria a sua própria lei à sucessão, esse reenvio deverá ser aceito a fim de assegurar a coerência internacional” (JAEGER JUNIOR, 2015, p. 66).

Esse instituto, no entanto, é vedado no direito internacional privado brasileiro. O artigo 16º da LINDB determina: “Quando, nos termos dos artigos precedentes, se houver de aplicar a lei estrangeira, ter-se-á em vista a disposição desta, sem considerar-se qualquer remissão por ela feita a outra lei”. Essa vedação ao reenvio “explica-se pela realidade política do país durante a chamada Era Vargas”, uma vez que se tratava “de uma verdadeira era autoritária” (CAMARGO, 2017, p. 551).

Estes temas, ainda que não presentes na legislação brasileira, são debatidos constantemente pela doutrina nacional. A pesquisa sobre a europeização do direito internacional privado desenvolvida pela doutrina brasileira e fortemente impulsionada nessa obra torna-se, cada vez mais, essencial para o avanço da disciplina no país. O estudo por pesquisadores nacionais é crucial para que a incorporação dos efeitos da europeização seja eficaz e possa ser adequada à realidade brasileira e às peculiaridades da região.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou analisar os reflexos da europeização do direito internacional privado na doutrina e na prática brasileira. Realizou, em um primeiro momento, uma compilação dos estudos brasileiros sobre a europeização, destacando-se as pesquisas de Renata Fialho de Oliveira, Augusto Jaeger Junior, Aline Beltrame de Moura e Gustavo Ferraz de Campos Monaco. Em um segundo momento, analisou-se a incorporação das tendências normativas unionais no direito internacional privado brasileiro.

Entre as principais tendências do direito internacional privado da União Europeia destacam-se a marginalização do elemento de conexão nacionalidade; a consequente emersão do elemento de conexão residência habitual; a ascensão da autonomia da vontade em obrigações contratuais e em matérias de estatuto pessoal e de direito de família; o abandono da qualificação pela *lex fori*; e a aceitação do reenvio. Reforça-se que essa “tendência à superação do critério da nacionalidade, assim como em certa medida também do domicílio, em favor do critério da residência habitual do indivíduo apresenta-se como reflexo de um mundo submetido a um inevitável processo de globalização” (MOURA, 2015, p. 15).

A presença do elemento de conexão residência habitual no direito internacional privado brasileiro, bem como a proposta de alteração do artigo 9º da LINDB com a inserção da autonomia da vontade, e mais a consagração da autonomia da vontade na determinação do foro estrangeiro competente

para os contratos internacionais, são reflexos do fenômeno da europeização já presentes na realidade brasileira. O futuro do direito internacional privado brasileiro não deve ignorar as tendências atuais da disciplina, ditadas, atualmente, pelo direito internacional privado da União Europeia.

A incorporação destas tendências em uma gradual atualização do direito internacional privado brasileiro explicita a importância das pesquisas brasileiras sobre a europeização da disciplina: ainda que a incorporação de normas condizentes à realidade globalizada seja crucial, esta deve respeitar as peculiaridades da realidade brasileira, que muito se distingue da realidade unional. Os estudos brasileiros sobre a europeização do direito internacional privado são, cada vez mais, fundamentais para a atualização legislativa no país.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Nadia de. A necessária mudança do artigo 9º da LINDB: o avanço que faltava para a consagração da autonomia da vontade no DIPr brasileiro. In: CARVALHO RAMOS, André de (Org.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 289-309.

BAETGE, Dietmar. Auf dem Weg zu einem gemeinsamen europäischen Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts: Ein Beitrag zur Europäisierung des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts. In: BAETGE, Dietmar; von HEIN, Jan; von HINDEN, Michael (Hrsg.). *Die richtige Ordnung: Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 77-88.

BASSANI, Matheus Linck. A Exclusão do Reenvio nos Regulamentos da União Europeia: Unificação em Foco. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; DARCANCHY, Mara; SUSKI, Liana Maria Feix. *Vertentes do Direito Internacional Contemporâneo e Cidadania*. Campinas: Millennium, 2012. p. 183-201.

BASEDOW, Jürgen. Das Staatsangehörigkeitsprinzip in der Europäischen Union. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. Bielefeld: Gieseking, 31. Jahrgang, n. 2, mar./abr. 2011. p. 109-116.

BONOMI, Andrea. Globalização e Direito Internacional Privado. In: POSENATO, Naiara (Org.). *Contratos internacionais: tendências e perspectivas. Estudos de direito internacional privado e de direito comparado*. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 159-186.

BONOMI, Andrea. Il diritto internazionale privato dell'Unione europea: considerazioni generali. In: BONOMI, Andrea (Editor). *Diritto Internazionale Privato e Cooperazione Giudiziaria in Materia Civile*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009. p. 1-54.

BOSELLI, Karine Maria Famer Rocha. Divórcio administrativo e seu reconhecimento na União Europeia. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Org.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 304-326.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. Residencia habitual y ley aplicable a la sucesión mortis causa internacional. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016. p. 309-339.

CAMARGO, Solano de. O torpedo italiano: litispendência e conexão internacional na União Europeia. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Org.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 377-399.

CAMARGO, Solano de. Análise pós-moderna do reenvio no direito internacional privado. In: MENEZES, Wagner (Org.). *Direito internacional em expansão*. v. XII. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 537-555.

CAVALLIERI, Leila Arruda. *O direito internacional e a criança: adoção transnacional e nacionalidade do adotando*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

CAVERS, David F. *Habitual Residence: A Useful Concept*. Am. U. L. v. 21, 1971. p. 475-493.

COSTA, José Augusto Fontoura; SANTOS, Ramon Alberto dos. Contratos internacionais e a eleição de foro estrangeiro no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. v. 253. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1-12.

DUTTA, Anatol. Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 73. Jahrgang, 2009. p. 547-606.

ELHOUEISS, Jean-Luc. Retorno à qualificação *lege causae* no direito internacional privado. In: VIEIRA, Iacyr de Aguiar (Org.). *Estudos de direito comparado e de direito internacional privado: tomos I e II*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 221-255.

FARIAS, Adriana Dornelles. Exequatur e os instrumentos de supressão no contexto da cooperação jurídica na União Europeia. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016. p. 453-486.

FERNANDÉZ ARROYO, Diego P. As novas tendências do direito internacional privado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*. 2004. p. 305-313.

FERNANDEZ ARROYO, Diego P. et al. *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay*. Buenos Aires: Zavalía, 2003.

FRAGOSO JUNIOR, Silvio Brambila. Ordem pública no processo de europeização da parte geral do direito internacional privado. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016. p. 551-584.

HELLWIG, Guilherme Centenaro. Limites à adoção da autonomia da vontade como princípio geral estruturante do direito internacional privado da União Europeia. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016. p. 341-367.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado: Caráter Universal da Lei Aplicável e outros Contrastes com o Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Curitiba: Juruá Editora, 2012. 672 p.

JAEGER JUNIOR, Augusto. Europeização da Parte Geral do Direito Internacional Privado: Regulamento de Sucessões e um renascimento do reenvio. In: TIBURCIO, Carmen; VASCONCELOS, Raphael; MENEZES, Wagner (Org.). *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos: Festschrift ao Professor Jacob Dolinger*. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 55-68.

JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016. 584 p.

JAEGER JUNIOR, Augusto. Europeização da parte geral do direito internacional privado:

recentes intercorrências no caminho de um Regulamento Roma Zero. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016.

JAYME, Erik. Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies. *Yearbook of Private International Law*. München: Sellier, v. 11, 2009. p. 1-10.

JAYME, Erik; NORDMEIER, Carl Friedrich. Neue Wege im Internationalen Unterhaltsrecht: Parteiautonomie und Privatisierung des ordre public. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. Bielefeld: Gieseking, 30. Jahrgang, n. 4, jul./ago. 2010. p. 377-378.

JORGE, Mariana Sebalhos. Elementos de conexão no direito internacional privado da União Europeia. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016. p. 251-290.

JORGE, Mariana Sebalhos. Residência habitual como elemento de conexão no direito internacional privado da União Europeia. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016. p. 309-339.

KINDLER, Peter. Vom Staatsangehörigkeits- zum Domizilprinzip: das künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. Bielefeld: Gieseking, 30. Jahrgang, n. 1, jan./fev. 2010. p. 44-50.

KRUGER, Alessandra. Conflitos de qualificação no direito unional: exemplo dos Regulamentos da União Europeia 2016/1103 e 2016/1104 sobre a competência, lei aplicável, reconhecimento e execução de decisões em matéria de regimes matrimoniais e de parcerias registradas. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016. p. 175-202.

LAGARDE, Paul. Embryon de Règlement portant Code européenne de droit international privé. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 75. Jahrgang, 2011. p. 673-676.

LEIBLE, Stefan; UNBERATH, Hannes (Org.). *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*. Jena: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2013. 516 p.

MAEOKA, Érika. A proteção internacional da criança em matéria de responsabilidade parental no âmbito da União Europeia. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Org.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 327-350.

MEDAGLIA, Ivo de Paula. A liberdade das partes como critério de determinação do direito aplicável às obrigações contratuais de acordo com o Regulamento Roma I. In:

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Org.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 159-179.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Org.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. 407 p.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Reconhecimento e execução de decisões em matéria civil e comercial no Regulamento 1215, de 2012 (UE): oportunidade perdida pelo Código de Processo Civil brasileiro. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Org.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 400-407.

MORAES, Ricardo Leal de. Reenvio em perspectiva no direito internacional privado e seu renascimento na União Europeia com o Regulamento 650/2012. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016. p. 487-518.

MOURA, Aline Beltrame de. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*. Argentina: ASADIP, primer semestre 2015. p. 13-30.

MOURA RAMOS, Rui Manuel. Introdução ao direito internacional privado da União Europeia: da interação originária do direito internacional privado e do direito comunitário à criação de um direito internacional privado da União Europeia. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Org.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 3-61.

NICOLAU, Jean Eduardo Batista. A autonomia da vontade e as relações de trabalho do futebol europeu. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Org.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 209-230.

OLIVEIRA, Renata Fialho de. O Regulamento (CE) n. 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 12, a. 3, out./dez. 2008, p. 281-301.

PARMEGGIANI, Tatiana Bruhn. Dupla nacionalidade como elemento de conexão no direito internacional privado da União Europeia. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016. p. 291-308.

RODRIGUES, Marcelo Borges. Normatização da escolha da lei aplicável às obrigações decorrentes de contratos internacionais no âmbito da União Europeia. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016. p. 369-403.

RODRIGUES, Marcelo Borges. Proposta de cláusula geral para a escolha da lei aplicável na União Europeia: a autonomia da vontade e o Regulamento Roma Zero. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016. p. 405-428.

SAMTLEBEN, Jurgen. A codificação interamericana do direito internacional privado e o Brasil. In: ARAUJO, Nadia de Araujo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Integração jurídica interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 25-45.

SCALETSKY, Fernanda Sirotsky. A internacionalização do direito contratual europeu e a sua influência para o direito internacional privado. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Org.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 116-143.

SONTAG, Kenny. Normas de aplicação imediata no direito internacional privado da União Europeia. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016. p. 519-550.

SOUZA, Gustavo Henrique Campos. A adoção internacional no direito comunitário europeu: uma análise crítica do caso Romênia. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MOURA RAMOS, Rui Manuel (Org.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 351-373.

STRUYCKEN, A. V. M. Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement: General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague Academy of International Law. v. 311. La Haye: Martinus Nijhoff Publishers, 2004. p. 9-551.

VALLADÃO, Haroldo. O princípio da lei mais favorável no DIP. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. vol. 76, 1981. p. 53-61.

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. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*. a. 5. n. 9. Assunção: Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, 2017. p. 224-243. Disponível em: <<http://revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/209/339>> Acesso em: 17 ago. 2019.

VON HEIN, Jan. Der Renvoi im europäischen Kollisionsrecht. In: LEIBLE, Stefan; UNBERATH, Hannes (Org.). *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*, p. 341-396.

von HOFFMANN, Bernd; THORN, Karsten. *Internationales Privatrecht: einschließlich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrechts*. 8. ed. München: C. H. Beck, 2005. 608 p.

WELLER, Marc-Philippe. Do Estado para a pessoa: a tríade metodológica do direito internacional privado do nosso tempo. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra. v. XCIV. Tomo I. 2018. p. 361-402.

WELLER, Marc-Philippe. Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der „klassischen“ IPR-Dogmatik? *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. Bielefeld: Gieseking, 31. Jahrgang, n. 5, set./out. 2011. p. 429-437.

WILKE, Felix M. Einführung. In: LEIBLE, Stefan; UNBERATH, Hannes (Org.). *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*. Jena: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2013. p. 23-31.

BREXIT: OS IMPACTOS CAUSADOS NA LIVRE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS PELA SAÍDA DO REINO UNIDO DA UNIÃO EUROPEIA

Jamile Bergamaschine Mata Diz¹

Rodrigo Tadeu Guimarães Jales²

INTRODUÇÃO

“Brexit” é um neologismo criado e usado como referência à saída do Reino Unido da União Europeia. É formado a partir da abreviação de duas palavras da língua inglesa: *Britain*, que se refere à Grã Bretanha, ou seja, ao território britânico, e *exit*, que significa “saída”. A popularização do termo “Brexit” aconteceu na mídia durante as campanhas no período do plebiscito que discutia a permanência (“*brimain*”; junção das palavras *Britain* e *remain*, que em português significa “ficar”) ou a saída da União Europeia, consolidada graças ao Direito Comunitário Europeu.

O Direito Europeu é referência mundial em integração regional devido às particularidades inerentes à supranacionalidade das normas deste processo originadas. A construção de uma associação interestatal, cujo objetivo inicial era promover a união de um continente arrasado no pós-guerra, foi essencial para o alicerce de uma união econômica, política e social. A livre circulação de pessoas, bens, capitais e serviços surge como um exemplo da predita estabilidade e integração dos 28 Estados-Membros.

¹ Coordenadora da Cátedra Jean Monnet Direito UFMG. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais-Brasil. Professora e Coordenadora do PPDG da UIT. Professora da ESDHC/Brasil. Doutora em Direito Comunitário pela UAH-Espanha. Master em Instituciones y políticas por la UJCJ-Madrid. Assessora do SAT – Secretária do MERCOSUL, Montevideu (período: 2008-2009). E-mail: jmatadiz@yahoo.com.br.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: rodrigo.tadeu.jales@gmail.com.

A liberdade de circulação de pessoas, prevista originalmente no Tratado de Roma, reconhecida pelo Tratado de Maastrich em 1992, constituiu-se em uma das quatro liberdades fundamentais que constituem o Mercado Comum, base da União Europeia. A supressão gradual das fronteiras internas e a implantação do Espaço Schengen foram adotadas a partir da entrada em vigor da Diretiva 2004/38/CE, relativa aos direitos dos cidadãos europeus e à liberdade de locomoção e residência dentro da União Europeia. Devido ao Brexit, uma das questões levantadas é justamente como se dará a manutenção (ou não) dos direitos dos cidadãos britânicos no espaço da União Europeia e, conseqüentemente, dos Estados-Membros da União em território britânico.

As normas jurídicas relativas à livre circulação de pessoas no Direito da União e no Reino Unido, bem como as pautas políticas sobre o Brexit discutidas até a rejeição, em 22 de outubro de 2019 e a negociação de lei para que o acordo de 17 de outubro de 2019 possa, realmente vigorar, são objetos de análise deste breve estudo. Examinar-se-ão, portanto, as normas sobre o estabelecimento da livre circulação de pessoas e, conseqüentemente, do fortalecimento do Espaço Schengen (ambos com foco na relação do Reino Unido com a União Europeia), uma retrospectiva de todos os eventos do Brexit (de modo a contextualizar o processo de saída) e, ainda, um estudo sobre os impactos originados pela saída do Reino Unido do bloco europeu no que tange à livre circulação de pessoas e aos direitos dos cidadãos expatriados.

Portanto, o principal objetivo deste trabalho é analisar o impacto do Brexit sobre a aplicação dos direitos inerentes à livre circulação de pessoas, bem como estabelecer os possíveis cenários para a manutenção de tais direitos. Neste sentido, a justificativa pode ser dimensionada a partir de três critérios: i) analisar o impacto da saída do Reino Unido e seus efeitos sobre a livre circulação; ii) estabelecer os pressupostos que poderão ser determinantes quando da possível saída de outro Estado da União; iii) compreender as nuances relativas ao direito de livre circulação no espaço integrado.

Neste trabalho foi utilizado o método dedutivo com a finalidade de analisar os impactos sobre a livre circulação a partir da saída do Reino Unido da União Europeia. A finalidade da pesquisa é alcançar resultados qualitativos, para que se possa construir um panorama mais claro de todo o fenômeno.

A pesquisa foi desenvolvida a partir de revisão bibliográfica, embasada no estudo dos autores Areilza (2010), Del Pozo (2011), Diz e Lemos Jr.

(2012) e Morozowski (2016) e nos Tratados da União Europeia (1992) e de Funcionamento da União Europeia (2012). Além disso, será feita a análise do site *Toute l'Europe*, que possui um levantamento das notícias relativas ao evento, com ênfase no estudo de documentos tais como: fichas técnicas informativas fornecidas pela Comissão Europeia, do Departamento de Saída do Reino Unido da União Europeia (2018), entre outros.

Portanto, o estudo terá caráter qualitativo, com ênfase na pesquisa bibliográfica feita e no estudo documental, ajustando os dados fornecidos à realidade do evento.

1. A LIVRE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS E O ACORDO SCHENGEN

Conforme Diz e Lemos Jr. (2012), a livre circulação de pessoas, corolário direto do processo integracionista, constitui parcela integrante das quatro liberdades fundamentais do Mercado Comum.

(...) como exemplo, pode-se citar a Diretiva 2004/38/CE³ do Parlamento Europeu e do Conselho onde se estabelecem os direitos primários relativos à circulação de cidadãos da União Europeia e dos membros de sua família, ao determinar que “a livre circulação de pessoas constitui uma das liberdades fundamentais do mercado interior, que implica um espaço sem fronteiras interiores, sendo que esta liberdade estará garantida com base nas disposições do Tratado. (DIZ; LEMOS JR., 2012, p. 16)

O direito da livre circulação de pessoas busca, inicialmente,

(...) o cumprimento das finalidades essenciais do mercado comum, ou seja, para a consolidação de um espaço integrado onde o intercâmbio comercial exige facilidades de circulação e menores barreiras físicas e administrativas” e, “(...) posteriormente passa a abranger também a circulação de fatores que, ainda que não diretamente produtivos, são também necessários para o desenvolvimento da integração regional, a partir da criação de normas destinadas para garantir os direitos fundamentais para todos os cidadãos (DIZ; LEMOS JR., 2012, p. 16).

A criação de um mercado comum europeu representou uma grande evolução no processo de integração europeia. Porém, a ideia predominante na época era a de que não se atingiria a plena implantação do mesmo limitando-se apenas a uma eliminação de barreiras à circulação de mercadorias. Era necessária uma extensão dessas liberdades para que a integração

3 Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de Abril de 2004, publicada em 30 de Abril de 2004, Diário Oficial da União Europeia, L 158/78.

econômica atingisse sua plenitude, o que implicava na ampliação deste conceito para diversos fatores de produção, quais sejam: a livre circulação de trabalhadores e capitais, a liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços (CAMPOS, 1997 apud MOROZOWSKI, 2016).

“Em uma integração regional, o indivíduo pode ter uma maior ou menor liberdade de circulação, o que dependerá da natureza jurídica do pacto ou tratado que os Estados regionais celebrem” (DIZ; LEMOS JR., 2012, p. 12). Portanto, a livre circulação de pessoas passou a fazer parte do texto legal da União em 1992, através do Tratado de Maastrich, consolidando-se o chamado Espaço Schengen.

O Espaço Schengen consiste na associação de 22 membros da União Europeia e quatro não membros que revogaram os controles internos de suas fronteiras e implementaram o chamado *Schengen acquis*, um conjunto de regras e leis, integradas às leis da União Europeia, que regulariam e reforçariam o controle das fronteiras externas. A legislação que permeia o acordo de Schengen delimita desde a regulação de pessoas que entram e permanecem na área da UE, a criação de uma cooperação policial, até o estabelecimento de um Sistema de Informação Schengen, que permite a partilha de informações obtidas durante a migração entre países membros.

Mesmo que o acordo Schengen encontre-se conectado com o princípio da liberdade de circulação da União Europeia, ele está relacionado com o controle de fronteiras. Esse acordo não concede direitos aos membros da UE a trabalharem e viverem em outros Estados Membros (PARLAMENTO EUROPEU, 2019).

1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A livre circulação regulamentada no Acordo Schengen já era objeto de discussão na Comunidade Econômica Europeia (CEE) anteriormente ao acordo de Schengen datado do ano de 1985.

Na primeira parte do Tratado que instituiu a Comunidade Econômica Europeia, também chamado de Tratado de Roma, fixava-se a supressão dos obstáculos à livre circulação de pessoas, utilizado como meio para atingir o fim, disposto no Artigo 2º do Tratado, *in verbis*:

Art. 2º: A Comunidade tem como missão, através da criação de um mercado comum e de uma união econômica e monetária e da aplicação das políticas ou ações comuns a que se referem os Artigos 3º e 4º, promover, em toda a Comunidade, o desenvolvimento harmonioso, equilibrado e

sustentável das atividades econômicas, um elevado nível de emprego e de proteção social, a igualdade entre homens e mulheres, um crescimento sustentável e não inflacionista, um alto grau de competitividade e de convergência dos comportamentos das economias, um elevado nível de proteção e de melhoria da qualidade do ambiente, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão econômica e social e a solidariedade entre os Estados-Membros. (UNIÃO EUROPEIA, 1992)

Contudo, não é possível dizer que o Tratado de Roma instaurou a plena liberdade de agentes econômicos, direito este extensível a todos que pretendiam deslocar-se ou estabelecer-se em território de outro Estado-Membro. Para que houvesse a concessão de tal direito, deveriam estar presentes, cumulativamente, dois requisitos: o da exigência de possuir o interessado a nacionalidade de algum dos países pertencentes à Comunidade; e o da necessidade de se exercer uma atividade econômica transnacional ou entre fronteiras (PEINADO, 1998 apud MOROZOWSKI, 2016).

Conforme exposto por Morozowski (2016, p. 358):

Note-se que o simples exercício de uma atividade econômica e a comprovação de nacionalidade de algum Estado membro não são os únicos requisitos exigidos para beneficiar-se das disposições em matéria de livre circulação, pois, como já foi dito, é necessário que a aludida atividade tenha um caráter transnacional, ou seja, deve ser exercida em um país distinto daquele ao qual pertence à pessoa que a realiza.

Na década de 80, o Acordo Schengen foi firmado entre a Bélgica, a Holanda, Luxemburgo, a França e a República Federal da Alemanha (COMISSÃO EUROPEIA, 2019a), de forma individual entre os governos; sem qualquer ligação jurídica com a Comunidade Econômica Europeia, visando uma supressão gradual das fronteiras internas entre os mesmos, transferindo o controle para as fronteiras externas. Para a concretização de tal objetivo, os cinco países decidiram atuar em três campos principais: controle policial, controle econômico e controle de circulação de pessoas (BATISTA, 1998 apud MOROZOWSKI, 2016).

O Acordo aborda a livre circulação de pessoas em seu Título II, Capítulo 1, Artigo 2º, número 1, assim disposto:

TÍTULO II

SUPRESSÃO DOS CONTROLES NAS FRONTEIRAS INTERNAS E CIRCULAÇÃO DAS PESSOAS

CAPÍTULO 1

PASSAGEM DAS FRONTEIRAS INTERNAS

Artigo 2º

As fronteiras internas podem ser transpostas em qualquer local sem que o controle das pessoas seja efetuado.⁴

Em 1990, as Partes que assinaram o Acordo de Schengen reuniram-se novamente com a intenção de abolir os controles de indivíduos ou bens nas fronteiras comuns. No entanto, a sensibilidade política e a complexidade legal dos aspectos a serem tratados levaram a um longo período de negociações.

Conforme exposto por Morozowski (2016), o Acordo Schengen, por não ser diretamente aplicável, acabou assumindo a forma de um acordo não sujeito à ratificação parlamentar por parte dos Estados. Somente em 1994 o Comitê Executivo do grupo de Schengen concordou com a aplicação da Convenção de Aplicação do Acordo Schengen de forma irreversível a partir de Março de 1995 (COMISSÃO EUROPEIA, 2018a). Conforme Campos (2008, p. 373 apud MOROZOWSKI, 2016, p. 359), “(...) o Acordo Schengen, completado por uma convenção de Aplicação, facilitou enormemente o exercício da liberdade de circulação dos cidadãos da União Europeia entre os países nele participantes”.

Nesse período, influenciados pelo Acordo Schengen e preocupados com o aspecto social que permitiria uma maior integração entre os países da Comunidade, os Estados membros assinam o Ato Único Europeu (AUE). Para Morozowski, (2016, p. 360)

(...) o AUE tinha por objetivo estabelecer condições mais favoráveis para que o mercado comum europeu se efetivasse, vinculando a realização do mesmo à livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais, ao mesmo tempo em que reforçava a coesão econômica e social entre todos os filiados e a equiparação social e econômica dos mesmos.

Além disso, no que tange aos processos para a consolidação da liberdade fundamental de circulação de pessoas, é importante mencionar as Diretivas 90/364, 90/365 e a 93/96. Nas palavras de Morozowski (2016, p. 362), “(...) tendo em vista se desprender da noção de homem como agente econômico, essas diretivas buscaram ampliar o grupo de beneficiários da livre circulação”. Segundo Duarte (2000, p. 239 apud MOROZOWSKI, 2016, p. 362) “(...) as três diretivas de 1990 sobre o direito de residência alargam o seu âmbito subjetivo de titularidade, mas continuam a sujeitar

4 Cf. Acervo de Schengel, disponível em: http://www.refugiados.net/cidadevirtual/legislacao/leis/conv_schengen_decis_com_exec.pdf

o exercício do direito de residência ao preenchimento de certos requisitos de natureza econômica”.

Através de um comunicado de imprensa, os países membros explicaram que desejavam diminuir as barreiras para que acontecesse a formação de um mercado interno:

O preâmbulo da Convenção de Schengen estabelece que “o Tratado que institui a Comunidades Europeias, complementada pelo Ato Único Europeu, prevê que o mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas” e o objetivo visado pelas partes contratantes (Schengen) coincide com esse objetivo, sem prejuízo do às medidas a tomar para aplicar as disposições do Tratado. (COMISSÃO EUROPEIA, 2018a, tradução nossa)⁵

Entre o acordo original assinado em 1990 e sua alteração em 1995, o alargamento do número de membros se deu com a entrada de Portugal e a Espanha. Portanto, em sua última versão, participavam Bélgica, França, Alemanha, Luxemburgo, Holanda, Espanha e Portugal.

1.2. INCORPORAÇÃO DO ACORDO SCHENGEN À LEGISLAÇÃO DA UE

O espaço Schengen foi integrado ao quadro jurídico institucional da UE através de um Protocolo anexo ao Tratado de Amsterdam. Foi permitida a integração dos avanços introduzidos pelo Acordo Schengen na UE, consolidando-se o objetivo da Livre Circulação de Pessoas, já previamente disposto no Ato Único Europeu de 1986 e, permitindo aos cidadãos interpor recursos judiciais no caso da violação dos seus direitos. Esta cooperação encontra-se prevista nos Artigos 1º e 2º, nº 1 do Protocolo que integra o Acervo de Schengen no âmbito da União Europeia, *in verbis*:

B. PROTOCOLOS ANEXOS AO TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA E AO TRATADO QUE INSTITUI A COMUNIDADE EUROPEIA

Protocolo que integra o Acervo de Schengen no âmbito da União Europeia
AS ALTAS PARTES CONTRATANTES, REGISTRANDO que os acordos relativos à supressão gradual dos controles nas fronteiras comuns, assinados por alguns dos Estados-Membros da União Europeia em Schengen, em 14 de Junho de 1985 e 19 de Junho de 1990, bem como os acordos conexos e as disposições adotadas com base nesses acordos, se destinam

5 No original: “The preamble to the [Schengen] Convention states that ‘the Treaty establishing the European Communities, supplemented by the Single European Act, provides that the internal market shall comprise an area without internal frontiers’ and the aim pursued by the Contracting Parties (Schengen) coincides with that objective, without prejudice to the measures to be taken to implement the provisions of the Treaty”.

a reforçar a integração europeia e, em especial, a possibilitar que a União Europeia se transforme mais rapidamente num espaço de liberdade, de segurança e de justiça, (...).

Artigo 1º. O Reino da Bélgica, o Reino da Dinamarca, a República Federal da Alemanha, a República Helénica, o Reino de Espanha, a República Francesa, a República Italiana, o GrãoDucado do Luxemburgo, o Reino dos Países Baixos, a República da Áustria, a República Portuguesa, a República da Finlândia e o Reino da Suécia, signatários dos acordos de Schengen, ficam autorizados a instaurar entre si uma cooperação reforçada nos domínios abrangidos por esses acordos e disposições conexas, enumerados no Anexo do presente Protocolo e a seguir designados por “acervo de Schengen”. Essa cooperação realizar-se-á no quadro institucional e jurídico da União Europeia e na observância das disposições pertinentes do Tratado da União Europeia e do Tratado que institui a Comunidade Europeia.

Artigo 2º. 1. A partir da data de entrada em vigor do Tratado de Amsterdã, o acervo de Schengen, incluindo as decisões do Comité Executivo criado pelos acordos de Schengen que tenham sido adoptadas antes dessa data, serão imediatamente aplicáveis aos treze EstadosMembros a que se refere o artigo 1º, sem prejuízo do disposto no nº 2 do presente artigo. A partir da mesma data, o Conselho substituir-se-á ao citado Comité Executivo. (UNIÃO EUROPEIA, 1997)

Com o intuito de consolidar a integração almejada, conforme previsto no Tratado de Amsterdã, o Conselho da UE substituiu o Comité Executivo criado no acordo de Schengen, sendo fixadas as modalidades da integração do Secretariado Schengen no Secretariado-Geral do Conselho.

Para permitir a integração total do espaço Schengen, foram seleccionadas as disposições e medidas adotadas pelos Estados-Membros que constituíam um verdadeiro acervo, ou um conjunto de atos, chamado *acquis*, que serviriam de base para a construção e consolidação de uma cooperação anelada. Através das decisões do Conselho 199/435/CE e 199/436/CE, foi adotada uma lista dos elementos constitutivos do acervo, bem como a base jurídica correspondente nos tratados europeus, como o Tratado da União Europeia.

1.2.1. RELAÇÃO COM OS PAÍSES NÃO MEMBROS DO ESPAÇO SCHENGEN

A progressiva expansão do Espaço Schengen para o conjunto dos Estados Membros da UE proporcionou a construção de uma relação entre os países, com vínculo especial com a UE, através da participação na cooperação Schengen. A entrada dos países não comunitários estava associada à pré-condição de acordar sobre a livre circulação de pessoas entre esses países e a UE.

A participação dos países com relação especial com a UE na cooperação Schengen consiste na inclusão do espaço constituído pela ausência de controle nas fronteiras internas; na aplicação das disposições do Schengen *acquis* e de todos os textos relevantes para efeitos do Acordo de Schengen e na associação da tomada de decisão relativa aos efeitos do acordo em questão.

1.2.1.1. RELAÇÃO DO REINO UNIDO COM O ACORDO SCHENGEN E A LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS

A livre circulação de pessoas entre o Reino Unido e a União Europeia sempre foi um ponto crucial de debate. Inicialmente, salienta-se o discurso de Churchill no período pós-guerra durante as negociações sobre a formação de uma estrutura de Europa de cooperação. Churchill utiliza a expressão “Estados Unidos da Europa” enquanto, ao mesmo tempo, defende que o Reino Unido não deveria participar (HORAN, 2016).

O Reino Unido se absteve de qualquer discussão que tangenciava a criação de uma Comunidade Europeia de Livre Comércio. Os britânicos não participaram do Comitê Spaak de 1955, composto por seis membros (Bélgica, Holanda, Luxemburgo, França, Alemanha e Itália), que optou pela criação de um Mercado Comum diante da opção da consolidação de uma Europa de Livre Comércio, chamada de EFTA (*European Free Trade Association*). O Mercado Comum, atualmente chamado de Mercado Único, foi uma decisão deliberada para a criação de um mercado em escala no marco de um espaço único com a criação de instituições supranacionais (HORAN, 2016).

O Mercado Comum foi originado e estruturado a partir do Tratado de Roma, que tinha como fundamento as quatro liberdades fundamentais de movimento de capitais, trabalhadores, bens e serviços. Essa organização diferenciava-se da EFTA, estabelecida inicialmente pelo Reino Unido em 1960, que não abrangia as quatro liberdades fundamentais.

Em 1993, a fim de remover obstáculos administrativos, os Estados Membros da EFTA foram convidados a participar da consolidação de um espaço de Mercado Único partilhando das quatro liberdades fundamentais. O Reino Unido, contudo, visava receber todos os benefícios do um Mercado Único tendo o mesmo nível de comprometimento do período do EFTA.

A consolidação de um Mercado Comum fez com que os países membros removessem o controle de fronteiras. De forma contrária, o Reino Unido ainda manteve a segurança para os países terceiros alegando a prevenção contra o terrorismo.

Com a integralização do Acervo Schengen ao conjunto de leis da União Europeia no Tratado de Amsterdam de 1997, foi delimitada também a participação dos países que não aderiram ao acordo. Autorizou-se o Reino Unido – conforme disposto no artigo 4º do Protocolo que integra o Acervo de Schengen ao âmbito da União Europeia – requerer a possibilidade de acessar o acervo em sua totalidade ou parcialmente, após decisão do Protocolo que integra o Acervo de Schengen no âmbito da União Europeia:

TENDO EM CONTA o facto de a Irlanda e o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte não serem partes e não terem assinado os acordos acima referidos; que, no entanto, se deveria prever a possibilidade de esses Estados-Membros aceitarem, no todo ou em parte, as disposições desses acordos,

(...)

Artigo 4º: A Irlanda e o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, que não se encontram vinculados pelo acervo de Schengen, podem, a todo o tempo, requerer a possibilidade de aplicar, no todo ou em parte, as disposições desse acervo. O Conselho deliberará sobre esse pedido por unanimidade dos membros a que se refere o artigo 1º e do representante do Governo do Estado interessado. (UNIÃO EUROPEIA, 1997)

A participação do Reino Unido e da Irlanda foi autorizada, conforme exposto anteriormente, através do sistema de *opt-in* ou *opt-out*, no qual os países escolhem participar ou não do acordo em sua totalidade ou parcialidade. Em Março de 1999, os britânicos se manifestaram visando a participação em alguns aspectos da cooperação Schengen, especialmente em matéria de cooperação policial e judiciária em matéria penal, luta contra o tráfico de drogas e Sistema de Informação Schengen (Ato Diretivo 2000/365/EC, 1999).

A aplicação de parcela do Acervo de Schengen ao Reino Unido através da Decisão do Conselho de nº 2004/926/CE só se deu após prévia análise das condições relativas à aplicação das disposições em matéria de cooperação policial e judiciária.

2. BREXIT

2.1. PANORAMA DO EVENTO

O evento de extrema importância para a o bloco europeu e para o povo britânico foi o resultado de um processo iniciado em 2013. O plebiscito, fruto de uma tentativa do Primeiro Ministro David Cameron em unificar seu partido para as eleições legislativas incertas, aconteceu no dia

23 de Junho de 2016 e dividiu o Reino Unido, resultando na desestabilização do país e da União Europeia, doravante denominada UE.

Será feito um breve panorama histórico dos eventos que culminaram no Brexit, de modo a contextualizar, posteriormente, a discussão sobre a livre circulação.

2.1.1. SITUAÇÃO BRITÂNICA QUE ANTECEDEU O PLEBISCITO

Em 23 de Janeiro de 2013, David Cameron, então Primeiro Ministro conservador britânico, anunciou que, após as eleições parlamentares de 2015, seria organizado por ele, caso reeleito, um referendo que discutiria a permanência do Reino Unido na UE. Colocado sob pressão pelos descrentes da efetividade proposta pela União e pela ascensão do Partido da Independência do Reino Unido (UKIP), o objetivo de Cameron era o de “forçar” a UE a estabelecer negociação para a adoção de um novo estatuto cujas diretrizes seriam favoráveis aos ingleses.

Após sua reeleição, em maio de 2015, ele cumpriu a sua promessa e organizou o referendo. Ao mesmo tempo, ele exortou seus parceiros europeus de modo a encontrar um acervo com o qual ele poderia previamente “apresentar” durante a campanha que antecedeu o referendo.

Um acordo prévio havia sido, finalmente, alcançado em fevereiro de 2016 entre os países membros da União e o Reino Unido. O Primeiro Ministro britânico, nessa situação, aproveitou para fazer campanha a favor da permanência no bloco. No entanto, dentro do seu partido, alguns julgavam o “acordo” com a UE insuficiente e se pronunciaram a favor da saída do bloco, tendo como referência o ex-prefeito de Londres, Boris Johnson. Tanto o partido conservador quanto o Trabalhista estavam divididos sobre a permanência ou não, enquanto o partido populista do UKIP liderava a campanha pela retirada da UE.

2.1.2. O PLEBISCITO E SEUS RESULTADOS

No dia 23 de Junho de 2016, o plebiscito aconteceu em todo Reino Unido com a presença de 46,5 milhões de eleitores (LE MONDE, 2016). Na cédula de voto, os eleitores deveriam responder à seguinte questão, marcando entre as opções “Ficar” ou “Sair”: “O Reino Unido deve continuar um membro da União Europeia ou deixar de ser membro da União Europeia?”.

No dia 24 de junho de 2016, os resultados do plebiscito foram divulgados pela manhã. Aproximadamente 52% dos votantes optaram

pela saída do Reino Unido da União Europeia. De acordo com o jornal francês *Le Monde*, “263 círculos eleitorais votaram pela saída e 119 a favor da manutenção” (LE MONDE, 2016, tradução nossa)⁶. O resultado surpreendeu a todos e marcou uma mudança histórica na construção de uma Europa Unitária.

Após o desastre de sua campanha para que o Reino Unido permanecesse na UE e o cisma do seu partido pós-propositura do referendo, David Cameron renuncia ao cargo, anunciando que deixaria seu posto de primeiro-ministro até outubro do mesmo ano. Sua saída foi condicionada à escolha do seu sucessor, feita pelo Partido Conservador. O próximo a ocupar a função seria responsável por iniciar os procedimentos de saída e as negociações.

2.1.3. REAÇÃO PÓS-REFERENDO

A reação europeia após o referendo foi rápida. Os Ministros das Relações Internacionais dos seis países fundadores (Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos) fizeram uma declaração conjunta após encontro em Berlim. Os Ministros pediram uma manifestação rápida do Reino Unido, reforçando que fosse dado provimento a declaração o mais rápido possível. Além de tudo, reforça-se a autonomia dada ao Estado membro pelo artigo 50º, nº 1 do Tratado da União Europeia, *in verbis*: “Artigo 50º 1. Qualquer Estado-Membro pode decidir, em conformidade com as respetivas normas constitucionais, retirar-se da União” (UNIÃO EUROPEIA, 2012).

O presidente do Conselho Europeu, Donald Tusk, se pronunciou, em nome dos 27 países membros, confirmando o objetivo da conservação da unidade europeia. Reforça-se a aplicação do direito comunitário europeu enquanto o Reino Unido ainda for membro da União Europeia, assim como os deveres perante o bloco europeu.

O Presidente da Comissão Europeia, Jean-Claude Juncker, e Donald Tusk, Presidente do Conselho Europeu, anunciaram, naquela ocasião, que não haveriam negociações formais ou informais até que o processo de saída da UE fosse acionado pelo Reino Unido, através do artigo 50º, nº 2, do Tratado da União Europeia, que dispõe:

Art. 50º 2. Qualquer Estado-Membro que decida retirar-se da União notifica a sua intenção ao Conselho Europeu. Em função das orientações do

⁶ No original: “(...) 263 circonscriptions ont voté pour la sortie et 119 en faveur du maintie”.

Conselho Europeu, a União negocia e celebra com esse Estado um acordo que estabeleça as condições da sua saída, tendo em conta o quadro das suas futuras relações com a União. Esse acordo é negociado nos termos do nº 3 do artigo 218º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. O acordo é celebrado em nome da União pelo Conselho, deliberando por maioria qualificada, após aprovação do Parlamento Europeu. (UNIÃO EUROPEIA, 1992)

Pela primeira vez após o referendo, discutiu-se o acesso dos ingleses ao Mercado Único. Os dois representantes da União Europeia ressaltaram que o acesso inglês ao Mercado Comum só seria possível mediante a aceitação das quatro liberdades fundamentais: liberdade de circulação de bens, de serviços, de capitais e de pessoas; conforme previsto no artigo 3º, nº 3, do Tratado da UE.

Artigo 3º 3. A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico. A União combate a exclusão social e as discriminações e promove a justiça e a proteção sociais, a igualdade entre homens e mulheres, a solidariedade entre as gerações e a proteção dos direitos da criança. A União promove a coesão económica, social e territorial, e a solidariedade entre os Estados-Membros. A União respeita a riqueza da sua diversidade cultural e linguística e vela pela salvaguarda e pelo desenvolvimento do património cultural europeu. (UNIÃO EUROPEIA, 1992)

2.1.4. A NOVA SUCESSORA NAS NEGOCIAÇÕES DO BREXIT

A sucessão de David Cameron deveria acontecer somente no mês de outubro de 2016. No entanto, no dia 13 de julho do mesmo ano, o primeiro-ministro renunciou formalmente de seu posto diante da rainha Elizabeth II. A disputa pelo cargo ficou entre Theresa May, Ministra do Interior, e Andrea Leadsom, Secretária de Estado e da Energia. Devido à falta de apoio interna do Partido Conservador, Andrea Leadsom decidiu por não se candidatar e Theresa May foi nomeada como a nova Primeira-Ministra britânica.

Desde a sua nomeação, May afirmou que prosseguiria firmemente com as negociações do Brexit, sem nenhuma intenção de retornar à situação inicial. Ela afirmou que o seu governo manteria relações amigáveis com o bloco europeu a fim de conseguir um acordo proveitoso para o Reino Unido.

A primeira-ministra, entretanto, não declarou com precisão qual relação desejava estabelecer entre o seu país e o bloco europeu. Ao ser questionada sobre a livre circulação de pessoas, disse que “Nós mesmos decidiremos como controlaremos a imigração” (BBC NEWS, 2016, tradução nossa)⁷, o que leva a crer que a negociação entre o Reino Unido e a UE não seria feita em bases flexíveis. Ressalte-se a importância da tolerância inglesa na questão migratória, por ser fator *sine qua non* para a presença britânica no Mercado Comum.

2.1.5. AS NEGOCIAÇÕES

As negociações tiveram como enfoque, em especial, em três tópicos: o acesso ao mercado interno, o destino dos cidadãos europeus que vivem em território inglês e os custos econômicos e financeiros para o Reino Unido. Quanto à primeira questão, os Estados-Membros não planejavam (e ainda não planejam) dar à Grã-Bretanha o pleno acesso ao mercado interno da União Europeia sem manter uma livre circulação de cidadãos europeus em território inglês, condição que, em princípio, não se contempla na proposta inglesa.

No que tange ao destino dos cidadãos da UE que vivem em território inglês, os membros da UE, mediante a atuação do negociador Michel Barnier, exigem um direito de residência permanente para os nacionais que possam justificar cinco anos de residência contados regressivamente e teoricamente a partir da assinatura do acordo de saída.

Os ciclos de negociações não levaram a nenhum acordo inicial. Os conservadores se encontravam divididos, especialmente devido à postura de May em silenciar os desafios propostos por aqueles que são a favor de uma proposta mais radical pelo Reino Unido. Os britânicos aproveitaram os ciclos para formular algumas propostas para os cidadãos europeus estabelecidos no país, mas sem aprovação pela UE. No entanto, os principais assuntos ainda continuaram em aberto, notadamente as questões vinculadas à futura competência da Corte Europeia de Justiça e a fronteira irlandesa.

2.1.6. OS ACORDOS NA PRIMEIRA FASE DE NEGOCIAÇÕES

O primeiro acordo entre os britânicos e os europeus foi anunciado por Jean Claude Juncker e Theresa May. A pauta de negociações presente nesse acordo foram temas considerados de alta complexidade: os direitos dos

7 No original: “We will decide for ourselves how we will control immigration.”

cidadãos europeus estabelecidos no Reino Unido, o valor dos custos originais da saída e a fronteira entre a Irlanda do Norte e a República da Irlanda.

O governo de Theresa May se engajou em preservar, em sua integridade, os direitos dos cidadãos da UE estabelecidos no Reino Unido. Já no que tange aos custos que deveriam ser pagos pelo Reino Unido foi acordado o pagamento de 50 milhões de euros. Esse montante deveria compensar as prévias contribuições do país ao orçamento comum. Finalmente, concluiu-se que o Brexit não conduziria ao restabelecimento de uma fronteira física entre a Irlanda do Norte e a República da Irlanda, sem que o Reino Unido permanecesse no mercado interno europeu.

O presidente da Comissão Europeia declarou-se satisfeito com o acordo obtido com o Reino Unido e garantiu que estaria pronto para seguir com a segunda fase das negociações, aberta nos dias 14 e 15 de dezembro de 2017. Além disso, o Conselho aceitou que o Reino Unido se beneficiasse de um período de transição de dois anos, onde se aplicaria o Direito Europeu sem que os britânicos participassem das decisões da UE, ou seja, sem direito a voto nas instituições decisórias.

Em nova reunião, o Conselho dos Ministros das Relações Internacionais da UE decidiu oferecer aos britânicos um período de transição total de 21 meses, a começar no dia 30 de março de 2019 até o dia 31 de dezembro de 2020. Essa transição corresponderia ao fim do quadro financeiro da União, que data de 2014-2020, e que os ingleses estão envolvidos.

Sobre esse período de transição, a União decidiu que o Reino Unido poderia continuar a se beneficiar do acesso ao Mercado Comum, da União Aduaneira e dos acordos comerciais entre os Estados-Membros durante esse período. No entanto, ele deveria aceitar a antiga e a nova legislação europeia, podendo ser consultado para algumas questões, sem participar ativamente em sua decisão.

Durante a transição, os cidadãos britânicos e europeus poderiam se instalar no Reino Unido ou em qualquer outro Estado-Membro da União Europeia, se beneficiando dos mesmos direitos e garantias daqueles que se instalassem antes do dia 30 de março.

2.1.7. A APRESENTAÇÃO DO PLANO CHEQUERS AOS EUROPEUS

Em 7 de julho de 2018, Theresa May reuniu-se com o governo em sua residência no interior do Reino Unido, em Chequers, para colocar em

discussão o plano por ela apresentado e que, em maior ou menor medida, buscava delimitar a relação do Reino Unido e a União Europeia. Após um longo momento de reflexão, a Primeira-Ministra apresentou uma versão final de uma proposição, resultado de um compromisso feito com a parte majoritária dos membros do governo.

O Plano Chequers de Theresa May previa o fim da livre circulação de pessoas, podendo o Reino Unido controlar a sua própria política migratória. Mesmo alegando que o Reino Unido continuaria a ser tolerante e aberto para estrangeiros, seria projetado um sistema específico responsável pela análise migratória no território.

No futuro, caberá ao governo e ao parlamento do Reino Unido determinar as regras nacionais de imigração que serão aplicadas. A livre circulação de pessoas terminará quando o Reino Unido deixar a UE. A Lei de Imigração trará a migração da UE para a legislação do Reino Unido, permitindo que o Reino Unido defina seu futuro sistema de imigração na legislação nacional.

O Reino Unido irá projetar um sistema que funcione para todas as partes do Reino Unido. O relatório do Comitê Consultivo da Migração (MAC), previsto para setembro de 2018, fornecerá dados importantes sobre os padrões de migração da UE e o papel da migração na economia em geral para informá-lo. Mais detalhes sobre o futuro sistema de imigração do Reino Unido serão definidos oportunamente.

O Reino Unido continuará a ser uma nação aberta e tolerante, e desejará continuar atraindo os mais brilhantes e melhores da UE e de outros lugares. Os futuros acordos de imigração do Reino Unido definirão como os membros da UE e de outros países podem se inscrever para vir e trabalhar no Reino Unido. Isso será crucial para apoiar seus serviços públicos, além de aumentar a atratividade do Reino Unido para pesquisa, desenvolvimento e inovação. (HM GOVERNMENT, 2018, p. 32, tradução nossa).⁸

Em paralelo com o Plano Chequers, os britânicos também se prepararam para, na hipótese de não se alcançar nenhum acordo com a UE

⁸ No original: "In future it will be for the UK Government and Parliament to determine the domestic immigration rules that will apply. Free movement of people will end as the UK leaves the EU. The Immigration Bill will bring EU migration under UK law, enabling the UK to set out its future immigration system in domestic legislation.

The UK will design a system that works for all parts of the UK. The Migration Advisory Committee (MAC) report, due in September 2018, will provide important evidence on patterns of EU migration and the role of migration in the wider economy to inform this. Further details of the UK's future immigration system will be set out in due course.

The UK will continue to be an open and tolerant nation, and will want to continue to attract the brightest and best, from the EU and elsewhere. The UK's future immigration arrangements will set out how those from the EU and elsewhere can apply to come and work in the UK. This will be crucial to supporting its public services, as well as enhancing the UK's attractiveness for research, development and innovation."

antes de 29 de março de 2019 (data que marcava o prazo limite para a ratificação do acordo pelas duas partes) realizar uma saída unilateral. A resolução colocava em questão não só a futura relação entre as duas partes, mas também a modalidade de saída do Reino Unido do bloco.

Theresa May apresentou, em 21 de setembro de 2018, em Salzburgo, as propostas britânicas para o futuro relacionamento entre o Reino Unido e a UE. Os 27 membros rejeitaram, unanimemente, as proposições com a justificativa de que o Plano Chequers minava os fundamentos do Mercado Comum.

2.1.8. A NOVA PROPOSTA DE NEGOCIAÇÃO E A REAÇÃO DO PARLAMENTO BRITÂNICO

Depois de passados vinte meses de negociações, o governo britânico anuncia, no dia 13 de novembro, a apresentação de um novo acordo sobre a saída inglesa do bloco. Esse documento de 585 páginas conta com 185 artigos e 3 protocolos específicos sobre a Irlanda do Norte, Gibraltar e as bases britânicas localizadas no Chipre. A declaração fixa as regras do período de transição acordado entre as partes, previsto do dia 30 de março de 2019 a 31 de dezembro de 2020.

O ponto de negociação que trata da situação dos residentes europeus em território inglês e os britânicos que se instalaram nos Estados membros da UE reforça o já previsto no pré-acordo feito em 8 de dezembro de 2017: os cidadãos e suas respectivas famílias conservariam os mesmos direitos após o Brexit em se tratando de saúde, prestações sociais, aposentadoria e ao acesso ao trabalho e educação. Caso ratificado pelos parlamentares, os cidadãos estrangeiros já estabelecidos há mais de cinco anos teriam os seus direitos garantidos. Aqueles que chegarem antes do fim do período de transição supracitado obterão um direito de residência permanente após cinco anos de estadia permanente.

Em 25 de novembro de 2018, o acordo foi finalmente homologado junto com uma declaração política, no Conselho Europeu, pelos 27 membros da UE e Theresa May, como representante do Reino Unido. A homologação retratava apenas o passo inicial para a garantia de uma saída organizada do Reino Unido da UE. Ainda seria necessária a aprovação do Parlamento britânico em votação e, em seguida, do Parlamento Europeu.

Durante o período que antecedeu a votação do acordo no Parlamento britânico, que, caso aceito, colaboraria para uma saída mais organizada

do Reino Unido do bloco europeu, o Tribunal de Justiça da União Europeia emite uma decisão declarando que o Reino Unido é livre para revogar unilateralmente a notificação da sua intenção de se retirar da União Europeia. Isso significa que os britânicos poderiam, portanto, de forma unilateral, decidir renunciar o Brexit, sem que os outros membros da UE corroborassem a decisão, antes de 29 de março de 2019.

Em 15 de janeiro de 2019, os membros do Parlamento britânico rejeitaram o acordo de saída da União Europeia. Essa decisão, embora esperada, reforçou a situação de insegurança e instabilidade da saída do Reino Unido do bloco europeu. Mesmo com a unânime rejeição, Theresa May confirmava o seu posto como Primeira-Ministra e afirmava, ao mesmo tempo, que tentaria apresentar nova proposta para a situação do Reino Unido.

Os deputados britânicos tentaram tomar o controle do processo do Brexit. Após a rejeição do acordo preparado pelo governo, os parlamentares defendem duas alterações na resolução proposta: excluir a ideia de uma saída da União Europeia sem acordo e o estabelecimento de uma fronteira entre a Irlanda e a Irlanda do Norte, chamada pelos negociadores de “*backstop*”.

Os 27 Estados da UE determinam que Theresa May teriam até o dia 12 de março para obter a aprovação do acordo de saída novamente discutido com os negociadores. Se não lograsse êxito na aprovação do acordo pela Câmara dos Comuns, deverá ser discutido uma saída unilateral, ou seja, sem acordo; e, se ainda não fosse aprovado, retardar-se-ia a saída uma vez mais, mediante aprovação do Parlamento britânico e dos 27 Estados europeus.

Os 27 Estados da UE consentiram com a postergação do evento somente até o dia 12 de junho de 2019, contrariando a vontade inglesa, de modo que, assim, o Reino Unido saíria do bloco europeu antes das eleições do Parlamento Europeu, datada para acontecer entre os dias 23 e 26 de maio do ano em questão. Propostas de novos cenários começaram a ser feitas, sem sucesso, por deputados britânicos, que almejavam até um segundo plebiscito popular.

A terceira proposta do acordo de saída de Theresa May e, em seguida, todas as possibilidades de saída propostas por deputados foram negadas pelos membros da Câmara dos Comuns. A primeira Ministra foi obrigada a solicitar aos 27 Estados europeus um novo adiamento para o dia 30 de junho. Por fim, foi determinado uma data flexível de adiamento, para o dia 31 de outubro de 2019, possibilitando que o Reino Unido pudesse participar das eleições do Parlamento Europeu.

Caso nenhum acordo de saída fosse validado até a data supracitada, configurar-se-ia o cenário do chamado “*no-deal*” (ou “não acordo”) e o Reino Unido passaria a ser visto como membro extrazona, ou seja, não comunitário nas relações com o bloco Europeu.

2.1.9. DESENVOLVER DA SITUAÇÃO BRITÂNICA APÓS O ADIAMENTO DO PRAZO PARA 31 DE OUTUBRO DE 2019

A então Primeira ministra Theresa May anuncia uma nova votação antes das votações parlamentares europeias e se mostra aberta à possibilidade de um novo referendo. Contudo, devido à situação interna do partido conservador, a Primeira ministra se demite no dia 7 de junho de 2019. Seu sucessor eleito por 66% dos votos do partido fora Boris Johnson, extremamente conservador e a favor de um *hard* Brexit, ou seja, situação na qual o Reino Unido não permitiria a livre circulação de pessoas, capitais, bens e serviços; e nem contribuir com o orçamento da União.

Em 28 de agosto de 2019, Boris Johnson anuncia a suspensão do parlamento britânico de 9 de setembro a 14 de outubro do ano corrente, o que aumenta as suspeitas da intenção da saída sem acordo no dia 31 de outubro. A saída sem acordo já tinha sido rejeitada pelo parlamento (312 votos contra a saída sem acordo e 308 a favor) em 13 de março de 2019. Apesar disso, se o Primeiro ministro concretizar suas intenções, os parlamentares contra a saída sem acordo terão somente as duas semanas finais de outubro para se articularem a fim de impedir o cenário de *no deal*.

O parlamento britânico reagiu rapidamente: com 328 votos contra 301, os parlamentares assumem o controle da agenda do Parlamento britânico. Na tentativa de barrar o Primeiro ministro extremista, a Câmara dos Comuns votou uma lei que proíbe a saída sem acordo, aguardando somente a aprovação da rainha Elizabeth II. Contra isso, Boris Johnson tentou adiantar, sem sucesso, as eleições parlamentares.

Em 9 de setembro, o Primeiro ministro suspendeu o Parlamento até o dia 14 de outubro de 2019. No mesmo dia, a rainha Elizabeth promulgou a lei anti-*no deal*, que fica chamada de *Benn Act*, e obriga ao governo britânico a solicitar um adiamento caso o novo acordo não fosse aceito antes do dia 19 de outubro. A Corte Suprema britânica declara ilegal a suspensão do Parlamento e os parlamentares retomam o seu trabalho.

Boris Johnson propõe então, no primeiro dia de outubro de 2019, um novo acordo para a União Europeia, com propostas para a questão dos

direitos dos europeus em território britânico e ingleses em solo europeu e para o *backstop* irlandês. Por fim, o novo acordo é validado pelos países membros da UE no dia 17 de outubro de 2019, restando a homologação pelos Parlamentos inglês e europeu.

O diferimento da sessão de análise do acordo do dia 19 de outubro na Câmara dos Comuns fez com que Boris Johnson se submetesse aos efeitos do *Benn Act*; ou seja, caso o acordo não seja aceito e homologado pelo parlamento britânico, é necessário que o governo inglês solicite a prorrogação do prazo para 31 de janeiro de 2020. Na mesma data, foi votado que antes do Parlamento inglês discutir sobre a aceitação do acordo de saída, seria necessário a aprovação das leis de transposição necessárias para a aplicação do acordo nas leis britânicas.

Em 22 de outubro, os parlamentares negam a lei de transposição, o que coloca novamente em xeque a possibilidade de uma saída com acordo no dia 31 de outubro de 2019.

3. IMPLICAÇÕES DA SAÍDA DO REINO UNIDO NA LIVRE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS NA SITUAÇÃO DE ACORDO ENTRE AS DUAS PARTES E DE “NO-DEAL”

Neste tópico serão tratados os impactos na livre circulação de pessoas após a saída britânica da União Europeia. O acordo proposto pelo Primeiro ministro Boris Johnson em 17 de outubro de 2019 que deliberava sobre o assunto e que, se fosse ratificado, proporcionaria aos ingleses a instalação de um período de transição até dezembro de 2020, ainda está em análise desde 24 de outubro de 2019. Portanto, a análise dos impactos na livre circulação de pessoas devido à saída do Reino Unido do bloco europeu será feita tendo como parâmetro dois contextos: 1) caso o acordo supracitado for aprovado e homologado pelos parlamentos britânico e europeu; 2) caso não haja acordo entre as duas partes, configurando-se a situação de “*no-deal*”.

3.1. CENÁRIO DE RATIFICAÇÃO DO ACORDO PROPOSTO EM 17 DE OUTUBRO 2019 ENTRE REINO UNIDO E UNIÃO EUROPEIA

3.1.1. DELIMITAÇÕES SOBRE O DIREITO DOS CIDADÃOS – DIREITO DE RESIDÊNCIA

O Acordo de Saída protege os direitos de todos os cidadãos europeus que vivem no Reino Unido e bem como dos britânicos que vivem em qualquer um dos 27 Estados-Membros ao fim do período de transição, nas

situações em que o direito de residência estiver de acordo com a legislação da UE em matéria de livre circulação de pessoas. Os membros da família que estão citados no direito da União, assim como crianças, são resguardados pelo Acordo de Saída. Assim consta dos documentos da UE

O Acordo de Retirada protege também os membros da família aos quais são concedidos direitos ao abrigo da legislação da UE (atuais cônjuges e parceiros registados, pais, avós, filhos, netos e uma pessoa numa relação duradoura existente), que ainda não vivam no mesmo estado de acolhimento. cidadão da União ou do Reino Unido, para se juntar a eles no futuro.

As crianças serão protegidas pelo Acordo de Retirada, independentemente de nascerem antes ou depois da saída do Reino Unido, ou se nascerem dentro ou fora do estado de acolhimento em que reside o cidadão da UE ou o nacional do Reino Unido. A única exceção prevista diz respeito a crianças nascidas após a retirada do Reino Unido e para as quais um genitor não abrangido pelo Acordo de Desistência tem a guarda exclusiva sob a lei de família aplicável. (COMISSÃO EUROPEIA, 2018b)

O direito de cada cidadão da UE e de sua respectiva família, mesmo no contexto de reorganização familiar, de viver, trabalhar ou estudar em qualquer Estado-Membro da UE é um dos pilares estruturantes da União Europeia. Os cidadãos britânicos e europeus escolheram viver em outros Estados-Membros se baseando no princípio da livre circulação de pessoas, assegurado pelos direitos da União. A proteção do direito dos cidadãos que escolheram viver em outros países foi a principal prioridade para os negociadores durante o período de negociação.

Conforme disposto na ficha informativa fornecida pela Comissão Europeia:

Os requisitos materiais de residência legal são e continuarão a ser idênticos aos atualmente previstos na legislação da UE em matéria de livre circulação. Nos casos em que os Estados de acolhimento tenham optado por um sistema de registro obrigatório, as decisões de concessão do novo estatuto de residência ao abrigo do Acordo de Saída serão tomadas com base em critérios objetivos (ou seja, sem poder discricionário) e com base nas condições idênticas às previstas na diretiva relativa à livre circulação (Diretiva 2004/38/CE): os artigos 6.º e 7.º conferem o direito de residência por um período máximo de cinco anos às pessoas que trabalham ou dispõem de recursos financeiros suficientes e de um seguro de doença, e os artigos 16.º a 18.º conferem o direito de residência permanente às pessoas que tenham residido legalmente durante cinco anos. (COMISSÃO EUROPEIA, 2018b)

De acordo com a ficha informativa fornecida pela Comissão Europeia, os Artigos 6º e 7º da Diretiva 2004/38/EC são responsáveis por

outorgar o direito de residência por até cinco anos para aqueles que possuem recursos financeiros suficientes e são titular de um seguro saúde próprio, além daqueles que possuem um trabalho. Já os Artigos 16, 17 e 18 dispõem sobre a possibilidade de concessão de direito de residência permanente àqueles que tenham residido legalmente durante cinco anos.

Na prática, os cidadãos dos 27 Estados-Membros da UE e os nacionais do Reino Unido satisfariam as condições supracitadas pelos artigos se exercerem atividade assalariada ou não assalariada; ou se tiverem recursos suficientes e possuírem seguro saúde; forem membros da família de alguém que satisfaça essas condições ou se já tiverem adquirido o direito de residência permanente, ainda que não se encaixe em nenhuma das situações citadas. Os cidadãos europeus que estiverem vivendo no Reino Unido têm até dia 31 de dezembro de 2020 para requisitar um visto dentro do EU *Settlement Scheme*, considerando o período de transição até tal data.

Não há exigência, no Acordo de Saída, da presença física no Estado de acolhimento ao fim do período de transição. Serão aceitas ausências temporárias curtas que não afetem o direito de residência e ausências longas que não afetem o direito de residência permanente.

Conforme citado pela análise feita pela Comissão Europeia (COMISSÃO EUROPEIA, 2018b),

As pessoas protegidas pelo Acordo de Saída que ainda não tenham adquirido o direito de residência permanente — caso não tenham residido no Estado de acolhimento durante pelo menos cinco anos — serão totalmente protegidas pelo Acordo de Saída, podendo continuar a residir no Estado de acolhimento e adquirir o direito de residência permanente mesmo após a saída do Reino Unido.

Os cidadãos da UE e os nacionais do Reino Unido que cheguem ao Estado de acolhimento durante o período de transição terão exatamente os mesmos direitos e obrigações decorrentes do Acordo de Saída que aqueles que deram entrada no Estado de acolhimento antes de 30 de março de 2019. Os seus direitos também estarão sujeitos às mesmas restrições e limitações. As pessoas em causa deixarão de ser beneficiárias do Acordo de Saída se se ausentarem do seu Estado de acolhimento por um período superior a cinco anos.

3.2. CENÁRIO DE “NO-DEAL”, OU SEJA, NENHUM ACORDO ENTRE O REINO UNIDO E A UE

Mesmo na situação de não acordo entre as duas partes, a proteção dos direitos dos britânicos vivendo nos Estados-membros da UE e os

europeus vivendo no Reino Unido foi considerada como prioridade pelo governo britânico e pela Comissão Europeia. Em qualquer um dos cenários, os britânicos asseveram que “(...) os cidadãos europeus são nossos amigos, nossos vizinhos, nossos colegas e queremos que eles fiquem” (EURONEWS, 2019, tradução nossa)⁹. Portanto, será tratado neste tópico como se analisará a questão dos direitos dos cidadãos que vivem em território europeu e britânico.

3.2.1. CIDADÃOS EUROPEUS NO REINO UNIDO NO CENÁRIO DE “NO-DEAL”

Na declaração política fornecida pelo governo britânico intitulada “Direitos dos Cidadãos – Cidadãos europeus no Reino Unido e nacionais britânicos vivendo na União Europeia” (DEPARTMENT FOR EXITING THE EUROPEAN UNION, 2018, tradução nossa)¹⁰, os britânicos salientam a importância da contribuição europeia nos âmbitos sociais, econômicos e culturais no Reino Unido. É demonstrada de forma clara a vontade expressa do governo do britânico de que os cidadãos europeus continuem vivendo em seu território.

Para que isso aconteça,

O Reino Unido continuará a administrar o EU *Settlement Scheme*, que permite que os europeus continuem vivendo, trabalhando e estudando no Reino Unido, até dia 29 de março de 2019, em um cenário de “não acordo”. A base para se qualificar para o status sob o esquema permanecerá a mesma que foi proposta em um cenário de “acordo” e será focada na residência no Reino Unido. Isto significa que qualquer cidadão da UE que viva no Reino Unido até 29 de março de 2019 poderá candidatar-se a este regime, garantindo o seu estatuto na legislação do Reino Unido. (DEPARTMENT FOR EXITING THE EUROPEAN UNION, 2018, p. 4, tradução nossa)¹¹

No entanto, algumas mudanças necessárias serão aplicadas no caso supracitado:

Como não haveria período de implementação acordado, esta garantia só se aplica aos cidadãos da UE que residam no Reino Unido até 29 de março de 2019;

⁹ No original: “EU citizens are our friends, our neighbours, our colleagues and we want them to stay.”

¹⁰ No original: “Citizens’ Rights – EU citizens in the UK and UK nationals in the EU.”

¹¹ No original: “The UK will continue to run the EU Settlement Scheme for those resident in the UK by 29 March 2019 in a ‘no deal’ scenario. The basis for qualifying for status under the scheme will remain the same as proposed in a ‘deal’ scenario and will be focused on residence in the UK. This means that any EU citizen living in the UK by 29 March 2019 will be eligible to apply to this scheme, securing their status in UK law.”

Dado que não haveria período de implementação acordado, os cidadãos da UE e seus familiares residentes de hoje até 29 de março de 2019 teriam até 31 de dezembro de 2020 para solicitar um estatuto ao abrigo do UE *Settlement Scheme*, mas sem período de carência de seis meses. Além disso, o novo sistema de imigração do Reino Unido seria implementado a partir de 1º de janeiro de 2021, como planejado;

Os cidadãos da UE teriam o direito de contestar a recusa do estatuto de imigração do Reino Unido ao abrigo do UE *Settlement Scheme* através de revisão administrativa e revisão judicial, em consonância com as soluções geralmente disponíveis a cidadãos não pertencentes ao Zona Econômica Europeia que recusaram permanecer no Reino Unido. Não haverá um processo de referência preliminar ao Tribunal de Justiça da União Europeia, uma vez que não teria qualquer jurisdição no Reino Unido;

O limite de deportação da UE continuaria a ser aplicado a crimes cometidos antes da saída. No entanto, seria aplicado o limiar de deportação do Reino Unido a crimes cometidos após 29 de março de 2019. (DEPARTMENT FOR EXITING THE EUROPEAN UNION, 2018, p. 5, tradução nossa)¹²

Ademais, o Departamento britânico de Saída da União Europeia afirma que:

Os cidadãos da UE com a situação regular de residência poderão juntar-se ao Reino Unido, até 29 de março de 2022, por familiares próximos já existentes, como filhos, cônjuges e parceiros, pais e avós que vivem no exterior à saída, onde existia a relação até 29 de março de 2019 (ou onde uma criança nasceu no exterior após esta data) e continuou a existir quando o membro da família se candidatou. Depois de 29 de março de 2022, esses membros da família poderão se unir aos cidadãos da UE aqui, aplicando através das Regras de Imigração do Reino Unido aplicáveis. Os cidadãos da UE com um estatuto regular poderão ser acompanhados por futuros cônjuges e parceiros (onde a relação foi estabelecida após a saída) e outros parentes dependentes até 31 de dezembro de 2020, após o que as Regras de Imigração do Reino Unido se aplicarão a esse reagrupamento

12 No original: “As there would be no agreed implementation period, this guarantee would only apply to EU citizens who are resident in the UK by 29 March 2019; As there would be no agreed implementation period, those EU citizens and their family members resident here by 29 March 2019 would have until 31 December 2020 to apply for a status under the EU Settlement Scheme, but with no six-month ‘grace period’ beyond this. The new UK immigration system would be implemented from 1 January 2021 as planned; EU citizens would have the right to challenge a refusal of UK immigration status under the EU Settlement Scheme by way of administrative review and judicial review, in line with the remedies generally available to non-EEA nationals refused leave to remain in the UK. There would be no preliminary reference procedure to the Court of Justice of the European Union, as it would not have any jurisdiction in the UK; The EU deportation threshold would continue to apply to crimes committed before exit. However, we would apply the UK deportation threshold to crimes committed after 29 March 2019.”

familiar. Juntos, isso traria os direitos dos cidadãos da UE de acordo com os direitos dos cidadãos do Reino Unido a partir de 30 de março de 2022. (DEPARTMENT FOR EXITING THE EUROPEAN UNION, 2018, p. 5, tradução nossa)¹³

E estabelece que no caso de *no-deal*

Em um cenário “sem acordo”, os cidadãos da UE e seus familiares que residam legalmente no Reino Unido até 29 de março de 2019 poderão continuar a acessar os benefícios e serviços do país basicamente nos mesmos termos de antes da saída do Reino Unido. Isso significa que eles manterão seu direito à assistência médica, educação, benefícios e moradia social, incluindo assistência à moradia e falta de moradia, na mesma base de antes da saída. Estes direitos estarão sujeitos a quaisquer futuras mudanças na política interna aplicáveis aos cidadãos do Reino Unido. Os cidadãos da UE continuarão também a ter as suas qualificações profissionais reconhecidas no Reino Unido após a saída, onde solicitaram ou receberam uma decisão de reconhecimento até 29 de março de 2019. (DEPARTMENT FOR EXITING THE EUROPEAN UNION, 2018, p. 6, tradução nossa)¹⁴

Portanto, os europeus que estiverem estabelecidos no Reino Unido de modo regular, de acordo com o *Settlement Scheme* imposto pelos britânicos aos europeus, poderão promover o reagrupamento familiar e usufruir dos mesmos direitos de um britânico caso instalados até a data de 31 de dezembro de 2020. Salienta-se a importância da data anteriormente citada, visto que o novo sistema migratório do Reino Unido iniciar-se-á em 1º de janeiro de 2021. Os cidadãos regularizados no UE *Settlement Scheme* poderão continuar a trabalhar, estudar e usufruir de todos os serviços fornecidos pelo governo britânico. Com a não ratificação do acordo de saída, “(...) os cidadãos da UE que residam no Reino Unido deixarão de estar protegidos

13 No original: “EU citizens with settled status would be able to be joined in the UK, by 29 March 2022, by existing close family members, such as children, spouses and partners, parents and grandparents living overseas at exit, where the relationship existed by 29 March 2019 (or where a child was born overseas after this date) and continued to exist when the family member applied. After 29 March 2022, such family members will be able to join EU citizens here by applying through the applicable UK Immigration Rules. EU citizens with settled status will be able to be joined by future spouses and partners (where the relationship was established after exit) and other dependent relatives until 31 December 2020, after which point the UK Immigration Rules would apply to such family reunion. Together this would bring the rights of EU citizens in line with the rights of UK nationals from 30 March 2022.”

14 No original: “In a ‘no deal’ scenario, EU citizens and their family members lawfully residing in the UK by 29 March 2019 will be able to continue to access in country benefits and services on broadly the same terms as now. This means that they will retain their entitlement to healthcare, education, benefits and social housing, including supported housing and homelessness assistance, on the same basis as now. These entitlements will be subject to any future domestic policy changes which apply to UK nationals. EU citizens will also continue to have their professional qualifications recognised in the UK post-exit, where they have applied for or received a recognition decision by 29 March 2019.”

pelas regras da UE em matéria de livre circulação”¹⁵ (COMISSÃO EUROPEIA, 2018c, p. 3).

3.2.2. CIDADÃOS BRITÂNICOS EM TERRITÓRIO DA UE NO CENÁRIO DE “NO-DEAL”

O governo britânico reforça o engajamento e a vontade de estabelecer um acordo com a UE sobre os direitos dos residentes britânicos que vivem em território europeu, no cenário de “*no-deal*”. “O Reino Unido continua a apelar à UE e aos Estados-Membros para que confirmem os seus compromissos para com os cidadãos e protejam os direitos dos cidadãos do Reino Unido na UE no caso de um cenário de ‘não acordo’” (DEPARTMENT FOR EXITING THE EUROPEAN UNION, 2018, p. 7, tradução nossa)¹⁶.

Conforme exposto no documento fornecido pelo Departamento de Saída da União Europeia

Os cidadãos do Reino Unido que foram para a UE e os cidadãos da UE que vieram para o Reino Unido antes da saída do Reino Unido da UE o fizeram com base em que seriam capazes de se estabelecer permanentemente e construir uma vida aqui ou na UE. É por isso que o Reino Unido tomou medidas para eliminar qualquer ambiguidade e proporcionar uma garantia total aos cidadãos da UE no Reino Unido. Pedimos que a UE e os Estados-Membros façam o mesmo pelos nossos cidadãos. (DEPARTMENT FOR EXITING THE EUROPEAN UNION, 2018, p. 7, tradução nossa)¹⁷

O Reino Unido esclarece, através do documento compartilhado pelo Departamento de Saída da União Europeia, que garantiria os direitos dos europeus que vivem em território inglês se o mesmo fosse garantido pela União os direitos de seus nacionais que vivem em território europeu, ou seja, se houver reciprocidade. No entanto, a Comissão Europeia tornou público o documento que esclareceu que os britânicos seriam tratados da mesma forma que os não membros da UE. Portanto, os britânicos residentes em território dos 27 Estados-Membros da UE terão o mesmo tratamento dispensado aos nacionais de Estados não membros da União Europeia (países extrazona).

15 No original: “EU citizens residing in the United Kingdom would no longer be protected by the EU rules on free movement.”

16 No original: “The UK continues to call on the EU and Member States to uphold their commitments to citizens and to protect the rights of UK nationals in the EU in the event of a ‘no deal’ scenario.”

17 No original: “UK nationals who went to the EU and EU citizens who came to the UK before the UK’s exit from the EU did so on the basis that they would be able to settle permanently and build a life here, or in the EU. That is why the UK has taken steps to remove any ambiguity and provide complete reassurance for EU citizens in the UK. We ask that the EU and Member States do the same for our nationals.”

CONCLUSÃO

Ao longo do presente artigo, fez-se uma perspectiva da futura relação do Reino Unido com a União Europeia após o “divórcio” marcado para dia 31 de outubro de 2019, de acordo com os documentos que já foram compartilhados por ambas as partes. Após a análise da aplicação da livre circulação de pessoas na UE e no Reino Unido, considerada como pilar fundamental do Mercado Comum construído pela União Europeia, e um estudo de todos os acontecimentos e atos ocorridos desde o plebiscito que decidiu a retirada britânica da UE até a recusa da lei de transposição do acordo pelo Parlamento britânico em 22 de outubro de 2019, analisou-se a situação dos residentes britânicos que residem em território dos 27 Estados-Membros da UE e dos europeus que vivem no Reino Unido em caso de homologação do acordo proposto em outubro de 2019, o que afeta, diretamente, uma das quatro liberdades fundamentais da União, a livre circulação de pessoas.

De modo a atingir uma maior integração entre os membros e alcançar o Mercado Comum que foi implementado o direito de livre circulação de pessoas, capitais, bens e serviços. Uma das quatro liberdades fundamentais que já se encontrava presente na Comunidade Econômica Europeia, anteriormente ao chamado Acordo Schengen. O acordo, firmado na década de 80, foi incorporado ao quadro jurídico institucional da UE através de um Protocolo anexo ao Tratado de Amsterdam em conjunto com o Sistema de Informação Schengen, que auxiliaria os países na questão de segurança interna.

O Reino Unido, no entanto, não aderiu ao acordo em sua totalidade. Os britânicos se manifestaram visando a participação apenas em aspectos da cooperação Schengen, sendo a cooperação policial e judiciária em matéria penal e o SIS. Contudo, com a separação britânica do bloco europeu, esse acesso será afetado.

O Brexit teve como marco inicial o plebiscito que aconteceu em junho de 2016, cujo resultado foi favorável à saída. Invocando o artigo 50º do Tratado da União Europeia, o Reino Unido, que tinha David Cameron como Primeiro-Ministro, decidiu sair da UE. Entretanto, devido à instabilidade gerada pelo plebiscito, Theresa May assumiu o cargo, visando negociar com a UE uma saída que não fosse desfavorável para os britânicos.

Após diversas propostas de acordo, o governo britânico apresentou, em outubro de 2019, o projeto do compromisso que foi usado para análise

de como a livre circulação de pessoas será afetada pela separação do Reino Unido da União Europeia.

O acordo, caso tivesse sido ratificado, previa que os britânicos que vivem na UE teriam até o fim do período de transição para solicitar permanência, e os nacionais europeus que vivem em território do Reino Unido teriam também teriam até o dia 31 de dezembro de 2020 para solicitar permanência dentro das delimitações do *EU Settlement Scheme*.

No caso real de “no-deal”, ou não acordo entre a UE e a UE, o Reino Unido deu a opção para os europeus residentes na Grã-Bretanha até 31 de outubro de 2019 para se candidatarem para o regime de residência britânico. Aqueles que estiverem vivendo em território britânico até a supracitada data, terão até o dia 31 de dezembro de 2020 para regularizarem a situação de acordo com as regras inglesas. Já a UE deixou bem claro que os cidadãos britânicos que vivem nos 27 Estados-Membros, serão considerados extracomunitários, ou seja, não gozaram dos direitos inerentes à livre circulação.

Foi feito durante esse trabalho uma breve análise sobre o impacto da saída do Reino Unido na UE sobre a livre circulação de pessoas até a negativa dos parlamentares britânicos da lei de transposição do acordo ofertado pelo governo inglês em 17 de outubro de 2019. A situação britânica diante a saída da UE é recente, delicada e ainda está em fase de decisão. Não foi possível analisar em sua totalidade a futura situação devido à falta de documentos oficiais disponíveis e publicados sobre o assunto. Portanto, os resultados apresentados retratam parcialmente o quadro britânico em análise, mas já deixam entrever toda a complexidade da saída de um Estado membro da UE.

REFERÊNCIAS

- AREILZA, José M. de *The History and Foundations of European Integration: a Contribution to the Debate on the Future of the Union*. Springer, 2010
- BBC NEWS. *Theresa May's Conservative conference speech: Key quotes*. 2016. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/uk-politics-37535527>>. Acesso em: 01 jun. 2019.
- DEL POZO, Carlos Francisco Molina. *Derecho de la Unión Europea*. Madrid Juruá Editorial, 2011.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Press Release Database*. 2018a. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-95-57_en.htm>. Acesso em: 01 jun. 2019.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Negociações sobre o Brexit: o que está previsto no Acordo de Saída*. 2018b. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-6422_pt.htm?locale=FR>. Acesso em: 01 jun. 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. *Preparing for the withdrawal of the United Kingdom from the European Union on 30 March 2019: Implementing the Commission's Contingency Action Plan*. 2018c. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/publications/communication-19-december-2018-preparing-withdrawal-united-kingdom-european-union-30-march-2019-implementing-commissions-contingency-action-plan_en> Acesso em: 01 jun. 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. *Migration and Home Affairs: Schengen Area*. 2019a. Disponível em: <https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen_en>. Acesso em: 01 jun. 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. *Migration and Home Affairs: Schengen Information System*. 2019b. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen-information-system>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia*. 1992. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:11957E/TXT>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. *Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. 2012. Disponível em: <<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=PT&f=ST%206655%202008%20REV%207>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. *Treaty Of Amsterdam Amending the Treaty On European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Acts*. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 1997. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-en.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

DEPARTMENT FOR EXITING THE EUROPEAN UNION. *Citizens' Rights – EU citizens in the UK and UK nationals in the EU*. 2018.

Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/790570/Policy_Paper_on_citizens_rights_in_the_event_of_a_no_deal_Brexit.pdf> Acesso em: 01 jun. 2019.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata, LEMOS JR., Eloy. O direito fundamental à livre circulação de pessoas: as transformações nos elementos do Estado advindas dos processos de integração regionais In: *O Novo Constitucionalismo Latino Americano: desafios da sustentabilidade*. 1. ed. Sao Paulo: CONPEDI, 2012, p. 348-359.

EURONEWS. *More than 750,000 EU citizens apply to stay in UK after Brexit – here's where they're from*. 2019. Disponível em: <<https://www.euronews.com/2019/05/30/more-than-750-000-eu-citizens-apply-to-stay-in-uk-after-brexit>> Acesso em: 01 jun. 2019.

HM GOVERNMENT. *The future relationship between the United Kingdom and the European Union*. 2018. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/786626/The_Future_Relationship_between_the_United_Kingdom_and_the_European_Union_120319.pdf> Acesso em: 01 jun. 2019.

HORAN, Blair. *Brexit and the free movement of people*. Dublin: Institute of International and European Affairs, 2016. Disponível em: <http://www.iiea.com/ftp/Publications/2016/IIEA_Brexit_and_Free_Movement_of_People.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2019.

LE MONDE. *Les résultats du référendum donnent le Brexit vainqueur*. 2016. Disponível em: <https://www.lemonde.fr/referendum-sur-le-brexit/article/2016/06/24/brexit-les-premieres-tendances-penchant-en-faveur-du-in_4956967_4872498.html>. Acesso em: 01 jun. 2019.

MAZZESCHI. *The right of access to the Schengen Information System (SIS) and to delete the alerts*. 2018. Disponível em: < <https://www.mazzeschi.it/2018/07/24/the-right-of-access-to-the-schengen-information-system/>> Acesso em: 01 jun. 2019.

MOROZOWSKI, Tiago Wekerlin. Livre circulação de trabalhadores na União Europeia: o papel do Tribunal de Justiça da União Europeia e o Brexit. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, v. 19, 2016, p. 352-391. Disponível em: <<http://centrodireitointernacional.com.br/wp-content/uploads/2014/05/TIAGO-WEKERLIN-MOROZOWSKI-LIVRE-CIRCULAC%CC%A7A%CC%83O-DE-TRABALHADORES-NA-UNIA%CC%83O-EUROPE%CC%8IIA.pdf>> Acesso em: 01 jun. 2019.

PARLAMENTO EUROPEU. *Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council*. 2004. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TX-T/?uri=celex%3A32004L0038>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

PARLAMENTO EUROPEU. Fact Sheets on the European Union: Free Movement of Persons. 2019. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/147/free-movement-of-persons>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

REUTERS. *PM May says wants UK courts to take into account ECJ rulings on citizens' rights*. 2016. Disponível em: <<https://www.reuters.com/article/britain-eu-may-citizens/pm-may-says-wants-uk-courts-to-take-into-account-ecj-rulings-on-citizens-rights-idUSS8N1JB00B>> Acesso em: 01 jun. 2019.

SISTEMA DE ASILO NA UNIÃO EUROPEIA: REFORMA DE UM SISTEMA QUE NÃO ACOMPANHOU O MOVIMENTO MIGRATÓRIO CONTEMPORÂNEO

Patricia Grazziotin Noschang¹

Caroline Andreis de Oliveira²

INTRODUÇÃO

O movimento migratório mundial alcançou números que jamais haviam sido vistos até o momento. A migração seja ela voluntária ou forçada passou a ser uma das principais políticas públicas a ser pensada pelos Estados que recebem os migrantes. Entre os principais locais procurados pelas pessoas que deixam os seus lares estão os países que fazem parte da União Europeia.

Assim a União Europeia (UE) que iniciou a previsão legal do sistema migratório no território dos seus Estados-Membros em 1992, timidamente, pelo Tratado de Maastricht não previa que enfrentaria tamanha demanda no século XXI.

É importante notar que na política da UE diferencia os solicitantes de asilo dos denominados por ela de “imigrantes ilegais”. Ressalta-se que para a política da UE o requerente de asilo³ se assemelha ao requerente de

¹ Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC/2015), Mestre em Direito e Relações Internacionais Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC/2010, Especialista em Direito Interacional Público, Privado e da Integração Regional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; MBA em Negócios Internacionais pela Fundação Getúlio Vargas, Docente Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF-2004) Professora do PPGDireito da Universidade de Passo Fundo (UPF). Endereço eletrônico: patriciagn@upf.br

² Mestranda em Direito na Universidade de Passo Fundo. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS. Advogada. Endereço eletrônico: caroline_a_oliveira@hotmail.com

³ O asilo é o instituto mais antigo em matéria de recepção de um Estado de um indivíduo que está sofrendo algum tipo de perseguição em outro Estado podendo ser o seu de nacionalidade ou outro que tenha residência. O termo refúgio surgiu em 1951 com a Convenção de Genebra

refúgio previsto na Convenção de Genebra de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados. A palavra refúgio praticamente não aparece nos textos oficiais da UE. Assim o requerente de asilo na UE é aquele que está sofrendo um fundado temor de perseguição por motivo de raça, religião, nacionalidade, opinião política ou participação em grupos sociais, e que não possa (ou não queira) voltar para casa. Atualmente concepções mais amplas também entendem que refugiado também são aquelas pessoas obrigadas a deixar o seu país devido a conflitos armados, violência generalizada e grades violações em massa de direitos humanos.

De outra forma, existe uma outra política para os imigrantes que buscam a UE como um novo recomeço de vida, objetivando melhores condições econômicas e sociais para sua família. E, para estas pessoas a política de entrada na UE difere da política de asilo.

Assim este trabalho busca apresentar, utilizando o método de abordagem dedutivo e de procedimento e bibliográfico documental, primeiramente a migração em números e seus efeitos na União Europeia, para ao fim demonstrar que a política migratória referente ao asilo entrou em colapso na UE juntamente com a crise migratória do Século XX.

1. A MIGRAÇÃO EM NÚMEROS, SUAS CAUSAS E EFEITOS NA UNIÃO EUROPEIA

Apesar de não se tratar de um fenômeno novo ou recente, o mundo vive hoje o maior movimento migratório já visto, ultrapassando o que se deu no pós segunda guerra mundial, representado tanto por migrações internas, quanto externas.

Chamada de “megatendência do século XXI”, estimava-se que em 2018 um bilhão de pessoas estava migrando, dentre as quais 258 milhões migraram externamente, ou seja, para outro país que não o seu de origem, e 760 milhões internamente, em seu próprio país. Dentre os migrantes externos, 124.8 milhões eram mulheres, 36.1 milhões crianças, 25.4 milhões eram refugiados, 4.8 milhões migraram para estudar e 150.3 milhões migraram a trabalho. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES, 2018).

relativa aos sobreviventes da II Guerra Mundial. Alguns países (os da América Latina e do Norte) diferenciam o asilo do refugio, buscando inclusive novas categorias para o asilo como: asilo diplomático, asilo territorial e asilo militar. Não é o caso da UE e neste sentido este trabalho utilizará asilo para as solicitações de migrantes forçados a deixar seus países, como constam nos documentos oficiais da UE.

Ainda, os dados apontam que em 2017, 78 milhões de imigrantes internacionais, considerando o total mundial, se deslocaram para a Europa. Isso significa que 2/3 dos imigrantes do mundo todo viviam naquele ano, ou na Europa ou na Ásia (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES, 2018).

Fácil perceber que a União Europeia representa um dos principais destinos dos migrantes internacionais, por inúmeras razões, dentre as quais, a situação geográfica e o nível de desenvolvimento dos países membros. Ocorre que nem todos lá estão por mera liberalidade, eis que se faz importante ressaltar a diferença entre migração voluntária e forçada.

A noção clássica de imigrante é aquela do indivíduo que deixa o país de onde é nacional e se locomove até outro país onde pretende encontrar situação de vida melhor, seja por motivo financeiro, seja por outra motivação de cunho pessoal (TEDESCO, 2015, p. 28), mas em qualquer caso, em razão de sua vontade íntima de mudar, no seu direito de ir e vir. Há claramente um desejo de migrar de onde se está para onde se quer estar.

Neste sentido, o caráter volitivo está presente no migrante voluntário, que escolhe mudar de território. Ao passo que o mesmo não ocorre com o migrante forçado, que, como já diz o nome, vive situação que o obriga a migrar.

Julia Bertino Moreira e José Blanes Sala definem essa mesma diferenciação mencionando desejo e violência como os balizadores da mudança para cada tipo de migrante, mas, vão além, criticam essa divisão, eis que entendem que mesmo o migrante forçado pode ter essa aspiração de vida melhor na nova localidade e o migrante voluntário pode ter seus direitos violados, ainda que tenha optado pela mudança. (2018, p. 15-16).

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) diferencia refugiados de migrantes forçados, e especifica que estes não são objeto de conceituação mundialmente aceita, enquanto aqueles estão devidamente denominados e protegidos pelo direito internacional, com o *status* de refugiados. Ainda, recomenda que não se use as nomenclaturas como sinônimas. (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS, 2019).

Quanto ao refugiado, cumpre ressaltar que foi na Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados⁴, mais conhecida como

4 Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e tendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões po-

Convenção de Genebra, em 1951, onde restou definido quem é o refugiado e também alguns direitos a ele elencados.

Identificado está que o migrante voluntário opta por sair do país em que é nacional para se deslocar a outro, por motivo interno (pessoal), enquanto o migrante forçado tem uma razão externa que o impele a sair de onde pretendia permanecer. Ainda, todo refugiado é obrigatoriamente um migrante forçado, porém, nem todo migrante forçado é um refugiado, eis que o conceito de refugiado é específico para os que se enquadram nele, em especial quanto ao temor de perseguição, não abrangendo, a título exemplificativo, o migrante ambiental.

As migrações compulsórias podem se dar por diversos motivos, dentre os quais, guerras, desastres naturais, fome e miséria, temor de perseguição, sobrevivência, entre outros. Já as migrações espontâneas se dão por escassez de emprego, deslocamento para estudo, facilidade proporcionada por meios de transporte mais baratos/rápidos, revolução digital, globalização, etc. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES, 2018).

Como já dito, não se trata de um fato novo, mas chama a atenção que hoje as migrações ocorram de forma absolutamente intensa, e esse salto no número de pessoas batendo na porta da Europa se dá também “[...] pelo número crescente de Estados “afundando”, ou já submersos, ou – para todos os fins e propósitos – de territórios sem Estado, e, portanto também sem leis, palcos de intermináveis guerras tribais e sectárias, assassinatos em massa e de um banditismo permanente [...]”. (BAUMAN, 2017, p.11).

Para aqueles que migram compulsoriamente, as guerras, a miséria e os desastres naturais têm se mostrado fundamentalmente motivadores. Os movimentos migratórios são parte relevante de como os povos evoluíram ao que são hoje, bem como são espécie de causa e consequência para os deslocamentos:

Os deslocamentos humanos, forçados ou não, podem nos dar pistas substanciais de como a humanidade traçou seus caminhos até os dias de hoje. Os contornos do mundo, de suas narrativas, institucionalidades, violências, foram e continuam sendo forjados pelas possibilidades da movimentação humana, pelos limites impostos a sua mobilidade e pelo controle social (sobretudo a partir da modernidade) de sua contingência.

líticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. (ACNUR, 2019)

Os grandes processos de mobilidade humana estão ligados a questões políticas, étnicas, religiosas, guerras, catástrofes ambientais, fome, etc., que provocam ao longo da História uma reconfiguração permanente da geografia do poder e da vida em todas as suas formas de representação. (JULIOS-CAMPUZANO; SANTOS; LUCAS, 2016, p. 93).

Percebe-se nitidamente que hoje o assunto é tratado como se novidade fosse, mas os deslocamentos e até mesmo as razões para que ocorram, com algumas alterações, vêm ocorrendo há muito tempo.

Acerca da entrada e permanência dos imigrantes da União Europeia, insta lembrar que cada país membro tem soberania para definir quem adentra e permanece em seu território, conforme seus próprios interesses, especialmente quando se trata do imigrante voluntário. Há uma classificação tradicional do direito internacional que subdivide a soberania em interna e externa. A supremacia interna é “[...] o direito de dar ordens a todos os indivíduos que compõe a nação e aos que residem no território nacional”. Enquanto a externa, se traduz na “[...] independência perante os outros Estados, ou o direito de representar a nação nas suas relações com as outras nações, sem se sujeitar a nenhuma delas”. (REIS, 1999, p.287).

A saber, internamente o país determina as regras e leis aos quais todos se submeterão, bem como, a quem pode entrar, permanecer ou deve sair do território nacional. Externamente, a nação é independente das demais, e não possui hierarquia para com qualquer delas. A política migratória é, então, definida por cada nação, conforme seus requisitos. Deveria ter como preceito básico o respeito aos direitos humanos, mas essa não tem sido a realidade da maioria dos Estados que compõe a União Europeia.

Bauman afirma que a chamada crise atual – e pontua o termo crise como uma forma de despersonalizar o problema de algum responsável – é sobretudo uma crise de soberania territorial. As migrações se dão de forma global, mas as suas consequências, efeitos e o modo como são absorvidas as alterações provenientes desses fluxos, se dão de modo local. O sociólogo chega a dizer que “cada unidade territorial formalmente soberana pode hoje servir como depósito de lixo para problemas originados muito além do alcance de seus instrumentos de controle político [...]”. (2016, p. 33-34).

Essa aparente tentativa de manutenção da soberania de cada nação acaba por dificultar uma política migratória eficiente aplicável por todos. Há uma tendência individual de não se curvar nem mesmo a recomendações de órgãos internacionais, pois provenientes de fora do contexto

interno de tomada de decisões. Até mesmo no auxílio dos países, que por motivos geográficos recebam maior número de imigrantes, essa conjuntura comum a todos facilitaria a distribuição e organização de cada um deles.

No que tange aos refugiados, a utilização da soberania não deveria ser aplicada do modo clássico, tendo em vista os tratados internacionais, mas os países europeus o tem feito e os números são alarmantes. Em 2015 e 2016 mais de 2,5 milhões de pessoas requisitaram asilo para a União Europeia. No mesmo período, aproximadamente 9.000 pessoas morreram no mar Mediterrâneo tentando alcançar solo europeu. A Agência Frontex, responsável por vigiar as fronteiras locais, detectou 2,3 milhões de travessias ilegais nos anos mencionados. Já em 2017, o número de entrada ilegal reduziu para 207.700, isso porque, neste mesmo ano, o impedimento para cruzar as fronteiras da UE aumentou, e 439.505 mil pessoas foram impedidas de fazê-lo. Em 2018, 471,155 mil pessoas foram impedidas de entrar na UE. Até a metade do presente ano estima-se que quase 30.000 pessoas chegaram na Europa pelo mar, e em torno de 600 morreram afogadas. (UNIÃO EUROPEIA. PARLAMENTO EUROPEU, 2019).

Pode-se entender que o número de pessoas entrando ilegalmente na Europa (e migrando de forma geral) tem diminuído e que isso seria benéfico, mas o que se vê na realidade, é um aumento severo nos empecilhos para cruzamento de fronteiras, causador inclusive de inúmeras mortes e abusos de direitos mínimos de dignidade destas pessoas, como causa dessa redução.

A forma como essas pessoas têm sido tratadas é assustadora. Em nome da defesa do território nacional, as pessoas são objetificadas, e nas palavras de Bauman, há uma espécie de “desumanização dos imigrantes” (2017, p. 84) e a definição do futuro dessas pessoas é feita com base em interesses mormente econômicos, em detrimento de suas vidas. Dessa forma, quando se exclui o migrante da categoria de ser humano, retira-se a questão da esfera de direitos humanos e passa-se ao tratamento de segurança nacional, criminalizando o ato de migrar, causando esse estado de alerta e pânico geral na sociedade.

Fato é que ainda que muros sejam erguidos, fronteiras sejam fechadas, as migrações não vão se encerrar, seja por falta de estímulo, seja pela quantidade de razões que as movem. Para a dita crise humanitária, que se vive hodiernamente, só há uma saída viável, a solidariedade humana. (BAUMAN, 2017, p. 10-24) Entender de uma vez por todas que a tentativa de isolamento de nações e de indiferença para com essas pessoas, além de

ferir direitos humanos, é apenas uma maneira ineficiente de postergar a necessidade de lidar com esse fenômeno que prosseguirá ocorrendo.

O ACNUR afirma seu interesse em cooperar com os Estados nessa busca por soluções adequadas referentes ao asilo de refugiados. Há uma necessária conexão entre refúgio, asilo e paz, que não foi encontrada ainda na prática. (PITA, 2016, p. 16).

Muito se fala sobre a forma como a União Europeia absorve os imigrantes, acerca do tratamento dado a eles, o impacto negativo que podem causar nas localidades, e os ônus que recaem em cada país receptor. Contudo, quase nada se fala sobre os benefícios e desenvolvimento ocasionados pelo fluxo dos imigrantes na Europa.

Uma importante pesquisa mostrou o que ocorreria se não houvesse mais imigração para o território europeu nos próximos vinte anos:

A União perderia 33 milhões de pessoas em idade ativa (-11%). — O índice de dependência de idosos da UE (relação entre o número de pessoas com mais de 65 anos de idade e a população em idade ativa) aumentaria de 28% para 44%. — A parte dos trabalhadores jovens (entre os 20 e os 30 anos) na mão-de-obra da União diminuiria em 25%, ao passo que a da faixa etária entre os 60 e os 70 anos aumentaria em 29%. (COMPREENDER AS POLÍTICAS DA UNIÃO EUROPÉIA, 2014, p. 3).

Há um impacto direto sobre a sociedade como um todo, em especial na economia europeia, tanto na quantidade de pessoas em idade ativa para o trabalho, como no envelhecimento da população e sobrecarga previdenciária, bem como na oferta de mão-de-obra.

No mesmo sentido, a maior parte das evidências provenientes de países que recebem imigrantes em grande número, tais como França, Alemanha, Estados Unidos e Argentina, demonstrou que não houve uma competição entre os nativos e os imigrantes no mercado de trabalho, resultando naquela já conhecida ideia de que acabam por fazer o trabalho que os locais não querem. Tampouco se mostraram uma sobrecarga ao sistema de serviço social, sendo, na verdade, o contrário, “[...] o seu aporte em geral, é superior ao uso que fazem dos serviços públicos”. (JULIOS-CAMPUZANO; SANTOS; LUCAS, 2016, p. 84).

Os imigrantes aquecem a economia local, aumentam a oferta de mão de obra, realizam atividades rejeitadas pelos nativos, produzem bens e serviços e não oferecem esse mito do risco à cultura e ou à economia local,

fazendo exatamente o contrário, beneficiando-as.

Bauman cita Christopher Catrambone, membro da Estação Oceânica de Ajuda a Migrantes, que em sua fala, realizada em 2017, anuncia a chegada de pelo menos três milhões de refugiados na União Europeia, e que esse fato traria, primeiramente, enorme estímulo à economia. De forma não menos importante, cita que ditas pessoas não devem ser impedidas de adentrar solo europeu, pois assim como eles, os estrangeiros também desejam algo melhor. E quem assim aspira faz o seu melhor. Finalizou afirmando que quer queiram os europeus, quer não queiram, essas pessoas também são o futuro da Europa. (2017, p. 39-40).

A mobilidade contemporânea trouxe “[...] além do dinamismo das migrações internacionais, a ilegalidade, o tráfico de pessoas, a xenofobia e a usurpação dos direitos do migrante. Para o enfrentamento destes problemas as ações não podem ser unilaterais, é necessário esforço conjunto de diálogo e cooperação [...]” (JULIOS-CAMPUZANO; SANTOS; LUCAS, 2016, p. 87). Não se nega a soberania de cada Estado, mas há de se reconhecer a complexidade dos fatos de cunho global, para que as soluções buscadas tenham a abrangência necessária. Não há mais como propor resoluções pontuais aquém das fronteiras para resolver situações que vão muito além delas.

Solução nenhuma dará conta da aclamada crise se antes não se passar a interpretar esse processo migratório crescente como algo natural da transformação mundial. (JULIOS-CAMPUZANO; SANTOS; LUCAS, 2016, p. 87).

Ao apresentar esses números percebe-se que a legislação da UE não avançou na mesma velocidade que o fluxo de migrantes que se deslocou para o continente europeu e que busca ingressar nos seus Estado-Membros. Para entender por que a legislação da UE não está conseguindo alcançar a demanda de migrantes atualmente busca-se apresentar no próximo tópico a política migratória da União Europeia e suas dificuldades de adequação.

2. O SISTEMA DE ASILO DA UNIÃO EUROPEIA: REVISÃO URGENTE PARA OS DESAFIOS DESTES SÉCULO

O dever da União Europeia (UE) em receber pessoas que solicitam asilo está determinado, em âmbito regional na Carta dos Direitos

Fundamentais formalmente adotada em 2000, no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia de 2009, também pela Convenção de Genebra de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados e seu Protocolo Adicional e a Convenção Europeia de Direitos do Homem adotada pelo Conselho da Europa.

A Carta de Direitos Fundamentais da UE prevê no seu artigo 18 o direito de asilo de acordo com a Convenção de Genebra de 1951, com o Tratado da União Europeia e com o Tratado sobre o Funcionamento da UE. Neste sentido a UE utiliza o termo asilo para incluir tanto os requerentes de asilo quanto os que estão denominados na Convenção de Genebra de 1951 denominados de refugiados.

Assim, cabe ressaltar que a UE tem políticas diferenciadas para asilo e imigração. Na política de asilo está contida todas as pessoas que preencham os requisitos previstos na Convenção de Genebra de 1951, ou seja que tenham um fundado temor de perseguição e estão amparadas pelo princípio da não devolução. Já a política de imigração trata de todos os estrangeiros que tem interesse em ingressar na UE em condições regulares ou não.

A política de cooperação intergovernamental em matéria de asilo passou a fazer parte do quadro institucional da UE, em 1993, com o Tratado de Maastricht. Coube ao Conselho em conjunto com a Comissão informar o Parlamento sobre suas iniciativas em matéria de asilo. Nesta fase o Tribunal Europeu ainda não era competente para analisar as questões sobre o tema

A preocupação com uma política mais eficaz sobre asilo nos Estados-Membros da UE inicia logo após a entrada em vigor do Tratado de Amsterdam em 1999. O Conselho Europeu, adotou em outubro de 1999, o Programa de Tampere que determinava a aplicação de um sistema europeu comum com duas fases: “[...] a adoção de normas mínimas comuns, a curto prazo, deveria conduzir a um processo comum e a um estatuto uniforme para aqueles a quem é concedido asilo válido a longo prazo em toda a União.” (PARLAMENTO EUROPEU, 2019)

Assim se deu o início da primeira fase do Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA) que durou de 1999-2004. Esse sistema estabeleceu os critérios e mecanismos para determinar qual o Estado-Membro da UE é responsável pela análise dos pedidos de asilo, e assim buscou efetivar a Convenção Internacional de Dublin de 1990 e criou a base de

dados “Eurodac”⁵ para armazenar e comparar os dados dactiloscópicos. (UNIÃO EUROPEIA. PARLAMENTO EUROPEU, 2019)

Em 2003, Regulamento (CE) n.o 343/2003 do Conselho estabeleceu os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise e um pedido de asilo apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro. Este regulamento, conhecido também como Dublin II, determina qual Estado-Membro é responsável em analisar o requerimento de asilo e como deverá ser processado. Entende-se como nacional de terceiro país aquele indivíduo que possui uma nacionalidade de um país que não é membro da UE. O regulamento está vinculado a definições da Convenção de Genebra de 1951.

No Tratado sobre o Funcionamento da UE de 2009, o artigo 2 prevê que será garantido aos seus cidadãos um espaço seguro, mas de liberdade de circulação de pessoas, contudo com medidas adequada para controlar as fronteiras e relativas ao asilo e imigração. A política para Asilo e Imigração está prevista nos artigos 62 e 63 do tratado. É reconhecido pelo documento o princípio da não devolução previsto na Convenção de Genebra de 1951 relativa aos refugiados. No entanto, o artigo 63 A⁶ prevê o combate a imigração ilegal. Entende-se que o imigrante, neste caso o voluntário, não é ilegal, mas pode estar com seus documentos irregulares por não atender critérios exigidos pela UE referentes a sua documentação. Neste sentido, este dispositivo utiliza a criminalização da imigração, na contramão das regras de direitos humanos que garantem o direito de migrar. (UNIÃO EUROPEIA, Tratado sobre o Funcionamento da UE, 2019)

As políticas da União bem como a sua execução referentes ao asilo e imigração “[...]” serão regidas pelo princípio da solidariedade e da partilha

5 O sistema «Eurodac», entrou em funcionamento a 15 de janeiro de 2003, é composto por uma Unidade Central gerida pela Agência Europeia para a Gestão Operacional dos Sistemas Informáticos de Grande Escala no domínio da Liberdade, da Segurança e da Justiça (eu-LISA), por uma base de dados centralizada contendo impressões digitais e por meios eletrónicos de transmissão entre os Estados-Membros e a base de dados central. Este sistema permite aos Estados-Membros identificarem os requerentes de asilo, bem como as pessoas que foram detidas por terem transposto ilegalmente a fronteira externa da União. Através da comparação de impressões digitais, os Estados-Membros podem verificar se um requerente de asilo ou um estrangeiro que se encontre ilegalmente no seu território já formulou um pedido noutro Estado-Membro (de forma a resolver o problema dos pedidos de asilo múltiplos), ou se esse requerente de asilo já entrou ilegalmente no território da União. (UNIÃO EUROPEIA. Publicações.2019).

6 Artigo 63.o -A 1. A União desenvolve uma política comum de imigração destinada a garantir, em todas as fases, uma gestão eficaz dos fluxos migratórios, um tratamento equitativo dos nacionais de países terceiros que residam legalmente nos Estados-Membros, bem como a prevenção da imigração ilegal e do tráfico de seres humanos e o reforço do combate a estes fenómenos. (UNIÃO EUROPEIA, Tratado sobre o Funcionamento da UE, 2019)

equitativa de responsabilidades entre os Estados-Membros, inclusive no plano financeiro.”⁷. (UNIÃO EUROPEIA, Tratado sobre o Funcionamento da UE, 2019). Percebe-se que a solidariedade está em conjunto com a responsabilidade dos Estados-Membros em dividirem os custos de acolhida de imigrantes na UE.

O dispositivo demonstra a essência econômica da concepção da UE, pois para acolher imigrantes é necessário promover políticas econômicas e sociais que alcancem o bem estar de todos (cidadãos europeus e não europeus) nos Estados-membros.

Em 2013 entra em vigor o Regulamento UE n.604/2013 (Dublim III) que substituiu o Regulamento (CE) 343/2003 (Dublim II). O regulamento continuou a determinar qual o país da UE é responsável pela análise de um pedido de asilo, mas também tem outras medidas como: conceder aos requerentes uma melhor proteção até que o seu estatuto esteja estabelecido, criar um novo sistema de detecção precoce de problemas nos sistemas nacionais de asilo ou acolhimento, e, de identificação das suas causas de origem antes que evoluam para crises a grande escala. (UNIÃO EUROPEIA, Regulamento UE n.604/2013).

Para somar ao Regulamento de Dublin III mais duas diretivas entraram em vigor: a Diretiva que estabelece normas em matéria de acolhimento e a Diretiva relativa ao estatuto de proteção nacional. A primeira determina as condições e procedimentos para requer acolhida nos países da UE. Já a segunda determina as formas que o indivíduo pode perder a condição de asilado considerando o asilo de acordo com a Convenção de Genebra de 1951.

Também em 2013 entra em funcionamento o Sistema Europeu de Vigilância de Fronteiras (Eurosur) com o objetivo de conter a criminalidade transfronteiras, a migração irregular e a perda de migrantes no mar. (UNIÃO EUROPEIA. Comissão, 2019)

Pode-se afirmar que a maioria da reestruturação da política de asilo na UE foi estabelecida em 2013, porém algumas normas demoraram para ser implementadas e em decorrência do salto migratório em 2015 a UE não conseguiu enfrentar a demanda da migração. Este fato perdura até os dias atuais.

7 Artigo 63.o -B As políticas da União referidas no presente capítulo e a sua execução são regidas pelo princípio da solidariedade e da partilha equitativa de responsabilidades entre os Estados-Membros, inclusive no plano financeiro. Sempre que necessário, os actos da União adoptados por força do presente capítulo conterão medidas adequadas para a aplicação desse princípio. (UNIÃO EUROPEIA, Tratado sobre o Funcionamento da UE, 2019)

Desde 2015 a União Europeia, trabalha para entrar num consenso buscando elaborar uma política migratória comum para seus Estados-Membros para que seja eficiente e considere as questões humanitárias. No mesmo ano, a Comissão propôs uma Agenda para Migração baseada em quatro pilares: 1. reduzir incentivos para imigração irregular⁸; 2. Gestão de fronteiras – salvar vidas e proteger as fronteiras externas⁹; 3. No dever da Europa de proteger: política de asilo forte e comum¹⁰ e, 4. Nova política para migração legal¹¹. Além das propostas, a Comissão também aprovou 23 programas de financiamento ao abrigo do Fundo para o Asilo, a Migração e a Integração (FAMI) e do Fundo para a Segurança Interna (FSI). O financiamento total é de cerca de 2400 milhões de euros, que ajudarão países da UE, como a Grécia e a Itália, a fazer face a grandes fluxos migratórios. (UNIÃO EUROPEIA, Comissão, COM(2015) 240final, 2019)

Em 2016 e 2018, face a crise migratória global, os Estados-membros a Organização das Nações Unidas adotam três importantes documentos com o objetivo de proteger e organizar uma migração de forma segura. O primeiro documento foi a Declaração de Nova Iorque para Refugiados e Migrantes para proteger os que foram forçados a fugir bem como apoiar os países que deram abrigo. Posteriormente dois Pactos globais foram adotados em 2018: Pacto Global sobre Refugiados e um Pacto Global para Migração Segura e Ordenada. (ONU, 2019)

8 Abordar as causas profundas através da cooperação para o desenvolvimento e assistência; Fazer da migração uma questão central para as delegações da UE; Um plano de ação sobre contrabando em maio de 2015; Adoção de um Manual de Devolução e monitoramento da implementação da Diretiva do Retorno; Reforço e alteração da base jurídica da Frontex para reforçar o seu papel no Retorno. (UNIÃO EUROPEIA, Comissão, COM(2015) 240final, 2019)

9 Reforçar o papel e a capacidade da Frontex; Padrão da União para gestão de fronteira; Reforçar a coordenação da UE das funções de guarda costeira; Uma proposta revista sobre as fronteiras inteligentes; Reforçar a capacidade dos países terceiros para gerir as suas fronteiras. (UNIÃO EUROPEIA, Comissão, COM(2015) 240final, 2019)

10 Estabelecimento de um novo sistema de acompanhamento e avaliação para a Comunidade Europeia Comum Sistema de Asilo e orientações para melhorar as normas em matéria de condições de acolhimento e asilo procedimentos. • Orientações para combater os abusos do sistema de asilo. • Reforçar as disposições relativas ao país de origem seguro da Diretiva Procedimento de Asilo apoiar o rápido tratamento dos requerentes de asilo dos países designados como • Medidas para promover a identificação sistemática e a impressão digital. • Mais identificadores biométricos passaram pelo Eurodac. • Avaliação e possível revisão do Regulamento de Dublin em 2016. (UNIÃO EUROPEIA, Comissão, COM(2015) 240final, 2019)

11 A UE enfrenta também uma série de desafios econômicos e demográficos a longo prazo. Está a população envelhecendo enquanto sua economia está cada vez mais dependente de empregos altamente qualificados. Além disso, sem migração a população em idade ativa da UE diminuirá em 17,5 milhões na próxima década (UNIÃO EUROPEIA, Comissão, COM(2015) 240final, 2019)

O Parlamento Europeu, também apresenta sugestões, em 2017, para elaboração de um novo Regulamento de Dublin, enfrentando principalmente a questão de que a responsabilidade em processar o pedido de asilo deva ser o país de chegada. Esta questão vem sendo debatida desde o primeiro regulamento de Dublin. Entende-se que o Regulamento em vigor prevê que o país de requerimento deve ser o de chegada faz com que haja um país responsável pelo processamento do pedido com que não ocorra um “*asylum shopping*” em busca do melhor lugar para processar o pedido. Por outro lado os países de chegada são praticamente os que estão nas “bordas” da UE e fazem fronteira ou com o Mar Mediterrâneo que é o caso da Ilha de Lampedusa, na Itália e a Grécia principal porta de entrada dos refugiados que vem da Síria, passando pela Turquia.

Outra sugestão está na divisão igualitária entre os Estados-Membros dos requerentes de asilo. Segundo a proposta os requerentes de asilo sem ligações familiares (genuínas) com algum Estado-Membro da UE seriam partilhados entre todos os países da UE, e os que se negassem a receber-los podem perder acesso a determinados fundos europeus. (UNIÃO EUROPEIA, PARLAMENTO EUROPEU, Regras do Asilo na UE 2019). Esta seria uma solução interessante quando todos Estados do bloco assumirem responsabilidade em recepcionar os requerentes de asilo, sob pena de sofrerem perdas econômicas. Principalmente porque as políticas da UE são normalmente políticas comuns a todos os seus Estados-Membros porque deveria ser diferenciada quando se trata de asilo? Ao retirar a responsabilidade dos países que estão “nas bordas” do bloco se tem uma política de recepção comum a todos os Estados e assim também se dividem as formas de recepcionar e é possível uma acolhida adequada com base no princípio da dignidade humana.

Em 2019 a Comissão em conjunto com o Parlamento e Conselho trabalharam para implementar um total de sete modificações na política de asilo da UE, reconhecendo que o sistema de asilo europeu atual não é eficiente para resolver a demanda de requerentes de asilo na UE. Entre as sete medidas está a criação de uma Agência de Asilo para dar apoio rápido e pleno aos Estados-Membros, com cerca de 500 funcionários. Seriam tarefas para a Agência: Identificação e registro de solicitantes de asilo, a admissibilidade e entrevistas, a preparação das decisões administrativas sobre as solicitações de asilo (as Administrações nacionais seguiriam tomando todas as decisões), e o apoio as instâncias de recurso independentes. (UNIÃO EUROPEIA, Serviço de das Publicações da UE, 2019)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desmistificar esse medo e desconfiança do nacional em relação ao migrante ultrapassou a questão moral, e é, hoje, parte da solução do que chamam de crise migratória. É iminente a necessidade de compreensão da naturalidade do migrar pela sociedade em geral, como meio de garantir o respeito aos direitos básicos que estão sendo rotineiramente ceifados de humanos tão humanos quanto os europeus. É preciso que se dê amplo conhecimento a dados e estudos que comprovam justamente o contrário do que se teme.

A União Europeia se tornou o sonho de segurança e o único lugar de possível sobrevivência para muitas famílias que migram de maneira voluntária ou forçada. Contudo, enquanto chegar com vida no território europeu se tornou um desafio e uma vitória para quem alcança, por outro lado permanecer naquele bloco passou a ser um novo desafio. Os solicitantes de asilo ficam aguardando em campos, com tendas improvisadas em condições que ferem a dignidade da pessoa humana. Há muitos relatos de pessoas adoecendo psicologicamente enquanto aguardam uma decisão do país que ingressaram, pois não é possível exercer nenhum tipo de ocupação ou atividade remunerada enquanto a solicitação de asilo não é analisada.

Fato incontestável é que a União Europeia precisa urgente rever sua política de asilo e tomar atitudes de inclusão e de respeito a dignidade das pessoas que solicitam asilo. Afinal como demonstrado anteriormente a UE precisa dos imigrantes e principalmente os jovens para continuar seu progresso econômico.

REFERÊNCIAS

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **REFUGIADOS E MIGRANTES: perguntas frequentes**. ACNUR, 2016. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2016/03/22/refugiados-e-migrantes-perguntas-frequentes/>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Tradução de Renato de Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de.; SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar. **Direitos humanos, imigração e diversidade**: dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea. Ijuí: Ed. Unijuí, 2016, p. 92.

MOREIRA, Julia Bertino; SALA, José Blanes. **Migrantes forçados**: conceitos e contextos. Organização de Liliana Lyra Jubilut, Fernanda de Magalhães Dias Frinhani, Rachel de Oliveira Lopes. Boa Vista, RR : Editora da UFRR, 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **Agência da ONU para as Migrações: breve introdução, migrantes internacionais**. OMI, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/artigo-14-direito-a-asilo/>>. Acesso em 22 out. 2019.

PITA, Agni Castro. **Refúgio e hospitalidade**. Organização de José Antonio Peres Gediel e Gabriel Gualano de Godoy. Curitiba: Kairós Edições, 2016.

REIS, Marcio Monteiro. **Anuário: direito e globalização, 1: a soberania**. Coord. Celso de Albuquerque de Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 287.

TEDESCO, João Carlos. **Senegaleses no centro-norte do Rio Grande do Sul**: imigração laboral e dinâmica social. Porto Alegre: Letra&Vida, 2015.

UNIAO EUROPEIA. **Comissão Europeia. COMPREENDER AS POLÍTICAS DA UNIÃO EUROPEIA: MIGRAÇÃO E ASILO**. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2014. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/file/690/download_pt?token=jrlnk7VQ>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Comissão Europeia. Disponível em: <https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/border-crossing/eurosur_en>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Comissão Europeia. **COM(2015) 240 final**. 2019. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2015:0240:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. PARLAMENTO EUROPEU. **ASILO E MIGRAÇÃO NA UE EM NÚMEROS**. 2019. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20170629STO78630/a-crise-de-migracao-na-ue-em-numeros>>. Acesso em: 23 out. 2019.

_____. PARLAMENTO EUROPEU. **Política de Asilo**. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/151/politica-de-asilo>>. Acesso em 20 de out. 2019.

_____. PARLAMENTO EUROPEU. **Regras do Asilo na UE**. Disponível em: <<https://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: 25 out. 2019.

_____. **Publicações.2019**. Disponível em: http://publications.europa.eu/resource/cellar/f9c0b32d-de1d-469e-b803-23c32e95d7e0.0020.02/DOC_3. Acesso em: 20 out. 2019.

_____. **Regulamento UE n.604/2013**. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:180:0031:0059:PT:PDF>>. Acesso em 22 out. 2019.

_____. **Serviço de das Publicações da UE**. Disponível em: <<https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/d1540d4f-072d-11e9-81b4-01aa75ed71a1/language-pt/format-PDF/source-search>>. Acesso em: 22 out. 2019

A NACIONALIDADE E A BINACIONALIDADE DA SOCIEDADE EMPRESARIAL NO DIREITO BRASILEIRO

Frederico Eduardo Zenedin Glitz¹

INTRODUÇÃO

Um dos temas mais tradicionais do Direito Internacional é o reconhecimento e vinculação dados, pelo Estado, ao particular. Este tratamento, percebido na atribuição de nacionalidade, reflete a forma como o Estado tenta submeter a atividade privada a um determinado Ordenamento jurídico estatal.

O Direito internacional tradicional reproduzia, nesta resposta, a compreensão de que cada sujeito privado não poderia, ao mesmo tempo, estar atrelado a mais de um Estado. Esta, aliás, é uma construção muito antiga no Direito Internacional: a oposição entre o nacional e o estrangeiro. A nacionalidade seria, então, critério tão seguro que poderia definir o estatuto pessoal² no Direito internacional privado³.

A realidade, no entanto, demonstrou-se mais complexa: a migração como fenômeno de massa e a particularidade dos processos de integração

¹ Advogado. Doutor em Direito. Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNO-CHAPECÓ. Professor da Graduação em Direito e Coordenador Geral da Pós-Graduação *Lato Sensu* do UNICURITIBA. Autor de livros e artigos especializados, publicados no Brasil e no exterior. Componente da lista de árbitros da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná (CAMFIEP) e da Câmara de Mediação e Arbitragem do Brasil (CAME-DIARB). frederico@fredericoglitz.adv.br

² O estatuto pessoal “engloba o estado da pessoa e sua capacidade. (...) Isto abrange todos os acontecimentos juridicamente relevantes que marcam a vida de uma pessoa, começando pelo nascimento e aquisição da personalidade, questões atinentes à filiação, legítima ou ilegítima, ao nome, ao relacionamento com os pais, ao pátrio poder, ao casamento, aos deveres conjugais, à separação, ao divórcio e à morte. (...) Os principais critérios para a disciplina jurídica do estatuto pessoal são o da nacionalidade e o do domicílio da pessoa.” (DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional privado: parte geral*, 7. Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 299-300).

³ Sobre seu percurso histórico, inclusive a adoção da nacionalidade como elemento de conexão para definição do Direito aplicável a dado caso (e sua adoção pelo Projeto de Código Civil brasileiro de 1899), vide: VALLADÃO, Haroldo. Lei reguladora do Estatuto pessoal. *Revista da Faculdade de Direito UFPR. Curitiba*, 1954, v.2, n.0, p. 19-43.

regional⁴ acabaram gerando situações inusitadas: a pluralidade de nacionalidades e a crise da própria nacionalidade.

O próprio sistema estatal, montado e concebido para diferenciar o alienígena, permitia, em seu âmago, a criação desta aparente antinomia. Isto porque, quando aplicados à pessoa, os critérios de atribuição de sua nacionalidade poderiam admitir que lhe fossem reconhecidas mais de uma nacionalidade. Tal situação seria especialmente verdadeira nos países que receberam muitos imigrantes que não só poderiam conservar sua nacionalidade originária (e a transmitir a seus descendentes via critérios genéticos) como poderiam, para sua prole, receber o tratamento de nacional. Bastaria, então, que uma pessoa fosse filho de imigrantes (cujos sistemas lhe atribuísem nacionalidade pelo “sangue”), mas nascida em país que lhe atribua nacionalidade com base territorial⁵. Os séculos XX e XXI são, como se sabe, característicos de imigrações em massa, seja por razões econômicas, bélicas, religiosas, étnicas e ambientais.

O mesmo período histórico, apenas para nos mantermos na última onda globalizante⁶, é caracteristicamente marcado pela maior movimentação, global, de investimentos privados. Tais investimentos foram, em parte, liberados/amplificados pelos sucessivos desdobramentos da Revolução industrial e do imperialismo colonial, mas também, em parte, incentivados pelo desenvolvimento de um Direito internacional do investimento internacional que lhe asseguraria confiabilidade.

A primeira consequência desta mobilidade de recursos foi a maior capacidade de organizações privadas agirem de forma a terem seus interesses atendidos pelos diferentes países receptores de investimentos. Fala-se, então, de a “empresa”⁷ como ator no cenário global. Este reconhecimento

4 Sobre a perda de importância da nacionalidade como elemento de conexão, especialmente em razão do processo de integração regional, ver MOURA, Aline Beltrame de O direito internacional privado entre a nacionalidade de Mancini e a cidadania da União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012, p.1058-1084.

5 Este é, por exemplo, o caso do Brasil que consagra a possibilidade de multinacionalidades, originárias, no art. 12, §4º, II, “a” da Constituição da República (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm, acesso em 28/08/2019).

6 A expressão “onda global” é utilizada por Odete Maria de Oliveira para explicar, historicamente, o fenômeno de globalização “mediante processos globais com efeitos de avanços e retrocessos” (OLIVEIRA, Odete Maria de. Teorias Globais: elementos e estruturas. Ijuí: Unijuí, 2005. Vol. I, p. 32-33).

7 A expressão empresa é entendida como atividade econômica organizada. A eventual atribuição de personalidade jurídica a esta atividade ou a identificação (ou não) do conceito com o fenômeno societário são matérias que dizem respeito ao Direito nacional, fugindo, portanto, do escopo de uma análise internacional.

não foi, contudo, exclusividade da atividade econômica organizada. Em breve, ou concomitantemente, foi seguida de outros tipos de organizações com diversos centros de interesses. Percebe-se, pois, que a antiga construção tradicional dos “sujeitos de Direito internacional”⁸ não explicaria, completamente, as relações internacionais.

A segunda consequência deste movimento que merece ser destacada é, justamente, a adoção de diferentes estratégias jurídicas nacionais pelas “empresas” que buscavam atuação internacional⁹. A busca pela “multinacionalidade” permitiria que esta atividade econômica, ao mesmo tempo, pudesse ser percebida pelos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais como merecedora de tratamento dispensado à atividade nacional. Como decorrência desta “nacionalização”, ainda que parcial, da atividade econômica, passaram a existir, como estratégia, sociedades empresariais nacionais cujas vinculações negociais as inseriam em trama “multinacional” de negócios¹⁰.

Este movimento exige, portanto, que passemos a explicar a atividade humana a partir de critérios que admitam nacionalidades plurais, ao mesmo tempo, em que a atividade empresarial repensa o estrito conceito de sociedades nacionais e sociedades estrangeiras¹¹. Este trabalho, portanto,

8 A construção doutrinária em torno do Direito Internacional, especialmente público, baseia-se na noção de que o Estado (e as organizações da que faz parte) são os tradicionais sujeitos de Direito Internacional. Este tipo de entendimento está, por exemplo, consagrado pelo Estatuto da Corte Internacional de Justiça que estabelece que “Só os Estados poderão ser partes em questões perante a Corte” (art. 34) (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Inteiro teor disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Corte-Internacional-de-Justica-C3%A7a/estatuto-da-corte-internacional-de-justica.html>, acesso em 28/08/2019).

9 VAGTS, Detlev F. A empresa multinacional: um novo desafio ao direito internacional. Revista da Administração Pública, Rio de Janeiro, n° 9(2), abril/junho 1975, p. 48-52.

10 Estas estratégias são compreendidas pelo Estado que passa a buscar sua regulação. Um exemplo brasileiro disso é, justamente, a tentativa de repatriação de recursos mantidos no exterior (Lei n° 13.254/2016). O art. 3º da referida Lei é especialmente didático em relação a parte destas estratégias negociais, quando se refere ao objeto da repatriação como sendo aqueles recursos, mantidos no exterior, sob a forma de: “depósitos bancários, certificados de depósitos, cotas de fundos de investimento, instrumentos financeiros, apólices de seguro, certificados de investimento ou operações de capitalização, depósitos em cartões de crédito, fundos de aposentadoria ou pensão” (I); “recursos, bens ou direitos de qualquer natureza, integralizados em empresas estrangeiras sob a forma de ações, integralização de capital, contribuição de capital ou qualquer outra forma de participação societária ou direito de participação no capital de pessoas jurídicas com ou sem personalidade jurídica” (IV) e “ativos intangíveis disponíveis no exterior de qualquer natureza, como marcas, copyright, software, know-how, patentes e todo e qualquer direito submetido ao regime de royalties” (V). (BRASIL. Lei n° 13.254 de 13 de janeiro de 2016 que dispõe sobre o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no País. Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/13254.htm, acesso em 28/08/2019).

11 “Na realidade, o que se percebe é que a empresa multinacional não pode ser encarada, nem tratada, como nacional de determinado Estado, quando ela tem diversas nacionalidades, não só formal, mas de fato, real. Pretender vinculá-la exclusivamente a determinado país é ignorar a

embora parta da compreensão da personalidade jurídica (no sentido dado pelo Direito internacional e pelo Direito privado nacional), foca sua análise nas sociedades empresariais e, em um segundo momento, nas sociedades binacionais. Advirta-se, desde já, que os três principais exemplos, no Brasil, de sociedades binacionais não guardam a mesma natureza, nem o mesmo tratamento, motivo pelo qual serão explicitados mais a partir de suas proximidades que de suas distinções.

A partir destas premissas, o objetivo do presente artigo é entender o fenômeno da “empresa binacional”, ainda que nem todos os seus exemplos sejam tratados como atividades empresariais no sentido estrito, como fenômeno típico da atual fase do processo de globalização e, em especial, como fenômeno que impõe a revisão do conceito jurídico mais estático de nacionalidade da pessoa jurídica.

Para que uma resposta seja obtida, optou-se pela pesquisa bibliográfica e coleta de dados normativos que possam revelar como, no Brasil, se percebe este fenômeno de pluralidade de nacionalidade de uma mesma atividade organizada (empresarial em sentido estrito ou não). A natureza e a discussão sobre o fenômeno das “empresas transnacionais”; a participação de outros atores privados de igual relevo e os desdobramentos da atividade das “multinacionais” não compõe, entretanto, o objeto da presente pesquisa. Advirta-se, ainda, que a bibliografia jurídica específica do tema é extremamente rara, motivo pelo qual a pesquisa mais ampla e interdisciplinar foi necessária.

Para que se possam atingir os objetivos delineados, se passará, em primeiro lugar a explicar o tratamento jurídico dispensado, no Brasil, à nacionalidade da pessoa jurídica. Em um segundo momento, serão buscados e explicados os três exemplos de sociedades binacionais, que, ao mesmo tempo desafiam os critérios excludentes da “nacionalidade” e estendem a compreensão da tentativa de organização de uma determinada atividade “empresarial” (ainda que nem sempre reconhecida como empresária no sentido estrito do Direito brasileiro). Por fim, a título de conclusão, serão retraçadas as características definidoras da binacionalidade para se localizar seu papel excepcional no Direito internacional privado.

crescente interdependência e interação econômica do mundo contemporâneo. Não obstante a identificação da origem da empresa multinacional seja possível, a sua integração nas economias dos diversos países em que atua e a ramificação de seus interesses a tornam cidadã do mundo.” (MAGALHÃES, José Carlos. Nacionalidade da Pessoa Jurídica e a empresa multinacional. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 69(2), 1974, p. 123).

1. A NACIONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA EMPRESARIAL NO DIREITO BRASILEIRO.

Na abordagem internacionalista, quando se fala de um “sujeito de Direito internacional” pretende-se indicar aqueles que são diretamente responsabilizados por uma conduta incompatível com a norma internacional.

Esta, aliás, parece ter sido a abordagem clássica do Direito Internacional Público que buscava identificar aqueles que, além de serem destinatários de normas, teriam legitimidade para pretender responsabilização ou para serem responsabilizados pelo seu não cumprimento. Esta abordagem jurídica mais dogmática retiraria deste rol de legitimados os agentes privados.

Como se sabe, contudo, em face de alterações normativas ocorridas nas últimas décadas, passou-se a colocar em dúvida esta postura excludente¹², especialmente quando se fala de um Direito internacional como forma de proteção da pessoa. Neste sentido, é especialmente esclarecedora a proteção internacional, institucionalizada, reconhecida ao indivíduo vítima de violação de Direitos Humanos. Citem-se, como exemplos, os casos submetidos a Comissão de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA)¹³.

Por outro lado, em algum sentido, ainda há iniciativas internacionais cujas portas permanecem cerradas aos particulares. Não só a atividade criativa de Direito internacional, por agentes privados, é ainda muito “indutiva”¹⁴,

12 “Concluindo, a afirmativa de que os indivíduos não possuem titularidade de direitos e deveres na ordem internacional tendo em vista a ausência de prerrogativa ampla de reclamar nos foros internacionais não procede totalmente. (...) Realmente, há necessidade de um compromisso estatal em aceitar o indivíduo como titular de direitos e deveres (...) Entretanto, no momento em que o Estado concede ao indivíduo o direito de reclamar perante foros internacionais, este último passa a ser titular de direitos e obrigações internacionais.” (DURÃES, Beatriz Schiffer. O indivíduo: sujeito de Direito Internacional Público. In: Revista da Faculdade de Direito UFPR. Curitiba: UFPR, 1994/1995, nº 28, p. 146).

13 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Casos en la Corte. Inteiro teor disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/demandas.asp>, acesso em 28/08/2019. Deles, por exemplo, pode-se destacar o caso Herzog em que a Corte concluiu pela responsabilidade do Estado brasileiro pela violação de direitos humanos e recomendou, entre outras providências, que fossem tomadas as medidas judiciais cabíveis para identificação e responsabilização daqueles que as praticaram. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe nº71/15. Caso 12.879. Informe de fundo. Vladimir Herzog e outros v. Brasil. Inteiro teor disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoEs.pdf>, acesso em 28/08/2019).

14 Trata-se de característica reconhecida como produto de processo de “soft law”. Em outros termos, embora inexistente norma considerada cogente pelo Estado (hard law), certas organizações internacionais de caráter privado e, até mesmo, práticas e costumes privados internacionais acabam, por meios diversos, sendo reconhecidas como produtores confiáveis de normas jurídicas. Tais normas, então, embora não cogentes (no sentido tradicional), acabam sendo adotadas por diferentes motivos: seja porque as partes a elas aderem (neste sentido podem ser citados

como as opções institucionalizadas insistem na manutenção da legitimação estatal excludente¹⁵. Apesar disso, aceita-se a crescente transposição da figura do “sujeito” para aquela do “ator”, ou seja, do reconhecimento de maior e mais significativo papel internacional para os agentes não estatais.

Assim, ao mesmo tempo em que se insiste na centralização do papel do Estado como produtor de normas e sujeito de Direito internacional, cada vez mais espaço de atuação internacional é absorvido pela iniciativa “privada”. Desde há muito, por exemplo, se reconhecem os esforços de entidades como o Comitê Olímpico Internacional (COI) e a Federação Internacional de Futebol (FIFA) não só na criação de conjuntos normativos específicos e próprios de suas atividades, mas também no sentido de influenciar na adoção de políticas públicas nacionais que atendessem seus próprios interesses.

Além destes atores mais “institucionais”, destaque também pode ser dado para a atividade internacional de caráter empresarial: as fronteiras territoriais não representam óbices para as estratégias de acesso de mercado, conquista de consumidores e redução dos custos. Esta realidade é facilmente exemplificada pela atuação das chamadas “transnacionais”.

A iniciativa do agente privado, e da “empresa” em especial, deve, contudo, não só se equacionar a partir de parâmetros internacionais de *marketing*, logística e redução de custos; mas, igualmente, a partir do tratamento jurídico que receberá nos Estados em que pretende atuar.

Este condicionante jurídico doméstico, em verdade, é que faz surgir a “multinacionalidade”, ou seja, a pluralidade de tratamentos jurídicos

desde os Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais até as regras da International Organization of Standardization (ISO); porque representam forma de proteção de direitos considerados humanos (recepção de resoluções da Organização Internacional do Trabalho – OIT – pelo judiciário trabalhista); ou porque representam desenvolvimento técnico relevante (por exemplo, reconhecimento dos INCOTERMS da CCI pela jurisprudência brasileira para interpretação de responsabilidade pelo transporte – neste sentido vide: GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Transferência do risco contratual e Incoterms: breve análise de sua aplicação pela jurisprudência brasileira. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 5, 2013, p. 3885-3944).

15 Por exemplo, o condicionamento de que o reconhecimento de normas jurídicas internacionais seja atrelado ao processo legislativo tradicional. O Brasil, por exemplo, mantém, em alguma medida, este requisito quando reserva à Presidência da República, condicionada a referendo do Congresso nacional, a competência para “celebrar tratados, convenções e atos internacionais” (art. 84, VIII da Constituição da República); ou, ainda, quando declara competir ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de recurso contra decisão que declara a inconstitucionalidade de tratado (art. 102, III, “b” da Constituição da República). Neste sentido pode-se lembrar, ainda, do sistema da Organização Mundial do Comércio que prevê a legitimação para demandar no Sistema de Solução de controvérsias apenas aos Estados Membros (WORLD TRADE ORGANIZATION. Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes. Inteiro teor disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu_e.htm, acesso em 28/08/2019), embora já tenha reconhecido a possibilidade de participação de *amicus curiae*.

nacionais dispensada, individualmente por cada Estado, a partir do preenchimento do tradicional critério “nacionalidade”.

Assim, embora fenômeno “transnacional”, as “multinacionais”¹⁶ em geral e as “binacionais” em específico são, também, fenômenos nacionais cujo reconhecimento e características passa, normalmente, pelo reconhecimento, estatal, de sua personalidade jurídica.

A análise da atribuição de personalidade jurídica é, no Direito privado brasileiro, entendida como construção “destinada a possibilitar e favorecer”¹⁷ a atividade de certos sujeitos.

A principal medida de “favorecimento”, no sentido de possibilitar a atividade privada, é, justamente, o reconhecimento de sua individualidade, que a distingue de seus componentes, especialmente em termos patrimoniais¹⁸. Esta construção permite, pois, que certos riscos sejam assumidos, sem que tragam imediata repercussão para o patrimônio do sujeito (investidor, por exemplo). Por uma simples ficção, pode, então, o empresário, por exemplo, separar parte de seu patrimônio para, eventualmente, responder pelo risco da atividade.

No Brasil, uma pessoa jurídica é, ainda, classificada em pública (de Direito interno e externo)¹⁹ e privada²⁰, a depender do tipo de atividade que desenvolve. Em razão de a legislação condicionar o reconhecimento da pessoa jurídica de Direito privado ao seu registro (art. 45 do Código Civil brasileiro²¹), o tratamento de eventual pessoa jurídica privada de “Direito externo” não ocorre na legislação material brasileira.

16 “Independentemente da nacionalidade que possam possuir (local em que forem constituídas e onde tenham sua sede administrativa), costuma-se empregar o termo *transnacional* ou *multinacional* para designar a sociedade que realiza a exploração polarizada de suas atividades em diversos países e para distingui-la daquela cuja esfera de atuação se concentra em um único país, conquanto possa ter uma ou outra filial no estrangeiro.” (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito de Empresa, 4. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 581).

17 GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, 12 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 185.

18 AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução, 7. Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.322.

19 Nos termos do art. 40 do Código Civil brasileiro (BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 que institui o Código Civil. Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm, acesso em 1º de junho de 2018) . São pessoas jurídicas de Direito público interno, a União; os Estados, Distrito Federal e Territórios; Municípios; autarquias, inclusive associações públicas e outras criadas por lei (art. 41 e incisos do Código Civil brasileiro). Por fim, as pessoas jurídicas de Direito externo, os Estados estrangeiros e demais pessoas que forem regidas pelo direito internacional público (art. 43 do Código Civil brasileiro).

20 Associações, sociedades, fundações, organizações religiosas, partidos políticos e empresas individuais de responsabilidade limitada (nos termos do art. 44 e incisos do Código Civil brasileiro).

21 “Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.”

Este tratamento faz, então, com que uma pessoa jurídica de Direito privado possa ser entendida como nacional ou estrangeira, justamente a depender do tratamento/reconhecimento que o Direito brasileiro lhe dá. No passado, tantos foram os critérios adotados pela legislação brasileira para definir a nacionalidade da pessoa jurídica que Barbosa Lima Sobrinho chegou a qualificar a situação de verdadeira “confusão”²².

Destaque-se, por oportuno, que o Direito brasileiro trata da nacionalidade a partir do fenômeno societário, deixando de lado outras atividades empresariais que não optem por esta formatação. Daí porque a análise da estratégia empresarial transnacional não pode ser confundida com a nacionalidade da sociedade empresarial.

Atualmente, o Código Civil brasileiro prevê a nacionalidade da sociedade que seja organizada de acordo com a legislação brasileira e que tenha sua sede em território nacional (art. 1.126²³). No mesmo sentido dispõe o Decreto-lei nº 2.627/1940, aplicável às sociedades por ações (art. 60²⁴).

Extrapolando este dado para nosso objeto de estudo, seria possível afirmar que, de acordo com o Direito brasileiro, uma sociedade (empresarial ou não em sentido estrito) pode ser considerada nacional ou estrangeira a depender de um critério normativo-organizacional: a legislação de sua constituição e o local de sua administração, independentemente da nacionalidade de seus sócios²⁵.

A doutrina brasileira já debateu muito sobre a efetiva existência de uma “nacionalidade” da pessoa jurídica²⁶. Reconhece-se que se trata de um critério de classificação. Assim, segundo GONÇALVES NETO

“O fato de a lei ordinária chamar de nacional a sociedade que aqui se constitui e que aqui tem sua sede administrativa para distingui-la de

22 LIMA SOBRINHO, Barbosa. A nacionalidade da pessoa jurídica. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos políticos, 1963, p.211-215.

23 “Art. 1.126. É nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração”

24 “Art. 60. São nacionais as sociedades organizadas na conformidade da lei brasileira e que têm no país a sede de sua administração”.

25 Dolinger e Tibúrcio atentam que “organizar-se de acordo com as leis brasileira significa constituir-se em nosso território” uma vez que um dos requisitos da legislação brasileira é, justamente, o registro da sociedade (DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. Direito Internacional privado, 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.266).

26 BEVILAQUA, Clovis. Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Editora Rio, s.d., p. 158 e ss.; DEL’OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Comentada, 2. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 133-135; CASTRO, Amílcar de. Direito internacional privado, 6. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.271-277; LIMA SOBRINHO, Barbosa. A nacionalidade da pessoa jurídica. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos políticos, 1963.

outra, a que denomina de estrangeira, não significa que esteja atribuído uma nacionalidade na acepção própria da palavra, a esta ou àquela; apenas adota essa nomenclatura para definir as diferenças do regime jurídico aplicável a cada qual.”²⁷

O atual tratamento da nacionalidade da sociedade empresarial no Direito brasileiro traz, ainda, a possibilidade de tratamento distinto entre sociedades constituídas de acordo com a legislação brasileira e com sede no Brasil (nacionais) e aquelas que não preencham estas características (estrangeiras). É em razão, portanto, desta distinção que são admitidas limitações ao exercício da atividade empresarial: limitações ao investimento²⁸, objetos proibidos²⁹, necessidade de autorização para funcionamento (art. 1.134 do Código Civil³⁰), aprovação de alterações societárias (art. 1.139 do Código Civil³¹), etc.

Por certo, não mais se fala, por outro lado, de uma “sociedade nacional de capital nacional” em oposição aquela de capital estrangeiro: o antigo art. 171³² da Constituição da República foi revogado (Emenda Constitucio-

27 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito de Empresa, 4. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 578.

28 Como, por exemplo, o art. 222, §1º da Constituição da República que exige, no caso de empresas jornalística e de radiodifusão, que, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante, pertença, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos. Vide, também os arts. 172 (investimento), 190 (propriedade rural) da Constituição da República. Outro exemplo interessante é o permissivo constitucional (art. 199, §3º) e a regulamentação dada pela Lei nº 8.080/1990 com redação dada pela Lei nº 13.097/2015 (BRASIL. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990 que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm, acesso em 28/08/2019).

29 Por exemplo o art. 176, 1º da Constituição da República. Outro exemplo é a subsidiária integral (art. 251 da Lei nº 6.404/1976 – BRASIL. Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976 que dispõe sobre as Sociedades por Ações. Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm, acesso em 28/08/2019).

30 “Art. 1.134. A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressaltados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira.”

31 “Art. 1.139. Qualquer modificação no contrato ou no estatuto dependerá da aprovação do Poder Executivo, para produzir efeitos no território nacional.”

32 “Art. 171. São consideradas: I – empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País; II – empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades. § 1º – A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional: I – conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País; II – estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos: a) a exigência de que o controle referido no inciso II do “caput” se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia; b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes

nal nº6 de 1995), embora se continue a privilegiar a atividade nacional (por exemplo, art. 170, IX³³ da Constituição da República).

Além disso, a participação de capital estrangeiro, em determinadas atividades, ainda hoje pode ser limitada, como já se destacou³⁴. Há, por outro lado, incentivo à “nacionalização” das sociedades estrangeiras desde que haja: a mudança da sede para o Brasil; a conveniência aos interesses nacionais; a apresentação de documentos e a realização do capital social (art. 1.141 e parágrafos do Código Civil³⁵).

De qualquer forma, a jurisdição brasileira está dotada de instrumentos para alcançar a sociedade que, eventualmente, insista em manter sua nacionalidade estrangeira: o Código de Processo Civil prevê o “domicílio” (*sic*) brasileiro da sociedade estrangeira que aqui desenvolva suas atividades por meio de filiais, sucursais ou agências (art. 21, parágrafo único³⁶); bem como sua representação pelo gerente de sua filial ou agência (art. 75, X e §3º³⁷).

no País ou entidades de direito público interno. § 2º – Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional”.

33 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

34 Em recente julgamento, o Superior Tribunal de Justiça, apreciando a limitação infraconstitucional a participação de capital estrangeiro em empresas de segurança, afirmou, expressamente, que “A partir da Emenda 6, a lei não mais pode discriminar entre empresa brasileira de capital nacional e empresa brasileira de capital estrangeiro, ou seja, desde que uma empresa seja brasileira (constituída no Brasil e sujeita às leis brasileiras), a origem do seu capital é irrelevante. Tal tipo de discriminação só seria possível, hoje, nos casos previstos na própria Constituição, como ocorre com as empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, objeto de tratamento especial no artigo 222 da Constituição.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 19.088-DF, Associação Brasileira das Empresas de Transporte de Valores *versus* Ministro de Estado da Justiça, Primeira Seção, Relator Min. Herman Benjamin, julgado em 14 de dezembro de 2016).

35 “Art. 1.141. Mediante autorização do Poder Executivo, a sociedade estrangeira admitida a funcionar no País pode nacionalizar-se, transferindo sua sede para o Brasil.

§ 1º Para o fim previsto neste artigo, deverá a sociedade, por seus representantes, oferecer, com o requerimento, os documentos exigidos no art. 1.134, e ainda a prova da realização do capital, pela forma declarada no contrato, ou no estatuto, e do ato em que foi deliberada a nacionalização. § 2º O Poder Executivo poderá impor as condições que julgar convenientes à defesa dos interesses nacionais.

§ 3º Aceitas as condições pelo representante, proceder-se-á, após a expedição do decreto de autorização, à inscrição da sociedade e publicação do respectivo termo.”

36 “Art. 21. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que: (...) Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.” (BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 que institui o Código de Processo Civil. Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm, acesso em 28/08/2019).

37 “Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: (...)

X – a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil; (...)

Ao lado do reconhecimento da nacionalidade brasileira da sociedade empresarial, há outro desdobramento representado pelo Direito aplicável a esta mesma pessoa jurídica. Em outros termos, o tratamento jurídico dispensado à regulação da atividade independe, a rigor, dos critérios de nacionalidade brasileiros.

Existiriam, então, no Brasil, dois critérios para definição da nacionalidade da sociedade empresarial? Este foi o entendimento por parte da doutrina brasileira³⁸ que identificava verdadeiro conflito de normas quando comparados os diferentes critérios legais. CASTRO, contudo, elenca o que seriam quatro “questões inconfundíveis”: (i) o tratamento da constituição, funcionamento e extinção das sociedades; (ii) a nacionalidade brasileira; (iii) atribuição de personalidade à sociedade estrangeira e (iv) condição jurídica da sociedade estrangeira³⁹. Já RODAS entende que tal aparente antinomia exigiria interpretação harmonizadora⁴⁰: o Direito nacional reconhece como nacionais aquelas sociedades constituídas sob a legislação brasileira, desde que aqui tenham sua administração; enquanto que, em casos submetidos ao Direito Internacional Privado, para regular as sociedades estrangeiras, deveria ser buscada a norma aplicável no local de sua constituição (art. 11 do Decreto-lei nº 4.657/1942 – LINDB⁴¹).

O que parece haver, então, é, em parte, uma confusão entre o Direito material aplicável às sociedades e o Direito conflitual que o indicaria. Neste sentido as quatro questões indicadas por CASTRO poderiam ser também organizadas em duas: (i) o Direito conflitual brasileiro para definição do Direito material às sociedades estrangeiras e (ii) o Direito material aplicável às sociedades que se desdobraria em (a) o Direito aplicável à criação, reconhecimento da personalidade jurídica, funcionamento e extinção de sociedades brasileiras e (b) Direito aplicável à criação, reconhecimento da personalidade jurídica, funcionamento e extinção de sociedades estrangeiras no Brasil.

§ 3º O gerente de filial ou agência presume-se autorizado pela pessoa jurídica estrangeira a receber citação para qualquer processo.”

38 Por exemplo, GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito de Empresa, 4. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 576-578.

39 CASTRO, Amílcar. Direito Internacional privado, 6. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 269.

40 RODAS, João Grandino. Direito internacional privado brasileiro. São Paulo: RT, 1993, p. 19-20.

41 “Art. 11. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem.” (BRASIL. Decreto-lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942 que institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm, acesso em 28/08/2019).

Com isso, pode-se dizer que a definição da nacionalidade brasileira de uma sociedade e as normas societárias aplicáveis às sociedades brasileiras são matéria de Direito substantivo brasileiro. Seguindo este raciocínio adiante, a classificação entre uma sociedade “brasileira” e aquela outra (“estrangeira”) fruto de atividade de índole internacional, serviria para identificar o fenômeno típico de Direito Internacional e atrair, a ele, a incidência de uma norma conflitual. Esta norma, no Direito conflitual brasileiro, seria o já mencionado art. 11 da LINDB. Desta forma, identificado o fenômeno internacional e aplicando a norma conflitual, o intérprete obteria, por determinação do próprio Direito brasileiro, a norma material aplicável a regência da sociedade estrangeira.

A eventual norma estrangeira, então, a depender do processo de qualificação, poderia vir a ter a mesma origem, seja para identificação do regime jurídico, das formalidades de constituição, do reconhecimento da personalidade jurídica e capacidade, como para reger o funcionamento e extinção daquela categoria eventualmente societária.

Neste sentido, portanto, não só a nacionalidade da pessoa jurídica (brasileira ou estrangeira) age como verdadeiro critério de classificação normativa, como seriam dois os diferentes tipos de normas que importariam na análise (material e conflitual). A legislação conflitual brasileira não definiria nacionalidade de uma pessoa jurídica. Esta necessidade classificatória é típica de legislações materiais nacionais⁴². Este entendimento, contudo, não é unânime⁴³.

Além disso, esta conclusão parece ter sido reforçada no Brasil em razão dos Tratados a que o país aderiu. Em primeiro lugar deve-se mencionar o chamado Código Bustamante⁴⁴ que adotou, para fins conflituais, dois critérios distintos: autonomia da vontade dos sócios na definição do

42 “A Lei de introdução não se pronunciou, expressamente, sobre a nacionalidade das pessoas jurídicas, partindo do pressuposto de que, por constituírem criações de determinado ordenamento jurídico, reger-se-ão pela mesma lei que as criou, pouco importando, por isso, definir-lhes a nacionalidade.” (DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro interpretada, 17. Ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 365).

43 Para Irineu Strenger, apreciando a matéria sob a égide da legislação anterior, por exemplo, o “critério de conexão adotado pela lei brasileira, apesar das incursões territorialistas para certas hipóteses, como vimos, é consentâneo com a maioria dos sistemas no que respeita à individuação da *lex societatis*, para a determinação da nacionalidade das pessoas jurídicas e para estabelecer diretamente a lei que lhes seja aplicável” (STRENGER, Irineu. Direito Internacional Privado, 4. Ed., São Paulo: LTr, 2000, p. 526).

44 BRASIL. Decreto nº 18.871 de 13 de agosto de 1929 que promulga a Convenção de direito internacional privado, de Havana. Inteiro teor disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=435904&id=14421668&idBinario=15693455&mime=application/rtf>, acesso em 28/08/2019.

Direito material aplicável à sociedade e, na falta desta escolha, a aplicação do Direito do local de administração ou gerência para as sociedades em geral⁴⁵ ou local da junta geral de acionistas ou local do Conselho administrativo ou Junta diretiva em caso de sociedade anônima⁴⁶.

Já a Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Sociedades Mercantis (Montevideu 1979)⁴⁷ prevê que a existência, a capacidade, o funcionamento e a dissolução da sociedade “mercantil” regem-se pelo Direito do local de sua constituição⁴⁸. Além disso, a Convenção prevê expressamente que a as sociedades regularmente constituídas em um dos Estados signatários serão reconhecidas pelos demais⁴⁹. Lembre-se, ainda, que esta regra específica vige, no Brasil e nos outros países que a ratificaram⁵⁰.

Cite-se, no mesmo sentido, ainda, a Convenção Interamericana sobre Personalidade e Capacidade de Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado (La Paz 1984⁵¹) que adota o local de constituição da pessoa jurídica como elemento de conexão⁵², embora para objetos de conexão mais detalhados que a demais legislação brasileira (existência, capacidade,

45 “Art. 18. As sociedades civis, mercantis ou industriaes, que não sejam anonyms, terão a nacionalidade estipulada na escriptura social e, em sua falta, a do lugar onde tenha séde habitualmente a sua gerencia ou direcção principal.”

46 “Art. 19. A nacionalidade das sociedades anonyms será determinada pelo contracto social e, eventualmente, pela lei do lugar em que normalmente se reuna a junta geral de accionistas ou, em sua falta, pela do lugar onde funcione o seu principal Conselho administrativo ou Junta directiva.”

47 BRASIL. Decreto nº 2.400 de 21 de novembro de 1997 que promulga a Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Sociedades Mercantis, concluída em Montevideu, em 8 de maio de 1979. Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2400.htm, acesso em 28/08/2019.

48 “Art. 2º. A existência, a capacidade, o funcionamento e a dissolução das sociedades mercantis regem pela lei do lugar de sua constituição. Entende-se por “lei do lugar de sua constituição” a lei do Estado onde se cumpram os requisitos de forma e de fundo necessários para a criação de tais sociedades.”

49 “Art. 3º. As sociedades mercantis devidamente constituídas em um Estado serão reconhecidas de pleno direito nos demais Estados. O reconhecimento de pleno direito não inclui a faculdade do Estado de exigir comprovação e existência da sociedade de acordo com a lei do lugar de sua constituição. Em nenhum caso, a capacidade reconhecida às sociedades constituídas em um Estado poderá ser maior do que a capacidade que a lei do Estado do reconhecimento outorga às sociedades constituídas nesse último Estado.”

50 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convencion interamericana sobre conflictos de leyes en materia de Sociedades mercantiles. Informações sobre a adesão ao Tratado disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-40.html>, acesso em 28/08/2019.

51 BRASIL. Decreto nº 2.427 de 17 de dezembro de 1997 que promulga a Convenção Interamericana sobre Personalidade e Capacidade de Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado, concluída em La Paz, em 24 de maio de 1984. Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2427.htm, acesso em 28/08/2019.

52 “Art 2º. A existência, a capacidade de ser titular de direitos e obrigações, o funcionamento, a dissolução e a fusão das pessoas jurídicas de caráter privado serão regidos pela lei do lugar de sua constituição. Entender-se-á por “lei do lugar de sua constituição” a do Estado Parte em que forem cumpridos os requisitos de forma e fundo necessários à criação das referidas pessoas.”

funcionamento, dissolução e fusão). Lembre-se, ainda, que esta regra específica vige, no Brasil e nos outros países que a ratificaram⁵³.

Superado o tratamento legislativo dispensado, no Brasil, à nacionalidade da sociedade empresarial, passemos a análise das hipóteses de ocorrência da binacionalidade.

2. A BINACIONALIDADE DA SOCIEDADE EMPRESARIAL SEGUNDO O DIREITO BRASILEIRO

A aceitação da possibilidade de um determinado Ordenamento jurídico reconhecer como nacional uma pessoa jurídica traz, do ponto de vista do Direito internacional privado, interessante perspectiva: a possibilidade de mais de um ordenamento exercitarem este mesmo reconhecimento.

Não se pode dizer que a possibilidade de plurinacionalidade seja uma novidade. Como já mencionado, quando o tema é abordado pela perspectiva da pessoa (natural), se conhece há muito tempo a possibilidade de duplas ou múltiplas nacionalidades. Na perspectiva do Direito societário, os exemplos, embora raros, existem.

A forma mais comum de plurinacionalidade societária é a sociedade binacional, ou seja, aquela reconhecida como nacional em dois distintos Estados. Este fenômeno, antes de revelar complexidade jurídica intransponível, deve ser entendido no contexto da integração econômica e cooperação internacional⁵⁴.

No cenário brasileiro, três são os possíveis exemplos desta binacionalidade: (i) a *sociedade binacional Brasileiro-Argentina* ou *Argentino-Brasileira* (EBBA ou EBAB); (ii) *Itaipu Binacional* e (iii) *Alcântara Cyclone*.

(i) Em um sentido puramente binacional, ou seja, o de duplo tratamento jurídico nacional, o exemplo a ser mencionado é o da *sociedade binacional Brasileiro-Argentina* ou *Argentino-Brasileira* (EBBA ou EBAB).

Criada por tratado internacional celebrado entre a República

53 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convencion interamericana sobre personalidad y capacidad de personas juridicas en el derecho internacional privado. Informaciones sobre a adesão ao Tratado disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-49.html>, acesso em 28/08/2019.

54 DEL'OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. Curso de Direito Internacional Privado, 12. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 251.

Argentina e o Brasil em 1990⁵⁵, a EBBA se inscreve em um ambiente de incentivo à integração econômica Argentino-brasileira.

A exposição de motivos do Decreto-legislativo que iniciava o processo de ratificação informava não se tratar de um “novo tipo societário ou de uma figura jurídica binacional, mas sim do estabelecimento, para as sociedades de capital majoritariamente brasileiro-argentino, de um regime diferenciado daquele que genericamente se aplica aos investidores estrangeiros no Brasil e na Argentina”⁵⁶.

Esta figura tem por característica o fato de serem duas as “atividades econômicas organizadas” criadas, cada uma delas dotadas de forma jurídica e reguladas por legislação nacional (brasileira e argentina), recebendo o tratamento jurídico nacional em cada um dos países⁵⁷. Assim, segundo este modelo, as binacionais seriam sempre atividades plurais (“gêmeas”) e nacionais, não formando uma categoria internacional em sentido estrito, nem um novo tipo societário⁵⁸. Não se excluiria, portanto, neste cenário, a existência de duas sociedades (uma brasileira e outra argentina).

Este entendimento parece se reforçar se for considerado que a sociedade binacional pode adotar o formato jurídico admitido no país escolhido para sede (art. 3º, item 1) e exercer qualquer objeto que lhe seja permitido pela legislação nacional de sua sede (art. 2º), que será necessariamente na Argentina ou no Brasil (art. 3º, item 1) e atuando no outro país por meio de filiais, sucursais ou subsidiárias (art. 3º, item 3).

Para a atribuição desta “dupla nacionalidade”, a sociedade deveria cumprir dois requisitos: investimento nacional (art. 1º, item 3) e controle conjunto por nacionais dos dois países, com percentuais mínimos definidos no tratado (art. 1º, item 2, alíneas a, b e c). Curiosamente, no entanto, o investidor nacional é definido pelo domicílio (art. 1º, item 3, alínea a) e no caso das pessoas jurídicas de Direito privado, pelo domicílio do investidor

55 Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 619 de 29 de julho de 1992, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0619.htm, acesso em 28/08/2019. Na Argentina o tratado foi aprovado pela Ley nº 23.935 de 1991, disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/335/norma.htm>, acesso em 28/08/2019.

56 Mensagem nº 104 de 1991 anexa ao Decreto-legislativo nº 26 de 1992. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176068>, acesso 28/08/2019.

57 FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. Sociedades comerciales. In FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Coord.). Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR. Buenos Aires: Zavalia, 2003, p. 1313.

58 DEL'OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. Curso de Direito Internacional Privado, 12. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 252.

(art. 1º, item 3, alínea c). Segundo Régnier, o domicílio não seria um novo requisito, vez que redundante⁵⁹.

Apesar de a denominação “empresa binacional” constar da legislação que rege a formação do nome empresarial⁶⁰ e que disciplina o registro empresarial⁶¹, além de constar da classificação do IBGE⁶², poucos ou nenhum são os dados estatísticos de sua efetivação prática, infelizmente.

(ii) Outra forma de percepção da binacionalidade é a de criação de um regime jurídico próprio, internacional e comum para uma sociedade com vocação de atuação em dois distintos Estados. Neste segundo sentido, o primeiro exemplo digno de nota é, justamente, a de *Itaipu Binacional*.

Consolidando aproximação enérgica entre Brasil e Paraguai que datava da década anterior⁶³, Itaipu Binacional foi criada pelo Tratado de Assunção celebrado entre Brasil e Paraguai⁶⁴.

Além disso o empreendimento representaria esforço de cooperação

59 RÉGNIER, Leonardo Medeiros. Nacionalidade das sociedades comerciais. Curitiba: Juruá, 2002, p. 176.

60 Atualmente Instrução Normativa do Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI) nº 15 de 5 de dezembro de 2013 com sucessivas alterações, em especial o art. 15. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/SEMPE/DREI/INs_EM_VIGOR/IN_DREI_15_2013_alterada_pela_IN_63_2019.pdf, acesso em 28/08/2019.

61 Atualmente Instrução Normativa do Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI) nº 6 de 5 de dezembro de 2013. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/SEMPE/DREI/INs_EM_VIGOR/IN-DREI-06-2013.pdf, acesso em 28/08/2019.

62 Disponível em: <https://concla.ibge.gov.br/estrutura/natur-juridica-2014/227-5-empresa-binacional.html>, acesso em 28/08/2019.

63 ZANINI, Gustavo. O tratado de Itaipu. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 69(1), 165-166.

64 No Brasil, o Tratado é promulgado pelo Decreto nº 72.707 de 1973 (BRASIL. Decreto nº 72.707 de 28 de agosto de 1973 que promulga o Tratado entre a República Federativa do Brasil e a República do Paraguai, para o Aproveitamento Hidrelétrico dos Recursos Hídricos do Rio Paraná, Pertencentes em Condomínio aos dois Países, desde e inclusive o Salto Grande de Sete Quedas ou Salto de Guaira até a Foz do Rio Iguazu, bem como as seis Notas trocadas entre os Ministros da Relações Exteriores dos dois países. Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d72707.htm, acesso em 1º de junho de 2018). No Paraguai, o Tratado é promulgado pela Ley 389 de 1973 (PARAGUAY. Ley nº 389 que Aprueba Y Ratifica El Tratado Entre La República Del Paraguay Y La República Federativa Del Brasil Para El Aprovechamiento Hidroeléctrico De Los Recursos Hidráulicos Del Río Paraná, Pertencientes En Condominio A Los Dos Países, Desde E Inclusive El Salto Del Guaira O Salto Grande De Sete Quedas Hasta La Boca Del Río Yguazú. Suscrito El 23 De Abril De 1973, En Brasilia, Con Los Anexos A Estatuto De La Itaipu, B Descripción General De Las Instalaciones Destinadas A La Producción De Energía Eléctrica Y De Las Obras Auxiliares, C Bases Financieras Y De Prestación De Los Servicios De Electricidad De La Itaipu, Y Las Notas Reversales Intercambiadas Por Los Ministros De Relaciones Exteriores Del Paraguay Y Del Brasil En La Misma Fecha, Y Que Llevan Las Características De La Cancillería Paraguaya: N.r 3; N.r. 4; N.r. 5; N.r. 6; N.r. 7; N.r. 8. Inteiro teor disponível em: <https://paraguay.justia.com/nacionales/leyes/ley-389-jul-30-1973/gdoc/>, acesso em 1º de junho de 2018).

latino-americana⁶⁵, mas também alinhamento estratégico e geopolítico dos dois países⁶⁶.

O tratado de criação mencionava que Itaipu seria “uma entidade binacional denominada ITAIPU, com a finalidade de realizar o aproveitamento hidrelétrico [do rio Paraná]” (art. 3º), sendo constituída por empresas controladas pelo Brasil (Eletrobrás) e Paraguai (Andes). Note-se que a expressão “entidade” não coincide, necessariamente, com “sociedade”.

Parecendo querer reforçar a experiência binacional, o tratado mencionava duas sedes (art. 4º), Conselho de Administração e Diretoria Executiva formada “por igual número de nacionais de ambos os países” (art. 3º, §1º), documentação redigida em português e espanhol (art. 3º, §2º) e, claro, a divisão igualitária da energia produzida (art. 13). O tratado, então, teria sido redigido com base em “alto princípio de paridade e de respeito mútuo”, conforme salientou Miguel Reale⁶⁷.

Sua natureza *sui generis* intrigou a doutrina. Reale afirmou tratar-se de “uma ‘entidade internacional de natureza empresária’, tanto ou mais que uma ‘empresa de natureza internacional’”⁶⁸. Frontini, ainda, sustentava tratar-se de “pessoa jurídica de Direito internacional, da espécie dos organismos internacionais, dotado de inequívoca natureza empresarial”⁶⁹. Já Alvares sustentava tratar-se de consórcio internacional que se bem se ajustaria a uma “empresa pública”⁷⁰.

Segundo Gonçalves Neto sua particularidade é o fato de “ter sido constituída segundo normas próprias aprovadas pelos dois países, sem vinculação ou subordinação a qualquer deles e com sede em ambos.”⁷¹ Nisso, segundo o autor, ela se distinguiria daquelas identificadas como multinacionais.

65 ZANINI, Gustavo. O tratado de Itaipu. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 69(1), 167.

66 MENEZES, Wagner. Derecho internacional en América Latina. Brasília: FUNAG, 2010, p. 86.

67 REALE, Miguel. A estrutura jurídica de Itaipu. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 69(1), 263.

68 REALE, Miguel. A estrutura jurídica de Itaipu. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 69(1), 259.

69 FRONTINI, Paulo Salvador. Itaipu Binacional: novo tipo de empresa? Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 15/16, 1974.

70 ALVARES, Walter T. Natureza jurídica de Itaipu. Revista do Instituto de Direito da Energia, [S.L.], n. 17, ago. 1975, p. 101.

71 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil, 4. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 381.

Em 1978 a Presidência da República brasileira aprovou o Parecer L-208, da Consultoria Geral da República, no qual a estrutura jurídica de Itaipu era definida como de uma empresa juridicamente internacional, “consistente em uma pessoa jurídica emergente no campo do direito internacional público, por ser decorrente de um Tratado, com a vocação e a finalidade específica de desempenho de atividade industrial, como concessionária de serviço público internacional, comum a dois Estados.”⁷²

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal brasileiro aprecia três Ações Cíveis Originárias (ACO) em que se discute a natureza e o regime jurídico a que se submete a empresa Itaipu Binacional. Nestes procedimentos (de n.ºs 1904⁷³, 1905⁷⁴ e 1957⁷⁵), houve uma primeira manifestação da Procuradoria Geral da República que entendeu ser Itaipu “A Itaipu é, portanto, um organismo internacional privado, dotado de natureza empresarial, surgido de um tratado e com plena capacidade de direito internacional”. O parecer ainda acrescenta que, em razão de sua natureza binacional, não se poderia falar em duplicidade do regime jurídico (por exemplo impondo regime legal de aquisição de produtos ou serviços).

Neste sentido também já havia se posicionado Reale que, em 1974, afirmava que a “binacionalidade’ da empresa explica a dualidade de sede, em Brasília e em Assunção (Art. IV do Tratado), mas a sua ‘unidade’ legitima uma série de dispositivos que atende ao fato substancial de tratar-se de uma só comunidade de produção e de trabalho”, a tal ponto que haveria em Itaipu um “Direito próprio”⁷⁶, especialmente para as relações de trabalho e previdenciárias.

(iii) O segundo exemplo de binacionalidade entendida como regime jurídico comum é a *sociedade binacional Alcântara Cyclone Space*.

A empresa binacional Alcântara Cyclone Space foi criada por tratado internacional celebrado entre a Ucrânia e a República Federativa do

Brasil, em 21 de outubro de 2003, para a Cooperação de Longo Prazo na Utilização do Veículo Lançador Cyclone-4 no Centro de Lançamento de Alcântara. Referido Tratado foi promulgado, no Brasil, pelo Decreto n.º 5.436 de 28 de abril de 2005⁷⁷.

O tratado se referia a empresa como uma “entidade internacional de natureza econômica e técnica” (art. 3º), embora em suas definições fizesse expressa menção a Alcântara Cyclone Space como “joint venture binacional brasileiro-ucraniana criada pelo presente Tratado” (art. 1º, alínea f).

A natureza binacional da empresa foi reforçada em seu estatuto (art. 2º), publicado pela Portaria n.º 559, de 31 de agosto de 2006⁷⁸ e posteriormente republicado pela Portaria n.º 411, de 28 de maio de 2010⁷⁹, ambas do Ministério da Ciência e Tecnologia brasileiro.

A empresa teria por objetivo o “desenvolvimento e a operação do LOCAL DE LANÇAMENTO do foguete Cyclone-4 localizado no Centro de Lançamento de Alcântara, no Estado do Maranhão, na República Federativa do Brasil, incluindo sua infra-estrutura para preparação e lançamento do veículo lançador Cyclone-4, preparação da espaçonave e sua integração, os sistemas auxiliares ao lançamento e demais equipamentos, para a prestação de serviços de lançamento aos programas nacionais espaciais das PARTES DO TRATADO e para clientes comerciais”, nos termos do art. 3.1 de seu Estatuto. Propunha-se realizar seu objeto, principalmente, por meio do oferecimento serviços comerciais de lançamento de espaçonaves.

A estrutura de funcionamento da empresa também refletiria a binacionalidade do empreendimento. O órgão decisório (Assembleia geral) seria formado por Brasil e Ucrânia, assim como os órgãos de administração seriam formados por membros indicados pelos dois países, nos termos dos arts. 10, 14 e 15 do Estatuto.

Embora vultoso investimento tenha sido realizado neste empreendimento (aproximadamente R\$ 483 milhões)⁸⁰, alegando-se a “ocorrência de

72 BRASIL. Consultoria Geral da República. Parecer n.º L-208 de 22 de setembro de 1978. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/7672>, acesso em 28/08/2019.

73 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária n.º 1904. Ministério Público Federal versus Itaipu Binacional, União Federal e República do Paraguai. Relator Min. Marco Aurélio.

74 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária n.º 1905. Ministério Público Federal versus Itaipu Binacional, União Federal, Tribunal de Contas da União e República do Paraguai. Relator Min. Marco Aurélio.

75 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária n.º 1957. Ministério Público Federal versus Itaipu Binacional, União Federal e República do Paraguai. Relator Min. Marco Aurélio.

76 REALE, Miguel. A estrutura jurídica de Itaipu. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 69(1), 260.

77 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5436.htm, acesso em 28 de agosto de 2019.

78 Disponível em: https://www.mctic.gov.br/mctic/opencms/legislacao/portarias/migracao/Portaria_MCT_n_559_de_31082006.html, acesso em 28 de agosto de 2019.

79 Disponível em: https://www.mctic.gov.br/mctic/opencms/legislacao/portarias/migracao/Portaria_MCT_n_421_de_28052010.html, acesso em 28 de agosto de 2019.

80 Conforme dados do relatório do TCU que avaliou a denúncia do Tratado. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/3522920152.PRÓC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/sinonimos%3Dfalse>, acesso em 28 de agosto de 2019.

desequilíbrio na equação tecnológico-comercial que justificou a constituição da parceria entre a República Federativa do Brasil e a Ucrânia na área do espaço exterior”, em 2015, o Governo brasileiro denunciou o tratado, posteriormente tornada pública por meio do Decreto n° 8.494 de 24 de julho de 2015⁸¹. O Tratado deixaria de vigorar para o Brasil em julho de 2016.

O Tribunal de Contas da União⁸² acabou entendendo que ainda que não se tenha verificado “irregularidade na tramitação e no cumprimento das formalidades processuais referente às etapas de celebração, aprovação, promulgação e denúncia do Tratado”, “na concepção e no planejamento do empreendimento, ocorreram falhas, notadamente no que se refere aos estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e comercial do projeto, que contribuíram para o insucesso do Tratado e, em última instância, para a sua denúncia.”

Contudo, apenas em 2018, por meio da Medida Provisória n° 858 de 23 de novembro de 2018⁸³, que posteriormente foi convertida na Lei n° 13.814 de 17 de abril de 2019⁸⁴, de fato declarou-se a extinção da empresa binacional.

Coube, por fim, ao Decreto n° 9.581 de 23 de novembro de 2018⁸⁵ que regulamentar a MP 858/2018 para organizar os procedimentos de inventário da extinta empresa binacional Alcântara Cyclone Space, cujo prazo acabou prorrogado, pelo Decreto n° 9.740 de 28 de março de 2019⁸⁶, para 1° de dezembro de 2019.

Estes dois últimos exemplos (Itaipu e Alcântara Cyclone) criam uma atividade empresarial com personalidade jurídica de Direito internacional⁸⁷, embora organizadas sob formatos societários, a doutrina e os instrumentos

81 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8494.htm, acesso 28 de agosto de 2019.

82 BRASIL, Tribunal de Contas da União. Processo n° 035.229/2015-2, Relator Marcos Bemquerer, julgamento de 06 de dezembro de 2012. Acórdão disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/3522920152.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%-2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/sinonimos%3Dfalse>, acesso 28 de agosto de 2019.

83 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Mpv/mpv858.htm, acesso 28 de agosto de 2019.

84 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113814.htm, acesso 28 de agosto de 2019.

85 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9581.htm, acesso 28 de agosto de 2019.

86 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Decreto/D9740.htm, acesso 28 de agosto de 2019.

87 DEL’OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. Curso de Direito Internacional Privado, 12. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 252.

normativos de constituição têm dificuldade em chamá-las de sociedades empresárias. É importante destacar que nelas a binacionalidade não decorreria da soma de duas nacionalidades, mas de um regime jurídico próprio.

Deve-se, por fim, citar a existência da *sociedade anônima europeia* (SE). A rigor, não se trataria de fenômeno societário de plurinacionalidade, uma vez que sua natureza tenderia para o comunitário, ou seja, estaria desvinculada da nacionalidade de qualquer Estado europeu.

Criado pelo Regulamento CE 2.157 de 2001⁸⁸, este tipo societário, adota o formato de uma sociedade por ações (art. 1°, 2) e deve ter capital subscrito de, pelo menos, € 120.000,00 (Cento e vinte mil euros) (art. 4°, 2), tendo sede e administração central em um país europeu (art. 7°). A sociedade pode ser constituída quando estiver presente em outros países da União Europeia (via sucursais ou filiais) ou quando as sociedades que vierem a constituir a SE (via fusão, holding, etc.) regulem-se pelo Direito de, pelo menos, dois países da União Europeia. O propósito deste tipo societário é facilitar a atuação da sociedade em nível europeu, permitindo, por exemplo, a mobilidade da sede (eventualmente conveniente para o caso do BREXIT) e o uso de designação única e, especialmente, a atuação sob um único conjunto de regras e um sistema unificado de administração⁸⁹.

Pela sua natureza comunitária, o tratamento da SE é geral, relegando a legislação nacional parte do tratamento da sociedade, parcialmente harmonizada pela determinação da Diretiva 86/2001⁹⁰. A percepção, de parte da doutrina, é que

“Apesar de o objetivo do Regulamento n. 2.157/2001 ter sido criar um tipo societário uniforme, a *societas europaea*, no ambiente da Europa, a rigor, quando muito, chegou-se a uma harmonização dessa espécie de sociedade anônima nos Estados-Membros, por conta da incompletude e fragmentariedade de sua disciplina, que, em última instância, remete diversos temas relevantes ao ordenamento do Estado de situação da sede social.”⁹¹

88 EUROPA. Regulamento (CE) n.° 2157/2001 do Conselho, de 8 de Outubro de 2001, relativo ao estatuto da sociedade europeia (SE). Inteiro teor disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1414751773266&uri=CELEX:32001R2157>, acesso 28/08/2019.

89 SCHULZ, Martin; WASMEIER, Oliver. The Law of Business organizations. Heidelberg: Springer, 2012, p. 151.

90 EUROPA. Directiva 2001/86/CE do Conselho de 8 de Outubro de 2001 que completa o estatuto da Sociedade Europeia no que respeita ao envolvimento dos trabalhadores Inteiro teor disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0086&from=ES>, acesso 28/08/2019.

91 FÊRES, Marcelo Andrade. *Societas Europaea* (SE): o tipo da sociedade anônima transnacional no âmbito da Europa. In SILVA, Alexandre Couto (Coord.). Direito societário: estudos sobre

Conclui, ainda, FÉRES que, embora inove em grande medida (por exemplo na mobilidade da sede e estruturação orgânica da sociedade), esta sistemática não incentivaria a entrada de novos players, nem o fomento de novas atividades econômicas, servindo muito mais àquelas atividades que já se desenvolviam em nível multinacional. Seu destaque, então, ainda segundo o autor seria a inspiração de novas categorias jurídicas, a reflexão sobre a categoria da nacionalidade das sociedades e o incentivo do imaginário europeu (elemento psicológico)⁹².

GOULDING destaca que a proposta original era muito mais ambiciosa, mencionando-se uma categoria societária que teria atuação, registro e tratamento exclusivamente europeu⁹³. Ao final, optou-se pelo viés da harmonização, como se viu.

Apesar das críticas, grandes Companhias teriam aderido a esta estruturação societária⁹⁴. Aliás, a SE foi pensada para grandes sociedades. Para empresas menores que, como no Brasil, representam o maior número de sociedades empresariais na Europa, estuda-se a *Societas Privata Europaea* – Sociedade Privada Europeia (SPE). A proposta previa a criação de uma forma jurídica simplificada que favorecesse a constituição e o funcionamento de pequenas e médias empresas (PME) no mercado único europeu⁹⁵, mas acabou retirada em 2014⁹⁶.

CONCLUSÕES

O debate sobre a nacionalidade da pessoa jurídica no Direito brasileiro é antigo e apresenta interessantes nuances de interação entre a compreensão do Direito Privado e do Direito Internacional Privado. Eventuais imprecisões terminológicas e a natural complexidade do tema acrescentam dificuldade à análise. A conclusão que se impõe, contudo, é que a própria percepção da nacionalidade da sociedade precisa passar por cuidadosa revisão.

a lei das sociedades por ações. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 371.

⁹² FÉRES, Marcelo Andrade. *Societas Europaea* (SE): o tipo da sociedade anônima transnacional no âmbito da Europa. In SILVA, Alexandre Couto (Coord.). *Direito societário: estudos sobre a lei das sociedades por ações*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 372-375.

⁹³ GOULDING, Simon. *Company Law*, 2. Ed. Londres: Cavendish Publishing, 1999, p. 404-405.

⁹⁴ Allianz, BASF e Porsche são citadas por SCHULZ, Martin; WASMEIER, Oliver. *The Law of Business organizations*. Heidelberg: Springer, 2012, p. 152.

⁹⁵ Vide: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:mi0007&from=EN&isLegisum=true>, acesso em 28/08/2019.

⁹⁶ Vide: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2014:153:FULL&from=EN>, acesso em 28/08/2019.

Em primeiro lugar, deve-se destacar que a atuação da atividade empresarial em âmbito transnacional não depende da constituição de uma sociedade ou reconhecimento de um determinado tipo de personalidade jurídica. Estes atributos são buscados pelo empresário como “favorecimento”, ou melhor, como critério que lhe amplie as possibilidades de desenvolvimento de sua atividade. A negativa de reconhecimento nem sempre é encarada como óbice de atuação. Isto é especialmente verdade em um mundo em transformação em que negócios inovadores, inseridos em economias compartilhadas, realizados nas tramas de *internet*, prescindem de bases territoriais.

Em segundo lugar, hoje, a nacionalidade da pessoa jurídica em geral e da sociedade empresarial em especial também encontra o desafio de afirmação em ambientes de integração econômica, especialmente quando o tratamento jurídico pode vir a ser comunitário e não mais nacional.

Por fim, o conceito mais estreito de nacionalidade da sociedade empresarial também é desafiado quando se reconhece a possibilidade de um tratamento nacional plural, ou, nos exemplos buscados por este artigo, binacional.

Ainda que nem todos os exemplos tratados sejam, própria, unânime e estritamente, considerados societários, eles demonstram a existência de organização jurídica de uma determinada atividade empresarial, conferindo algum nível de tratamento binacional. Este reconhecimento pode ocorrer na cumulação de dois tratamentos nacionais, como ocorrer com a EBBA, ou na criação de tratamento jurídico internacional binacional, como ocorre com Itaipu e ocorreu com Alcântara Cyclone. Em todos os casos a binacionalidade ainda seria confirmada pela participação no investimento e divisão de seus resultados.

A complexidade do tema não permite respostas prontas, a exemplo da antiga – mas ainda atual – discussão sobre a natureza jurídica de Itaipu. Ela revela, por outro lado, a urgência na discussão seja como estratégia macroeconômica de inserção global e de relações internacionais (como Cyclone) ou de aprofundamento dos futuros projetos de integração regional (como EBBA).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARES, Walter T. *Natureza jurídica de Itaipu*. Revista do Instituto de Direito da Energia, [S.l.], n. 17, ago. 1975, p. 48-101.

AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução, 7. Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARGENTINA. Ley n° 23.935 de 18 de abril de 1991. Apruébase un Tratado para el Establecimiento del Estatuto de Empresas Binacionales Argentino- Brasileñas. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/335/norma.htm>, acesso em 28/08/2019

BEVILAQUA, Clovis. Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Editora Rio, s.d.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm, acesso em 28/08/2019.

BRASIL. Decreto n° 18.871 de 13 de agosto de 1929 que promulga a Convenção de direito internacional privado, de Havana. Inteiro teor disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=435904&id=14421668&idBinario=15693455&mime=application/rtf>, acesso em 28/08/2019.

BRASIL. Decreto n° 72.707 de 28 de agosto de 1973. Promulga o Tratado entre a República Federativa do Brasil e a República do Paraguai, para o Aproveitamento Hidrelétrico dos Recursos Hídricos do Rio Paraná, Pertencentes em Condomínio aos dois Países, desde e inclusive o Salto Grande de Sete Quedas ou Salto de Guaira até a Foz do Rio Iguacu, bem como as seis Notas trocadas entre os Ministros da Relações Exteriores dos dois países. Diário Oficial da União de 30/8/1973 e retificado em 11/9/1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D72707.htm, acesso em 28/08/2019.

BRASIL. Decreto n° 619 de 29 de julho de 1992. Promulga o Tratado para o Estabelecimento de um Estatuto das Empresas Binacionais Brasileiro-Argentinas, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Argentina. Diário Oficial da União de 30/07/1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0619.htm, acesso em 28/08/2019.

BRASIL. Decreto n° 2.400 de 21 de novembro de 1997 que promulga a Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Sociedades Mercantis, concluída em Montevideu, em 8 de maio de 1979. Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2400.htm, acesso em 28/08/2019.

BRASIL. Decreto n° 2.427 de 17 de dezembro de 1997 que promulga a Convenção Interamericana sobre Personalidade e Capacidade de Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado, concluída em La Paz, em 24 de maio de 1984. Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2427.htm, acesso em 28/08/2019.

BRASIL. Decreto n° 5.436 de 28 de abril de 2005. Promulga o Tratado entre a República Federativa do Brasil e a Ucrânia sobre Cooperação de Longo Prazo na Utilização do Veículo de Lançamentos Cyclone-4 no Centro de Lançamento de Alcântara, assinado em Brasília, em 21 de outubro de 2003. Diário Oficial da União de 29/04/2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5436.htm, acesso em 28/08/2019.

BRASIL. Decreto n° 8.494 de 24 de julho de 2015. Torna pública a denúncia, pela República Federativa do Brasil, do Tratado entre a República Federativa do Brasil e a Ucrânia sobre Cooperação de Longo Prazo na Utilização do Veículo de Lançamentos Cyclone-4 no Centro de Lançamento de Alcântara, firmado em Brasília, em 21 de outubro de 2003. Diário Oficial da União de 27/07/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8494.htm, acesso em 28/08/2019.

BRASIL. Decreto n° 9.581 de 23 de novembro de 2018. Regulamenta a Medida Provisória n° 858, de 23 de novembro de 2018, que dispõe sobre a extinção da empresa binacional Alcântara Cyclone Space, e organiza os trabalhos de sua inventariança. Diário Oficial da União de 23/11/2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9581.htm, acesso em 28/08/2019.

BRASIL. Decreto n° 9.740 de 28 de março de 2019. Prorroga o prazo de inventariança da extinta empresa binacional Alcântara Cyclone Space, de que trata o § 2° do art. 3° da Medida Provisória n° 858, de 23 de novembro de 2018, e altera o Decreto n° 9.581, de 23 de novembro de 2018, para prorrogar o remanejamento temporário dos cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS destinados a compor a inventariança. Diário Oficial da União de 29/03/2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Decreto/D9740.htm, acesso em 28/08/2019.

BRASIL. Decreto-lei n° 4.657 de 4 de setembro de 1942 que institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm, acesso em 28/08/2019.

BRASIL. Lei n° 6.404 de 15 de dezembro de 1976 que dispõe sobre as Sociedades por Ações. Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm, acesso em 28/08/2019.

BRASIL. Lei n° 8.080 de 19 de setembro de 1990 que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm, acesso em 28/08/2019.

BRASIL. Lei n° 10.406 de 10 de janeiro de 2002 que institui o Código Civil. Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm, acesso em 28/08/2019.

BRASIL. Lei n° 13.105 de 16 de março de 2015 que institui o Código de Processo Civil. Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm, acesso em 28/08/2019.

BRASIL. Lei n° 13.254 de 13 de janeiro de 2016 que dispõe sobre o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no País. Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/l13254.htm, acesso em 28/08/2019.

BRASIL. Lei n° 13.814 de 17 de abril de 2019. Dispõe sobre a extinção da empresa binacional Alcântara Cyclone Space. Diário Oficial da União de 18 de abril 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13814.htm, acesso em 28/08/2019.

BRASIL. Medida Provisória n° 858 de 23 de novembro de 2018. Dispõe sobre a extinção da empresa binacional Alcântara Cyclone Space. Diário Oficial da União de 23/11/2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Mpv/mpv858.htm, acesso em 28/08/2019.

BRASIL. Consultoria Geral da República. Parecer n° L-208 de 22 de setembro de 1978. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/7672>, acesso em 28/08/2019.

BRASIL. Departamento de Registro Empresarial e Integração. Instrução Normativa n°

15 de 5 de dezembro de 2013. Dispõe sobre a formação do nome empresarial, sua proteção e dá outras providências. Diário Oficial da União de 06/12/2013. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/SEMPE/DREI/INs_EM_VIGOR/IN_DREI_15_2013_alterada_pela_IN_63_2019.pdf, acesso 28/08/2019.

BRASIL. Departamento de Registro Empresarial e Integração. Instrução Normativa nº 6 de 5 de dezembro de 2013. Disciplina o arquivamento de atos de Empresas Binacionais Brasileiro-Argentinas no País. Diário Oficial da União de 06/12/2013. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/SEMPE/DREI/INs_EM_VIGOR/IN-DREI-06-2013.pdf, acesso 28/08/2019.

BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. Portaria nº 559 de 31 de agosto de 2006. Publica o Estatuto da empresa binacional Alcântara Cyclone Space. Diário Oficial da União de 04/09/2006. Disponível em: https://www.mctic.gov.br/mctic/opencms/legislacao/portarias/migracao/Portaria_MCT_n_559_de_31082006.html, acesso em 28/08/2019.

BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. Portaria nº 421 de 28 de maio de 2010. Publica o Estatuto da empresa binacional Alcântara Cyclone Space. Diário Oficial da União de 31/05/2010. Disponível em: https://www.mctic.gov.br/mctic/opencms/legislacao/portarias/migracao/Portaria_MCT_n_421_de_28052010.html, acesso em 28/08/2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 19.088-DF, Associação Brasileira das Empresas de Transporte de Valores versus Ministro de Estado da Justiça, Primeira Seção, Relator Min. Herman Benjamin, julgado em 14 de dezembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 1904. Ministério Público Federal versus Itaipu Binacional, União Federal e República do Paraguai. Relator Min. Marco Aurélio.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 1905. Ministério Público Federal versus Itaipu Binacional, União Federal, Tribunal de Contas da União e República do Paraguai. Relator Min. Marco Aurélio.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 1957. Ministério Público Federal versus Itaipu Binacional, União Federal e República do Paraguai. Relator Min. Marco Aurélio.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. Processo nº 035.229/2015-2, Relator Marcos Bemquerer, julgamento de 06 de dezembro de 2012. Acórdão disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/3522920152.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/sinonimos%3Dfalse>, acesso em 28/08/2019.

CASTRO, Amílcar de. Direito internacional privado, 6. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Comentada, 2. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. Curso de Direito Internacional Privado, 12. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro interpretada, 17. Ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

DOLINGER, Jacob. Direito Internacional privado: parte geral, 7. Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. Direito Internacional privado, 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DURÃES, Beatriz Schiffer. O indivíduo: sujeito de Direito Internacional Público. Revista da Faculdade de Direito UFPR. Curitiba, 1994/1995, nº 28, p. 141-148.

EUROPA. Directiva 2001/86/CE do Conselho de 8 de Outubro de 2001 que completa o estatuto da Sociedade Europeia no que respeita ao envolvimento dos trabalhadores Inteiro teor disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0086&from=ES>, acesso em 28/08/2019.

EUROPA. Regulamento (CE) n.º 2157/2001 do Conselho, de 8 de Outubro de 2001, relativo ao estatuto da sociedade europeia (SE). Inteiro teor disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1414751773266&uri=CELEX:32001R2157>, acesso em 28/08/2019.

FÉRES, Marcelo Andrade. Societas Europaea (SE): o tipo da sociedade anônima transnacional no âmbito da Europa. In SILVA, Alexandre Couto (Coord.). Direito societário: estudos sobre a lei das sociedades por ações. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 345-375.

FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. Sociedades comerciales. In FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Coord.). Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR. Buenos Aires: Zavalía, 2003, p. 1309-1352.

FRONTINI, Paulo Salvador. Itaipu Binacional: novo tipo de empresa? Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 15/16, 1974.

GARCEZ, José Maria Rossani. Curso de Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOULDING, Simon. Company Law, 2. Ed. Londres: Cavendish Publishing, 1999.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Transferência do risco contratual e Incoterms: breve análise de sua aplicação pela jurisprudência brasileira. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 5, 2013, p. 3885-3944.

GOMES, José Jairo. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012.

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, 12 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil, 4. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LIMA SOBRINHO, Barbosa. A nacionalidade da pessoa jurídica. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos políticos, 1963.

MAGALHÃES, José Carlos de. Nacionalidade da pessoa jurídica e a empresa multinacional. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 69, n. 2, p. 97-124, 1974.

MENEZES, Wagner. Derecho internacional en América Latina. Brasília: FUNAG, 2010.

MOURA, Aline Beltrame de O direito internacional privado entre a nacionalidade de Mancini e a cidadania da União Europeia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012, p.1058-1084.

OLIVEIRA, Odete Maria de. Teorias Globais: elementos e estruturas. Ijuí: Unijuí, 2005. Vol. I.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Inteiro teor disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Corte-Internacional-de-Justi%C3%A7a/estatuto-da-corte-internacional-de-justica.html>, acesso em 28/08/2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convencion interamericana sobre conflictos de leyes en materia de Sociedades mercantiles. Informações sobre a adesão ao Tratado disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-40.html>, acesso em 28/08/2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convencion interamericana sobre personalidad y capacidad de personas juridicas en el derecho internacional privado. Informações sobre a adesão ao Tratado disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-49.html>, acesso em 28/08/2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Casos en la Corte. Inteiro teor disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/demandas.asp>, acesso em 28/08/2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe n°71/15. Caso 12.879. Informe de fondo. Vladimir Herzog e outros v. Brasil. Inteiro teor disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoEs.pdf>, acesso em 28/08/2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes. Inteiro teor disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu_e.htm, acesso em 28/08/2019.

PARAGUAY. Ley n° 389 que Aprueba Y Ratifica El Tratado Entre La República Del Paraguay Y La República Federativa Del Brasil Para El Aprovechamiento Hidroeléctrico De Los Recursos Hidráulicos Del Río Paraná, Pertenecientes En Condominio A Los Dos Países, Desde E Inclusive El Salto Del Guaira O Salto Grande De Sete Quedas Hasta La Boca Del Río Yguazú, Suscrito El 23 De Abril De 1973, En Brasilia, Con Los Anexos A Estatuto De La Itaipu, B Descripción General De Las Instalaciones Destinadas A La Producción De Energía Eléctrica Y De Las Obras Auxiliares, C Bases Financieras Y De Prestación De Los Servicios De Electricidad De La Itaipu, Y Las Notas Reversales Intercambiadas Por Los Ministros De Relaciones Exteriores Del Paraguay Y Del Brasil En La Misma Fecha, Y Que Llevan Las Características De La Cancillería Paraguaya: N.r 3; N.r. 4; N.r. 5; N.r. 6; N.r. 7; N.r. 8. Inteiro teor disponível em: <https://paraguay.justia.com/nacionales/leyes/ley-389-jul-30-1973/gdoc/>, acesso em 28/08/2019.

REALE, Miguel. A estrutura jurídica de Itaipu. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 69(1), 255-266, 1974.

RÉGNIER, Leonardo Medeiros. Nacionalidade das sociedades comerciais. Curitiba: Juruá, 2002.

RODAS, João Grandino. Direito internacional privado brasileiro. São Paulo: RT, 1993.

STRENGER, Irineu. Direito Internacional Privado, 4. Ed., São Paulo: LTr, 2000.

SCHULZ, Martin; WASMEIER, Oliver. The Law of Business organizations. Heidelberg: Springer, 2012.

VAGTS, Detlev F. A empresa multinacional: um novo desafio ao direito internacional. Revista da Administração Pública, Rio de Janeiro, n° 9(2), abril/junho 1975, p. 48-52.

VALLADÃO, Haroldo. Lei reguladora do Estatuto pessoal. Revista da Faculdade de Direito UFPR. Curitiba, 1954, v.2, n.0, p. 19-43.

ZANINI, Gustavo. O tratado de Itaipu. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 69(1), 165-179, 1974.

TÉCNICAS TRADICIONAIS E NOVAS ORIENTAÇÕES METODOLÓGICAS DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO¹

Gustavo Becker Monteiro²

INTRODUÇÃO

Uma análise superficial da atual conjuntura global é suficiente para que se conclua que as relações privadas não mais se limitam às fronteiras de um único Estado. Com o avanço das tecnologias de comunicação e transporte, as conexões entre indivíduos de diferentes países se tornaram cada vez mais próximas.

A título exemplificativo, é possível mencionar uma série de situações aparentemente comuns que possuem um elemento internacional em sua base e geram reflexos no âmbito do direito privado. Tratam-se de casos como casamentos realizados entre brasileiros e alemães em terras italianas; a celebração de contratos de compra e venda entre empresas mexicanas e espanholas; a morte de pessoa de nacionalidade japonesa em território brasileiro, mas que era proprietário de bens localizados no Canadá, etc.

Diante da popularidade das relações jurídicas transfronteiriças, é possível inferir que a distância física, os diferentes idiomas e os limites territoriais não são impedimentos para que os indivíduos viabilizem o encontro de suas vontades. Essas relações, que há algumas décadas eram

¹ O presente artigo é resultado dos estudos desenvolvidos na disciplina de Direito Internacional Privado e Processual Europeu, oferecida no Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC no âmbito do Módulo Jean Monnet.

² Mestre em Direito Internacional pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com período de pesquisa na Universidade de Cambridge (Reino Unido) e Universidade de Milão (Itália). Graduado em Direito pela UFSC com período de mobilidade acadêmica junto à Swinburne University of Technology (Austrália). Pesquisador no Módulo Jean Monnet UFSC em Direito Internacional Privado Europeu. Integrante do corpo de avaliadores e pareceristas da Revista Avant – Revista Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da UFSC.

vinculadas apenas a altas classes sociais, hoje fazem parte do cotidiano dos povos.

1. O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

São justamente tais relações privadas vinculadas à uma conjuntura internacional que configuram o escopo do Direito Internacional Privado. Nádia de Araújo leciona em sua obra “Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira”:

O Direito Internacional Privado é um ‘direito sobre o direito’, com regras sobre a aplicação de um determinado direito, regulamentando a vida social das pessoas implicadas na ordem internacional. Em todos os sistemas jurídicos há regras criadas expressamente para essas categorias de situações conectadas a mais de um sistema jurídico, que são chamadas de “regras de conexão ou normas indiretas”. O sistema, consolidado no século XIX, está passando por grandes mudanças, em face da flexibilização da tradicional regra de conflito³.

Em regra, pode-se afirmar que o que se busca na resolução dos litígios internacionais é a estabilidade e a segurança jurídica das relações sociais internacionais, uma vez que os fatos devem sempre ser regidos por determinada lei e jurisdição interna. A partir desses aspectos, origina-se o papel primordial do estudo do Direito Internacional Privado na sua concepção tradicional: designar qual lei vai reger as relações sociais privadas internacionais⁴.

Nesse sentido, de acordo com André de Carvalho Ramos⁵:

Cabe ao Direito Internacional Privado (DIPr) reger justamente essa potencialidade de aplicação espacial de mais de um ordenamento jurídico, evitando sobreposição ou omissão (ausência de normas), bem como fixar a jurisdição em litígios contendo elementos de estraneidade (vínculos com mais de um ordenamento jurídico) e ainda regular o reconhecimento e a execução de decisões estrangeiras referentes a fatos transnacionais.

Ocorre que as características e o âmbito de aplicação do DIPr são interpretados de diversas formas, o que torna difícil a definição de um

3 ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira*. São Paulo: Editora Renovar, 2011. p. 40.

4 JO. Hee Moon. *Moderno direito internacional privado*. São Paulo: LTr, 2001. p. 34.

5 RAMOS, André de Carvalho. Direito internacional privado de matriz legal e sua evolução no Brasil. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul., v. 42, n. 137, 2015. p. 90.

conceito único e universal. Tradicionalmente, os países da *civil law* possuem uma perspectiva do DIPr como sendo “o direito da escolha da lei aplicável” (*governing law*), ou seja, um conjunto de normas que definem a lei que irá reger uma determinada relação jurídica com características advindas de mais de um sistema jurídico nacional (*choice of law rule*).⁶

Em países da *common law*, por sua vez, o conflito de leis é área regulada pela jurisprudência de forma a se solucionar questões decorrentes das diferentes disposições de lei pertencentes a sistemas jurídicos distintos. Dessa forma, o DIPr é estudado por juristas anglo-saxônicos no intuito de solucionar de forma rápida e eficaz casos concretos, nos quais existem elementos estrangeiros mesclados com elementos de direito interno privado. Esses estudos se voltam especialmente à determinação da jurisdição responsável pela lide, à escolha da lei aplicável e à execução de sentença estrangeira.⁷

Considerando tais diferenças, destaca-se ainda que, mesmo com os esforços verificados no decorrer da história no que tange à unificação das normas indicativas de Direito Internacional Privado, a maioria dos juristas o considera simplesmente um ramo do direito interno. Consequentemente, ainda que se possa definir uma ideia tradicional de DIPr, diferenças de entendimento serão constantemente encontradas ao se comparar sua aplicação nos diversos ordenamentos jurídicos.⁸

2. TÉCNICAS TRADICIONAIS

No que tange às técnicas tradicionais da disciplina, cabe destacar que o DIPr clássico se consolidou como uma disciplina com valores, objeto e método vinculados ao contexto da segunda metade do século XIX, caracterizado pelo capitalismo industrial em expansão, com revolução dos transportes e fluxos de bens e pessoas. Dessa forma, na fase clássica, a busca da escolha de lei e de jurisdição levaram à prevalência do método indireto, ou seja, aquele que, em face de um fato transnacional, aponta a norma nacional ou estrangeira que deve regulá-lo ou a jurisdição que deve conhecer de eventual litígio.⁹

6 JO, 2001, p. 41.

7 Ibidem, p. 42-43.

8 Ibidem, p. 44.

9 RAMOS, André de Carvalho. Evolução histórica do direito internacional privado e a consagração do conflitualismo. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. Ano. 3, n. 5, 2015. p. 440.

O método indireto mais conhecido e praticado pelos Estados na fase clássica foi o método de conflito que leis, que consiste na identificação do direito mais pertinente a cada relação jurídica transnacional, por meio da localização do centro da relação jurídica. Consagrado por Savigny¹⁰, o foco desse método é a relação jurídica, cujas características e natureza apontariam à sua sede, sendo a *lei do local da sede* o direito mais adequado para a regência de tal relação, o que exige a investigação de elementos existentes em cada relação jurídica, como, por exemplo, o lugar da situação de um bem, o lugar do cumprimento de uma obrigação, entre outros.¹¹

O desenvolvimento do método de conflito de leis utilizado para regular relações jurídicas teve início na Idade Média por obra de professores da Universidade de Bolonha, quando tentavam resolver os conflitos que surgiam entre os estatutos das cidades-estado italianas, em especial a partir do momento em que mercadores provenientes de diversas regiões passaram a se reunir, formando as grandes feiras de trocas comerciais. O direito internacional privado positivo, por sua vez, inaugura-se somente no século XIX com o surgimento das teorias de Savigny e Mancini e as grandes codificações normativas.¹²

Savigny foi responsável pelo desenvolvimento da teoria de que todos os indivíduos vivem em uma comunidade de direito internacional, de modo que se torna possível resolver os conflitos de leis relativos a relações privadas internacionais através da igualdade de tratamento entre a lei do foro e a lei estrangeira. Deste modo, o autor defende que toda relação jurídica possui uma sede, a qual é imposta pela natureza das coisas.¹³

Por sua vez, Mancini, grande impulsionador da codificação do direito internacional privado, defendia, conforme sua teoria da supremacia da nacionalidade, que é justamente a figura da nacionalidade que deve determinar a lei reguladora do estatuto pessoal¹⁴.

Percebe-se que as teorias do século XIX guiavam o direito internacional privado por caminhos universalistas, seguindo tendências concernentes a diferentes ordenamentos jurídicos sendo aplicados em

10 Savigny, Friedrich Carl von. *Sistema de Direito Romano Atual*: Vol. 8. Coleção Clássicos do Direito Internacional. Ijuí: Editora Unijuí, 2005. pp. 290-296.

11 Ibidem.

12 ARAÚJO, 2011, p. 392

13 SAVIGNY, 2005. pp. 290-296.

14 MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito internacional*. trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2003. p. 70.

Estados estrangeiros quando da ocorrência de casos previstos nas regras de DIPr. No entanto, o período entre guerras instigou o declínio dos avanços conquistados pela tendência universalista, uma vez que os ideais nacionalistas foram despertadas e cresceram drasticamente¹⁵.

Todavia, com o fim da segunda guerra mundial e o aumento de relações internacionais que exigiam a aplicação de regras de conflito de leis, o desenvolvimento do Direito Internacional Privado voltou a se destacar, principalmente em decorrência do fenômeno da descolonização e seu efeito de aumento do número de novos Estados independentes. Destaca-se, também, que nesse período, as regulamentações de DIPr começam a expandir seus limites para além das regras de conflitos de leis, e passam a ser estruturadas em algumas codificações de direito material internacional aplicáveis diretamente à situação jurídica em discussão, ao invés de definir normas para delimitação do conjunto normativo que a regularia¹⁶.

Ainda, não se pode deixar de destacar o papel dos países da América Latina no desenvolvimento do DIPr. Sobre o assunto, Nádya de Araújo leciona:

O papel da América Latina no desenvolvimento do DIPr não pode ser negligenciado. Foi no continente americano que pela primeira vez se promoveu a codificação internacional da matéria, com as grandes codificações do século XIX – Tratado de Lima (1877) e Tratados de Montevideu (1889/90) e início do século XX – Código Bustamante (1928) -, continuando este labor sob os auspícios da OEA, com a realização das Conferências Especializadas, CIDIPs.¹⁷

Ante todo o exposto e considerando que o enfoque desta pesquisa são os métodos tradicionais e as novas perspectivas metodológicas de Direito Internacional Privado, passar-se-á a analisar os elementos de conexão e regras de conflitos de leis verificadas no método tradicional da disciplina.

2.1. ELEMENTOS DE CONEXÃO E REGRAS DE CONFLITOS DE LEIS

Para que os conflitos de leis sejam resolvidos e para definir qual

15 ARAÚJO, 2011, p. 43-44.

16 Ibidem, p. 44.

17 Ibidem, p. 43.

legislação será aplicada à solução de uma lide que envolve, por exemplo, um contrato internacional, é necessária a utilização dos chamados elementos de conexão, que ligam uma relação entre particulares a um determinado ordenamento jurídico¹⁸.

Conforme leciona Luiz Olavo Baptista:

Elementos de conexão são aspectos de fato de uma relação jurídica que estabelecem uma ligação com o foro. Há vários elementos de conexão. Os mais conhecidos são a nacionalidade das partes de um contrato, seu domicílio, sede ou residência, o local onde o contrato foi celebrado, ou aquele onde se fez a oferta, ou deu-se a aceitação da proposta, ou, ainda, o local onde a obrigação principal deve cumprir-se, ou onde se encontra o bem objeto do contrato. Por vezes, combina-se mais de um elemento de conexão.¹⁹

Como tratado anteriormente, alguns autores acreditam que o objetivo fundamental do DIPr é aplicar às relações jurídicas internacionais o direito interno mais adequado, o que se realiza por meio da determinação do elemento de conexão.²⁰

Pode-se dizer, então, que os elementos de conexão nada mais são do que o critério que liga uma relação jurídica à lei aplicável. Por exemplo, a nacionalidade ou domicílio das partes, o local de celebração, execução ou pagamento do contrato, o país de origem da moeda utilizada no acordo, o foro escolhido pelas partes, entre outros.

Logo, enquanto o elemento de conexão é o critério que interliga a relação jurídica a determinado ordenamento, a regra de conflito de lei é a norma de direito internacional privado que vincula o elemento de conexão ao caso concreto. Por exemplo, no caso brasileiro, o artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)²¹, ao estabelecer que a lei aplicável para reger as obrigações será aquela do local onde elas foram constituídas, configura-se como uma regra de conflito de lei e o local de celebração como elemento de conexão.

18 BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*. São Paulo: Lex Editora, 2010. p. 33.

19 Ibidem.

20 JO, 2001, p. 148.

21 Decreto-Lei nº 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Inteiro teor: Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. § 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

Cada ordenamento jurídico possui suas próprias regras de conflitos de leis, de modo que, diferentes elementos de conexão são utilizados para definir a lei aplicável aos contratos internacionais, dependendo do país no qual a lide está sendo julgada²².

No que cabe ao momento de utilização dos elementos de conexão, o intérprete da lei os analisa no momento em que se determina a lei aplicável à uma relação jurídica. Escolhido ou localizado o elemento de conexão, o intérprete pode determinar a lei aplicável. No caso dos contratos internacionais, o seu emprego deve ocorrer também no momento da redação do contrato, uma vez que o redator precisa ter ciência acerca de qual lei está regendo a relação contratual, a fim de delimitar o conteúdo de suas cláusulas. Em outras palavras, caso haja litígio entre as partes, o juiz ou intérprete determinará o elemento de conexão a ser utilizado para definir a lei aplicável à relação jurídica, porém, no momento da elaboração do contrato, deve-se procurar prever a escolha do juiz através da análise das regras de direito internacional privado, para que se redija as cláusulas contratuais seguindo as regras de determinado ordenamento jurídico²³.

No caso da legislação brasileira, por exemplo, em que será aplicada ao contrato a lei do país onde o contrato foi celebrado, ao firmar-se no Brasil, um contrato de compra e venda internacional, as partes e o redator devem prever que, caso haja lide perante o judiciário nacional, a lei aplicável ao contrato será a brasileira. Logo, as cláusulas devem seguir as normas brasileiras de direito interno.

Considerando, então, que o elemento de conexão utilizado pelas normas brasileiras de direito internacional privado seja o local de celebração da no caso dos contratos, cabe destacar as particularidades desse elemento.

O local de celebração do contrato ou *lex loci contractus*, se apresenta como um dos elementos de conexão mais antigos e foi incorporado com grande popularidade dentre as legislações nacionais.²⁴ Tal popularidade se deu em decorrência da alta relevância das feiras comerciais que ocorriam na Idade Média, nas quais se celebravam os contratos de compra e venda

22 BAPTISTA, 2011. p. 34.

23 Ibidem.

24 Cabe destacar que, mesmo sendo signatário da Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (CIDIP V) ou *Convenção do México*, celebrada em 1994, que expressamente permite que as partes tenham a liberdade de definir a lei aplicável ao contrato, os tribunais brasileiros em sua maioria seguem aplicando o entendimento previsto no artigo 9º da LINDB, ou seja, é aplicada a lei do país no qual o contrato foi celebrado.

de mercadorias entre comerciantes advindos de diversas regiões. Como esses se reuniam em um local específico para realizar as trocas comerciais, fazia sentido que a lei aplicável fosse a do local de celebração do negócio.²⁵

No entanto, hoje, os contratos internacionais são celebrados geralmente entre ausentes, por e-mail, telefone, tornando-se muito difícil estabelecer o momento e o local da celebração, de forma que outros elementos de conexão se mostram mais eficazes²⁶. Áustria e Itália, por exemplo, não mais o utilizam, sendo a vontade das partes o elemento de conexão do contrato²⁷.

Henri Batiffol²⁸ aponta mais um obstáculo gerado pela aplicação da *lex loci contractus*: cada país escolhe o critério que entender mais conveniente para definir o momento da celebração do contrato, logo, em determinado ordenamento jurídico, o momento da celebração pode se dar no instante do aceite da última oferta, em outro, no momento do cumprimento da obrigação. Essa situação se distancia dos interesses dos comerciantes internacionais por gerar instabilidade de insegurança durante a celebração dos contratos.

Além do local da celebração das obrigações, outro elemento de conexão é o lugar da sua execução, ou *lex loci executionis*. Esse critério influencia fortemente a jurisprudência alemã nos casos de ausência de manifestação da vontade das partes acerca da lei aplicável. Esse fato demonstra a influência de Savigny frente a doutrina e a jurisprudência, uma vez que foi o ele que introduziu tal figura jurídica no ordenamento alemão, afirmando que é para a execução do contrato que tende a vontade das partes²⁹.

Battifol, por sua vez, defendeu que a utilização do local da execução como elemento de conexão que deve se sobrepor à utilização do local da celebração em razão da sua “maior relevância”. Isso porque, o local da execução nunca é acidental, é sempre planejado, o que nem sempre ocorre com o local da celebração³⁰. No entanto, ele também apresenta suas imper-

25 Dessa prática também se originou a *lex mercatória*, conjunto de costumes comerciais desenvolvidos pelos comerciantes e que guia o direito do comércio internacional até a atualidade.

26 BAPTISTA, 2011, p. 36.

27 RABEL, Ernest. *The conflict of laws: a comparative study*. 2. ed. Ann Arbor University of Michigan Law School: 1960. v. II. p. 476.

28 BATIFFOL, Henri. *Lez conflits de lois em matière de contrats: étude de droit international privé*. Paris: Sirey. 1938. p.3.

29 BAPTISTA, 2011. p. 37.

30 BATIFFOL, op. cit., p.81-82.

feições, por exemplo, pode haver mais de um local de execução do contrato. Nesse caso, será necessário definir qual o principal entre eles.

Há ainda mais uma inconsistência na utilização da *lex loci executionis*, essa levantada por Van Hecke³¹, que afirmou estar prejudicado tal elemento de conexão nos casos em que os contratos possuírem o lugar de execução indefinido, como nos empréstimos sem definição específica acerca do local de pagamento.

No que se refere à utilização da nacionalidade das partes como elemento de conexão, Mancini ocupa o posto de expoente na análise desse critério. Na aula inaugural da cadeira de direito internacional da Universidade de Turim, em 1851, intitulada “*Della Nazionalità come Fondamento del Diritto dele Gente*”, o autor italiano defendeu a primazia da nacionalidade como base de todo direito internacional, assim como, da existência dos países e das leis. Dizia Mancini que, sendo a lei italiana fruto de seus costumes, idioma e representando uma vontade geral, ela sempre deve ser aplicada aos italianos, não importa onde se encontrem³².

Colhe-se da referida aula lecionada por Mancini em Turim:

(...) Haverá de provar enfim a verdade daquela frase de Vico “que as coisas fora do seu estado natural não se acomodam, nem duram”, mostrando-nos a perene importância de todos os artifícios humanos contra a necessidade da natureza, a inutilidade de todas as repetidas tentativas, no decorrer dos séculos, para oprimir sob a mole de gigantescas criações políticas, o grande fato natural da divisão da humanidade em nacionalidades distintas por caracteres bem mais certos e duradouros que os instáveis arbítrios das combinações diplomáticas³³.

Seria possível ainda tratar em detalhes de outros elementos de conexão como o domicílio e a residência das partes, a moeda utilizada na transação, ou o idioma. No entanto, considera-se que os três elementos abrangidos até então são suficientes para elucidar o entendimento clássico acerca da matéria e embasar as explicações que seguem.

31 VAN HECKE, Gerald. *Problèmes Juridiques des Emprunts Internationaux*. 2. ed. Leyden: Brill, 1964. pp. 41-43.

32 MANCINI, trad. Ciro Mioranza. 2003. pp. 70-74.

33 Ibidem. p. 70.

2.2. A AUTONOMIA DA VONTADE NA ESCOLHA DO DIREITO APLICÁVEL

Conforme tratado anteriormente, um dos elementos de conexão mais utilizados é a designação da lei aplicável pelas próprias partes. Essa designação é vinculada ao chamado “princípio da autonomia da vontade”, que se tornou quase universalmente aceito, sendo adotado em diversas leis e regramentos internos, destacando-se, os países de *common law*, e, ainda, convenções internacionais³⁴, como a própria Convenção de Viena sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

Verifica-se que os diversos elementos de conexão e a dependência da aplicação desses em relação às regras de conflitos de normas vinculadas ao direito internacional privado de cada estado gera lacunas e incertezas no cenário internacional considerando as variadas legislações nacionais as quais os indivíduos precisam lidar.³⁵ No entanto, essas lacunas vão contra os interesses dos próprios indivíduos, que buscam primariamente certeza e segurança em suas transações. Dessa forma, uma das saídas encontradas pela prática internacional é a escolha da lei aplicável às obrigações. Em outras palavras, essa escolha significa definir de antemão qual lei será aplicada às obrigações, garantindo seu alinhamento à lei escolhida, considerando que a obrigação deve estar ligada a uma ordem jurídica que dê eficácia à vontade das partes, e que permita preencher eventuais lacunas³⁶.

No que se refere aos aspectos históricos do desenvolvimento do princípio da autonomia da vontade no direito internacional privado, atribui-se relevante contribuição a Charles Dumoulin, jurista francês do século XVI. Em sua época, o direito francês ainda não havia sido unificado nacionalmente e as leis provenientes das diferentes províncias eram tidas como direito estrangeiro entre si, assim como ocorria nas cidades italianas. Nesse contexto, Dumoulin guiou fortemente suas ideias para defender a escolha das partes no que cabia à lei que regeria os contratos internacionais e regimes patrimoniais³⁷.

Na prática do Direito Internacional Privado, o uso da expressão “autonomia da vontade”, ao se tratar da escolha da lei aplicável ao contrato,

34 ARAÚJO, 2011. p. 393.

35 BAPTISTA, op. cit., p. 46.

36 *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, nº 14. Milão: Casa Editrice Giuffrè, 1978.

37 ARAÚJO, 2011 de. p. 391.

designa mais de uma forma de conectar o instrumento contratual a determinado sistema jurídico. A vontade das partes pode ser praticada de forma expressa ou implícita. No caso de ser implícita, ela é deduzida da interpretação do contrato ao invés de haver uma cláusula declarando objetivamente qual lei deverá ser aplicada. Por sua vez, a escolha expressa não apresenta grandes obstáculos no que se refere à intenção das partes, uma vez que elas já manifestaram sua vontade de se submeter à determinada legislação³⁸.

Nesse sentido, ainda que haja legislações como a Lei Austríaca de 1978, e a Convenção de Roma de 1980, que defendem a liberdade irrestrita das partes, existem impedimentos, que se apresentam como limites à aplicação do princípio da autonomia da vontade. No âmbito interno, o principal limite é o respeito ao “princípio da ordem pública”, ou seja, a impossibilidade de aplicação de regras que vão contra as leis imperativas nacionais.³⁹

No caso do respeito à ordem pública no âmbito interno, se o direito estrangeiro escolhido como lei aplicável apresenta algum tipo de perturbação ou descumprimento à ordem jurídica estabelecida pela legislação nacional do foro, sua aplicação pode ser excluída. No entanto, cabe salientar que os impedimentos à aplicação da lei estrangeira em âmbito interno são exceções aos princípios de Direito Internacional Privado, uma vez que, a prática comum é a possibilidade de aplicação prevendo tratamento igualitário entre o direito nacional e estrangeiro. Tal possibilidade é averiguada a partir da aplicação prática do direito de outro país no caso concreto⁴⁰.

No ordenamento jurídico brasileiro, conforme as regras da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de 1942, não há previsão legal que possibilite a aplicação do princípio da autonomia da vontade das partes. Tal possibilidade era prevista na LINDB de 1916, uma vez que, Clóvis Beviláqua previu o local da celebração do contrato como elemento de conexão “salvo estipulação em contrário”, o que possibilitava que as partes definissem a lei aplicável. No entanto, a LINDB de 1942, o qual se utiliza até os dias de hoje, suprimiu tal expressão, de forma a criar grande discussão na doutrina especializada acerca da exclusão ou não do princípio.⁴¹

38 Ibidem.

39 BAPTISTA, 2011. pp. 50-59.

40 JO, 1998. pp. 190-191.

41 ARAÚJO, 2011. pp. 393-396.

Assim, após a verificação de características fundamentais do direito internacional privado, da definição de elementos de conexão, regras de conflitos de leis e a liberdade das partes em escolher a lei aplicada às obrigações, esta pesquisa irá se ater às novas orientações metodológicas da disciplina.

3. NOVAS ORIENTAÇÕES METODOLÓGICAS

A velocidade, a ubiquidade e a liberdade são marcas da modernidade. Da primeira característica, Erik Jayme enuncia a constatação de a velocidade “se tornar um valor jurídico, com impacto visível no direito internacional privado, qual seja o interesse do legislador e do juiz concentrado nas medidas provisórias rápidas”⁴²

Tendo a velocidade das relações jurídicas como escopo, uma grande crítica aos métodos clássicos de DIPr é que ele esvazia e despolitiza a disciplina, apresentando a matéria como pretensamente neutra em face dos diversos conflitos regulatórios da sociedade moderna. Eventuais injustiças não seriam criadas pelo DIPr, mas sim pelas regras materiais (nacionais ou estrangeiras) apontadas. Dessa forma, a tradicional preocupação do DIPr em solucionar conflitos espaciais de normas apontando um ordenamento jurídico específico de forma direta foi substituída pela atenção à melhor solução do ponto de vista do Direito Material.⁴³

A solução encontrada na denominada revolução americana no Direito Internacional Privado foi a adoção de cláusulas amplas e gerais para a determinação do Direito aplicável às relações jurídicas privadas espacialmente dispersas ou heterogêneas. Nesse contexto, foca-se nos efeitos da expressão “o ordenamento jurídico mais pertinente ao caso concreto” para determinação do Direito aplicável.⁴⁴ Entretanto, a flexibilidade adotada pelo sistema norte-americano gera, impreterivelmente, certa imprevisibilidade das partes litigantes, considerando que a análise da lei mais próxima ao caso concreto pode ser de veras subjetiva pelo aplicador.

Dessa forma, a diferença principal entre a perspectiva multilateralista

42 JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. In: ARAÚJO, Nádia; MARQUES, Claudia Lima, org. *O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.5.

43 RAMOS, André de Carvalho. Evolução histórica do direito internacional privado e a consagração do conflitualismo. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. Ano. 3, n. 5, 2015. p. 441.

44 ARAÚJO, 2011. pp. 405-407.

européia e a corrente americana se apresenta de forma que a previsibilidade e objetividade da primeira pode acarretar na escolha de lei aplicável sem íntimas relações ao litígio, enquanto a flexibilidade da segunda tende a gerar ausência de segurança jurídica pelas partes. Como consequência, cabe ao Direito Internacional Privado pós-moderno o papel de neutralizar esta divergência, o que o faz com a pluralidade metodológica.

Observa-se que além dos métodos multi ou unilateral de escolha de lei nacional para regulação de relações jurídicas – quais sejam os métodos europeu e americano -, há atualmente um Direito material transnacional vigente, emanado dos costumes comerciais, projetos de unificação de regras contratuais internacionais e a construção de uma jurisprudência de casos solucionados por arbitragens internacionais. Este Direito, por vezes, é também empregado pelos órgãos estatais, como auxílio na compreensão de suas normas jurídicas. Neste sentido, estas normas instruem como proceder na sua aplicação ao litígio de forma que “os princípios enunciados pela Convenção podem ser tomados em consideração, para decidir questões que a Convenção reserva ao direito nacional”⁴⁵.

Dessa forma, as novas concepções de Direito Internacional Privado avançam do que seria a mera indicação do direito nacional aplicável a uma relação jurídica e se direcionam à construção de uma disciplina jurídica formada também por normativas transnacionais aplicáveis pelos juízes nacionais.

Linhas de estudos modernas avançam para uma concepção de Direito Internacional Privado denominada como “materialista”. Teresita Saracho Cornet e Adriana Dreyzin de Klor⁴⁶ asseveram que, esta concepção, trata a disciplina como “um conjunto sistemático de normas e princípios que regulam as relações privadas nas quais aparecem um ou mais elementos alienígenas, tendentes a determinar competências e o direito aplicável”.

Verifica-se, assim, uma mudança de concepção exclusiva da perspectiva clássica vinculada à restrita determinação da lei aplicável para uma “tendência” à essa determinação, de forma a se incluir um conjunto de normas que regulam as relações privadas que apresentem elemento(s) de estraneidade. Exemplos de tais normas pode ser dados pela CISG e

45 JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. In: *Cadernos de Pós-Graduação em Direito*. Vol. I. n. 1. Porto Alegre: UFRGS, 2004. p. 109.

46 CORNET, Teresita Saracho; DE KLOR, Adriana Dreyzin. *Derecho Internacional Privado: Una Visión Actualizada de las Fuentes*. Córdoba: Advocatus, 2003. p.13.

os próprios instrumentos normativos elaborados por instituições como a Conferência da Haia para o Direito Internacional Privado e a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL).

Dessa forma, atingindo um patamar em que as regras de conflitos de leis se somam à uma gama de corpos normativos materiais, o Direito Internacional Privado entra novamente em voga culminando em um retorno aos elevados números de produções acadêmicas. Os conflitos de lei se tornaram centrais para muitas análises jurídicas novamente, porém, agora, indo muito além de sua esfera tradicional de escolha da lei nacional aplicável, mas abrangendo também novos conflitos entre qual normativa de natureza transnacional é aplicável à relação jurídica internacional.⁴⁷

CONCLUSÃO

A disciplina de Direito Internacional Privado vem sofrendo grandes transformações no decorrer dos últimos séculos. No entanto, os avanços tecnológicos dos séculos XX e XXI fizeram com que essa matéria se transformasse de forma ainda mais intensa nas últimas décadas.

Com a dinamicidade das relações jurídicas transnacionais, os clássicos modelos de conflitos de leis não se apresentam mais como passíveis de resolver os constantes conflitos que emergem das relações interpessoais transfronteiriças.

De forma alguma, toda a bagagem teórica dos métodos desenvolvidos por Savigny, Mancini, Story, entre outros, deixam de ser aplicados a partir das novas perspectivas da disciplina. No entanto, tais teorias atualmente são bases para métodos que tentam acompanhar a rapidez e objetividade do mundo globalizado.

Assim, observa-se a soma das novas correntes materialista de DIPr aos clássicos ideais de conflitos de leis, formando uma matéria ainda mais complexa e que se torna cada vez mais relevante para o atual cenário global.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira*. São Paulo: Editora Renovar, 2011

47 MICHAELS, Ralf. Post-critical Private International Law From Politics to Technique. In: WATT. Horatia Muir; ARROYO, Diego P. Fernández. *Private International Law and Global Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 54.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*. São Paulo: Lex Editora, 2010.

BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

BATIFFOL, Henri. *Lez conflits de lois em matière de contrats: étude de droit international privé*. Paris: Sirey, 1938

CORNET, Teresita Saracho; DE KLOR, Adriana Dreyzin. *Derecho Internacional Privado: Una Visión Actualizada de las Fuentes*. Córdoba : Advocatus, 2003.

JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. In: ARAÚJO, Nádia; MARQUES, Claudia Lima, org. *O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. In: ARAÚJO, Nádia; MARQUES, Claudia Lima, org. *O Novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

JO. Hee Moon. *Moderno direito internacional privado*. São Paulo: LTr, 2001.

MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito internacional*. trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2003

MICHAELS, Ralf. Post-critical Private International Law From Politics to Technique. In: WATT. Horatia Muir; ARROYO, Diego P. Fernández. *Private International Law and Global Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Quaderni di Giurisprudenzia Commerciale, nº 14. Milão: Casa Editrice Giuffré, 1978.

RABEL, Ernest. *The conflict of laws: a comparative study*. 2. ed. Ann Arbor University of Michigan Law School: 1960. v. II.

RAMOS, André de Carvalho. *Direito internacional privado de matriz legal e sua evolução no Brasil*. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul., v. 42, n. 137, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Evolução histórica do direito internacional privado e a consagração do conflitualismo*. Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. Ano. 3, n. 5, 2015. p. 440.

Savigny, Friedrich Carl von. *Sistema de Direito Romano Atual: Vol. 8. Coleção Clássicos do Direito Internacional*. Ijuí: Editora Unijuí., 2005.

VAN HECKE, Gerald. *Problèmes Juridiques des Emprunts Internationaux*. 2. ed. Leyden: Brill, 1964.

Os estudos aqui apresentados foram cuidadosamente elaborados por professores do Brasil e do exterior, especialistas em temas de direito internacional privado e europeu, envolvendo quinze universidades e institutos de pesquisas parceiros, dos quais sete são estrangeiros.

O livro foi produzido com financiamento obtido junto à Comissão Europeia no âmbito do Módulo Jean Monnet instituído no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Projeto (600067-EPP-I-2018-I-BR-EPPJMO-MOD-ULE). As ações Jean Monnet 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.

A presente obra, portanto, se propõe a divulgar os resultados dos estudos promovidos pelos projetos de pesquisa desenvolvidos pelo Módulo Jean Monnet UFSC que tem por objetivo analisar a crescente regulamentação normativa das relações privadas que possuam elementos de estraneidade por parte das instituições da União Europeia e os desafios enfrentados para a harmonização regional dessas normas de direito internacional privado. As pesquisas ora apresentadas procuram conduzir o leitor à reflexão sobre os novos rumos e desafios acerca dos contornos e transformações do direito internacional privado na atualidade, levando em consideração as particularidades e potencialidades da sua regulamentação em nível nacional, internacional e perante os processos de integração regional. Certamente, a União Europeia impulsiona o movimento de uniformização no plano regional por ter elaborado, ao longo dos últimos anos, uma gama invejável de normativas com o escopo de promover a regulamentação não apenas das normas de conexão, mas também de regras materiais que solucionam problemas internacionais que afetam os indivíduos que circulam livremente dentro de espaço europeu de liberdade, segurança e justiça.

Nesta obra, contamos com os estudos de professores e pesquisadores da Universidad de Sevilla (Espanha), University of Florida (Estados Unidos), Doshisha University (Japão), European Institute of International Studies (Suécia), Clingendael Institute (Países Baixos), Universidade de Lisboa (Portugal), Università degli Studi di Milano (Itália), Universidad de Lima (Peru), Universidade Federal de Minas Gerais, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Universidade de São Paulo, Universidade do Estado do Rio De Janeiro, Universidade Federal de Santa Catarina, Universidade de Passo Fundo, Unicuritiba e Unochapecó, os quais possibilitaram o estabelecimento de perspectivas e análises diferenciadas, mas que ao mesmo tempo se complementam e valorizam o intercâmbio de conhecimento em prol da construção de um saber jurídico crítico e reflexivo.



EMais
Editora & Livraria Jurídica
Coletânea de Artigos

Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-94142-85-6



9 788594 142856