REVISTA DO PROGRAMA DE DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

Número 9

Cátedra Jean Monnet da FGV Direito Rio

Organizadora

Paula Wojcikiewicz Almeida

Education and Culture DG
Lifelong Learning Programme

FGV DIREITO RIO

REVISTA DO PROGRAMA DE DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

CÁTEDRA JEAN MONNET DA FGV DIREITO RIO

Edição produzida pela FGV Direito Rio

Praia de Botafogo, 190 | 13º andar
Rio de Janeiro | RJ | Brasil | CEP: 22250-900
55 (21) 3799-5445
www.fgv.br/direitorio

REVISTA DO PROGRAMA DE DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

CÁTEDRA JEAN MONNET DA FGV DIREITO RIO

Número 9

ORGANIZADORA
PAULA WOJCIKIEWICZ ALMEIDA

EDIÇÃO FGV DIREITO RIO
Obra Licenciada em Creative Commons
Atribuição — Uso Não Comercial — Não a Obras Derivadas



Impresso no Brasil.
Fechamento da 1ª edição em julho de 2019.
Este livro consta na Divisão de Depósito Legal da Biblioteca Nacional.

Este material, seus resultados e conclusões são de responsabilidade dos autores e não representam, de qualquer maneira, a posição institucional da Fundação Getulio Vargas / FGV Direito Rio.

Coordenação: Rodrigo Vianna, Sérgio França e Thaís Mesquita
Capa: Thales Estefani
Diagramação: Leandro Collares — Selênia Serviços
1ª revisão: Marcia Glenadel Gnanni
2ª revisão: Erika Nogueira

Ficha catalográfica elaborada pela
Biblioteca Mario Henrique Simonsen / FGV

Revista do Programa de Direito da União Europeia : cátedra Jean Monnet da FGV Direito Rio. — N.9 (2019) — . — Rio de Janeiro : FGV Direito Rio, 2019.
80 p.

Organizadora: Paula Wojcikiewicz Almeida.
Inclui bibliografia.
ISBN: 978-85-9597-034-2

1. União Europeia — Periódicos. 2. Direito internacional público — Periódicos. I. Almeida, Paula Wojcikiewicz. II. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.

CDD — 341.115

SUMÁRIO

I — APRESENTAÇÃO DA OBRA 7

II — ARTIGOS 11

BRITISH ENVIRONMENTAL LAW WITHIN THE BREXIT PERSPECTIVE: AN ANALYSIS OF MAIN PROBLEMS AND DESIRABLE SOLUTIONS 13
Daniel D'Elia da Costa

TRÊS PERSPECTIVAS SOBRE A REVERBERAÇÃO DO BREXIT NO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO REGIONAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA 27
João Carlos Cochlar

A PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA NÃO COSTUMEIRA NO DIREITO INTERNACIONAL DO COMÉRCIO: AS RECLAMAÇÕES DE PARTICULARES NO MERCOSUL 41
Pedro Farias Oliveira

MULTILINGUISMO NA UNIÃO EUROPEIA: DESAFIOS À IGUALDADE LINGUÍSTICA 65
Thais Miranda e Borges

I — APRESENTAÇÃO DA OBRA

Apresento ao leitor o nono volume da **Revista do Programa de Direito da União Europeia**. O livro constitui uma publicação dos trabalhos de conclusão de curso dos alunos inscritos na *Cátedra Jean Monnet* da FGV DIREITO RIO e selecionados por ela, no segundo semestre de 2017. A FGV DIREITO RIO é uma das poucas Instituições de Ensino Superior do Brasil eleitas para contar com o apoio institucional e financeiro da Comissão Europeia.

A *Cátedra Jean Monnet* segue na linha do anterior *Módulo Jean Monnet* e é composta por diversas atividades no âmbito do ensino e da pesquisa do Direito da União Europeia, bem como de outros sistemas de integração sob a óptica comparada. Entre as atividades da Cátedra, oferecemos o curso sobre "Regionalismo Comparado", inovador, realizado no escopo do Programa Erasmus + da Comissão Europeia, que se insere no objetivo do bloco de estimular o ensino, a pesquisa e a reflexão de temas relacionados à integração europeia em instituições de ensino superior dentro e fora da União. É com esse objetivo que é publicado o nono volume da Revista, o qual conta com trabalhos de alunos internos e externos à FGV DIREITO RIO.

O curso possui duração de um semestre e é ministrado nas instalações da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Concentra-se nas organizações regionais com foco comparado, abordando-se, entre outros temas, o Direito Institucional da União Europeia, bem como o Direito Institucional do Mercosul. O curso é interdisciplinar e envolve questões não apenas relacionadas ao Direito, mas também às relações e à política internacionais. A interdisciplinaridade constitui a maior riqueza e atrativo do curso e se reflete igualmente na presente publicação.

Os trabalhos ora apresentados relacionam-se com os assuntos tratados durante o curso, mas não se limitam a eles. A presente edição traz quatro contribuições acerca de temas importantes e atuais da integração europeia e comparada.

O primeiro trabalho foi produzido pelo aluno Daniel D'Elia da Costa. Intitulado *"British environmental law within the Brexit perspective: an analysis of main problems and desirable solutions*", ele tem enfoque no impacto do Brexit

na legislação do Reino Unido, em especial no aspecto do direito ambiental. Com esse objetivo, analisa as perspectivas de transposição e importação das leis, *accountability* e adaptação institucional, além da transparência do processo.

A segunda contribuição, de autoria do aluno João Carlos Cochlar, "Três perspectivas sobre a reverberação do Brexit no processo de integração regional: uma análise crítica", também analisa o Brexit, debruçando-se sobre o questionamento se tal evento é ou não um símbolo de retrocesso da integração regional.

O terceiro artigo, de autoria do aluno Pedro Farias Oliveira, tem como tema "A proteção diplomática não costumeira no Direito Internacional do comércio: as reclamações de particulares no Mercosul". O autor busca avaliar os processos iniciados por particulares no Mercosul para demonstrar que a institucionalização dos sistemas de solução de controvérsias no Direito Internacional do Comércio não garante o acesso à justiça.

Por fim, o quarto artigo foi escrito pela aluna Thais Miranda e Borges, com o título "Multilinguismo na União Europeia: desafios à igualdade linguística". Neste trabalho, a autora apresenta a questão do multiculturalismo na União Europeia, em particular quanto à diversidade linguística. Para tanto, são abordadas a questão da inclusão de línguas oficiais na organização, o surgimento de uma língua franca e a interpretação da legislação multilíngue pelo TJUE.

Todos os tópicos abordados demonstram que o nono volume da **Revista do Programa de Direito da União Europeia** da Cátedra Jean Monnet vem igualmente contribuir para o estudo do Direito do bloco no Brasil, favorecendo a difusão e a pesquisa de temas relevantes e atuais cuja importância afigura-se crescente.

No término desta apresentação, gostaria de agradecer a todos que tornaram possível a elaboração deste livro, em especial a Gabriela Hühne Porto, assistente acadêmica da Cátedra Jean Monnet, e a Mariana Gouveia de Oliveira, estagiária do Centro de Justiça e Sociedade da FGV Direito Rio. Agradeço, também, aos alunos que se destacaram no curso em virtude da qualidade de seus trabalhos que ora são publicados e aos professores convidados que participaram de nossa Cátedra e enriqueceram-na.

Paula Wojcikiewicz Almeida
Coordenadora da *Cátedra Jean Monnet* da FGV DIREITO RIO.[1]

1 Professora de Direito Internacional com dedicação em tempo integral da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO RIO). Coordenadora da Cátedra Jean Monnet, financiada pela Comissão Europeia e pesquisadora do Centro de Justiça e Sociedade da FGV DIREITO RIO. Pesquisadora associada do Institut de Recherche en Droit International et Européen de la Sorbonne (IREDIES). Eleita representante brasileira do International Law Association Committee on the Procedure of International Courts and Tribunals. Coordenadora do Interest Group on "International Courts and Tribunals" of the Latin American Society of International Law (LASIL). Doutora *summa cum laude* em Direito Internacional e Europeu pela École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1. Doutora

em Direito Internacional e Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (cotutela). Mestre em Direito Público Internacional e Europeu pela Université Paris XI, Faculté Jean Monnet. Aluna de cursos de aperfeiçoamento na Academia de Direito Internacional da Haia (2005, 2011 e 2013); Organização dos Estados Americanos (2006, 2007, 2009) e Instituto Europeu de Florença (2007). Pesquisadora bolsista do Centro de Estudos e de Pesquisas em Direito e Relações Internacionais da Academia de Direito Internacional da Haia (2010). Pesquisadora visitante no Max Planck Institut for Comparative Public Law and International Law, na Faculty of Law da University of Oxford e na École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (2019). Atuante nas linhas de pesquisa: Direito das Organizações Internacionais; Direito da Integração Econômica; Solução pacífica das controvérsias internacionais e Tribunais Internacionais. Autora de diversos artigos e livros relacionados às linhas de pesquisa, dentre os quais *La difficile incorporation et mise en oeuvre des normes du Mercosur: aspects généraux et exemple du Brésil* (LGDJ, 2013).

II — ARTIGOS

BRITISH ENVIRONMENTAL LAW WITHIN THE BREXIT PERSPECTIVE: AN ANALYSIS OF MAIN PROBLEMS AND DESIRABLE SOLUTIONS

Daniel D'Elia da Costa[1]

Abstract

Brexit will have a major impact on the United Kingdom's legislation. When it comes to environmental law, the blow is going to be especially strong, generating the need to explore all the problems and possible solutions. Three main categories were considered in this work for dividing the main issues concerning environmental legislation and the Brexit process: transposition or importation of laws; accountability and institutional adaptation; and transparency of the process. Those points are the core areas from where the major puzzles may arise during the Brexit development and the British Government will need to act in order to prevent any governance or legislative gaps inside its own domestic legal environmental structure. Due to the complexity of the situation, the solutions are far from obvious, and need to be well designed so as to fight against the risks of environmental deterioration. Nevertheless, some consensus can be achieved — some were already attained in a certain way — and the aim of this paper is to explore them, alongside a further analysis of the afore mentioned problems. The Brexit road is sinuous and convoluted, but it needs to be walked down and great efforts must be done.

Key words

Brexit. Environmental law. UK and EU environmental policy. Accountability. Withdrawal from EU. Legislation transition.

Resumo

O Brexit terá enorme impacto na legislação do Reino Unido. Em se tratando de lei ambiental, o golpe vai ser especialmente forte, causando a necessidade de explorar todos os problemas e possíveis caminhos para superá-los. Três categorias principais foram consideradas neste trabalho para dividir os principais con-

1 International Relations bachelor at Federal University of Rio de Janeiro (UFRJ) and former research assistant at Interdisciplinary Center for Studies on Africa, Asia and South-South Relations (NIEAAS — UFRJ).

tratempos relativos à legislação ambiental e à saída do Reino Unido da União Europeia: transposição ou importação de leis; responsabilização e adaptação institucional; e transparência do processo. Esses são os pontos de onde surgem os enigmas centrais durante o desenvolvimento do Brexit, e o governo Britânico precisará agir com vistas a prevenir quaisquer brechas de governança e de legislação dentro de seu arcabouço legislativo doméstico. Devido à complexidade da situação, as soluções estão longe do óbvio e precisam ser bem desenhadas a fim de lutar contra os riscos ao meio ambiente. Ainda assim, alguns consensos podem ser atingidos — uns já foram alcançados de certo modo —, e o objetivo deste artigo é explorá-los, junto com uma análise mais aprofundada dos problemas citados. A estrada do Brexit é sinuosa e conturbada, mas é preciso percorrê-la, e esforços contundentes devem ser congregados.

Palavras-chave

Brexit. Legislação ambiental. Políticas ambientais europeias e britânicas. Responsabilização legal. Saída da União Europeia. Transição legislativa.

Introduction

The decision of the British Government to invoke Article 50 of the Treaty on the European Union (TEU) on March 29th, 2017 confirmed the decision, taken via public referendum, to withdraw the United Kingdom from the political and economic union. This decision has a major impact in the country's legislation in general, due to the 40 year history of EU law production that was embedded into national rules. According to specialists, it is impossible to define the exact share of influence of EU law within domestic British law-making, but they claim that any answer between 13% and 62% is a valid one,[2] confirming the extreme difficulty to coordinate the legal adaptations that need to be implemented before March 2019. When it comes to environmental legislation, the situation is even more challenging, because of the transversal, multi-jurisdictional, transnational and horizontal characteristics of this type of law. The problems and questions that arise from Brexit regarding environmental regulation are thus of diverse matters.

Institutional and normative issues deriving from this process can be divided into at least three main categories.[3] In the first place, there is the matter of converting all the EU environmental legislation into the British regiment. This seems simple, since the UK could just import all the laws concerning the envi-

2 COLEMAN, Clive. Reality Check: How Much UK Law Comes from the EU? **BBC**. 8 June 2016. 18 November 2017. <http://www.bbc.com/news/uk-politics-eu-referendum-36473105>.

3 SCOTFORD, Eloise; BOWMAN, Megan. Brexit and Environmental Law: Challenges and Opportunities. **King's Law Journal**, 27:3, 416, 2016.

ronment, which was already signaled: "The Great Repeal Bill will ensure that the whole body of existing EU environmental law continues to have effect in UK law".[4] Nevertheless, some regulations count on other normative procedures within the EU to be fully operational or even in the *modus operandi* of EU law making itself, which could cause uncertainty in some cases.[5] Second, and even more troublesome, comes the problem of the enforcement of the imported legislation. Will, for example, the British Government be held accountable for all the environmental regulation that is done by EU supervision instruments, such as the Court of Justice of the European Union (CJEU)? This topic has also a close relation to the devolution of powers present in the UK's legal structure. Thus, every legal institution within the Union that deals with all the points concerning the legal environmental framework will have to be contemplated in the Brexit process considering the complex accountability elements. Finally, there is the transparency issue. It will be hard to ensure that the adaption of legal structures will occur in a way that all the environmental protection established by the European Union framework will be maintained. Policy tradeoffs might harm this protection while the Brexit process takes place.[6] Taking into account these complex affairs, different scenarios may arise and some guarantees have to be made.

Therefore, the goal of this paper is to work on the possible scenarios and problems that might arise from the Brexit process, trying to evaluate the opportunities for the UK to maintain a satisfactory amount of environmental concern. This paper is going to be divided into two parts, with a conclusion in the end. The first part will further discuss the issues highlighted in this introduction and the second part is going to present some potential perspectives on possible scenarios and a formulation of contrasts between risks and opportunities.

1. Environmental law related problems arising from Brexit

The first issue regards law conversion, which might appear to be simple at first glance. The transformation of EU legislation to British law is not only about introducing measures developed throughout the history of the Union, it is about the nature of European law itself.[7] For example, EU legislation is rather stable, due to the long process of getting all the Member States to agree, and the dif-

4 DEPARTMENT FOR EXITING THE EUROPEAN UNION. **Legislating for the United Kingdom's withdrawal from the European Union Cm 9446**. March 2017. 18 November 2017, p. 17. <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/604516/Great_repeal_bill_white_paper_accessible.pdf>.

5 SCOTFORD, Eloise; BOWMAN, Megan. Brexit and Environmental Law: Challenges and Opportunities. **King's Law Journal**, 27:3, 416, 2016.

6 *Ibid*., p. 417.

7 REID, Colin. Brexit and the future of UK environmental law. **Journal of Energy & Natural Resources Law**, 34:4, 409, 2016.

ficulty in changing the final decision once it is taken. This characteristic has the positive effect of reliability when it comes to environmental matters, since it is hard to change any provision that deals with a specific regulation that would protect the environment, and it would not be probable that a harmful decision to the environment could be approved and enacted. As explained by the Scottish professor of environmental law, Colin Reid:

> The setting of targets for several years in the future and the stability of environmental standards enables industry and investors to plan ahead and allows for the integration of different policy areas to be developed. The greater scope for rapid change that would follow Brexit brings both the advantages and disadvantages of flexibility, with the potential to respond more quickly to changing circumstances but also a lack of certainty as to the future.[8]

The first problem does not end there. The enormous and complex mix between EU and British legislation can complicate the interpretation of the imported laws. This will happen due to the fact that the decisions of national courts are obliged to interpret some decisions according to the case law of the Union. Even if all EU law was completely imported, some interpretations would not be able to go back too far in the past, since it would refer to a source that is no longer linked to the legal system. Even supposing the national courts were authorized to fully "drink" on the EU decision sources, this would cause some dilemma. Until what point would a British interpretation of the imported law be able to surmount a previous interpretation done by an EU court? Once again, Professor Colin Reid gives a very clear example that perfectly illustrates this problematic dynamic:

> For example, if the definition of "waste" currently found in EU legislation were to be continued after Brexit, would it be possible to go back several steps and develop a distinctly British interpretation of it, based on the statutory words alone and British rules of interpretation, setting aside the attempts of the UK courts over the years to make sense of and apply the Delphic comments of the European Court?[9]

Closely regarding this first issue, it is possible to acknowledge the great challenge of importing EU law, and its practical consequences. Hence, a whole new way of thinking and interpreting environmental legislation will have to be

8 *Ibid*., p. 412.
9 *Ibid*., p. 410.

designed. The parameters to be followed by the UK Government while making new laws are also of reasonable uncertainty. This raises the concern of filling in all the gaps, despite the fact that this conversion is done in the short amount of time that Brexit must be completed. Misleading or unclear legislation in the post withdrawal situation could lead to considerable environmental damage until all discontinuities are accounted for.

The second problem is undoubtedly the most challenging and it is more related to the natural structure of the legal British system. Accountability is a central matter here. How will the UK build an accountability system without the EU acting as a supervisor of the British Government, while also bearing in mind the devolution of powers to its different territories? The British Government has already stated, specifically regarding environmental protection that "the Government recognizes the need to consult on future changes to the regulatory frameworks, including through parliamentary scrutiny",[10] leading us to believe that the Parliament will have to rebuild environmental regulatory institutions over time. The necessity of creating an entirely new body of governance that "must have the expertise, independence and financial resources to provide meaningful scrutiny"[11] becomes clear. In other words, a future institution — in reality up to four institutions due to the devolutionary aspect — will need to supervise all governments' actions in order to maintain a safe control on some environmental regulatory points. The complexity that this can assume with the presence of different agencies that already exist within the total of United Kingdom territories is of incredible size. As it was well highlighted by the UK Environmental Law Association (UKELA),[12] these points "can encompass, for example, the obligation to designate certain types of waters, to introduce pollution reduction plans, to meet air or water quality standards, or to secure targets".[13]

10 DEPARTMENT FOR EXITING THE EUROPEAN UNION. **Legislating for the United Kingdom's withdrawal from the European Union Cm 9446**. March 2017. 18 November 2017, p. 17. <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/604516/Great_repeal_bill_white_paper_accessible.pdf>.

11 LEE, Maria. Accountability for Environmental Standards after Brexit. **Environmental Law Review**, v. 19(2), p. 90, 2017.

12 UK ENVIRONMENTAL LAW ASSOCIATION. **The UK Environmental Law Association is the foremost body of environmental lawyers in the UK**. UKELA aims to promote better law for the environment and to improve understanding and awareness of environmental law. UKELA is composed of 1,400 academics, barristers, solicitors, consultants, and judges involved in the practice, study and formulation of environmental law across England, Scotland, Wales and Northern Ireland. July 2017. 17 November 2017. Foreword. <https://www.ukela.org/content/doclib/317.pdf>.

13 UK ENVIRONMENTAL LAW ASSOCIATION. **Brexit and Environmental Law:** Enforcement and Political Accountability Issues. July 2017. 17 November 2017, p. 7. <https://www.ukela.org/content/doclib/317.pdf>.

This issue is not only related to the governments themselves, but every public body that needs to follow legal environmental regulations. The enforcement of such obligations is currently done through judicial review at the national level, yet it is doubtful whether simply reinforcing this procedure throughout all UK courts will be enough to replace the systematic role played by the European Commission. UKELA is extremely concerned with this matter, since the Government seems to be putting too much weight on judicial review to ensure compliance of environmental regulations.[14] Time considerations and the dependence on people's and NGO's initiative to keep using this type of procedure are the main problems brought out as troublesome by this organization. Judicial review thus will not be sufficiently effective when it comes to such a sensible affair, such as environmental law.

The situation is also uncertain when it comes to international environmental agreements, since there are three situations to be considered: there are agreements or treaties signed by the UK alone, signed by the EU alone and also mixed agreements joined both by UK and the EU. UKELA is again an actor extremely worried with the not-so-clear position of the Government towards these matters, urging an immediate clarification.[15] The following two cases are the most troubling. Regarding EU only international agreements, the situation is that the UK has to sign or ratify all of them if it wants to take part in the treaties after Brexit. If only one of the agreements is not "imported" — which is likely to happen — the domestic laws might be affected in a collateral way and amending procedures may fail to grasp the full environmental risks that could arise. It gets more risky and complex when mixed agreements are considered. Not even lawyers specialized on the subject nor British institutions can predict whether the UK needs to be bound to these types of obligations or not.[16] Without having this position defined, no further thinking about how to proceed with the adaption process can be done, and this is extremely critical.

The last part of the problems proposed in this paper (it is clear that many others could be highlighted) is the matter of transparency in the transitioning, import and adaptation of British law in the post Brexit period. Although it is clear that this is a more general issue, it maintains an aspect that can affect environmental legislation in a specific way. Some regulations to ensure environmental protection are often seen as restrictive when it comes to economic efficiency. A very clear and simple explanation regarding this subject is exemplified as follows:

14 *Ibid*., p. 10.

15 UK ENVIRONMENTAL LAW ASSOCIATION. **Brexit and Environmental Law:** The UK and International Environmental Law after Brexit. September 2017. 17 November 2017, p. 10 <https://www.ukela.org/content/doclib/320.pdf>.

16 *Ibid*., p. 13.

> This legislative concern exposes, in a very real and pragmatic sense, the normative tensions that will create vulnerabilities for some areas of environmental law post-Brexit. Sustainability imperatives such as clean air and the protection of habitats are sometimes presented as barriers to economic development. The constraining impact of EU air quality standards for airport expansion at Heathrow is a prime example, particularly in light of the government's recently expressed support for this scheme despite air quality in Heathrow and surrounding local areas currently breaching legal limits for levels of nitrogen dioxide in the ambient air. The strong level of environmental protection in these areas under EU law may become vulnerable to policy tradeoffs once under UK sovereign control.[17]

Another critical aspect here refers to information sharing with EU institutions. In many cases, information of environmental regulations needed to be shared with regulators that are part of the Union. With the changing of accountability and new domestic regulation agencies that may arise there is the issue that the relationship of transparency in information sharing keeps working in the best possible. As it was seen in the explanation above, EU regulators tend to be very effective in the environmental area and it is important to try to maintain this effectivity with the new institutional architecture that will need to be designed. Moreover, a diminishment of cooperation between Europe and the UK around environmental issues, due to this new scope of action in regulation, can cause compliance problems, leaving breaches wherever accountability is not well defined. This might enhance the will of specific groups to profit from this instability to legally harm the environment for the sake of economic development.

It can be noticed that this third problem of the post Brexit era has close relations with the first two. Transparency will of course be related to law conversion and adaptation, and with the new accountability for environmental matters. All the issues are certainly interlinked and cannot be completely isolated. This shows the complexity of the Brexit process for environmental legislation. The major issue here is that there is way too much to be conceptualized, organized, implemented and rearranged in order to try to reach the safest scenario possible, in a relatively short period of time (March 2019), since there is no expectation on the postponement of the deadline. With little time and a great deal of work to be done, the risk of having transparency problems are greater, and this is what ties all the problems together. In spite of seeming just an aspect of the stumbling blocks on the Brexit process, the transparency

17 SCOTFORD, Eloise; BOWMAN, Megan. Brexit and Environmental Law: Challenges and Opportunities. **King's Law Journal**, 27:3, 417, 2016.

matter is considered here as a tie to all the environmental legislation questions involving this intricate task.

2. SCENARIOS AND DESIRABLE SOLUTIONS

Even with all the complex environmental problems that can arise from Brexit, the process is a practically inescapable reality and measures will have to be taken to make the transition happen. In this part of the paper, scenarios and possible solutions will be set out, according to the measures taken up to this moment, and predictable tendencies appointed by specialists or official organisms involved in the transition. Some progress has already been made, but the main concern regards the considerable amount of work to be done in such a short period of time. This problematic involvement of environmental matters rises even more with the focus of the process being centered around questions related to money and human transit, leaving other areas of the negotiations on the shady end of the deal.

In order to stipulate the possibilities for a reasonable, safe and coherent future of the environmental legislation in the UK, the problems of the first part are going to be tackled simultaneously. The Greener UK group[18] produced, among many other documents, a short briefing to raise awareness of the governance gap risk on the environment. In this document, six main measures are outlined in order to avoid this gap and ensure the best scenario for environmental protection:

> 1) Monitor and measure the state of the environment in a fully transparent fashion;
> 2) Ensure proper implementation of environmental law and policy [...];
> 3) Check compliance with environmental law and policy by government, business and other actors [...];
> 4) Enforce environmental law by initiating investigations into possible breaches and responding to complaints from citizens and civil society organisations [...];
> 5) Review and report information regarding both the state of the natural world and performance against policy objectives;
> 6) Publish environmental information fully and transparently.[19]

18 GREENER UK. **Greener UK is a group of 13 major environmental organisations, with a combined public membership of 7.9 million**. We are united in the belief that leaving the EU is a pivotal moment to restore and enhance the UK's environment. 21 November 2017. <http://greeneruk.org/>.

19 BALDOCK, David. The governance gap: why Brexit could weaken environmental protections: Briefing for parliamentarians and policymakers. **On behalf of the Greener UK**

All these measures are directly connected to both the first and third problems described in this work. The Withdrawal Bill,[20] the main piece of legislation of the Brexit process that is directly working on these matters, was already released and is being discussed in the Parliament. Many amendments and adjustments were recommended by Greener UK, taking into account the lack of attention to the environmental safety of the bill. The modifications are based on the same principles quoted above, divided into five areas. The first one draws attention to the need of dealing with the fact that many directives that will not be transposed to domestic law deals with environmental safety, demanding the import of all these contents.

Still in this subject, it is highlighted that the current bill gives Ministers the powers to modify what would be the EU regulations post Brexit, but these powers should only be concealed to the Parliament to better safeguard environmental regulation. The second area is related to the enshrinement of the environmental principles in domestic law, which is not provided in the current bill. To retain these principles, which are present on the TFEU,[21] is of paramount importance since it contributes to the basis for all the legislation that will derive from them, ensuring a greater amount of caution while dealing with the environment.

The other three areas of the bill recommended for adaptation deal primarily with the second problem raised on the first part of this paper, namely dealing with accountability and the need for a redesign of regulating institutions. The third area is a core one, demanding the provision for new governance arrangements that are not described on the bill, which can create the accountability problem already explained. The concern is related to the great powers given to Ministers even when new bodies are to be created, which can monopolize environment management decisions in the hands of few people.

Moving on to the fourth and fifth area, devolution of delegated powers and strengthening of the Parliamentary power are the main concerns. Here the focus is to limit the delegated powers in the new system of laws that will arise so

---

coalition. August 2017. 17 November 2017. <http://greeneruk.org/resources/Greener_UK_Governance_Gap.pdf>.

20 EUROPEAN UNION (WITHDRAWAL) BILL. **A Bill to:** Repeal the European Communities Act 1972 and make other provision in connection with the withdrawal of the United Kingdom from the EU. 13 July 2017. 21 November 2017. <https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/2017-2019/0005/18005.pdf>.

21 OFFICIAL EN JOURNAL OF THE EUROPEAN UNION. **Union policy on the environment shall aim at a high level of protection taking into account the diversity of situations in the various regions of the Union**. It shall be based on the precautionary principle and on the principles that preventive action should be taken, that environmental damage should as a priority be rectified at source and that the polluter should pay. Article 191(2) TFEU. 26 October 2012. 13 November 2017. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>.

as not to lower any environmental standards and to reinforce the Parliament's powers creating a "Westminster Parliamentary Committee tasked with first sifting then scrutinizing any statutory instruments made under the Withdrawal Bill".[22] This would allow MPs to have the necessary power to act when it comes to any law modifications or adjustments. Analyzing these last three recommendations for amendments to the Repeal Bill, it can be concluded that in order to create a more democratic process towards the decisions concerning environmental legislation, the responsibilities will have to be well set out so that the decision makers can be held accountable by all sectors of the population.

Furthermore, the green coalition vehemently establishes that the governance institutions in the UK on the post Brexit "must have (i) adequate resources, (ii) full independence, (iii) relevant expertise and (iv) sufficient legal powers to uphold and enforce that law"[23], drawing attention to the institutional gap as well as the first attention focused on the normative field. Here it can be noticed the need of a broad approach on the actions required to a safe Brexit process to the environment, inasmuch as the solutions, as well as the problems, that must be interlinked and not strengthening one of its branches might compromise the entire safenet structure. The position of the British Government regarding this accountability issue that is relying on judicial review and the current institutions to regulate environmental legislation, is rather worrisome, since there would require a huge reinforcement on the existing institutions yet no compromise has been firmed in this sense. On the Government side, it seems to exist such a preoccupation towards the environment in general due to its position of being "committed to be the first generation to leave the natural environment in a better state than we inherited it".[24] Nevertheless, this stance is no way specific, and does not currently reflect on practical matters to achieve this goal.

The concern about the lack of practical actions regarding environmental legislations is confirmed by the Brexit Risk Tracker report done by Greener UK.[25] The last release of this continuous document, covering the months

22 GREENER UK. **Briefing for MPs on the committee stage of the European Union (Withdrawal) Bill**. November 2017. 19 November 2017, p. 5. <http://greeneruk.org/resources/WithdrawalBill_CommitteeStageBriefing.pdf>.

23 BALDOCK, David. The governance gap: why Brexit could weaken environmental protections: Briefing for parliamentarians and policymakers. **On behalf of the Greener UK coalition**. August 2017. 17 November 2017. <http://greeneruk.org/resources/Greener_UK_Governance_Gap.pdf>.

24 DEPARTMENT FOR EXITING THE EUROPEAN UNION. **Legislating for the United Kingdom's withdrawal from the European Union Cm 9446**. March 2017. 18 November 2017, p. 17. <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/604516/Great_repeal_bill_white_paper_accessible.pdf>.

25 GREENER UK. **"Risk tracker" platform**. 18 November 2017. <http://greeneruk.org/RiskTracker>.

of June and September 2017, show a critical situation for many areas of the environment. Air pollution, chemicals, waste and resources were evaluated as having a high risk considering what has been done in five domains: principles and strategies, legislation, capacity and funding, governance and cooperation. Climate and energy, farming and land use, fisheries, nature protection and water were included in the medium risk criteria and the general result is of a worsening scenario since the beginning of the measurements in June 201.6[26] This demonstrates that in the course of the complicated Brexit process, the environment is being pushed away and is not given the necessary importance driven to it. Adopting such a position only contradicts the British stance in international negotiations for the environment, showing itself as "playing a leading role in the low carbon transition both nationally and internationally"[27] in the COP 23 for example. The Government must take stronger action and pay more attention to the transitioning legislative process, supporting a safer architecture for the environment during Brexit.

One could argue that the measures recommended are too biased, since they are mainly taking into account Greener UK's view on the subject. However, the recommendations done are consonant with other institutions worried about this environmental legislation transition, such as UKELA, which strongly proposes that the powers left for the Ministers to amend existing Acts of the Parliament — the so called "Henry VIII" powers — "should be kept to the minimum necessary for the effective continuance of domestic legislation after Brexit",[28] just as an example. There was even a report produced by UKELA, dealing with "Brexit, Henry VIII Clauses and Environmental Law",[29] which consists of mapping all the "environmental" acts that would need to be changed or adapted during the Brexit process, demonstrating the significance of not giving too much power to the Ministers so as to halt any non-democratic decisions. In consistency with Greener UK, UKELA's concerns are centered on the accountability matter, as seen here:

> We emphasise again that, from a legal perspective, the environment is in a distinctive and potentially vulnerable position compared to other areas of law where there are more clearly defined legal and econo-

26 *Ibidem*.

27 BRITISH EMBASSY BERLIN. **The annual climate change conference, COP 23 is taking place in Bonn from 6 — 17 November**. Published: 2 November 2017. Last updated: 15 November 2017. 17 November 2017. <https://www.gov.uk/government/news/uk-at-cop23-in-bonn>.

28 UK ENVIRONMENT LAW ASSOCIATION. 21 November 2017. <https://www.ukela.org/blog/Brexit-Task-Force>.

29 UK ENVIRONMENTAL LAW ASSOCIATION. **Brexit and Environmental Law:** Brexit, Henry VIII Clauses and Environmental Law. September 2017. 19 November 2017. <https://www.ukela.org/content/doclib/319.pdf>.

> mic interests. The environment is often unowned, and environmental harms diffusely spread, placing a special responsibility on government and other public bodies to comply with their own obligations to ensure the protection of the environment.[30]

This demonstrates the clear necessity of many of the recommendations already mentioned, also showing conformity among different actors on the environmental domain. The creation of a "Parliamentary Commissioner for the Environment" is suggested by UKELA as one of possible future legal institutions that would help to substitute the role of EU regulation bodies, based on examples that perfectly function in other situations, such as the New Zealand Parliamentary Commissioner for the Environment, the Future Generations Commissioner for Wales or Local Government Ombudsman for England.[31] The suggestion bears in mind different solutions and designs of bodies to the different British territories, due to the diverse panoramas of each of these parts. Finally, one important point to be highlighted presented by UKELA is the opportunity that Brexit also offers to the UK to "rethink imaginatively how we can handle more effectively the question of political and legal accountability in the environmental field",[32] emphasizing that the momentum can be either beneficial or malefic to the country's future, depending on the actions and attitudes that will be pursued by the Government and the people.

Another point that was already highlighted in the first part is the British relationship with international environmental law treaties. UKELA drew attention to this aspect and some recommendations were made in this sense. The Parliament needs to be clear regarding which treaties that are currently signed by the EU, or are mixed agreements by nature, will be ratified by the UK after Brexit so that correspondent actions and planning are done, considering its consequences. Furthermore, there is a necessity of establishing a sort of mechanism to update environmental data that is produced by EU institutions, such as lists of endangered species present on the EU Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES). Another good example of action that will be required due to the absence of the UK in the EU CITES is the creation of new powers within the domestic arena to "impose, implement and amend sanctions"[33] to lawbreakers that were punished by EU

30 *Id*., **Brexit and Environmental Law:** Enforcement and Political Accountability Issues. July 2017. 17 November 2017, p. 11. <https://www.ukela.org/content/doclib/317.pdf>.
31 *Ibid*., p. 11.
32 *Ibid*., p. 13.
33 UK ENVIRONMENTAL LAW ASSOCIATION. **Brexit and Environmental Law:** The UK and International Environmental Law after Brexit. September 2017. 17 November 2017, p. 14. <https://www.ukela.org/content/doclib/320.pdf>.

regulatory agencies. A list of possible problems arising from international agreements — some with recommended actions for solving them — was released by UKELA citing each provision of each treaty that must be dealt with after Brexit. This list[34] has just more than one hundred items, which demonstrates the need for action regarding this issue.

Conclusions

The Brexit process is known for its complexity and, from what was described here, it is clear how thorough the tasks are of those who will design this "divorce" from the European Union. A first conclusion to be highlightened is the evident lack of necessary attention to environmental legislation adaptation thus far in the negotiations. Economic and transit matters were put as key points to most of the MPs and are the core of numerous discussions in different arenas. If the tendency of a "hard Brexit" prevails, a worrisome amount of risk will arise concerning environmental damage.

Both normative and institutional actions are required to be carried out in order to achieve a successful transition. Transparency is a key word to the adaptation and conversion of all norms, with careful treatment towards the action of Ministers on the process. Concomitantly, efforts on creating new governmental regulating bodies will be required, bearing in mind the high efficiency of EU environmental agencies. This dual scope of work needs to be carried out in a concerted manner so as not to leave space for possible incoherences on the final results. The governance gaps are the central complication in this part of the problem.

Time is another main concern regarding Brexit in general. Throughout this paper, an enormous amount of efforts were highlightened; many of which require a complicated balance between environmental quality, feasibility and effective policy. Thus, the Parliament needs to take clear stances on environmental regulations in a rapid way. The Parliament has failed to produce concrete measures on this issue, and discussions on which direction should be taken have continued to prevail. With no sign of official positioning from Westminster, little can be done by specialists that are trying to propose and design the post Brexit architecture. In many of the environmental organization's papers, clearer and coherent positions were demanded from the British Government.

A long way is ahead of decision makers until March 29, 2019 and the environment must be taken into account. More than ever, the planet's natural resources are threatened by human interference on ecosystems, requiring international cooperation to slow the pace of rising global temperatures, and

34 *Ibid*., p. 28-107.

increase adaptability and resiliency in order to mitigate the effects of climate change. The UK has a paramount role in world politics and its position can be either of an example to the rest of the world as an environmentally conscious nation, or of a decadent state that does not contribute to a sustainable world in their greatest possible capacity. Laws are the guidelines that will dictate if the country's internal and external dynamics will collaborate with or dissent from the environmental trend seen in global politics. We hope the United Kingdom chooses the right path.

Bibliographic references

CALSTER, Geert V.; REINS, Leonie. **EU Environmental Law**. Elgar European Law Series. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017.

DEPARTMENT FOR EXITING THE EUROPEAN UNION. **Legislating for the United Kingdom's Withdrawal From the European Union**. March 2017.

EUROPEAN UNION. **Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union**. 13 December 2007.

_____. **Treaty on European Union (Consolidated Version), Treaty of Maastricht**. 7 February 1992.

GREENER UK. **Briefing for MPs on the Committee Stage of the European Union (Withdrawal) Bill**. November 2017.

LEE, Maria. Accountability for Environmental Standards after Brexit. **Environmental Law Review**, v. 19(2), p. 89-92, 2017.

REID, Colin. Brexit and the Future of UK Environmental Law. **Journal of Energy & Natural Resources Law**, 34:4, 407-415, 2016.

SCOTFORD, Eloise; BOWMAN, Megan. Brexit and Environmental Law: Challenges and Opportunities. **King's Law Journal**, 27:3, 416-419, 2016.

UK ENVIRONMENTAL LAW ASSOCIATION. **Brexit and Environmental Law:** Brexit, Henry VIII Clauses and Environmental Law. September 2017.

_____. **Brexit and Environmental Law:** Enforcement and Political Accountability Issues. 17 November 2017.

TRÊS PERSPECTIVAS SOBRE A REVERBERAÇÃO DO BREXIT NO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO REGIONAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA

João Carlos Cochlar[1]

Resumo

O *Brexit* é um evento sem precedentes na história das organizações internacionais. Devido a seu tamanho impacto institucional, o presente estudo visa investigar se a saída do Reino Unido da União Europeia constitui um sinal de trava e retrocesso do processo de integração regional. Após a apresentação de panorama conjuntural e suporte teórico, argumenta-se que a hipótese não procede, e sobre ela apresentam-se perspectivas.

Palavras-chave

Brexit. Integração Regional. Soberania. Competência Legislativa. Euroceticismo. União Europeia. Europa.

Abstract

Brexit is an event without precedents in the History of international organizations. Due to its profound institutional impact, this paper pursues to investigate if the exit of the United Kingdom from the European Union means a sign of hindrance and retrocess of the regional integration process. After an exposition of the conjuncture and theoretical framework, this paper argues that the hypothesis must not succeed, and, about it, perspectives are presented.

Keywords

Brexit. Regional Integration. Sovereignty. Legislative Competence. Euroskepticism. European Union. Europe.

Introdução

O preâmbulo do Tratado de Maastricht, que constituiu a União Europeia, é um manifesto de valores em que os chefes de Estado dos países-fundadores ex-

1 Graduando em Direito pela FGV Direito Rio. O autor agradece ao Prof. Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos, cuja orientação desempenhou relevante influência no amadurecimento das ideias veiculadas neste trabalho.

teriorizaram seu anseio por uma Europa mais integrada. Entre uma série de outros compromissos, destaca-se que os Estados-signatários estariam resolvidos a "continuar o processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa", na perspectiva de "fazer progredir a integração europeia".[2] De fato, o que se observou no decorrer da evolução histórica do processo de integração europeu foi uma constante ampliação e estreitamento do vínculo entre os Estados. Desde os tempos da Comunidade Econômica Europeia (CEE), o que outrora se constituía um mercado comum de seis integrantes, hoje se tornou uma união econômica e monetária de 28 Estados-membro, atingindo o ápice de integração econômica e se tornando modelo para os demais processos que se encaminham em outras regiões do mundo.

Todavia, essa hipertrofia do processo de integração vivida no âmbito da União Europeia experimentou, no ano de 2016, um abalo sem precedentes: o Reino Unido referendou pelo chamado *Brexit*, denominação adotada para se referir à sua saída do bloco. Essa distensão sofrida pela organização internacional é sinal de que a Europa atravessa um período de cumulação de crises de múltiplas naturezas, maiores do que o mero divórcio *per se* possa sugerir. Tudo isso está inserido em contexto de conjuntura geopolítica instável, que vem testando o Projeto Europeu como nunca antes em sua história.

O presente artigo, ao se sensibilizar com a decisão ímpar do povo britânico pelo *Brexit*, busca analisar os desafios impostos à União Europeia frente a esse atual estado de coisas internacional e, baseado nisso, *identificar se a saída do Reino Unido do bloco é ou não um sintoma de retração sistêmica do processo de integração regional*. O resultado dessa pesquisa levou à conclusão na negativa, associando-se à formulação das três seguintes perspectivas: (i) que o processo de integração é irreversível, mas não tem seu significado imutável; (ii) que a reaparição saliente do vetor político anti-integração, a direita eurocética, é um advento passageiro; e (iii) que o resultado das negociações entre Reino Unido e União Europeia, para a continuidade salutar do processo de integração, deve pender para um *hard Brexit*.

Para tanto, o trabalho divide-se em três partes: a primeira, de caráter descritivo, aprofunda-se sobre a crise da União Europeia e quais componentes podem ter corroborado para o resultado do referendo britânico. Em seguida, busca-se dar enfoque específico a um desses componentes — a ascensão da direita eurocética — para ponderar sobre o seu potencial de reverberação de uma agenda anti-UE na organização internacional. Por fim, busca-se fazer propostas de reforma e ponderações críticas para o *pós-Brexit,* tanto do ponto de vista da União Europeia quanto do Reino Unido.

2 Tratado da União Europeia. Preâmbulo.

1. Um marco sem precedentes: panorama conjuntural

Segundo Gyori, por muito se sustentou um peculiar axioma no mundo político de Bruxelas. Sua dicção era a seguinte: a União Europeia emergiu fortalecida de todas as suas crises, e cada crise foi superada pelo aprofundamento do nível de integração.[3]

Desta vez, foi diferente?

O *Brexit* foi de encontro a toda lógica evolutiva do bloco que se observou ao longo de sua história,[4] dado que nenhum movimento contraposto tão profundo havia tomado forma como se tomou com esse referendo. O rechaço britânico à UE é fruto de uma série de fatores vividos no contexto europeu que desencadearam de um tipo peculiar de conjuntura nos tempos de Brexit. Destaca-se aqui, entre as tensões, a crise econômica, humanitária e política que se passa a analisar.

Em 2008, quando o mundo sentiu o impacto da crise americana do *subprime*, ocorreu uma intensa reverberação econômica na Europa, que deu início à formação de um epicentro de instabilidade financeira no chamado eixo PIIGS.[5] Tais países, em especial a Grécia, verificaram um crescimento exponencial da dívida pública e um gigantesco potencial de inadimplemento, ocasionando uma crise econômica de riscos metastáticos a se disseminar pelo bloco europeu, em função da união monetária. A solução se deu pela intervenção alemã e o comitê da *troika,*[6] que impôs diversas medidas de austeridade que acabaram por repercutir em uma série de corte de gastos sociais nos países em crise, gerando profunda insatisfação.[7,8]

Assoma-se a essa questão a crise humanitária vivida na África e no Oriente Médio. A instabilidade política vivida nessas regiões atingiu patamares tais que desenvolveu um vetor de imigração ostensivo direcionado aos países europeus, cujo volume do fluxo de pessoas não é absorvido pelo controle regulatório da União Europeia. Essa questão tem gerado terreno fértil para um

3 GYORI, Eniko. What Shall We Do Without the Brits: Some Thoughts on Brexit. **ELTE Law Journal**, 2016.

4 O único "pseudoprecedente" que se tem é o referendo pela saída da Groenlândia da Comunidade Econômica Europeia, referendado em 1982 e consumado em 1985. Todavia, não se aplica à lógica desse evento porque: (i) a Groenlândia é ente integrante do Estado da Dinamarca, não se tratando de um Estado em si; (ii) o processo de integração era mais incipiente se comparado ao patamar atingido nos dias de hoje.

5 Portugal, Irlanda, Itália, Grécia e Espanha.

6 Composto pela Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o FMI.

7 Como se verá mais à frente, a população europeia tende a reprovar a atuação do Parlamento Europeu na legislação econômica.

8 GASTAL, Bruno Palombini; SANTOS, Gabriela Freitas dos; PECHANSKY, Ricardo. The Crisis of the European Union: The End of a Project? *In*: **RIPE:** Relações Internacionais para Educadores, Porto Alegre: UFRGS, v. 4, 2017, p. 81-84.

discurso nacionalista e xenófobo de que os imigrantes estariam deteriorando a estabilidade nacional.[9]

A sensação de incapacidade do Parlamento Europeu de oferecer remédios que atendam às demandas de cada um dos países-membro, bem como o cerceamento dos parlamentos nacionais de solucionarem seus problemas em função da delegação de determinadas competências a Bruxelas, geraram repercussões na seara política. Tal cenário fez com que o terreno para o euroceticismo se tornasse mais fértil, visto que se percebe uma onda ressurgente do espectro político de direita eurocética como não se via desde os primórdios da organização internacional.

Embora esse seja o contexto europeu, as tensões elencadas atingiram em patamares distintos de relevância a sensibilidade eurocética da Grã-Bretanha. É de se salientar, como se explorará adiante, que já há uma tradição histórica do país de resistência ao projeto de uma "*união cada vez mais estreita*".[10,11] Alguns exemplos dessa resistência são observados com casos pontuais, como, por exemplo, sua entrada tardia na CEE, a recusa em integrar o acordo de Schengen e a manutenção da libra esterlina em oposição à adesão à zona do euro.[12]

Com a decisão pelo *Brexit*, todas essas tensões que circundam a União Europeia restaram escancaradas e trouxeram a protagonismo um espectro político que há muito não se via com tamanha força no cenário europeu: a *direita eurocética*. Na seção seguinte, busca-se analisar como o *Brexit* e o eco desse espectro político impactam a União Europeia.

2. A União Europeia e a direita eurocética: uma reação efêmera

Além da insatisfação generalizada com a atuação de Bruxelas e o engessamento dos Parlamentos nacionais, dada a centralização de determinadas decisões no Parlamento Europeu, outro fator merece destaque: a multipolarização da ordem geopolítica. Vive-se em um contexto no qual a ordem hegemônica neoliberal conduzida pelos Estados Unidos ao longo do século XX está em declínio. Isso vai ao encontro de uma lógica que vem desde o pós-II Guerra, em que os americanos corroboraram intensamente com o processo de integração, desde a instituição de uma gestão coletiva dos recursos do Plano Marshall até o fo-

9 *Ibid., p. 84-86*.
10 O assunto será pormenorizado na seção 3b deste estudo, atentando-se às peculiaridades britânicas.
11 DINAN, Desmond. **Origins and Evolution of the European Union**. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 174-179; 280-283.
12 HOWORTH, Jolyon. La Grande-Bretagne et L'Europe: de la résistance à la rancœur. **Politique étrangère**, 2010.

mento direto para fins da evolução da União Europeia como zona de influência no cenário da Guerra Fria.[13]

Ocorre que desde a crise de 2008, agravada com a atual política isolacionista adotada após a eleição de Donald Trump, os Estados Unidos vêm perdendo a posição de grande definidor das regras e instituições globais. Esse déficit de hegemonia é o indicativo do declínio da *pax americana*, fazendo com que diversos novos atores, não só países, mas também organizações internacionais e agentes não estatais, passassem a exercer poder de influência em maior grau.[14] Para uma União Europeia que cresceu em contexto de hegemonia americana, contando com esse apoio desde a tutela das fronteiras via OTAN até o apoio econômico direto, a sua ausência passa a gerar relevante *instabilidade política*.

O discurso que se adotaria para solucionar este último problema é o da recuperação da ordem no território dos países, ou seja, *retomar a soberania nacional*. Tal discurso é típico do espectro político aqui em pauta. As eleições de 2017 em alguns países europeus evidenciaram a presença marcante da direita eurocética no cenário político europeu: chegou ao segundo turno nas eleições francesas, com Marine Le Pen; obteve relevantíssima quantidade de assentos no Parlamento Alemão, com o partido Alternative für Deutschland; e ficou em segundo lugar nas eleições parlamentares holandesas, com o protagonismo de Geert Wielders. O discurso que se adota é de que a hipertrofia da União Europeia usurpou a soberania dos países europeus e que a saída do bloco é o caminho a se seguir para recuperá-la, aos moldes do *Brexit*.

Entretanto, mesmo dado tal cenário, argumenta-se que **o reaparecimento da direita eurocética no cenário político europeu é passageiro**, em função de duas razões: a primeira de ordem representativa, a segunda, de ordem institucional.

Pesquisa apresentada pelo *Pew Research Institute* indicou que os europeus, a despeito de toda essa reverberação na seara política, sustentaram uma posição pró-UE após o referendo do *Brexit.* Mesmo pesando a insatisfação com a gestão centralizada da economia por Bruxelas, bem como a incapacidade de lidar com a questão migratória, apresentaram-se dados no sentido de que os cidadãos ansiosos para ver seus países fora da União Europeia são minoria — inclusive no Reino Unido.[15] A manutenção ou estabilidade desse indicador de satisfação tenderia a enfraquecer o movimento eurocético em função do déficit de espelhamento popular.

---

13 BAHI, Riham. Regionalism in Hard Times: Brexit and the Limits of Hegemonic Regionalism. In: **Review of Economics & Political Science**, v. 2, n. 1, Jan., 2017.

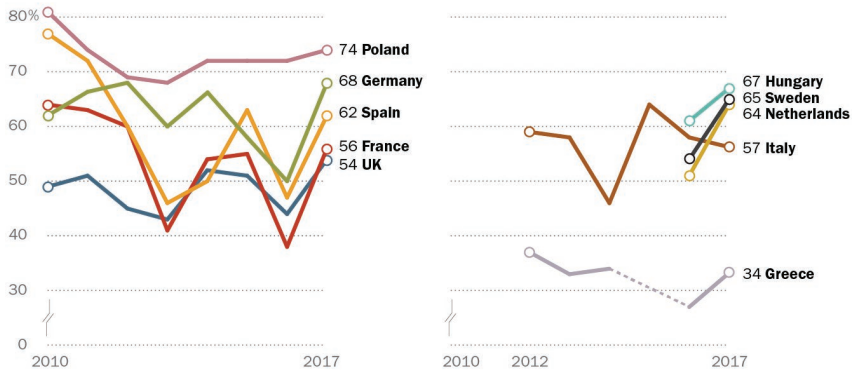
14 *Ibid.*

15 STOKES, Bruce; WIKE, Richard; MANEVICH, Dorothy. **Post-Brexit, Europeans More Favorable Toward EU**. Washington: Pew Research Center, 2017.

16

Sharp increase in favorability of EU in many countries in last year

Favorable view of EU



Source: Spring 2017 Global Attitudes Survey. Q12f.

PEW RESEARCH CENTER

Além da questão do aumento da aprovação da União Europeia, a direita eurocética padece de profunda dificuldade de emplacar sua agenda anticomunitária no âmbito do Parlamento Europeu. Sobre isso, destacam-se dois fundamentos relevantes: o primeiro é que há destacada discrepância entre o discurso programático da direita eurocética e o comportamento parlamentar de seus representantes no Parlamento Europeu. O segundo é que também há diferença entre o grau de euroceticismo dos membros do Parlamento se comparado ao dos cidadãos.[17]

É inegável que a entrada de políticos da direita eurocética no Parlamento Europeu ameaça o vetor de integração para a União Europeia. Porém, o que se observa é que os partidos políticos eurocéticos, a despeito de sua agenda programática não só oposicionista, mas anti-UE, tendem a votar conjuntamente com a a maioria pró-UE na mesma proporção em que uma bandeira de oposição ao Projeto Europeu. Isso porque os partidos de direita eurocética na Europa tendem a ter baixo nível de coesão no contexto político europeu, além de se restar confirmado pragmaticamente que há distanciamento entre o clamor anti-UE dos cidadãos frente ao comportamento parlamentar de seus representantes.[18]

Em função disso, leva-se a crer que a ascensão da direita eurocética como vetor contrário ao processo de integração europeu é uma patologia meramente efêmera, que tende a se enfraquecer no decorrer do tempo, por falta de

16 Ibid., p. 3

17 CONTI, Nicolò. The Radical Right in Europe, between Slogans and voting Behaviour. In: **Análise Social**, v. 46, n. 201, As direitas no sul da Europa. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2011.

18 *Ibid.*

enraizamento representativo e institucional. No entanto, o simples fato dessa ressurgência ter ocorrido já é sinal de que algumas lógicas quanto ao processo de integração precisam ser repensadas. É nesse sentido que a próxima seção, após elencamento de dados, busca propor alguns pontos, distante da pretensão de se atingir a exaustão, sobre qual poderia ser a ressignificação do processo de integração na Europa após o *Brexit*.

3. O pós-Brexit: uma mudança de postura

a. Por uma reforma de competências

A formação de uma organização internacional com poder político sobre seus integrantes pressupõe que os Estados-membro abram mão de determinado âmbito de sua competência legislativa e cedam-na à União Europeia.[19] Para uma análise dessa construção teórica que habilitou a criação de uma união política como vemos hoje, é necessária uma discussão prévia sobre a ideia de soberania. Nesse sentido, tecem-se algumas considerações preliminares sobre essa questão e o significado da coexistência de diferentes agentes de tomada de decisão, para, em seguida, adentrar a discussão sobre ajustes para o futuro político de uma União Europeia pós-*Brexit*.

Um conceito primitivo de uma organização política funcional, seja um Estado, organização internacional ou até mesmo uma entidade privada, pressuporia duas variáveis que, *prima facie*, são intuitivas. A primeira é a de que o sistema político interno deve ser ordenado em hierarquias; a segunda é que uma autoridade máxima deve ser capaz de decidir controvérsias em instância final, sem possibilidade de que outro agente reveja sua decisão.[20] O que se pode extrair dessa lógica teórica é que a União Europeia se tornou um vetor contraposto a essa ideia. A partir do momento em que o bloco adquiriu poder legiferante, ele assumiu um papel de agente de poder que ora coexiste com o ordenamento jurídico nacional, ora suplanta as normas do Estado. É inerente à ideia de coexistência de agentes de tomada de decisão que determinados resultados venham a ir de encontro à lógica de pelo menos um deles. E, quando é a lógica do agente nacional que está contrariada, a sensação de déficit de soberania[21] potencialmente se agrava.

Todavia, o que se observa no plano dos fatos é que não é a coexistência de agentes decisórios que gera reação negativa, mas sim a **delegação de determi-**

19 Vide arts. 4º e 5º do Tratado da União Europeia.

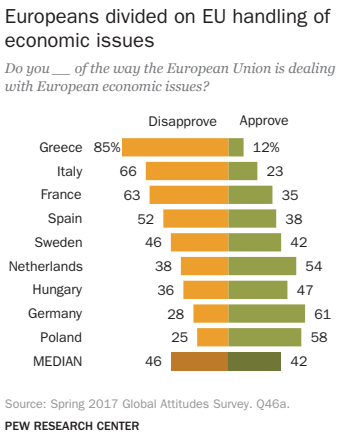
20 SCHIEMANN, Konrad. **Europe and the Loss of Sovereignty**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

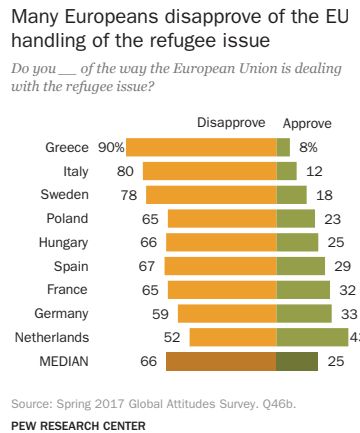
21 Entenda-se soberania, nesta lógica, por um direito intrínseco ao Estado de organizar seus interesses no âmbito de suas fronteiras, sem interferência direta de agentes externos.

nadas competências mais sensíveis para o agente nacional ao agente externo — no caso, a União Europeia.

Tanto se chega a essa conclusão, que, empiricamente, no mesmo relatório previamente citado do *Pew Research Institute*, a objeção amostral não se dá contra o exercício do poder político em si pela União Europeia, mas sim no plano das **áreas temáticas** que Bruxelas legisla. Os cidadãos europeus sentem os impactos da referida tensão decisória e manifestam insatisfação com a delegação de algumas competências temáticas para o Parlamento Europeu. Destacam-se, notadamente, duas delas: a definição de prioridades orçamentárias e a regulação da imigração. Abaixo, observam-se dois gráficos que demonstram que, na primeira, os europeus estão divididos na opinião sobre a gestão europeia das questões econômicas, e, na segunda, reprovam como se vem lidando com a questão imigratória:

22





Esses dois exemplos são algumas das possíveis competências de serem elencadas que, ao serem atribuídas ao bojo decisório da União Europeia, acabam tendo resultados superficiais e generalistas, os quais potencialmente não se atentam às peculiaridades de determinados países da UE apropriadamente. É de se ressaltar que há notável discrepância entre os Estados-membros em diversos aspectos, especialmente no que tange à seara econômica, existindo determinados países que possuem inclusive inequívocos traços de subdesenvolvimento.[23]

22 STOKES *et. al.*, *op. cit.*, p. 10.
23 GASTAL *et al.*, *op. cit.*

Em função da sensível reverberação que as decisões de ordem econômica têm na vida dos cidadãos, os eurocéticos podem ver isso como uma oportunidade para difundir sua convicção separatista sob a égide do discurso de recuperação da soberania nacional. Há um ônus muito profundo, iminentemente gerador de crise no bloco europeu, quando o processo de integração se dá pelo *compartilhamento de poder decisório* em questões cuja resolução tem de se atentar às peculiaridades nacionais de cada país. A partir do momento em que se aplica um mesmo remédio para patologias diferentes, a resposta, necessariamente, é potencialmente discrepante, em que uns saem mais e outros menos satisfeitos. Sob esse ponto de vista, entende-se que uma possível ressignificação do processo de integração da União Europeia poderia enveredar pelo caminho de que o *iter* decisório do bloco esteja mais voltado para decisões mais programáticas do que positivas e que se abra espaço para a reatribuição decisória de determinadas questões à jurisdição nacional.

O panorama e as perspectivas apresentadas tiveram como protagonista a própria União Europeia até aqui. Passa-se, agora, a observar os impactos ocasionados pelo *Brexit* pondo ao centro o Reino Unido.

b. O Reino Unido como membro idiossincrático e o aperfeiçoamento da integração na UE

Culpar a mera ressurgência da direita eurocética e outras variáveis externas pelo *Brexit* é uma leviandade. O Reino Unido, ao longo do processo de integração europeu, sempre foi um membro de muitas restrições. Algumas justificativas podem ser elencadas para isso: a primeira, de ordem geográfica, tem a ver com uma lógica cultural de que o caráter insular do Estado britânico lhe daria a condição de *outsider* dos assuntos europeus,[24] o que já não resultaria em um maior envolvimento com o continente. A segunda razão tem relação com o valor sociopolítico da ideia de *soberania nacional*. O Reino Unido é um país que guarda tradições políticas de raízes fortíssimas: um parlamento que se reúne desde o século XIII, a monarquia, o direito consuetudinário e a libra são alguns dos exemplos, que, se abalados, chocam-se com a ideia de soberania nacional dos britânicos, à qual são muito sensíveis.[25]

Ao longo da trajetória, pôde-se ver as formas tomadas por essas restrições: não só a sua recusa à união monetária e ao acordo de Schengen, mas também sua resistência no investimento em defesa no âmbito do bloco, bem como nas cooperações no campo de Justiça e Relações Internas, além da ostensiva oposição ao recrudescimento dos laços políticos ou de uma eventual Europa federal.[26]

24 GYORI, *op. cit*.
25 HOWORTH, *op. cit.*
26 GYORI, *op. cit*.

O que se pode extrair desse contexto é que, a despeito de o *Brexit* ter sido surpreendente, o fato de o primeiro país a sair ser o Reino Unido surpreende menos. A questão é que sua saída não só terá, mas deverá ter, um alto preço.

O ônus de que as negociações não apresentem bons resultados para a Grã-Bretanha pode tornar sua estabilidade econômica extremamente abalada. Nessa seara, é preciso ressaltar que quase metade das exportações realizadas pelo Reino Unido destina-se aos países da União Europeia.[27] A saída do bloco vai afastar o país tanto do mercado comum quanto da união aduaneira, ou seja, não só poderá sofrer restrições para entrada de seus produtos nos países da União Europeia, como arcará com o ônus da tarifa externa comum do bloco. Diga-se, ainda, que esse é um dos aspectos nucleares que diferenciará o "*hard Brexit"* do *"soft Brexit"*.

A despeito de o Reino Unido se tratar da segunda maior economia da União Europeia, um dos dois países do bloco com assento permanente no Conselho de Segurança da ONU, ter arsenal nuclear, ser um centro financeiro global e possuir o maior poderio militar do bloco,[28] a UE pode enxergar no Brexit uma oportunidade valiosa para seu processo de integração. Os centros de gravidade europeus vão passar a orbitar com mais força sobre a França e Alemanha, "eurófilos" de longo prazo, que, com o *Brexit*, podem iniciar o fortalecimento de agendas há muito resistidas pelo Reino Unido, como *defesa*, por exemplo.[29] A inclinação do Reino Unido com a OTAN e os Estados Unidos gerou relutância por parte daquele país em corroborar com o projeto de fortalecimento de um poderio militar europeu. Essa é uma oportunidade para que uma guinada por esse caminho possa ser adotada, tornando a União Europeia um *player* ainda mais fortalecido.

Um último ponto a ser destacado é que, mesmo que haja profunda intenção de manter relações especiais com a União Europeia, o Reino Unido, com o *Brexit*, não terá mais poder de barganha política direta na organização internacional. Não ocupará mais assentos parlamentares, não colaborará na formulação de acordos, e seu poder de influência como um país individualmente é inferior do que se realizado por vias da União Europeia. Isso gerará consequências gravemente onerosas, uma vez que ao Reino Unido estará defeso opinar sobre decisões que vão de marcos regulatórios a pactos de comércio internacionais da União Europeia.

Haja vista todo esse cenário, apresenta-se a terceira perspectiva deste artigo: o prognóstico que se faz não é apenas de que o Reino Unido é potencialmente mais prejudicado com sua decisão. Um eventual "*soft Brexit"* poderia

27 MATTHIJS, Matthias. Europe after Brexit: A Less Perfect Union. **Foreign Affairs**, p. 85-95, jan./fev., 2017.
28 *Ibid.*
29 BAHI, *op. cit.*

significar abrir portas para que *cada país possa firmar seu pacto de tratamento especial* com a União Europeia e *players* relevantes passem a aderir a esse êxodo, o que, portanto, não é positivo para o movimento de integração europeu. A via do *soft Brexit* é uma ameaça real ao Projeto Europeu, dando azo a um mercado comum e uma união aduaneira com graves restrições. Imagina-se que será algo nocivo, em função do abalo que seria à União, um acordo em que a Grã-Bretanha consiga manter somente os aspectos do mercado comum que lhe sejam proveitosos.

Considerações finais

O *Brexit* representa um alerta ao pioneirismo europeu no processo de integração regional. A análise dos dados e da conjuntura ora feita no presente estudo leva a crer que o divórcio entre Reino Unido e União Europeia não significa necessária retração desse processo, mas um momento para que se repense o seu real significado.

Algumas perspectivas futuras foram apresentadas para caminhar nesse sentido. A reforma de competências, por exemplo, é um caminho que visa tornar a União Europeia um agente tomador de decisões mais eficiente. Neste âmbito, negociação de acordos comerciais internacionais, supervisão de instituições financeiras transnacionais, tutela de direitos sociais mínimos são alguns desses exemplos. O retorno de algumas questões temáticas à deliberação dos Estados, ainda que enseje uma flexibilização das regras do mercado comum, poderia apontar para soluções que gerem progresso econômico, atentando-se às peculiaridades de cada país sem prejuízo da estabilidade do bloco.[30]

Argumenta-se, ainda, que a ascensão do movimento político eurocético na atual conjuntura é passageira. As dificuldades institucionais expostas, bem como a redução da taxa de euroceticismo nos cidadãos europeus, são indicativos de que o terreno para esse espectro político caminha no sentido da infertilidade.

Nessa lógica, apontam-se três perspectivas fulcrais que este trabalho sustenta: a primeira é que o processo de integração regional é irreversível, mas o seu significado não é imutável. O *Brexit* é um momento para a União Europeia realizar seu ato de contrição (ou seja, reformar parte de suas instituições) e seguir trilhando o caminho do estreitamento de laços. Ressalte-se, ainda, que a ausência do membro idiossincrático poderá conduzir a uma política cujo epicentro francês e alemão poderá orientar a uma integração europeia mais intensa, dado que não contará mais com a Grã-Bretanha na formulação de políticas. A segunda é que a onda eurocética, que teve inúmeros representantes no ce-

30 MATTHIJS, *op. cit.*

nário político europeu, é passageira. Deram-se por argumentos nesse sentido a ascensão quase uniforme da aprovação da União Europeia por seus cidadãos e o déficit de capacidade de institucionalização da agenda eurocética no Parlamento. A terceira é que, para o bem do processo de integração regional, o resultado do acordo comercial Reino Unido/UE deve tender mais ao "*hard Brexit*" do que ao "*soft Brexit*", porque a eventual manutenção de elementos do mercado comum e da união aduaneira favoráveis apenas para o Reino Unido pode gerar uma insatisfação sistêmica e um perigoso retorno do aumento do euroceticismo no cenário político.

Além disso, uma ponderação a mais que é possível ser feita é a seguinte: a despeito de a União Europeia se pregar como um modelo de integração regional a ser seguido, em função do seu alto grau de evolução, o baque causado pelo *Brexit* não é um desincentivo para o desejo de Estados em outras regiões do mundo se integrarem. Em função do nível incipiente de evolução da integração das demais organizações internacionais existentes, bem como suas respectivas peculiaridades econômicas, comerciais e culturais, se comparadas à União Europeia, dificilmente o *Brexit* encontrará intercessões para desincentivo de países do mundo à formação de blocos regionais.

Referências bibliográficas

1. Livros

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz; BARRETO, Rafael Zelesco. **Direito das organizações internacionais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

DINAN, Desmond. **Origins and Evolution of the European Union**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

PORTO, Manuel Carlos Lopes; FLORES JR., Renato Galvão. **Teoria e políticas de integração na União Europeia e no Mercosul**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

2. Artigos

BAHI, Riham. Regionalism in Hard Times: Brexit and the Limits of Hegemonic Regionalism. *In*: **Review of Economics & Political Science**, v. 2, n. 1, jan., 2017.

CONTI, Nicolò. The Radical Right in Europe, Between Slogans and Voting Behaviour. *In*: **Análise Social**, v. 46, n. 201, As direitas no sul da Europa. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2011. p. 633-652.

COSTA, Leonardo de Andrade. **Análise comparativa do sistema tributário da União Europeia e do Mercosul**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017.

CUYVERS, Armin. The Road to European Integration. *In*: UGIRASHEBUJA, Emanuel; RUHANGISA, John; OTTERVANGER, Tom; CUYVERS, Armin (Orgs.). **East African Community Law**. Netherlands: Brill, 2017. p. 22-42.

GASTAL, Bruno Palombini; SANTOS, Gabriela Freitas dos; PECHANSKY, Ricardo. The Crisis of the European Union: The End of a Project? *In*: **RIPE:** Relações Internacionais para Educadores, Porto Alegre, UFRGS, v. 4, p. 76-93, 2017.

GIFFORD, Chris. The UK and the European Union: Dimensions of Sovereignty and the Problem of Eurosceptic Britishness. **Parliamentary Affairs**, v. 63, n. 2, p. 321-338, 2010.

GYORI, Eniko. What Shall We Do Without the Brits: Some Thoughts on Brexit. **ELTE Law Journal**, p. 185-196, 2016.

HOWORTH, Jolyon. La Grande-Bretagne et l'Europe: de la résistance à la rancœur. **Politique étrangère**, p. 259-271, 2010.

MATTHIJS, Matthias. Europe after Brexit: A Less Perfect Union. **Foreign Affairs**, p. 85-95, jan./fev., 2017.

SCHIEMANN, Konrad. **Europe and the Loss of Sovereignty**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 475-489.

STOKES, Bruce; WIKE, Richard; MANEVICH, Dorothy. **Post-Brexit, Europeans More Favorable Toward EU**. Washington: Pew Research Center, 2017.

3. Legislação

Tratado da União Europeia. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF>. Acesso em: 12 nov. 2017.

A PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA NÃO COSTUMEIRA NO DIREITO INTERNACIONAL DO COMÉRCIO: AS RECLAMAÇÕES DE PARTICULARES NO MERCOSUL

Pedro Farias Oliveira[1]

Resumo

No final do século passado, o Direito Internacional do Comércio (DIC) passou por significativa institucionalização, o que importou o surgimento de sistemas de solução de controvérsias internacionais. Essa institucionalização, contudo, não garante o pleno acesso à Justiça, uma vez que apenas reproduz o instituto costumeiro e estatocêntrico da proteção diplomática. O DIC, na verdade, apenas tornou a proteção diplomática uma construção não costumeira, fato que é claro nos procedimentos iniciados por particulares no Mercosul.

Palavras-chave

Proteção diplomática. Direito Internacional do Comércio. Mercosul. Responsabilidade internacional.

Abstract

At the end of the last century, International Trade Law (ITL) went through a significative process of institutionalization, which resulted in the creation of dispute settlement mechanisms. This process, however, does not guarantee broad access to Justice, as the mechanisms only reproduce the customary and state centric practice of diplomatic protection. ITL, in reality, turned diplomatic protection into a non-customary construct, a fact that is clear in the proceedings launched by private parties in MERCOSUR.

Keywords

Diplomatic protection. International Trade Law. MERCOSUR. International responsibility.

1 Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) — Mestrando em Direito Internacional pela UERJ.

Introdução

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, alguns fatores foram apontados como desestabilizadores da paz internacional. Um dos principais foi a falta de cooperação na ordem internacional, o que permitia déficits de informação e uma consequente desconfiança entre nações. Nesse contexto, a corrente funcionalista das relações internacionais ganhou força, advogando a institucionalização da ordem internacional, com a construção, firme e gradual, de organizações internacionais com finalidades específicas e bem definidas.[2]

Na seara comercial, pretendia-se a criação de uma organização internacional que cuidasse do processo de liberalização da troca de mercadorias, buscando a eliminação de barreiras alfandegárias. Entretanto, somente ao final da rodada Uruguai, em 1994, concluíram-se os chamados Acordos de Marraquexe, constitutivos da OMC. O Mecanismo de Solução de Controvérsias, um dos pilares informadores da organização,[3] é um símbolo da institucionalização do Direito Internacional do Comércio (DIC). Paralelamente a isso, estruturas regionais de integração começaram a implementar a liberalização do comércio, instituindo seus próprios mecanismos de resolução de conflitos. Tudo apontava para a atenuação da influência da política no DIC e para o crescimento do uso de soluções judiciais no Direito Internacional (DI). Contudo, apesar de toda essa institucionalização, é possível dizer que muitos mecanismos de solução de controvérsias no DIC operam com base no instituto estatocêntrico da proteção diplomática, ainda que em modalidade especial, com algumas peculiaridades.

O presente artigo busca, portanto, demonstrar se e como a prática dos acordos internacionais de comércio contempla a proteção diplomática. Para isso, recorta-se o objeto na análise do sistema de solução de controvérsias do Mercosul, tão festejado por prever expressamente a possibilidade de um procedimento ser iniciado por reclamações de particulares. Nesse sentido, o primeiro capítulo deste trabalho conceitua o instituto da proteção diplomática, enquanto o segundo se dedica a demonstrar sua presença no referido rito do bloco regional.

1. A proteção diplomática

Inicialmente, para que se possa discutir a presença da proteção diplomática no Direito Internacional do Comércio, é necessário entender do que se trata o instituto. Somente assim, é possível identificar suas principais características e distinguir seu uso nas complexas relações internacionais hodiernas. Como pon-

2 MESSARI; NOGUEIRA, 2005, p. 76.
3 CRETELLA, 2012, p. 387.

to de partida, deve-se ter em mente que, no DI clássico,[4] apenas os Estados possuem personalidade jurídica, de modo que a responsabilidade internacional, em regra, opera de Estado a Estado. Essa visão interestatal impede indivíduos de buscarem a reparação por danos oriundos da conduta de Estados dos quais não são nacionais, uma vez que somente outro Estado poderia reclamar direitos decorrentes da violação de normas internacionais. Dessa forma, quando um particular ou grupo específico é lesado por um ilícito internacional, é necessário que algum Estado endosse seu pleito para reivindicar, indiretamente, seus direitos no sistema internacional. Esse endosso é o que se chama de proteção diplomática: o ato de um Estado encampar o direito de um particular, tomando-o como se fosse seu, para reclamá-lo na esfera interestatal.[5]

A Comissão de Direito Internacional (CDI) da Organização das Nações Unidas (ONU) já se debruçou sobre o tema, o que resultou no Projeto de Artigos sobre Proteção Diplomática de 2006. O artigo 1º do Projeto assim define a proteção diplomática:

> *Article 1*
> *Definition and scope*
> *For the purposes of the present draft articles, diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility.*[6]

Já Geck conceitua a proteção diplomática em dois sentidos: (a) estrito, compreendendo atividades direcionadas a outro Estado e baseadas em uma violação, real ou alegada, de Direito Internacional; e (b) amplo, concepção que também engloba a mera promoção de interesses de nacionais no estrangeiro ou intercessões amigáveis com autoridades de outros Estados.[7] Pensar a proteção diplomática em sentido tão amplo como na segunda acepção apresentada por Geck não é a ideia deste trabalho, uma vez que, entendida dessa forma, a significação como instituto jurídico é perdida. Toda e qualquer atuação do Estado no plano internacional tem, a princípio, a finalidade de proteger interesses

4 No Direito Internacional contemporâneo, a possibilidade de indivíduos possuírem personalidade jurídica internacional e, portanto, poderem contrair direitos e obrigações no plano internacional já é amplamente trabalhada, o que sugere novos questionamentos para a doutrina da proteção diplomática.
5 MAZZUOLI, 2015, p. 618.
6 ONU, 2006.
7 GECK, 1987, p. 100.

internos, seja da nação como um todo, seja de indivíduos específicos. Nesse contexto, a negociação de tratados, as discussões no seio de organizações internacionais, o reconhecimento de sujeitos de DI ou qualquer outra conduta do Estado seria, de alguma forma, expressão da proteção diplomática.

Na verdade, as ações descritas no parágrafo anterior apenas compõem o jogo de dois níveis (*two-level game*) característico da atividade diplomática: em nível nacional, grupos sociais pressionam o governo a adotar posturas externas que os favorecem e políticos constroem coalizões com esses grupos para manter o poder; já em nível internacional, os governos tentam maximizar sua habilidade de satisfazer anseios internos, ao mesmo tempo em que procuram minimizar as consequências adversas de acontecimentos externos.[8] Destarte, o comportamento externo é definido pelo diálogo interno, de forma que — ao menos na concepção liberal[9] — o interesse nacional não passa de uma soma de interesses privados.[10]

Para fins deste trabalho, leva-se em conta apenas a concepção estrita da proteção diplomática, ou seja, as atividades no âmbito da responsabilidade internacional, motivadas pela violação de normas internacionais e direcionadas ao Estado ofensor. São, assim, excluídas do instituto:[11] (a) a ação diplomática e consular na assistência de nacionais; (b) a proteção, pelo Estado, de seu corpo diplomático e consular ou outros agentes estatais;[12] (c) direitos de organizações internacionais em relação a seus funcionários;[13] e (d) a proteção de indivíduos por tratados, como preveem os de proteção dos direitos humanos.

Em seguida, a conceituação mais importante a ser estabelecida é que as normas sobre proteção diplomática constituem normas secundárias de direito internacional.[14] Nesse sentido, tem-se em Hart importante marco teórico. Para o

8 PUTNAM, 1988, p. 434.

9 *In the liberal conception of domestic politics, the state is not an actor but a representative institution constantly subject to capture and recapture, construction and reconstruction by coalitions of social actors. Representative institutions and practices constitute the critical 'transmission belt' by which the preferences and social power of individuals and groups are translated into state policy. Individuals turn to the state to achieve goals that private behavior is unable to achieve efficiently. Government policy is therefore constrained by the underlying identities, interests, and power of individuals and groups (inside and outside the state apparatus) who constantly pressure the central decision makers to pursue policies consistent with their preferences.* (MORAVCSIK, 1997, p. 518).

10 KRASNER, 1978, p. 28.

11 Amerasinghe (2008, p. 45-54) também realiza a referida exclusão.

12 Os agentes diplomáticos e consulares são órgãos do próprio Estado. O direito exercido não diz respeito aos particulares quando relativos ao desempenho da função diplomática ou consular.

13 O mesmo raciocínio da nota anterior pode ser feito nessa hipótese.

14 Do mesmo modo, procedem Amerasinghe (*op. cit.*, p. 2) e Vermeer-Künzli (2007, p. 44-51). Ressalve-se que, para o primeiro, algumas normas primárias também podem integrar o instituto, como as relativas à atribuição ou à imputação de atos ou de omissões ilícitas ao Estado reclamado.

autor, apenas as normas primárias regulam diretamente a conduta humana.[15] Já as normas secundárias suplementariam as primárias, corrigindo seus três defeitos: (a) a incerteza, remediada por normas secundárias de reconhecimento; (b) a estática, corrigida por normas secundárias de mudança; e (c) a ineficiência, corrigida pelas normas de adjudicação. As normas sobre proteção diplomática inserem-se no terceiro grupo, pois tratam da responsabilidade internacional do Estado, estabelecendo o procedimento a ser seguido em casos de violação de certas normas internacionais primárias, na defesa de interesses particulares.[16]

Todas as demais características da proteção diplomática, como a titularidade do direito protegido, seus requisitos e a norma primária violada são objetos de divergências e mudanças de posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários, de sorte que não importam, em última análise, para a caraterização essencial do instituto.

1.1 Titularidade do direito protegido

1.2.1 A ficção Mavrommatis

Verificar se o direito exercido na proteção diplomática é do próprio Estado protetor ou do particular protegido constitui grande debate na temática em tela. A posição defensora do direito exercido na proteção diplomática como sendo do próprio Estado protetor tem expoente doutrinário em Edwin Borchard, que, apoiando-se na teoria da ofensa indireta de Vattel,[17] afirmou que:

> *The right of protection which every state possesses is correlative to its obligation to accord foreigners a measure of treatment satisfying the requirements of international law and relevant treaties, and to its responsibility for failure to accomplish this duty. Diplomatic protection is in its nature an international proceeding, constituting "an appeal by nation to nation for the performance of the obligations of the one to the other, growing out of their mutual rights and duties".*[18]

Essa abordagem da proteção diplomática encontrou eco na prática internacional e nas decisões de tribunais internacionais. A Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), antecessora da Corte Internacional de Justiça (CIJ), foi responsável pela consolidação da ficção jurídica que hoje sustenta o

15 HART, 1994, p. 81.
16 HART, *op.cit.*, p. 96-97.
17 A teoria da ofensa indireta significa dizer que um Estado que maltrata um cidadão de outro Estado está, indiretamente, ofendendo esse segundo Estado. O Estado ofendido, portanto, pode invocar a responsabilidade internacional do ofensor (VATTEL, 1758, p. 309).
18 BORCHARD, 1916, p. 354.

referido entendimento. Trata-se da ficção Mavrommatis (ou ficção vateliana), cujo nome faz referência ao caso *Mavrommatis Palestine Concessions*, julgado nos anos 1920. O primeiro de três julgamentos, publicado em 1924, cuidou das objeções preliminares levantadas pela Grã-Bretanha, e a CPJI teve de enfrentar a questão de admissibilidade da proteção diplomática, bem como de seus efeitos processuais. A chamada ficção Mavrommatis restou, então, estabelecida no seguinte excerto da sentença:

> *It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights — its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law.*[19]

Assim, segundo a visão tradicional e costumeira representada pela ficção Mavrommatis, um Estado, por meio da proteção diplomática, endossa o direito de seu nacional como se fosse seu e o exerce de forma independente. A atitude de oferecer a proteção, ainda que vise à reparação de prejuízo sofrido por um particular, é ato discricionário do Estado, que realiza juízo de conveniência para decidir se endossa ou não a causa particular. Em procedimentos judiciais, a ficção faz com que apenas o Estado, e não o indivíduo, figure no polo ativo da demanda. Isso condiz com uma visão predominantemente interestatal do Direito Internacional, que foi majoritária durante grande parte do século XX. Para que tais pleitos tivessem lugar em cortes internacionais, como a CPJI e CIJ, a ficção Mavrommatis era indispensável, como forma de prestigiar a soberania estatal.[20]

A principal consequência de se reputar o direito endossado pela proteção diplomática como um direito do Estado é entender que o uso do instituto é discricionário: o Estado decide diante de quais situações de violações de direi-

19 CPJI, 1924, p. 12.

20 A posição processual do Estado perante a Corte também foi afirmada no julgamento de 1924: "*The question, therefore, whether the present dispute originates in an injury to a private interest, which in point of fact is the case in many international disputes, is irrelevant from this standpoint. Once a State has taken up a case on behalf of one of its subjects before an international tribunal, in the eyes of the latter the State is the sole claimant*" (CPJI, 1924, p. 12). Sobre isso, Borchard (*op. cit.*, p. 357) afirma que: "*By espousing a claim of its national for injuries inflicted by a foreign state, the claimant government, acting in its sovereign capacity, makes the claim its own and therefore acts neither as agent nor trustee for the claimant*".

tos individuais acionará o sistema internacional.[21] Além disso, o particular não possui controle algum sobre a demanda em nível internacional, encontrando-se destituído de poderes para desistir ou transigir. Todas as decisões relativas à causa internacional são tomadas pelo Estado, sem haver a necessidade de consultar o indivíduo lesado.[22]

A teoria tradicional do endosso rejeita, ainda, a chamada cláusula Calvo. Essa disposição contratual, desenvolvida por Carlos Calvo,[23] afirma que um contratante teria a possibilidade de renunciar ao eventual endosso de causa por seu Estado de nacionalidade, impedindo o exercício da proteção diplomática. A ideia era fundamental para evitar a cobrança de dívidas por meio do uso da força, como se deu no episódio ocorrido em 1902, em que Reino Unido, Alemanha e Itália impuseram bloqueio naval à Venezuela. A formulação de tal cláusula implicaria a renúncia de um direito por terceiro, ou seja, a renúncia do direito estatal de exercer a proteção pelo particular contratante, motivo pelo qual não poderia ser admitida.[24]

Contudo, mesmo entre os adeptos da ficção Mavrommatis, há divergências de pensamento, o que começa a sugerir que o único aspecto essencial da proteção diplomática é seu caráter de norma secundária do DI. Controverso é, por exemplo, se o direito defendido pertence ao Estado durante todo o processo de defesa do direito. Para Borchard, a demanda é privada em sua origem, mas sua titularidade se transfere ao Estado quando do endosso, passando a ter caráter internacional.[25] Já o ordenamento dos Estados Unidos[26] reconhece uma distinção entre: (a) o momento anterior ao dano, em que o direito pertence ao Estado e, portanto, não é passível de renúncia pelo particular; (b) o momento posterior ao dano, mas anterior à apresentação da demanda em nível internacional, quando o direito pertence ao particular; e (c) o momento posterior ao dano e à apresentação da demanda em nível internacional, etapa em que o direito pertence ao Estado.

Tiburcio rejeita ambas as teorias, afirmando que o direito não pode pertencer ao indivíduo em determinado momento e ao Estado em outro. Para ela, o direito protegido pertence, em nível nacional, ao particular lesado e, em nível internacional, ao Estado protetor. Afirma, ainda, uma total independência entre as duas situações: a demanda pode ser resolvida internacionalmente sem que

21 *The citizen abroad has no legal right to require the diplomatic protection of his national government. Resort to this remedy of diplomatic protection is solely a right of the government, the justification and expediency of its employment being a matter for the government unrestricted discretion.* (*Ibidem*, vi).
22 *Ibidem*, p. 366-372.
23 Jurista uruguaio que atuou como diplomata a serviço da Argentina no século XIX.
24 *Ibidem*, p. 810.
25 *Ibidem*, p. 356-357.
26 AMERICAN LAW INSTITUTE, 1987.

o particular receba qualquer compensação e o pleito de nível nacional prosseguir. De maneira semelhante, a questão pode ser solucionada no plano interno e o Estado ainda ter interesse em prosseguir com a demanda internacional.[27]

Brierly adotava posição, de certa forma, intermediária. Apesar de defender em parte a visão tradicional, ou seja, sustentar que uma lesão a um particular seria, também, uma lesão ao Estado de sua nacionalidade, afirmava que não havia a introdução de qualquer ficção. Para ele, o ilícito cometido pelo Estado ofensor contra o particular geraria uma situação de denegação de Justiça, a qual não necessariamente traria malefícios apenas para o indivíduo ou para sua família, mas também desconfiança e insegurança para outros estrangeiros. Assim, o Estado teria um interesse maior do que a mera recomposição dos danos, procurando remediar a estabilidade das relações internacionais.[28]

1.2.2 Direito pertencente ao indivíduo e o caráter procedimental do instituto

Trindade atribui a Lauterpacht a representação da doutrina que considera que o Estado protetor está, ao exercer a proteção diplomática, "implementando o direito do indivíduo e não o seu direito próprio e exclusivo, em vista da incapacidade do indivíduo de garanti-lo por conta própria na esfera internacional".[29] Lauterpacht marca uma visão acerca da proteção diplomática que abomina a ficção Mavrommatis, tratando-a apenas como uma necessidade processual do particular no plano internacional,[30] uma vez que este não confere às pessoas, individualmente consideradas, personalidade e capacidade jurídicas internacionais. O direito protegido, contudo, pertenceria ao particular, sendo inclusive dispensável qualquer vínculo de nacionalidade. O referido autor preocupava-se, por exemplo, com os apátridas, que poderiam se ver desamparados frente a uma violação de direito internacional. Uma consequência importante dessa

27 Reforça esse ponto de vista o fato de que a reparação devida ao Estado não precisa ser equivalente ao dano causado ao particular protegido (TIBURCIO, 2001, p. 60-63).

28 BRIERLY, 1928, p. 48.

29 TRINDADE, *op. cit.*, p. 120.

30 *Mais, d'une manière générale, la formule d'après laquelle les droits en question sont les droits de l'État, et non de l'individu, est en substance très peu logique. L'État ne pourrait exiger que ses ressortissants soient traités d'une certaine façon si eux-mêmes n'avaient pas droit au même traitement conformément au droit international. Ils ont droit, comme* étrangers*, à* être *traités conformément au droit international même si leur propre État ne tient aucun compte, à l'intérieur de ses frontières, des droits fondamentaux de l'individu. Si ces droits* étaient *vraiment ceux de l'État dans la personne de ses nationaux, on se trouverait alors en présence de la situation absurde d'un État les affirmant internationalement comme ses propres droits, qu'il dénie et condamne à l'intérieur de ses frontières en ce qui concerne les mêmes individus. L'affirmation dogmatique que les droits en question sont les droits de l'État, et non ceux de l'individu, n'est rien moins qu'une répétition, sous une forme généralisée, de la situation existente en ce qui concerne l'incapacité de l'individu, en matière de procédure, dans le domaine international. La vérité, à notre avis, est que le droit international acorde ces droits à l'individu comme tel, qu'il soit un étranger, un ressortissant, ou un apatride.* (LAUTERPACHT, 1937, p. 230-231).

corrente é entender que o particular poderia dispor livremente da demanda internacional.

García-Amador, enquanto tece crítica mais profunda ao entendimento de que apenas Estados podem ser sujeitos destinatários de normas internacionais, em especial das sobre responsabilidade, trata a ficção Mavrommatis como alegoria obsoleta, destacando algumas inconsistências técnicas que comprometem a própria coerência da ficção consigo mesma.[31] Primeiramente, se o pleito internacional constitui uma demanda inteiramente nova, por que se exigiria que o estrangeiro lesado, que não é parte na causa, exaurisse os remédios internos? Em verdade, por que haveria de se dissociar os procedimentos internos e externos no caso concreto? Ademais, como poderia a mera mudança de nacionalidade do indivíduo afetar a demanda internacional, tornando-a ilegítima? Já no final dos anos 1950, o referido autor defendia o abandono do instituto, face aos incipientes sistemas que reconheciam a capacidade internacional do indivíduo.[32]

1.3 Requisitos

Grande parte da produção doutrinária sobre a proteção diplomática não se dedica à sua natureza, mas sim a seus requisitos. Conforme a construção costumeira, são eles: (a) a nacionalidade da demanda (*nationality of claims*), segundo a qual um Estado apenas pode endossar o pleito de particular de sua nacionalidade; (b) o esgotamento dos recursos internos, segundo o qual o particular ofendido deve esgotar os mecanismos internos do país ofensor antes de buscar a proteção; e (c) a conduta correta do reclamante (*clean hands doctrine*), segundo a qual a conduta do particular não pode ter dado azo à violação da norma internacional pelo Estado ofensor. Para os fins deste trabalho, o importante é ressaltar que, apesar de esses requisitos condicionarem o uso da proteção diplomática costumeira, em determinados momentos, a maioria dos mencionados requisitos acaba sendo relativizada, de modo que é possível pensar a proteção diplomática fora dessas condições. Os requisitos encontram-se em constante debate, sendo construídos e delimitados pela doutrina e pela jurisprudência internacionais com o passar do tempo. Não há, assim, que se confundir a proteção diplomática com eles.

---

31 GARCÍA-AMADOR, Francisco V. State Responsibility: some new problems. In: **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, v. 94. Leiden: Brill Nijhoff, 1958. p. 100.

32 O autor divide tais experiências em dois grupos: (a) tratados e convenções que reconhecem aos indivíduos o acesso direto à jurisdição internacional, entre eles os criadores da Corte Internacional de Presas (Convenção da Haia de 1907) e da Corte de Justiça Centro-Americana, bem como o Tratado de Versalhes e a Convenção Germano-Polonesa de 1922, que previam o *locus standi* de particulares em tribunais arbitrais internacionais; e (b) acordos concluídos diretamente entre Estados e particulares (GARCÍA-AMADOR, *op. cit.*, p. 103-104).

Em relação ao critério nacionalidade, tem-se que foi modificado pela jurisprudência CIJ em diversas oportunidades: no caso *Barcelona Traction*, por exemplo, a Corte estabeleceu dois requisitos para a aquisição de nacionalidade de uma empresa para fins de proteção diplomática:[33] (a) a constituição sob as leis do Estado em questão; e (b) a presença da sede social no território do mesmo Estado. Como as leis internas da maioria dos Estados exige que as empresas constituídas sob suas leis mantenham a sede social em seu território, o principal critério para determinar a nacionalidade é o local de constituição da empresa. Já no caso Nottebohm, a CIJ consagrou a regra da nacionalidade contínua e efetiva para fins do uso do instituto.[34] Por fim, o próprio Projeto da CDI sobre proteção diplomática já relativiza a regra da nacionalidade em casos de apátridas e refugiados, permitindo o endosso, ainda que sem o mencionado vínculo.[35]

Já em relação ao requisito do esgotamento dos recursos internos, cumpre ressaltar a prática das Comissões Mistas de Reclamações instituídas por convenções e acordos especiais. Nestas, os indivíduos recorriam por meio de seus governos, que agiam em prol de seus nacionais, sendo dispensado o esgotamento dos recursos internos no Estado ofensor.[36] Quanto à conduta correta do reclamante, observa-se que tal requisito não é expresso na modalidade convencional do instituto, mas poderá vir a ser analisado durante o procedimento judicial.

Atualmente, a verdade é que a visão tradicional acerca da proteção diplomática é alvo de duras críticas, principalmente quando confrontada com os referidos requisitos. Para Pellet, por exemplo, o fato de que o esgotamento de recursos internos constitui um requisito para o exercício da proteção diplomática já é uma contradição da própria natureza clássica do instituto.[37] Uma vez que o esgotamento deve ser feito pelo indivíduo lesado, caso este não leve a demanda ao tribunal nacional competente, o Estado pode se ver impedido de fazer valer seu próprio direito de proteção. Não faz sentido conceber, na visão clássica do DI interestatal, que um indivíduo tenha esse poder.

Da mesma forma, também pode o requisito da continuidade da nacionalidade impedir o exercício da proteção, de maneira contrária à vontade do Estado. Se esse é o verdadeiro detentor do direito de proteção, ao qual cabe, ex-

33 CIJ. **Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Judgment, 5 February 1970)**. Bélgica *vs*. Espanha. Haia, 1970. p. 70.

34 CIJ. **Nottebohm Case (Liechtenstein *vs*. Guatemala)**. Second Phase, International Court of Justice (ICJ), 6 April 1955.

35 Artigo 8º (ONU, 2006).

36 TRINDADE, 1997, 102-104. Amerasinghe reputa as Comissões Mistas como casos de *waivers* à regra do esgotamento (*op. cit.*, 162-165).

37 PELLET, 2007, p. 1379.

clusivamente, decidir sobre a propositura, negociação e retirada da demanda, não é coerente pensar que a mudança de nacionalidade por desejo do ofendido inviabilizaria o exercício da proteção diplomática.[38]

Por oportuno, frise-se que outro ponto de grande relevância é que as normas sobre proteção diplomática são acionadas, classicamente, pela violação ao conjunto de normas primárias relacionadas ao tratamento de estrangeiros[39]. Conforme será abordado no trabalho, contudo, essa não é uma regra constante, de modo que o escopo material das normas primárias violadas pode variar, englobando, por exemplo, normas de DIC.

2. A proteção diplomática no direito internacional do comércio: o instituto em sua modalidade convencional

As normas do Mercosul estão expressas em fontes de DI. Mais precisamente, em tratados multilaterais concluídos entre Estados. Sem adentrar maiores discussões sobre a teoria das fontes, importante é ressaltar que, segundo a concepção clássica, elas só seriam capazes de criar direitos e obrigações para os tradicionais sujeitos de DI: os próprios Estados. Essa visão faz com que os particulares sejam apenas destinatários de meros "benefícios" pelas normas do DIC.[40]

No entanto, é necessário entender que, em última análise, os agentes da economia internacional são indivíduos, entre camponeses, magnatas com jatos privativos e burocratas estatais.[41] Nesse contexto, não são os Estados, mas os particulares comerciantes, os primeiros a notar o ilícito internacional, uma vez que são diretamente prejudicados por violações de Estados estrangeiros a normas de comércio. Todavia, diante da impossibilidade de recorrer aos mecanismos de solução de controvérsias dos acordos de comércio por si mesmos, acabam procurando membros da organização para esposar suas reclamações contra os Estados infratores, o que gera uma nova área de aplicação para o instituto da proteção diplomática.

Nesse contexto, é necessário apontar um fenômeno: enquanto os estudiosos da proteção diplomática parecem ignorar a notória presença do instituto nos mecanismos de solução de controvérsias de acordos de comércio, alguns especialistas em Direito Internacional do Comércio reconhecem a prática, mas não aprofundam seu exame em um contraste com a construção costumeira.[42]

38 *Ibidem*, p. 1378.
39 AMERASINGHE, *op. cit.*, p. 2.
40 MORAES, 2002, p. 115.
41 KEOHANE, 1997, p. 150.
42 Entre esses últimos, Carreau e Juillard: "*Le contentieux du commerce international n'est pas, par sa nature, un contentieux interétatique, et pour une raison simple. Les commerçants, ce ne sont pas les États mais les opérateurs* économique *privés. Lorsque les règles du système comercial international sont violées, c'est du fait de ces opérateus au moins autant que du fait des États, et ces violations font grief moins aux États qu'à ces opérateurs.*

Os primeiros assim procedem simplesmente por não identificarem os já explorados requisitos de esgotamento dos recursos internos e de vínculo nacional.

Deve-se ter em mente, contudo, que a proteção diplomática nos acordos de comércio se afasta da concepção tradicional, passando a fazer parte de direito codificado, ainda que não com referência expressa ao instituto. Opta-se por chamar essa proteção diplomática de convencional, utilizando-se este vocábulo no sentido derivado da adjetivação de convenção. O termo convenção, por sua vez, faz referência ao Direito Internacional Convencional, ramo que estuda os tratados em geral. A proteção convencional, então, apesar de não ser costumeira, pois expressamente regulada, não se afasta da lógica primordial do instituto: trata-se de norma secundária que viabiliza a responsabilização de um Estado pela violação de norma internacional geradora de benefício para um particular, superando a incapacidade jurídica deste em determinadas searas do Direito Internacional.

2.1 A proteção diplomática nas reclamações de particulares do Mercosul

O Mercosul é marcado pela intergovernabilidade e suas normas compõem o Direito da Integração, e não o Direito Comunitário.[43] Suas fontes, portanto, são de Direito Internacional Público e, conforme já explicitado, segundo a visão clássica, não podem gerar direitos e deveres para particulares. As normas sobre comércio internacional constantes do Mercosul — que compõem a maioria do ordenamento jurídico mercosulino atual — acabam por gerar meros benefícios a pessoas e a empresas que atuam nessa seara econômica.

Or, pour que soit redressée la violation de l'ordre international comercial, les opérateurs devront s'abriter derrière les États. Ainsi ressuscitera-t-on, de facto, une forme occulte de la protéction diplomatique, l'État membre de l'OMC décidant, en sa souveraine discrétion et selon le cas, de mettre en oeuvre ou de ne pas mettre en oeuvre les precédures de règlement des différends" (CARREAU; JUILLARD, 2007, p. 85). Na mesma linha, encontram-se Jackson (1997, p. 128) e Schoenbaum (1998, p. 653-658). Esse último, apesar de não mencionar expressamente a proteção diplomática, realiza um confrontamento das regras do MSC com o instituto costumeiro. O jurista atenta para o fato de que o acesso indireto de particulares na OMC é mais amplo. Isso porque o Entendimento sobre Solução de Controvérsias não elenca condições restritivas para a apresentação de reclamações por Estados-membro. Na verdade, nesse contexto tem-se apenas o artigo 3.7 do referido instrumento: "*Before bringing a case, a Member shall exercise its judgement as to whether action under these procedures would be fruitful*".

43 "Não há confusão entre o direito comunitário e o direito da integração. Aquele tem natureza, fonte, objeto e características diversos do direito internacional, porque próprio de uma Comunidade de Estados que afirmam um elo formador de uma composição política supra-estatal, porém não#estranha ao Estado. Já o denominado direito da integração é, reafirme-se, o conjunto das normas de direito internacional formuladas e aplicáveis no processo de integração dos Estados conformadores de uma pessoa jurídica de direito internacional derivada da integração das partes e que são recepcionadas no ordenamento interno" (ROCHA, 1998, p. 293).

Em relação ao mecanismo de solução de controvérsias da organização em comento, cumpre notar que o próprio Tratado de Assunção (TA) já previa, em seu artigo 3º um sistema provisório, destinado a viger durante o período de transição (até a acima referida data de 31/12/1994) e regido pelo Anexo III do tratado. O mencionado anexo previa a adoção de um sistema permanente até 1994, mas não foi isso que ocorreu. Em 17 de dezembro de 1991, firmou-se o Protocolo de Brasília (PB), que também foi marcado pela provisoriedade, em seu artigo 3.4[44] O PB somente foi substituído em 2002, com a assinatura do Protocolo de Olivos (PO); mais uma vez, contudo, o sistema foi mantido como transitório.[45]

Hoje, o sistema de solução de controvérsias do Mercosul passa por uma crise. Não é acionado desde 2012,[46] tendo atuado apenas em treze controvérsias. Destas, dez foram sob a vigência do PB, enquanto que apenas três resultaram da aplicação das regras do PO. Assim, em quinze anos de vigência, o PO mostra-se extremamente subutilizado. A análise feita a seguir dar-se-á, principalmente, com base no texto dos tratados em questão e no entendimento doutrinário, visto que os laudos não tiveram grande contribuição para o assunto analisado.

2.1.1 As reclamações de particulares

Desde o PB, já havia a previsão de particulares acionarem o mecanismo de solução de controvérsias do Mercosul. Hoje, entretanto, aplica-se o PO, que cuida dessa possibilidade em seu capítulo XI, intitulado "Reclamações de Particulares" e composto pelos artigos 39 a 44. O artigo 39 do Protocolo regula o âmbito de aplicação dos dispositivos do capítulo. Afirma-se, inicialmente, que os particulares podem ser pessoas físicas ou jurídicas e que suas reclamações podem decorrer de:

> Sanção ou aplicação, por qualquer dos Estados-parte, de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatórias ou de concorrência desleal, em violação do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho de Mercado Co-

44 Protocolo de Brasília, art. 34. O presente Protocolo permanecerá vigente até que entre em vigor o Sistema Permanente de Solução de Controvérsias para o Mercado Comum, a que se refere o item 3 do Anexo III do Tratado de Assunção.

45 Protocolo de Olivos, art. 53. Revisão do Sistema. Antes de culminar o processo de convergência da tarifa externa comum, os Estados-parte efetuarão uma revisão do atual sistema de solução de controvérsias, com vistas à adoção do Sistema Permanente de Solução de Controvérsias para o Mercado Comum a que se refere o numeral 3 do Anexo III do Tratado de Assunção.

46 Nesse ano, o Paraguai acionou o sistema procurando: (a) questionar a admissão da Venezuela como membro da organização; e (b) pôr fim à suspensão que estava sofrendo, após o *impeachment* alegadamente ilegal do ora presidente Fernando Lugo. A demanda não foi admitida, sendo extinta sem resolução do mérito.

> mum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul.

Em suma, resta claro que os particulares podem acionar o sistema de solução de controvérsias mercosulino caso sejam afetados por medidas de países-membro que violem o ordenamento jurídico do processo de integração. Assim, a princípio, pode parecer que o capítulo XI do PO rompe com o DI clássico, estabelecendo o direito de petição individual; contudo, não é isso que ocorre. O particular não possui acesso direto ao sistema de solução de controvérsias, devendo dirigir sua reclamação à Seção Nacional do GMC do Estado -parte em que tenham "sua residência habitual ou a sede de seus negócios".[47] Grosso modo, pode-se dizer que a atuação do particular constitui apenas uma notificação da violação praticada por um Estado-membro, cabendo a busca da responsabilização ao Estado que receber a reclamação.

O artigo 40(2) do Protocolo de Olivos começa a deixar clara a semelhança do procedimento iniciado por particulares com a proteção diplomática, dispondo o seguinte:

> Artigo 40. 2. Os particulares deverão fornecer elementos que permitam determinar a veracidade da violação e a existência ou ameaça de um prejuízo, para que a reclamação seja admitida pela Seção Nacional e para que seja avaliada pelo Grupo Mercado Comum e pelo grupo de especialistas, se for convocado.

Ao prever que a reclamação deve ser "admitida pela Seção Nacional", o instituto aproxima-se do endosso inerente ao exercício da proteção diplomática. Em outras palavras, assim como no instituto costumeiro, a reclamação individual no âmbito do Mercosul somente é levada em consideração se aceita pela Seção Nacional do país com o qual o particular possui vínculo. Importa notar que a Seção Nacional nada mais é do que a representação do Estado-membro em um órgão do Mercosul. Trata-se de uma subdivisão que consta da maioria dos organismos da entidade.[48] As Seções Nacionais do GMC tiveram tímida previsão inicial no TA, ao final de seu artigo 3º, mas ganharam especial destaque com o PB, que continha, em seu artigo 26(1), disposição idêntica ao supramencionado artigo 40(1) do PO. A composição dessas representações foi

47 Art. 40(1), Protocolo de Olivos.

48 A título exemplificativo, possuem Seções Nacionais: os órgãos ligados ao CMC, como o Foro de Consulta e Concertação Política (FCCP); os órgãos ligados ao GMC, como a Comissão Sócio-Laboral, as Reuniões Especializadas e os Subgrupos de Trabalho; a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM); e o Foro Consultivo Econômico-Social (FCES).

explicitada na Decisão nº 04/91 do CMC, que impôs que: "Os membros titulares e alternos de cada Estado-parte constituirão, para todos os efeitos, a respectiva Seção Nacional do Grupo Mercado Comum".[49]

Cumpre salientar que, de acordo com o artigo 46 do Protocolo de Olivos, salvo quando a Seção Nacional julgar necessário, todo o procedimento descrito no Protocolo é confidencial, à exceção dos laudos arbitrais. As reclamações de particulares, assim, gozam, a princípio, de total sigilo, pois nenhum laudo é proferido em seu rito. Essa informação é importante para justificar a falta de dados empíricos sobre a utilização do procedimento. É possível afirmar, todavia, que, da leitura da jurisprudência do Mercosul, depreende-se que tenham se originado de reclamações de particulares os laudos arbitrais II (09/1999)[50] e X (08/2005)[51]. Já Susani aponta que apenas cinco casos, entre os 33 apresentados ante os órgãos do Mercosul, foram acionados por particulares.[52]

2.1.2 Natureza da atuação da Seção Nacional: discricionariedade ou vinculação?

É a necessidade de encampamento do pleito do particular pela Seção Nacional que mais aproxima o instituto em análise da proteção diplomática. O emprego de letras maiúsculas na expressão Seção Nacional denota vontade institucionalizante,[53] mas a realidade é que a descrição do funcionamento e das competências da entidade não é alvo de maiores explicações. No caso brasileiro, a Seção Nacional é composta por membros da carreira diplomática, ligados, portanto, ao Poder Executivo. Cabe a este, por meio de seus órgãos, avaliar se a reclamação do particular no Mercosul merece ir adiante.

Baptista,[54] ainda comentando as disposições do PB, defende que o recurso ao mecanismo é atividade vinculada da Administração, não seguindo os "usos tradicionais em matéria de proteção diplomática". O jurista apresenta duas justificativas para sua posição. Em primeiro lugar, afirma que, caso a prática fosse hipótese de proteção diplomática, sua previsão no protocolo não seria necessária, visto que já existe o instituto costumeiro. Dessa forma, em razão do princípio interpretativo segundo o qual o legislador não utiliza expressões ociosas, a discricionariedade estaria afastada.

---

49 Art. 2º Mercosul/CMC/DEC. nº 04/91.

50 Tal laudo teve origem na reclamação efetuada pela Associação Argentina de Produtores Porcinos, pela Sociedade Rural Argentina, pela Câmara de Exportadores da República Argentina e pelas Confederações Rurais Argentinas ante a Seção Nacional do GMC da Argentina.

51 Tal laudo teve origem na reclamação efetuada pela Companhia Industrial de Tabacos Monte Paz S.A. ante a Seção Nacional do GMC do Uruguai, seguindo a lógica do Grupo de Especialistas, prevista, à época, no Protocolo de Brasília. O parecer do grupo foi unânime, reconhecendo a violação. O Brasil, contudo, não adotou as medidas recomendadas.

52 SUSANI, 2010, p. 74.

53 BAPTISTA, 1994, p. 161.

54 *Ibidem*, p. 162.

Em segundo lugar, Baptista advoga, com base no artigo 26(2) do PB, que a análise da Seção Nacional deve se limitar à apreciação da confiabilidade e da eficácia das provas de veracidade da violação e de existência ou ameaça de prejuízo. Dessa forma, segundo o autor, havendo prova suficiente da situação descrita, a Seção Nacional estaria obrigada a levar o pleito adiante. Indo mais adiante, o autor entende ser cabível, em caso de insuficiência das provas, procedimento administrativo sujeito ao princípio da legalidade e ao direito à defesa. Em suma, Baptista defende a vinculação da atuação da Seção Nacional e o afastamento do mérito administrativo insindicável.

Ventura, apoiando-se no pensamento já esposado por Baptista, acrescenta que o procedimento iniciado por particulares não pode ser enquadrado como proteção diplomática por não obedecer aos requisitos clássicos do instituto.[55] Entretanto, ainda considera a decisão da Seção Nacional como discricionária, e não exclusivamente jurídica.[56]

Já outros doutrinadores reconhecem a proteção diplomática no dispositivo em análise. Segundo Amaral Júnior, "o sistema atualmente existente não autoriza a participação direta dos particulares, que só se efetua por obra do instituto da proteção diplomática".[57] Na mesma toada, Vasconcelos é categórico:

> No que se refere especificamente à legitimidade ativa de particulares, importante se faz ressaltar a necessidade de Estado assumir como própria a reclamação do particular para que o litígio prospere no sistema. Não existe, em síntese, acesso direto de particular. Tem-se aqui, na verdade, exemplo claro de proteção diplomática necessária.[58]

Barral vai um pouco mais além, afirmando a discricionariedade da prática:

> [...] um tribunal que permita o acesso dos particulares afetados por medidas protecionistas de outro Estado-parte garante maior continuidade à liberalização do comércio regional. Na estrutura atual do Mercosul, estas reclamações seguem a via clássica da proteção diplomática e dependem da atuação discricionária do Estado do qual o particular é nacional.[59]

55 VENTURA, 2003, p. 252-254.
56 *Ibidem*, p. 252.
57 AMARAL JÚNIOR, 2013, p. 23.
58 VASCONCELOS, 2016, p. 121.
59 BARRAL, 2002, p. 154.

Nesse diapasão, deve-se atentar para uma diferença de redação entre Brasília e Olivos: o PB aduzia que a Seção Nacional "poderá entabular contatos diretos",[60] enquanto que o PO afirma que a Seção "deverá entabular consultas",[61] Isso poderia significar a existência de um direito dos particulares de ter sua reclamação examinada. Contudo, como bem observa Barral, "uma tal interpretação atenderia a reclamos da comunidade empresarial, que por vezes assiste a seus interesses serem arquivados, em razão de imperativos políticos. Mas essa interpretação, ainda que viável, provavelmente contrastará com a praxe diplomática dos Estados do Mercosul".[62]

A posição defendida neste trabalho é a de que se está diante de proteção diplomática, mas em modalidade especial.[63] Conforme exposto no primeiro capítulo, o que caracteriza a proteção diplomática é o fato de constituir uma norma secundária, utilizada para buscar a responsabilidade de um Estado por um ilícito internacional que lesa um indivíduo. Assim, o Estado que pratica o ilícito é acionado, na ordem internacional, pelo Estado que acolhe a pretensão do particular ao qual se liga, normalmente pelo vínculo da nacionalidade. Esse vínculo, no entanto, assim como os outros requisitos clássicos do instituto, podem ser afastados ou modificados, sem que isso importe a desconfiguração da proteção diplomática.

Em relação à discricionariedade ou vinculação da decisão da Seção, entende-se que não há como escapar da análise política da situação. Há de se ter em mente o aspecto de intergovernamentabilidade em que se funda todo o Mercosul, de modo que inferir a vinculação da decisão é contrário à análise sistêmica do processo de integração. Essa constitui, portanto, a interpretação vigente *de lege lata*.

2.1.3 Participação dos particulares

Não se discute, seja qual for a posição adotada, que a atuação do particular no contexto das reclamações do Mercosul é restrita. Ele não possui acesso direto (*jus standi*) ao sistema de solução de controvérsias do Mercosul, ou seja, não figura como parte no procedimento. Possui apenas *locus standi*, cuja limitação é latente. Após a apresentação da reclamação à Seção Nacional, existem apenas duas hipóteses de participação do particular no procedimento: sua oitiva na audiência conjunta que ajuda a formar o convencimento do grupo de especialistas[64] e a possibilidade de desistir da demanda ou concluir acordo, pondo fim à controvérsia.[65]

60 Art. 27, Protocolo de Brasília.
61 Art. 41(1), Protocolo de Olivos.
62 BARRAL, *op. cit.*, p. 163.
63 Também o afirma Vasconcelos (*op. cit.*, p. 123).
64 Art. 42(3), Protocolo de Olivos.
65 Art. 45, Protocolo de Olivos.

A possibilidade de desistência ou de conclusão de acordo em qualquer fase do procedimento é previsão expressa no artigo 45 do PO. Depreende-se da redação que o particular também tem esse direito,[66] o que vai de encontro à prática da proteção diplomática costumeira. Conforme abordado anteriormente, entende-se classicamente que, pelo fato de o direito exercido na ordem internacional pertencer ao Estado, e não mais ao indivíduo, seria impossível que este optasse pela desistência ou por transação.

Não há notícia de caso em que o particular tenha desistido da demanda contenciosa ou optado por transação no âmbito do Mercosul; entretanto, da leitura do PO, entende-se que a controvérsia se dá por terminada, encerrando todo e qualquer procedimento. Essa faculdade não está presente nem mesmo no sistema interamericano de direitos humanos, campo em que a desistência do caso cabe somente ao ente que apresenta a demanda, ainda que os demais intervenientes devam ser ouvidos.[67] Já em relação à possibilidade de transação, dispõe o Regulamento da Corte IDH que o tribunal deve decidir sobre sua procedência e# seus efeitos jurídicos.[68]

Tudo indica que, na modalidade de proteção diplomática presente no procedimento de reclamações de particulares do Mercosul, impera o entendimento segundo o qual o direito exercido pelo Estado no momento internacional da demanda ainda pertence ao particular. A ficção demonstra-se mitigada. Além disso, contrariamente ao já referido posicionamento de Tiburcio,[69] nesse caso o direito pertence, ao mesmo tempo, ao indivíduo e ao Estado, pois ambos podem dispor dele.

2.1.4 Residência habitual ou sede de negócios

Conforme exposto no item 1, o vínculo tradicional presente na proteção diplomática é a nacionalidade. Segundo o instituto costumeiro, um Estado somente pode encampar a demanda de um indivíduo que possua sua nacionalidade e esta deve possuir caráter contínuo e efetivo. Essa regra, porém, não é absoluta, sofrendo alterações em relação a pessoas jurídicas e mostrando-se relativizada na questão dos apátridas e dos refugiados.

O PO exige, em seu artigo 40(1), que o particular alegadamente prejudicado apresente sua reclamação à Seção Nacional do Estado-parte em que tem sua residência habitual ou sua sede de negócios. Nesse sentido, a norma, apesar de não se referir à nacionalidade ou ao local de constituição, não se distancia da regra costumeira da proteção diplomática em relação a pessoas

66 VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 124.
67 Art. 61, Regulamento da Corte IDH.
68 Art. 63, Regulamento da Corte IDH.
69 Cf. nota 27, *supra*.

jurídicas. Isso porque, nos países do Mercosul, o Estado em que uma empresa possui sua sede de negócios será quase sempre o Estado em que ocorreu sua constituição e, consequentemente, de sua nacionalidade.[70]

A diferença reside no caso de uma pessoa física não empresária buscar a proteção de sua Seção Nacional. Nessa hipótese, o indivíduo deve apresentar sua reclamação à Seção do Estado em que tiver residência habitual, o que não necessariamente coincidirá com a sua nacionalidade. Contudo, conforme já visto, a residência habitual não é critério totalmente estranho ao exercício da proteção diplomática, sendo aplicável no caso de apátridas e de refugiados. A previsão do artigo 40(1) seria apenas mais um caso em que esse vínculo é utilizado, em decorrência de pacto expresso em norma escrita e positiva.

Questão mais complexa diz respeito à possibilidade de o indivíduo apresentar reclamação à Seção do Estado em que possui residência habitual contra o Estado de que é nacional. Para Vasconcelos, a questão depende do posicionamento em relação ao reconhecimento da proteção diplomática no referido procedimento. No presente trabalho, afirma-se a existência da proteção diplomática no procedimento em análise; entretanto, não se chega à conclusão de que a reclamação contra o Estado de nacionalidade seria impossível. Como visto, a nacionalidade é o vínculo tradicional pelo qual se legitima a proteção, todavia ela não passa de um requisito que, uma vez não preenchido, não desconfigura o instituto. Sua ausência apenas impossibilita o exercício da proteção conforme a construção costumeira. Defende-se justamente que o Mercosul introduziu nova modalidade de proteção diplomática, que adota o critério da residência habitual, e não da nacionalidade, como vínculo necessário entre o Estado protetor e o indivíduo lesado.

Da mesma forma, pouco importa considerar a decisão da Seção como atividade discricionária ou vinculada, pois a proteção continuaria verificada em ambos os casos. A discricionariedade é apenas um traço da construção doutrinária acerca do tema, não tendo o condão de afastar a caracterização do instituto. Entende-se, assim, possível o manejo da reclamação particular contra o Estado de sua nacionalidade.

Posição contrária poderia resultar em claro caso de denegação de justiça. Imagine-se, por exemplo, que um brasileiro possui residência habitual no Paraguai e, enquanto lá reside, sofre prejuízo em decorrência da violação de uma normativa Mercosul pelo Brasil. O particular ver-se-ia impossibilitado de aceder

70 Traz-se o exemplo do Brasil, cujo Código Civil determina, em seu artigo 1.126, a nacionalidade em função da constituição sob a lei brasileira e da localização da sede: "É nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração". Regras similares são encontradas nos ordenamentos paraguaio (art. 101, Código Civil) e uruguaio (Lei nº 16.603, de 19/10/1994).

ao mecanismo de Olivos, já que não poderia buscar a proteção paraguaia nem mesmo a brasileira. De um lado, não poderia pedir o endosso paraguaio em demanda contra o Estado de sua nacionalidade — o Brasil. De outro, não poderia recorrer à Seção Nacional brasileira, pois, ainda que superada a notória barreira textual — o Protocolo simplesmente não prevê a apresentação da reclamação à Seção Nacional do Estado de nacionalidade[71] —, estar-se-ia diante de ilógica hipótese de exercício de proteção diplomática por um Estado contra si mesmo.

Pode-se argumentar que ao particular caberia provocar o Judiciário interno do Brasil para ver satisfeito seu pleito. Contudo, como se pode aferir do histórico da prática da proteção diplomática, esse, comumente, não é um remédio satisfatório. Como já examinado, o esgotamento dos recursos internos é um requisito clássico da prática da proteção diplomática, ou seja, aplicável justamente nos casos em que os remédios internos falham. Não obstante, são incontáveis os exemplos em que se fez uso do instituto, de modo que resta inconteste o frequente insucesso da busca pela responsabilização pela violação de uma norma internacional no âmbito interno. Nesse contexto, o mecanismo de reclamações de particulares constitui importante instrumento na luta contra a denegação de justiça, não podendo ser afastado por uma concepção equivocada do núcleo formador da proteção diplomática.

Conclusão

A partir do exposto, é possível concluir que a prática das reclamações de particulares no Mercosul é uma hipótese de proteção diplomática. Isso porque o instituto, em essência, constitui uma norma secundária de DI: o endosso de um pleito particular por um Estado, para perseguir o direito do protegido no âmbito internacional. A prática do referido procedimento no bloco regional traduz justamente o encampamento da demanda individual pela Seção Nacional, que nada mais é do que a representação do Estado-parte na organização internacional.

Argumentos que refutam a existência da proteção diplomática na prática de mecanismos de solução de controvérsia no DIC confundem os requisitos e#

71 O Regulamento do Protocolo de Olivos utiliza impropriamente o termo "nacionalidade" ao disciplinar o art. 41(1). Ao que parece, o vocábulo deve ser entendido como residência habitual ou sede de negócios, nos termos do art. 40(1) de Olivos. Isso porque o Regulamento não poderia inovar, trazendo possibilidade não prevista no Protocolo. "Artigo 47. Consultas entre Estados (art. 41.1 PO). As consultas a que se refere o artigo 41.1 serão conduzidas pelos Coordenadores Nacionais do GMC dos Estados-parte envolvidos, ou por representantes por eles designados. Com vistas a dar início a tais consultas, o Estado-parte da **nacionalidade** do particular que iniciou a reclamação deverá enviar uma comunicação ao outro Estado-parte, na qual conste indicação dos elementos nos quais baseia sua reclamação, em especial os indicados nos literais b. a f. do artigo anterior. Além disso, na referida comunicação, propor-se-á local e data para a realização das consultas." (grifo nosso)

as características secundárias do instituto com sua real razão de ser, bem como ignoram mitigações já realizadas pela jurisprudência e doutrina internacionais.

Por fim, pode-se dizer também que a proteção diplomática observada no Mercosul é prevista por seu tratado constitutivo, o que afasta a natureza costumeira do instituto. Este passa a figurar como direito codificado, de natureza convencional, e sujeito às disposições da fonte internacional que regula o comércio.

Referências bibliográficas

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Reflexões sobre a solução de controvérsias do Mercosul. **Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão**, [S.l.], p. 13-28, mar. 2013. ISSN 2304-7887. Disponível em: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/10>. Acesso em: 5 jul. 2017.

AMERASINGHE, Chittharanjan Felix. **Diplomatic Protection**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

AMERICAN LAW INSTITUTE. **Restatement of the Law Third, Foreign Relations Law of the United States**. 1987.

ANZILOTTI, Dionisio. La Responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers. **Revue générale de Droit International Public**. Tomo XIII. Paris: Dalloz, 1906. p. 5-29; 285-309.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Solução de divergências no Mercosul. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, v. 31, n. 124, p. 155-167, out./dez. 1994.

BARRAL, Welber. O protocolo de Olivos e o Mercosul. **Sequência:** Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 149-166, jan. 2002. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15336/13928>. Acesso em: 5 jul. 2017.

BORCHARD, Edwin M. **The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims**. Nova York: The Banks Law Publishing Co., 1916.

BRIERLY, James Leslie. **The Theory of Implied State Complicity in International Claims:** British Yearbook of International Law. v. 9. Londres: Oxford University Press, 1928. p. 42-49.

CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. **Droit international économique**. 3e édition. Paris: Dalloz, 2007.

CIJ. **Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Judgment, 5 February 1970)**. Bélgica *vs*. Espanha. Haia, 1970.

_____. **Nottebohm Case (Liechtenstein *vs*. Guatemala)**. Second Phase, International Court of Justice (ICJ), 6 April 1955.

CPJI. **Mavrommatis Palestine Concessions (Judgment of 30 August 1924)**. Grécia *vs*. Grã-Bretanha. Haia, 1924.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Direito Internacional Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCÍA-AMADOR, Francisco V. State Responsibility: some new problems. In: **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, v. 94. Leiden: Brill Nijhoff, 1958.

GECK, W. K. Diplomatic Protection. In: **Encyclopedia of Public International Law**. v. X. Amsterdã: Elsevier Science Publishers, 1987. p. 99-121.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 2nd edition. Oxford: Clarendon, 1994.

JACKSON, John Howard. **The World Trading System:** Law and Policy of International Economic Relations. 2nd edition. Cambridge: MIT Press, 1997.

KEOHANE, Robert Owen. Problematic Lucidity: Stephen Krasner's "State Power and the Structure of International Trade". **World Politics**, v. 50, issue 01, p. 150-170, 1997.

KRASNER, Stephen. **Defending the National Interest**. Princeton: Princeton University Press, 1978.

LAUTERPACHT. Hersch. Règles Générales du Droit de la Paix. In: **Recueil des cours de l'académie du droit international**, v. 62, p. 95-422, 1937.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MESSARI, Nizar; NOGUEIRA, João Pontes. **Teoria das Relações Internacionais:** correntes e debates. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

MORAES, Henrique Choer. A atuação internacional do Estado em benefício de interesses privados: uma análise jurídica da formação da "micropolítica" externa. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, v. 45, n. 2, p. 114-134, dez. 2002.

MORAVCSIK, Andrew. Taking Preferences Seriously: a Liberal Theory of International Politics. **International Organization**, v. 51 (4), p. 513-553, 1997.

ONU. **Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries**. Nova York, 2006. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf.

PELLET, Alain. La Seconde mort d'Euripide Mavrommatis? Notes sur le projet de la c.d.i. sur la protection diplomatique In: **Droit du pouvoir, pouvoir du droit mélanges offerts à Jean Salmon**. Bruxelas: Bruylant, 2007. Disponível em: http://www.alainpellet.eu/Documents/PELLET%20-%202007%20-%20Seconde%20mort%20d'Euripide%20Mavrommatis%20(M%C3%A9langes%20Salmon).pdf.

PUTNAM, Robert. Diplomacy and Domestic Politics: the Logic of Two-Level Games. **International Organization**, v. 42, n. 3, 1988.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição, soberania e Mercosul. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 35, n. 139, p. 283-304, jul./set. 1998.

SCHOENBAUM, Thomas J. WTO Dispute Settlement: Praise and Suggestions for Reform. **The International and Comparative Law Quarterly**, v. 47, n. 3, p. 647-658, jul. 1998.

SUSANI, Nadine. Dispute Settlement. In: FRANÇA FILHO, Marcílio Toscano; LIXINSKI, Lucas; GIUPPONI, María Belén Olmos (Eds.). **The Law of Mercosur**. Oxford: Hart, 2010. p. 73-86.

TIBURCIO, Carmen. **The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law**. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O esgotamento de recursos internos no Direito Internacional**. 2. ed. atual. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

_____. **The Access of Individuals to International Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. O Mercosul e as linhas gerais de seu sistema de solução de controvérsias. **Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão**, Assunção, Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão, a. 4, n. 8, p. 113-135, ago. 2016.

VATTEL, E. **Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains**. Tomo I. Londres: [s.n.], 1758.

VERMEER-KÜNZLI, Anna Maria Helena. **The Protection of Individuals by Means of Diplomatic Protection:** Diplomatic Protection as a Human Rights Instrument. 2007. 250 f. PhD thesis (PhD in Public International Law)#—#Universiteit Leiden, 2007. Disponível em: <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/12538/proefschrift%20vermeer%20binnenwerk.pdf?sequence=2>. Acesso em: 12 jul. 2017.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. **As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia:** os desafios de uma associação inter-regional. Barueri: Manole, 2003.

MULTILINGUISMO NA UNIÃO EUROPEIA: DESAFIOS À IGUALDADE LINGUÍSTICA

Thais Miranda e Borges[1]

Resumo

O multilinguismo representa um importante pilar do multiculturalismo europeu e, portanto, da União Europeia (UE). A forma de acomodação dessa diversidade linguística por vezes revela incongruências entre sua defesa enquanto princípio e os efeitos práticos que ameaçam a igualdade proposta. Diante disso, o presente artigo aborda desafios existentes ao multilinguismo a partir de três tópicos que provocam a reflexão sobre a real existência de uma igualdade: a inclusão de línguas oficiais na União Europeia, o surgimento de uma língua franca no âmbito das instituições e a interpretação da legislação multilíngue por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

Palavras-chave

Multiculturalismo. Multilinguismo. Diversidade linguística. Língua franca. Legislação multilíngue.

Abstract

Multilingualism is an important pillar of the European multiculturalism and, therefore, of the European Union (EU). The manner in which this language diversity is accommodated may reveal inconsistencies between its defense as a principle and the practical effects that threaten the proposed equality. In this context, this paper addresses the current challenges to multilingualism from three topics that encourage reflection about the actual existence of equality: the inclusion of official languages in the European Union, the rise of a lingua franca within its institutions, and the interpretation of the multilingual legislation by the Court of Justice of the European Union (CJEU).

1 Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Pós-graduanda em Técnicas, Práticas e Estudos da Tradução pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Tradutora Jurídica. E-mail: thais@thmiranda.co.m

Keywords
Multiculturalism. Multilingualism. Language diversity. Lingua franca. Multilingual law.

Introdução
Uma Europa "Unida na Diversidade" é o lema da União Europeia desde o ano 2000.[2] Simboliza o esforço pelo trabalho em conjunto, respeitando a variedade de culturas, tradições e línguas que é a marca do continente europeu. A diversidade linguística está, portanto, no cerne da multiculturalidade europeia e é protegida pelo artigo 22 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Nesse sentido, o artigo 21 do mesmo documento proíbe discriminação em razão de língua, e o artigo 41 (4) determina que é pilar da cidadania que todas as pessoas possam se dirigir às instituições da União Europeia em uma das línguas oficiais e receber respostas na mesma língua. O artigo 167 (1) e (4) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia também prevê a promoção à diversidade cultural, e os artigos 20 (4) e 24, a comunicação com as instituições em uma das línguas oficiais.

Não resta dúvida de que o discurso oficial da União Europeia é um discurso de respeito à diversidade linguística[3] e que seu projeto de estrutura multilíngue é o mais ambicioso até hoje, considerando tanto o âmbito estatal quanto o de organizações internacionais.[4] No entanto, a implementação desse projeto revela incoerências com o princípio da igualdade linguística arrogado. O que motivou este trabalho foi o interesse em entender o funcionamento multilíngue da União Europeia e verificar o alinhamento desse funcionamento aos princípios que o sustentam.

O objetivo deste artigo é provocar reflexões sobre as implicações da implementação do multilinguismo por parte da União Europeia, suas contradições e paradoxos. Devido ao espaço disponível para essa exposição, três tópicos principais para reflexão foram selecionados — na certeza de terem sido afastados outros de igual importância, como a política multilíngue no âmbito educacional e as questões relativas ao direito à língua como direito humano —, quais sejam: (1) a inclusão de línguas oficiais na União Europeia; (2) o surgimento de uma língua franca no âmbito das instituições; e, por último, (3) a interpretação da legislação multilíngue por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia.

---

2 Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/motto_pt>. Acesso em: 21 nov. 2017.

3 CREECH, Richard L. **Law and Language in the European Union:** The Paradox of a Babel "United in Diversity". Groningen: Europa Law Publishing, 2005. p. 49.

4 EUROPEAN PARLIAMENT. **Legal Aspects of EU Multilingualism**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/595914/EPRS_BRI%282017%29595914_EN.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2017.

1. Uma Europa multilíngue

A União Europeia inclui como língua oficial ao menos uma das línguas oficiais dos Estados-membro. Esse regime linguístico se iniciou com a Comunidade Econômica Europeia, que, diferentemente da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, cuja língua era o francês, estabeleceu no Tratado de Roma como suas línguas oficiais aquelas dos Estados-signatários: francês, alemão, italiano e neerlandês. Esse mesmo tratado previu que o Conselho Europeu seria responsável por determinar o regime linguístico da Comunidade Econômica Europeia. O Tratado foi, portanto, redigido em cada uma dessas línguas, todas consideradas autênticas, e em seguida, o Conselho emitiu o Regulamento n. 1/1958 detalhando que os regulamentos e os documentos de aplicação geral deveriam ser escritos em todas as línguas oficiais, que os Estados-membro e os indivíduos poderiam se comunicar com a Comunidade Econômica Europeia em qualquer língua oficial de sua escolha e que a Comunidade, quando iniciasse a comunicação, deveria fazê-la na língua do Estado.[5]

A cada expansão, novas línguas oficiais foram sendo incluídas, perfazendo um total de 24 línguas[6] e 28 Estados-membro.[7] É um número, de fato, impressionante e que mobiliza um departamento de tradução e interpretação de proporções gigantescas. No entanto, parece um número bastante limitado quando comparado às mais de oitenta línguas faladas pelos cidadãos europeus.[8] Essa diversidade linguística estabelecida entre os Estados não leva em consideração as minorias linguísticas existentes na Europa.[9]

Há uma minoria de cidadãos europeus que fala apenas uma das línguas minoritárias ou regionais. A eles não é, destarte, garantida a compreensão da legislação comunitária — à qual estão sujeitos — e a comunicação com os órgãos da UE em sua língua. Essa consequência aponta para uma incongruência da política linguística da UE com o princípio democrático e a igualdade entre as línguas.[10]

---

5 CREECH, Richard L., *op. cit.,* p. 13-14.

6 São elas: alemão, búlgaro, checo, croata, dinamarquês, eslovaco, esloveno, espanhol, estônio, finlandês, francês, grego, húngaro, inglês, irlandês, italiano, letão, lituano, maltês, neerlandês, polaco, português, romeno e sueco. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/topics/multilingualism_pt>. Acesso em: 21 nov. 2017.

7 O Reino Unido continua a ser membro de pleno direito da União Europeia, embora, no momento desta pesquisa, já tenha ocorrido o plebiscito pelo Brexit. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_pt>. Acesso em: 21 nov. 2017.

8 BAAIJI, C. J. W. Fifty Years of Multilingual Interpretation in the European Union. In: TIERSMA, Peter M.; SOLAN, Lawrence M. (Eds.). **The Oxford Handbook of Language and Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 4.

9 GORTER, Durk; CENOZ, Jasone. Legal Rights of Linguistic Minorities in the European Union. In: TIERSMA, Peter M.; SOLAN, Lawrence M. (Eds.). **The Oxford Handbook of Language and Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 261-271.

10 BAAIJI, C. J. W., *op. cit.,* p.5.

É evidente que surgiriam dificuldades práticas e econômicas para que fosse conferido tratamento de língua oficial a todas elas, mesmo às minoritárias ou regionais; além da vontade política que seria necessária. Levantaremos alguns desses aspectos políticos a seguir, a partir do caso do irlandês, das línguas regionais da Espanha e do posicionamento em relação ao turco, quando da adesão do Chipre à União Europeia.

1.1. Irlandês

A primeira expansão ocorreu em 1973 com a entrada do Reino Unido, da Irlanda e da Dinamarca. Ao inglês e ao dinamarquês, foi conferido *status* de língua de Tratado e também feita a devida inclusão no Regulamento nº 1/1958. Já o irlandês teve uma história um pouco diferente. Por ser língua oficial da República da Irlanda, poderia ter recebido o mesmo tratamento. No entanto, o país não fez tal demanda na ocasião, tendo em vista que praticamente toda a população da Irlanda fala inglês e, assim, o irlandês ficou em posição diferenciada como língua oficial, mas não incluída no Regulamento nº 1/1958.[11]

Com a entrada de Malta na União Europeia em 2004, cuja situação linguística em muito se assemelhava à Irlanda pelo predominante uso do inglês, e seu pedido imediato de inclusão do maltês como língua oficial, a Irlanda fez o mesmo para o irlandês, que, em 2007, mudou de *status*. Como ressalta Roman Szul, "elevar o *status* do irlandês ao de língua oficial da União Europeia tem um significado majoritariamente, se não exclusivamente, simbólico [...]".[12] Embora uma mudança de limitada função prática — tanto que, ainda em 2017, o site da UE esclarece que nem todos os textos legislativos são escritos em irlandês[13] —, a língua está intimamente ligada às identidades dos povos. As estratégias de homogeneização e coesão nacional empregadas a partir de meados do século XVII para a formação dos Estados-nação foram em grande parte responsáveis pela produção da divisão interna em maiorias e minorias. Um dos reflexos atuais da ideologia daquela época "um Estado, uma nação, uma língua"[14] são os desafios enfrentados atualmente para a proteção das línguas que sobreviveram como minoritárias. Apesar das iniciativas da UE, ao fim e ao cabo essa sobrevivência depende em grande medida dos próprios Estados, tanto no que diz respeito a ações no âmbito interno quanto a reivindicações nesse sentido na esfera comunitária.

---

11 CREECH, Richard L., *op. cit.,* p. 15-16.

12 SZUL, Roman. (In)Equality of Languages in the EU and Its Economic and Political Consequences. **Journal: Politeja-Pismo Wydzialu Studiow Miedzynarodowych i Politycznych Uniwersytetu Jagiellonskiego**, v. 31/2, p. 70, 2015. Disponível em: <https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=343711>. Acesso em: 21 nov. 2017.

13 Disponível em: <https://europa.eu/european-union/topics/multilingualism_en#what_are_the_eu's_ official_languages?>. Acesso em: 21 nov. 2017.

14 GORTER, Durk; CENOZ, Jasone., *op. cit.,* p. 262.

1.2. Catalão, basco e galego

Em 1986, Espanha e Portugal se juntaram à Comunidade Econômica Europeia. O espanhol e o português foram incluídos como línguas oficiais e englobadas pelo Regulamento nº 1/1958, porém não houve qualquer determinação quanto às línguas regionais constitucionalmente protegidas na Espanha, isto é, o catalão, o galego e o basco.[15]

Entretanto, em 2005, a Espanha conseguiu que fosse conferido a tais línguas *status* semioficial, desde que eventuais gastos daí decorrentes fossem suportados pelo país.[16] O catalão, por exemplo, possui maior número de falantes do que muitas das línguas oficiais, como o dinamarquês, finlandês, lituano e esloveno,[17] o que bem ilustra que a União Europeia é uma união de Estados, em que pese suas características de organização supranacional. A competência dos Estados e da UE não é claramente delimitada quanto ao tratamento das línguas minoritárias e, em grande medida, são os Estados que determinam as proteções a elas conferidas. Na Espanha, por exemplo, há disposições constitucionais que atribuem direitos às línguas minoritárias em seu território.[18]

1.3. Turco

Muito representativo do caráter político da inclusão de línguas oficiais é o caso do Chipre, que passou a fazer parte da União Europeia em 2004 juntamente com Malta, República Tcheca, Estônia, Letônia, Lituânia, Hungria, Polônia, República da Eslováquia e Eslovênia. Embora com duas línguas oficiais, o grego e o turco, a última não foi incorporada como língua oficial sob a justificativa de que seria necessário o prévio atendimento a necessidades técnicas e de pessoal para a realização de traduções. É, contudo, como ressalta Richard L. Creech, mais provável atribuir essa exclusão à divisão política *de facto* existente no Chipre, onde, em uma parte, há predominância grega e, em outra, turca.[19] Essa última se considera República Turca do Chipre do Norte e foi reconhecida como Estado soberano apenas pela Turquia.

Não é o objetivo deste trabalho adotar um posicionamento político, mas, sim, apresentar elementos para reflexão sobre o caráter político da adoção de línguas oficiais e de proteções especiais conferidas a algumas delas.

---

15 CREECH, Richard L., *op. cit.,* p. 17.
16 FELICI, Annarita. Multilingualism In EU Law: How Promulgation Authenticates Equality. **Comparative Legilinguistics**, v. 2, p. 154, 2010.
17 SZUL, Roman., *op. cit.,* p. 71.
18 GORTER, Durk; CENOZ, Jasone., *op. cit.,* p. 262.
19 CREECH, Richard L., *op. cit.,* p. 19-21.

2. Uma língua franca

As diversas expansões da União Europeia elevaram, como mencionado no item 1, o número de línguas oficiais para 24. Paradoxalmente, quanto maior o número de línguas envolvidas no ambiente de comunicação, maior é a necessidade de uma língua franca. Não só por questões de ordem econômica, mas também pela escassez de profissionais de tradução e interpretação com conhecimento de cada uma das possíveis combinações destas 24 línguas.

Inicialmente, o francês cumpriu o papel de língua franca, porém, em 2013, 81% dos textos jurídicos já eram redigidos em inglês e, a partir daí, traduzidos para as demais línguas oficiais, assumindo, então, caráter igualmente autêntico.[20] Cabe ressaltar aqui que, embora o Regulamento nº 1, conforme suas emendas, estabeleça todas as 24 línguas como línguas oficiais e de trabalho, cada instituição adotou procedimentos próprios para lidar com o multilinguismo no dia a dia de trabalho. No Tribunal de Justiça da União Europeia, por exemplo, é a língua do caso que determina a língua do procedimento e da versão autêntica da decisão.[21] Já internamente, a instituição usa o francês.[22] A Comissão Europeia, por sua vez, tem como línguas de trabalho o inglês, o francês e o alemão. Nesse órgão, a primeira redação do que irá se tornar um projeto legislativo é feita por um de seus departamentos na maior parte das vezes em inglês. Para que o texto seja adotado formalmente pela Comissão, a tradução para as demais línguas oficiais deve ser feita.[23]

Como o inglês é a língua estrangeira mais utilizada no mundo, entende-se que tenha ganhado primazia internamente na UE, principalmente por conta das expansões.[24]

Decorre daí que o multilinguismo incentivado como princípio pela UE não se faz presente no trabalho cotidiano das instituições comunitárias.[25] Como constata Abram de Swaan:

---

20 ČAVOŠKI, Aleksandra. Interaction of Law and Language in the EU: Challenges of Translating in Multilingual Environment. **The Journal of Specialised Translation**, v. 27, p. 28-74, jan. 2017.

21 EUROPEAN PARLIAMENT. **Legal Aspects of EU Multilingualism**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/595914/EPRS_BRI%282017%29595914_EN.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2017.

22 MCAULIFFE, 2008, 2012. *apud* ŁACHACZ, Olga; MAŃKO, Rafał. Multilingualism at the Court of Justice of the European Union: Theoretical and Practical Aspects. **Studies in Logic, Grammar and Rhetoric**, v. 34.1, p. 80, 2013.

23 ROBINSON, William. How the European Commission Drafts Legislation in 20 Languages. **Clarity**, v. 53, p. 4-5, maio 2015.

24 ČAVOŠKI, Aleksandra., *op. cit.,* p. 62.

25 ŁACHACZ, Olga; MAŃKO, Rafał. Multilingualism at the Court of Justice of the European Union: Theoretical and Practical Aspects. **Studies in Logic, Grammar and Rhetoric**, v. 34.1, p. 80, 2013.

> Na confusão geral das línguas, tão exaltada pela UE, um movimento em direção ao inglês parece ser a única solução. Quanto mais línguas, mais inglês. (tradução da autora)[26]

Embora as razões para o surgimento de uma língua franca sejam eminentemente práticas, não deixam de se revelar como sintomas de dinâmicas políticas mais complexas que levaram ao declínio do francês e atual domínio do inglês. Além disso, o aumento do uso do inglês nas instituições da UE é alvo de questionamentos no que diz respeito à possível incongruência com o compromisso da UE com a diversidade linguística.[27] Alguns autores chegam até a considerar que tais instituições estejam praticando um *apartheid* linguístico.[28] A título de exemplo das implicações que essa prática pode ter, temos, logo após a inclusão dos países da Europa Central e do Leste na UE, a exigência imposta aos nacionais desses países que fizessem provas em línguas estrangeiras para serem aprovados para cargos nas instituições da UE, enquanto os cidadãos de Estados mais antigos podiam fazer prova na sua própria língua.[29] Além disso, as limitadas línguas de trabalho colocam em desvantagem os cidadãos europeus que não as dominam no acesso a empregos nas instituições comunitárias. Isso revela que, na prática, "algumas línguas e alguns membros são muito mais iguais do que outros" (tradução da autora).[30]

Como ressalta Roman Szul, é paradoxal que a "língua mais apta à função de língua franca europeia é a língua do Estado menos inclinado à ideia da UE como uma comunidade, isto é, o Reino Unido".[31] Essa constatação é ainda mais paradoxal nos atuais tempos de iminente retirada do Reino Unido da União Europeia. Muito embora haja quem defenda que o reconhecimento do inglês como língua oficial da UE, mesmo após a saída do Reino Unido, continue sendo necessário devido ao seu caráter oficial na Irlanda e em Malta,[32] outros argumentam que cada Estado tem o direito de indicar apenas um idioma e a

---

26 No original em inglês: *In the general confusion of tongues, so glorified by the EU, the stampede towards English has now come to appear as the only solution. The more languages, the more English.* SWAAN, Abram de. The Language Predicament of the European Union. **Post Newsletter of The Institut Für Die Wissenschaften Vom Menschen, Vienna, and of The Institute for Human Sciences at Boston University**, n. 90, p. 24-25, primavera de 2005. Disponível em: <http://www.iwm.at/files/nl-90.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2017.

27 SPĂTARU-NEGURĂ, Laura-Cristiana. **Some Aspects Regarding Translation Divergences Between the Authentic Texts of the European Union**. p. 368-387.

28 Philipson R. The EU and Languages: Diversity in What Unity? *apud* SPĂTARU-NEGURĂ, Laura-Cristiana., *op. cit.* p. 373.

29 SZUL, Roman., *op. cit.* p. 73.

30 No original em inglês: *[...] some languages, and some members, are much more equal than others.* SWAAN, Abram de., *op. cit.* p. 24-25.

31 SZUL, Roman., *op. cit.* p. 77.

32 CRYSTAL, David. Eglixt or Englentrance? **The Linguist**, v. 56/4, p. 7, ago./set. 2017.

Irlanda escolheu o irlandês e Malta, o maltês.[33] O destino do inglês como língua oficial não deixa de ser um ponto que merece reflexão. Segundo David Crystal, os debates linguísticos muitas vezes se resumem a argumentos políticos, econômicos ou culturais e, no caso do inglês na UE, são fortes os argumentos econômicos.[34] Além de ser inegavelmente a língua do comércio internacional — portanto, necessária para as relações econômicas da UE com o resto do mundo —, os Estados-membro já fizeram grandes investimentos nessa língua dos quais não estariam dispostos a abrir mão.

Espera-se, contudo, que transformações ocorram ou se acentuem. Uma delas se refere ao fenômeno já existente que é o desenvolvimento no âmbito das instituições da UE do chamado *Euro-English,* ou seja, um inglês muito diferente do inglês britânico e também das outras variantes.[35] Muitos dos textos jurídicos da UE são redigidos inicialmente em inglês por pessoas que não têm esse idioma como língua-mãe, o que acaba por gerar certa imprecisão no uso do inglês, em grande parte devido à menor familiaridade com o sistema de *common law*[36] — e também aos desafios de expressar nessa língua termos jurídicos provenientes de sistemas de tradição romano-germânica.

3. Legislação e interpretação multilíngues

Todos os cidadãos da UE devem ter acesso à legislação em sua própria língua oficial e, por isso, a cada expansão todo o acervo de documentos que constitui a base comum de direitos e obrigações de todos os países[37] — o *acquis communautaire* — é traduzido. Esses documentos são, então, considerados também autênticos por artifício de ficção jurídica, já que não foram, evidentemente, negociados e redigidos em todas as línguas.[38] Nada impede que os textos sejam considerados traduções antes da publicação no Jornal Oficial da União Europeia, porém, uma vez publicados, passam a ser autênticos.[39] Chega-se à curiosa situação em que não podem existir erros de tradução, pois estes não existem em textos originais, e a aceitação da existência deles ameaçaria a própria autenticidade dos documentos.[40] No entanto, isso passa a ser irrelevante

33 **UE pode abandonar inglês como idioma oficial após saída britânica**. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/06/ue-pode-abandonar-ingles-como-idioma-oficial-apos-saida-britanica.html>. Acesso em: 21 nov. 2017.
34 CRYSTAL, David., *op. cit.* p. 7.
35 FELICI, Annarita., *op. cit.* p. 163.
36 ČAVOŠKI, Aleksandra., *op. cit.,* p. 61.
37 **Glossário das sínteses:** acervo comunitário. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/acquis.html?locale=pt>. Acesso em: 21 nov. 2017.
38 CAPETA, Tamara. **Multilingual Law and Judicial Interpretation in the EU**. p. 3. Disponível em: <http://www.cyelp.com/index.php/cyelp/article/view/88>. Acesso em: 21 nov. 2017.
39 FELICI, Annarita., *op. cit.* p. 163.
40 PALUSZEK, Karolina. **Multilingualism and Certainty of Law in European Union**. p. 104. Disponível em: <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/13621.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2017.

do ponto de vista jurídico, já que todas as versões têm o mesmo valor legal e são igualmente usadas na interpretação legislativa pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

As diferenças entre tradições jurídicas de *common law* e de origem romano-germânica talvez representem o maior dos desafios para a tradução. A falta de equivalência entre os termos jurídicos das línguas da Europa dificulta, e muito, a transmissão de uma só mensagem em todas as línguas, apesar de todo o esforço dos tradutores, intérpretes e juristas-linguistas.[41] Há, inclusive, na Comissão Europeia, iniciativas para definir certos termos na própria legislação na esperança de minimizar essas dificuldades[42] e, no Tribunal de Justiça da União Europeia, aceita-se que tradução não é uma ciência exata e que #os tradutores devem fazer "aproximações".[43]

O TJUE enfrenta, dessa forma, grandes desafios em seu trabalho de interpretação ao lidar com legislação multilíngue. Em que pese a impossibilidade da existência de erros de tradução anteriormente mencionada, para lidar com erros que de fato existem na legislação, o TJUE já usou método literal de interpretação, indicando a discrepância entre uma ou mais versões e considerando apenas como uma falha textual.[44]

Quando não é caso de imperfeição textual, mas de variação do escopo semântico resultado do transporte da mensagem de uma língua à outra, o TJUE tende a se valer do método teleológico de interpretação.[45] O principal fator considerado pela instituição na harmonização da legislação comunitária é o objetivo ou propósito da legislação,[46] que leva o TJUE a "transcender o texto escrito".[47] Ressalte-se que essa é uma tendência, não um padrão e, portanto, não há como prever com segurança o comportamento do TJUE nessa matéria.[48]

Ocorre, assim, que não é sempre dada primazia ao significado que consta da maior parte das versões. Por vezes, o significado que se extrai apenas da minoria das versões é considerado ao que está adequado aos propósitos da

41 TAYLOR, Simon. The European Union and National Legal Languages: an Awkward Partnership? In: **Révue française de linguistique appliquée**, v. XVI, p. 108, 2011/1.
42 *Ibid*., p. 114.
43 MCAULIFFE, Karen. Translation of the Court of Justice of the European Communities *apud* OLSEN, F., LORZ, A. e STEIN, D. (Eds.). Translation Issues in Language and Law. In: **The International Journal of Speech, Language and the Law**.
44 BAAIJI, Cornelis J. W. Fifty Years of Multilingual Interpretation in the European Union. In: TIERSMA, Peter M.; SOLAN, Lawrence M. (Eds.). **The Oxford Handbook of Language and Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 229.
45 *Ibid*.
46 TAYLOR, Simon., *op. cit.,* p. 115.
47 CAPETA, Tamara., *op. cit.,* p. 4.
48 BAAIJI, Cornelis J. W., *op. cit.,* 2012, p. 231.

norma.[49] Nem é privilegiada uma língua por conta do número de falantes ou cidadãos, como determinou o TJUE no acórdão do processo C-296/95, "a todas as versões linguísticas deve, por princípio, ser reconhecido o mesmo valor, que não pode variar em função da importância da população dos Estados-membro que se exprime na língua em causa".[50]

Via de regra, o Tribunal Europeu não realiza a comparação entre as 24 versões autênticas da norma em questão ou, se realiza, nenhuma diferença relevante é encontrada e não há menção ao assunto na decisão.[51] Em geral, a questão das diferenças linguísticas é mencionada pela parte interessada, que vê nessa estratégia uma possível forma de vencer o caso. Há registro de casos em que a iniciativa veio do próprio judiciário de Estados-membro e, também, do TJUE e/ou dos advogados-gerais.

Tendo em vista que nem sempre se faz a comparação entre as versões — de acordo com o que se tem registro —, é possível que haja decisões do TJUE relativas às normas que carregam incongruência linguística com as demais, mas que tal conflito não seja revelado.

De acordo com a interpretação do TJUE, nenhuma versão deve ter primazia sobre as demais; a análise deve ser conjunta. Chega-se, com isso, a uma situação paradoxal em que o multilinguismo confere ao cidadão o acesso à legislação em sua própria língua, mas também exige que esteja a par de todas as outras versões, já que qualquer uma delas pode prevalecer se a questão for levada ao TJUE.[52] A própria falta de publicação impossibilita a aplicação da norma ao respectivo Estado-membro, porém essa mesma publicação não garante ao cidadão o direito de se valer do texto na sua língua.[53] Isso coloca em questão se o princípio da segurança jurídica é, de fato, assegurado.

Por outro lado, há também implicações positivas do multilinguismo jurídico. Segundo Tamara Capeta, as diferentes versões podem ajudar o intérprete a entender o propósito da norma em questão e garantem uma saída à interpretação literal:

> Mesmo se a Europa fosse monolíngue, o Tribunal ainda buscaria em primeiro lugar o propósito das normas jurídicas para determinar suas consequências para as diversas partes envolvidas em litígios judiciais. A escolha feita pelo TJUE no que tange à interpretação jurídica re-

49 CAPETA, Tamara., *op. cit.* p. 6.
50 **Acórdão do processo C-296/95**. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43514&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=296315>. Acesso em: 21 nov. 2017.
51 CAPETA, Tamara., *op. cit.,* p. 10.
52 DOCZEKALSKA, 2009 *apud* PALUSZEK, Karolina., *op. cit.,* p. 103.
53 PALUSZEK, Karolina., *op. cit.* p. 103.

> presenta um desenvolvimento favorável à integração europeia. Afirmar que as normas jurídicas possuem um significado predeterminado, quer estejam expressas em uma ou mais línguas, corre o risco de transformar o direito em um sistema fechado, desconectado da realidade e acessível apenas aos especialistas — os advogados.
> Assim, o fato de a Europa ser juridicamente multilíngue pode ser uma bênção, em vez de uma maldição, tendo em vista que isso impossibilita concluir que as palavras tenham significados predeterminados nas normas jurídicas. (tradução da autora)[54]

Conclusão

A UE conseguiu inegavelmente realizar um projeto de união entre Estados marcados por intensas diversidades culturais e, no que diz respeito à diversidade linguística ali reunida, a UE é um feito inédito. No entanto, carrega consigo incoerências que nada mais são do que produto da sua concretização em um sistema internacional regido pelos Estados.

A implementação do multilinguismo na UE, tal qual previsto em seus tratados e idealizado como pilar do multiculturalismo característico do continente, enfrenta inúmeros desafios. Questões políticas, econômicas e também outras de ordem prática determinam seu rumo.

As reflexões acerca das incongruências existentes entre o projeto idealizado e sua efetivação contribuem para evidenciar aspectos a respeito dos quais a pretendida igualdade entre as línguas, culturas, cidadãos e Estados é ameaçada. Possibilitam, assim, que os pontos de vulnerabilidade da proteção à diversidade linguística não sejam esquecidos e que as conquistas feitas até então não sejam vistas como garantidas.

Dessa forma, esse debate contribui para solidificar o que já se conquistou e para indicar os caminhos que ainda devem ser percorridos para que a proteção à diversidade linguística esteja sempre alinhada ao princípio da igualdade, tanto na esfera interestatal quanto intraestatal.

---

54 No original em inglês: *"Even if Europe were unilingual, the Court would still in the first place be looking for the purpose of the legal rules in order to establish their consequences for different parties in legal disputes. The choice made by the ECJ in its approach towards legal interpretation is a fortunate development for European integration. Claiming that legal norms carry predetermined meaning, whether expressed in one or many languages, risks transforming law into a closed system, detached from reality, and accessible only to specialists — lawyers. [...] In this light, the fact that Europe is legally multilingual might be a European blessing rather than a curse, since it does not allow the conclusion to be drawn that there is a predetermined meaning of words in legal norms."* CAPETA, Tamara., *op. cit.* p. 16-17.

Referências bibliográficas

1. Livros

BAAIJI, C. J. W. Fifty Years of Multilingual Interpretation in the European Union. In: TIERSMA, Peter M.; SOLAN, Lawrence M. (Eds.). **The Oxford Handbook of Language and Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 217-231.

CREECH, Richard L. **Law and Language in the European Union:** The Paradox of a Babel "United in Diversity". Groningen: Europa Law Publishing, 2005.

GORTER, Durk; CENOZ, Jasone. Legal Rights of Linguistic Minorities in the European Union. In: TIERSMA, Peter M.; SOLAN, Lawrence M. (Eds.). **The Oxford Handbook of Language and Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 261-271.

MCAULIFFE, Karen. Language and Law in the European Union: The Multilingual Jurisprudence of the ECJ. In: TIERSMA, Peter M.; SOLAN, Lawrence M. (Eds.). **The Oxford Handbook of Language and Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 200-216.

2. Artigos

BAAIJI, Cornelis J. W. The EU Policy on Institutional Multilingualism: Between Principles and Practicality. **International Journal of Language & Law**, v. 1, 2012. Disponível em: <https://www.languageandlaw.de/jll/issue/view/1>. Acesso em: 21 nov. 2017.

CAPETA, Tamara. **Multilingual Law and Judicial Interpretation in the EU**. Disponível em: <http://www.cyelp.com/index.php/cyelp/article/view/88>. Acesso em: 21 nov. 2017.

ČAVOŠKI, Aleksandra. Interaction of Law and Language in the EU: Challenges of Translating in Multilingual Environment. **The Journal of Specialised Translation**, v. 27, p. 28-74, jan. 2017.

CRYSTAL, David. Eglixt or Englentrance? **The Linguist**, v. 56/4, p. 7-9, ago./set. 2017.

FELICI, Annarita. Multilingualism In EU Law: How Promulgation Authenticates Equality. **Comparative Legilinguistics**, v. 2, p. 153-165, 2010.

ŁACHACZ, Olga; MAŃKO, Rafał. Multilingualism at the Court of Justice of the European Union: Theoretical and Practical Aspects. **Studies in Logic, Grammar and Rhetoric**, v. 34.1, 2013.

OLSEN, F.; LORZ, A.; STEIN, D. (Eds.). Translation Issues in Language and Law. In: **The International Journal of Speech, Language and the Law**, v. 17.1, p. 161-166, 2010.

PALUSZEK, Karolina. **Multilingualism and Certainty of Law in European Union**. p. 101-111. Disponível em: <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/13621.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2017.

ROBERTSON, Colin. **How the European Union functions in 23 languages**. Disponível em: <https://brage.bibsys.no/xmlui/bitstream/handle/11250/2393842/Robertson_28.pdf? sequence=1>. Acesso em: 21 nov. 2017.

ROBINSON, William. How the European Commission Drafts Legislation in 20 Languages. **Clarity**, v. 53, p. 4-10, maio 2015.

SPĂTARU-NEGURĂ, Laura-Cristiana. **Some Aspects Regarding Translation Divergences Between the Authentic Texts of the European Union**. p. 368-387.

SWAAN, Abram de. The Language Predicament of the European Union. **Post Newsletter of The Institut Für Die Wissenschaften Vom Menschen, Vienna, and of The Institute for Human Sciences at Boston University**, n. 90, p. 24-6, primavera de 2005. Disponível em: <http://www.iwm.at/files/nl-90.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2017.

SZUL, Roman. (In)Equality of Languages in the EU and Its Economic and Political Consequences. **Journal: Politeja-Pismo Wydzialu Studiow Miedzynarodowych i Politycznych Uniwersytetu Jagiellonskiego**, v. 31/2, p. 67-79, 2015. Disponível em: <https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=343711>. Acesso em: 21 nov. 2017.

TAYLOR, Simon. The European Union and National Legal Languages: an Awkward Partnership? In: **Révue française de linguistique appliquée**, v. XVI, p. 105-118, 2011/1.

3. Documentos

Acórdão do TJUE no Processo C-296/95. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43514&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=296315>. Acesso em: 21 nov. 2017.

Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2017.

Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (versão consolidada). Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EM>. Acesso em: 21 nov. 2017.

Versões compiladas do Tratado da União Europeia e do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia (2002). Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12002E/TXT&from=EM> Acesso em: 21 nov. 2017.

4. Sites da União Europeia

A divisa da UE. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/motto_pt> Acesso em: 21 nov. 2017.

EU CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS. **Article 22**. Disponível em: <http://fra.europa.eu/en/charterpedia/article/22-cultural-religious-and-linguistic-diversity#group-info-explanations>. Acesso em: 21 nov. 2017.

EUROPEAN PARLIAMENT. **Legal Aspects of EU Multilingualism**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/595914/EPRS_BRI%282017%29595914_EN.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2017.

Multilinguismo. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/topics/multilingualism_pt>. Acesso em: 21 nov. 2017.

5. Notícias

UE pode abandonar inglês como idioma oficial após saída britânica. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/06/ue-pode-abandonar-ingles-como-idioma-oficial-apos-saida-britanica.html> Acesso em: 21 nov. 2017.

Este livro foi produzido pela FGV Direito Rio,
composto com a família tipográfica Gotham
e impresso em papel offset,
no ano de 2019.

ISBN 978-85-9597-034-2



FGV DIREITO RIO