



ORGANIZADORAS:

MARIA EDELVACY MARINHO  
SOLANGE TELES DA SILVA  
LIZIANE PAIXÃO SILVA OLIVEIRA

# DIÁLOGOS ENTRE JUÍZES



ISBN 978-85-61990-37-4



# DIÁLOGOS ENTRE JUÍZES

**MARIA EDELVACY MARINHO**  
**SOLANGE TELES DA SILVA**  
**LIZIANE PAIXÃO SILVA OLIVEIRA**  
(organizadoras)

## **REITORIA**

### **Reitor**

Getúlio Américo Moreira Lopes

### **Vice-Reitor**

Edevaldo Alves da Silva

### **Pró-Reitora Acadêmica**

### **Presidente do Conselho Editorial**

Elizabeth Lopes Manzur

### **Pró-Reitor Administrativo-Financeiro**

Edson Elias Alves da Silva

### **Secretário-Geral**

Maurício de Sousa Neves Filho

## **DIRETORIA**

### **Diretor Acadêmico**

Carlos Alberto da Cruz

### **Diretor Administrativo-Financeiro**

Geraldo Rabelo

### **Organização**

Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. 3966-1335 / 3966-1336

### **Projeto Gráfico e Diagramação**

AR Design

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

Diálogos entre juízes / organização de Maria Edelvacy Marinho, Solange Teles da Silva, Liziane Paixão Silva Oliveira. – Brasília : UniCEUB, 2014. 290 p.

ISBN 978-85-61990-37-4

I. Marinho, Maria Edelvacy. II. Silva, Solange Teles da. III. Oliveira, Liziane Paixão Silva IV. Título.

CDU: 340.1

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

<b>Apresentação</b> .....	<b>7</b>
I. FUNDAMENTOS PARA O DIÁLOGO ENTRE JUÍZES	
<b>01. Direito, transição paradigmática e sociedade do risco</b> .....	<b>13</b>
<i>Hélcio Ribeiro</i>	
<b>02. Diálogo entre juízes: condições e critérios para a identificação do fenômeno “diálogo entre juízes”</b> .....	<b>27</b>
<i>Maria Edelvacy Marinho</i>	
<i>Solange Teles da Silva</i>	
<b>03. Diálogo internacional entre juízes: a influência do direito estrangeiro e do direito internacional na solução de casos de direitos fundamentais</b> .....	<b>39</b>
<i>Walter Claudius Rothenburg</i>	
II. DIÁLOGO ENTRE JUÍZES SOBRE DIREITO CONSTITUCIONAL	
<b>04. Diálogo entre juízes em matéria constitucional</b> .....	<b>57</b>
<i>Guilherme Amorim Campos da Silva</i>	
<b>05. A internacionalização dos direitos face à tensão entre as liberdades individuais e as diversidades culturais e religiosas: o diálogo de juízes como alternativa adequada?</b> .....	<b>77</b>
<i>Geilza Fátima Cavalcanti Diniz</i>	
<b>06. Estruturação do Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos</b> .....	<b>97</b>
<i>Gianpaolo Poggio Smanio</i>	
III. DIÁLOGO ENTRE JUÍZES SOBRE DIREITO À SAÚDE E À EDUCAÇÃO	
<b>07. Judicialização do direito à saúde e interpretação dos tribunais</b> .....	<b>113</b>
<i>Vera Lucia R.S. Jucovsky</i>	
<b>08. L’apport des juges européens à la protection du «bien-être» de la personne</b> .....	<b>135</b>
<i>Isabell Büschel</i>	
<b>09. A contribuição do Direito Internacional dos Direitos Humanos para o reforço da proteção constitucional do direito social à educação</b> .....	<b>157</b>
<i>Clarice Seixas Duarte</i>	
IV. DIÁLOGO ENTRE JUÍZES SOBRE DIREITO COMERCIAL	
<b>10. Dialogue des juges dans le domaine commercial: des outils pour la prévention des conflits et d’harmonisation entre les fora régionaux et l’organe de règlement des différends de l’OMC</b> .....	<b>183</b>
<i>Alice Rocha da Silva</i>	
<b>11. O uso de precedentes judiciais de jurisdições estrangeiras em matéria de propriedade intelectual</b> .....	<b>209</b>
<i>Maria Edelvacy Marinho</i>	
<i>Liziane Paixão Silva Oliveira</i>	
V. ESTRUTURAS, INSTITUTOS E POSSIBILIDADES DE DIÁLOGO ENTRE JUÍZES NO ESPAÇO INTERAMERICANO	
<b>12. Diálogo entre os juízes: bloco de constitucionalidade “ao avesso”? Ou bloco de normatividade interamericano?</b> .....	<b>223</b>
<i>André Pires Gontijo</i>	
<b>13. Por um Tribunal de Justiça para a Unasul: a necessidade de uma corte de justiça para a América do Sul sob os paradigmas do Tribunal de Justiça da União Europeia e da Corte Centro-Americana de Justiça</b> .....	<b>243</b>
<i>Valerio de Oliveira Mazzuoli</i>	



## APRESENTAÇÃO

O crescente fenômeno do uso de referências cruzadas entre Cortes de diferentes jurisdições deu origem à expressão «diálogo entre juízes». Em realidade, o processo de integração normativa, acelerado pelo processo de integração econômica e globalização, tem evidenciado a importância do juiz como um dos vetores de coerência entre os sistemas normativos internacionais, regionais e nacionais. Cabe à academia refletir sobre as razões, o modo e as consequências desse diálogo para o processo de integração normativa mundial, ou, em outras palavras, cabe à academia fomentar um diálogo em relação a esse diálogo na contemporaneidade. Entretanto, o tema ainda é objeto de poucos estudos e análises. Por essa razão e com o intuito de suprir essa lacuna, realizamos, em 2012, o I Seminário Internacional Diálogos entre juízes em Brasília e em São Paulo. Além de provocar a discussão sobre o tema entre acadêmicos e profissionais do Direito, o objetivo desse primeiro seminário foi produzir um material que permitisse a divulgação do tema e uma maior integração entre os grupos de pesquisas, fomentando a formação de redes de pesquisa.

O presente livro, resultado das discussões realizadas durante o seminário e as que se sucederam ao longo do ano seguinte, tem como objetivo analisar o caráter eminentemente dialógico do direito e como ele ocorre na esfera do judiciário, influenciando, por vezes, até mesmo alterações nas instituições que lidam com a Justiça. Pode-se constatar que diversos são os fatores que permitem afirmar que esse diálogo tem-se intensificado, tais como a multiplicidade e emaranhamento das normas que conduzem como destaca Delmas-Marty a um “pluralismo ordenado”<sup>1</sup> ou ainda a necessidade de harmonização jurisprudencial e,

---

1 DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II): Le Pluralisme Ordonné*. Editions du Seuil, Paris, 2006.

a obrigação de evitar decisões contraditórias em nome da segurança jurídica dos cidadãos. Assim, em cinco blocos, são apresentados alguns dos elementos que permitem iniciar uma reflexão sobre o diálogo dos juízes, destacando os seus fundamentos e questões específicas, relacionadas, por exemplo, ao direito constitucional, direitos fundamentais, em especial o direito à saúde e à educação, direito comercial.

A primeira parte versa sobre os fundamentos que introduzem ao debate do diálogo entre juízes. São identificados os desafios do direito diante de uma sociedade em transição paradigmática, analisando-se o contexto em que o diálogo entre juízes pode ser inserido na sociedade contemporânea. Entre regulação e emancipação, *Hélcio Ribeiro* tece uma análise das tensões existentes e sustenta que “*conceitos tais como segurança jurídica e previsibilidade da aplicação do direito a partir de pressupostos universais de bem comum, declinam e dão margem ao desenvolvimento das noções de interesses sociais, bem como de formas flexíveis de direito que dependem, mais do que nunca, de interpretações sociológicas que deem conta da natureza cambiante do direito e da sociedade e que sejam capazes de lançar mão da diversidade de estratégias disponíveis no campo teórico e prático do direito no sentido de alcançar maior efetividade*”. Aqui cabe destacar, portanto, que o diálogo entre juízes pode conduzir a uma emancipação dos juízes em relação ao direito positivo nacional, o que pode suscitar questões de ordem política.

Realizada essa contextualização, na primeira parte, ainda são, então, objeto de análise as condições, características definidoras e consequências do diálogo entre juízes, sob o ponto de vista do direito internacional. Conceitos e critérios aplicados e testados ao longo dos capítulos deste livro orientam leitores e leitoras em busca de respostas às indagações suscitadas por esse diálogo: quais seriam as modalidades possíveis desse diálogo, as questões políticas envolvidas e os reflexos na ou da internacionalização do direito. *Maria Edelvacy e Solange Teles* realizam, assim, uma discussão preliminar sobre as condições e critérios que permitem o diálogo entre juízes, destacando o papel da globalização e dos juízes no crescente processo de integração normativa. Analisam as autoras as diferentes classificações desse diálogo, de acordo com a sua forma (horizontal, vertical, vertical-horizontal) e, grau de reciprocidade (diálogo direto, monólogo, diálogo indireto) e revelam o papel relevante dos juízes como intérprete, refletindo sobre a busca da concretização de valores universais e a concorrência entre diferentes culturas jurídicas.

Numa segunda parte, iniciam-se as discussões específicas, concentradas eminentemente no debate sobre diálogo entre juízes em matéria constitucional. Aqui ganha destaque o diálogo entre juízes em matéria de direitos fundamentais. *Walter Claudius Rothenburg* analisa essa problemática sob o aspecto das fontes do direito, da possibilidade de uso do direito estrangeiro e do espaço e meio existente no sistema jurídico brasileiro para um uso positivo do diálogo entre juízes em direitos fundamentais. Como destaca o autor, o “*Direito de fora’ nunca esteve tão ‘dentro’, sendo que as experiências jurídicas externas – que vão da doutrina à jurisprudência e à prática do Direito em geral – devem ser e têm sido utilizadas pelos juízes e demais profissionais das diversas áreas jurídicas*”, concluindo que o diálogo internacional entre juízes pode ser considerado como um aspecto do “diálogo de fontes”.

Complementando uma visão do diálogo entre juízes em matéria constitucional poder-se-ia indagar sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) do Brasil em relação a essa questão? *Guilherme Amorim Campos da Silva* examina os casos do STF em que esse tribunal utilizou-se de precedente estrangeiro, e, enfim analisa como e quais são os critérios utilizados pelo STF para fazer uso de decisões estrangeiras. Constata, então, o autor que além de existir espaço para “*uma atividade integradora na perspectiva de um diálogo com precedentes estrangeiros*”, tais “*precedentes devem refletir uma identificação com os valores consagrados no texto constitucional brasileiro em termos de princípios fundamentais*”.

Entretanto, podem existir casos de conflitos entre liberdades individuais, principalmente quando há elementos culturais e religiosos envolvidos. Nesses casos, o diálogo entre juízes poderia ser considerado uma alternativa? *Geilza Fátima Cavalcanti Diniz* propõe um debate aberto sobre os limites do diálogo e as premissas de uma comunidade de valores, que estão implícitas em um discurso unificador do direito. A autora ressalta que, além da existência de um diálogo de juízes por meio de uma verticalidade, há ainda um diálogo por meio de uma horizontalidade, existindo aqui uma “*liberdade de diálogo livre*”. Contudo, embora essa saída possa se revelar como uma alternativa saudável e adequada aos conflitos analisados, deve-se evitar o “*utilização do diálogo de juízes como argumento de autoridade*”, ou no qual o diálogo realiza-se *a posteriori*, “ *mascarando-se, assim, os subjetivismos que a teoria da argumentação jurídica buscou evitar*”.

Certo, há limites a esse diálogo, mas também há possibilidades de fomentá-lo. E tais possibilidades se inserem tanto no próprio âmbito da Magistratura, ou, por exemplo, na esfera do Ministério Público. Nesse sentido, *Gianpaolo Poggio Smanio* realiza um estudo de direito comparado sobre as diferentes estruturas e funções que o Ministério Público dispõe para viabilizar a concretização de direitos fundamentais. No exercício de sua função essencial, a garantia da Justiça, ou seja, a efetivação dos direitos assegurados pela Constituição aos cidadãos, o Ministério Público pode assim fomentar que experiências jurídicas externas sejam utilizadas para concretizar as suas funções, tanto na judicialização de demandas como extrajudicialmente. Para além do diálogo entre juízes, pode-se evidenciar igualmente a necessidade de um diálogo entre instituições.

Ao tratar da temática dos direitos fundamentais, dois temas são analisados de forma aprofundada e o diálogo entre juízes ganha corpo ao tratar do direito à saúde e do direito à educação em um terceiro bloco. Em relação ao primeiro tema, direito à saúde, do continente americano ao continente europeu, duas realidades são contrapostas: o tratamento do tema pelos Tribunais europeus, por um lado e, brasileiros, por outro lado. No que diz respeito ao direito à educação, enfatiza-se a importância da utilização do sistema internacional de direitos humanos para reforçar a proteção constitucional do direito social à educação.

Enquanto *Vera Lucia R.S. Jucovsky* analisa a existência de diálogo, no âmbito nacional brasileiro, sobre o direito à saúde; *Isabell Büschel* realiza uma análise sobre como os juízes europeus interpretam a proteção da saúde no que tange ao bem-estar das pessoas. Como salienta Vera, em razão do aumento da judicialização do direito à saúde e das diferentes formas como os tribunais têm interpretado tal direito, há a necessidade de uma discussão sobre temas como coerência quanto à concretização do direito à saúde e suas possíveis soluções. São, então, abordados “*relevantes aspectos a respeito do crescente ajuizamento de ações com pedidos de assistência à saúde pública (como o fornecimento de medicamentos de alto custo, ou não constantes da lista oficial, ou em fase experimental, próteses, órteses, procedimentos e tratamentos médicos, inclusive fora do país, leitos hospitalares), em face das pessoas jurídicas de direito público*”, enfatizando-se o relevante papel do Judiciário para assegurar o direito à saúde, e, em última análise, o direito ao bem-estar dos indivíduos e da coletividade. Isabel toma como ponto de partida justamente a proteção do bem-estar da pessoa, enquanto fenômeno

particularmente propício ao estudo dos fenômenos de integração normativa e de interpretação cruzada. A autora analisa o diálogo existente sobre o tema entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu de direitos do homem e constata que os juízes europeus fazem prova de originalidade e às vezes de audácia para proteger o bem-estar das pessoas.

*Clarice Seixas Duarte* observa que, apesar da importância do aparato internacional como relevante mecanismo para expandir as condições de aplicabilidade dos direitos humanos, e, em particular do direito a educação, tais mecanismos têm sido pouco explorados no Brasil. Salienta a autora a necessidade de considerar o princípio da progressividade da aplicação dos direitos sociais, afastando-se interpretações que venham a reduzir a força normativa desses direitos. A diferença nos contextos socioeconômicos acabam por impactar na interpretação dos juízes sobre a concretização de direitos sociais e limitam, de certa forma, o espaço para o diálogo entre os juízes.

Na quarta parte, os temas examinados estão relacionados aos direitos comerciais. *Alice Rocha da Silva* concentra suas reflexões no problema da coerência entre sistemas jurídicos na área comercial de abrangência global e regional. A autora propõe e analisa mecanismos para prevenir possíveis conflitos entre os órgãos de soluções de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC) e de blocos regionais. Essa função de mecanismo de coerência do sistema internacional é citada pelos estudiosos como um dos papéis do diálogo entre juízes e é testada nesse capítulo.

*Maria Edelvacy Marinho e Liziane Paixão Silva Oliveira* analisam então a existência de diálogo entre juízes em matéria de propriedade intelectual. As indagações trazidas pelas autoras referem-se às condições mínimas para a circulação de decisões judiciais entre diferentes cortes, bem como sobre quais seriam os requisitos para a identificação do diálogo nessa matéria, quais seus riscos e consequências em razão da diferença no grau de desenvolvimento dos países.

Na quinta parte, são abordadas as estruturas, institutos e possibilidade de diálogo no âmbito interamericano.

*André Pires Gontijo* analisa o sistema interamericano de Direitos Humanos e a possibilidade de diálogo que poderia se concretizar entre essa Corte e o Supremo Tribunal Federal no que concerne à aplicabilidade do instituto do Bloco de Constitucionalidade.

*Valério Mazzuoli* trabalha a possibilidade e interesse na criação de uma Corte de Justiça da Unasul. O autor examina também se o Tribunal de Justiça da União Europeia e a Corte Centro-Americana de Justiça poderiam servir de paradigma para o desenvolvimento de uma Corte sul-americana que pudesse aprofundar o processo de integração normativa entre os Estados partes da Unasul.

Muitos ainda são os temas que podem ser explorados ao analisar o diálogo entre juízes. Que esse livro seja um convite para que possamos aprofundar o debate! E que o diálogo sobre o diálogo possa fomentar alternativas para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Organizadoras

*Maria Edelvacy Marinho*

*Solange Teles*

*Liziane Paixão Oliveira*

# 1 DIREITO, TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA E SOCIEDADE DO RISCO

Hélcio Ribeiro<sup>1</sup>

## 1 O direito na modernidade: a tensão entre regulação e emancipação

Atravessamos um período de transição paradigmática (SANTOS, 2000). A dupla crise da sociedade e da ciência modernas vêm colocando novos desafios ao direito. Nascido de processos revolucionários que deram origem à Europa moderna, o direito codificado e centrado no Estado defronta-se atualmente com uma crescente multiplicação de centros de produção de poder, decorrentes tanto da globalização econômica como do alto nível de complexidade social, resultantes dos processos de diferenciação funcional, internacionalização do Estado e novas formas de regulação supra-estatais, *Lex mercatoria*, desconstitucionalização de direitos, flexibilização das regras que comandam inúmeras relações no campo do econômico e trabalhista e desenvolvimento de formas alternativas de solução de conflitos como arbitragem e mediação, que colocam em cheque o monopólio do Poder Judiciário em dizer o direito.

O direito é, mesmo assim, um dos elementos centrais do desenvolvimento da sociedade moderna, dado seu papel na garantia da segurança jurídica em face da dinâmica política e econômica do capitalismo. Sem um sistema jurídico diferenciado e estável, o mercado e o sistema político não funcionam (CAMPI-  
LONGO, 2000, p. 119). Com o advento da positivação do direito, surge o direito

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, pós-doutorado pela Universidade de Paris X Ovest Nanterre, professor de Sociologia Jurídica nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie em São Paulo. Agradeço à Daniela Bertotti a ajuda na revisão do texto.

científico (SANTOS, 2000).

No início da modernidade, porém, a modernização não se confundia com capitalismo. Na ótica de Boaventura Santos, é preciso, destse modo, distinguir capitalismo e modernização para entender a própria dialética entre regulação e emancipação que envolve o direito e a ciência. O contrato social moderno tem inspiração em três autores fundamentais: Hobbes, Rousseau e Locke. O primeiro como formulador da ideia de soberania, fundamental para a construção do Estado moderno. Em Locke encontramos o princípio do mercado, tão importantes no desenvolvimento do capitalismo. Por fim, Rousseau é responsável pelo princípio da comunidade (SANTOS, 2000, p. 129 et seq.).

Boaventura procura mostrar de que forma o surgimento do capitalismo significou uma crescente primazia dos princípios do Estado e do mercado, ficando em segundo plano o princípio da comunidade formulado pelo autor genebrino.

O direito científico é simultâneo a essa primazia e terá papel fundamental na transformação do direito. Se, num primeiro momento, o direito moderno nasce como parte de um processo profundo de transformação revolucionária da sociedade, o cientificismo do direito acaba por abandonar totalmente essa face para tornar-se um dos mais importantes mecanismos de controle social. Em outras palavras, o direito na modernidade nasce marcado por uma tensão entre regulação e emancipação, mas com uma crescente primazia da primeira sobre a segunda, à medida que o capitalismo se consolida e o projeto emancipatório entre em declínio (SANTOS, 2000).

Desste modo a recuperação do projeto emancipatório da modernidade não pode mais ser pensado a partir das categorias da própria ciência moderna, dado o descompasso entre transição social e mudança nos paradigmas científicos. Isso é importante sobretudo para a perspectiva de uma teoria crítica da sociedade que o autor define como aquela que não reduz a realidade àquilo que existe (SANTOS, 2000, p. 23) e que foi incapaz de entender o quanto a teoria crítica reproduziu, num certo sentido, os limites da sociologia funcionalista, ao apostar num futuro de progresso inevitável, ao partilhar com esta última a dualidade entre estrutura e ação e ao conceber da mesma forma as relações entre natureza e sociedade (SANTOS, 2000, p. 27).

Uma das fraquezas da teoria crítica moderna foi não ter reconhecido que a razão que critica não pode ser a mesma

que pensa, constrói e legitima aquilo que é criticável. Não há conhecimento em geral, tal como não há ignorância em geral. O que ignoramos é sempre a ignorância de uma certa forma de conhecimento e vice-versa o que conhecemos é sempre o conhecimento em relação a uma certa forma de ignorância. Todo o acto de conhecimento é uma trajectória de um ponto A que designamos por ignorância para um ponto B que designamos por conhecimento. No projecto da modernidade podemos distinguir duas formas de conhecimento: o conhecimento-regulação cujo ponto de ignorância se designa por caos e cujo ponto de saber se designa por ordem e o conhecimento-emancipação cujo ponto de ignorância se designa por colonialismo e cujo ponto de saber se designa por solidariedade. Apesar de estas duas formas de conhecimento estarem ambas inscritas na matriz da modernidade eurocêntrica a verdade é que o conhecimento-regulação veio a dominar totalmente o conhecimento-emancipação (SANTOS, 2000, p. 29).

A tensão entre regulação e emancipação marca também toda a trajetória do direito na sociedade moderna e a crescente primazia da regulação acabará por transformar-se na base do esgotamento do direito científico.

Ao assumir o papel de garantia dos mercados e da legitimação e racionalização do poder, o direito ganha um grau de institucionalização que será também responsável pela capacidade de expansão controlada de códigos e leis na medida em que o desenvolvimento do capitalismo demande. É dessa forma que o direito assume papel fundamental no controle do risco inerente à transformação social e cultural, trazida pela modernização. Alguns fenômenos importantes acompanham o desenvolvimento deste direito positivado tais como o monopólio de sua produção pelo Estado, separação de poderes com supremacia do poder legislativo, mas também estabelecimento de limites ao poder de elaborar leis como nos sistemas jurídicos que incorporam o controle de constitucionalidade, segurança jurídica e formalização do direito, características do direito liberal.

No capitalismo tardio, as disfunções geradas pela intervenção crescente do Estado na economia com o objetivo de gerir as crises sistêmicas, por fim à concepção liberal e, com a crise do Estado providência a partir dos anos sessenta do século XX, a crise do direito científico se aprofunda na medida em que não responde mais à dinâmica dos processos de mundialização do capital (CHESNAIS, 1996), reestruturação produtiva das empresas, revolução das tecnologias de informação, alterações no mundo do trabalho com a difusão do trabalho

informal e do desemprego estrutural (BECK, 2003, p.164; FARIA, 1999) desregulação da economia global, aumento das desigualdades sociais e regionais, imigração internacional intensa, terrorismo e aumento da violência urbana e das catástrofes ambientais.

Como cresceu, simultaneamente, nossa consciência desstes fatores, ficou também mais evidente a incapacidade das instituições tradicionais em lidar com o crescimento desproporcional dos riscos globais e locais – muitas vezes interligados – dando origem a uma sociedade fundada na ansiedade (BAUMAN, 1998).

Ao propor uma nova teoria crítica da sociedade, Boaventura propõe uma revisão epistemológica geral. Em primeiro lugar, abandonar o etnocentrismo científico que caracterizou a concepção hegemônica até os dias de hoje. Também a sociologia acabou sendo marcada pela centralidade da ciência europeia. Resgatar os conhecimentos esquecidos ou banidos, aqueles rechaçados pelo cânone científico hegemônico da modernidade é uma das tarefas principais da teoria crítica. Isso significa começar por considerar todas as ciências como ciências humanas. Neste ponto, apoiado em Horkheimer, o autor salienta a necessidade de superar o dualismo burguês entre o cientista individual e a atividade social que permeia seu trabalho (SANTOS, 2000, p. 25).

## **2 A transição paradigmática**

A um determinado paradigma social corresponde um paradigma científico. Em um período de mudança social revolucionária, os paradigmas científicos são questionados. Nesse momento e em boa medida, os paradigmas científicos não dão conta de explicar a realidade em transformação. Segundo Boaventura, vivemos um período de transformação paradigmática, ou seja, uma transformação social profunda e completamente descolada das transformações científicas.

Esta é a crise das ciências sociais e humanas em geral, bem como das ciências naturais. Cooptada pelo Estado e/ou pelo mercado, a ciência passa a ser parte de um processo de controle que tem como base o bloqueio de todas as formas de saber incompatíveis com o cânone científico da modernidade. Este geralmente se expressou na teoria positivista e numa determinada forma de controlar o desenvolvimento do saber nas instituições universitárias e de pesquisa.

Formas populares de conhecimento foram deixadas de lado como meio de facilitar o monopólio do saber pelo modelo hegemônico de saber. Boaventura designa esse processo de epistemicídio (BOAVENTURA, 2000).

Neste momento de transição, podemos perceber claramente os limites da ciência na ordenação do caos e na prevenção dos acontecimentos, dada a elevação dos riscos trazidos pela desregulamentação em nível global. Até pouco tempo a confiança no progresso e nas diversas formas assumidas pela modernização impedia uma visualização melhor dos limites dessa tendência, apesar dos alertas que já tinham sido dados por Nietzsche na crítica à gaia ciência e de Max Weber quando se referia ao paradoxo das consequências.

Na sociologia contemporânea, a análise do caráter reflexivo da modernidade vem contribuindo para uma melhor compreensão do impacto individual e coletivo da radicalização da modernidade sobre os padrões morais, cognitivos e estéticos que levam a um grau ainda maior de exigência do uso das faculdades reflexivas. Giddens define a reflexividade da vida social moderna como *o fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alterando assim constitutivamente seu caráter* (GIDDENS, 1991, p. 45; DOMINGUES, 2004, p. 87). Por outro lado, Giddens também tem chamado a atenção para o caráter reflexivo do desenvolvimento dos sistemas de peritos e o aumento do risco inerente à diminuição da confiança nestes sistemas (GIDDENS, 1991, p. 126).

Desste modo, a compreensão das transformações contemporâneas, a partir de conceitos erigidos no século dezenove, passa a ser uma aventura arriscada e, muitas vezes, raiz de inúmeras frustrações. Estado, mercado, sociedade civil, público/privado, infraestrutura/superestrutura, reforma/revolução, ciências naturais/ciências sociais, são conceitos e dicotomias do século XIX que mais dificultam do que facilitam a compreensão da realidade em transformação.

Seria possível o resgate de um conhecimento-emancipação capaz de controlar melhor e mais prudentemente as consequências de sua aplicação? Segundo Boaventura este resgate tem três importantes implicações. Em primeiro lugar, obriga a passagem de uma concepção monocultural para uma concepção multicultural do conhecimento baseada em uma teoria da tradução e numa hermenêutica diatópica. Isso significa que Boaventura não propõe uma nova e ampla teoria, mas uma forma de traduzir as práticas de uma cultura para a ou-

tra (SANTOS, 2000, pag.31e segs.), sendo que uma das primeiras regras dessa hermenêutica diatópica é a necessidade de que cada cultura reconheça sua incompletude, o que o autor reconhece como um desafio difícil de superar (BOAVENTURA, 2006, p. 458).

Em segundo lugar, deve-se abandonar o que o autor chama de peritagem heróica e buscar um conhecimento edificante. Ou seja, é necessário ultrapassar a ideia de que o conhecimento é válido independentemente das condições que o geraram, pressuposto que levou a ciência moderna a não perceber a discrepância entre a ação técnica e as consequências técnicas: *Dado que a ciência moderna desenvolveu uma enorme capacidade de agir, mas não desenvolveu uma correspondente capacidade de prever, as conseqüências de uma acção científica tendem a ser menos científicas que a acção científica em si mesma* (SANTOS, 2000, p. 31). Desta forma o conhecimento-emancipação assume prudentemente as consequências de sua aplicação.

O terceiro desafio da teoria crítica é a reformulação da discussão que envolve a dicotomia estrutura/ação<sup>2</sup>. Ela também transformada em um debate pautado na noção de ordem e não de emancipação e solidariedade. Boaventura considera que é preciso levar em conta que as estruturas são tão dinâmicas quanto as ações que elas determinam e, em segundo lugar, as ações e subjetividades são tanto produtos como produtores dos processos sociais. Desse modo propõe o autor a reconstrução do ideal emancipatório a partir da idéia de ação rebelde em contraposição à ação conformista, com base em novas formas de socialização, educação e trabalho (SANTOS, 2000, p. 33).

### **3 Direito social e sociedade do risco**

Com a crescente complexidade social, a crise paradigmática do direito científico se expressa de maneira desigual. Na periferia do sistema capitalista, o direito demonstra uma permanente incapacidade de inclusão de boa parte da população nos mecanismos da cidadania, processo sobremaneira diferente daqueles apontados nas sociedades desenvolvidas. O que se percebe, porém, é que

---

2 Para uma discussão inovadora desse tradicional debate na sociologia ver Jeffrey Alexander (1987) que aponta a natureza pendular da discussão que ora acentua a dimensão da ação ora a idéia de estrutura.

com a mundialização do capital e a globalização dos riscos atingem, ainda que de forma desigual, todas as regiões e classes, como se verá adiante.

Beck define risco como uma maneira sistemática de lidar com a insegurança induzida pela modernização (BECK apud SLATTERY, 2003, p. 255). Na sociedade pré-industrial, os riscos eram oriundos da natureza e estavam além da capacidade humana de controlá-los, ao passo que, nas sociedades industriais os riscos têm origem na própria atividade humana, mas tem um alcance nacional e busca-se na ciência uma forma de controlá-los.

Nas sociedades pós-industriais o risco assume uma dimensão paradoxal, pois quanto mais o desenvolvimento científico e tecnológico aumenta o controle sobre os processos sociais, maior é o risco, uma vez que as estruturas sociais que permitiam a proteção contra o risco entraram em colapso. Isso decorre da incapacidade do indivíduo ou da coletividade de encontrar respostas adequadas no Estado, na família ou na religião. Ou ainda, na própria ciência. Se esta última produz, por um lado, mais conhecimento, isso não significa mais controle e certeza. Ao contrário, na medida em que sabemos mais, simultaneamente, sabemos cada vez menos sobre as consequências da aplicação deste conhecimento.

Isso se deve ao caráter reflexivo da modernidade apontado acima (GIDDENS, 1991, p. 48 et seq.) e que abrange quatro conjuntos de fatores. 1) O poder diferencial, uma vez que o conhecimento é apropriado de forma heterogênea; 2) o fato de não existir uma base valorativa racional e transcendental que assegure a aplicação do conhecimento; 3) o impacto das consequências inesperadas da aplicação da ciência aos processos sociais; 4) finalmente, a própria reflexividade da vida social moderna.

Quanto ao terceiro e ao quarto fatores, Giddens observa que não há quantidade de conhecimento acumulado que possa abranger todas as circunstâncias em que o conhecimento é aplicado. *Não é uma questão de não existir um mundo social estável a ser conhecido, mas de que o conhecimento deste mundo contribui para seu caráter instável ou mutável* (GIDDENS, 1991, p. 51).

A sociedade do risco é, porém, uma sociedade com mais amplas possibilidades de ação, com um grau de liberdade individual levada ao paroxismo. Desconectados das estruturas tradicionais de proteção, o indivíduo assume maior responsabilidade sobre as consequências da sua ação. Por essa razão, segundo Beck, o fato de o indivíduo também perceber as crises sociais como problemas

individuais e não coletivos, sendo que as soluções são, também, buscadas no plano individual e psicológico, mais do que no plano político ou familiar (BECK apud SLATTERY, 2003, p. 256). É inevitável lembrar as discussões sobre o fim da democracia e da política que se relacionam com o tema aqui desenvolvido (GUÉHENNO, 1994; ARANTES, 2007).

Deste modo inicia-se nova relação entre indivíduo e sociedade no plano da socialização, voltando-se a sociedade cada vez mais para o preparo dos jovens no enfrentamento dos riscos futuros (BECK apud SLATTERY, 2003, p. 256).

Enquanto os objetivos da sociedade de classes eram a riqueza e o bem-estar, na sociedade do risco o objetivo é, simplesmente, a sobrevivência, com o risco afetando, de modo desigual, todas as classes sociais (BECK apud SLATTERY, 2006, p. 256). Para sobreviver o indivíduo, que é simultaneamente mais livre e mais vulnerável, se torna mais autorreflexivo, autodisciplinado e autocontrolado. Na segunda modernidade - expressão de Beck - as decisões pessoais, sociais e internacionais têm consequências imprevisíveis em uma escala inexistente anteriormente, levando Beck a considerar que, mais do que uma sociedade do risco, vivemos em uma sociedade mundial do risco (BECK apud SLATTERY, 2003, p. 256).

Ao analisar o impacto do risco no trabalho, Beck salienta o quanto o desaparecimento da concepção burguesa de trabalho aumenta os riscos uma vez que não apenas destrói um mecanismo de garantia material, mas também atinge diretamente a identidade pessoal e coletiva, com toda carga simbólica normalmente atrelada à ideia de “dignidade do trabalho” e, principalmente, atinge um mecanismo de controle social, pois dar trabalho aos pobres foi, desde o início da modernidade, uma forma de interiorização do domínio. Este é um traço característico da modernidade.

As pessoas se ocupam e, com isso, se tornam controláveis. Pode-se dizer que o desejo de construir uma atividade via mercado de trabalho e, com ela, uma existência, uma biografia, uma identidade, é uma das formas mais hábeis de auto-adaptação e auto-ajustamento dos indivíduos à estrutura de domínio social (BECK, 2003, p. 164).

Na análise de Beck, porém, o desaparecimento da concepção moderna de trabalho pode ser vista também como um campo para novas oportunidades, o que já vem se dando na prática. O que acontece é que as estruturas tradicionais, Estado, partidos e sindicatos estão ainda atrelados a essa concepção, contribuindo para impedir uma mudança mais profunda (BECK, 2003, p. 174).

Dessa forma, também o direito se vê diante da necessidade de rever seu modo de operacionalização no enfrentamento dos riscos trazidos pelas transformações paradigmáticas, especialmente após o advento da globalização econômica. Estes fenômenos colocam em cheque importantes aspectos do direito moderno. Podemos tomar como exemplo as incertezas que tomaram conta dos mercados financeiros globalizados a partir dos anos noventa do século passado, fenômeno que continua se repetindo até os dias de hoje. Algumas análises do impacto da sociedade do risco sobre o direito apontam para o declínio do princípio da segurança jurídica e a impossibilidade de resgatá-lo enquanto novas formas de regulação não forem discutidas. Assim como as posturas antiglobalização, também a crença ingênua na autorregulação do mercado é um obstáculo a uma discussão mais racional. Desta forma a superação dos dilemas que dividem as diversas posturas sobre a globalização dependem de formas de ação coletivas e corporativas, mas também de um diálogo mais amplo entre políticos, juristas e economistas (MCCORMICK, 2007, p. 291).

Na ausência desse diálogo, a globalização tende a aumentar os riscos em todas as esferas de atividade. Diante da crescente ineficácia das estratégias tradicionais de imposição do direito, baseado nas técnicas de coerção produzidos pelo Estado-nação, agora confrontado pelo processo de desterritorialização das cadeias produtivas e dos mercados financeiros desregulamentados (FARIA, 1999), direito reflexivo, direito responsivo e direito social são algumas das respostas discutidas pela teoria sociológica do direito para enfrentar a questão. Para efeitos deste artigo vamos confrontar alguns aspectos do direito social com os desafios da transição paradigmática e da sociedade do risco.

O fundamento do direito social, desenvolvido a partir do fim do século XIX e início do século XX, é a noção de solidariedade, desenvolvida por Durkheim e incorporada por Leon Duguit na França. Ela modifica completamente toda a racionalidade do direito liberal e o esquema sociológico desse direito passa por três grandes enunciados: 1) o todo existe independentemente de suas partes; 2) o conhecimento do todo depende apenas da observação do todo, ou seja, só se pode conhecer as partes a partir do todo e não o inverso; 3) desse modo os indivíduos têm uma dupla existência, como indivíduo e suas ilusões de liberdade e consciência; e como partes de um todo, obedecendo às suas regras e contribuindo para a ordem (EWALD, 1993, p. 164).

O direito social não se relaciona aos ramos tradicionalmente conhecidos do direito tais como direito do trabalho, previdenciário, educação, moradia, etc. Antes de tudo, o direito social é um modo de operar do direito, uma técnica, uma racionalidade específica e uma forma de jurisdição: *Se o direito não existe senão como sistema (pouco importa, para aqui, que se trate ou não de sistema autopoietico), essa sistematicidade, de facto sempre particular, e a maneira como as normas são produzidas, se geram e se articulam umas com as outras, definem um tipo de jurisdição.* Uma jurisdição tem sempre um carácter reflexivo porque possui não apenas normas e regras aplicadas de forma mais ou menos flexível, mas também um corpo doutrinário através do qual essa prática se autotematiza e garante seu policiamento (EWALD, 1993, p. 217).

O direito social se caracteriza por não estar mais baseado em um direito natural, o que significa um declínio da referência ao universal, uma consciência sociológica de que a sociedade está dividida em grupos e interesses solidários que se confrontam e ordenam a partir de estratégias particulares, num mundo permanentemente cambiante, no qual as identidades são permanentemente revolvidas. Por outro lado, o direito social deve encontrar em si mesmo as condições de sua possibilidade e, segundo Ewald, na falta de uma solução teórica para o problema do fundamento do direito, a prática jurídica se encarregou de encontrá-la nos princípios gerais do direito, entendidos neste estudo não como aqueles que se encontram nas declarações de direito ou no direito natural. Eles estão nas entrelinhas dos textos legais. São eles “retirados” pelo juiz do silêncio das leis, mas, ao mesmo tempo, do próprio sistema jurídico. Sua virtude é seu carácter flexível, sem perder estabilidade. Ele garante sua identidade sem deixar de acolher a mudança. Essa é a característica essencial da reflexividade do direito na era do direito social (EWALD, 1993, p. 219 et seq.).

Embora passe por uma retomada da iniciativa legislativa do Estado, o direito social não propõe uma volta aos princípios da unidade, da completude e coerência de um sistema jurídico racional e hierarquicamente estável, como se caracterizou o ideal do direito liberal e da dogmática jurídica. O direito social propõe uma mudança na estrutura e nos procedimentos do direito, por meio de novas estratégias hermenêuticas que “*passam a encarar a ‘questão da justiça’ não em termos de princípios últimos ou valor-fonte, porém em termos mais pragmáticos e eminentemente sociológicos*”. Para lidar com os novos níveis de risco e

complexidade social, as decisões políticas e jurídicas devem pautar-se por um cálculo do dissenso tolerável (FARIA, 1999, p. 269; SANTOS, 1994).

O direito social assume, assim, dimensões corretivas e compensatórias simultaneamente. E deve ser capaz de estimular os diferentes setores da sociedade a negociar as diferenças, obrigá-los a fazer concessões recíprocas e viabilizar a socialização dos riscos de forma a redistribuí-los conforme a situação ou *status* de cada uma das partes em conflito. O objetivo é alcançar um equilíbrio substantivo de forma a reduzir as disparidades sociais, criando condições para redefinição das responsabilidades e dos padrões de segurança, controle e validade, por meio de uma complexa combinação de normas imperativas, ações estratégicas, racionalidade instrumental e mecanismos de negociação. Desse modo o direito social não se dirige a indivíduos mas a grupos, coletividades, regiões, corporações e classes (FARIA, 1999, p. 271).

A partir de uma racionalidade jurídica definida *a posteriori*, o direito social depende da implementação de políticas públicas que se baseiam em leis com evidente dimensão promocional, alteram o modo de aplicação das regras e o próprio horizonte temporal do Poder Judiciário, pois implicam a necessidade daquilo que os defensores do direito social chamam de “regras de julgamento”, ou seja, uma nova hermenêutica que permita balancear e ponderar os conflitos a partir de uma perspectiva flexível e procedimental, fundadas numa interpretação sociológica das leis. Isso em função do fato de que não se pode mais basear a aplicação do direito em critérios *a priori* nem na ideia de um interesse comum, geral e universal. No direito social, esse último cede espaço à ideia de interesse social (FARIA, 1999, p. 277 et seq.).

Numa sociedade globalizada, na qual o trabalho perde sua centralidade, a economia é dominada pelas empresas transnacionais e o Estado-nação perde várias de suas prerrogativas, se torna difícil a efetividade do direito social (FARIA, 1999, p. 279).

Cabe ainda perguntar se o direito social é plausível em uma sociedade global de risco, marcada pela reflexividade e pela radicalização do individualismo. Por outro lado e numa certa medida, o direito social não é claro quanto ao resgate das formas de conhecimentos esquecidos pela modernidade. No campo do direito isso significa o resgate das formas jurídicas não contempladas pelo direito oficial, mas que sejam capazes de dialogar com o direito científico. Em

outras palavras, o direito social sairia enriquecido se fosse capaz de incorporar a idéia da hermenêutica diatópica de modo a levar adiante um diálogo com o direito não-oficial, como forma de evitar o risco do etnocentrismo denunciado por Boaventura.

### **Considerações finais**

A transição paradigmática coloca novos desafios à ciência e ao direito caso se queira resgatar a dimensão emancipatória que ambos possuíam no início da modernidade. A primazia dos princípios do Estado e do mercado não podem, simplesmente, ser substituídos por uma tendência comunitarista, ainda que o resgate da noção de comunidade possa servir de contraponto ao, em parte falso, dilema Estado/mercado. Porém, em uma sociedade de risco global, é certo que as respostas não podem ser mais baseadas em conceitos e teorias que foram centrais para a consolidação do modelo hegemônico de ciência e direito científico, mas que levaram à primazia da regulação sobre a emancipação. No campo do direito, conceitos tais como segurança jurídica e previsibilidade da aplicação do direito a partir de pressupostos universais de bem comum, declinam e dão margem ao desenvolvimento das noções de interesses sociais, bem como de formas flexíveis de direito que dependem, mais do que nunca, de interpretações sociológicas que dêem conta da natureza cambiante do direito e da sociedade e que sejam capazes de lançar mão da diversidade de estratégias disponíveis no campo teórico e prático do direito no sentido de alcançar maior efetividade.

Sugerimos acima que o direito social não apenas enfrenta o problema da crise do Estado-nação, mas que também não atenta para o risco do etnocentrismo que caracterizou a ciência moderna e o direito científico. A incorporação da hermenêutica diatópica pela teoria do direito social poderia contribuir para o desenvolvimento de um novo paradigma de direito e ciência jurídica que deem conta de uma realidade complexa e pautada pela crescente reflexividade.

Por outro lado, a noção de emancipação desenvolvida por Boaventura Santos em sua proposta de teoria crítica não deixa claro como enfrentar de forma prudente o crescimento dos riscos e da complexidade social. Em outras palavras, de que forma ela tem condições de encarar plenamente as conseqüências de sua aplicação?

A sociologia do risco, por fim, é uma importante ferramenta teórica para a compreensão das consequências da radicalização da modernidade (ou desenvolvimento da segunda modernidade conforme expressão de Beck), mas necessita superar uma possível tendência de sucumbir ao conhecimento-regulação.

Talvez seja possível encontrar um caminho teórico a partir da contribuição conjunta das propostas analisadas acima para enfrentar os riscos e dilemas da atual transição paradigmática: o conhecimento-emancipação e a hermenêutica diatópica colocam um desafio ao direito social ao reafirmar a necessidade de resgatar a dimensão emancipatória do direito. Mas é preciso enfrentar o problema da cooperação social em uma sociedade fundada na individualização e na reflexividade. No momento atual dessa mudança, porém, não se vislumbra a consolidação de um novo paradigma teórico no direito.

## Referências

- ARANTES, Paulo. *Extinção*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- ALEXANDER, Jeffrey C. O novo movimento teórico. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, ANPOCS, junho de 1987.
- BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo*. São Paulo: Unesp, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- CAMPILONGO, Celso. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- CHENAIS, François. *A mundialização do capital*. São Paulo: Xamã, 1996.
- DOMINGUES, José Maurício. *Ensaio de sociologia: teoria e pesquisa*. Belo Horizonte: UFMG, 2004.
- EWALD, François. *Foucault, a norma e o direito*. Lisboa: Veja, 1993.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1991.
- GUÉHENNO, Jean Marie. *O fim da democracia*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1994.
- MCCORMICK, Roger. Legal risk, Law and justice in a globalising financial market, *Law and Financial Markets Review*, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1994.

SENNET, Richard. *A corrosão do caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

SLATTERY, Martin. *Risk society, in Key ideas in sociology*. Cheltenham: Nelson Thornes, 2003.

## 2 DIÁLOGOS ENTRE JUÍZES: CONDIÇÕES E CRITÉRIOS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO FENÔMENO “DIÁLOGO ENTRE JUÍZES”

Maria Edelvacy Marinho<sup>1</sup>  
Solange Teles da Silva<sup>2</sup>

### 1 Introdução

O fenômeno chamado “diálogo entre juízes”<sup>3</sup> pode ser compreendido como uso de referências cruzadas de decisões proferidas por Cortes que não guardam entre si relação de hierarquia. Nasceu de uma necessidade europeia em estabelecer coerência na aplicação das diretivas comunitária pelos juízes nacionais. A concentração do estudo do tema na Europa se justifica em razão do elevado grau de integração normativa entre os Estados-membros. Entretanto, a pesquisa nessa área interessa a todos estudiosos do direito, independentemente da nacionalidade, pois envolve o estudo das fontes do Direito, da relação entre direito internacional e nacional, dos mecanismos jurídicos de coerência e elementos estruturantes de conceitos que ainda se encontram em construção.

O tema é mais estudado, de fato, no direito internacional, mas sua apli-

---

1 Doutora em Direito pela Universidade Paris I- Panthéon Sorbonne, Professora do Programa de Mestrado e Doutorado do Uniceub, Consultora.

2 Doutora em direito pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne) e Pós-doutorado pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne). Professora do Programa da Graduação (Direito Ambiental) e do Pós-Graduação Strito Sensu em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), Pesquisadora do CNPq

3 Essa expressão foi criada por Bruno Genevois para descrever a relação que deveria existir entre juízes da comunitários e nacionais nas conclusões do caso *Ministère de l'intérieur c/ Cohon-Bendit* em 6 de dezembro de 1974. Ver mais sobre GOUTTES, Régis . *Dialogue des juges*. Colloque du Cinquantenaire du Conseil Constitutionnel, 3 de novembro de 2008.

ção ultrapassa as fronteiras dos ramos do direito. Se fosse possível fazer uma distinção entre a relevância do tema para a matéria de direito internacional e as demais, talvez esta estivesse na importância e abrangência que o direito internacional concede à circulação de decisões judiciais entre Estados e Organizações internacionais. O direito internacional se interessa em estudar as causas, as formas e as consequências desse diálogo para o processo de integração normativa em geral, enquanto outros ramos do direito analisam o conteúdo do diálogo e seus efeitos em áreas específicas.

O objetivo deste capítulo introdutório é apresentar quais seriam as condições para a existência do que chamamos de “diálogo entre juízes”, suas características e consequências.

## 2 Condições para o diálogo entre juízes

O uso da fundamentação de decisões proferidas por tribunais estrangeiros e internacionais na elaboração de decisões de outros tribunais não é recente. Contudo, a abrangência e efeitos que tal prática alcançou e tem o potencial de atingir traz consigo um dado novo que merece ser estudado. Antes, o uso de referências cruzadas entre cortes era esporádico, contudo, atualmente tal uso compõe um processo informal de integração normativa em escala mundial. É verdade que em muitas jurisdições observa-se uma resistência no uso de decisões estrangeiras, como se estas reduzissem, de alguma maneira, a soberania dos vereditos nacionais ou de decisões proferidas em cortes internacionais.<sup>4</sup> Emerge assim, por um lado, posicionamentos de indignação e de resistência da utilização de referências cruzadas e, por outro lado, há movimentos entusiastas de apoio a crescente utilização de tais referências. Os dados sugerem que esse fenômeno pode ser observado com mais intensidade em determinadas cortes – no âmbito nacional, nas Cortes Superiores, no âmbito internacional nos Tribunais de Direitos humanos.<sup>5</sup> Entretanto, não há, em regra, temas imunes ao fenômeno.

4 POSNER, Richard. No thanks, we already have our laws. *Legal Affairs*, jul./aug. 2004. Disponível em: <[http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature\\_posner\\_julaug04.msp](http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp)>. Acesso em: 29 set. 2014.

5 SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 44, n. 1, p. 191-220, winter 2003; DELMAS-MARTY, Mireille. La mondialisation et la montée en puissance des juges. In: LE DIALOGUE des juges. Bruxelles: Bruylant,

A possibilidade de citação de decisões de cortes de outras jurisdições foi ampliada em razão do aumento da difusão destas decisões por meio da página da internet das cortes e do grau de confiabilidade dessas informações. É possível ainda citar a existência de associações de juízes e do fomento a trocas de experiências em um mundo real ou virtual. Em se tratando de cortes internacionais, há ainda a disponibilização das decisões em diferentes idiomas, o que também tem facilitado o acesso por juízes de primeira a última instância. Isso nos conduz a uma análise do papel da globalização e dos juízes no crescente processo de integração normativa, condições para a existência do diálogo entre juízes.

## 2.1 Globalização econômica e integração normativa

Uma das consequências da globalização econômica foi o aumento do número de tratados e do grau de integração normativa e judicial entre os Estados. Entende-se como integração normativa e judicial, o processo de aproximação de normas, conceitos, obrigações, mecanismos de controle dos compromissos e sistemas de resolução de conflitos que une Estados em favor de uma finalidade comum. O grau de integração e a velocidade do processo variam conforme o tema. O sentido da integração também é variável, pode ocorrer no sentido vertical, horizontal e transversal. Em todos os casos, admite-se que o processo de integração seja uma via de mão dupla<sup>6</sup>

A proliferação de tratados pode ser identificada em duas frentes: na primeira, expressou a necessidade de criação de normas que viessem, em algum grau, fortalecer a segurança jurídica nas relações comerciais; na segunda, os tratados foram um meio de expressar um compromisso dos Estados em prol de objetivos comuns em matéria de direitos humanos e proteção ambiental.<sup>7</sup>

Diante da possibilidade da diversidade de interpretações e significados das obrigações dos tratados, os Estados têm buscado atrelar os compromissos a

---

2007. (Les cahiers de L'Institut D'Études Sur La Justice, 9) ; ALLARD, Julie; VAN WAEYENBERGE, Arnaud. De la bouche à l'oreille: dialogue des juges et montée en puissance de la fonction de juger. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Paris, n. 61, p. 109-129, 2008.

6 Sobre o tema ver a coleção escrita pela professora Mireille Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit : Le relatif et l'universel ; Le pluralisme ordonné e La refondation des pouvoirs*, as três obras foram publicadas pela editora Seuil, respectivamente em 2004, 2006 e 2007.

7 CHEVALLIER. *Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation*. In: MORAND, Charles-Albert (dir.). *Le droit saisi par la mondialisation*. Bruxelles: Bruylant, 2001.

um sistema próprio de resolução de controvérsias. É nesse espaço que os juízes têm seu papel ampliado. Antes o que se resolveria apenas no âmbito político, passa pelo crivo de um exame jurídico quanto aos compromissos assumidos pelos Estados. Seria ingênuo afirmar que o poder político nesses casos de conflito internacional perdeu em importância, mas é fato que a proliferação de cortes supranacionais demonstra um deslocamento de parte do conteúdo decisional de tais casos para a esfera jurídica.

Outra consequência relevante do processo de globalização foi a aproximação de sistemas jurídicos nacionais, que são caracterizados por um forte componente cultural que distingue o modo de solução de conflitos entre as sociedades. A aproximação dos sistemas permite a criação de pontes, de mecanismos de tradução de instituições jurídicas que podem viabilizar um diálogo entre juízes.

## **2.2 Papel crescente dos juízes para solução de conflitos**

A análise do fenômeno da globalização pode ocorrer a partir de diferentes aspectos, e, dentre eles, os atores desse processo. O estudo do diálogo entre juízes permite um exame do fenômeno da globalização do direito a partir do papel desempenhado pelos juízes. Foi dado a estes um papel de destaque no processo de integração normativa em razão da proliferação dos tratados e da necessidade de efetividade das normas negociadas.

O aumento do poder dos juízes também pode ser explicação pelo aumento do número de processos submetidos à apreciação do judiciário e o processo de “supranacionalização do direito.”<sup>8</sup> Julie Allard entende que no que se refere aos direitos humanos, os tratados tem conferido, mesmo aos juízes nacionais, uma posição de destaque frente ao legislador.<sup>9</sup> Em países de tradição continental, a ampliação do papel do juiz para além de intérprete da lei para criador do Direito tem levado os autores a questionar a legitimidade dessa nova função do juiz.<sup>10</sup>

---

8 ALLARD, Julie. *La séparation des pouvoirs à l'heure de la mondialisation: quelle place pour les juges?* Disponível em: <<http://mipsum.be/CentrePerelman/spip.php?article742&lang=fr>>. Acesso em: 26 set. 2014.

9 ALLARD, Julie. *La séparation des pouvoirs à l'heure de la mondialisation: quelle place pour les juges?* Disponível em: <<http://mipsum.be/CentrePerelman/spip.php?article742&lang=fr>>. Acesso em: 26 set. 2014. Para autora « Le plan international des droits de l'homme notamment confère au confère au juge – même au juge interne – une compétence renforce en retour sa position face au législateur. » p. 14

10 ALLARD, Julie. *La séparation des pouvoirs à l'heure de la mondialisation: quelle place pour les*

O aumento do poder dos juízes no espaço internacional pode ser constatado pelo aumento do número de cortes cuja função é examinar possíveis descumprimentos das partes.<sup>11</sup> Exemplos não faltam. A Organização Mundial do Comércio (OMC) dispõe de um Órgão de Soluções de Controvérsias para examinar o cumprimento dos tratados que a compõe, os blocos regionais dispõem de órgão de soluções de controvérsias próprios, no sistema onusiano, temos O Tribunal Penal Internacional, a Corte Internacional de Justiça. No que se refere aos direitos humanos, percebe-se a proliferação de Cortes Regionais .

A possibilidade de incoerência no sistema jurídico internacional é real na medida em que diferentes cortes têm jurisdição para se pronunciar sobre temas que tangenciam mais de um tratado e que, por sua vez, são administrados por diferentes Organizações internacionais. Um exemplo interessante ocorreu no caso dos pneus recauchutados. Tanto a OMC quanto o tribunal arbitral do Mercosul se manifestaram sobre o caso com posicionamentos diversos.<sup>12</sup>

No âmbito nacional, os juízes passaram a analisar o cumprimento dos direitos e compromissos assegurados em tratados. Entretanto, a interpretação dessas obrigações pode ser alterada em função do lugar que os tratados ocupam na hierarquia normativa de cada ordenamento jurídico. Um exemplo que ilustra essa situação é o caso do efeito direito dos Acordos da OMC que foi analisado por diferentes Cortes nacionais.<sup>13</sup>

Conclui-se que a necessidade de maior segurança nas relações comerciais e o avanço do processo de internacionalização dos direitos tem contribuído para o aumento do poder dos juízes. Esse também é reforçado pelo crescimento dos conflitos decididos via judicial seja no âmbito interno ou externo. Esse cenário de intercâmbio jurídico favorece o fenômeno do diálogo entre juízes.

---

judges? Disponível em: <<http://mipsum.be/CentrePerelman/spip.php?article742&lang=fr>>. Acesso em: 26 set. 2014.

11 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal de justiça internacional. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, p. 37-68, jul./dez. 2010.

12 Sobre a possibilidade de conflito entre órgãos de soluções de controvérsias de blocos regionais e a OMC ver o capítulo X desta obra.

13 O tema será tratado no capítulo sobre propriedade intelectual nessa obra.

### 3 Características

O diálogo entre juízes reflete um alto grau de troca de precedentes judiciais entre cortes que não guardam necessariamente entre si vínculo formal de hierarquia. Entretanto, é possível a existência de um intercâmbio entre Cortes sem que haja necessariamente diálogo. Anne-Marie Slaughter fez um estudo sobre a tipologia da comunicação transjudicial<sup>14</sup> em que descreve situações onde a troca de precedentes pode ser observada em graus diversos.<sup>15</sup> Nesse trabalho a autora identifica que essa comunicação pode ocorrer de três formas: horizontal, vertical, vertical-horizontal.<sup>16</sup>

A comunicação horizontal «se da entre cortes que têm o mesmo *status*, seja nacional ou supranacional, por meio das fronteiras nacionais ou regionais.»<sup>17</sup> Não há relação formal de hierarquia entre as Cortes. Um exemplo comum é a troca de precedentes entre Supremas Cortes Nacionais e a troca de citações entre a Corte Interamericana de Direitos do Homem e o Tribunal Europeu de Direitos do Homem.

A comunicação vertical tem como característica o fato da comunicação ocorrer entre Cortes de diferentes *status*: nacional e supranacional.<sup>18</sup> O exemplo mais citado ocorre na Europa, entre as Cortes nacionais e o Tribunal de Justiça da União Europeia.

Como comunicação horizontal-vertical, a autora cita o exemplo da circulação de precedentes que foram desenvolvidos na interação entre Cortes de diferentes *status*, mas que posteriormente passam a circular horizontalmente. É

---

14 A autora conceitua a comunicação transjudicial como “communication among courts – Whether national or supranational – across borders. They vary enormously, however, in form, function and degree of reciprocal engagement”. SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communications. *University of Richmond. Law Review*, v. 29, p. 99-138, 1994-1995. p. 101.

15 De fato, o termo utilizado pela autora parece mais apropriado do que o termo diálogo, pois abarca uma série de outras formas de interação entre as Cortes.

16 SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communications. *University of Richmond. Law Review*, v. 29, p. 99-138, 1994-1995. p. 103.

17 (Tradução livre) “[...] takes place between courts of the same status, whether national or supranational, across national or regional borders.” SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communications. *University of Richmond. Law Review*, v. 29, p. 99-138, 1994-1995. p. 103.

18 SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communications. *University of Richmond. Law Review*, v. 29, p. 99-138, 1994-1995. p. 106.

o caso de uma decisão na qual um fundamento jurídico desenvolvido por uma corte nacional passa a circular entre cortes supranacionais. Trata-se apenas da difusão do precedente entre cortes sem necessariamente se detectar apenas um sentido de transmissão do precedente.

Outra classificação trazida pela autora se refere ao grau de reciprocidade observado na comunicação, este poderia se configurar: um diálogo direto, monólogo, diálogo indireto.

O diálogo direto pressupõe a citação cruzada entre as Cortes sobre o mesmo tema, como se uma corte respondesse a outra quanto à aplicabilidade e alcance de determinado argumento jurídico. Entre a Corte São José da Costa Rica e o Tribunal Europeu de Direitos humanos o diálogo ainda está aquém do esperado.<sup>19</sup>

No âmbito nacional não é requisito para existência de diálogo entre juízes que as Cortes apresentem a mesma tradição jurídica. Pode-se questionar a possibilidade de um verdadeiro diálogo sobre o conteúdo de um direito quando as decisões examinadas não partem de uma gramática comum fornecida pela mesma família de direito. Apesar de facilitar a comunicação, a existência de um regime semelhante de fontes e conteúdo similar quanto à função e limites do juiz na solução do litígio, não são determinantes para a existência do diálogo.

No monólogo não há troca, apenas a citação de um precedente de outra corte. Os juízes fazem uso de uma citação de uma decisão estrangeira para casos nos quais o problema apresentado ainda não tenha solução em sua jurisdição ou caso entenda ser possível outra solução além daquela já disseminada em sua jurisdição. Nessa situação, tenta-se legitimar a decisão por meio de uma citação de um fundamento elaborado por Cortes que gozam de prestígio. Trata-se, muitas vezes, de um argumento de autoridade.<sup>20</sup>

No diálogo indireto o argumento utilizado por uma corte é rediscutido entre outras duas ou mais cortes sem necessariamente haver a participação da

---

19 Mas em determinados temas, como o caso desaparecimento forçado, o diálogo pode ser observado.

20 ALLARD, Julie. *La séparation des pouvoirs à l'heure de la mondialisation: quelle place pour les juges?* Disponível em: <<http://mipsum.be/CentrePerelman/spip.php?article742&lang=fr>>. Acesso em: 26 set. 2014; NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2009.

Corte que desenvolveu o fundamento.<sup>21</sup>

A valoração da circulação de precedentes entre cortes não é unânime. De um lado se vê o “empoderamento” dos juízes como uma usurpação do poder legislativo, um risco a soberania dos Estados e um risco para a segurança das relações jurídicas.<sup>22</sup> De outro, o uso de citações cruzadas é visto como um mecanismo informal de coerência entre diferentes ordens jurídicas.<sup>23</sup>

A controvérsia sobre o “diálogo entre juízes” nos EUA pode ser percebida por meio das discussões calorosas provocadas cada vez que a Suprema Corte americana cita uma decisão estrangeira. Há implícito nessa discussão um exame sobre a legitimidade que teria a valoração e interpretação de juiz de uma corte estrangeira sobre a aplicação dos direitos garantidos na Constituição americana.

Outra crítica ao fenômeno se refere à falsa impressão passada com a citação da decisão estrangeira de que foi o juiz que se interessou em buscar referências em outras Cortes. Para Ludovic Hennel e Arnaud Van Waeyenberge as citações de tribunais estrangeiros são conhecidas pelo juiz no processo por intermédio do advogado de uma das partes: «Nesse sentido, os juízes não tem ou pouco tem a ocasião de realizar eles mesmos uma pesquisa de direito comparado que lhe permitam dialogar de maneira autônoma, no sentido pleno do termo.»<sup>24</sup>

Controvérsias à parte, fica cada vez mais evidente que o papel do juiz vem sendo alterado pelo processo de globalização. Julie Allard, entende que a globalização tem reavivado as contradições entre o papel dos juízes e a democracia. Para autora,

«Os juízes devem igualmente assegurar a compatibilidade entre uma política interna e suas referências externas, entre

21 SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communications. *University of Richmond. Law Review*, v. 29, p. 99-138, 1994-1995. p. 113.

22 POSNER, Richard. No thanks, we already have our laws. *Legal Affairs*, jul./aug. 2004. Disponível em: <[http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature\\_posner\\_julaug04.msp](http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp)>. Acesso em: 29 set. 2014.

23 DELMAS-MARTY, Mireille. La mondialisation et la montée en puissance des juges. In: LE DIALOGUE des juges. Bruxelles: Bruylant, 2007. (Les cahiers de L'Institut D'Études Sur La Justice, 9).

24 (Tradução livre) “En ce sens, les juges n'ont pas ou peu l'occasion d'opérer eux-mêmes l'investigation de droit comparé qui leur permettrait de dialoguer de façon autonome, au sens plein du terme » P. 719 nota de rodapé 41. HENNEBEL, Ludovic; VAN WAYENBERGE, Arnaud. Réflexions Sur Le Commerce Transnational Entre Juges. In:HACHEZ, Isabelle et al (Dir.). *Les sources du droit revisités*. Limal: Anthemis, 2013. p. 711- 737. v. 2. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2211183>>. Acesso em: 26 set. 2014.

a particularidade da cultura judiciária e os valores universais. Essa perspectiva interna/externa do juiz lhe permite criar uma relação e fazer progredir seu próprio sistema, como ela pode também afastá-lo de toda legitimidade democrática. »<sup>25</sup>

O receio da autora é justificável. O juiz tem ocupado cada vez mais um papel relevante como intérprete de dois mundos sem que se faça uma análise devida sobre as condições, limites e impactos desse exame judicial. Aqui igualmente necessário considerar particularmente as possibilidades de tais decisões provocarem alterações estruturais na ordem jurídica ou nas próprias instituições ou influenciarem tais alterações. Em realidade, a questão da busca da concretização de valores universais nos coloca diante da análise do diálogo entre juízes, sob o prisma da concorrência entre diferentes culturas jurídicas na afirmação daquilo que seja «universal» e da democracia.

A partir da perspectiva ideal de justiça universal que acompanha o diálogo entre juízes, Benoît Frydman estuda esse fenômeno. O autor analisa, por um lado, a perspectiva implícita de uma justiça universal revelada nesse diálogo entre juízes em busca do «ideal de um direito comum [...], um direito que não existe, senão como ideal, como uma ideia da razão, mas que os juristas por um efeito performático que eles tem o costume de atuar, contribuem a fazer com que exista por suas referências». <sup>26</sup> Nesse sentido o diálogo entre juízes auxilia e tem um papel efetivo como instância crítica para as alterações de determinadas decisões fundadas na tradição e preconceitos utilizando-se da argumentação dos valores universais. Por outro lado, o autor constata que essa busca por uma justiça universal necessariamente remete a uma reflexão em torno de três questões: em primeiro lugar há a discussão sobre a emancipação do juiz em relação ao próprio

25 (Tradução livre) «Les juges doivent également assurer la compatibilité entre une politique interne et ses références extérieures, entre la particularité de la culture judiciaire et des valeurs universelles. Cette place d'intériorité/extériorité du juge lui permet de créer du lien et de faire progresser son propre système, comme elle peut tout aussi bien l'éloigner de toute légitimité démocratique. » p. 24 nota de rodapé 51. ALLARD, Julie. *La séparation des pouvoirs à l'heure de la mondialisation*: quelle place pour les juges? Disponível em: <<http://mipsum.be/Centre-Perelman/spip.php?article742&lang=fr>>. Acesso em: 26 set. 2014.

26 (Tradução livre) «idéal d'un droit commun [...], un droit qui n'existe pas, sinon comme idéal, comme une idée de la raison, mais que les juristes, par un effet performatif dont ils ont coutume de jouer, contribuent à faire exister en s'y référant. ». FRYDMAN, Benoît. *Conclusion*: le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle. Disponível em: <<http://www.philodroit.be/Le-dialogue-international-des?lang=fr>>. Acesso em: 12 out. 2014.

Estado, em segundo lugar pode ser analisada a questão da emergência de um poder judiciário cosmopolítico e, por fim há a intensificação pela mundialização da concorrência e de lutas entre ordens e culturas jurídicas.

Nesse contexto de globalização ou mundialização judiciária, no qual o diálogo entre juízes ocorre tanto por meio de procedimentos formais, como informais, tais como as associações, as redes e as novas tecnologias, os capítulos seguintes visam abordar em diferentes áreas aspectos diversos desse fenômeno do diálogo entre juízes.

## Referências

ALLARD, Julie. *La séparation des pouvoirs à l'heure de la mondialisation: quelle place pour les juges?* Disponível em: <<http://mipsum.be/CentrePerelman/spip.php?article742&lang=fr>>. Acesso em: 26 set. 2014.

ALLARD, Julie; VAN WAAYENBERGE, Arnaud. De la bouche à l'oreille: dialogue des juges et montée en puissance de la fonction de juger. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Paris, n. 61, p. 109-129, 2008.

CHEVALLIER. Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation. In: MORAND, Charles-Albert (dir.). *Le droit saisi par la mondialisation*. Bruxelles: Bruylant, 2001.

DELMAS-MARTY, Mireille. La mondialisation et la montée en puissance des juges. In: LE DIALOGUE des juges. Bruxelles: Bruylant, 2007. (Les cahiers de L'Institut D'Études Sur La Justice, 9)

FRYDMAN, Benoît. *Conclusion* : le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle. Disponível em: <<http://www.philodroit.be/Le-dialogue-international-des?lang=fr>>. Acesso em: 12 out. 2014.

HENNEBEL, Ludovic; VAN WAYENBERGE, Arnaud. Réflexions Sur Le Commerce Transnational Entre Juges. In: HACHEZ, Isabelle et al (Dir.). *Les sources du droit revisités*. Limal: Anthemis, 2013. p. 711- 737. v. 2. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2211183>>. Acesso em: 26 set. 2014.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2009.

POSNER, Richard. No thanks, we already have our laws. *Legal Affairs*, jul./aug. 2004. Disponível em: <[http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature\\_posner\\_julaug04.msp](http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp)>. Acesso em: 29 set. 2014.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 44, n. 1, p. 191-220, winter 2003.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communications. *University of Richmond. Law Review*, v. 29, p. 99-138, 1994-1995.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal de justiça internacional. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, p. 37-68, jul./dez. 2010.



# 3 DIÁLOGO INTERNACIONAL ENTRE JUÍZES:

## A INFLUÊNCIA DO DIREITO ESTRANGEIRO E DO DIREITO INTERNACIONAL NA SOLUÇÃO DE CASOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Walter Claudius Rothenburg<sup>1</sup>

### 1 Introdução

Não é possível, nem seria desejável ignorar a importância das fontes externas para o Direito contemporâneo. Essa é uma consequência da “*intensificação de interações globais*” (a “globalização”) e, vista sob um ângulo otimista, revela o que BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS chama de “*cosmopolitismo*” (emancipatório).<sup>2</sup> O “Direito de fora” nunca esteve tão “dentro”, sendo que as experiências jurídicas externas – que vão da doutrina à jurisprudência e à prática do Direito em geral – devem ser e têm sido utilizadas pelos juízes e demais profissionais das diversas áreas jurídicas.

O jurista da atualidade não consegue desempenhar a contento seu mister se ficar alheio à influência do Direito estrangeiro e do Direito Internacional, impacto que se mede pela frequência cada vez maior com que são referidas as fontes externas, mas sobretudo pela importância que elas assumem na aplicação adequada do Direito. É por isso que “*agora todos estão falando em Direito Internacional*”, conforme constata com uma ponta de ironia o amigo internacionalista ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, advertindo para que se estude com seriedade esse ramo do Direito. De fato, se já não podemos fechar os olhos para a relevância da diversidade de fontes do Direito e para a análise da experiência jurídica externa, também não nos podemos render a uma referência meramente cosmética ou superficial, em

---

1 Mestre e Doutor em Direito pela UFPR, Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Paris II, Professor da Instituição Toledo de Ensino, Procurador Regional da República.

2 SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 435-438.

que o argumento do Direito estrangeiro e do Direito Internacional serve somente para adornar um raciocínio lastreado em outras bases ou para legitimar uma decisão já tomada e calcada em outros fundamentos.<sup>3</sup> Não há espaço para a *emergência de impostores*. A apreciação das fontes do exterior deve ser cuidadosa e útil.

Ainda que se questione a efetividade da influência do Direito “de fora”, não se pode negar sua *evidência*. Direito estrangeiro e Direito Internacional estão na ordem do dia. Aparecem nas decisões do Supremo Tribunal Federal e, cada vez mais, nas decisões de todos os graus de jurisdição. Estão também presentes nos pronunciamentos dos demais operadores jurídicos: nas petições dos advogados, nos pareceres, nas manifestações do Ministério Público, como matéria de concursos públicos, enfim, na prática jurídica cotidiana. A doutrina e a produção bibliográfica relacionadas às fontes externas têm sido fartas, com os pesquisadores brasileiros inteirando-se do que se passa fora do país (é melhor dizer que o Direito estrangeiro e o Internacional acontecem inclusive dentro do país). Especificamente o Direito Internacional é uma realidade institucional consolidada, conforme o demonstram a vigência de numerosas normas jurídicas, a atuação de órgãos de aplicação desse Direito e a instauração cada vez mais comum de processos judiciais e arbitragens em âmbito internacional. Passa-se da fase de conhecimento do Direito Internacional para a de sua aplicação prática, em que se demandam habilidades dos juristas profissionais no trânsito pelas instâncias internacionais e no manejo dos respectivos procedimentos.

O presente texto foi desenvolvido a partir de uma exposição feita no Seminário Internacional “Diálogo entre Juízes”, promovido pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo em novembro de 2012 e organizado pela Professora SOLANGE TELES DA SILVA, cuja reiterada gentileza – expressa em mais esse convite imerecido – reconheço e aproveito para agradecer vivamente.

## **2 Direito estrangeiro e Direito Internacional: distinções**

O que se percebe é uma dupla influência: do Direito estrangeiro e do Direito Internacional. De um lado, importa conhecer e “dialogar” com as experi-

---

3 SUNSTEIN, Cass R. *A constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 192.

ências jurídicas de outros países, seja por uma razão de diferença – pois são ampliadas as informações disponíveis para encontrar soluções mais adequadas aos problemas domésticos –, seja por uma razão de semelhança – pois, num mundo fortemente interligado, existem muitos problemas parecidos. Essa é a influência do *Direito estrangeiro*, que poderia ser conjugada no plural (as experiências jurídicas de diversos outros países).

De outro lado, está a influência do Direito supranacional, que é produzido desde logo num âmbito internacional, seja de escala regional (como a União Europeia e o sistema interamericano), seja de escala mundial (como a Organização das Nações Unidas – ONU). Trata-se do *Direito Internacional*, que não se confunde com o Direito estrangeiro, embora a abertura para fontes externas constitua uma tendência que usualmente abrange ambas as influências.

É possível que um Estado esteja mais suscetível ao Direito estrangeiro do que ao Direito Internacional, quando, embora cioso de sua autonomia, não ignore influências decorrentes da história e cultura. É o caso, provavelmente, dos Estados Unidos da América, que mantêm reserva com o Direito Internacional (o que não significa, porém, uma ausência total de influência), mas tem relações históricas com o Direito inglês.<sup>4</sup> Também é possível que um Estado esteja mais suscetível ao Direito Internacional do que ao Direito estrangeiro, quando, por exemplo, queira romper com uma tradição colonial ou opressora e fundar-se em bases contemporâneas. É o caso, talvez, da África do Sul, cuja Constituição – de 1996 – estabelece que, para a interpretação do catálogo de direitos fundamentais (“Bill of Rights”), os órgãos do Poder Judiciário deverão considerar o Direito Internacional e o Direito estrangeiro (art. 39, “b” e “c”).<sup>5</sup>

---

4 JACKSON, Vicki C. Progressive constitutionalism and transnational legal discourse. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. *The constitution in 2020*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 285-286.

5 39. Interpretation of Bill of Rights. - (1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum-

(a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom;

(b) must consider international law; and

(c) may consider foreign law. (...)

SUNSTEIN, Cass R. *A constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 189 acrescenta que “[t]odos os quarenta e seis Estados-membros do Conselho da Europa determinam a suas cortes que levem em consideração os julgamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos” e que “[t]odas as vinte e sete nações da União Europeia têm de seguir o direito da União Europeia e

### 3 Como se dá o diálogo de fontes

A multiplicidade de fontes jurídicas sempre acompanhou o Direito, sendo que este provavelmente não conta com uma origem exclusiva. O que ressalta atualmente é a relevância das fontes externas. A invocação dos textos normativos alienígenas e das decisões judiciais estrangeiras e internacionais sobre questões jurídicas semelhantes retrata o emprego de outras fontes de Direito além das de Direito interno. Em termos de sociologia jurídica, trata-se do fenômeno da “*transferência de direito*” ou “*transplante jurídico*”, que inclui o “*empréstimo jurídico*”.<sup>6</sup>

A influência de normas, jurisprudência e doutrina alienígenas é marcante nos vários ramos do Direito. O Direito Constitucional, concebido sob a perspectiva da autonomia (soberania nacional) e, por conseguinte, avesso a hierarquizações entre ordenamentos jurídicos de Estados independentes, tem buscado um *relacionamento entre iguais*, que se apresenta sob diversos rótulos: *interconstitucionalidade*<sup>7</sup>, pensada numa perspectiva comunitária, em que se detecta a “*existência de uma rede de constituições de estados soberanos*”; *transconstitucionalismo*<sup>8</sup>, “*cross-constitucionalismo*”<sup>9</sup>, *constitucionalismo supranacional*<sup>10</sup>, *constitucionalismo internacional*<sup>11</sup>. Trata-se de uma característica do neoconstitucionalismo: a “*tendência ‘expansiva’*” do constitucionalismo, um *constitucionalismo*

---

as decisões do Tribunal de Justiça Europeu”.

- 6 SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 106. Para a autora, contudo, a definição de “empréstimo jurídico” é restrita ao Direito estrangeiro, ou seja, não comporta o Direito Internacional: a “*assimilação voluntária de determinadas normas provenientes do direito de outras nações*”
- 7 CANOTILHO, J. J. Gomes. “*Brancos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*”. Coimbra: Almedina, 2006. p. 266-267.
- 8 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF M. Fontes, 2009. p. 146. Ao tratar das relações entre o Direito Internacional Público e o Direito estatal, o autor refere-se ao “*esforço com vista à formação de uma racionalidade transversal, que se mostra suportável para ambas as ordens jurídicas envolvidas*”
- 9 TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 17-55, out./dez. 2009. p. 17-55.
- 10 PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Tratado de Lisboa: a significação de um novo Direito Constitucional? *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 115-135, jul./set. 2009. p. 126.
- 11 ROTHENBURG, Walter Claudius. Controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade: o caso brasileiro da lei de anistia. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). *Direito constitucional e internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 337.

*transnacional*<sup>12</sup> ou *cosmopolitismo constitucional*.<sup>13</sup>

A diversidade de fontes do Direito externas e a análise da experiência jurídica alheia não devem conduzir a uma singela apropriação e imitação. O exercício comparativo é um trabalho a mais com vistas à obtenção da melhor resposta aos problemas apresentados, sendo uma sofisticação da aplicação judicial. Nesse sentido, ele torna mais exigente a atuação dos profissionais do Direito e apresenta-se como o oposto da alternativa simplista e acrítica de mera imitação.

Ademais, é óbvio que todo o material utilizado na interpretação jurídica e especialmente o material externo precisa passar por um juízo crítico em que se verificam as condições de adaptação ao contexto local, sempre respeitadas as particularidades de cada sociedade. Afinal, o emprego da comparação não conduz necessariamente à adoção de parâmetros vinculantes (obrigatórios), mas antes a uma diversificação de pontos de referência que poderão servir à busca da melhor solução.<sup>14</sup>

A proteção ao consumidor, por exemplo, merece maior intensidade onde o grau de informação da população é baixo e onde a concorrência é prejudicada pela dominação de poucos e poderosos grupos econômicos; experiências de sociedades economicamente liberais com capitalismo avançado haverão, então, de ser percebidas com a devida reserva. A cultura fortemente arraigada e o exemplo bem-sucedido da justiça administrativa em sistemas europeus como o da França são admiráveis, mas não desmerecem a opção pela jurisdição judicial exclusiva, como é o caso no Brasil. A intensidade da liberdade de expressão nos Estados Unidos é uma referência segura para os direitos fundamentais e para a democracia, sendo indispensável conhecer a doutrina e a jurisprudência norte-americanas, o que não significa que seus padrões de tolerância em relação às diversas formas de discurso devam ser adotados universalmente.

Todos os profissionais do Direito devem ter a atenção voltada para o Direito estrangeiro e para o Direito Internacional. Essa não é uma incumbência

12 ARAGON REYES, Manuel. La constitución como paradigma. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007. p. 38-39.

13 SUNSTEIN, Cass R. *A constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 188-189.

14 JACKSON, Vicki C. Progressive constitutionalism and transnational legal discourse. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. *The constitution in 2020*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 292.

apenas dos juízes ao decidirem, mas igualmente de advogados privados (quer atuem contenciosa, quer consultivamente) e públicos (procuradores e defensores públicos), de membros do Ministério Público, de professores...

Algumas áreas do Direito estão mais dispostas a receber a influência estrangeira, como sempre ocorreu, no campo do Direito Privado, com o Direito Comercial (Societário), por exemplo, e no campo do Direito Público, com o Direito Constitucional. Todavia, com a crescente expansão do Direito Internacional e com as facilidades de informação a respeito do Direito estrangeiro, já não existe ramo jurídico que deixe de sofrer o influxo das fontes externas.

A contribuição que o diálogo entre fontes jurídicas internas e externas oferece dá-se tanto no campo da doutrina, quanto no da prática do Direito. Note-se que essa distinção é muito relativa, pois não existe prática jurídica sem doutrina que a sustente, nem doutrina – neste território de ciência social aplicada que é o Direito – sem a perspectiva da realidade com seus problemas concretos. Ademais, a doutrina também é uma prática, que exercitamos e realizamos cotidianamente. Voltando, contudo, à clássica distinção, verifica-se que a influência da doutrina externa sempre se fez sentir e que a teoria é considerada mais universal e abstrata, portanto menos condicionada às peculiaridades locais. É, assim, no terreno da prática que o diálogo de fontes e a análise das experiências jurídicas alheias vêm acontecendo de modo mais intenso e significativo. Este estudo visa enfatizar a dimensão pragmática da comparação jurídica, que se apresenta como importante ferramenta do profissional do Direito.

Na prática, portanto, o argumento do Direito estrangeiro e do Direito Internacional torna-se um importante fator de convencimento, capaz de oferecer dados relevantes para a construção de respostas adequadas. E isso funciona de duas maneiras. A uma, como um *método de trabalho* jurídico, em que os operadores do Direito pesquisam as fontes externas e raciocinam comparativamente. O método comparativo chega a ser alçado à condição de “*quinto método de exegese depois do cânone interpretativo de Savigny*”<sup>15</sup> – somando-se aos métodos gramatical, sistemático e histórico, aos quais se acrescentou posteriormente o te-

---

15 LÓPES PINA, Antonio. Prólogo: la vocación cívica universal de Peter Häberle. In: HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid: Trotta, 1998.p. 23.

leológico (finalístico).<sup>16</sup> A duas, como *informações materialmente relevantes* para o debate e a solução de problemas. Para utilizar uma dicotomia bastante comum no Direito, o diálogo de fontes e a análise das experiências jurídicas alheias têm importância do ponto de vista da forma (melhor dito, do modo) e do ponto de vista do conteúdo.

#### 4 O argumento do Direito externo

A invocação do Direito estrangeiro e do Direito Internacional apresenta-se, portanto, como um argumento cada vez mais utilizado e com uma crescente capacidade de convencimento. Refiro-me ao *argumento do Direito externo*, numa clara alusão à teoria da argumentação jurídica. Tal argumento vem sendo incorporado à prática cotidiana dos profissionais do Direito e deve sê-lo cada vez mais. Serve ele inclusive de índice de qualidade do trabalho jurídico: os profissionais mais habilitados treinam-se no Direito externo para melhorar sua *performance*.

Juízes e outros operadores jurídicos devem conhecer e utilizar fontes de Direito alienígenas. É preciso estudar as normas de Direito de outros países, bem como as de Direito Internacional, e conhecer o funcionamento das respectivas instituições jurídicas, sobretudo a jurisprudência mais importante. Essas informações devem constar das peças jurídicas: como embasamento de petições e pareceres e como fundamento das sentenças e acórdãos (não como vaidosa mostra de erudição).

A invocação do diálogo de fontes e da análise das experiências jurídicas alheias funciona como estratégia para conferir densidade e capacidade de persuasão ao discurso jurídico, o que podemos designar de *uso retórico (ou argumentativo) do Direito estrangeiro e do Direito Internacional* (em que o termo “retórico” tem o sentido clássico de argumento sério e não o significado de desvirtuamento argumentativo, que é mencionado no presente texto como uma das modalidades de utilização indevida das fontes externas).

A discussão sobre a Lei de Anistia brasileira (Lei 6.683/1979), por exem-

---

16 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 117.

plo, não conseguiria ser travada sem a invocação à experiência estrangeira (em que países como a Argentina e o Chile infirmaram a validade de leis semelhantes) e ao Direito Internacional (em que houve condenações de indivíduos – pelo Tribunal de Nuremberg, para ilustrar – e de Estados como o Peru de Fujimori – pela Corte Interamericana de Justiça). Com efeito, o argumento do Direito externo foi imprescindível para a articulação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 e não faltou referência expressa à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, na decisão do Supremo Tribunal Federal (rel. Min. Eros Grau, 29/04/2010). Todavia, este se deixou levar por uma perspectiva nacionalista ao rechaçar a arguição, enquanto a Corte Interamericana considerou inválida a Lei de Anistia.

Se permitida for uma simplificação, a utilização do Direito estrangeiro e do Direito Internacional pelos profissionais do Direito no Brasil parte de um *modelo de desconhecimento ou de menosprezo* (em que a comparação não é praticada) para um *modelo retórico ou de reforço* (em que a comparação é utilizada pouco rigorosamente, com a finalidade de reforçar pontos de vista e impressionar os interlocutores) e, finalmente, para um *modelo de aplicação efetiva* (em que a comparação é um fator importante na construção de soluções jurídicas).

## **5 A importância do diálogo entre juízes para os direitos fundamentais**

Toda contribuição para o aprimoramento da prática jurídica obviamente que serve aos direitos fundamentais, os quais são o ponto de partida, mas também o porto de chegada da aventura de qualquer direito. Para os direitos fundamentais, contudo, é especialmente relevante o diálogo de fontes, dado o princípio da aplicação mais favorável, ou seja, se um problema envolver direitos fundamentais, deve-se aplicar o Direito que melhor os contemple, seja ele interno ou externo. Os direitos fundamentais sempre devem ser maximizados, otimizados.<sup>17</sup>

Essa diretriz reflete a essência do diálogo de fontes, que não se resume a

---

17 ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2014. p. 34-36.

um contraste aparente com outras experiência jurídicas, porém sem relevância, tampouco assume uma posição previamente definida em prol seja de uma perspectiva nacionalista (segundo a qual, em caso de conflito, haverá de prevalecer o Direito interno), seja de uma perspectiva internacionalista (segundo a qual, em caso de conflito, haverá de prevalecer o Direito externo). É preciso conhecer bem todos os dados para que se obtenha a melhor solução.<sup>18</sup>

Forma-se uma base jurídica comum, composta do que há de mais generoso aos direitos fundamentais, e perde sentido a distinção terminológica entre as expressões “direitos humanos” (tradicionalmente empregada pelo Direito Internacional) e “direitos fundamentais” (contemporaneamente empregada pelo Direito interno, particularmente o Direito Constitucional).<sup>19</sup> Considerando-se que tais direitos constituem a base axiológica do Direito em geral, prefiro a utilização da segunda expressão (“direitos fundamentais”) com foros de universalidade (quer dizer, também no Direito Internacional), e não se poderia esperar outra inclinação de um constitucionalista.

Ampliando-se as fontes, fica enriquecida essa base, visto que os direitos fundamentais já haviam encontrado nas Constituições solo fértil e estável. A consagração internacional – e não apenas do reconhecimento de direitos fundamentais, mas de mecanismos de realização (tribunais, procedimentos, legitimados) – conduz os direitos fundamentais a alforriarem-se das Constituições, que são a um tempo o santuário e a prisão, Meca e Guantánamo dos direitos fundamentais.

## 6 As alternativas de diálogo de fontes no Direito brasileiro

O Direito brasileiro insere-se no contexto jurídico internacional e fica sujeito à compatibilidade de seu ordenamento. Nessa medida, o critério da solução mais favorável aos direitos fundamentais permite superar eventuais divergências entre as fontes. Com o reconhecimento da estatura supralegal (embora

---

18 JACKSON, Vicki C. Progressive constitutionalism and transnational legal discourse. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. *The constitution in 2020*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 292.

19 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 27-32.

infraconstitucional) dos tratados e convenções em geral pelo Supremo Tribunal Federal (RE 466.343-1/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 03/12/2008), ficou reforçada a alternativa do *controle de convencionalidade*, em que se verifica se o Direito interno infraconstitucional está conforme ao Direito Internacional. O diálogo de fontes autoriza um filtro duplo, que tem como parâmetro a norma mais favorável aos direitos fundamentais, seja constitucional (interna), seja convencional (internacional).

Está aqui uma “saída honrosa” para o caso da Lei de Anistia brasileira, em que o Governo pode cumprir a decisão da CIDH que decidiu pela invalidade (e os profissionais do Direito podem aplicar essa decisão), sem desprezar o julgamento do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a constitucionalidade da Lei 6.683/1979.<sup>20</sup> A propósito, a diversidade de fontes apresenta uma nova pauta aos operadores jurídicos internos: o exame do cumprimento das condenações internacionais por violação de direitos fundamentais.<sup>21</sup> As instituições nacionais devem promover a apuração e responsabilização de tais violações, quem sabe com uma especialização funcional da Magistratura, do Ministério Público e agora também da Defensoria Pública da União (cuja Lei Complementar 80/1994 – com a redação dada pela Lei Complementar 132/2009 – preceitua, no art. 4º, VI, dentre as funções institucionais da Defensoria Pública, a de “*representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos.*”).

A responsabilidade internacional dos Estados por violações de direitos fundamentais deve implicar em “*satisfação*”, que – segundo André de Carvalho Ramos – é “*um conjunto de medidas de declaração da infração cometida e de garantias de não-repetição*”, que compreende as seguintes modalidades: a) “*declaração da infração cometida e possível demonstração de pesar pelo fato*”; b) “*fixação de somas nominais e indenização punitiva*”; c) “*atos que visem a persecução dos agentes responsáveis pelos atos imputados ao Estado violador*”; d) “*diversas obri-*

20 ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da Lei de Anistia brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 681-706, jul./dez. 2013. p. 700-702.

21 O dever de investigar e punir os crimes contra a humanidade em âmbito internacional encontra fundamento na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. WEICHERT, Marlon Alberto; FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. A responsabilidade por crimes contra a humanidade cometidos durante a ditadura militar. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 511-568.

gações de fazer”, tais como reabilitação; “*estabelecimento de datas comemorativas em homenagem às vítimas*”; inclusão, em manuais escolares, de “*textos relatando as violações de direitos humanos*”.<sup>22</sup> Veja-se a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Justiça no caso Damião Ximenes Lopes (04/07/2006).<sup>23</sup>

A relevância do Direito Internacional foi objeto de reforma constitucional (Emenda Constitucional nº 45/2004), que estabeleceu, no art. 5º, § 3º, da Constituição, a possibilidade de internalização de um tratado sobre “direitos humanos” sob forma de emenda à Constituição.<sup>24</sup> O mecanismo confere pontualmente ao Direito Internacional a categoria de norma constitucional e tende a uma unificação normativa que realça os direitos fundamentais, embora não elimine o problema de interpretações divergentes entre o Supremo Tribunal Federal e cortes internacionais.

Essa mesma reforma da Constituição brasileira instituiu o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal (art. 109 § 5º), em que o Procurador-Geral da República pode solicitar ao Superior Tribunal de Justiça que transfira para a competência do Poder Judiciário federal um caso de “grave violação de direitos humanos... com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte”. Embora seja um incidente judiciário de âmbito interno, têm-se como referência normas jurídicas de Direito Internacional.

Existe uma tendência contemporânea de reconhecimento expresso do Direito Internacional pelas Constituições. Nesse aspecto, o Direito Constitucional de diversos Estados assemelha-se e tende a caminhar de mãos dadas com o Direito Internacional, cuja generalidade sugere certa primazia. Esse diálogo preferencial é facilitado por cláusulas de recepção contidas em Constituições contemporâneas, que André de Carvalho Ramos considera “cláusulas abertas” de

22 RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004a. p. 270-285.

23 O Decreto 6.185, de 13/08/2007, “[a]utoriza a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República a dar cumprimento à sentença exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”.

24 Como primeiro exemplo temos a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Nova Iorque, 2007), aprovada pelo Decreto Legislativo 186/2008 e promulgada pelo Decreto 6.949/2009.

*compatibilização com os mandamentos internacionais*”.<sup>25</sup> Almeja-se uma compatibilização sem hierarquização.

A Constituição portuguesa de 1976 preceitua, no art. 16.2 (sobre o “âmbito e sentido dos direitos fundamentais”): “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.”. A Constituição espanhola de 1978 preceitua, no art. 10.2: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”. Trata-se do “princípio da interpretação em conformidade com a Declaração Universal”, segundo CANOTILHO E MOREIRA.<sup>26</sup>

A prevalência não deve orientar-se por um critério formal, conforme o âmbito da norma jurídica (se de Direito interno ou de Direito Internacional), mas sim materialmente, conforme a regulação mais adequada aos direitos fundamentais.

## **7 O Supremo Tribunal Federal e o diálogo internacional entre juízes na solução de casos de direitos fundamentais**

Uma consulta de sabor meramente ilustrativo à jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal brasileiro revela que, em casos recentes importantes relacionados a direitos fundamentais, houve referência expressa ao Direito estrangeiro e ao Direito Internacional. Seria muito conveniente que alguém procedesse a uma análise detida da quantidade e frequência dessa referência e, sobretudo, da influência efetiva que o argumento do Direito “de fora” (o diálogo de fontes e a análise das experiências jurídicas externas) desempenhou nesses casos. Não é, todavia, a proposta da presente abordagem, que apenas enfatiza a importância da comparação para a prática judicial.

Vejam-se alguns casos em que é utilizado o Direito Internacional:

25 RAMOS, André de Carvalho. A expansão do Direito Internacional e a Constituição brasileira: novos desafios. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Crise e desafios da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004b. p. 291-320.

26 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra; 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1. p. 367.

- a imprescritibilidade do crime de racismo, prevista no art. 5º, XLII, da Constituição brasileira, alcançaria uma publicação tida por antissemita? Ao entender que sim, o Supremo Tribunal Federal mencionou:

“6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, ‘negrofobia’, ‘islamofobia’ e o anti-semitismo.” (HC 82.424-2/RS, rel. Min. Maurício Corrêa, 17/09/2003);

- ao ser afirmada a constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador no contrato de locação (Lei 8.009/1990, art. 3º, VII), invocou-se – não na ementa, mas no voto do Min. Celso de Mello – a Declaração Universal de Direitos Humanos, art. 25. 1 (RE 407.688-8/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 08/02/2006);

- na afirmação da necessidade de individualização da pena em face do regime de cumprimento integral em regime fechado, com a declaração de inconstitucionalidade da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990, art. 2º, § 1º), embora não se tenha feito referência na ementa do julgado, o voto do Min. Cezar Peluso alude ao Pacto de São José da Costa Rica, art. 5.6: “*As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.*” (HC 82.959-7/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 23/02/2006);

- na proibição da exigência de prisão para recorrer da condenação, existiu referência explícita à Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 7.2 (HC 89.754-1/BA, rel. Min. Celso de Mello, 13/02/2007);

- na validação da utilização de células-tronco embrionárias humanas produzidas por fertilização *in vitro*, para fins de pesquisa e terapia (art. 5º da Lei 11.105/2005 – Lei da Biossegurança), o Min. Menezes Direito faz referência ao art. 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>27</sup>; a Min. Cármen Lúcia, aos art. 10 e 11 da Declaração Universal de Direitos Humanos e à Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (UNESCO, 1998)<sup>28</sup>;

27 “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.” Note-se que o Min. Menezes Direito foi voto vencido pela inconstitucionalidade.

28 “Art. 10. Nenhuma pesquisa do genoma humano ou das suas aplicações, em especial nos campos da biologia, genética e medicina, deverá prevalecer sobre o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana de pessoas ou, quando aplicável, de

o Min. Ricardo Lewandowski, ao art. 2.4 da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (UNESCO, 2005)<sup>29</sup>, dentre outros (ADI 3.510/DF, rel. Min. Carlos Britto, 28-29/05/2008);

- ao decidir a proibição de prisão civil do depositário infiel, em uma interpretação jurídica de compatibilização com a Constituição (que prevê a possibilidade no art. 5º, LXVII), mas de prevalência pontual do Direito Internacional, consignou o Supremo Tribunal Federal:

“2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.

“3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, § 2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel.”

(HC 95.967-9/MS, rel. Min. Ellen Gracie, 11/11/2008; destacamos);

---

grupos de pessoas.”; “Art. 11. Não é permitida qualquer prática contrária à dignidade humana, como a clonagem reprodutiva de seres humanos. Os Estados e as organizações internacionais pertinentes são convidados a cooperar na identificação dessas práticas e na implementação, em níveis nacional ou internacional, das medidas necessárias para assegurar o respeito aos princípios estabelecidos na presente Declaração.” Note-se que a Min. Cármen Lúcia votou pela constitucionalidade.

29 “(A presente Declaração tem os seguintes objetivos:) reconhecer a importância da liberdade de investigação científica e dos benefícios decorrentes dos progressos da ciência e da tecnologia, salientando ao mesmo tempo a necessidade de que essa investigação e os consequentes progressos se insiram no quadro dos princípios éticos enunciados na presente Declaração e respeitem a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais”. Note-se que o Min. Ricardo Lewandowski votou pela constitucionalidade, porém sob diversos condicionamentos.

- no caso da proibição de importação de pneus usados ou remoldados (afrota à saúde e ao meio ambiente: Constituição, art. 170, I e VI, e seu parágrafo único; art. 196 e art. 225), o autor (Presidente da República) fundamentou-se na Convenção da Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito, datada de 1989 (ADPF 101/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 11/03/2009);

- a decisão de demarcação contínua da reserva indígena “Raposa-Serra do Sol” faz referência expressa – não na ementa, mas no voto da Min. Cármen Lúcia – à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007 (Pet. 3.388/RO, rel. Min. Carlos Britto, 19/03/2009);

- também na decisão de não-recepção da Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967), embora não haja referência na ementa do julgado, o voto do Min. Celso de Mello, por exemplo, alude à jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol e da Corte Europeia de Direitos Humanos (ADPF 130/DF, rel. Min Carlos Britto, 30/04/2009);

- a inconstitucionalidade da exigência de diploma de jornalista foi declarada com referência expressa ao art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos e inclusive à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (RE 511.961/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 17/06/2009);

- o reconhecimento da união civil de pessoas do mesmo sexo (art. 1.723 do Código Civil) contou com diversas referências ao Direito estrangeiro, inclusive da União Europeia, nos votos, por exemplo, do relator, do Min. Gilmar Mendes e do Min. Celso de Mello, que cita os Princípios de Yogyakarta – Indonésia, 2006<sup>30</sup> (ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, rel. Min. Ayres Britto, 04-05/05/2011).

## 8 Conclusão

O diálogo internacional entre juízes – e entre os diversos profissionais do Direito – é um aspecto do “diálogo de fontes”, em que o Direito de outros países

---

30 Resultantes de conferência da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos. O Princípio 24 dispõe: “*Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros.*”

(Direito estrangeiro) e o Direito Internacional constituem dados importantes para a solução adequada de problemas jurídicos. O conhecimento e a utilização do Direito externo e das experiências jurídicas alheias tornam-se uma exigência do trabalho jurídico e funciona como índice de qualidade. O argumento do Direito externo é uma ferramenta útil ao debate e à decisão judicial, devendo ser manejado com seriedade e destreza.

Para os direitos fundamentais, essa diversidade de fontes muito contribui, tendo em vista a diretriz interpretativa que orienta para uma aplicação jurídica que melhor contemple os direitos fundamentais.

É cada vez mais frequente e relevante a referência ao Direito estrangeiro e ao Direito Internacional, como pode ser verificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A desconsideração do Direito estrangeiro e do Direito Internacional representaram um modelo (superado) de desconhecimento ou de menosprezo. A referência meramente ilustrativa ao Direito “de fora” fornece um modelo (desprezível) retórico ou de reforço. Todavia, a utilização efetiva das fontes e da experiência jurídica externas constitui um modelo de aplicação que deve ser adotado.

## Referências

ARAGON REYES, Manuel. La constitución como paradigma. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brancos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra; 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

LÓPES PINA, Antonio. Prólogo: la vocación cívica universal de Peter Häberle. In: HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid: Trotta, 1998. p. 9-25.

JACKSON, Vicki C. Progressive constitutionalism and transnational legal discourse. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. *The constitution in 2020*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 285-295.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF M. Fontes, 2009.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Tratado de Lisboa: a significação de um novo Direito Constitucional? *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 115-135, jul./set. 2009.

RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004a.

RAMOS, André de Carvalho. A expansão do Direito Internacional e a Constituição brasileira: novos desafios. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Crise e desafios da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004b. p. 291-320.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2014.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da Lei de Anistia brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 681-706, jul./dez. 2013.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade: o caso brasileiro da lei de anistia. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). *Direito constitucional e internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 333-359.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 427-461.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. *A constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 17-55, out./dez. 2009.

WEICHERT, Marlon Alberto; FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. A responsabilidade por crimes contra a humanidade cometidos durante a ditadura militar. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 511-568.



## 4 DIÁLOGO ENTRE JUÍZES EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL

Guilherme Amorim Campos da Silva<sup>1</sup>

### 1 Introdução

O instigante tema do Diálogo entre Juízes em matéria constitucional nos foi proposto como parte do debate no seminário internacional promovido pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, em novembro de 2012. sob a coordenação dos professores Solange Teles da Silva, Maria Edevalcy e Fernando Bertonecello.

Na ocasião, o enriquecedor debate teve o privilégio de contar com professores estrangeiros, contribuindo para a troca e intercâmbio de ideias no plano de uma dogmática aplicada.

O presente artigo busca registrar aspectos centrais da nossa contribuição naquela ocasião.

Nesse sentido, partimos da constatação de que ocorre o uso de precedentes estrangeiros pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, seja no julgamento de ações de controle concentrado, seja no desempenho da Corte enquanto instância recursal, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade.

A relevância de sua constatação e verificação reside na percepção de que sua ação jurisdicional tem impacto direto nas demais instâncias do Judiciário Nacional e na construção e revelação de novos conteúdos *materialmente* relevantes das normas constitucionais.

Constata-se que o uso de precedente estrangeiro pelo Supremo Tribunal Federal experimentou intenso avanço após o período de redemocratização do

---

1 Doutor (2010) e Mestre (2002) em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor dos cursos de Doutorado e Mestrado da FADISP – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Advogado.

país, em especial com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Basta contrastarmos o uso de precedentes estrangeiros, verificados em levantamento junto ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal no período de 1962 a 1988, e no período compreendido posteriormente a 1988, para verificarmos que a utilização de precedentes estrangeiros pelos ministros da Suprema Corte passou a ser algo corrente e cotidiano na prática judicante.

Este artigo, portanto, busca registrar parte dos argumentos que apresentamos no debate promovido pela Universidade Mackenzie no âmbito do Seminário Internacional Diálogo entre Juízes em matéria constitucional.

## **2 O uso de jurisprudência estrangeira como razão de decidir como repertório vinculante nas decisões da Justiça Constitucional**

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal têm promovido um uso indiscriminado de referências a precedentes estrangeiros, em indicações que oscilam entre apontamentos a decisões estrangeiras que parecem indicar uma tendência de orientação jurídica aplicável a um caso sob exame na Corte ou, em outras situações, a subsunção de uma hipótese material constitucional a um conjunto de valores constitucionais que mereceu, de outra ordem jurídica constitucional, de seu tribunal, tratamento estruturante de todo aplicável ao caso nacional.

Daí porque resulta merecedora de uma reflexão mais detida a verificação sobre em que medida a utilização de precedentes estrangeiros se constitui em um fenômeno na perspectiva de sua *vinculatividade* ao caso concreto no Supremo Tribunal Federal ou, se de uma forma menos contundente, sua utilização aponta para uma certa *deficiência estrutural* da Suprema Corte, presente na busca de uma reforço argumentativo *validador* dos silogismos e dos *desejos* dos julgadores de plantão, numa análise crítica do denominado ativismo judicial.

A ausência de um *padrão*, de uma *metodologia*, de uma *fórmula estruturante* de aplicação de precedente estrangeiro, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, dificulta o estabelecimento da verificação de sua *utilidade* e de seu *provento* na fixação do *direito constitucional* na perspectiva de sua *materialidade*.

De fato, constata-se que seu uso pelos ministros do Supremo Tribunal Federal não obedece a uma metodologia uniforme, em que a preocupação com a contextualização da decisão usada no caso brasileiro esteja sempre presente.

Na maioria dos casos, inexistente um procedimento de justificativa que demonstre o uso autorizado do precedente estrangeiro.

Todavia, no que consistiria esse uso autorizado?

Sobre essa questão, algumas premissas teóricas precisariam ser respondidas.

## 2.1 Função estruturante do Supremo Tribunal Federal

André Ramos Tavares, ao dissertar sobre a função estruturante do Supremo Tribunal Federal, conceitua-a como a:

[...] função por meio da qual se promove a adequação e a harmonização formais do ordenamento jurídico, consoante sua lógica interna e seus próprios comandos relacionados à estrutura normativa adotada [...] eliminando os elementos (normativos) indesejáveis (incongruentes), as práticas e omissões inconciliáveis com os comandos constitucionais. Mas não se busca, por meio dessa função, apenas impor o princípio da não contradição interna, mas igualmente obter um 'funcionamento prático' do ordenamento (TAVARES, 2005, p. 253).

Pode-se depreender, por exemplo, que essa função estruturante incorporou o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos (considerada a função inaugural), encarada, por isso, como uma função nuclear do Tribunal Constitucional.

Decorreria daí, em termos lógicos, a possibilidade sistêmica de integração do texto constitucional com conteúdos constitucionais materiais decorrentes de *outros textos constitucionais*, atendidas determinadas premissas que guardassem relação e harmonizassem sua relação com o ordenamento jurídico em referência, em fenômeno que poderíamos denominar de hetero-referência de conteúdos jurídicos materiais constitucionais.

Trata-se da possibilidade sistêmica de integrar o texto constitucional com conteúdos constitucionais intercambiáveis como decorrência explícita da função estruturante do Supremo Tribunal Federal em articular os valores expressos pelas normas constitucionais, integrando-as e potencializando-as.

Na dimensão do ordenamento jurídico brasileiro, portanto, parece existir a possibilidade *ontológica* de se trabalhar *nuclearmente* com o conceito de *dialogicidade de normas de conteúdos jurídicos materialmente constitucionais*, de forma a permitir que no âmbito da interpretação constitucional o Supremo Tribunal Federal verifique o que outras Cortes Constitucionais estão a estabelecer

em relação a conteúdos que estejam presentes na nossa Carta Republicana.

Todavia, como cediço, a interpretação comporta desempenho que desborda o conteúdo literal e aparente, estando a determinar, portanto, a partir do intérprete, a adoção de critérios e o respeito a métodos que permitam ao estudioso do direito aferir os mecanismos pelos quais tenha sido possível obter o resultado interpretativo.

Para o diálogo, não basta a condição de *dialogicidade* da matéria controversa, mas, sobretudo, a disposição para o intercâmbio entre os agentes e, notadamente, quando se observa o objeto jurídico, entre os sistemas de direito.

Daí porque o diálogo constitucional exige recorte metodológico a partir de determinados valores e premissas que possam conduzir em um determinado conjunto de normas materialmente constitucionais.

## 2.2 Diálogo Constitucional e Direitos Humanos

Há hoje um esforço comum internacional pela construção de mecanismos comuns de proteção e promoção de direitos humanos fundamentais. Inúmeras Cartas e Constituições nacionais refletem, em seus valores fundamentais e normas constitucionais referidos valores, traduzindo-se em normas constitucionais com matizes comuns.

Pode-se identificar, nessa perspectiva, por exemplo, novo fenômeno, presente na *possibilidade jurídica* de utilizar conteúdos jurídicos normativos presentes nos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos, que lança novos desafios na maneira pela qual os Estados nacionais adaptam seus respectivos conteúdos às novas realidades, bem como avançam na identificação de uma *nova materialidade jurídica*, resultado de interpretações dispensadas por órgãos nacionais e internacionais a conflitos envolvendo direitos humanos.

Nessa direção, a interpretação deveria contar só com as categorias próprias do país em referência ou com elementos aparentemente exteriores ao sistema?

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro, poderia trazer elementos *externos* ao sistema ou ficaria adstrito, obrigatoriamente, aos *standards* e categorias inerentes ao sistema pátrio?

Como seria possível, em eventual cenário de maior elasticidade de suas possibilidades, proceder a uma verificação de adequabilidade de interpretação dispensada a uma cláusula e norma constitucional contrastada com conteúdo

jurídico normativo de norma constitucional de ordenamento estrangeiro?

É preciso considerar, ainda, que as normativas internacionais de direitos humanos refletem parcelas de soberania dos países que aderem a essas ordens supranacionais, assumindo compromissos perante a comunidade internacional de adequar e harmonizar suas respectivas ordens jurídicas internas em torno dos valores internacionalmente aclamados.

Os tribunais e cortes internacionais, aliás, acabam por cumprir importante função *propedêutica* e *hermenêutica* nesse papel de articulação, cujo exercício de soberania nacional será medido pela capacidade de cada país internalizar ou não em suas ordens parcelares *conteúdos jurídicos materiais relevantes na perspectiva da ordem constitucional*.

Esse caráter estruturante da função interpretativa constitucional a toda evidência, no caso nacional, reside no papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal.

### **3 Identificação de critérios para utilização de precedentes estrangeiros pelo Supremo Tribunal Federal**

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, tem sido constante a verificação dos entendimentos jurídicos dispensados em foros supranacionais bem como em soluções testadas e aplicadas em ordenamentos jurídicos alienígenas.

A prática não é exclusiva da nossa Suprema Corte. Inúmeros Tribunais Constitucionais se utilizam, com o mesmo grau de dificuldade, dispersão e ausência de critérios que o nosso, de precedentes de tribunais constitucionais estrangeiros como forma de *motivar* ou *decidir* em suas respectivas cortes.

Mas, de igual maneira, sobressai a dificuldade de não se identificar uma teoria específica que suporte essa prática e, mais do que isso, a uniformize a partir da adoção de *critérios* verificáveis e contrastáveis de interpretação.

A experiência colhida no direito comparado identifica a dificuldade na doutrina alienígena, inclusive, em formular uma teoria para a utilização de precedentes estrangeiros pela Corte Constitucional.

O ordenamento jurídico nacional é reflexo direto da capacidade de autogoverno decorrente da soberania nacional, de sua independência, bem como da soberania popular presente na manifestação do poder constituinte originária

que consagrou a Constituição da República de 1988.

As denominadas *cláusulas de abertura* do nosso sistema constitucional constituem-se na autorização do *legislador constituinte* para que o *juiz constitucional*, no exercício de sua função de *qualificar a interpretação constitucional*, possa, em face de determinados critérios [porque seu poder não é absoluto, incondicionado ou ilimitado], valer-se de precedentes estrangeiros na busca da solução mais *adequada juridicamente* a uma determinada questão posta para exame do Supremo Tribunal Federal.

Em primeiro lugar, o artigo 4º, II da Constituição da República estabelece que:  
A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:  
[...]  
II – prevalência dos Direitos Humanos.

Integra o conteúdo jurídico material dessa cláusula a edição do Decreto n.678, de 6 de novembro de 1992, que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, e o Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2002, que promulgou a Declaração de Reconhecimento da Competência obrigatória da Corte Interamericana em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Por essa cláusula, fica assente, no ordenamento jurídico nacional, seu *alinhamento* com as ordens jurídicas supranacionais protetoras de direitos humanos fundamentais, bem como o *sistema* em que fica inserida sua aplicação, interpretação e ampliação da força normativa, dada a determinação da *prevalência dos direitos humanos*.

O parágrafo único reforça a abertura do texto constitucional ao direito internacional e supranacional quando dispõe que:

A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

A disposição revela uma *decisão política fundamental*, adotada pelo constituinte pátrio, consistente na *integração do Brasil* com organismos internacionais e supranacionais, com cláusulas de valoração diferidas, atinente à *prevalência dos direitos humanos* no geral e à *formação de uma comunidade latino-americana de nações* em particular.

Ambos os dispositivos com *vocação para o direito supranacional*, como extensão próprio do *ordenamento jurídico nacional*.

Ambos os dispositivos no título dos *Princípios Fundamentais* do Estado brasileiro: é dizer, regras constitucionais *vetores* do estabelecimento, desenvolvimento, interpretação e aplicação de *todo o ordenamento jurídico nacional*.

Essas normas estabelecem o *dever* do Estado brasileiro de preservar, em seu ordenamento jurídico, *a hierarquia, eficácia e protoatividade* das normas de direitos humanos fundamentais, considerando-se uma necessária *adaptação* das normativas nacionais às *regras internacionais* como extensão natural das regras nacionais, em face do princípio da prevalência dos direitos humanos.

Inseridas no título dos *princípios fundamentais* indicam que, dentre as normas constitucionais dispostas na Constituição, gozam de *status de regras de interpretação em face dos objetivos e finalidade da organização social*.

Não é por acaso os quatro primeiros artigos da Constituição da República dispõem sobre o Estado Democrático de Direito, federal, baseados na separação de poderes, com objetivos fundamentais elencados em função dos quais os órgãos encarregados de cumprir a Constituição devem se preparar para *primazialmente* assim proceder, e as regras constitucionais permeando a relação do Estado brasileiro com outros ordenamentos jurídicos, deixando claro algo inerente à soberania estatal, o relacionamento com outros Estados independentes e soberanos, mas indo além, normatizando-o.

A terceira disposição está diretamente em consonância com o *valor consagrado na Constituição*, da prevalência dos direitos humanos nas relações nacionais e internacionais do Estado brasileiro.

Trata-se da previsão contida no Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, capítulo *Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos* ao dispor, no §2º do artigo 5º, que:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Essa previsão, aqui referida em inúmeras passagens, confirma a regra do Título I da Constituição Federal e trata as normativas de direitos humanos fundamentais na perspectiva de sua *prevalência* no nosso ordenamento jurídico e em relacionamento com outros Estados.

Daí que a assunção de compromissos no plano internacional, com a adesão a Pactos e Tratados internacionais, gera *consequências jurídicas concretas* no

âmbito do direito pátrio, no sentido de *incumbir os órgãos*, encarregados de interpretar e aplicar a Constituição, de provê-la dos significantes e significados decorrentes da inserção de *novas regras* ou *desdobramentos de regras atuais*, no campo da proteção específica a direitos humanos fundamentais.

Assim, no plano nacional, o Supremo Tribunal Federal detém competência específica para contrastar a produção normativa nacional, a prática de atos concretos à luz da Constituição Federal e, na atividade jurisprudencial, a adequação de seu entendimento à luz dos direitos humanos fundamentais.

É inequívoca a atuação criadora do Supremo Tribunal Federal na interpretação do direito, notadamente em relação às cláusulas constitucionais de abertura, como as de direitos humanos fundamentais, que são influenciadas diretamente pelas normativas internacionais e decisões acerca de seu conteúdo e extensão próprios dos órgãos jurisdicionais supranacionais.

A Emenda Constitucional n. 45 de 8 de dezembro de 2004, alinhada com essas premissas, e *reforçando o caráter integrador das aludidas normas*, acrescenta ao artigo 5º da Constituição da República mais dois parágrafos, o §3º e o §4º, assim redigidos:

§3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§4º - O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Os textos das referidas Emendas *reforçam as cláusulas de abertura* originariamente constantes da Constituição e provêm condições materiais para o Supremo Tribunal Federal desempenhar uma interpretação que leva em conta *realidades normativas diversas* constitucionalmente regradas em outros ordenamentos jurídicos, ligadas por um vínculo positivista com normas supranacionais.

Essas alterações na Constituição, que introduzem a faculdade de um maior diálogo interconstitucional, têm por objetivo ampliar as possibilidades de concretização, pela atividade dos poderes constituídos, da eficácia normativa das regras de direitos humanos fundamentais.

Finalmente, em nome da eficácia das normas e regras de direitos humanos fundamentais, cumpre destacar a cláusula de abertura do ordenamento jurídico

brasileiro, que já consta de seu primeiro artigo, e revela-se um dos *valores consagrados na Constituição da República*, atinente à *dignidade da pessoa humana* como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

O conteúdo jurídico-constitucional material da dignidade da pessoa humana está em constante *mutação e aperfeiçoamento*, dada a dinâmica das sociedades e as interpretações que são dispensadas a favor do indivíduo, não só pelo Supremo Tribunal Federal no cumprimento de seu dever, mas, também, pelos órgãos jurisdicionais supranacionais dos quais o Brasil seja parte integrante, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos ou o Tribunal Penal Internacional, por exemplo.

A *verificação* da interpretação, dispensada aos direitos humanos fundamentais, além de ser pressuposto *teórico* para a preservação e ampliação de sua eficácia, vem se constituindo em prática denominada pela doutrina de *transjudicialismo* ou *cross – constitucionalismo*.

Como alerta André Ramos Tavares, o chamado *transjudicialismo* ou *cross-constitucionalismo* é “promotor de um intercâmbio consciente de elementos constitucionais entre agentes supostamente autossuficientes” (2009, p.17).

André Ramos Tavares propõe modelos de desenvolvimento da utilização racional e útil de jurisprudência estrangeira por determinado Tribunal Constitucional de um país ocidental, sem identificá-lo. Deixa claro tratar-se do enfrentamento da matéria na perspectiva da *função* da Justiça Constitucional, de solucionar os denominados *hard cases* e de concretizar a aplicação do direito na relação de adequação entre normas e fatos: “normas e fatos integram, necessariamente, o processo de concretização do Direito e de decisão”. (2010, p. 5).

A ausência de uma uniformidade ou convergência sistêmica pura entre os sistemas jurídicos revela, conseqüentemente, a dificuldade de se utilizar pura e simplesmente precedentes judiciais constitucionais estrangeiros em determinadas realidades concretas.

Todavia, a lição de Cass Sunstein pode, nesse sentido, ser aplicada por duas razões fundamentais: em primeiro lugar, tratar-se de *críticas e indagações legítimas* devendo haver, portanto, *critério de eleição para a ocorrência* do uso de precedentes estrangeiros e, em segundo lugar, o fato de *existir a possibilidade de usar o precedente estrangeiro para oferecer menos proteção aos direitos conquistados dos cidadãos*.

É evidente que o uso de precedente estrangeiro não se fará em qualquer questão ou *hard case* e sim, como veremos, naqueles casos nos quais o repertório consolidado do próprio Supremo Tribunal Federal possa se mostrar *desatualizado* ou em confronto com novas e específicas situações a merecer a identificação de soluções adequadas no âmbito interno ou externo ou, ainda, como necessidade do *desempenho da função jurisdicional do Supremo Tribunal Federal*, no âmbito da defesa, promoção e fortalecimento das cláusulas constitucionais protetoras de direitos humanos, e no seu interesse.

Em relação ao fato de *existir a possibilidade do precedente diminuir a proteção destinada ao cidadão ou à coletividade*, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a atividade não poderia se voltar à negação da cláusula constitucional ou à sua interpretação de maneira a restringir a eficácia e vigência dos direitos humanos fundamentais.

Isto ocorre, basicamente, também por duas razões: em primeiro plano, porque a Constituição Federal consagra a prevalência dos direitos humanos, tem a dignidade da pessoa humana como fundamento da organização estatal e afirma que as normas constitucionais e garantias de direitos humanos, decorrentes de seu texto, são integradas por aquelas decorrentes de tratados, pactos e convenções internacionais de direitos humanos fundamentais dos quais o Brasil seja parte.

No caso brasileiro, portanto, existe um critério inafastável, no plano dos direitos humanos fundamentais, alinhado com a ideia de *unicidade e indivisibilidade*, de maneira que qualquer interpretação que lhe reduza ou restrinja a eficácia e incidência, que não seja justificada no plano da proporcionalidade para evitar conflito e colisão de direitos humanos fundamentais, deverá ser plenamente afastada e já se constitui como critério de *verificação da aceitabilidade do precedente estrangeiro*.

Referente ao Supremo Tribunal Federal, em especial nos últimos vinte anos, quando seu papel de guardião da Constituição Federal ficou estabelecido na Constituição Federal, o desenvolvimento de uma jurisprudência de referência, notadamente em sede de ação de controle concentrado de constitucionalidade, revela o grau de amadurecimento e implantação de soluções teóricas e concretas voltadas para a execução e plena eficácia do texto constitucional.

Nessa medida, precisamos verificar, de acordo com o tema proposto, se o

Tribunal Constitucional tem feito uso de precedentes estrangeiros e em quais situações. E mais: se esse uso é uniforme pelo conjunto dos juízes ou revela a adoção de critérios comuns ou se, ao contrário, é dispare, disperso e fragmentado.

Cindy Buys sugere alguns critérios. Em primeiro lugar, o auxílio da jurisprudência como ajuda interpretativa, quando o significado de um texto constitucional não resolve de *per se* uma dada questão.

Nesse sentido, o direito internacional e particularmente as normas de direitos humanos internacionais, podem ser tratados como fonte externa para auxiliar no estabelecimento de um significado possível para um termo ambíguo, polivalente ou em que o sentimento do *juiz constitucional* entenda que o posicionamento da Corte esteja defasado ou nem tenha sido estabelecido em nenhum precedente próprio.

Parrish, a seu turno, defende a utilização de jurisprudência estrangeira pela Suprema Corte Norte Americana como forma de fortalecer o direito interno pela incorporação de práticas julgadas adequadas e pertinentes para o problema constitucional específico, observando que sua justificativa pelo respectivo *Justice* colaborará para a identificação acurada das fontes por ele utilizadas, de maneira a fornecer subsídios para decisões em casos futuros similares no direito interno e, mais importante do que isso, preservar a necessária e indispensável transparência do sistema.

Além do que, tudo isso permitirá a verificação do acerto da decisão, inclusive para situações futuras, dependendo de seu resultado no caso concreto:

Nosso sistema jurídico está imbuído da tradição de que juízes precisam justificar suas posições. Nessa direção, precisam ser cândidos e honestos na demonstração de suas fontes e motivação de suas decisões. Transparência é importante. O povo é o titular do direito de saber por que o Tribunal dispôs de uma determinada maneira e de legitimar sua razoabilidade. Uma decisão que revela de forma acurada as fontes sobre as quais repousa também fornece um guia para aqueles que procuram identificar como será a decisão de um futuro caso similar (PARRISH, 2007, p. 675).

Temos que identificar as situações nas quais, conservada a soberania e independência nacionais, possa haver, ao mesmo passo, a integração com um conjunto de normas estrangeiras e supranacionais que seja também, igualmente, expressão do desejo da soberania e independência nacionais, como sói acontecer, por exemplo, com os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelos países.

### 3.1 Diálogo interconstitucional e a identificação de uma pauta convergente no Supremo Tribunal Federal

A ideia de *transformação constitucional* mostra-se na modificação autorreferencial do direito positivo enquanto a de *direito constitucional não escrito* revela um processo de *normatização* a partir da identificação de uma nova norma *já tornada visível* pela norma constitucional interpretada.

É dizer: a perspectiva de ocorrer um *movimento* assim no direito brasileiro está presente na sua *interação* com as normas decorrentes do Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos e sua *constante* interpretação e aplicação pelo Supremo Tribunal Federal.

No concernente à ideia de autorreferencialidade, ela é aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro na exata medida em que estão assentes nas suas estruturas os processos legislativos pelos quais a vontade da maioria é registrada, a transformação social é absorvida e normatizada e, ainda, de que maneira o ordenamento se adapta ao *ingresso* de normas e compromissos assumidos no plano internacional pela República Federativa do Brasil.

Essa perspectiva da *autorreferencialidade* reconhece a soberania do Brasil em produzir por si mesmo os objetos de sua realidade jurídica.

Com relação à noção de direito constitucional não escrito, ela pressupõe o oposto da *autorreferencialidade*, a *heteroreferencialidade*. Ou seja: a criação de um direito material não escrito em que as *interpretações dispensadas* a um conjunto de normas *iguais* por *sujeitos diferentes* leva a composição de um entendimento plural sobre o significado, alcance e extensão de determinado fenômeno jurídico.

Transpondo esse raciocínio para a temática da incorporação das normas jurídicas internacionais [nacionais] de proteção e promoção dos direitos humanos fundamentais, é possível vislumbrar que a ideia da *heteroreferencialidade* aplicada leva ao estabelecimento de bases para a identificação de uma nova estrutura constitucional escrita.

A noção de heteroreferencialidade, desenvolvida pela doutrina alemã, pressupõe um ponto de observação pelo intérprete e criador do direito, colocado *fora de suas estruturas próprias*, para possibilitar que sua observação sobre essas estruturas e outras *igualmente constitucionais* leve ao estabelecimento de uma interpretação *integradora*.

Em termos de direitos humanos fundamentais, esse primeiro *approach* ocorre quando o Supremo Tribunal Federal busca, nas normativas internacionais constantes dos Pactos, Acordos e Convenções, de que o Brasil seja signatário, o *substrato jurídico-material* que irá se relacionar com as normas jurídicas constitucionais próprias e com isso produzir um *novo direito*.

Este *novo direito* ou *nova normatividade juridicizada* constitui-se em objeto *heteroreferencial* na exata medida em que interpreta uma realidade jurídico-normativa na qual as normas ‘internacionais’, decorrentes das obrigações assumidas pelo Estado brasileiro, já se encontram incorporadas no ordenamento jurídico nacional.

A *heteroreferencialidade*, portanto, estará presente na *interpretação* da norma em uma perspectiva em que o Juiz Constitucional do Supremo Tribunal Federal busca o referencial na origem dessa fonte legítima de produção do direito: a norma consubstanciada no documento internacional ou, ainda, na jurisprudência dessas instâncias supranacionais.

Assim, passa a ser um exercício de uma observação sistêmica, aproximando as realidades *constitucionais* da ordem internacional e da ordem nacional.

Contudo, a *heteroreferencialidade* pode pressupor uma observação ainda mais ampla, consistente no modo como os países integrantes dessa realidade constitucional não escrita interpretam e adaptam as *mesmas obrigações supranacionais* no plano de seus respectivos ordenamentos jurídicos.

Nessa dimensão, o uso de precedente estrangeiro consistirá em um passo adiante da fenomenologia do conceito de direito constitucional não escrito.

Do nosso ponto de vista, poderá gerar as bases de um novo direito constitucional escrito, convergente [e não de uma nova Constituição escrita, porque não se trata da criação de uma entidade federativa ou confederativa] a partir do estabelecimento do que mais à frente chamaremos de *direito constitucional convergente*, decorrente do *diálogo interconstitucional*.

Aliás, com esse avanço, Carducci parece concordar quando afirma que:

o conceito de “direito constitucional não-escrito foi utilizado com referência à interpretação da dinâmica constitucional alemã por parte do juiz constitucional, enquanto árbitro, “observador de segundo grau”, das relações entre os sujeitos da forma Estado. Também esse é direito “positivo” como o direito escrito, mas exatamente porque legitimado a impor direito através de um direito “já posto”, enquanto escrito. Direito imanente, foi dito em relação a alguns êxitos

explicativos do ungeschriebenes Verfassungsrecht (CARDUCCI, 2002, p. 341).

Para um modelo doutrinário de eleição de precedentes estrangeiros, em termos gerais, é preciso considerar as seguintes características e exigências:

Em primeiro lugar, a constatação da presença, em específicos ordenamentos jurídicos alienígenas, de normas jurídicas constitucionais ou de aspectos positivos da Constituição que digam respeito a um mesmo tema ou direito.

Além disso, que esses ordenamentos jurídicos pertençam a sociedades, cujos *valores consagrados na Constituição*, as aproximem umas das outras e, em relação ao direito brasileiro, especialmente com relação ao sistema democrático e à forma de eleição de governantes pelo voto direto, secreto e universal. Mais do que isso, que os processos de formação da vontade nacional contem com instâncias adequadas de votações, transparências e controles.

Assim, os ordenamentos jurídicos que prestigiam os direitos humanos fundamentais, a democracia, o estado de direito, a separação dos poderes e o controle concentrado de constitucionalidade, como aspecto de defesa e integridade do sistema são aqueles que por *identificação* com o ordenamento jurídico brasileiro podem ser consultados, preferencialmente, tendo em vista, como ressaltamos neste estudo, não ser impossível que até mesmo precedentes de regimes autoritários possam vir a ser pesquisados [o fato é que, nesse modelo doutrinário, eles são colocados justamente na regra de exceção, o que gerará, para o julgador constitucional, o dever de justificar de maneira extensiva a razão do uso excepcional de precedente estrangeiro de país autoritário, por exemplo].

Ganha importância e relevância a decisão estrangeira se houver consonância entre ela e o Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos, na exata medida em que o fundamento das decisões equiparadas tenha por substrato interpretação que realize conteúdos e mandamentos também emanados das normas que integram essa denominada rede de proteção.

Na lição de Sunstein:

O que é importante é [...] se o direito de outras nações, incluindo suas decisões judiciais, reflete um processo político ou jurídico que incorpora informações privativas do Estado – no sentido de que o governo tem aquela informação como resultado de sua própria pesquisa, seu próprio conhecimento local, ou sua habilidade para agregar informação, julgamentos e valores dos cidadãos. Os sistemas político e jurídico podem ser defectivos de várias maneiras. Os direi-

tos poderiam refletir as escolhas de uma pequena elite dominante; logo poderia dominar as opiniões jurídicas. Nesses casos, seria sábio para o Tribunal Americano ignorar ou desconsiderar o direito de outra Nação (2009, p. 195).

O uso *autorizado* e *legítimo* do precedente estrangeiro deve ser *responsável* e *acurado*. Os meios de se *fiscalizar* e *acompanhar* serão tanto mais eficientes quanto mais motivadas forem as decisões do juiz constitucional e mais transparente for a demonstração de suas razões de convencimento sobre o acerto de um conjunto determinado de posturas de Cortes Constitucionais de outros países e ordenamentos jurídicos para aquele caso concreto sobre o qual se pronuncia.

Para além da questão de uma aparente compatibilidade, que convém ser objetivamente demonstrada pelo julgador, é preciso que haja relação de pertencibilidade, conexão e adesão entre os sistemas que se cambiam.

Mais especificamente, trata-se de identificar se o sistema em referência adota valores democráticos, cuja organização estatal subordina-se ao *rule of law* com observância aos direitos humanos e à prevalência da dignidade da pessoa humana, participando da construção de normativas internacionais de direitos humanos, em uma perspectiva que trabalha a *elegibilidade dos precedentes estrangeiros*.

A identificação desses ordenamentos jurídicos deve ter o mérito de procurar sistematizar, por um período razoável de tempo, seus principais entendimentos e usos pelo direito brasileiro ao longo do tempo, para que possa haver uma *indicação*, a mais objetiva possível, da utilidade, racionalidade e adequabilidade do uso de precedentes deste ou daquele ordenamento jurídico.

A criação de um grupo de referência de decisões estrangeiras, integrado por países cuja identificação seja suportada pelos critérios acima indicados, tem o mérito imediato de revelar que o Supremo Tribunal Federal tem utilizado precedentes estrangeiros de forma muito distante e assistemática.

De um modo geral, quando existe a indicação de precedentes estrangeiros, eles se limitam a, no máximo, três ou quatro países diferentes.

Segundo a lógica proposta neste estudo, a *qualidade é mais importante* que a *quantidade*. Contudo, em se tratando da verificação de um entendimento pertencente a Tribunal estrangeiro, é preciso haver a cautela de se verificar se o

entendimento é também esposado por um número maior de países referência naquela questão ou se seus argumentos centrais foram objeto de verificação por um número maior de sistemas próximos à realidade brasileira.

Não há necessidade de um número expressivo, como trinta ou cinquenta países, mas que seja relevante, em termos de *indicar* que as experiências a serem transplantadas e reinterpretadas pelo Tribunal Constitucional do Brasil tenham sido objeto de verificação por um número significativo de países. Se o precedente estrangeiro não precisa estar presente em trinta, cinquenta países, mas tampouco em dois ou três, parece-nos adequado, na ausência de *critério definidor*, sugeri-los em cinco (5) países, no mínimo.

Dependendo da questão posta para exame do Supremo Tribunal Federal que nem haja número tão grande de países com entendimentos assentados sobre a questão. Não se trata disso, mas de tornar mais criterioso o uso de precedentes em contraposição a situação atual, de uso arbitrário e assistemático.

O Supremo Tribunal Federal deve criar um setor específico, altamente especializado, de tradução dos precedentes de sua língua original para o português, já no contexto *correto* da demanda e, indo mais longe, criar um acesso específico a esse banco de dados no seu próprio sítio eletrônico, de maneira a propiciar ao cidadão brasileiro, que chega ao Supremo, acesso adequado às referências estrangeiras utilizadas pelo juiz constitucional.

Após a seleção do conjunto de precedentes estrangeiros, a atividade prioritária do Supremo Tribunal Federal será a de selecionar o argumento mais relevante do ponto de vista jurídico da premência do tribunal brasileiro e descrever, explicitamente, em quais aspectos os precedentes estrangeiros apresentam argumentos consistentes em determinada visão do *hard case*, a qual será adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Esses critérios, que suportam o modelo doutrinário defendido por esta tese, consistente no uso autorizado de precedente estrangeiro, auxiliarão o desenvolvimento de um banco de dados específico no Brasil, altamente integrador e revelador das práticas jurídicas constitucionais por Tribunais Constitucionais previamente selecionados e ordenamentos jurídicos específicos e revelará, também, a maneira pela qual os sistemas jurídicos encontram fórmulas de integração.

Em outras palavras, auxiliará, no mínimo, a disciplinar e sistematizar o

uso de precedentes estrangeiros pelo Supremo Tribunal Constitucional.

#### 4 Considerações finais

O Supremo Tribunal Federal poderá condicionar toda a dinâmica de funcionamento do complexo sistema constitucional, seus significados, funções e comportamentos à luz da adequação ao texto constitucional material que sobressaia de uma atividade integradora na perspectiva de um diálogo com precedentes estrangeiros.

Haverá, de forma gradual, o fortalecimento de um relacionamento material *horizontalizado* entre os diversos Tribunais Constitucionais e Supremas Cortes integrantes do ordenamento jurídico nacional-supranacional, elevando a possibilidade de haver uma identificação *normativa* que ultrapasse as barreiras do uso unilateral pelo Supremo Tribunal Federal e fortaleça o diálogo, o entendimento e o intercâmbio de experiências interordenamentos jurídicos nacionais [de caráter supranacional].

A proposta de criação de um Código de Processo Constitucional, formulada por domingo García Belaunde e André Ramos Tavares, por exemplo, tem por objetivo central estruturar e sistematizar técnica que hoje se encontra dispersa no ordenamento jurídico pátrio, podendo se constituir em oportunidade de disciplinar a atividade na Suprema Corte, colaborando para um olhar mais objetivo sobre a prática da utilização de precedentes estrangeiros.

As fontes dos precedentes estrangeiros devem refletir uma identificação com os valores consagrados na Constituição da República em torno de princípios fundamentais: a democracia, a prevalência dos direitos humanos, o Estado de Direito, em que a separação dos poderes seja uma realidade e o comprometimento com a construção de uma ordem jurídica internacional, baseada na cultura da realização dos direitos humanos fundamentais, seja prática efetiva.

Apenas se iluminarmos os aspectos *dialógicos* da *materialidade constitucional de normas jurídicas intercambiáveis entre sistemas jurídicos elegíveis*, favoreceremos o diálogo entre juízes constitucionais, na identificação de conteúdos jurídicos materiais constitucionais escritos e não escritos.

## Referências

BANKOWSKI, Zenon et al. Rationales for precedent. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Roberto S. (orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Ashgate-Dartmouth, 1997. p. 481-503. ISBN 1-85521-686-8.

BALKIN, Jack M. Fidelity to text and principle. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. (eds.). *The Constitution in 2020*. Oxford: USA, 2009. p. 11-24. ISBN 978-0-19-538797.

BELAUNDE, Domingo García. El Derecho Procesal Constitucional y su configuración jurídica (aproximación al tema). In: TAVARES, André Ramos (coord.). *Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 43-56. ISBN 978-85-7700-093-7.

BUYS, Cindy Galway. Burying our constitution in the sand? Evaluating the ostrich response to the use of international and foreign Law in U.S. Constitutional interpretation. *Brigham Young University Journal of Public Law*, v. 21, N. 1, 9 jan. 2007. Disponível em: <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1330247>>. Acesso em: 28 jun. 2014.

CARDUCCI, Michele. Legalidade comunitária e transformação constitucional na Integração Europeia. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p.337-347. ISBN 85-7549-001-X .

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2006. p. ISBN 85-203-2984-5.

PARRISH, Austen L. Storm in a teacup: the U.S. Supreme Court's use of foreign Law. *University of Illinois Law Review*, Bloomington, 13 feb. 2007. p. 637-680.

PERRY, Michael. Protegendo direitos humanos constitucionalmente entrincheirados: que papel deve a Suprema Corte desempenhar? (com especial referência à pena de morte, aborto e uniões entre pessoas do mesmo sexo). In: TAVARES, André Ramos (coord.). *Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 223-264. ISBN 978-85-7700-093-7.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. ISBN 85-336-0681-8.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. ISBN 85-7348-299-0.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. New Jersey: Princeton, 2009. ISBN 978-0-691-13337-9.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. ISBN 85-02-04992-5.

TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira

pela justiça constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 3, n.12, p.17-55, out./dez. 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-09176-4.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-14816-1.

TUSHNET, Mark. *Transnational / Domestic Constitutional Law*. Georgetown: University Law Center, 2003. (Public Law and Legal Theory Working Paper Series).

TUSHNET, Mark. *The inevitable globalization of Constitutional Law*. Massachusetts: Harvard Law School, 2008. (Public Law & Legal Theory Working Paper Series. Paper n. 09).

PEREZ VERA, Elisa. El Tratado de la Union Europea y los derechos humanos. *Revista de Instituciones Europeas*. Madrid, v. 20, n. 2, p.459-484, 1993.

WALDRON, Jeremy. Foreign Law and the Modern Ius Gentium. *Harvard Law Review*, Massachusetts, v. 119, p. 129-147, nov. 2005.



# 5 A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FACE À TENSÃO ENTRE AS LIBERDADES INDIVIDUAIS E AS DIVERSIDADES CULTURAIS E RELIGIOSAS: O DIÁLOGO DE JUÍZES COMO ALTERNATIVA ADEQUADA?

Geilza Fátima Cavalcanti Diniz<sup>1</sup>

## 1 Introdução: a problemática da sociedade mundial e direito comum

A convicção da igualdade entre os homens é o fundamento principal que justifica a existência de um sistema universal de direitos humanos, que proteja de forma igual esses sujeitos de idênticos direitos. Essa unidade do gênero humano ganhou maior força a partir do Século XVI, com a escola do direito natural e direito das gentes, que sustenta a existência de uma ordem natural entre as sociedades humanas<sup>2</sup>. A multiplicação de jurisdições mistas, compostas de juízes nacionais e internacionais, que tem aplicado uma combinação entre direito interno e direito internacional, tem feito diversos autores falarem na existência de um diálogo de juízes<sup>3</sup>, que comprovaria a existência de uma sociedade mundial e de um direito comum emergente<sup>4</sup>, que se revelaria mediante os processos de

---

1 Doutora em Direito (UniCeub). Mestre em Direito (UFPE). Professora Universitária (UniCeub). Juíza de Direito (TJDFT). geilzadiniz@gmail.com

2 DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers une communauté de valeurs?* Paris: Éditions du Seuil, 2011. p. 10. Em seguida a tal afirmação, a autora relembra a distinção entre comunidade e sociedade, para explicar que a primeira é produto natural de uma ordem de solidariedade de base espontaneamente estabelecida, enquanto a segunda é fruto da vontade da coletividade consciente e da existência de normas jurídicas a lhe garantir.

3 LOPES, Carla Patrícia F. Nogueira. Internacionalização do direito e pluralismo. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n.4, p.229-247, dez. 2012.

4 Nesse ponto, é importante citar a visão de Delmas-Marty que, ao propor a metáfora das nuvens para se referir a um direito comum harmonizador, afirma que esse direito é emergente: “À l’horizon peut-être, l’émergence d’un futur droit commun de l’humanité supposerait donc un lent travail d’ajstment entre le relatif, le globl et l’universel. Le droit commun NE se situera pas dans um Seul système, mais ay croisement Du plusieurs systems...”. Acredita a autora, espera-se que sinceramente, que seria possível tentar ordenar (no sistema da metáfora das nuvens) os múltiplos ordenamentos jurídicos sem reduzir a uma extensão hegemônica de um sistema único. Todavia, o que se tem visto na maioria das cortes internacionais é exatamente

cooperação, harmonização e unificação por hibridação<sup>5</sup>.

No entanto, o direito internacional baseado em um direito comum hegemônico, imposto de forma unilateral pelos países mais fortes, já demonstrou suas consequências em diversos atentados como o de 11 de setembro, pela revolta que gera o efeito da globalização como um renascimento de um modelo imperial ou neocolonialista. Tempos após tal atentado, em 2005 foi adotada a Convenção da Unesco sobre a proteção e a promoção da diversidade das expressões culturais<sup>6</sup>, que foi objeto de forte resistência por parte dos Estados Unidos, o qual, juntamente com Israel, votou contra a aprovação da convenção, sob o argumento de que o documento poderia incentivar, em vez de atenuar, formas de nacionalismos violentos<sup>7</sup> e fundamentalismos étnico-religiosos.

A globalização trouxe, como consequência, a flexibilização do tradicional modelo de estado soberano e a questão que se põe é saber se o modelo de estado de regulação social deve ou pode ser deslocado para o nível global<sup>8</sup> e a partir dessa questão verifica-se na doutrina a existência de teses como sociedade civil

---

o oposto: ou uma hegemonia dos valores dos países mais fortes ou um absoluto fracasso da tentativa de harmonização, com a utilização da válvula de escape da margem nacional de apreciação. DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers un droit commun de l'humanité*. Paris: Les éditions Textuel, 2005. p. 13-14.

- 5 Sobre o tema, vale lembrar que “a uniformização é apenas uma das formas possíveis no processo de interação, quando se fala em internacionalização do direito. Coordenação por entrecruzamento, harmonização por aproximação e unificação por hibridação são possíveis formas de internacionalização do direito...” DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Os domínios recalcitrantes do direito internacional: diversidade moral e religiosa no direito penal como óbice ao direito comum: o caso do aborto do feto anencéfalo. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4., p. 201-227, dez. 2012.
- 6 Segundo a Convenção, “expressões culturais” são aquelas expressões que resultam da criatividade de indivíduos, grupos e sociedades e que possuem conteúdo cultural.
- 7 ALVES, Elder Patrick Maia. Diversidade cultural, patrimônio cultural material e cultura popular: a Unesco e a construção de um universalismo global. *Revista Sociedade e Estado*, v. 25, n.3, p. 539-560, set./dez. 2010.
- 8 Boaventura de Sousa Santos explica de forma límpida: “[...] as lutas emancipatórias internacionalistas, nomeadamente o internacionalismo operário, foram sempre mais uma aspiração do que uma realidade. Hoje, a erosão selectiva do Estado-nação, imputável à intensificação da globalização neoliberal, coloca a questão de saber se, quer a regulação social quer a emancipação social, deverão ser deslocadas para o nível global. É neste sentido que se começa a falar em sociedade civil global, governação global, equidade global e cidadania pós-nacional. Neste contexto, a política dos direitos humanos é posta perante novos desafios e novas tensões. A efectividade dos direitos humanos tem sido conquistada em processos políticos de âmbito nacional e por isso a fragilização do Estado-nação pode acarretar consigo a fragilização dos direitos humanos”. SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia. (Org).. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 3-46.

global, governança global, equidade global e cidadania e constelação pós-nacional, nova ordem mundial, sociedade mundial de valores, dentre tantos outros modelos propostos. Mas estariam essas propostas adequadas a enfrentar o ressurgimento da temática religiosa no cenário global?

Assim, é preciso, discutir a possibilidade da existência de uma sociedade mundial de valores ou qualquer outra espécie de proposta que pretenda uma universalização dos direitos humanos. Tais modelos de sociedade teriam por pressuposto ou fundamento, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, o fato de que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Foi com base nessa constatação que se inseriu, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a noção de dignidade da pessoa humana.

Essa noção, no entanto, não somente demonstra um alto grau de fluidez do conceito, como mostra a existência de relativismo de representações de cada cultura, pois para cada cultura/religião o conteúdo da dignidade humana pode variar<sup>9</sup>. Na doutrina, diversos foram os modelos apresentados com o propósito de garantir a universalidade dos direitos humanos em seara internacional<sup>10</sup>, como dito antes, e, a partir desse ponto, mostra-se necessário aprofundar em algumas das teorias apresentadas, não se pretendendo esgotar o assunto, pois os modelos propostos são inúmeros para se verificar se a doutrina daria uma resposta satisfatória ao movimento pendular da relação entre o direito internacional com a religião.

## 2 A comunidade mundial de valores

Partindo-se do pressuposto que o direito internacional passa por um de-

9 A Convenção adotou como conceito de diversidade cultural a noção de que se trata da multiplicidade de formas pelas quais as culturas dos grupos e sociedades encontram sua expressão. Tais expressões são transmitidas entre e dentro dos grupos e sociedades. A diversidade cultural se manifesta não apenas nas variadas formas pelas quais se expressa, se enriquece e se transmite o patrimônio cultural da humanidade mediante a variedade das expressões culturais, mas também por meio dos diversos modos de criação, produção, difusão, distribuição e fruição das expressões culturais, quaisquer que sejam os meios e tecnologias empregados.

10 Confira-se: “[...] os direitos humanos aspiram hoje a um reconhecimento mundial e podem mesmo ser considerados como um dos pilares fundamentais de uma emergente política pós-nacional”. SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia. (Org.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 3-46. p. 6.

envolvimento sem precedentes, com a multiplicação das jurisdições internacionais, ao mesmo tempo que a realidade dos fatos demonstra as desvantagens da desordem que é fruto da ausência de uma ordem jurídica mundial legítima e eficaz<sup>11</sup>, passa-se a pensar em alternativas aos modelos tradicionais até então apresentados: o modelo soberanista tradicional e o modelo universalista. Essa alternativa reconhece que o período atualmente vivido pelo direito internacional dos direitos humanos é um período de transição<sup>12</sup> e que a proposta de uma comunidade mundial deve ser adequada a tal período. E baseia-se em uma diferença entre comunidade, que seria um produto natural de uma solidariedade de base espontânea e sociedade, que seria fruto de uma vontade consciente e de normas jurídicas<sup>13</sup> próprias a lhe garantir a existência.

A complementaridade dos direitos humanos, especialmente aquela contida na expressão dignidade humana, acaba por ocultar e trazer problemas em relação aos conflitos de valores entre culturas diferentes que pode comportar. Face a isso, os doutrinadores mais otimistas<sup>14</sup> entendem que é possível conciliar o princípio da igual dignidade entre as diversas culturas com o princípio de que não se pode invocar a CEDH para atentar contra os direitos humanos e liberdades fundamentais<sup>15</sup>, o que representaria um renascimento do direito natural e, ao

---

11 DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers une communauté de valeurs?* Paris: Éditions du Seuil, 2011. p. 7.

12 DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers une communauté de valeurs?* Paris: Éditions du Seuil, 2011. p. 8.

13 Afirma a autora: “Une telle idée brouille en tout cas la différence entre communauté (produit naturel d’une solidarité de base spontanément ressentie) et société (fruit de la volonté exigeant une mise en oeuvre consciente et des normes juridiques pour la garantir). Les interdépendances sont devenues si fortes que les deux catégories sont désormais enchevêtrées. Comme on l’a suggéré, la volonté de vivre ensemble, unis par des valeurs communes (humain/inhumain), peut trouver appui sur la peur des risques planétaires (nucléaires mais aussi écologiques ou sanitaires). Si la « peur-solidarité » appelle un droit commun, elle ne donne pas les clés d’une véritable communauté de destin”. DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers une communauté de valeurs?* Paris: Éditions du Seuil, 2011. p. 11.

14 DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers une communauté de valeurs?* Paris: Éditions du Seuil, 2011. p. 193.

15 Extraí-se da Convenção: “Artigo 2 – PRINCÍPIOS DIRETORES: 1. Princípio do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais. A diversidade cultural somente poderá ser protegida e promovida se estiverem garantidos os direitos humanos e as liberdades fundamentais, tais como a liberdade de expressão, informação e comunicação, bem como a possibilidade dos indivíduos de escolherem expressões culturais. Ninguém poderá invocar as disposições da presente convenção para atentar contra os direitos do homem e as liberdades fundamentais consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e garantidos pelo direito internacional, ou para limitar o âmbito de sua aplicação”.

mesmo tempo, um nascimento de um direito comum mundial<sup>16</sup>.

Afirma-se, inclusive, que o direito internacional dos direitos do homem marcaria o reencontro entre o direito positivo e o direito natural, muito embora alguns considerem que esse reencontro traria mais problemas do que solução, na medida em que haveria o risco de substituir o dogmatismo jurídico do positivismo pelo dogmatismo quase teológico do jusnaturalismo<sup>17</sup>. Dessa forma, e para evitar tais riscos, os direitos do homem não devem servir como fundamento a um verdadeiro direito comum da humanidade na forme de axiomas indemonstráveis, mas somente o poderia fazer como um processo dinâmico, evolutivo e interativo, na posição dessa parcela da doutrina. Todavia, parece que tal posicionamento se confunde, em realidade, com a escola histórica do direito natural e propõe ser apenas um “passo para”, ou seja, um campo aberto ao diálogo sobre denominadores comuns.

A tese, todavia, reconhece suas próprias lacunas, e as lacunas mais severas seriam relativas a conflitos de valores mais “duros”, os quais seriam exatamente aqueles ligados a questões religiosos. Afirma-se, nesse sentido, que a existência de uma comunidade mundial de valores estaria fundamentada na coexistência e no diálogo, para favorecer a pesquisa de um futuro direito supranacional, mas não seria suficiente para resolver os conflitos de valores mais sérios, que se opõem até mesmo ao discurso da razão, como por exemplo, em relação a certas concepções religiosas<sup>18</sup>. A questão seria, então, qual comunidade e quais valores? A existência de uma comunidade estaria direcionada estaria vocacionada muito mais à gestão de crises e riscos<sup>19</sup> do que a um verdadeiro diálogo sobre os direitos humanos?

16 Sobre o assunto, Delmas-Marty afirma que a ideia da convivência entre as culturas revela um renascimento do direito natural, atestado ao longo do Século XX. DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers une communauté de valeurs?* Paris: Éditions du Seuil, 2011. p. 193-194.

17 DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers une communauté de valeurs?* Paris: Éditions du Seuil, 2011. p. 194.

18 “Transposée aux divers systèmes normatifs, cette démarche, fondée sur la coexistence et le dialogue, peut favoriser la recherche d’un futur droit supranational ; mais elle ne suffit pas à résoudre les conflits de valeurs les plus durs, ceux qui opposent les vérités révélées aux discours de la raison (par exemple à propos du statut de la femme au regard de certaines conceptions religieuses)” DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers une communauté de valeurs?* Paris: Éditions du Seuil, 2011. p. 19.

19 Marcelo Varela, nesse passo, afirma: “Cria-se uma espécie de comunidade internacional involuntária, porque os diversos atores se veem obrigados a trabalhar em conjunto. Neste sentido, acreditamos que o motor da integração dos Estados não está apenas na vocação para criar uma comunidade global integrada em torno de valores positivos ou no medo de sanções por

A proposta de uma comunidade mundial de valores tenta evitar o fundamentalismo jurídico, ao mesmo tempo admitindo a interpretação variável no espaço e no tempo<sup>20</sup>, reconhecendo que o 11 de setembro retomou a questão do choque de civilizações e colocou os direitos culturais no centro do debate sobre a mundialização<sup>21</sup>, mas pretende conciliar o princípio da igual dignidade entre as diversas culturas com o princípio de que não se pode invocar a CEDH para atentar contra os direitos do homem ou as liberdades fundamentais. Essa noção, a nosso ver, muito se assemelha com a noção de margem nacional de apreciação, ao mesmo tempo que pretende se firmar em uma “ordem natural transcultural”<sup>22</sup> — direito natural de conteúdo variável, o que parece ser bastante contraditório. A tentativa de conciliar a diversidade das expressões culturais com o universalismo dos direitos do homem, por intermédio da pretensa comunidade mundial de valores, a nosso sentir, não resolve a questão de valores conflitantes mais “duros”, problema colocado pela própria autora, no que tange às questões religiosas.

### 3 O transconstitucionalismo

Um segundo caminho para se alcançar uma sociedade mundial, que vem se intensificando a partir do Século XVI<sup>23</sup> seria por intermédio do chamado diálogo

---

organizações internacionais pelo descumprimento do direito internacional, mas também na necessidade de lidar com riscos globais comuns”. VARELLA, Marcelo Dias. internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade. São Paulo: USP, 2012. p. 57.

20 DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers une communauté de valeurs?* Paris: Éditions du Seuil, 2011. p. 189.

21 DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers une communauté de valeurs?* Paris: Éditions du Seuil, 2011. p. 193.

22 DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers une communauté de valeurs?* Paris: Éditions du Seuil, 2011. p. 195.

23 Marcelo Neves afirma que a globalização é resultado da intensificação da sociedade mundial e que esta “[...] começa a desenvolver-se a partir do século XVI e consolida-se estruturalmente com o surgimento de “um único tempo mundial” na segunda metade de século XIX, em um processo de transformações paulatinas, que se torna finalmente irreversível, alcança um grau de desenvolvimento tão marcante, no final do século XX, que aquilo já assentado no plano das estruturas sociais passou a ser dominante no plano da semântica: sociedade passa a (auto) observar-se e (auto) descrever-se como mundial ou global. Essa situação relaciona-se com a intensificação crescente das “relações sociais” e das comunicações suprarregionais mundializadas com reflexos profundos na reprodução dos sistemas político-jurídicos territorialmente segmentados em forma de Estado”. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 27.

de juízes, mediante uma conversação ou diálogo entre cortes<sup>24</sup>, que propiciasse a discussão sobre eventuais diferenças culturais e religiosas entre os diversos países. Seria o caso, portanto, da busca de “pontes de transição”<sup>25</sup>, que poderiam conduzir a um sistema mundial de níveis múltiplos, o qual conduziria à solução dos problemas jurídicos mais relevantes, mediante entrelaçamentos transconstitucionais entre ordens jurídicas diversas. Essa tese comportaria a rejeição tanto do modelo hierárquico quanto a simples constatação da fragmentação do direito<sup>26</sup>.

O transconstitucionalismo prega uma pretensa conversação constitucional<sup>27</sup> que se contraporaria a um ditado constitucional e rejeitaria uma hierarquia entre ordens. Possibilitaria a fertilização constitucional cruzada, com citação recíproca entre as Cortes constitucionais. Poderia ser conceituado como um entrelaçamento de ordens jurídicas estatais, transnacionais, internacionais e supranacionais diversas, para fins de solução dos mesmos problemas de natureza constitucional<sup>28</sup>.

24 Marcelo Neves defende tais postulados em sua tese, muito embora alegue que o transconstitucionalismo não é capaz de conduzir a uma unidade constitucional do sistema jurídico mundial, porque o sistema jurídico comporta vários centros de autofundamentação. No entanto, de forma um pouco contraditória, afirma o autor que a relação transconstitucional pressupõe que as diversas ordens jurídicas pertencem ao mesmo sistema funcional da sociedade mundial. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 117-125.

25 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 128.

26 Nesse particular ponto, a meu ver, reside a principal questão da obra de Marcelo Neves, com efeito, o autor afirma que “as controvérsias sobre os direitos humanos decorrem da possibilidade de leituras diversas do conceito, da pluralidade conflituosa de interpretações/concretizações das normas e da incongruência prática dos diferentes tipos de direitos humanos” e que “é nesse contexto que toma significado especial o transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, que corta transversalmente ordens jurídicas dos mais diversos tipos, instigando, ao mesmo tempo, cooperação e colisões” NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 277. Do que serviria, então, esse transconstitucionalismo caracterizado pelo diálogo entre cortes e que pressupõe uma simetria das formas, se ele não tem a pretensão de conduzir à eliminação da colisão entre as diversas interpretações dos conceitos fluidos dos direitos humanos, mas sim de estimular a colisão?

27 Em outras palavras, Marcelo Varella explica: “O autor modifica o conceito de constituição para encaixá-lo nos diferentes conjuntos normativos, estatais e não-estatais que guiam as relações entre os atores no plano nacional e internacional. O transconstitucionalismo seria esse contato e explicaria a existência de uma ordem normativa nova. As divergências seriam atenuadas pelos juízes, no âmbito de sua margem nacional de apreciação, adaptando o novo conjunto normativo às situações concretas e especificidades de cada território” VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. São Paulo: USP, 2012. p. 551.

28 Em entrevista, Marcelos Neves cita, como exemplo, “o comércio de pneus usados, que envolve questões ambientais e de liberdade econômica. Essas questões são discutidas ao mesmo tempo pela Organização Mundial do Comércio, pelo Mercosul e pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. O fato de a mesma questão de natureza constitucional ser enfrentada concomitantemente por diversas ordens leva ao que eu chamei de transconstitucionalismo” NEVES,

A principal falha da teoria, no entanto, é a de que, como categoricamente se afirma, não há transconstitucionalismo sem uma simetria das formas do direito. Embora não se explique muito bem o que se entenderia por tal conceito, é certo dizer que não se poderia pretender simétrica a forma do direito de um Estado teológico, que adota uma religião oficial e que tem um perfil mais comunitário, de ocidente, com um Estado liberal, laico e do oriente. Ao contrário, parece que o defensor do transconstitucionalismo pensa sempre nos mesmos modelos de Estado, o que conduz, pois, ao fracasso da teoria.

Por outro lado, o processo decisório que se verifica reiteradamente nas Cortes nacionais, quer as de primeira instância como na Suprema, é o de que se usa o diálogo entre Cortes como um argumento de autoridade, ou seja, inicialmente o decisor, de forma discricionária e com base no direito interno, efetua a sua decisão sobre a causa posta em julgamento para, somente depois, como forma de conferir maior força e credibilidade à decisão já tomada, cita decisões iguais às suas de outras Cortes supra e internacionais. Como o transconstitucionalismo, seria hábil a evitar algo de tal natureza? Nesse caso, na nossa opinião, não haveria jamais uma possibilidade de controle, o que inviabilizaria qualquer espécie de “diálogo” entre Cortes ou entre juízes.

#### **4 A trans-humanância jurídica**

Há ainda quem prefira apostar suas fichas no direito comunitário, com o marcante exemplo da Comunidade Europeia<sup>29</sup>, que comportaria uma espécie de “trans-humanância” jurídica, baseada na coordenação e caracterizada pela autonomia dessa ordem jurídica comunitária. Essa ordem jurídica pressupõe necessariamente a primazia do direito comunitário<sup>30</sup> sobre o direito interno de cada um

---

Marcelo. Acesso à justiça não é só o direito de ajuizar ações. Revista Consultor Jurídico, 12 de Julho de 2009, Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimde-entrevista-marcelo-neves-professor-conselheiro-cnj>.

29 DUPUY, Pierre-Marie. L'unité de l'ordre juridique international. Paris: Cours général de droit international public, 2000. p. 438.

30 Interessantes as observações de Marcelo Varella quanto ao tema: “A globalização trouxe uma nova complexidade para o processo de internacionalização do direito. Os autores modernos desta linha, como Dupuy, identificam o reforço do pacto constitucional criado quando da Carta da ONU e a maior efetividade da lógica constituinte dos anos quarenta. O novo ordenamento jurídico internacional seria centrado na Carta. A unidade jurídica internacional adviria do fortalecimento das relações internacionais, centradas em torno da família onusiana”.

dos estados membros e o direito comunitário seria autossuficiente.

Posiciona-se, para tanto, em prol de uma opção monista nas relações entre o direito internacional e o direito interno<sup>31</sup>. Mais uma vez, verifica-se que a prática tem contrariado severamente as teorias da unidade da ordem jurídica, pois a própria Corte Europeia criou mecanismos para manter a diversidade, especialmente a religiosa, entre seus estados-membros, como é o caso da margem nacional de apreciação, que tem incentivado as diferenças locais e demonstrado o fracasso da CEDH em estabelecer uma ordem jurídica única na seara dos direitos humanos, quando a religião motiva as diversidades.

## 5 A nova ordem mundial

Outra tese que prega uma sociedade mundial, com outras palavras, foi desenvolvida por Anne-Marie Slaughter e deu título ao seu livro homônimo “a new world order”. Segundo a autora, essa nova ordem mundial se faria presente por meio de uma tridimensionalidade intrincada de conexões entre instituições estatais desagregadas, composta por inumeráveis redes governamentais que incluiriam redes horizontais e verticais, que poderiam coletar e partilhar informações de todos os tipos, com objetivo de coordenação política, execução de cooperação, assistência e treinamento técnico e até mesmo para produção de normas, podendo ser bilaterais, plurilaterais, regionais ou globais, e formando a infraestrutura da governança global<sup>32</sup>.

A autora pretende, com a tese da nova ordem mundial, resolver o chamado paradoxo da globalização<sup>33</sup> ou o dilema coletivo global. A autora propõe um mecanismo que tenderia a evitar uma ordem mundial desregulada ou sem regulação suficiente e ainda que pudesse evitar uma autoridade global coerciva,

---

VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade. São Paulo: USP, 2012. p. 545.

31 DUPUY, Pierre-Marie. L'unité de l'ordre juridique international. Paris: Cours général de droit international public, 2000. p. 447.

32 SLAUGHTER, Anne-Marie. A new world order. Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2004a. p. 15.

33 A autora afirma ainda que o dilema da governança global pode, na realidade, ser caracterizado por um “trilema”: 1. Nós precisamos de regras globais; 2. Nós precisamos de regras globais sem um poder centralizado; 3. Nós precisamos de regras globais sem um poder centralizado mas com atores governamentais. SLAUGHTER, Anne-Marie. A new world order. Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2004a. p. 10.

assegurando, ao mesmo tempo, os benefícios da cooperação<sup>34</sup>. Explica que o paradoxo da globalização reside na necessidade de mais governo na escala mundial, mas ao mesmo tempo no temor em relação a tal governança<sup>35</sup>. As pessoas e seus respectivos governos ao redor do mundo necessitam de instituições globais que resolvam problemas coletivos que só podem ser pensados em escala global, tais como mercado global, imigração, redes de informações globais, armas de destruição em massa, desastres ambientais de magnitude global, que não podem ser satisfatoriamente solucionados por jurisdições nacionais.

Por outro lado, há sérias razões para que as pessoas e os governos respectivos têm a centralização de poder que um verdadeiro governo global implicaria, ou seja, um governo moldados pelos ideais até então existentes de soberania do Estado, com os atributos hobbesianos da soberania, especialmente o monopólio da violência legítima — coercibilidade, dotado do “enforcement” necessário para conferir à lei a característica de um comando genuíno. Dessa maneira, rejeita-se o sonho do governo mundial, seja agora ou no futuro, por ser inútil e indesejável, representando uma ameaça perigosa às liberdades individuais e à democracia<sup>36</sup>.

A solução apresentada, então oferece uma teoria que pretende um governo de redes, que se refere a arranjos cooperativos por meio das fronteiras, que atuariam como agências para responder a questões globais. Aponta-se que algumas sérias ameaças aos atuais estados-nações foram apresentadas por redes globais<sup>37</sup>, tais como a Al Qaeda e seus diversos seguidores por todo o mundo. Assim, afirma-se que uma nova ordem mundial de governança seria formada por redes internacionais (governamentais) no mundo globalizado. Por esse governo de redes, dever-se-ia entender agentes e agências regulatórias que alcançariam

---

34 SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2004a. p. 8.

35 GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Dialogando na multiplicação: uma aproximação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 1-9, jul./dez. 2012. p.1-9.

36 Nas palavras de Anne-Marie Slaughter: “Yet world government is both infeasible and undesirable. The size and scope of such a government presents an unavoidable and dangerous threat to individual liberty. Further, the diversity of the peoples to be governed makes it almost impossible to conceive of a global demos. No form of democracy within the current global repertoire seems capable of overcoming these obstacles” SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2004a. p. 8.

37 Como explicado pela autora e segundo ela, ameaças feitas por redes internacionais requerem respostas de redes internacionais: “networked threats require a networked response” SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2004a. p. 2.

outras da mesma espécie por meio das fronteiras nacionais e jurisdições nacionais. A função principal seria a troca de informações, que poderia chegar até mesmo à elaboração de direito comum.

No entanto, já se critica que a posição da autora não atende às características da soberania atualmente existente e que suas posições não são suficientemente seguras quanto aos benefícios decorrentes de um regime de cooperação transnacional, porque cada soberano calcularia seus próprios interesses e poderes sozinhos antes de se dispor à uma cooperação regulatória<sup>38</sup>, e tal problema não é enfrentado pela autora. Ademais, quando a autora menciona um governo mundial parlamentar, pressupõe uma democracia planetária, que não se sustenta. Em primeiro lugar, não se sustenta porque não há como se afirmar a igualdade técnica e de informação entre os supostos componentes desse governo parlamentar. O nível técnico, de informação e de formação de um membro do legislativo no Brasil, à guisa de exemplo, não pode ser comparado com o nível de um membro do legislativo nos Estados Unidos e demais países de primeiro mundo. Essa diferença é ainda mais acentuada quando os modelos de estado são distintas como, por exemplo, estado liberal e estado social.

Além disso, a autora pressupõe um internacionalismo liberal<sup>39</sup>, o que demonstra a opção de sua teoria, desde já, por um dos modelos de estado, em detrimento de outros modelos, o que está longe de se caracterizar como uma democracia<sup>40</sup>. O déficit de democracia de sua teoria está claramente demonstrado por sua opção de escolher um governo de redes como resposta exatamente a um atentado feito contra os Estados Unidos, tanto assim que ela diversas vezes cita o exemplo do 11 de setembro. Assim, o déficit em relação à democracia na teoria da governança global e a inexistência fática de isonomia entre os diversos atores

---

38 ANDERSON, Kenneth. Squaring the Circle? Reconciling Sovereignty and Global Governance through Global Government Networks (Review of Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*). *Harvard Law Review*, v. 118, p.1255-1312, jan. 2005. p. 8.

39 SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2004. p. 18.

40 A propósito, Anderson se manifesta no sentido de que: “Yet I cannot believe that over time — if the system of global governance proceeded as *A New World Order* proposes — the model could hope to sustain much democracy in decisions that actually mattered. Slaughter’s model strikes me as a proposal, on the contrary, for usurpation” ANDERSON, Kenneth. Squaring the Circle? Reconciling Sovereignty and Global Governance through Global Government Networks (Review of Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*). *Harvard Law Review*, Local, v. 118, n., p.1255-1312, jan. 2005.

governamentais globais demonstram a clara ilusão da teoria.

## 6 O diálogo de juízes

Não somente governos, redes e políticas são influenciados pela globalização. Também o judiciário e o comportamento de seus membros sofrem influência do fenômeno. Fala-se, então, na internacionalização do diálogo de juízes, definida como um desemparamento territorial do diálogo<sup>41</sup>, pois, apesar de não se olvidar que o juiz será sempre pertencente a um determinado território, ou seja, àquela jurisdição que lhe pertence, mas é levado, com a internacionalização e com a globalização, a um processo de abertura a outros procedimentos, decisões e instâncias judiciais, em um processo de diálogo que pode ser até mesmo multidimensional.

A noção é similar ao clássico conceito de comércio de juízes, consagrada por Antoine Garapon e Julie Allard da seguinte maneira:

Os juízes não se encontram apenas na vanguarda da elaboração de um direito comum ou de uma espécie de esperanto judicial, eles podem igualmente ser os instrumentos de uma luta de influência muito mais azeda. Apresentam-se, então, duas hipóteses em alternativa: podemos considerar o comércio entre juízes como um fator de alargamento do domínio ocidental, quiçá norte-americano, ou podemos concebê-lo como um fenômeno sujeito ao atrito entre a busca titubeante de um novo universalismo e a competição dos Estados pelo soft power. A fim de destrinçarmos estes dois cenários, tomemos como ponto de partida a distinção clássica entre as duas dimensões da função do juiz: por um lado, o imperium, isto é, o poder de impor uma solução às partes; por outro lado, a *jurisdictio*, por seu lado, tem a necessidade de convencer, de impor uma decisão coerente com normas e princípios. O primeiro procede do poder, a segunda advém da autoridade.<sup>42</sup>

O diálogo ou comércio de juízes pode ser orquestrado, quando houver uma relação de hierarquia identificável, ou seja, quando o diálogo ocorrer entre um juiz nacional e um juiz ou tribunal internacional<sup>43</sup>; ou pode ainda ser sem nexos. Nesse

41 BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundial*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 261-304, jan./jun. 2010.

42 ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*. Lisboa: Instituto Jean Piaget, 2005. p. 43.

43 Nas palavras de Laurence Burgorgue-Larsen: “O primeiro tipo de diálogo se insere no seio

segundo modelo<sup>44</sup>, o diálogo é marcado pela horizontalidade, não havendo, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre as cortes ou juízes que dialogam<sup>45</sup>.

No entanto, apesar da forte linha de pensamento que identifica o diálogo ou comércio de juízes como “o cimento do entendimento jurisdicional indispensável para o desenvolvimento de uma integração harmoniosa”<sup>46</sup>, o diálogo pode ser usado como um forte argumento de autoridade a justificar decisões tomadas antecipadamente, com base em critérios subjetivos. Suponhamos, à guisa de exemplo, o caso do aborto do feto anencéfalo, decidido há pouco tempo pelo Supremo Tribunal Federal: é possível que o julgador, citando uma diversidade de precedentes de outros países, tenha na realidade tomado a sua decisão antecipadamente, com base, por exemplo, em uma convicção religiosa, e ao invés de dialogar com outros juízes, utilize o argumento de autoridade de citar referência externa, em línguas, às vezes, dominadas apenas por ele, dificultando até mesmo o entendimento de seus pares, no caso de julgamento colegiado.

Essa necessidade de objetivar o discurso jurídico parece remontar à teoria

---

de um “sistema” jurídico – mais ou menos sofisticado – apresenta a forma da verticalidade, na medida em que ele se elabora entre um juiz internacional e um juiz doméstico. Aqui, é um conjunto de vinculações processuais específicas oriundas dos sistemas internacionais que dominam as ordens jurídicas internas que vão obrigar os juízes, assentados nas duas margens do espaço jurídico: a margem nacional e a margem supranacional, a conversar”. BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundial, Brasília, v. 7, n. 1, p. 261-304, jan./jun. 2010.

44 Sobre o tema, Ruitemberg Nunes Pereira menciona formas de comunicação transjudicial citando os diálogos horizontais e verticais. PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. Revista de Direito Internacional, Brasília v. 9, n. 4, p. 169-199. 2012. Número Especial: Internacionalização do Direito. Special Issue: Internationalization of Law.

45 A mesma autora prossegue: “O segundo tipo de diálogo se insere num espaço muito mais aberto, pelo fato de ser, em momento algum, ligado a um sistema específico. Aqui, juízes de todas as tendências se lançam em conversas judiciais na base de uma abertura espontânea ao mundo da justiça na sua globalidade internacional. O improviso epistolar judicial é obrigatório, mesmo se ele esconde, na realidade, múltiplos interesses. Estes juízes conversam quaisquer que sejam seus sistemas de pertencimento (internacional ou nacional) e seus ofícios (resolução dos litígios interestatais ou dos conflitos comerciais, sanção dos crimes internacionais, declaração das violações dos direitos do homem, controle de constitucionalidade, controle da ação administrativa, controle das ações particulares, etc.)”. BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundial, Brasília, v. 7, n. 1, p. 261-304, jan./jun. 2010.

46 BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundial, Brasília, v. 7, n. 1, p. 261-304, jan./jun. 2010.

da argumentação jurídica que, ao abraçar a dicotomia entre regras e princípios, fez ressurgir no pretense estado secular a discussão moral (se é que realmente um dia deixou de existir), que foge à racionalidade pura. A forma de justificação relativa aos princípios abre, portanto, mais uma vez, a porta ao discurso moral. O modelo juspositivista clássico é tido por reducionista, na medida em que tenta enquadrar todas possíveis condutas humanas em um código binário positivo-negativo, lícito-ilícito ou mandatório-permissivo<sup>47</sup>. A tentativa de criar uma teoria que propiciasse uma resposta correta para cada caso apreciado pelo direito e que excluísse qualquer outra opção alternativa encontrou algumas barreiras apontada por alguns<sup>48</sup>: 1 — a existência de lacunas no âmbito da decisão judicial, 2 — a presença de termos imprecisos ou fluidos na lei; 3 — no plano da argumentação jurídica, sempre haveria mais de um argumento igualmente forte para provar ao menos duas teses opostas.

É de se ver que a própria opção pela expressão de formalização do direito, acima mencionada, demonstra a força do positivismo e da racionalidade no campo jurídico, a recusa incessante de se fazer análises subjetivas, ainda que talvez esse seja exatamente o papel do julgador. De qualquer forma, o crescente interesse sobre o tema vem demonstrando que essa moralização do direito não pode mais ser negado. Exemplo disso é o movimento “Critical Legal Studies”, que surgiu a partir da “Conference on Critical Legal Studies”, em maio de 1977, nos Estados Unidos.

---

47 “O que parece ser atacado aqui é o espaço vazio ou desprovido de alguma forma de decisão justa que uma concepção positivista restritiva contém e que é abandonado, no momento da decisão, a mercê tão somente dos resultados de operações deontológicas baseadas apenas em regras pré-estabelecidas pelo ordenamento jurídico, seja por inclusão ou exclusão. Com isso, deixa-se de lado, tanto os standards ou padrões (tratados por Dworkin como princípios), advindos do campo da moral coletiva de uma comunidade, quanto as diretrizes de ordem política que fundam essa mesma comunidade pois estes elementos (da moral e da política) são totalmente estranhos a uma concepção de positivismo jurídico clássica ou ortodoxa. Ao contrário disso, para Dworkin, o direito congrega (ou como eles estabelecerá inter-relações), além das regras, diretrizes políticas e princípios morais”. Esse alcance de princípios morais pelo direito, essa “irritação” do sistema, na expressão de Luhmann, é chamada de deformação do direito. DUARTE, Francisco Carlos; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. O julgamento discricionário na teoria re Dworkin e a polêmica com as concepções Atienza e Aléxy. In: XVIII Encontro Nacional do CONPEDI/CESUMAR - Maringá Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/anais/36/06\\_1219.pdf](http://www.conpedi.org.br/anais/36/06_1219.pdf).

48 BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundial, Brasília, v. 7, n. 1, p. 261-304, jan./jun. 2010.

O ponto de partida do movimento foi a crítica à pretensa neutralidade do direito, sob o argumento que o direito reflete uma ideologia de poder e, assim, não é neutro. Na chamada segunda geração do Critical Legal Studies (“Second-Generation Critical Legal Studies Scholarship”), a atenção foi mais voltada ao processo de tomada de decisões judiciais e partiu-se então da premissa de que toda decisão judicial privilegia um determinado sendo em detrimento de outros possíveis<sup>49</sup>, não sendo também neutra. Nesse sentido, verifica-se uma vertente mais desconstrutivista, na qual se afirma que toda hierarquia, como o é o direito, pode ser destruída e invertida.

Fortes sentimentos morais influenciam o processo de tomada de decisão pelos magistrados, especialmente nos chamados “hard cases”, mas a racionalidade imposta pela ciência do direito e pela teoria da argumentação jurídica fez com que o estudo da influência desses sentimentos fosse ignorado pela ciência do direito. Com isso, para responderem os anseios de uma decisão estritamente objetiva e racional, com frequência os julgadores utilizam-se de artifícios para escapar do dever de fundamentar de forma honesta, isto é, indicando todos os fatores reais que embasaram a decisão — racionais, emocionais, religiosos e outros —, impedindo assim o pleno controle racional do ato jurisdicional. O diálogo ou comércio de juízes, nesse passo, ao invés de representar um efetivo diálogo, no sentido platônico do termo, poderia colaborar ainda mais para o subjetivismo das decisões judiciais.

## 7 Considerações Finais

Vive-se hoje um tempo de forte internacionalização dos direitos, e esse procedimento se verifica por diversas modalidades, não somente pela unificação, mas especialmente pelas teorias da harmonização e aproximação. Nessa seara, algumas teorias procuram explicar e oferecer modelos que pretendem ser uma resposta adequada à problemática da diversidade de ordens jurídicas.

Tomando-se as tensões existentes entre as liberdades individuais e as religiões, entendida a religião como um sistema cultural, verificou-se no presente artigo como essas teorias lidam com o tema. Nesse tear, a proposta de uma

---

49 Aoki, Keith. Critical Legal Studies, Asian Americans in U.S. Law & Culture, Neil Gotanda, and Me. Asian American Law Journal, v. 4, n. 1, p.19-66, 1997.

comunidade mundial de valores tenta evitar o fundamentalismo jurídico, ao mesmo tempo admitindo a interpretação variável no espaço e no tempo<sup>50</sup>, reconhecendo que o 11 de setembro retomou a questão do choque de civilizações e colocou os direitos culturais no centro do debate sobre a mundialização<sup>51</sup>, mas pretende conciliar o princípio da igual dignidade entre as diversas culturas com o princípio de que não se pode invocar a CEDH para atentar contra os direitos do homem ou as liberdades fundamentais.

O transconstitucionalismo, por seu turno, busca de “pontes de transição”<sup>52</sup>, que poderiam conduzir a um sistema mundial de níveis múltiplos, e que conduziria à solução dos problemas jurídicos mais relevantes, mediante entrelaçamentos transconstitucionais entre ordens jurídicas diversas. Essa tese, segundo alguns, comportaria a rejeição tanto do modelo hierárquico quanto a simples constatação da fragmentação do direito<sup>53</sup>.

Há ainda quem prefira apostar suas fichas no direito comunitário, com o marcante exemplo da Comunidade Europeia<sup>54</sup>, que comportaria uma espécie de “trans-humânica” jurídica, baseada na coordenação e caracterizada pela autonomia dessa ordem jurídica comunitária. Essa ordem jurídica pressupõe necessariamente a primazia do direito comunitário<sup>55</sup> sobre o direito

---

50 DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers une communauté de valeurs?* Paris: Éditions du Seuil, 2011. p. 189.

51 DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers une communauté de valeurs?* Paris: Éditions du Seuil, 2011. p. 193.

52 DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers une communauté de valeurs?* Paris: Éditions du Seuil, 2011. p. 128.

53 Nesse particular ponto, a meu ver, reside a principal questão da obra de Marcelo Neves, com efeito, o autor afirma que “as controvérsias sobre os direitos humanos decorrem da possibilidade de leituras diversas do conceito, da pluralidade conflituosa de interpretações/concretizações das normas e da incongruência prática dos diferentes tipos de direitos humanos” e que “é nesse contexto que toma significado especial o transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, que corta transversalmente ordens jurídicas dos mais diversos tipos, instigando, ao mesmo tempo, cooperação e colisões” (*ibid.*, p. 277.). Do que serviria, então, esse transconstitucionalismo caracterizado pelo diálogo entre cortes e que pressupõe uma simetria das formas, se ele não tem a pretensão de conduzir à eliminação da colisão entre as diversas interpretações dos conceitos fluidos dos direitos humanos, mas sim de estimular a colisão?

54 DUPUY, Pierre-Marie. *L'unité de l'ordre juridique international*. Paris: Cours général de droit international public, 2000. p. 438.

55 Interessantes as observações de Marcelo Varella quanto ao tema: “A globalização trouxe uma nova complexidade para o processo de internacionalização do direito. Os autores modernos desta linha, como Dupuy, identificam o reforço do pacto constitucional criado quando da Carta da ONU e a maior efetividade da lógica constituinte dos anos quarenta. O novo orde-

interno de cada um dos estados membros e o direito comunitário seria autossuficiente.

Fala-se ainda na nova ordem mundial, que se faria presente por meio de uma tridimensionalidade intrincada de conexões entre instituições estatais desagregadas, composta por inumeráveis redes governamentais que incluiriam redes horizontais e verticais, que poderiam coletar e partilhar informações de todos os tipos, com objetivo de coordenação política, execução de cooperação, assistência e treinamento técnico e até mesmo para produção de normas, podendo ser bilaterais, plurilaterais, regionais ou globais, e formando a infraestrutura da governança global<sup>56</sup>.

Por fim, tem-se ainda o diálogo de juízes ou comércio de juízes, que se revela tanto por meio de uma verticalidade, em relação à qual juízes citariam outros juízes ou tribunais a que se vinculam, ou por meio de uma horizontalidade, na qual haveria plena liberdade de diálogo livre, verdadeiramente aberto, no qual qualquer juiz ou tribunal mencionaria outro juiz ou tribunal. A saída parece ser encantadora e se revelar como uma alternativa saudável e adequada às tensões entre liberdades individuais e as diversidades religiosas e culturais. Todavia, é necessária uma precaução para que se evite a utilização do diálogo de juízes como argumento de autoridade, no qual somente são citados os outros juízes ou tribunais que pensam exatamente igual ao citador, e ainda no qual o diálogo é feito “a posteriori”, ou seja, somente após o encerramento do processo de tomada de decisão, mascarando-se, assim, os subjetivismos que a teoria da argumentação jurídica buscou evitar.

## Referências

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*. Lisboa: Instituto Jean Piaget, 2005.

---

namento jurídico internacional seria centrado na Carta. A unidade jurídica internacional adviria do fortalecimento das relações internacionais, centradas em torno da família onusiana”. VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. São Paulo: USP, 2012. p. 545.

56 SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2004a. p. 15.

ALVES, Elder Patrick Maia. Diversidade cultural, patrimônio cultural material e cultura popular: a Unesco e a construção de um universalismo global. *Revista Sociedade e Estado*, v. 25, n.3, p.539-560, set./dez. 2010.

ANDERSON, Kenneth. Squaring the Circle? reconciling sovereignty and global governance through global government networks (Review of Anne-Marie Slaughter, a New World Order). *Harvard Law Review*, v. 118 p. 1255-1312, jan. 2005.

AOKI, Keith. Critical Legal Studies, Asian Americans in U.S. Law & Culture, Neil Gotanda, and Me. *Asian American Law Journal*, v. 4, n. 1, p.19-66, 1997

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundial*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 261-304, jan./jun. 2010.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers une communauté de valeurs?* Paris: Éditions du Seuil, 2011.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Os domínios recalcitrantes do direito internacional: diversidade moral e religiosa no direito penal como óbice ao direito comum: o caso do aborto do feto anencéfalo. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n.4, p.201-27, dez. 2012.

DUARTE, Francisco Carlos; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. O julgamento discricionário na teoria de Dworkin e a polêmica com as concepções Atienza E Aléxy. In: XVIII Encontro Nacional do CONPEDI/CESUMAR - Maringá Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/anais/36/06\\_1219.pdf](http://www.conpedi.org.br/anais/36/06_1219.pdf).

DUPUY, Pierre-Marie. *L'unité de l'ordre juridique international*. Paris: Cours général de droit international public, 2000.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Dialogando na multiplicação: uma aproximação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 1-9, jul./dez. 2012.

LOPES, Carla Patrícia F. Nogueira. Internacionalização do direito e pluralismo. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n.4, p.229-247, dez. 2012.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NEVES, Marcelo. Acesso à justiça não é só o direito de ajuizar ações. *Revista Consultor Jurídico*, Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimde-entrevista-marcelo-neves-professor-conselheiro-cnj>.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília v. 9, n. 4, p. 169-199, 2012. Número Especial: Internacionalização do Direito. Special Issue: Internationalization of Law.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia. (Org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 3-46.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2004.

VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. São Paulo: USP, 2012.



# 6 ESTRUTURAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS

Gianpaolo Poggio Smanio<sup>1</sup>

## 1 Introdução

Pretendemos analisar neste artigo, como contribuição para o aprofundamento do “diálogo entre juízes”, a posição constitucional do Ministério Público, determinada na Constituição Federal Brasileira de 1988, a sua estruturação no ordenamento jurídico brasileiro e a sua relação com a efetividade do acesso à justiça e à defesa dos direitos sociais e coletivos.

Discutiremos e proporemos, também, um modelo de estruturação do Ministério Público, principalmente dos Ministérios Públicos Estaduais, que permitam um avanço desta efetividade e defesa de direitos.

Para estabelecer um diálogo entre as diversas ordens jurídicas existentes nos países, notamos, ainda a título de mera introdução, que há diversos modelos de estruturação da Instituição do Ministério Público.

Escolhemos apontar, neste momento, três sistemas básicos que são adotados em três diferentes países da Europa Continental, quais sejam a Itália, a Alemanha e Portugal, e que consubstanciam o necessário para o diálogo com a sistemática do direito brasileiro, que recebeu influência direta desses sistemas europeus, mas apresenta configuração diversa e peculiar da Instituição do Ministério Público, atendendo a questões históricas e sociais da redemocratização brasileira, a partir da Constituição de 1988.

A escolha desses três modelos se deve também ao fato de que dois repre-

---

<sup>1</sup> Subprocurador Geral de Justiça Institucional do Ministério Público do Estado de São Paulo, Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP, Coordenador da Pós Graduação “Stricto Sensu” da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor Adjunto da Universidade Presbiteriana Mackenzie e Professor Convidado da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.

sentam situações opostas (Itália e Alemanha), e um representa sistema intermediário (Portugal) a partir das quais outros sistemas se organizam com suas diferenças e particularidades.

A partir da fixação desses modelos, nesta análise introdutória, e da discussão mais pormenorizada do modelo brasileiro, no curso do presente texto, poderemos fazer uma releitura da Instituição do Ministério Público e sua contribuição para o acesso à justiça e a garantia dos direitos fundamentais.

Primeiramente, o modelo Italiano confere autonomia ao Ministério Público, que faz parte do Poder Judiciário, bem como a seus membros que são qualificados como magistrados, submetidos ao mesmo regime e disciplina dos juízes. Mas a atuação do Ministério Público é marcada na persecução penal, na propositura de ações de natureza penal.

De outra parte, como se vê pela própria nomenclatura que recebem, os membros do Ministério Público integram o Poder Judiciário e exercem as funções de magistrados-requerentes, em contraposição aos chamados magistrados-judicantes (que tem o poder de dizer o direito no caso concreto).

Já o modelo alemão organiza o Ministério Público como parte do Poder Executivo, como um órgão da administração da justiça. Não pertence ao Poder Judiciário, mas tem uma estruturação própria decorrente do Sistema de Justiça Criminal, não sendo regido pelas mesmas regras da administração pública. É uma instituição hierarquizada, onde seus membros não possuem autonomia, como possuem os juízes, devendo obedecer a ordens superiores do Procurador-Geral ou do Ministro da Justiça, evidentemente dentro dos critérios de objetividade e legalidade.

Convém observar que o Ministério Público segue duas estruturas distintas: uma delas federal e a outra estadual, que funcionam de maneira independente. Na primeira hipótese, o Procurador-geral da Federação, que tem sob sua chefia Promotores Federais, está hierarquicamente abaixo do Ministro Federal de Justiça; na segunda hipótese, o Procurador-geral de Justiça do Estado, chefe dos Promotores de Justiça Estaduais, está sob as ordens do Ministro da Justiça do Estado Federado.

O modelo Português, por sua vez, também traz o Ministério Público como um órgão autônomo da administração da justiça, independentemente do Poder Judiciário, atuante no sistema criminal, mas cuja atividade não se traduz nem na

função judicial, nem a função executiva comum, devendo seus membros agir de acordo com os princípios da objetividade e da legalidade. Embora sujeito ao poder hierárquico do Ministro da Justiça, este faz parte do Poder Executivo e não é órgão da administração da justiça, dando ao Ministério Público caráter híbrido.

Vamos desenvolver a seguir a análise do modelo brasileiro.

Ainda como introdução, apontamos que o Sistema Judicial Brasileiro se divide em Federal e Estadual, com atribuições e competências diversas e determinadas pela Constituição Federal, sendo que o Ministério Público acompanha esta divisão, de acordo com o princípio federativo, existindo Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual, sem hierarquia entre as instituições ministeriais.

## **2 O posicionamento constitucional do Ministério Público no Brasil e a garantia da efetivação da justiça**

A seção dedicada ao Ministério Público na Constituição Federal de 1988 insere-se ao final do Título IV – Da Organização dos Poderes, no seu Capítulo III – Das Funções Essenciais à Justiça.

O legislador constituinte brasileiro, em relação ao respeito à teoria de freios e contrapesos (*checks and balances*), criou o Ministério Público como um órgão autônomo e independente deslocado da estrutura de qualquer dos Poderes do Estado, um verdadeiro fiscal da perpetuidade da Federação, da Separação de Poderes, da legalidade e moralidade pública e do regime democrático.

A Constituição Federal brasileira conferiu importantes funções e garantias institucionais ao Ministério Público impedindo a ingerência dos demais Poderes do Estado em seu funcionamento.

O Artigo 127, § 1º, da Constituição Federal, dispõe como um dos princípios institucionais, ao lado da unidade e indivisibilidade, a independência funcional, significando que os órgãos do Ministério Público são independentes no exercício de suas funções, atuando sem subordinação a qualquer outro órgão ou Poder, devendo obedecer à Constituição e às leis.

A independência e autonomia do Ministério Público o credenciam para o efetivo desempenho de uma magistratura ativa de defesa impessoal da ordem jurídica democrática e dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

As garantias constitucionais do Ministério Público foram conferidas pelo

legislador constituinte objetivando o pleno e independente exercício de suas funções.

O artigo 127, §§ 2º a 6º, da Constituição Federal, estabelece as garantias de autonomia funcional, administrativa e financeira do Ministério Público.

A autonomia funcional significa que o Procurador-Geral e os outros órgãos da instituição submetem-se unicamente aos limites determinados pela Constituição e pelas leis, não estando subordinados a nenhum dos Poderes do Estado.

A autonomia administrativa significa que o Ministério Público poderá propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos.

A autonomia financeira permite ao Ministério Público a elaboração de sua proposta orçamentária e após sua aprovação legislativa, executá-la, dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93) especifica a autonomia administrativa e financeira da instituição, permitindo que realize atos próprios de gestão, como decidir sobre a situação funcional e administrativa de seu pessoal ativo e inativo, da carreira e serviços auxiliares, organizados em quadro próprio, elaborar suas folhas de pagamento, adquirir bens e contratar serviços, dentre outros atos decorrentes.

Para que o Ministério Público possa ter seus representantes atuando com liberdade e imparcialidade, efetivando a independência e autonomia da instituição, o legislador constituinte também previu garantias aos Promotores e Procuradores, no artigo 128, § 5º, I, da CF: a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos.

A vitaliciedade garante ao membro do Ministério Público que somente perderá seu cargo por decisão judicial com trânsito em julgado. A vitaliciedade é adquirida após o estágio probatório de dois anos de efetivo exercício da carreira.

A inamovibilidade significa que uma vez titular do cargo, o membro do Ministério Público somente poderá ser removido ou promovido por iniciativa própria, salvo na hipótese do motivo de interesse público após decisão do órgão colegiado competente, pela maioria absoluta de seus membros, assegurada a ampla defesa.

A irredutibilidade de vencimentos garante que o subsídio do membro do Ministério Público não possa ser reduzido como forma de pressão, garantindo-lhe o livre exercício de suas atribuições.

Fixadas todas as garantias de exercício funcional à Instituição e a seus membros, são conseqüentemente fixadas as garantias do acesso à Justiça, dentro dos direitos consagrados à atuação e defesa por parte do Ministério Público.

Essa garantia de acesso à Justiça não pode ser confundida com a garantia de judicialização das demandas por parte do Ministério Público. A função essencial do Ministério Público é garantir a Justiça, ou seja, a efetivação dos direitos assegurados pela Constituição aos cidadãos e para isso tomar todas as medidas necessárias perante os Poderes da República e os demais órgãos do Estado.

A função do Ministério Público não pode se restringir à propositura de ações perante o Judiciário, que é apenas uma das medidas possíveis para efetivação da Justiça. Deve o Ministério Público buscar a resolução dos conflitos e assegurar os direitos violados por todos os meios ao seu alcance e perante todas as Instituições do Estado e da sociedade.

### **3 O Ministério Público brasileiro e a defesa da cidadania**

Nossa Constituição Federal inovou na dimensão conceitual da cidadania ao vincular sua afirmação ao exercício dos direitos fundamentais, incluindo essa expressão de cidadania como fundamento da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, inciso II.

Da mesma forma, em seu artigo 3º, inciso I, a Constituição Federal constituiu como objetivo fundamental da república federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Podemos afirmar que a Constituição Federal de 1988 conferiu maior amplitude ao significado da cidadania, para além do vínculo de nacionalidade, da possibilidade de votar e ser votado, ampliando o seu conceito e afirmando uma nova dimensão política de cidadania, como expressão de direitos fundamentais e solidariedade.

A cidadania significa ser titular e sujeito de direitos, bem como poder concretizá-los de forma a obtenção da plenitude da dignidade humana e do pleno desenvolvimento das potencialidades do ser humano.

A cidadania precisa ser inclusiva, não se admitindo mais as desigualdades sociais e a privação de direitos causadoras da marginalização social de camadas da população brasileira.

Os direitos civis, políticos, sociais e coletivos fazem parte dessa concepção de cidadania adotada pela Constituição Federal, como se fossem suas verdadeiras dimensões.

Uma sociedade justa e solidária pressupõe o dever jurídico da sociedade de garantir a conquista de pleno exercício da dignidade humana e do mínimo existencial a todos os cidadãos brasileiros.

A Carta Magna também inovou na concepção dos Poderes do Estado, ao romper com o imobilismo da doutrina da separação de poderes, atribuindo ao Ministério Público a defesa dos fundamentos da República Brasileira, da sua ordem jurídica, do regime político democrático e dos direitos sociais, coletivos e individuais indisponíveis, como função essencial à concretização da justiça social.

O Ministério Público pode tomar todas as medidas necessárias perante todos os poderes e órgãos do Estado para a efetivação dos direitos e garantias de que é defensor.

A Constituição Federal, dessa forma, também inovou ao dotar a Instituição do Ministério Público de instrumentos para a efetivação dos direitos assegurados na Constituição aos brasileiros, como o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública, dentre outros.

Assim, assume o Ministério Público, por mandamento constitucional a defesa da cidadania, devendo assegurar seus direitos fundamentais, bem como o regime jurídico estabelecido em sua defesa pela Constituição Federal.

#### **4 O Ministério Público e a defesa dos direitos sociais no Brasil**

O Artigo 127 da Constituição Federal incumbiu ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Basta anotarmos o rol dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, como a educação, a saúde, a moradia, a segurança, dentre outros, para notarmos a dificuldade de sua efetivação em nosso país.

A garantia dos direitos sociais não está dada como um fato em nossa so-

cidade, por diversas razões históricas, sociais e econômicas, que nesse curto espaço do artigo não conseguiremos analisar, mas afirmamos a consciência do déficit social e da insuficiência de condições para o exercício dos direitos sociais em que permanecemos.

Da mesma forma, há uma dificuldade e uma complexidade enormes na judicialização das demandas referentes aos direitos sociais, que exigem, em regra, uma prestação positiva por parte do Estado, uma atuação efetiva para o exercício desses direitos. Atuação que envolve custos e recursos, que devem ser mensurados e quantificados nas ações judiciais.

Outra enorme dificuldade advém dos procedimentos judiciais, que não estão aptos para essas demandas coletivas e sociais de direitos. As ações coletivas, dentre elas o principal instrumento que é a ação civil pública, ainda não encontram solução adequada para o atendimento dos direitos sociais. Sequer o Poder Judiciário está suficientemente aparelhado para tomar as decisões necessárias a respeito.

Há, inclusive, questionamento essencial sobre a adequação e atribuição do Poder Judiciário para tratar e resolver estas questões dos direitos sociais.

De forma, que o Ministério Público, atuando como garantidor da efetivação dos direitos sociais deve optar por resolver as demandas juntamente aos órgãos e Poderes do Estado, deixando a sua judicialização como último recurso garantidor dos direitos sociais.

## **5 As funções constitucionais do Ministério Público na Constituição Federal brasileira de 1988**

A Constituição Federal de 1988 ampliou consideravelmente as funções do Ministério Público, transformando sua natureza, tornando-o um verdadeiro defensor da sociedade.

Primeiramente no aspecto penal, que detém a titularidade exclusiva da ação penal pública, nos termos da lei, conforme o artigo 129, I, da CF, o que inclui os poderes de investigação penal para a colheita dos elementos indispensáveis à formação da opinião sobre o delito.

Mas a defesa da sociedade não se restringiu aos aspectos penais, abrangendo também os civis, destacando-se os incisos II e III, do referido artigo 129,

da CF. O Ministério Público recebeu da Constituição a titularidade de defesa dos direitos constitucionais perante os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública, podendo promover as medidas necessárias à garantia destes direitos.

Também recebeu instrumentos eficazes para a defesa do Patrimônio Público e Social, do meio ambiente e dos demais direitos e interesses difusos e coletivos, como o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública.

Conforme já ressaltamos, o artigo 127 da Constituição Federal dispõe ser o Ministério Público garantidor do regime democrático e da ordem jurídica, o que legitima a instituição a servir de mediadora para as reivindicações dos movimentos sociais perante os órgãos e poderes do Estado.

Nosso país enfrenta momento desafiador de reivindicação de direitos, de cobrança de eficiência da prestação de serviços essenciais pelo Estado e seus organismos, movimento que é necessário para a redução da desigualdade social e para o amadurecimento de nossa democracia.

O Ministério Público tem por função constitucionalmente estabelecida zelar pela democracia e pelo Estado de Direito e possui instrumentos e legitimidade para atuação decisiva e fundamental neste momento histórico do país.

## **6 Os desafios para a atuação do Ministério Público e a efetivação da justiça**

Esse fortalecimento permanente do Ministério Público traduz um fortalecimento da sociedade brasileira que encontra nos Promotores e Procuradores de Justiça seus representantes perante os Poderes do Estado, para que sejam efetivados os direitos assegurados na Constituição Federal.

Se a cidadania é o direito a ter direitos, conforme nos mostrou Hannah Arendt, em seu livro *As Origens do Totalitarismo*, assegurar o exercício desses direitos significa efetivar a cidadania, que não pode ser um mero enunciado formal. Essa é a principal missão constitucional do Ministério Público, para fazermos frente aos desafios deste século XXI para o nosso país.

Conforme relatório divulgado pelo Banco Mundial, em 29 de abril de 2014, o Brasil ocupa a 7ª posição na economia mundial, à frente da França e Reino Unido, o que mostra a força de produção econômica dos brasileiros.

No entanto, nosso Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) divulga-

do pelas Nações Unidas, para 2013, que leva em consideração dados de saúde, educação e renda, nos coloca apenas na 79ª posição entre os 187 países, além de apontar elevado índice de Desigualdade Social.

O último Censo Demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), de 2010, mostrou que 11,4 milhões de brasileiros vivem em chamados aglomerados subnormais, ou seja, em favelas, palafitas, etc., o que significa 6% da população brasileira sem condições dignas de moradia, pessoas concentradas nas regiões metropolitanas.

Esses dados nos mostram que a democracia brasileira muito construiu a partir da Constituição de 1988, mas ainda há muito a fazer para que os brasileiros adquiram sua cidadania plena.

Celso Furtado, em ensaio chamado “A busca de um novo horizonte utópico”, publicado no final do século passado, em 1999, anotava que o modelo econômico adotado pelo mundo globalizado levaria a crises de custo social crescente e que isso exigiria um esforço comum de reconstrução institucional para este nosso século.

Os brasileiros vêm realizando grande esforço em aperfeiçoar suas instituições democráticas, de forma a enfrentar as crises do momento atual, com avanços significativos, embora ainda insuficientes, como vimos.

Inseridas nesse contexto, as atribuições do Ministério Público passam a ser fundamentais para o aperfeiçoamento institucional e democrático de nosso país, propiciando, assim, melhores condições de enfrentamento de todas as demandas sociais.

A vertente de atuação do Ministério Público, inserida nesse contexto de aperfeiçoamento institucional, refere-se à proteção dos interesses difusos e coletivos, sob a perspectiva dos direitos fundamentais do ser humano, através da atuação referente aos Inquéritos Cíveis.

Os Inquéritos Cíveis hoje correspondem a um instrumento não só do Ministério Público, mas, sobretudo, da sociedade, que canaliza seus anseios de justiça social e garantia de direitos sociais para a atuação da nossa Instituição.

Por meio dos Inquéritos Cíveis é possível encontrar solução consensual para os conflitos existentes, realizando o Ministério Público e os envolvidos e/ou investigados, o chamado Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), evitando-se, assim, a judicialização das questões, efetivando solução mais ágil e eficaz aos

problemas encontrados.

No entanto, O Ministério Público precisa garantir à sociedade a Unidade e Eficiência de sua atuação, que também são princípios institucionais a serem observados.

Deve prestar contas de sua atuação à sociedade como garantidor de soluções para os conflitos sociais, diminuindo a ainda enorme distância entre os direitos formalmente definidos e as práticas cotidianas.

A integração na atuação dos órgãos de execução da Instituição do Ministério Público é também desafio que cabe enfrentar neste momento para garantir a eficiência da atuação ministerial.

## **7 As novas formas de atuação do Ministério Público**

Dentro desses desafios propostos, devemos buscar a atuação estratégica do Ministério Público, para a consecução das suas finalidades institucionais de proteção de direitos. Esta estratégia pressupõe atuação conjunta, harmônica e eficaz, que compatibilize as garantias institucionais de unidade, indivisibilidade, independência funcional.

A primeira e segunda instâncias do Ministério Público, que atuam perante os juízes e os Tribunais, respectivamente, devem se aproximar para atuação integrada, buscando estratégias conjuntas para o enfrentamento das questões jurídicas em que atuam, sem abandono de suas funções institucionais próprias.

Os órgãos de Administração Superior do Ministério Público como a Procuradoria-Geral, o Conselho Superior e a Corregedoria Geral, devem buscar unificação de entendimentos, para embasar a atuação de toda a Instituição.

Os fenômenos de nossa realidade são plurais, multifacetários, exigindo atuação integrada de várias áreas do Ministério Público, para oferecimento de solução conjunta, abrangente de todos os aspectos da questão social e jurídica.

Foram então criados no Ministério Público do Estado de São Paulo os *Programas de Atuação Integrada – PAI*, envolvendo várias Promotorias de Justiça, para atuação, por exemplo, na violência existente no futebol, ou na sonegação fiscal e pirataria. Atuam em conjunto as Promotorias Criminais, de Infância e Juventude, do Consumidor, Urbanismo, dentre outras, buscando, juntamente com órgãos do Estado e da Prefeitura, além da sociedade civil, soluções para os

problemas encontrados.

São inúmeras as vantagens desta atuação integrada. A agilidade das decisões e da utilização dos instrumentos jurídicos de atuação. O debate e a percepção de todos os ângulos das questões sociais e jurídicas envolvidas. A unidade da atuação do Ministério Público, direcionando todos os demais órgãos e empresas envolvidos, que são chamados a participar dos debates e das soluções encontradas.

Também foram criados os *Projetos Especiais* de atuação, para circunstâncias emergenciais nas Comarcas ou para hipóteses de mudanças legislativas, a exigirem, conforme conveniência dos Promotores Naturais, atuação conjunta de Promotores de Justiça especializados nas questões a serem tratadas.

As situações emergenciais podem ser causadas desde por enchentes e outros problemas climáticos, até por criação de novos estabelecimentos de execução penal, passando por questões de improbidade administrativa ou de crime organizado. Essas situações recebem tratamento conjunto e especializado, alcançando maior eficiência a atuação ministerial.

Outra inovação nas formas de atuação do Ministério Público é a formação dos *Núcleos de Redes* para atendimento social de diversas questões em que há necessidade da intervenção da Instituição. Por exemplo, na atuação referente à Violência Doméstica, as vítimas encontram, além do tratamento jurídico da questão, apoio e tratamento médico e psicológico, dentre outros, formando rede de atendimento jurídico e social, a partir da atuação do Ministério Público.

A questão da violência doméstica é extremamente delicada e a atuação do Ministério Público não pode ficar resumida à atuação criminal, posto envolver além da mulher vítima das agressões, a família, em seus aspectos econômicos e sociais, envolvendo ainda as questões atinentes às crianças e adolescentes, também vitimados com a situação. As soluções adequadas devem ser encontradas, portanto, em outras áreas do direito e não apenas na área penal. Os direitos da Infância e Juventude, os direitos de Família também são necessários para este enfrentamento adequado. Isso sem falar nos aspectos sociais, médicos e psicológicos, podendo ser encontradas soluções bem mais satisfatórias em áreas não jurídicas.

As questões dos drogados e alcoólatras, envolvendo os crimes de tráfico de drogas e de trânsito também recebem tratamento em Núcleo de Rede, no Ministério Público do Estado de São Paulo, em pioneira formação na região de Ri-

beirão Preto, pois é necessário tratamento e internação médico hospitalar, apoio às famílias e vítimas e também para a recuperação dos réus.

Outra importantíssima modificação na forma de atuação do Ministério Público é a *Regionalização das Promotorias de Justiça*, que deve ser estimulada, para fazer frente às questões que abrangem diversas Comarcas e regiões do Estado, merecendo tratamento único e de maior eficiência, sempre em atuação conjunta com as Promotorias locais.

A integração da atuação do Ministério Público deve alcançar todo o país, abrangendo os Ministérios Públicos Estaduais e o Ministério Público Federal, devendo ser utilizadas e aperfeiçoadas as instâncias interinstitucionais para discussão, planejamento e decisão da melhor forma de atuação conjunta.

Este planejamento abrange o estabelecimento de políticas públicas de atuação institucional. Também, em São Paulo, foi criado o *Núcleo de Políticas Públicas* do Ministério Público, para debate com toda a classe dos Promotores e Procuradores de Justiça e com diversos órgãos da sociedade civil e do Estado para que possamos aperfeiçoar nosso entendimento e estudo das várias questões a serem enfrentadas e formularmos proposta de atuação prioritária por parte do Ministério Público.

## **8 A busca de um modelo de estruturação do Ministério Público capaz de alcançar maior efetividade em sua atuação**

Partimos do pressuposto de que há insuficiência do modelo atual pelo qual o Ministério Público se organiza para enfrentar demandas sociais apresentadas neste século XXI. O modelo do Promotor de Justiça atuando na Comarca, órgão de execução organizado segundo a competência territorial do Magistrado, está apto a resolver as demandas de natureza local, mas precisa ceder lugar a um modelo próprio de organização do Ministério Público capaz de fazer com que seja alcançada maior efetividade e eficiência na sua atuação frente às questões que envolvem os direitos sociais e coletivos.

Neste campo do atendimento aos Direitos Sociais precisamos encontrar um modelo que fomente a composição dos conflitos, sem a necessidade de judicialização das questões e mais do que isso, precisamos buscar uma forma de atuação do Promotor de Justiça que fosse sempre contemporânea ao dano, até mesmo impe-

dindo a ocorrência dos danos.

Entendemos que o atual modelo de atuação do Ministério Público que espelha a estrutura judicial de divisão espacial em Comarcas já não contempla as necessidades de atuação da Instituição, especialmente nas demandas de natureza coletiva.

Não precisamos desconsiderar totalmente o espaço tradicional da Comarca, que encontra efetividade para determinados tipos de atuação e não precisa ser alterado, como, por exemplo, no Tribunal do Júri, no combate à criminalidade de menor potencial ofensivo, nas causas de direito de família, na tutela dos interesses individuais indisponíveis de crianças e adolescentes, de idosos, enfim na tutela de interesses locais.

No entanto, essa não deve ser a única estruturação espacial da Instituição e já demonstra descompasse com os desafios institucionais.

As demandas dos chamados novos direitos, de natureza difusa e coletiva, não encontram completo respaldo na estrutura administrativa atual. As regiões metropolitanas, a descentralização administrativa do Poder Executivo, com regionalização do atendimento e dos serviços, impõem um novo modelo de atuação para as questões que exigem a intervenção do Ministério Público.

Garantia dos Direitos e Serviços de Transporte, Educação, Meio Ambiente e Saúde, por exemplo, são questões que demonstram a necessidade de um novo modelo espacial de atuação funcional.

Além da necessária reestruturação da atuação espacial institucional, pretendendo uma regionalização das Promotorias de Justiça, outras modificações devem ser realizadas de reforma institucional, para atender as demandas de acesso à justiça, que não pode ser confundida com acesso ao Poder Judiciário.

O aperfeiçoamento institucional, em nossa opinião, deverá abranger aperfeiçoamento funcional dos Promotores de Justiça, especialização de atuação das Promotorias de Justiça, implementação efetiva de Planos de Atuação e descentralização dos Centros de Apoio e Corpo Técnico.

A necessidade de especialização e aperfeiçoamento funcional dos órgãos de execução visa assegurar maior eficácia no enfrentamento destas questões sociais referidas, garantindo direitos da cidadania, principalmente para a população vulnerável e hipossuficiente.

Precisamos levar em conta as condições socioeconômicas regionais, os índices de desenvolvimento humano, a complexidade dos temas que muitas vezes

exigem conhecimento multidisciplinar e a atuação integrada de vários órgãos de execução. Inclusive há complexidade nos temas que estão interligados no mesmo espaço urbano e territorial, havendo influência de uma solução em outra e vice-versa, como população de rua e moradia, transporte urbano e trabalho, meio ambiente e desenvolvimento econômico da região.

Todas essas questões devem ser enfrentadas de acordo com os Princípios Constitucionais do Ministério Público, como o Princípio do Promotor Natural e da Independência Funcional, de forma a garantir a atuação do Promotor de Justiça como agente político de acordo com o perfil traçado pela Constituição Federal ao Ministério Público.

## 9 Conclusão

A Constituição Federal de 1988, que teve como característica a participação da sociedade civil organizada, através dos movimentos sociais, encontrou no Ministério Público uma instituição capaz de se estruturar para a defesa dos direitos da cidadania e da democracia e ser o veículo para a defesa e garantia desses e de outros direitos fundamentais.

O Ministério Público no Brasil não se limita a atuação na área penal, propondo as ações penais públicas e realizando a persecução penal no sistema acusatório, possuindo atuação bem mais ampla na defesa dos direitos coletivos.

Para tanto, a Constituição Federal dotou o Ministério Público de garantias e instrumentos para efetivar as suas funções, fortalecendo, assim, a própria sociedade, pois a instituição passou a ser defensora dos seus direitos perante os Poderes e demais órgãos do Estado.

Para esse Século XXI, o Ministério Público encontra permissão constitucional para realizar novas formas de atuação funcional, atendendo à contemporaneidade social, as exigências da complexidade e multiplicidade dos conflitos existentes.

Sistematizando essas novas formas de atuação, notamos a busca da integração dos órgãos do Ministério Público, para maior eficácia da atuação institucional, na defesa dos direitos e interesses da sociedade, de que passou a ser guardião, bem como para o encontro de atuação que permita a solução dos conflitos sem recorrer à via judicial, através de soluções consensuais.

A percorrer estes caminhos o Ministério Público será, sem dúvida, uma instituição capaz de continuar a oferecer ao cidadão e à sociedade brasileira deste século, proteção eficiente aos seus direitos e interesses, aperfeiçoando nossa democracia e Estado de Direito.

## Referências

- ARENDDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- BASTOS, Celso. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. *RT – Revista de Processo*, São Paulo, v. 6, n. 23, jul./set. 1981.
- BASTOS, Celso. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. In: MILARÉ, Edis (Coord.) *Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. *A tutela das pessoas portadoras de deficiência pelo Ministério Público: direitos da pessoa portadora de deficiência*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. Introdução ao direito ambiental brasileiro. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. *Manual prático da promotoria de justiça do meio ambiente*. São Paulo: Ministério Público – Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, n. 30. Pádua: Cedam, 1975.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais do estado moderno. *RT*, São Paulo, n. 614, p. 14-22, 1986.
- DEU, Tereza Armenta. *Criminalidad de bagatela y principio da oportunidad: Alemania y Espania*. Barcelona: PPU, 1991.
- FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FURTADO, Celso. *A busca de um novo horizonte utópico*. In: FURTADO, Celso. *O longo amanhecer*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MAZZILI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997.

NERY, Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade. Notas sobre a Justiça e o Ministério Público no Direito da Alemanha Ocidental. *Revista Justitia*, n. 136, out/dez. 1986.

NERY JÚNIOR., Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

NERY JÚNIOR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOSA, Angel Landoni. Legitimación para la defensa de los intereses difusos. *XI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, T. II/1.155-1.180. La Plata, 1981.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*. Milão: Giuffrè, 1979.

# 7 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS

Dra.Vera Lucia R.S. Jucovsky<sup>1</sup>

## 1 Introdução

Este artigo tem o propósito de abordar alguns aspectos relevantes a respeito do crescente ajuizamento de ações com pedidos de assistência à saúde pública (como o fornecimento de medicamentos de alto custo, ou não constantes da lista oficial, ou em fase experimental, próteses, órteses, procedimentos e tratamentos médicos, inclusive fora do país, leitos hospitalares), em face das pessoas jurídicas de direito público – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – perante o Poder Judiciário, com fundamento no direito à saúde, conforme previsto na Constituição Federal de 1998.

Trata-se de examinar a judicialização desse direito, também denominada judicialização da medicina, a envolver diversas e importantes questões, nos aspectos jurídicos, econômicos, sociais e de políticas públicas, tais como a existência de responsabilidade solidária ou não dos entes políticos a resultar em litisconsórcio passivo necessário ou facultativo, no polo passivo dessas lides; as defesas formuladas nos autos desses processos, embasadas nas limitações orçamentárias do Estado, a impedir, por exemplo, o fornecimento de medicamentos

---

1 Desembargadora Federal da 3ª Região/SP-Brasil. Mestre em Direito Civil-Faculdade de Direito da USP. Doutora em Ciências Jurídico-Políticas-Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (especialidade: Direito Ambiental). Professora de Direito Ambiental. Curso de Formação de Magistrados-Centro de Estudos Judiciários de Portugal-CEJ. Membro da Diretoria do Instituto Por Um Planeta Verde-Brasil. Membro da Diretoria da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil-APRODAB. Membro da Comissão do Meio Ambiente e da Comissão de Infraestrutura e Desenvolvimento Sustentável da Ordem dos Advogados do Brasil Seção de São Paulo/OAB-SP. Membro da Diretoria do Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário-IBRAJUS. Membro e Vice-Presidente da Liga Mundial de Advogados Ambientalistas, A.C.-México. Membro do Judiciary Specialist Group do The World Conservation Union –IUCN.

de alto valor, excepcionais ou fora do rol oficial, baseadas no princípio da reserva do possível; os argumentos defensivos sobre a violação do princípio da isonomia, relativamente a milhares de outros pacientes que deveriam ser atendidos pelo sistema público estatal, bem assim a impossibilidade de interferência do Poder Judiciário no Executivo e no Legislativo, porquanto vedado está o exame do mérito administrativo, que se desenvolve no âmbito do poder discricionário da Administração Pública, a qual define e promove as políticas de saúde pública.

O direito à saúde foi reconhecido na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1944, e a Organização Mundial da Saúde – OMS, em 1946, conceituou-a como o completo bem-estar físico, mental e social do ser humano, e não somente a ausência de doenças e outros agravos.

Em verdade, no que concerne ao aspecto da saúde, o total bem-estar do ser humano consiste em um processo, uma busca permanente do equilíbrio entre influências ambientais, estilos de vida e muitos outros fatores.

No contexto da Constituição Federal brasileira, a saúde deve ser compreendida como a realização concreta da sadia qualidade de vida, primordialmente, com supedâneo no princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a Carta Magna alude, no seu bojo, de forma explícita e implícita, ao direito à saúde em diversos dispositivos, tanto que, já no respectivo Preâmbulo, o Estado Democrático de Direito comprometeu-se a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores máximos de uma sociedade fraterna, plural e isonômica.

Dentre os princípios basilares da República Federativa do Brasil está a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), e um dos seus objetivos é promover o bem de todos (art. 3º, IV, CF), com base no princípio da igualdade, assegurado dentre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º, *caput*, da CF).

Com efeito, a doutrina preleciona que “... o direito à vida e à saúde, entre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil”<sup>2</sup>

De outro vórtice, a Constituição Federal alberga, com a natureza de direi-

2 MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 1926.

tos sociais, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados (art. 6º, *caput*, da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional 64, de 04/02/10).

Diversas outras disposições sobre o tema em análise são encontradas no texto constitucional.

Destarte, também a título de direito social, são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que objetivem melhorar a sua condição social, o salário mínimo, para suprir as suas necessidades básicas e às de seus familiares com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social; a redução de riscos relativos ao trabalho, mediante regras de saúde, higiene e segurança (art. 7º, *caput*, IV e XXII, da CF), essas últimas mais especificamente estabelecidas na Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 154 e seguintes da CLT).

Ademais, é considerado ser obrigação da família, da sociedade e do Estado garantir à criança e ao adolescente, de modo prioritário, o direito à vida, à saúde, à alimentação e à educação, sendo que o Estado deve promover programas de total assistência à saúde dessas pessoas, observadas algumas determinações (art. 227, *caput*, e par. 1º, da CF). Tais determinações são levadas em conta no Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei 8.069, de 13/07/90.

Da mesma sorte, constata-se que a saúde foi objeto de preocupação do constituinte, à medida que tratou do idoso ao estatuir que a família, a sociedade e o estado estão compelidos a amparar os idosos, garantindo a sua participação na comunidade, com a defesa da sua dignidade (princípio da dignidade do ser humano) e do seu bem-estar (o que engloba a boa saúde), assegurando-lhe o direito à vida (art. 230, *caput*, da CF). Em nível de legislação infraconstitucional, foi instituída a Política Nacional do Idoso, a Lei 8.842, de 04/01/92.

Não se pode descurar que na Seção II, “Da Saúde”, que faz parte do Capítulo II, “Da Seguridade Social”, inserida no Título VIII, “Da Ordem Social”, da vigente Constituição Federal, a mensagem e a ordem preceituada é que a saúde é um direito de todas as pessoas e dever do Estado garantido por meio de políticas sociais e econômicas cujo escopo é a minimização dos riscos de doenças e de outros males, bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços para que seja ela promovida, tutelada e recuperada (art. 196 da CF).

Em síntese, pode-se dizer que o direito à saúde é formado por um conjunto de regras que regulam as atividades que têm por finalidade restaurar a saúde humana, bem assim a sua proteção e prevenção.

Exemplificativamente, as ações públicas de natureza sanitária, como as voltadas ao saneamento ambiental, objetivam evitar a propagação de doenças, a fiscalização do exercício profissional e a gestão de hospitais, em cumprimento à ordem constitucional de tutela estatal do direito à saúde.

Note-se, também, que entre os fundamentos da República Federativa do Brasil constam, além da dignidade do ser humano, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa (art. 1º, da CF), sendo que a ordem econômica visa garantir a existência digna de todos (art. 170, *caput*, CF). Adiante, entre os princípios gerais da atividade econômica, está inserido o da defesa do meio ambiente (art. 170, VI, da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional 42, de 19/12/03), o que está imbricado, obviamente, com a proteção da vida e da saúde das pessoas. Isso porque todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual se afigura indispensável a uma qualidade de vida saudável (art. 225, *caput*, da CF). Uma vez que a todos os direitos correspondem respectivas obrigações, no caso, estas são atribuídas tanto a todas as pessoas quanto ao Estado. Entretanto, à pessoa jurídica de direito público impõem-se determinadas tarefas específicas, a fim de conferir efetividade ao direito ao ambiente sadio e à sadia qualidade de vida das pessoas (art. 225, par. 1º, da CF).

Sublinhe-se que, de um lado, três são os princípios básicos do direito à saúde: universalidade, igualdade e gratuidade. De outro, as respectivas prestação tanto do Estado como da sociedade são: prestações positivas estatais (ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde); prestações estatais negativas (atos que não ponham em risco a saúde), além das prestações efetuadas pelos particulares.

Para tal desiderato, cabe ao Poder Público regulamentar, fiscalizar e controlar as ações de saúde, tanto públicas quanto dos particulares, sendo que elas são consideradas de relevância pública. Referida atividade estatal insere-se no âmbito do poder de polícia do Estado e deve ser exercida de acordo com os parâmetros constitucionais e legais.

Contrariamente, não sendo exercida essa atividade estatal, nas hipóteses em que deveria sê-lo, pode restar caracterizada eventual omissão administrativa,

com as consequências legalmente previstas. Não obstante, é notória a dificuldade do Estado em prestar ações e serviços de saúde a toda população carente, dadas as dificuldades orçamentárias e de gestão do sistema público de saúde. Esse é um dos principais aspectos que propiciaram o incremento da judicialização do direito à saúde no país.

Com vistas à atuação estatal, nessa seara, foi estabelecido o Sistema Único de Saúde – SUS, ao qual cabe, além de outros misteres, consoante a lei, diversas atribuições como a fiscalização da saúde, inclusive a saúde do trabalhador, e a proteção do meio ambiente, neste também o do trabalho (art. 200 da CF).

Cumpra assinalar que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede estruturada, de maneira regionalizada e hierarquizada, que constitui um sistema único, o Sistema Único de Saúde – SUS, o qual está organizado, conforme determinadas diretrizes, com financiamento e aplicação dos recursos públicos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, segundo mandamento constitucional (art. 198 da CF).

Nesse rumo, a Lei Complementar 141, de 13/01/12, que regulamenta o par. 3º, do art. 198 da Lei Maior, estabelece valores mínimos que devem ser aplicados, anualmente, pelos entes políticos em ações e serviços públicos de saúde; critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde; normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nos três níveis de governo; revoga disposições da lei 8.080/1990 e Lei 8.689/1993, a Lei Orgânica da Saúde, além de outras medidas.

O Decreto 7.827, de 16/10/12, alterado pelo Decreto 8.201, de 06/03/14, regula a Lei Complementar 141/12 e trata dos procedimentos de condicionamento e restabelecimento das transferências de recursos oriundos do inc. II, do *caput* do art. 158, e das alíneas “a” e “b”, dos incisos I e II, do *caput* do art. 159 da Constituição Federal. Também cuida dos procedimentos de suspensão e restabelecimento das transferências voluntárias da União, na hipótese de inobservância da aplicação dos recursos em ações e serviços públicos de saúde, bem como dá outras providências.

Nos Estados Constitucionais, tem sido garantido o direito à saúde, devendo o Estado exercer papel eminentemente regulamentador e prestador de ações e serviços sanitários, isto é, cabendo-lhe assegurar o direito à assistência à saúde e à tutela da saúde pública.

Depreende-se, pois, que a Constituição Federal, em vigor, desde 1988, afirmou e estruturou o sistema de saúde como questão alçada ao patamar de interesse público da mais alta relevância.

A Carta, no que concerne ao direito à saúde, com esteio no princípio da dignidade da pessoa humana, acolheu o conceito de que apontado direito compreende não apenas a ausência de doença, mas o bem-estar das pessoas, este promovido por políticas públicas que têm essa finalidade, fazendo com que a sua implementação seja realizada por meio da garantia de acesso, universal e igualitário, às ações e serviços com tal finalidade, em conformidade com o disposto no art. 196 da Constituição Federal. Tal resulta do fato de que o direito à saúde está posicionado entre os direitos sociais ou coletivos que, em princípio, estão a requerer do Estado a instituição da necessária e adequada infraestrutura ao seu exercício.

Não obstante a intenção do constituinte brasileiro, é de sobejo consabido que nem todos os países logram alcançar esse êxito, especialmente os subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento como o nosso.

Não se desconhecem os graves problemas para a concretização dos direitos constitucionalmente previstos, relativamente às pessoas que não contam com recursos próprios para arcar com os elevados custos das empresas de assistência médica de saúde suplementar, em especial os idosos, cujos valores atingem patamares deveras elevados.

## **2 Direito à saúde**

Direito à Saúde, também denominado pela doutrina como Direito Sanitário, de modo sintético, pode-se dizer que é o conjunto de regras jurídicas que regulam a atividade do Poder Público, com vistas à proteção, à promoção e à recuperação da saúde, bem como a organização e o funcionamento dos respectivos serviços e os sistemas garantidores do aludido direito.<sup>3</sup>

Ele tem sido considerado como um dos direitos novos e porta traços próprios, como a interdisciplinaridade ou horizontalidade; suas regras encontram-

---

3 ROCHA, Júlio César de Sá. *Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: LTR, 1999. p. 49.

-se esparsas em vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, por exemplo, na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Estatuto do Idoso, no Código de Defesa do Consumidor, na Consolidação das Leis do Trabalho, na Lei de Benefícios da Previdência Social, na Lei de Patentes; as suas ações e serviços de saúde são uma forma de garantia para todas as pessoas.

A Lei Orgânica da Saúde – LOS, Lei 8.080/90, com a redação dada pelas Leis 8.142/90 e Lei 12.401/11, regulamentada pelo Decreto 7.508/11, aponta, entre outros, os princípios basilares que norteiam o direito à saúde e à assistência à saúde: universalidade e integralidade de assistência; autonomia das pessoas nas decisões sobre procedimentos e outros atos relativos ao tema; igualdade de assistência; direito à informação e participação da comunidade.

### **3 Direito à saúde e direito ambiental**

São inúmeros os pontos de contato entre o direito à saúde e o direito ao meio ambiente, porquanto ambos têm entre os seus objetivos primordiais, em última instância, a proteção ao direito à vida. Mencionar-se-ão apenas alguns aspectos, a título de exemplo.

O art. 225 da Constituição Federal afirma que o equilíbrio do meio ambiente é essencial à sadia qualidade de vida. Assim, a saúde e o meio ambiente equilibrado dependem um do outro, a fim de propiciarem o bem-estar dos seres humanos.

Verifica-se que o objeto imediato do Direito Ambiental é o meio ambiente (como o natural, o cultural e o do trabalho, sendo que este, por exemplo, é tutelado no art. 200, VII, da CF, além de sê-lo em vários outros dispositivos, como já mencionado) e o seu objeto mediato é a saúde, o bem-estar e a segurança das pessoas. De outro ângulo, o objeto imediato do Direito à Saúde é a promoção e a recuperação da saúde.

Ambos são direitos sociais, tanto que estão encartados no Título VIII, “Da Ordem Social”, da Constituição Federal.

Enfim, tanto o direito ao ambiente harmônico quanto o direito à saúde são direitos de todos (arts. 196 e 225 da CF), sendo que todas as pessoas, físicas e jurídicas, de direito público e de direito privado, têm a obrigação de por eles zelar.

A conduta que causa prejuízo diretamente ao meio ambiente também pode vir a afetar, indiretamente, sob a forma de ricochete, a saúde de uma ou mais pessoas, de sorte a dar ensejo à responsabilidade civil objetiva por danos ao entorno e também aos indivíduos (art. 225, par. 3º, da CF e art. 14, par.1º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), independentemente das responsabilidades penal e administrativa cabíveis na espécie.

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei 6.938/81, com as alterações subsequentes, assevera que um dos seus escopos condiz com a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, ou seja, busca garantir a proteção da vida humana.

Tanto assim é que, ao proceder ao conceito normativo de poluição, referida lei considera como tal a atividade que, direta ou indiretamente, degrada a qualidade ambiental e prejudica a saúde, o bem-estar e a segurança, ou ainda, a que atinge as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente (art. 3º, III e IV).

A Lei dos Crimes Ambientais, Lei 9605/98, estabelece como crime de poluição a conduta daquele que expõe a perigo a saúde humana ou agrava a situação de perigo existente (art. 54).

A Lei Orgânica da Saúde, Lei 8.080/90, preceitua que a saúde está condicionada por vários fatores, dentre os quais, o meio ambiente (art. 3º). Também refere que o Sistema Único de Saúde – SUS deve colaborar para a tutela do meio ambiente (art. 6º, V), inclusive do meio ambiente do trabalho (art. 16, II, “a” e “c”).

A Lei de Engenharia Genética, Lei 8.974/95, quanto à utilização de técnicas de engenharia genética e a liberação de organismos geneticamente modificados no meio ambiente, também tem a finalidade de tutelar a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente (art. 1º)

#### **4 Judicialização do direito à saúde**

Tem sido constatado um elevado e, a cada dia mais, crescente número de demandas judiciais aforadas por hipossuficientes, a postularem ações e serviços de assistência à saúde, em face do Poder Público. A última estatística do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, de 2008, indicou cerca de 241.000 processos em trâmite perante o Poder Judiciário.

Em 2011, o Rio Grande do Sul concentrava quase a metade da totalidade

das causas do país, 113.953; em São Paulo, 44.690, e no Rio de Janeiro, 25.234. Segundo informações do Ministério da Saúde ao CNJ, em 2010, haviam sido despendidos do orçamento da União R\$144 milhões, com o cumprimento de decisões judiciais na área da saúde, sendo que, para 2011, a previsão era de 80% a mais, isto é, R\$260 milhões<sup>4</sup>. Os gastos dos Estados da Federação e dos Municípios com essas despesas também eram, e ainda são, bastante elevados no momento presente.

Essas ações judiciais têm sido aforadas não apenas em face do SUS, mas também de empresas privadas de planos de saúde, com vistas ao fornecimento de medicamentos não constantes das listas oficiais ou de alto custo, ou de próteses e órteses, de produtos nacionais ou importados, de procedimentos e terapias não baseadas em evidências da medicina, leitos hospitalares, ou, ainda, de tratamentos no exterior etc.

São várias as discussões nesses casos, dos pontos de vista jurídico, inclusive processual, econômico, social, e da saúde, em si mesma.

Ante essas e outras complexidades sobre a grande quantidade de ações judiciais, isto é, a judicialização da saúde, o Supremo Tribunal Federal realizou a Audiência Pública n. 4, em 2009, para propiciar à sociedade ampla discussão sobre os inúmeros problemas que envolvem o direito à saúde, políticas públicas e restrições orçamentárias. Foram ouvidos cerca de cinquenta especialistas no tema como advogados, Defensores Públicos, Magistrados, representantes do Ministério Público, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores públicos e usuários do sistema único de saúde. O propósito era colher subsídios para julgamentos de feitos da competência da Presidência do STF, em casos de agravos regimentais de suspensões de medidas liminares e de tutelas antecipadas e suspensões de segurança.

Com supedâneo nessa Audiência Pública, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no âmbito da sua competência (art. 103-B, par. 4º, I, da CF), mediante a Portaria 650/2009, com o intuito de proporcionar uma profícua colaboração entre o Judiciário e a sociedade, instituiu um Grupo de Trabalho para elaborar propostas para aprimorar a eficiência na resolução das demandas judiciais com pedidos de assistência à saúde.

---

4 CAVALCANTI, Hylda. SP, RS e RJ são estados que mais concentram processos na área de saúde. 2011. Disponível em: <[www.cnj.jus.br/noticias/cnj/15675-sp-rs-e-rj-sao-estados-que-mais-concentram-processos-na-area](http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/15675-sp-rs-e-rj-sao-estados-que-mais-concentram-processos-na-area)>. Acesso em: 12 set. 2011.

Obviamente, como não poderia deixar de ser, sem a pretensão de impor qualquer obrigatoriedade na forma como os Magistrados prestam a jurisdição, mas, tão somente a título de colaborar com informações que facilitem as decisões judiciais, editou o CNJ algumas Recomendações, as quais, parece de bom alvitre, para que se tenha delas um panorama, são apontadas embora sinteticamente.

Assim, foi emitida a Recomendação n. 30, de 2010, a fim de que os Tribunais adotassem medidas para subsidiar os Magistrados e demais operadores do direito, para maior eficiência na solução das demandas judiciais sobre assistência à saúde.

Ao depois, adveio a Recomendação n. 31, de 03/03/2010, do CNJ, com base nas considerações da Audiência Pública n. 4/2009, do STF, que discutiu intrincadas questões a respeito da plêiade de demandas judiciais para prestações de saúde. Dentre elas, a patente carência de informações clínicas aos Juízes; todos os medicamentos e os tratamentos que dependam de prévia aprovação da Agência de Vigilância Sanitária – ANVISA; as reivindicações dos gestores para serem ouvidos antes do deferimento judicial de urgência, também para prestigiar as políticas públicas e a organização do Sistema Único de Saúde – SUS; laboratórios que não assistem ou não fazem o acompanhamento dos pacientes após as pesquisas experimentais; decisões judiciais que envolvam políticas públicas em que devam ser levadas em conta a necessidade de sustentabilidade e gerenciamento do SUS e estudos e propostas de medidas para aperfeiçoar a prestação jurisdicional em causas cuja pretensão seja a assistência à saúde.

Ainda recomendou-se que os Tribunais passassem a contar com apoio técnico, *i. e.*, médicos e farmacêuticos para auxiliarem os Magistrados na tomada de decisões judiciais. E que, esses últimos, tomassem algumas providências, por exemplo, que instruísem as ações com relatórios médicos sobre cada paciente e indicação de medicamentos; evitassem o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA ou que estivessem em fase de experimentos e que ouvissem, na medida do possível, os gestores públicos, antes da decisão judicial. Também, que fosse incluída nos concursos de ingresso da Magistratura a disciplina de Direito à Saúde; que as Escolas de Magistratura inserissem o Direito Sanitário nos cursos de formação, vitaliciedade e aperfeiçoamento, assim como, que seminários fossem realizados com a participação de outros profissionais.

Depois, foi emitida a Recomendação n. 36, de 12/07/2011, do CNJ, para

que os Tribunais adotassem medidas para maior eficiência na solução das controvérsias sobre assistência de saúde suplementar.

Assim, para que fossem celebrados convênios de apoio técnico com médicos e farmacêuticos, para auxiliarem na formação de juízo de valor em questões clínicas; cadastramento de operadoras de saúde, para que as correspondências fossem feitas eletronicamente, de modo a facilitar a comunicação com os Magistrados, bem como a tentativa de solução amigável da lide; os Juízes oficiassem a ANS, a ANVISA, o Conselho Federal de Medicina e o de Odontologia, a fim de que se manifestassem sobre quais as obrigações das operadoras de saúde, quanto ao fornecimento de medicamentos, materiais, órteses, próteses e tratamentos experimentais, e, ainda, para que fossem realizados cursos de formação e aperfeiçoamento de Juízes na área de saúde, juntamente com o Ministério Público.

Posteriormente, a Resolução n. 107, de 06/04/2010, do CNJ, criou o Fórum Nacional de Saúde (Portaria 187, de 17/10/2013) e os Comitês Executivos Estaduais e Distrital para o monitoramento e melhores soluções das causas de prestação de assistência à saúde, a conter pleitos como fornecimento de medicamentos sem a devida autorização da ANVISA, além de medicamentos de alto custo, ou ainda em fase experimental, com ou sem a existência de similares no país; tratamentos no exterior; próteses, órteses e produtos ou insumos, nacionais ou importados e disponibilização de leitos hospitalares.

Destarte, foram criados, para além daquele de âmbito nacional, 27 (vinte e sete) Comitês Estaduais incumbidos da realização de estudos e recomendações para melhorar a eficiência da resolução das ações judiciais do tema em foco. Disso resultou a constatação de que não se sabe, exatamente, o número de ações judiciais de saúde pública e de saúde suplementar, sendo que a maioria é de pedidos de fornecimento de medicamentos. Também foi feita a recomendação aos Tribunais para a criação de Núcleos de Apoios Técnicos–NATs, ou Câmaras Técnicas; elaboração de enunciados e de cartilhas; a criação da Varas Especializadas, e indicação para que Juízes e outros operadores do direito acessem a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, a lista oficial de medicamentos autorizados pela ANVISA, que conta com um *link* no sítio do CNJ.

A propósito, a Portaria 3.916, de 30/10/1998, do Ministério da Saúde, dispõe sobre a Política Nacional de Medicamentos – PNM, de modo a assegurar o acesso aos medicamentos à população com fulcro nos princípios da igualdade

e da justiça social. Para tal desiderato, busca disponibilizar produtos seguros, eficazes e de boa qualidade, bem como promover o respectivo uso racional pelos profissionais de saúde e usuários; também define as prioridades e responsabilidades da assistência farmacêutica, como um conjunto de ações interligadas aos medicamentos, desde a seleção destes à prescrição médica e à dispensação aos pacientes.

Bem por isso, há a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RE-NAME, do Ministério da Saúde, que está atualizada até 2013 e que consiste em uma lista básica dos medicamentos de assistência farmacêutica básica para as doenças mais comuns na população brasileira. Os Estados, os Municípios e o Distrito Federal utilizam-na para elaborar as suas próprias listas. Nela constam os nomes dos princípios ativos dos medicamentos, conforme a Denominação Comum Brasileira – DCB relativa ao fármaco ou princípio farmacologicamente ativo aprovado pelo órgão federal responsável pela vigilância sanitária. Tais medicamentos possuem um ou mais princípios ativos, de um lado, devidamente registrados na ANVISA e, de outro, com o menor custo, tanto no armazenamento quanto na distribuição, controle e tratamento, respectivamente. Outro dado de suma importância consiste no fato de que todas as fórmulas desses medicamentos possuem valor terapêutico baseado em evidências clínicas e não apenas em fase experimental, portanto, ainda sem resultados comprovados.

A Recomendação do CNJ n. 43, de 20/08/2013, sugere aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais a criação de Varas Especializadas para ações cujo objeto seja o direito à saúde pública, bem como a prioridade no julgamento dos feitos sobre a saúde suplementar.

Em atenção às sugestões do CNJ, foram realizados alguns seminários para discutir o assunto em tela, dentre os quais a I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em maio de 2014, em que foram aprovados 45 (quarenta e cinco) enunciados interpretativos<sup>5</sup>, elaborados por equipes multidisciplinares, selecionados pelo Comitê Executivo Nacional do Fórum da Saúde (composto por membros do Judiciário, do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS) e pela Comissão Científica

5 I JORNADA de direito de saúde: justiça faz bem a saúde. 2014. Disponível em: <[www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS\\_APROVADOS\\_NA\\_JORNADA\\_DE\\_DIREITO\\_DA\\_SAUDE\\_%20PLENARIA\\_15\\_5\\_14\\_r.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf)>. Acesso em: 14 ago. 2014.

do evento, com o escopo de servirem de subsídio às decisões judiciais. Eles cuidam de vários temas, tais como saúde pública e suplementar e fornecimento de medicamentos e tratamentos pelo SUS, além de aspectos de Biodireito.

Embora tais enunciados não sejam vinculantes, trazem sugestões deveras importantes para imprimir eficiência e celeridade nessas causas. Assim, por exemplo, a recomendação para que o demandante procure saber previamente sobre a disponibilidade administrativa do atendimento da sua pretensão, de sorte a evitar-se a judicialização imotivada.

Impende observar, no que diz respeito às condições processuais de referidas demandas judiciais, dificuldades há quanto ao polo passivo das lides, dado perquirir-se a quem cabe a prestação do serviço ou do medicamento, tendo em vista a responsabilidade administrativa comum dos entes federados, de modo a surgir a dúvida se seria, portanto, solidária, partilhada *pro-rata* (arts. 23, II, da CF, da União; art. 17, I, dos Estados; art. 18, I, dos Municípios; art. 19, I, do Distrito Federal).

Note-se que os artigos 16 a 19 da Lei 8.080/90 estabelecem que cabe à União descentralizar para os Estados e os Municípios os serviços e ações de saúde, ao passo que os Estados devem descentralizá-los para os Municípios. E a mesma Lei aduz que a competência é comum para a distribuição de medicamentos (art. 6º, VI).

Entretanto, os entes políticos têm dificuldades relativas à falta de recursos disponíveis para fornecimento de medicamentos de alto custo, por exemplo, em Municípios pequenos nos quais, além da falta de pressupostos orçamentários, também se põe em questão o fato de que eventual atendimento a uma só pessoa impediria que as prestações de saúde fossem cumpridas em relação a centenas de outras no limitado sistema oficial de saúde.

O assunto é bastante polêmico e tem sido objeto de profundas discussões entre juristas, operadores do direito, médicos e gestores públicos, razão pela qual a sociedade brasileira tem posto esse assunto na pauta das discussões em vários foros apropriados.

Em verdade, a controvérsia está centrada não apenas em aspectos de preliminares processuais dessas demandas judiciais, cujo índice de litigiosidade cresce diuturnamente, mas, meritoriamente, no questionamento sobre a interpretação e aplicação judicial dos princípios constitucionais e do sistema de saúde

brasileiro, quais sejam, o da universalidade e o da integralidade.

Por esse motivo, juristas e argumentos nas defesas da Administração Pública sustentam que há que se impor limites à efetividade do direito à saúde, como o princípio da reserva do possível, porquanto, exemplificativamente, o Estado somente poderia fornecer um medicamento de alto custo se tivesse capacidade financeira para tanto. Esse princípio passa, então, a ser um instrumento de ponderação de que se vale o Estado, para que os direitos sociais, como o direito à saúde, sejam prestados materialmente, conforme a disponibilidade financeira do orçamento público, de forma discricionária e não obrigatória.

Com efeito, dados os princípios da universalidade e da integralidade de acesso ao Sistema Único de Saúde – SUS, bem assim tendo em vista a legislação de regência da espécie e de várias outras circunstâncias fáticas, é que muito se tem polemizado, mormente na seara judicial, a respeito da denominada “reserva do possível”.

Nesse passo, reitere-se, trata-se da argumentação de que, em termos de direitos sociais, como o direito à saúde, as prestações materiais ficariam na dependência da disponibilidade ou capacidade das receitas financeiras do Estado, com lastro no orçamento público.

Tem sido bastante questionada a impossibilidade da prestação estatal com esteio na reserva do possível, também pelo aspecto de que o Estado viria cumprindo a sua obrigação, antes de demandado judicialmente, pois já estaria fornecendo o mínimo vital para as pessoas, exemplificativamente, quando disponibilizado determinado medicamento suficiente para o tratamento da moléstia e não outro almejado pelo paciente.

Assim, para aqueles que a invocam, a argumentação com fundamento na reserva do possível aduz que essa poderia ser considerada um mecanismo de ponderação para as prestações estatais concernentes aos direitos sociais como o direito à saúde, na busca de equilíbrio entre as decisões da Administração Pública e as do Judiciário.

Por esse motivo, alguns juristas e advogados que defendem a Administração Pública sustentam, com base nos artigos 196 e 197 da Constituição Federal que “no Brasil a saúde é um direito líquido e certo do cidadão (...). O Judiciário pode e deve, desde que não cometa abusos, ditar sentenças que afetam diretamente o orçamento público. O exemplo da saúde é emblemático. Boa parcela

do orçamento do Estado fica comprometida com as liminares e decisões finais dos juízes. Mas nem tudo que é determinado pelo juiz é cumprido pelo Poder Público. Em regra cabe ao Poder Público cumprir a decisão judicial (fazendo-se os devidos ajustes orçamentários). Mas quando não há nenhuma possibilidade para isso, cabe à Administração Pública demonstrar, de modo inequívoco a impossibilidade, visto que somente assim estará escudada no princípio da reserva do possível<sup>6</sup>.

Nessa esteira, ainda que objeto de profunda controvérsia sobre a atuação do Judiciário nessas hipóteses, bem como sobre o acerto ou não da forma como se dá o desate da lide, encontram-se algumas soluções em demandas sobre o tema em estudo, nas quais se verifica a ocorrência de controle judicial das políticas públicas do direito à saúde, de sorte a adentrar o Magistrado na discricionariedade da Administração Pública, isto é, no mérito administrativo.

Como se disse, o assunto é inçado de dúvidas e há opiniões favoráveis e contrárias às pretensões autorais, sendo que os argumentos mais comuns desses últimos são de que eles não têm condições financeiras para arcar com o medicamento ou o procedimento médico, ou que buscam o único remédio existente ou capaz de controlar a moléstia, ainda que de alto custo.

De outra parte, os motivos mais suscitados pelos réus, em geral, são: a impossibilidade do Estado à prestação almejada, em razão das limitações orçamentárias, no caso de medicamentos de custo elevado; muitas outras pessoas ficariam sem atendimento; o Judiciário estaria a violar os princípios da separação de Poderes, da isonomia e da impessoalidade; ainda, a ausência de prova da necessidade do medicamento solicitado, ou esse somente pode ser fornecido com prescrição de médico do SUS ou não tem autorização da ANVISA ou não faz parte do rol do Ministério da Saúde.<sup>7</sup>

As decisões judiciais encontradas na jurisprudência revelam, em certa medida, uma tendência a serem favoráveis aos postulantes, ao fundamento, dentre outros, de que o direito à saúde farmacêutica e médica consiste em direito

---

6 GOMES, Luiz Flávio. *Judicialização da saúde: até onde pode o juiz interferir no orçamento público*. Disponível em: <[www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/389207/?noticia=JUDIC](http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/389207/?noticia=JUDIC)>. Acesso em: 08 nov. 2011.

7 BRAZ, Kallini Vasconcelos et al. Efetivação do direito à saúde e concessão de medicamentos via ação judicial. *Temas de Direito e Saúde*, Brasília: Publicações da Escola da AGU, p. 39-55, 2010. p. 39-55.

fundamental, não restringido por orçamentos públicos; o artigo 196 da Constituição Federal tem autoaplicabilidade; não há violação dos princípios da isonomia e da impessoalidade. De acordo com essas decisões, o Estado, portanto, deve fornecer os medicamentos ou prestar os procedimentos médicos colimados.

## 5 Medidas para eficiência nas demandas de saúde

Além das medidas judiciais, algumas de cunho extrajudicial têm sido tomadas para a melhoria no que tange às demandas cujo objeto seja a saúde.

No Rio de Janeiro, foi criado o Núcleo de Assessoria Técnica – NAT na área de saúde em parceria com a Secretaria de Saúde e Defesa Civil e o Tribunal de Justiça. O NAT é composto por farmacêuticos, médicos, nutricionistas etc.; emite rapidamente pareceres para subsidiar os Juízes e tem interligação com a Secretaria de Saúde para verificação da lista de medicamentos disponibilizados no estoque.<sup>8</sup>

Na Bahia, há um sistema de plantão judiciário para tratar dessas causas com assessoria de profissionais da área da saúde.<sup>9</sup>

Em Santa Catarina, ante o crescente número de demandas de saúde, especialmente em busca de medicamentos não padronizados, foi criado, em 2007, o Núcleo de acompanhamento das Ações Judiciais – NAAJ, com perfil multidisciplinar, para controlar a entrada e cumprimento de decisões judiciais e auxiliar outros órgãos, como a Diretoria de Assistência Farmacêutica, a Procuradoria Geral do Estado, bem como integrar os setores envolvidos tais como o Judiciário, o Ministério Público, o Conselho Regional de Medicina e a Ordem dos Advogados. Isso tem propiciado uma melhoria na assistência de saúde e nas despesas do Estado.<sup>10</sup>

No Estado de São Paulo, frente ao crescimento dessas demandas judiciais, em 2008, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo instituiu um setor espe-

8 CAVALCANTI, Hylda. *Quando o Judiciário contribui para a melhoria da saúde dos cidadãos*. 2011. Disponível em: <[www.cnj.jus.br/noticias/materias-especiais/15671:quando-o-judiciario-contribui-para-a-melhoria-d](http://www.cnj.jus.br/noticias/materias-especiais/15671:quando-o-judiciario-contribui-para-a-melhoria-d)>. Acesso em: 12 set. 11.

9 CAVALCANTI, Hylda. *Quando o Judiciário contribui para a melhoria da saúde dos cidadãos*. 2011. Disponível em: <[www.cnj.jus.br/noticias/materias-especiais/15671:quando-o-judiciario-contribui-para-a-melhoria-d](http://www.cnj.jus.br/noticias/materias-especiais/15671:quando-o-judiciario-contribui-para-a-melhoria-d)>. Acesso em: 12 set. 11.

10 GAZETA DO POVO. *Notícias*. Disponível em: <[www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/389207/?noticia=JUDIC](http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/389207/?noticia=JUDIC)>. Acesso em: 08 set. 2011.

cializado em saúde pública. De outro lado, a Secretaria Estadual de Saúde criou a Coordenação de Demandas Estratégicas do Sistema Único de Saúde, de caráter multidisciplinar, com interligação com aquele setor específico da Procuradoria.

Esses dois núcleos especiais, com a colaboração de alguns outros, passaram a atuar para o célere cumprimento de ordens judiciais, mormente para a distribuição de medicamentos e produtos. A Defensoria Pública do Estado, outrossim, também foi incluída nessa parceria. Esses vários órgãos foram informatizados com um *software* apto a criar um banco de dados, com o fito de controlar as ações judiciais, com dados como nomes de autores/pacientes, réus, advogados, médicos e medicamentos. Isso permitiu a diminuição da quantidade de demandas, o atendimento mais rápido das decisões judiciais, a inclusão de novos medicamentos básicos e insumos na lista oficial do Estado; a desnecessidade de ajuizamento em casos em que o medicamento já era fornecido administrativamente, mas não havia sido pedido; e até mesmo, a detecção de ações judiciais forjadas, mediante cruzamento de várias demandas, nas quais restou demonstrado interesse da indústria farmacêutica para obter patentes e incluir seu medicamento na lista do SUS (alguns de alto custo), propaganda da indústria para influencia médicos e grupos de usuários, relações entre laboratórios farmacêuticos e médicos, advogados e custas processuais pagos por ONGs, por sua vez, custeadas por indústrias farmacêuticas. Disso resultaram várias consequências como a diminuição acentuada dos aforamentos e dos gastos do orçamento do Estado e apurações na área criminal, facilitação das defesas dos Procuradores do Estado por contarem com mais dados sobre cada caso concreto e incorporação de novos medicamentos no rol do SUS.<sup>11</sup>

## 6 Interpretação dos tribunais

Cabe trazer à colação alguns exemplos de decisões proferidas pelo Judiciário, a fim de se ter uma visão panorâmica, ainda que breve, do posicionamento jurisprudencial atualizado nas hipóteses de demandas que versam sobre o direito à assistência à saúde.

---

11 YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 24, p. 1-21, dez./fev. 2011.

O STJ tem decidido, de forma reiterada, que o Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas e que o Poder Público deve ser compelido, excepcionalmente, a fornecer medicamentos em caso de necessidade, não sendo op-nível o princípio da reserva do possível ao mínimo existencial (STJ, 2ª. Turma, Agravo Regimental no Recurso Especial 1136549, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 21/06/2010).

Ainda no STJ, a obrigação do Estado no fornecimento gratuito de medicamento também foi reconhecida em caso de moléstia grave, com fundamento no direito à vida e à saúde. O paciente pleiteou medicamento de que não dispunha o SUS; tendo esse ofertado uma segunda opção, inexistia a possibilidade de escolha, salvo demonstrada a imprestabilidade da opção oferecida (STJ, 2ª. Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 28.338, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 17/06/2009).

Foi decidido pela obrigação do SUS em fornecer medicamentos, sem haver falar em violação ao princípio da separação dos Poderes, bem como pela legitimidade dos entes federados no polo passivo da lide (TRF da 3ª. Região, 4ª. Turma, Apelação e Reexame Necessário n. 1410119, Rel. Des. Fed. Marli Ferreira, DJF3 26/08/2011, p. 1031).

Em pleito para a realização de cirurgia ortopédica, restou afirmado que o princípio da reserva do possível não significa a impossibilidade de judicialização de direitos sociais. Porém, a falta de recursos orçamentários, de um lado, e os custos das demandas, de outro, devem ser considerados em cotejo com as necessidades dos titulares dos direitos sociais. Destarte, apresenta-se o confronto entre o direito fundamental individual à vida saudável e o direito coletivo de a sociedade arcar com custos que se afiguram realmente indispensáveis. Ao se fazer a ponderação entre esses direitos é imperioso que se aplique o princípio da precaução, em benefício da vida, de modo que restou mantida a sentença que julgara procedente a demanda, relativamente ao reconhecimento da obrigação do Estado quanto ao fornecimento do medicamento necessário, independentemente de o mesmo constar ou não do rol das listas oficiais. (TRF da 4ª. Região, 3ª. Turma, Apelação Cível n. 2008.72.00.012395-4/SC, Rel. Des. Fed. Carlos Luiz T. Lenz, j. 10/11/2009).

Também há julgado no sentido da impossibilidade de condenação da União Federal, Estado-membro e Município em custear, de maneira definitiva, a

internação do paciente em instituição ao alvitre da família. Os entes estatais foram compelidos a providenciar vaga no sistema público municipal da localidade onde os familiares tinham domicílio, com o custeio das despesas da internação, a tempo parcial, porquanto não havia sido demonstrado que a instituição pretendida na ação seria a única apta ao tratamento (TRF da 3ª. Região, Apelação e Reexame Necessário n. 0006899-90.2007.4.03.6000/MS, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, j. 04/08/2011).

O STF negou seguimento a recurso do Estado, em face de decisão que o obrigou a fornecer medicamentos e insumos para tratamento de doença rara, de natureza grave e com indicação da incurabilidade. Considerando-se a existência de laudos médicos, nos autos, a Suprema Corte autorizou o fornecimento de medicamentos, com o custo anual de R\$1 milhão, para os pacientes entre 14 e 19 anos de idade, ao fundamento dos princípios da proteção à infância e à juventude (art. 227 da CF), citando precedentes (STA 244, 175 e 178) (STF, Suspensão de Tutela Antecipada – STA, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 13/09/2011).

Ainda, cumpre referir a demanda em que a União Federal requereu ao STF a suspensão da decisão do Tribunal de origem, ao argumento da ilegitimidade ativa do MPF e da ilegitimidade passiva da União; grave lesão à ordem pública, uma vez que o medicamento não contava com a aprovação da ANVISA e não constava da Portaria n. 1.318, do Ministério da Saúde; grave lesão à economia pública, em razão do custo mensal, R\$52.000,00, além da possibilidade negativa do efeito multiplicador. A Corte Suprema suspendeu a decisão hostilizada, porque a Agência Europeia havia indicado que o processo de avaliação contara com parecer negativo do Comitê de Medicamentos Para Uso Humano – CHMP, dado que o medicamento apresentara benefícios limitados (STF, Suspensão de Tutela Antecipada – STA 175, Agravo Regimental/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06/06/2009, DJe-117, 25/06/2009).

Não se poderia deixar de mencionar o recurso de que deu azo à Repercussão Geral n. 566.471/RN, no Pretório Excelso. De efeito, na apelação, o Tribunal de origem decidiu pela inoccorrência de litisconsórcio passivo necessário e a impossibilidade do Estado recusar-se a fornecer medicamento de alto custo, o que afrontaria direitos insculpidos na Constituição Federal (TJRN, Apelação Cível n. 2007.003192-7, Rel. Des. Anderson Silvino, j. 10/07/2007).

No voto do eminente Relator do Tribunal de origem dessa Apelação, res-

tou assentado o posicionamento de que o custeio para a realização de cirurgia e fornecimento de medicamento é responsabilidade das três esferas do Poder Executivo, de sorte que podem os interessados aforar demanda em face de qualquer dos três entes da Federação (art. 198, par. 1º da CF), não se havendo afirmar a solidariedade passiva e, portanto, o litisconsórcio passivo necessário. No mérito, restou mantida a sentença de primeira instância. As razões do Recurso Extraordinário do Estado do Rio Grande do Norte se fundamentaram, em resumo, no princípio da reserva do possível, dado que os recursos orçamentários do Estado são finitos e a política de saúde pública é universal, sem contar a existência de outras despesas com educação, segurança etc. Ademais, esse fornecimento deve dar-se consoante a discricionariedade da Administração, mediante programa elaborado pelos entes estatais, em conjunto. O Judiciário não pode adentrar o mérito administrativo. Os gastos do Rio Grande do Norte, apenas para cumprimento de decisões judiciais para fornecimento de medicamentos de alto custo, fora do Programa de Dispensação do Ministério da Saúde, de janeiro a julho de 2007, alçaram quase dois milhões de reais, ou seja, mais de 76% dos gastos com saúde.

Referido recurso originou a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 566.471/RN, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe. 07/12/2007, ainda pendente de solução, sob o fundamento de que possui repercussão geral a controvérsia sobre a obrigatoriedade do Poder Público fornecer medicamento de alto custo, no âmbito do direito à assistência à saúde.

Disso resultou a Proposta de Súmula Vinculante n. 4, no STF, formulada pelo Defensor Público Geral da União, em maio de 2009, com os seguintes argumentos, em síntese: em virtude da competência administrativa comum (art. 23, II, da CF e art. 7º, VI da Lei 8.80/90) e a jurisprudência do STF, existe a responsabilidade solidária dos entes políticos no fornecimento de medicamentos e de tratamentos médicos aos hipossuficientes, desde que demonstrada a imprescindibilidade dos mesmos, devendo ser rechaçada a alegação de ilegitimidade passiva das pessoas jurídicas de direito público; é possível o bloqueio de valores do Poder Público para custeio do fornecimento de medicamentos e de tratamentos médicos aos carentes, não podendo ser acatada a alegação de descompasso com o artigo 100, *caput* e par. 2º, da Constituição Federal.

Cabe trazer à luz a apontada Repercussão Geral no encaminhamento submetido pelo Exmo. Min. Marco Aurélio ao Egrégio STF, em 25/10/2007, ao

sustentar que o tema diz com a assistência estatal à saúde, de cariz coletivo. De modo percuciente, abordou o cerne do problema que atinge a vida e a saúde de muitas pessoas, os recursos orçamentários dos entes políticos e o Poder Judiciário, que tem sido constantemente chamado a prestar a jurisdição em milhares de feitos sobre o assunto.

Nessa esteira, asseverou o eminente referido Ministro que “o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte desproveu apelação assentando a obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamento de alto custo. Este tema tem-se repetido em inúmeros processos. Diz respeito à assistência do Estado no tocante à saúde, inegavelmente de conteúdo coletivo. Em outras palavras, faz-se em jogo, ante limites orçamentários, ante a necessidade de muitos considerada relação de medicamentos, a própria eficácia da atuação estatal. Em síntese, questiona-se, no extraordinário, se a situação individual pode, sob o ângulo do custo, colocar em risco o grande todo, a assistência global a tantos quantos dependem de determinado medicamento, de uso costumeiro, para prover a saúde ou minimizar sofrimento decorrente de certa doença. Aponta-se a transgressão aos artigos 2º, 5º, 6º, 196, 198, par. 1º, 2º, da Carta Federal. Impõe-se o pronunciamento do Supremo, revelando-se o alcance do texto constitucional (...)”.<sup>12</sup>

## Conclusão

Indubitavelmente, as controvérsias que permeiam o assunto ora focado, da judicialização do direito à saúde, são de grande complexidade, a exemplo das seguintes questões: se a responsabilidade dos entes políticos é solidária, para a definição do polo passivo dessas demandas; se o fornecimento de medicamentos pelo SUS, por vezes, de alto custo, colidem com o princípio da reserva do possível; se medicamentos fora das listas oficiais devem ser fornecidos, para quem e de que maneira deverão se ministrados; se o deferimento judicial desses pedidos viola os princípios da separação de Poderes, da isonomia etc.

O assunto em tela tem importância para cada pessoa e para toda a comunidade, porque diz respeito à saúde, à vida, enfim, ao bem-estar dos indivíduos

---

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 566.471-6*, Rio Grande do Norte. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 24 de outubro de 2007. **Dados da publicação.**

e da coletividade, motivo pelo qual deve ser objeto de aprofundados estudos e debates por parte de toda a sociedade brasileira, para que se possam encontrar as melhores soluções pelos Poderes constituídos, cabendo ao Judiciário relevante papel nessa ingente missão, especialmente na orientação a ser tomada no Pretório Excelso, na Proposta de Súmula Vinculante n. 4, o que se espera ocorra o mais breve possível.

## Referências

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ROCHA, Júlio César de Sá. *Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: LTR, 1999.

CAVALCANTI, Hylda. *SP, RS e RJ são estados que mais concentram processos na área de saúde*. 2011. Disponível em: <[www.cnj.jus.br/noticias/cnj/15675-sp-rs-e-rj-sao-estados-que-mais-concentram-processos-na-area](http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/15675-sp-rs-e-rj-sao-estados-que-mais-concentram-processos-na-area)>. Acesso em: 12 set. 2011.

I JORNADA de direito de saúde: justiça faz bem a saúde. 2014. Disponível em: <[www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS\\_APROVADOS\\_NA\\_JORNADA\\_DE\\_DIREITO\\_DA\\_SAUDE\\_%20PLENRIA\\_15\\_5\\_14\\_r.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf)>. Acesso em: 14 ago. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. *Judicialização da saúde: até onde pode o juiz interferir no orçamento público*. Disponível em: <[www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/389207/?noticia=JUDIC](http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/389207/?noticia=JUDIC)>. Acesso em: 08 nov. 2011.

BRAZ, Kallini Vasconcelos et al. Efetivação do direito à saúde e concessão de medicamentos via ação judicial. *Temas de Direito e Saúde*, Brasília: Publicações da Escola da AGU, p. 39-55, 2010.

CAVALCANTI, Hylda. *Quando o Judiciário contribui para a melhoria da saúde dos cidadãos*. 2011. Disponível em: <[www.cnj.jus.br/noticias/materias-especiais/15671-quando-o-judiciario-contribui-para-a-melhoria-d](http://www.cnj.jus.br/noticias/materias-especiais/15671-quando-o-judiciario-contribui-para-a-melhoria-d)>. Acesso em: 12 set. 11.

GAZETA DO POVO. *Notícias*. Disponível em: <[www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/389207/?noticia=JUDIC](http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/389207/?noticia=JUDIC)>. Acesso em: 08 set. 2011.

YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 24, p. 1-21, dez./fev. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 566.471-6*, Rio Grande do Norte. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 24 de outubro de 2007.

# 8 L'APPORT DES JUGES EUROPÉENS À LA PROTECTION DU «BIEN-ÊTRE» DE LA PERSONNE

Isabell Büschel<sup>1</sup>

## 1 Justification du sujet

Traiter du thème de l'apport des juges européens à la protection du « bien-être » de la personne dans un colloque sur « L'intégration normative et les juridictions internationales » se justifie tout d'abord au regard de la nature du droit européen. En effet, ce dernier est empreint d'un fort degré d'entrelacement de différents ordres normatifs<sup>2</sup>, donnant lieu à un dialogue des juges<sup>3</sup>. Ensuite, étudier la jurisprudence rendue par les juges des deux principales Cours européennes - Cour de justice de l'Union européenne et Cour européenne des droits de l'homme<sup>4</sup> - se justifie au regard de la qualification de celles-ci de juridictions internationales<sup>5</sup>, même si, en raison de leurs organisations de rattachement, elles

---

1 Doutora em Direito pela Universidade Aix-en-Provence, Pesquisadora do CERIC.

2 Il s'agit d'une «internormativité de fait» définie comme l'existence de «relations entre des ensembles normatifs non hiérarchisés entre eux, [...] pouv[ant] s'établir d'un niveau à l'autre, comme une façon de pallier les discontinuités dans la chaîne hiérarchique, mais le phénomène s'observe surtout entre ensembles de même niveau (national, régional ou mondial), par imitation d'abord, mais aussi par renvoi, plus ou moins explicite selon les cas». DELMAS-MARTY, M., *Le pluralisme ordonné*, éd. du Seuil, Paris, 2006, p. 41-42.

3 SIMON, D. *Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: 'je t'aime, moi non plus?'*, Pouvoirs, n. 96, p. 31-49, 2001.; MARTINICIO, G.; FONTANELLI, F. Focusing on Courts: The Techniques of Hidden Dialogue in the Multilevel System. In: SNYDER F.; MAHER, I. (Dir.). *The Evolution of the European Courts: Institutional Change and Continuity*, Bruylant, Bruxelles, 2009. p. 37-66. CANNIZZARO, E. *Les rapports entre la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme à paraître dans un ouvrage collectif dirigé par le Prof. J. Verhoeven*.

4 Nous ne traiterons pas de la jurisprudence rendue par la Cour AELE dans le cadre de cette étude.

5 Sur la qualification de la Cour européenne des droits de l'homme de juridiction internationale: v. SUDRE, F. *Droit européen et international des droits de l'homme*. 10<sup>e</sup> éd PUF, Paris, n. 401, p. 714. Sur la qualification de la Cour de justice de l'Union européenne - anciennement, Cour de justice des Communautés européennes - de juridiction internationale non administrative

sont communément rangées parmi les juridictions régionales<sup>6</sup>. Enfin, il se trouve que la protection du « bien-être » de la personne est un thème particulièrement propice à l'étude des phénomènes d'intégration normative et d'interprétation croisée auxquels contribuent à œuvrer les juges européens. En effet, ce thème est caractérisé d'une part, par un foisonnement de textes aux sources normatives multi-niveaux: la protection du bien-être de la personne est consacrée de manière expresse et surtout implicite par des Conventions internationales, des Traités européens, ainsi que des Constitutions et lois nationales. D'autre part, la protection du bien-être de la personne donne lieu à une activité originale et audacieuse des juges européens, au cours de laquelle ceux-ci n'hésitent pas à prendre en compte leurs jugements respectifs, voire les décisions rendues par d'autres juridictions, nationales et internationales, favorisant ainsi une « fertilisation réciproque<sup>7</sup>».

#### Délimitation de l'étude

Ne font l'objet de la présente étude ni la protection du « bien-être ani-

---

v. DAILLIER, P. PELLET, A. *Droit international public*. 7. éd. LGDJ, Paris, 2002, § 553, p. 912 ss., spéc. 922 ; sur le caractère *sui generis* de la Cour de justice des Communautés européennes par rapport à d'autres juridictions internationales v. MEHDI, R. La Cour de Justice des Communautés européennes. In: BEN ACHOUR, R.; LAGHMANI, S. (Dir.). *Justice et juridictions internationales*, Pedone, Paris, 2000, p.293-322 (*Rompant avec les solutions institutionnelles prévalant habituellement en droit international, la Cour de justice des Communautés européennes jouit d'une compétence permanente, exclusive et, en principe, obligatoire. Son prétoire est, en outre, largement accessible*); MEHDI R. Définition de la justice communautaire. In: CADTET, L. (Dir.). *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 736-743, spéc. p. 737; ARNULL, A. *The European Union and its Court of Justice*, Oxford University Press. 2<sup>e</sup> éd. New York, 2006. 784 p.

6 Pour une qualification de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne d'organes judiciaires régionaux ou de juridictions régionales européennes. v. SANTULLI, C. *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, § 137, p. 79 ; DORD, O. Systèmes juridiques nationaux et Cours européennes : de l'affrontement à la complémentarité?, *Pouvoirs*, 2001, n. 96, p. 5-18; LÉGAL, H. Composition et fonctionnement des Cours européennes. *Pouvoirs*, 2001, n. 96, p. 65-84; LAMBERT, Elisabeth Abdelgawad. L'exécution des décisions des juridictions européennes (Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme), *AFDI*, 2006, p. 677-724.

7 GREWE, C. La circulation des droits fondamentaux ou l'impact du pluralisme culturel en Europe. In: *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 505. DELMAS-MARTY, M. *Le pluralisme ordonné*, éd. du Seuil, Paris, 2006, p. 49.

mal »<sup>8</sup>, ni celle du « bien-être économique du pays »<sup>9</sup>. C'est la protection du bien-être de la personne humaine qui accapare notre attention. Prise dans cette acception, le « bien-être » est fréquemment défini comme le sentiment de se sentir bien<sup>10</sup>. Des études internationales ont démontré que la prospérité, le bonheur et « la possibilité de mener une vie relativement longue en bonne santé » participent au bien-être<sup>11</sup>. Ces études s'inscrivent toutefois en faux contre la Constitu-

- 
- 8 Le bien-être des animaux fait l'objet d'une abondante réglementation en droit européen : Art. 13 TFUE (Lorsqu'ils formulent et mettent en œuvre la politique communautaire dans les domaines [...], l'Union et les États membres tiennent pleinement compte des exigences du bien-être des animaux en tant qu'êtres sensibles); Recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 26 janvier 1996 sur Bien-être des animaux et le transport du bétail en Europe», REC 1289 (1996). Disponible sur: <[http://www.assembly.coe.int/ASP/Doc/ATListingDetails\\_F.asp?ATID=2249](http://www.assembly.coe.int/ASP/Doc/ATListingDetails_F.asp?ATID=2249)>. Consulté le: 25 oct. 2012. DUBOS, O.; MARGUENAUD J.-P. La protection internationale et européenne des animaux. In: BELLIVIER, F.; et al. Les animaux, éd. du Seuil. Paris, 2009. p. 113-126. BURGAT, F. L'animal dans nos sociétés, La documentation française, Paris, 2004. 118 p. BURGAT, F.; DANTZER, R. Les animaux d'élevage ont-ils droit au bien-être?, INRA, Paris, 2001, 191 p. FALAISE, M. Bien-être animal et abattage: la nouvelle donne européenne. RDUE, 2012. n. 558, p. 331-335. BOURDON, J.-P. Recherche agronomique et bien-être des animaux d'élevage - Histoire d'une demande sociale. Histoire et Sociétés rurales, v. 19, n. 1, p. 221-239. 2003
  - 9 Article 8, al. 2 CEDH (« *Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit [au respect de la vie privée et familiale] que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays...* »); En vertu de l'article 3 § 2 de la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données sont exclus de son champ d'application « *les traitements ayant pour objet la sécurité publique, la défense, la sûreté de l'État (y compris le bien-être économique de l'État lorsque ces traitements sont liés à des questions de sûreté de l'État)...* ». Il serait par ailleurs intéressant d'étudier les rap.orts entre bien-être de la personne et bien-être économique du pays au regard notamment des répercussions de variations conjoncturelles, voire d'observer si les écarts entre les niveaux de bien-être des populations sont liés - et le cas échéant, dans quelle mesure -, aux différenciations dans le développement économique des pays. V. aussi Vrettos (K.), *Richesses, bien public et bien-être: comment les concilier dans une Europe en mutation ?*, Rap.ort de la Commission des questions économiques et du développement de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 9 avril 2010, Doc. 12199, § 43. Disponible sur: <<http://www.assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc10/FDOC12199.htm>>. Consulté le: 25 oct. 2012.
  - 10 Le Littré définit le « bien-être comme [*É*]tat du corps ou de l'esprit dans lequel on sent qu'on est bien»: <<http://littrereverso.net/dictionnaire-francais/definition/bien-etre>>. Consulté le : 15 oct. 2012.
  - 11 OCDE. Chapitre 6. Indicateurs alternatifs du bien-être. *Réformes économiques*, 2006/1 no 2, p. 133-148, spéc. p. 134, 144 et 146. OECD, *How's Life?: Measuring well-being*, OECD Publishing, Paris, 2011, 282 p. v. aussi le rap.ort de la Commission sur la mesure des performances économiques et du progrès social publié sous la direction des Professeurs J. E. Stiglitz, A. Sen et J.-P. Fitoussi : <[http://stiglitz-sen-fitoussi.fr/documents/rap.ort\\_francais.pdf](http://stiglitz-sen-fitoussi.fr/documents/rap.ort_francais.pdf)>. Consulté le : 24 oct. 2012.

tion de l'OMS, qui reconnaît certes un lien entre bien-être et santé de l'individu, mais en considérant que le « bien-être physique, mental et social » n'est que l'une des deux composantes de la santé, à côté de l'absence de maladie ou d'infirmité<sup>12</sup>. La Déclaration de la Conférence des Nations unies sur l'environnement humain, quant à elle, introduit un autre élément en rapport avec le bien-être de la personne, à savoir, un environnement de qualité<sup>13</sup>. Mais ces textes adoptés sur le plan universel ne contiennent pas de définition du bien-être. Il est à cet égard intéressant de tourner le regard vers les textes issus de l'ordre juridique européen : dans quelle mesure font-ils référence au bien-être de la personne ?

1er constat : Peu de références littérales au bien-être de la personne

Le droit du Conseil de l'Europe mentionne le bien-être explicitement dans la Charte sociale européenne, pour inciter les États Parties à « encourager ou organiser les services utilisant les méthodes propres au service social et qui contribuent au bien-être et au développement des individus et des groupes dans la communauté ainsi qu'à leur adaptation au milieu social »<sup>14</sup>. On sait toutefois que les dispositions de la Charte sociale européenne ont, du moins jusqu'à sa révision en 1996, souffert d'un « déficit juridique »<sup>15</sup>. Aujourd'hui encore, son invocabilité reste limitée<sup>16</sup>. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

12 Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, adoptée par la Conférence internationale sur la Santé à New York le 22 juillet 1946 et entrée en vigueur le 7 avril 1948, Disponible sur: <[http://whqlibdoc.who.int/hist/official\\_records/constitution.pdf](http://whqlibdoc.who.int/hist/official_records/constitution.pdf)>. Consulté le : 29 août 2005. pour une interprétation du Préambule: v. CAYLA, J.-S. La santé et le droit. *RDSS*, 1996, v. 32, n 2, p. 278-287, spéc. p. 284-287.

13 Principe 1 de la Déclaration de la Conférence des Nations unies sur l'environnement humain, 1972 (« L'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être... »): <<http://www.unep.org/documents.multilingual/default.asp?documentid=97&articleid=1503&l=fr>>. Consulté le: 14 oct. 2012.

14 Art. 14 § 1 de la Charte sociale européenne, v. aussi le considérant 3 du Préambule : par cette Charte, « les Etats membres du Conseil de l'Europe sont convenus d'assurer à leurs populations les droits sociaux spécifiés dans ces instruments afin d'améliorer leur niveau de vie et de promouvoir leur bien-être. Disponible sur: <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=163&CM=8&CL=FRE>>. Consulté le : 25 oct. 2012.

15 SUDRE, F. La protection des droits sociaux par la Convention européenne des droits de l'homme. *In*: UAE, Les nouveaux droits de l'homme en Europe, XIe Congrès de l'UAE, Bruylant, Bruxelles, 1999. p. 119.

16 En effet, une protection juridictionnelle de la Charte sociale européenne avait été écartée dès le début, en raison de la « nature particulière » des droits sociaux. L'organe de contrôle (« le Comité européen des droits sociaux »), bien que composé de juges nationaux, n'est pas un organe juridictionnel. Cela dit, les conclusions qu'il rend « démontrent [...] un suivi particulièrement attentif de la jurisprudence des juridictions européennes (y compris la

et des libertés fondamentales (ci-après, « CEDH ») ne contient qu'une mention expresse du bien-être en rapport avec la personne, à savoir pour justifier une exception à l'interdiction du travail forcé en situation de crises ou de calamités qui « menacent la vie ou le bien-être de la communauté »<sup>17</sup>. Tandis que la Charte sociale européenne vise les deux dimensions, individuelle et collective du bien-être, la CEDH ne vise expressément que la dimension collective du bien-être<sup>18</sup>.

En droit de l'Union européenne les sources de droit primaire comportent deux références littérales au bien-être, dont l'une concerne la dimension collective, à savoir, le bien-être des peuples en tant qu'objectif de l'Union<sup>19</sup> et l'autre une dimension individuelle bien spécifique, à savoir le droit des enfants « à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être »<sup>20</sup>. Autrement dit, un lien est fait entre bien-être et évolution ainsi qu'épanouissement personnel des enfants. D'autres sources du droit de l'Union - y compris de droit dérivé - se réfèrent au « bien-être » de la personne, sans toutefois en définir la consistance. En revanche, elles opèrent une distinction entre « santé » et « bien-être »<sup>21</sup>, introduisant même une nuance entre « l'état de santé général » et le « bien-être physique et social » de la personne.<sup>22</sup>

---

CJCE) », v. AKANDJI-KOMBÉ, J.-F. La Charte sociale européenne et la promotion des droits sociaux. In: GAY, L.; MAZUYER, E.; NAZET-ALLOUCHE, D. (Dir.). Les droits sociaux fondamentaux : entre droits nationaux et droit européen. Bruylant : Bruxelles, 2006. p. 187-214, spéc. p. 190-208; GAY, L. *Les droits-créances constitutionnels*. Bruylant : Bruxelles, 2007. p. 4-5.

17 Art. 4 § 3 c).

18 À notre connaissance, aucune autre source de droit contraignant adopté sous l'égide du Conseil de l'Europe ne mentionne expressément le bien-être.

19 Article 3 § 1 TUE.

20 Art. 24, al. 1er Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO n° C 83 du 30 mars 2010 ; v. aussi la directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil, JO n. L 335 du 17/12/2011 p. 1-14, not. son considérant 1.

21 Considérants 6 et 7, Art. 1<sup>er</sup> de la Convention d'Aarhus : « afin de contribuer à protéger le droit de chacun, dans les générations présentes et futures, de vivre dans un environnement propre à assurer sa santé et son bien-être [...] » ; Conclusions de l'Avocat général Y. Bot présentées le 16 octobre 2008 dans l'affaire *Donal Gordon c/ Commission des Communautés européennes*, aff. C-198/07 P, § 43 : « En l'espèce, le requérant s'est borné à réclamer des dommages et intérêts en réparation du préjudice porté à sa carrière, à sa santé et à son bien-être... » (c'est nous qui soulignons) ; Considérant 1 du règlement n° 1829/2003.

22 Art. 1c) de la directive 78/687/CEE du Conseil, du 25 juillet 1978, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant les activités du praticien de l'art dentaire, JO n° L 233 du 24/08/1978 p. 10-14 : « Les États membres subordonnent l'accès aux activités du praticien de l'art dentaire [...] et l'exercice de celles-ci à la possession d'un diplôme, certificat ou autre titre [...] donnant la garantie que l'intéressé a acquis pendant la

Il résulte de l'analyse des occurrences peu nombreuses du terme « bien-être » en rapport avec la personne l'absence de définition. Se pose la question de savoir si le même terme utilisé dans des contextes différents recouvre une même réalité.

## 2nd constat : L'absence d'approche globale

Nous venons de voir que l'immense majorité des textes de droit européen ne font pas expressément référence au bien-être des hommes et des femmes, des enfants comme des personnes âgées, des travailleurs comme des retraités, des patients comme des consommateurs, des citoyens européens comme des ressortissants de pays tiers sans oublier des minorités telles que les migrants ou les populations carcérales. Néanmoins, - soyons-en rassuré -, le bien-être de la personne est bel et bien protégé à travers la prise en compte d'objectifs qui y concourent, la garantie de droits et la mise en œuvre de principes. Or, jusqu'à présent, le bien-être de la personne humaine est avant tout protégé de manière sectorielle. Autrement dit, le travailleur a droit à ce que sa santé et sécurité soient protégées<sup>23</sup>, le consommateur a droit à ce que sa santé, sa sécurité et ses intérêts économiques soient protégés<sup>24</sup>, le patient a droit à ce que sa santé, sécurité et autonomie soient respectés<sup>25</sup>. C'est dans cette fragmentation des mesures de protection, autrement dit l'absence d'approche globale que réside toute la difficulté de saisir le régime de protection du « bien-être » de la personne en droit européen. Pour un exem-

---

*durée totale de sa formation: [...] c) une connaissance adéquate de la structure et de la fonction des dents, de la bouche, des mâchoires et des tissus attenants, sains et malades ainsi que de leurs rap.orts avec l'état de santé général et le bien-être physique et social du patient* » (c'est nous qui soulignons).

- 23 Dans ce sens v. outre les actes de droit dérivé, l'accord volontaire du 8 octobre 2004 sur le stress au travail conclu par la Confédération Européenne des Syndicats de salariés (CES), l'Union des Confédérations de l'Industrie et des Employeurs d'Europe (UNICE/UEAPME) et le Centre Européen des Entreprises à participation publique et des entreprises d'intérêt économique général (CEEP). Disponible à l'adresse <<http://ec.europa.eu/social/keyDocuments.jsp?advSearchKey=stress+au+travail&mode=advancedSubmit&langId=fr>>. Consulté le : 17 oct. 2012. RODIÈRE, P. *Droit social de l'Union européenne*. LGDJ: Paris, 2008. 720 p. BOURGEOT, S.; BLATMAN, M. *L'état de santé du salarié*, éd. Liaisons. Rueil-Malmaison, 2009, 485 p.
- 24 LAUDE, A. TABUTEAU, D. *Sécurité des patients, sécurité des consommateurs*: convergences et divergences. PUF, Paris, 2009. 202 p. LAMARTHE, B. *La défense du consommateur dans l'Union européenne*. Paris: La documentation française, 2001. 176 p. CHALTIEL, F. Actualité de la protection du consommateur en Europe *LPA*, 25 mars 2011, n. 60, p. 5 ss. CHALTIEL, F. Le droit européen de la protection du consommateur. *LPA*, 2 oct. 2007, n. 197, p. 5 ss.
- 25 PEETERS, M. Free Movement of Patients: Directive 2011/24 on the Application of Patients' Rights in Cross-Border Healthcare", *European Journal of Health Law*, , 19, p. 29-60, 2012.

ple d'une approche plus globale du bien-être de la personne nous pouvons citer l'amendement de l'article 6 de la Constitution fédérale brésilienne proposé par Cristovam Buarque, aux termes duquel « les droits sociaux essentiels à la recherche du bonheur sont l'éducation, la santé, l'alimentation, le travail, le logement, le repos, la sécurité, la sécurité sociale, la protection de la maternité et de l'enfance et l'assistance aux plus démunis »<sup>26</sup>. En effet, cette approche est plus globale dans la mesure où elle semble réunir dans un même texte – bénéficiant du rang le plus élevé dans l'ordre juridique interne – des éléments constitutifs du contenu essentiel du bien-être (à l'exception d'un environnement sain, qui, pour sa part, est protégé par l'article 225 de la Constitution fédérale brésilienne<sup>27</sup>).

Or, la difficulté d'appréhender la protection du bien-être de la personne de manière globale ne tient pas seulement à la prévalence de l'approche sectorielle dans les textes de droit européen. Une seconde difficulté s'y ajoute, à savoir l'impossibilité de dissocier les dimensions individuelle et collective du bien-être<sup>28</sup>. En témoigne la remise en cause du produit intérieur brut comme indicateur du bien-être national<sup>29</sup>. Si en droit, l'on pouvait supposer que le bien-être individuel

26 CITÉ PAR GAURIAU, B. Un droit au bonheur, *Droit social*, 2012, n. 4, p. 354.

27 Art. 225, al. 1 de la Constitution fédérale brésilienne : « Tous ont droit à un environnement écologiquement équilibré, en tant que bien commun à l'usage du peuple, essentiel à une qualité de vie saine; le devoir de le défendre et de le préserver au bénéfice des générations présentes et futures incombe aux pouvoirs publics et à la collectivité », LEME MACHADO, P. A. L'environnement et la Constitution brésilienne. Cahiers du Conseil constitutionnel, n. 15 (Dossier : Constitution et environnement), janvier 2004. Disponible sur: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-15/l-environnement-et-la-constitution-bresilienne.52003.html>>. Consulté le: 26 oct. 2012.

28 Comme exemples d'indicateurs de la dimension individuelle du bien-être nous pouvons citer les loisirs et la santé. Parmi les indicateurs de la dimension collective du bien-être figurent p.ex. les inégalités de revenu caractérisant le pays ou l'état des ressources naturelles, v. CLÉMENT, V. Économie du bien-être, choix social et l'influence de la théorie de la justice. *Raisons politiques*, 1 n. 33, p. 77, 2009.

29 V. le rapport de la Commission sur la mesure des performances économiques et du progrès social publié sous la direction des Professeurs J. E. Stiglitz, A. Sen et J.-P. Fitoussi, précité ; VRETTOS, K. Richesses, bien public et bien-être: comment les concilier dans une Europe en mutation ?, Rapport de la Commission des questions économiques et du développement de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 9 avril 2010, Doc. 12199, § 43. Disponible sur: <<http://www.assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc10/FDOC12199.htm>>. Consulté le: 25 oct. 2012. Proposition de résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 6 avril 2011 présentée par Earl of Dundee et plusieurs de ses collègues intitulée « Mesurer le bien-être des citoyens européens », Doc. 12567 ; Clément (V.), « Économie du bien-être, choix social et l'influence de la théorie de la justice », *Raisons politiques*, 1 n. 33, p. 57, 2009 FITOUSSI, J.-P.; STIGLITZ, J. E. Nouvelles réflexions sur la mesure du progrès social et du bien-être. *Revue de l'OFCE*, 1, n. 120, p. 311-

est protégé par la garantie de droits subjectifs (droits d'accéder à des soins de santé, de jouir d'un environnement sain, de consentir au traitement des données à caractère personnel), tandis que le bien-être collectif serait protégé grâce à la mise en œuvre de principes (principes d'un niveau élevé de protection de la santé, de l'environnement, des consommateurs, principes du développement durable, de précaution et de prééminence des exigences de protection de la santé, principe démocratique), un tel essai de systématisation ne tient vraisemblablement pas suffisamment compte de l'entrelacement des deux dimensions du bien-être. Ce dernier est illustré par le fait que l'exercice p.ex. du droit à l'accès aux soins de l'individu peut être restreint pour des raisons impérieuses d'intérêt général identifiées par la Cour de justice de l'Union européenne et codifiées par la directive sur la mobilité des patients telles que « le risque d'atteinte grave à l'équilibre financier d'un système de sécurité sociale, l'objectif de maintenir, pour des motifs de santé publique, un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous, et l'objectif de maintenir une capacité de soins ou une compétence médicale sur le territoire national, essentielles pour la santé publique, voire même pour la survie de la population »<sup>30</sup>.

Enfin, une troisième difficulté dans l'appréhension globale du bien-être de la personne en droit réside dans son aspect intrinsèquement intertemporel tel qu'il est illustré par exemple avec la prise en compte de l'intérêt des générations présentes et futures dans les politiques environnementales ou climatiques<sup>31</sup>.

Problématique : quel est l'apport du juge à la garantie du contenu essentiel du bien-être de la personne ?

Force est donc de constater que s'il résulte d'une recherche littéraire que les textes de droit européen se référant explicitement à la protection du bien-être de la personne semblent presque se compter sur les doigts d'une seule main, ils ne sont toutefois pas inexistantes. Or, à défaut de définition et d'unicité dans l'utilisation du terme, le « bien-être » de la personne demeure un concept fuyant, source d'insécurité juridique et, par conséquent, incompatible avec le « principe

---

328, 2012. spéc. p. 312 et 313.

30 Considérant 43 de la Directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, *JOUE* du 4 avril, n. L 88, p. 45-65. 2011.

31 OCDE. Chapitre 6. Indicateurs alternatifs du bien-être Réformes économiques, 1 n. 2, p. 144. 2006.

archétypal de l'État de droit »<sup>32</sup>. Conférer à ce concept d'origine philosophique<sup>33</sup> un contenu justiciable relève dans ces circonstances de l'office du juge<sup>34</sup>. Celui-ci s'y attache au moyen de trois types d'activités : en sanctionnant les atteintes au bien-être de l'individu (I), en prenant en compte le bien-être dans l'interprétation et l'application du droit (II) et, enfin, en créant des droits et principes dont la mise en œuvre concourt au bien-être de la personne (III).

## 2 La sanction des atteintes au bien-être de l'individu

Une manière de protéger le bien-être de la personne consiste à sanctionner le non-respect de celui-ci, en garantissant le respect de certains droits fondamentaux tels que par exemple les droits au respect de l'intégrité physique et morale (1) ou les droits au respect de la vie privée et de la confidentialité des données à caractère personnel (2).

### 2.1 La garantie des droits au respect de l'intégrité physique et morale

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, le droit à la vie est l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques européennes<sup>35</sup>, à laquelle il

32 MEHDI, R. Variations sur le principe de sécurité juridique. In: *Le droit de l'Union européenne en principes: Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, éd. Apogée, Rennes, 2006. p. 179. Rattachant l'exigence de sécurité juridique au principe de prééminence du droit, le Prof. Sudre parle d'un « droit au droit » : v. SUDRE, F. Droits intangibles et/ou droits fondamentaux: Y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme? In: *Liber amicorum Marc-André Eissen, Bruylant*, Bruxelles, LGDJ, Paris, 1995. p. 388-389, où cet auteur se réfère au § 36 de l'arrêt *Kruslin* du 24 avril 1990 de la Cour EDH condamnant la France pour avoir failli de faire bénéficier le requérant du degré minimal de protection voulue par la prééminence du droit dans une société démocratique.

33 ADLER, M. D. *Well-being and fair distribution: beyond cost-benefit analysis*, Oxford University Press, New York, 2012, 635 p. BRÛLDE, B. *The human good*, Acta Universitatis Gothoburgensis, Göteborg, 1998, 490 p. HEISKANEN, H.; AIRAKSINEN, T. *From subjective welfare to social value: axiology in methodological and philosophical perspective*, Suomalainen tiedeakatemia, Helsinki, 1979. 184 p.

34 En effet, « [a]u sens le plus proche de la technique procédurale, la justiciabilité, c'est ce qui relève du juridictionnel. C'est ce que les particuliers peuvent rendre litigieux, ce dont ils peuvent saisir une juridiction ; c'est ce que les juges acceptent de juger, les demandes qu'ils acceptent de recevoir » : ATIAS, C. Définition de « justiciabilité ». In: CADIET, L. (Dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 798-801, spec. p. 799.

35 Dans la décision *McCann et autres* du 27 septembre 1995, elle a qualifié l'article 2 de la CEDH (droit à la vie) comme l'un des « articles primordiaux » de la Convention et a considéré que « combiné à l'article 3 de la Convention [interdiction de la torture], il consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe »

convient, en raison du « *caractère sacré de la vie* », de reconnaître la prééminence parmi les dispositions de la CEDH<sup>36</sup>. En effet, ce droit, ensemble avec le droit de ne pas être torturé ou de ne pas subir des traitements inhumains ou dégradants, le droit de ne pas être tenu en esclavage ou servitude et le droit à la non-rétroactivité de la loi pénale figure parmi le noyau dur des droits de l'homme. Selon le Prof. F. Sudre, ces quatre droits sont à qualifier de « *droits intangibles [...qui] concourent plus que tout autre au respect de la dignité de la personne humaine* »<sup>37</sup>. En raison de leur caractère fondamental, il incombe au juge de garantir le respect de ces droits « *à tous et partout, en toutes circonstances* »<sup>38</sup>. Par exemple, dans l'affaire *Stanev*, la Cour a condamné les autorités bulgares pour avoir porté atteinte au droit du requérant de ne pas être soumis à des traitements inhumains et dégradants. En effet, atteint de schizophrénie, vivant avec sa sœur, M. Stanev avait été placé suite à la demande de cette dernière dans un foyer social pour adultes souffrant de troubles mentaux où « *la nourriture n'était pas suffisante et était de mauvaise qualité. Le bâtiment n'était pas suffisamment chauffé et, en hiver, le requérant devait se coucher avec son manteau. Il pouvait prendre une douche une fois par semaine dans une salle de bain insalubre et délabrée. Les toilettes étaient dans un état déplorable et de plus, il était dangereux d'y accéder [...]. Enfin, le foyer échangeait les habits entre les pensionnaires après lavage [...], ce qui [d'après la Cour européenne des droits de l'homme] était de nature à créer un sentiment d'infériorité chez eux* »<sup>39</sup>. La Cour a conclu qu'il y avait de la part des autorités bulgares atteinte au droit du requérant de ne pas être soumis à des traitements inhumains et dégradants. Elle a condamné la Bulgarie pour violation de l'article 3 de la CEDH.

Déjà auparavant, dans une affaire *Selmouni c. France* les juges de Strasbourg avaient jugé que portait atteinte à l'interdiction de la torture tout usage de la force physique sur une personne qui se trouve en situation d'infériorité du fait de sa privation de liberté<sup>40</sup>.

---

(§ 147).

36 Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, not. §§ 37 et 65.

37 SUDRE, F. *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 10. éd. 2011. §§ 145 et 193, p. 211-302.

38 SUDRE, F. *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 10. éd. 2011. § 145, p. 212.

39 Cour EDH, grande chambre, 17 janvier 2012, *Stanev c. Bulgarie* (Requête n° 36760/06), op. cit.

40 Commission EDH, 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*.

## 2.2 La garantie des droits au respect de la vie privée et de la confidentialité des données à caractère personnel

Parmi les objectifs de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données figure la contribution des systèmes de traitement de données « *au progrès économique et social, au développement des échanges ainsi qu'au bien-être des individus* ». La directive pose le cadre juridique du traitement des données en vue d'assurer que celui-ci soit en conformité avec les droits fondamentaux. À défaut, une violation du droit au respect de la vie privée peut être constitutive d'une atteinte au bien-être de la personne. C'est du moins l'interprétation qui résulte des opinions dissidentes de plusieurs juges dans l'affaire *Stanev* précitée. Dans la mesure où la Cour européenne des droits de l'homme a retenu la violation de l'article 3 CEDH et non pas celle de l'article 8 CEDH, quatre juges ont exprimé leur désaccord sur ce point, rappelant que le placement en foyer équivalait pour le requérant à « *une interdiction de participer à la vie en société et de nouer des liens avec des personnes de son choix* ». Cette restriction importante dans l'exercice de sa liberté individuelle, qui avait été ordonnée sans que des solutions thérapeutiques alternatives, moins restrictives, aient été recherchées, aurait provoqué chez lui le « *'syndrome' de l'institutionnalisation, c'est-à-dire la disparition des capacités sociales et des particularités de l'individu* »<sup>41</sup>. De plus, le manque de respect pour l'autonomie personnelle du requérant, l'impossibilité pour lui de décider en toute indépendance de la manière de passer son temps ou de dépenser son argent, de ses visites et communications aurait justifié selon la juge Kalaydjieva la reconnaissance d'une violation du droit au respect de sa vie privée et de sa dignité tel que garanti par l'article 8 CEDH<sup>42</sup>.

Dans l'affaire *Huber*, la Cour de justice de l'Union européenne a condamné l'Allemagne pour avoir collecté, sous le couvert de la lutte contre la criminalité, dans un registre central des données à caractère personnel spécifiquement de citoyens européens ressortissants d'autres Etats membres, à l'exclusion des données à caractère personnel de ressortissants allemands. Sans que la Cour n'ait

41 Opinion partiellement dissidente commune des juges Tulkens, Spielmann et Laffranque, p. 63 de l'arrêt.

42 Opinion en partie dissidente de la juge Kalaydjieva, p. 66 de l'arrêt.

mentionné le bien-être de la personne explicitement dans ses motifs, on peut considérer qu'elle a contribué à le protéger de manière indirecte. En effet, un tel rapprochement entre un niveau élevé de protection des droits et libertés de toute personne à l'égard du traitement des données à caractère personnel<sup>43</sup> et le bien-être de la personne a déjà été fait dans une décision rendue par la Cour constitutionnelle fédérale allemande<sup>44</sup>. Dans cette décision, la Cour de Karlsruhe a jugé que pour être compatibles avec la Loi fondamentale (Constitution allemande), les mesures nationales de transposition de la directive 2006/24 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, devront assurer que l'enregistrement de données de communication pendant six mois demeure exceptionnelle, y compris dans le cadre de poursuites pénales, dans le but de remédier au « sentiment d'une menace omniprésente » (« Gefühl der diffusen Bedrohlichkeit ») que génère l'enregistrement des données chez les citoyens.

### **3 La prise en compte du bien-être dans l'interprétation du droit**

Les deux juridictions européennes sous observation prennent en compte le bien-être soit en interprétant les textes à la lumière de celui-ci, soit en reconnaissant que dans des hypothèses limitées, des restrictions à l'exercice de certains droits ou libertés fondamentaux peuvent être tolérées si elles sont justifiées par la sauvegarde du bien-être de la personne, que ce soit dans ses dimensions individuelle ou collective.

#### **3.1 La prise en compte du bien-être individuel**

##### *a) La dignité de la personne*

---

43 Considérant 10 de la directive 95/46/CE : « l'objet des législations nationales relatives au traitement des données à caractère personnel est d'assurer le respect des droits et libertés fondamentaux, notamment du droit à la vie privée reconnu également dans l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et dans les principes généraux du droit communautaire; que, pour cette raison, le rapprochement de ces législations ne doit pas conduire à affaiblir la protection qu'elles assurent mais doit, au contraire, avoir pour objectif de garantir un niveau élevé de protection dans la Communauté ».

44 Décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 2 mars 2010, 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08, <[www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de)>

Dans le cadre d'une procédure de renvoi préjudiciel les juges de la Cour de justice de l'Union européenne ont été saisis d'une question liée à l'interprétation de certaines dispositions de la directive 2003/9 relative aux normes minimales d'accueil de demandeurs d'asile. La Cour s'est appuyée sur « les exigences de l'article 1er de la Charte selon lequel la dignité humaine doit être respectée et protégée » pour interpréter les dispositions litigieuses de la directive dans le sens qu'elle ne peuvent pas avoir pour effet de priver un demandeur d'asile de la protection des normes minimales établies par cette directive, « fût-ce pendant une période temporaire après l'introduction d'une demande d'asile et avant qu'il ne soit effectivement transféré dans l'État membre responsable »<sup>45</sup>. En l'espèce, cette solution revenait à dire que refuser le bénéficiaire, en France, de l'allocation temporaire d'attente aux demandeurs d'asile qui, sur requête des autorités françaises, seront probablement transférés dans un autre État membre porterait atteinte à leur dignité humaine. On peut par conséquent considérer qu'en interprétant les dispositions litigieuses à la lumière du principe de dignité de la personne, les juges de la juridiction de Luxembourg ont dûment pris en compte le bien-être individuel des demandeurs d'asile.

*b) La protection de l'enfant*

À l'occasion d'un litige interinstitutionnel opposant le Parlement européen au Conseil au sujet de la validité de certaines dispositions de la directive relative au droit au regroupement familial, la Cour de justice de l'Union européenne a souligné l'importance, pour l'épanouissement des enfants, de la vie familiale en se référant à plusieurs textes dont le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention relative aux droits de l'enfant, la Charte sociale européenne, la CEDH, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Sans aller jusqu'à reconnaître un droit subjectif aux membres d'une famille à être admis sur le territoire d'un État, elle a néanmoins reconnu dans cette décision l'importance pour les États à prendre en considération l'intérêt de l'enfant<sup>46</sup> et, in fine, son bien-être.

45 CJUE, 27 septembre 2012, Cimade, Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) c/ Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration, aff. C-179/11, pt. 56.

46 CJUE, 27 juin 2006, Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne, aff. C-540/03, pt. 59.

### 3.2 La prise en compte du bien-être collectif

#### a) La protection de la santé publique (des consommateurs, des patients)

Dans une récente affaire de renvoi préjudiciel le juge de l'Union a été saisi de l'interprétation du règlement (CE) n° 1924/2006 relatif à l'utilisation des allégations de santé dans l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires mises sur le marché communautaire. Plus précisément, la question portait sur le point de savoir si l'utilisation, au sujet d'un vin produit en Allemagne, du terme « digeste » par rapport à sa teneur réduite en acidité était compatible avec ledit règlement européen. Tandis que la juridiction de renvoi s'est référée à la liberté professionnelle et à la liberté d'entreprise, la Cour de justice a jugé également important de tenir compte du principe selon lequel un niveau élevé de protection de la santé humaine doit être assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union (art. 35, deuxième phrase de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne). Pour les juges de la Cour de Luxembourg, il était en effet essentiel dans cette affaire d'interpréter les dispositions interdisant une telle allégation non seulement à la lumière des deux libertés économiques en question, mais aussi de la protection de la santé. Suivant sa jurisprudence constante, la Cour a jugé qu'« une telle appréciation doit être effectuée dans le respect de la conciliation nécessaire des exigences liées à la protection de ces différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique de l'Union et d'un juste équilibre entre eux »<sup>47</sup>. Dans le cadre de cette mise en balance, elle a d'abord rappelé la nature spécifique des boissons alcooliques, qui justifie que celles-ci soient soumises à une réglementation stricte. Ensuite, elle a souligné le caractère incomplet de l'allégation en question, dans la mesure où celle-ci se borne à mettre en avant les qualités de la boisson en question, passant sous silence les dangers inhérents à sa consommation<sup>48</sup>. Par cette décision, en jugeant que l'interdiction du terme « digeste » en rapport avec la commercialisation d'une boisson dont

47 CJUE, 6 septembre 2012, *Deutsches Weintor eG c/ Land Rheinland-Pfalz*, aff. C-544/10, pt. 47, se référant à l'arrêt du 29 janvier 2008, *Promusicae*, aff. C-275/06, Rec. P. I-271, pts 65 et 66.

48 CJUE, 6 septembre 2012, *Deutsches Weintor eG c/ Land Rheinland-Pfalz*, aff. C-544/10, pt. 52: « [...] en mettant en relief uniquement sa digestion facile, l'allégation litigieuse est de nature à encourager la consommation du vin en question et, en définitive, à accroître les risques inhérents à une consommation non modérée de toute boisson alcoolique pour la santé des consommateurs. Dès lors, l'interdiction de telles allégations peut se justifier au regard de l'exigence de garantir un niveau élevé de protection de la santé pour le consommateur ».

l'abus comporte des dangers pour la santé était nécessaire et justifiée en application du principe d'un niveau élevé de protection de la santé, la Cour a contribué à la protection du bien-être des consommateurs.

Dans le même sens, en qualifiant du miel contenant de l'ADN et des protéines génétiquement modifiés de « denrées alimentaires [...] contenant [des ingrédients produits à partir d'OGM] » au sens du règlement 1829/2003 et en soumettant par conséquent sa commercialisation à une obligation d'autorisation et de surveillance, la Cour de justice a tenu pleinement compte du principe d'un niveau élevé de protection de la santé humaine, principe matérialisé dans les objectifs du règlement 1829/2003, parmi lesquels la libre circulation de denrées alimentaires sûrs et sains figure en tant qu'« aspect essentiel du marché intérieur [qui] contribue de façon notable à la santé et au bien-être des citoyens »<sup>49</sup>.

Dans une affaire du 21 juin 2012, les juges de la Cour de justice de l'Union européenne ont considéré que la mission spécifique de la pharmacie de l'Université d'Helsinki (« PUH ») pour assurer un approvisionnement de la population en médicaments sûr et de qualité était de nature à justifier l'application d'un régime d'autorisation d'exploitation de succursales de pharmacies plus favorable à celle-ci qu'aux pharmacies privées. Alors que ces dernières n'ont le droit d'exploiter que trois succursales maximum, le plafonnement de la PUH est porté à seize succursales. Dans la mesure où la compétence pour aménager les systèmes nationaux de sécurité sociale appartient aux Etats membres et sous réserve que les succursales de la PUH « participent effectivement à l'accomplissement des missions spécifiques relatives à l'enseignement dispensé aux étudiants en pharmacie, à la recherche dans le domaine de l'approvisionnement en médicaments ainsi qu'à la réalisation de préparations pharmaceutiques rares »<sup>50</sup> - ce qu'il appartient au juge de renvoi de vérifier -, la Cour de justice a interprété les dispositions du droit de l'Union comme ne s'opposant pas aux dispositions de la loi finlandaise.

#### *b) La protection des mineurs*

Dans un arrêt du 14 février 2008, la Cour de Luxembourg a reconnu, par analogie à sa jurisprudence sur les dérogations aux libertés fondamentales pour des raisons d'intérêt général, que « la protection de l'enfant constitue un intérêt légitime

49 CJUE, 6 septembre 2011, Karl Heinz Bablok c/ Freistaat Bayern, aff. C-442/09, pts 10, 92, 107-108.

50 CJUE, 21 juin 2012, Marja-Liisa Susisalo e.a., aff. C-84/11, pt. 42.

de nature à justifier, en principe, une restriction à une liberté fondamentale garantie par le traité CE, telle que la libre circulation des marchandises »<sup>51</sup>, sous condition que le principe de proportionnalité soit respecté<sup>52</sup>. Ce litige est né de l'importation et de la vente par correspondance, par une société allemande, de vidéogrammes contenant des bandes dessinées japonaises appelées « animes » en provenance du Royaume-Uni, où la commercialisation était interdite aux mineurs ayant moins de quinze ans. Or, en Allemagne, ces vidéogrammes étaient commercialisés sans avoir été soumis à aucun contrôle d'une autorité régionale supérieure ou d'un organisme national d'autorégulation, ce qui a été jugé contraire à la loi sur la protection des mineurs à l'issue d'une procédure en référé par le Landgericht Koblenz. Dans le cadre de la procédure sur le fond, cette juridiction a soumis à la Cour de justice de l'Union européenne la question de la compatibilité avec le droit de l'Union de l'interdiction de la vente par correspondance en Allemagne de vidéogrammes portant uniquement une indication d'âge limite émanant de l'autorité britannique compétente. Dans la droite ligne de sa jurisprudence sur les dérogations justifiées des restrictions aux libertés de circulation, la Cour de justice a jugé que l'interdiction constitue bien une mesure d'effet équivalent aux restrictions quantitatives contraires à la libre circulation, mais que celle-ci est susceptible d'être justifiée, dans la mesure où elle « vise à protéger l'enfant contre l'information et les matériels qui nuisent à son bien-être »<sup>53</sup>.

#### **4 La création de droits et principes dont la mise en œuvre concourt au bien-être de la personne**

Son activité créatrice conduit le juge à dégager de nouveaux droits et principes permettant de progresser dans la réalisation du bien-être de la personne<sup>54</sup>.

51 CJUE, 14 février 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c/ Avides Media AG*, aff. C-244/06, pt. 42, où la Cour se réfère expressément à l'arrêt du 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00, Rec. p. I-5659, pt. 7.

52 CJUE, 14 février 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c/ Avides Media AG*, aff. C-244/06, pt. 42, où la Cour se réfère expressément aux arrêts du 14 octobre 2004, *Omega*, C-36/02, Rec. p. I-9609, point 36, ainsi que du 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union*, C-438/05, non encore publié au Recueil, point 75.

53 CJUE, 14 février 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c/ Avides Media AG*, aff. C-244/06, pt. 49.

54 Sur les droits fondamentaux identifiés parmi les principes généraux de droit communautaire v.

#### 4.1 La création de droits

a) *Le droit au remboursement des meilleurs soins hospitaliers disponibles dans un délai acceptable*

Dans les arrêts *Vanbraekel* et *Watts*, la Cour de justice de l'Union européenne a reconnu le droit des patients de bénéficier du meilleur traitement disponible dans un délai acceptable, sans pour autant être pénalisé sur le plan du remboursement. La question s'est posée dans les deux cas par rapport au remboursement de soins hospitaliers reçus en France, alors que les requérantes étaient affiliées respectivement à des systèmes d'assurance-maladie en Belgique et au Royaume-Uni et avaient essuyé des refus de la part de ceux-ci en réponse à leur demande d'autorisation préalablement posée avant de recevoir les soins. Dans l'affaire *Vanbraekel*, le refus de l'autorité nationale s'était avéré non-fondé après coup<sup>55</sup>. Dans l'affaire *Watts*, le délai d'attente pour recevoir des soins dans l'État membre d'affiliation excédait « *le délai acceptable au vu d'une évaluation médicale objective de l'état et des besoins cliniques du patient concerné* »<sup>56</sup>. Depuis, cette solution a été codifiée dans la directive sur la mobilité des patients<sup>57</sup>.

b) *Le droit des parents d'éviter l'angoisse de la naissance d'un enfant gravement malade ou d'une IVG*

La Cour européenne des droits de l'homme a récemment dégagé à partir du droit au respect de la vie privée et familiale le droit des parents à éviter la naissance d'un enfant atteint de mucoviscidose dont ils sont porteurs sains,

---

DE SCHUTTER, O. Les droits fondamentaux dans l'Union européenne : une typologie de l'acquis. In: BRIBOSIA, E.; HENNEBEL; L. (Dir.). *Classer les droits de l'homme*. Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 333. Sur l'inventivité du juge européen » en matière de protection des droits sociaux : SUDRE, F. La protection des droits sociaux par la Convention européenne des droits de l'homme. In: UAE, Les nouveaux droits de l'homme en Europe, XIe Congrès de l'UAE. Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 105.

55 CJCE, 12 juillet 2001, *Abdon Vanbraekel e.a. c/ Alliance nationale des mutualités chrétiennes (ANMC)*, aff. C-368/98, pt. 53.

56 CJCE, grande chambre, 16 mai 2006, *The Queen, ex parte Yvonne Watts c/ Bedford Primary Care Trust et Secretary of State for Health*, aff. C-372/04, pt. 148.

57 Directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'ap-  
lication des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, JOUE du 4 avril  
2011, n° L 88, p. 45-65, spéc. art. 8 § 5 : « Sans préjudice du paragraphe 6, points a) à c), l'État  
membre d'affiliation ne peut refuser d'accorder une autorisation préalable si le patient a droit  
aux soins de santé concernés, conformément à l'article 7, et si ces soins de santé ne peuvent  
être dispensés sur son territoire dans un délai acceptable sur le plan médical, sur la base  
d'une évaluation médicale objective de l'état pathologique du patient, de ses antécédents, de  
l'évolution probable de sa maladie, du degré de sa douleur et/ou de la nature de son handicap  
au moment du dépôt ou du renouvellement de la demande d'autorisation ».

dans le souci de préserver le bien-être du couple de parents, notamment de la femme angoissée à l'idée de n'avoir « *comme seule perspective de maternité celle liée à la possibilité que l'enfant soit affecté par la maladie litigieuse [ou], d'autre part, la souffrance dérivant du choix douloureux de procéder, le cas échéant, à un avortement thérapeutique* »<sup>58</sup>. En statuant ainsi, la Cour de Strasbourg a jugé qu'éviter l'anxiété à la mère revenait à protéger son bien-être<sup>59</sup>.

*c) Le droit à un environnement sain*

Dans un litige de voisinage entre des habitants et une commune en Espagne, où la construction d'une station d'épuration d'eaux et de déchets à douze mètres du domicile de la requérante avait provoqué de sérieux problèmes de santé chez cette dernière ainsi que chez sa fille, les juridictions nationales, tout en reconnaissant l'existence de nuisances et la détérioration de la qualité de vie des riverains, a néanmoins considéré que cette détérioration n'était pas suffisamment sérieuse pour enfreindre les droits fondamentaux reconnus dans la Constitution espagnole. La requérante s'est alors tournée vers la Cour européenne des droits de l'homme en vue de faire reconnaître par celle-ci une violation de son droit au respect du domicile. La Cour de Strasbourg a en effet reconnu que des atteintes graves à l'environnement privant une personne « *de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale* » étaient de nature à affecter le bien-être de cette personne et ce même sans qu'il ne soit nécessaire que la santé de l'intéressé soit gravement mise en danger. Autrement dit, la Cour s'est servie du droit de l'individu au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance pour dégager un nouveau droit, celui à être protégé contre des atteintes graves à l'environnement<sup>60</sup>.

Tout en reconnaissant à l'Etat espagnol une marge d'appréciation dans la mise en balance entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans

58 Cour EDH, 28 août 2012, aff. Costa et Pavan c. Italie, (Requête no 54270/10), § 66.

59 Auparavant, la Cour de cassation française avait reconnu un droit à réparation du préjudice d'anxiété à des ouvriers qui, sans en être tombés malades, ont été exposés pendant leur travail à l'amiante : Arrêt n° 939 du 11 mai 2010 (09-42.241 à 09-42.257 joints) - Cour de cassation - Chambre sociale. Disponible sur: <[http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/chambre\\_sociale\\_576/939\\_11\\_16253.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/939_11_16253.html)>. Consulté le : 26 oct. 2012. [...] les salariés [...] se trouvaient par le fait de l'employeur dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante et étaient amenés à subir des contrôles et examens réguliers propres à réactiver cette angoisse ».

60 Cour EDH, 9 décembre 1994, López Ostra c. Espagne, (Requête no16798/90), § 51.

son ensemble, la Cour a néanmoins condamné l'Etat. Elle a estimé que dans la conciliation entre, d'une part, la jouissance effective par la requérante du droit à un environnement sain et, d'autre part, l'intérêt de la commune de disposer d'une station d'épuration, l'État défendeur « *n'a pas su ménager un juste équilibre* » et, par conséquent, a porté atteinte au respect de l'article 8 CEDH. Dans cet arrêt, la Cour de Strasbourg a retenu une acception large du bien-être de l'individu, en incluant l'absence d'atteintes graves à l'environnement dans la liste des droits justiciables. Depuis, la Cour n'a cessé de confirmer sa position : d'abord dans une affaire née d'un accident écologique s'étant produit dans une exploitation de minerai d'or située en Roumanie ayant exposé la population locale à « *un état d'angoisse et d'incertitude accentuées par la passivité des autorités nationales* »<sup>61</sup>, ensuite dans une affaire relative à des émissions nocives provenant d'une usine chimique qui comportaient de sérieux risques pour les requérants habitant à proximité<sup>62</sup>, ensuite.

## 4.2 La création de principes

### a) Le principe de dignité

Bien avant la consécration de la protection de la dignité humaine en droit primaire, à l'article 1<sup>er</sup> de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la Cour de justice de l'Union européenne a pris en compte le respect de la dignité de la personne et de sa liberté en condamnant la discrimination résultant du licenciement d'une personne en raison de son changement de sexe<sup>63</sup>. Dans une affaire *Omega Spielhallen*<sup>64</sup> opposant un exploitant de « jeux à tuer » au maire de la ville de Bonn au sujet de la compatibilité avec les libertés fondamentales de l'interdiction de l'activité commerciale exercée par celui-ci pour des raisons d'ordre public, les juges de la Cour de justice ont érigé la protection de la dignité humaine en principe général du droit communautaire à

61 Cour EDH, 27 janvier 2009, *Tătăr c. Roumanie*, (Requête no 67021/01), § 122. En effet, selon la Cour « les autorités roumaines ont failli à leur obligation d'évaluer au préalable d'une manière satisfaisante les risques éventuels de l'activité en question et de prendre des mesures adéquates capables de protéger les droits des intéressés au respect de leur vie privée et de leur domicile et, plus généralement, à la jouissance d'un environnement sain et protégé », § 112.

62 Cour EDH, 30 mars 2010, *Băcilă c. Roumanie*, (Requête no 19234/04).

63 CJCE, 30 avril 1996, P c/ S et Cornwall County Council, aff. C-13/94, Rec. p. I-2143, pt. 22.

64 CJUE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c/ Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, aff. C-36/02.

partir du principe du respect de la dignité humaine consacré à l'article 1<sup>er</sup> de la Loi fondamentale allemande<sup>65</sup>.

*b) Le principe de prééminence*

Dans une ordonnance du 11 avril 2003, le juge communautaire a dégagé le principe de prééminence, en application duquel, dans certaines circonstances, la protection de la santé publique doit se voir reconnaître une importance prépondérante par rapport aux difficultés économiques et sociales engendrées par une mesure de gestion du risque pour un État membre, et ce sans égard pour l'ampleur des conséquences économiques négatives, fussent-elles considérables. À l'occasion de cette affaire concernant l'interdiction, pour des raisons sanitaires, de l'utilisation d'un additif alimentaire dans l'élevage de dindes, le Tribunal a jugé que dès lors que le risque pour la santé est grave et imminent, « la protection [des intérêts économiques et sociaux], quoique louable, ne saurait l'emporter sur le dommage qui pourrait être provoqué par la suspension du règlement litigieux au cas où la réalité du risque sur lequel le Conseil s'est fondé en arrêtant ce règlement serait confirmée... ». Par ailleurs, il convient de souligner que l'application du principe de prééminence des exigences liées à la protection de la santé publique a pour effet d'encadrer non seulement le pouvoir discrétionnaire des autorités chargées de la gestion du risque, mais aussi du juge, par exemple lorsque celui-ci est saisi d'une procédure d'urgence : « dès lors qu'un risque sérieux pour la santé publique est invoqué, le juge des référés, [...] penchera presque inévitablement en faveur de la protection de celle-ci [...] »<sup>66</sup>, et ce « *nonobstant sa souveraineté formelle dans la mise en balance des intérêts* »<sup>67</sup>.

65 Sur la protection de la dignité humaine par la Loi fondamentale allemande v. également les conclusions de l'Avocat général C. Stix-Hackl du 18 mars 2004 sous l'affaire Omega, spéc. pt. 84 : « il nous semble [...] que la dignité humaine apparaît dans les ordres juridiques nationaux surtout comme une profession de foi à caractère général ou en tant que principe constitutionnel ou principe fondamental ou encore principe d'évaluation – souvent dégagé par la jurisprudence – mais non comme norme autonome susceptible d'être invoquée en justice. Il est donc exceptionnel de trouver une disposition, comme celle de la constitution allemande, qui prévoit – c'est en tout cas l'avis de la doctrine prédominante – que le respect et la protection de la dignité humaine visée à l'article 1<sup>er</sup> de la loi fondamentale allemande ne sont pas seulement un «principe constitutionnel central», mais également un droit fondamental autonome ».

66 TPICE, Ord. du 28 septembre 2007, France c/ Commission, aff. T-257/07 R.

67 TPICE, Ord. du 11 avril 2003, Solvay Pharmaceuticals c/ Conseil, aff. T-392/02 R ; TPICE, Ord. du 28 septembre 2007, France c/ Commission, aff. T-257/07 R.

## 5 Conclusion

Les juges européens font preuve d'originalité et, parfois, d'audace, pour protéger le bien-être de la personne. Les jeux de l'internormativité et de l'interprétation croisée ont permis la formation d'une communauté des juges<sup>68</sup>. Reste à voir s'ils permettent également la construction d'une véritable communauté de valeurs parmi lesquelles figurerait le bien-être.

Sans être reconnu en tant que droit subjectif, le bien-être bénéficie d'ores et déjà d'une protection par le juge, que ce soit à travers la sanction des atteintes au bien-être, la prise en compte du bien-être en tant qu'intérêt légitime ou la création de droits et principes. Il est vrai que pour l'instant, les contours de la protection juridique du bien-être demeurent flous<sup>69</sup>. En revanche, grâce à l'œuvre prétorienne, le concept commence à gagner en substance. La suite de nos recherches consistera à clarifier plus en détail dans quelles catégories juridiques peut être rangé le bien-être, en identifiant des « *critère[s] de classification opératoire[s] du point de vue juridique* »<sup>70</sup>. Ainsi, conviendrait-il p.ex. d'envisager le bien-être en tant que valeur, principe, droit social, voire de « droit-créance »<sup>71</sup>.

68 V. les propos du Prof. M. Delmas-Marty au sujet des évolutions de jurisprudence relatives à la peine de mort : DELMAS-MARTY, M. *Le pluralisme ordonné*. éd. du Seuil, Paris, 2006, p. 53.

69 Pour l'instant, la protection du bien-être en droit européen semble se rapprocher de celle dont bénéficient le travail, les loisirs, l'instruction. En France, ces « droits-créances », bien que reconnus par la Constitution, ne sont pas justiciables. Ils confèrent « le pouvoir d'exiger quelque chose », correspondant à « une dette étatique de nature positive, à une obligation d'action ou de prestation positive » - à l'exclusion des obligations à « ne pas faire » -, tout en laissant pour ce faire une large marge au législateur, v. GAY, L. *Les droits-créances constitutionnels*, Bruylant, Bruxelles, 2007, spéc. p. 8-10.

70 GAY, L. *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, Bruxelles, 2007, spéc. p. 10.

71 Selon le Professeur De Vergottini, « une partie seulement [des] droits [sociaux] a pour but une prestation de la part de l'Etat. Une autre partie, extrêmement importante, a comme contenu le devoir d'abstention de la part de toute personne privée ou publique et notamment de la part de l'Etat. Cela signifie que suivant la doctrine plus moderne et la jurisprudence constitutionnelle, ces derniers droits sont conçus suivant le modèle des traditionnels droits de liberté » : DE VERGOTTINI G., « La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Italie. In: ILIOPOULOS-STRANGAS, J. (Ed.). *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*. Etude de droit comparé, éd. N. Sakkoulas, Bruylant, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, p. 570. Selon A.E. Dick Howard, en droit constitutionnel américain, les droits sociaux « correspondent à l'idée que la fonction principale d'un Etat moderne est de fournir des services et de promouvoir le bien-être des citoyens. Dans cette [...] catégorie figurent, par exemple, le droit à l'éducation, au travail et l'accès à des droits sociaux tels que la sécurité pour les personnes âgées » : DICK HOWARD, A. E. *Les droits et la Constitution. La protection judiciaire des droits sociaux en droit constitutionnel américain*. R.F.S.P., 1990, n. 2, p. 173.

Dans le souci d'assurer autant la sécurité juridique que de garantir les autres valeurs européennes<sup>72</sup>, le défi perpétuel pour le juge consistera alors à stabiliser la protection juridique du *bien-être* de la personne sans excès de rigidité.

---

72 Nous n'avons pas à rougir de notre démocratie, de notre économie de marché sociale et de nos valeurs. En offrant un niveau de cohésion sociale élevé, en respectant les droits de l'homme, la dignité humaine et l'égalité entre les hommes et les femmes, et en protégeant l'environnement, les sociétés européennes, malgré tous leurs problèmes, comptent parmi les plus honorables de toute l'histoire de l'humanité: José Manuel Durão Barroso. Discours sur l'état de l'Union 2012. prononcé le 12 septembre 2012 lors de la Session plénière du Parlement européen à Strasbourg, p. 15.

# 9 A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS PARA O REFORÇO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO

Clarice Seixas Duarte<sup>1</sup>

## 1 Introdução

O presente artigo tem por objetivo analisar em que medida a referência ao Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos pode vir a contribuir para o reforço das condições de eficácia do direito à educação no país, visando, particularmente, impulsionar uma maior utilização, pelo Judiciário brasileiro, das regras e princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de modo espontâneo, em suas próprias decisões.

O diálogo com o aparato internacional, embora em tese constitua um mecanismo relevante quando se trata de expandir as condições de aplicabilidade dos direitos humanos em geral, e do direito à educação em particular, tem sido pouco explorado no Brasil, daí a pertinência do presente estudo.

Pretende-se analisar, de modo específico, o significado do princípio da progressividade dos direitos sociais, expressamente previsto no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, como um elemento relevante para a compreensão do regime e da natureza jurídica dessa categoria de direitos e, conseqüentemente, para a determinação da eficácia das normas de direitos sociais, previstas na ordem interna, direcionando a sua interpretação no sentido de reforçar a proteção a elas conferida.

---

1 Professora do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie e representante do Brasil na Plataforma Interacional ASAP – Academics Stand Against Poverty. As ideias contidas no presente artigo foram inicialmente discutidas em minha tese de doutorado apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP, intitulada “O Direito Público Subjetivo ao ensino fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988”, defendida no ano de 2003.

A referência ao Direito Internacional dos Direitos Humanos pode servir, ainda, para explicitar o conteúdo de princípios e regras previstos em nosso próprio ordenamento, ou, ainda, para fortalecer os argumentos empregados nas hipóteses concretas em que ocorre colisão entre princípios que veiculam direitos humanos, dentre os quais, os educacionais.

## **2 A incorporação dos direitos previstos nos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro**

O século XX assistiu a um extraordinário processo de expansão e universalização da proteção internacional dos direitos humanos, que passaram a ser reconhecidos como tema de legítimo interesse internacional, notadamente após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. Contudo, no Brasil, o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, de modo geral, ainda é pouco explorado, uma vez que sua origem, lógica de funcionamento, principiologia e seu alcance são muitas vezes ignorados ou desprezados por boa parte dos profissionais do direito.

No que diz respeito à relação entre o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos e o ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma inovação sem precedentes, notadamente no que se refere à incorporação dos direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil é signatário, atribuindo-lhes *status* de norma constitucional. Essa interpretação, segundo Flávia Piovesan, advém “da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional”.<sup>2</sup> De fato, cabe lembrar o reconhecimento da dignidade humana como princípio fundamental informador

---

2 Cf. PIOVESAN, Flávia C. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 35-36. Essa visão não é unanimemente aceita pela doutrina. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por exemplo, equipara as normas dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos à legislação ordinária. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 99). Está fora das pretensões deste trabalho justificar, em toda sua complexidade, a posição que atribui hierarquia constitucional às normas constantes dos tratados internacionais de direitos humanos. A esse respeito, ver PIOVESAN, Flávia C. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2006, especialmente, capítulo 4.

de todo ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do art. 1º, III.

Já o art. 5º § 2º da CF/88 estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Ainda na visão de Flávia Piovesan, o dispositivo autoriza, *a contrario sensu*, a interpretação de que a Carta de 1988 incluiu, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, aqueles enunciados nos tratados em que o Brasil é parte, atribuindo-lhes hierarquia especial de norma constitucional<sup>3</sup>.

À atribuição do *status* constitucional às normas constantes dos tratados internacionais de direitos humanos soma-se outro importante avanço introduzido pela CF/88, qual seja, a incidência do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, constante do § 1º do art. 5º, sobre os direitos objeto desses tratados, tendo em vista que constituem normas definidoras de direitos e garantias fundamentais<sup>4</sup>.

Segundo essa interpretação, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um regime jurídico diferenciado para os tratados de direitos humanos em relação aos tratados tradicionais<sup>5</sup>. Enquanto os últimos apresentam força hierárquica infraconstitucional e dependem da produção de um ato normativo que reproduza seu

3 Cf. PIOVESAN, Flávia C. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2006. p. 52 et seq.

4 PIOVESAN, Flávia C. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2006. p. 80.

5 Na opinião de Flávia Piovesan: "Conclui-se que o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, no qual para os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, por força do art. 5º, parágrafo 1º - aplica-se a sistemática da incorporação automática, enquanto para os demais tratados internacionais aplica-se a sistemática de incorporação legislativa, na medida em que se tem exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna" (PIOVESAN, Flávia C. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2006. p. 86). No tocante às consequências que a incorporação automática do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Direito brasileiro – sem que se faça necessário um ato jurídico complementar para sua exigibilidade e implementação – traz para o plano jurídico, afirma Flávia Piovesan: "De um lado, permite ao particular a invocação direta dos direitos e liberdades internacionalmente assegurados e, por outro, proíbe condutas e atos violadores a estes mesmos direitos, sob pena de invalidação. Consequentemente, a partir da entrada em vigor do tratado internacional, toda norma preexistente que seja com ele incompatível perde automaticamente a vigência. Ademais, passa a ser recorrível qualquer decisão judicial que violar as prescrições do tratado" (PIOVESAN, Flávia C. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2006. p. 104-105).

conteúdo no ordenamento jurídico nacional (sistemática da incorporação legislativa), os tratados de direitos humanos, além de possuírem *status* de normas constitucionais, são dotados de aplicabilidade imediata, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 5º.

A justificativa para o tratamento privilegiado dos tratados de direitos humanos estaria baseada no caráter especial desses instrumentos, que objetivam a proteção dos direitos dos seres humanos, e não o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-partes, diferentemente do que ocorre com os demais tratados. Deve-se levar em conta, ainda, a prioridade que a Carta atribui aos direitos humanos, reconhecendo a prevalência desses como princípio fundamental a reger o Brasil nas relações internacionais, nos termos do art. 4º, II do texto, sem falar no papel de destaque conferido ao princípio da dignidade humana<sup>6</sup>.

O tratamento especial ou diferenciado que a Constituição Federal de 1988 conferiu aos tratados de direitos humanos é reconhecido por Antônio Augusto Cançado Trindade:

Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é Parte, os direitos fundamentais nele garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno. Por conseguinte, mostra-se inteiramente infundada, no tocante e em particular aos tratados de direitos humanos, a tese clássica - ainda seguida em nossa prática constitucional - da paridade entre tratados internacionais e a legislação infraconstitucional<sup>7</sup>.

Vale ressaltar que a posição que confere hierarquia de norma constitucional e reconhece a incorporação automática dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro não é unanimidade entre os doutrinadores pátrios, tampouco é matéria pacífica no Supremo Tribunal Federal.

6 Cf. PIOVESAN, Flávia C. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 37.

7 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Orgs.). *O cinqüentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999. p. 34-35.

Com o intuito de dirimir a disputa doutrinária e jurisprudencial em torno da hierarquia dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, introduziu o § 3º ao art. 5º, no qual reconhece expressamente o *status* constitucional dos tratados e convenções de proteção dos direitos humanos, desde que aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros.

Esse dispositivo, apesar de ter representado um avanço no que diz respeito ao reconhecimento do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos ratificados após o advento da Emenda 45, teve o efeito negativo de gerar uma nova polêmica, especificamente em torno da hierarquia dos tratados ratificados antes da introdução do § 3º.

Consideramos de fundamental importância insistir na tese do reconhecimento da hierarquia “materialmente constitucional” dos tratados de direitos humanos, independentemente de seu quorum de aprovação (aspecto formal), tendo em vista não apenas sua absoluta pertinência e pleno embasamento constitucional, por força do art. 5º, § 2º, como pelo fato de ela representar maior proteção aos direitos da pessoa humana<sup>8</sup>.

Além de significar um retrocesso da evolução da consciência ética da humanidade, negar a máxima proteção à pessoa humana representaria a negativa de todo o espírito da própria Constituição brasileira vigente. Infelizmente, o mau aproveitamento das potencialidades do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos resulta no enfraquecimento da proteção desses direitos, já que esse sistema reforça os ordenamentos jurídicos internos. A proteção internacional estabelece parâmetros mínimos a serem observados pelos Estados, de sorte que, se a proteção conferida pela ordem nacional à pessoa humana for mais benéfica ou mais eficaz, é ela que deverá prevalecer. Na prática, a proteção conferida pela ordem internacional é complementar àquela oferecida pela ordem nacional, ou seja, os dois sistemas devem se somar<sup>9</sup>.

---

8 Para um aprofundamento sobre o assunto, ver TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Orgs.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999. p. 72 et seq.

9 Quase todos os tratados apresentam, ao final, cláusulas de interpretação. O objetivo geral dessas cláusulas é fazer com que o direito internacional só se aplique no sentido de aprimorar a proteção doméstica. No caso brasileiro, deve-se somar os parâmetros democráticos instituí-

É importante ressaltar que o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos constitui um direito paralelo e subsidiário em relação aos sistemas nacionais, sem pretensão de substituí-los ou suplantá-los. O objetivo é a máxima proteção do ser humano, conferindo-lhe uma garantia adicional em caso de falha, omissão ou deficiência das instituições nacionais, preservando-se, assim, a responsabilidade primária dos Estados pela proteção desses direitos<sup>10</sup>.

Se o objetivo do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos é garantir a dignidade humana, uma de suas características fundamentais consiste no fato de ele não visar ao equilíbrio de interesses entre os Estados, mas garantir o exercício de direitos e liberdades fundamentais para a pessoa humana. Decorre dessa concepção um dos mais importantes princípios do direito internacional dos direitos humanos: a primazia da norma mais favorável à vítima. De acordo com esse princípio, a hipótese de conflito entre normas do sistema internacional e dos sistemas domésticos fica absolutamente reduzida, pois, em caso de duas normas que apontem em sentido diverso, deve prevalecer a mais favorável à vítima, ou, ainda, a que melhor e mais eficazmente proteja os direitos humanos<sup>11</sup>.

No que tange à sua estrutura, o arcabouço internacional de proteção dos direitos humanos é composto pelo sistema global de proteção (formado pelo sistema geral e pelo especial) e pelo sistema normativo regional, esse último integrado pelos sistemas americano, europeu e africano. Vale lembrar que o Sistema Global de Proteção foi inaugurado pela Carta Internacional dos Direitos Humanos (*International Bill of Rights*), integrada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, pelo Pacto Internacional de Proteção dos Direitos

---

dos pela CF/88 aos parâmetros internacionalmente estabelecidos.

10 Cf. PIOVESAN, Flávia C. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2006. p. 98. Sobre a natureza complementar do sistema internacional de proteção dos direitos humanos em relação aos nacionais, afirma Lindgren Alves: "O Sistema internacional de proteção aos direitos humanos é reconhecidamente complementar aos nacionais, tentando sobre eles influir. Se é válido à ONU, à OEA, a governos estrangeiros e ONGs mais respeitáveis recomendar ações e formular cobranças a governos democráticos, também é válido que estes governos esperem daquelas organizações e Estados solidariedade e assistência para garantir com maior eficácia os direitos humanos" (ALVES, Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994. p. 112).

11 De acordo com Flávia Piovesan, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, por força do princípio da norma mais favorável à vítima, apenas vem aprimorar e fortalecer, jamais restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional (PIOVESAN, Flávia C. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 57).

Civis e Políticos e pelo Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Ressalte-se, ainda, que, além de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos de alcance geral, dos quais são exemplo os pactos supracitados, o sistema global é também composto por instrumentos de alcance específico. Estes últimos têm como objeto violações determinadas, como genocídio, tortura, discriminação racial e contra a mulher, violação dos direitos das crianças, entre outras, que oferecem enorme potencial de proteção à pessoa humana.

No que diz respeito à posição do Brasil em relação ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, deve-se destacar a adesão ao Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Civis e Políticos e ao Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, assim como ao Pacto de San José da Costa Rica, no âmbito da OEA, em 1992, além da ratificação de vários instrumentos jurídicos internacionais significativos sobre a matéria<sup>12</sup>.

### **3 A Declaração Universal de 1948 e a concepção contemporânea dos direitos humanos**

A Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>13</sup>, ponto de partida do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, ao acolher a concepção de que

---

12 O Brasil deve levar a sério seus compromissos internacionalmente assumidos, dando cumprimento aos tratados de proteção dos direitos humanos, celebrados por ato de soberania. Não é possível aceitar o desrespeito aos direitos humanos e a impunidade sob a justificativa da prevalência da soberania nacional em detrimento da proteção da pessoa humana. É preciso reconhecer que os compromissos assumidos pelo Brasil em relação aos direitos humanos, tendo sido firmados no livre gozo de sua soberania, não podem deixar de ser cumpridos justamente sob a justificativa da prevalência da soberania nacional.

13 A Declaração Universal foi aprovada pela Resolução nº 217 A (III), da Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, contando com aprovação unânime de 48 dos então 58 Estados membros da ONU (note-se que nenhum Estado votou contra, oito se abstiveram e dois estavam ausentes na ocasião). Sobre a Declaração, ver os comentários de PIOVESAN, Flávia C. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2006. p. 142 e ss; STEINER, Henry; ALSTON, Philip. *International human rights in context, law, politics and morals*. New York: Oxford University Press, 1996. p. 119 et seq.; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Orgs.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999. p. 13-51.

esses direitos são inerentes à pessoa humana, reconhece, além do princípio de sua universalidade, o fato de que estes são logicamente anteriores a toda e qualquer forma de organização política ou social, não podendo sua proteção ficar restrita à ação do Estado<sup>14</sup>.

A consequência dessa nova concepção é a flexibilização do próprio conceito de soberania nacional. Abandona-se a ideia de que a forma pela qual o Estado trata seus nacionais constitui assunto de interesse e jurisdição estritamente nacionais<sup>15</sup>. Com o reconhecimento de sua universalidade, os direitos humanos passam a ser concebidos como tema de legítimo interesse internacional<sup>16</sup>, importante passo em direção ao reforço da proteção dos direitos humanos, já que, muitas vezes, são os Estados seus principais violadores. A ausência de proteção internacional deve ser rechaçada por representar aumento da vulnerabilidade da pessoa humana.

Além da universalidade, a Declaração de 1948 prevê, em um único documento, direitos civis e políticos (arts. 3º a 21) e direitos econômicos, sociais e culturais (arts. 22 a 28)<sup>17</sup> até então objetos de dois discursos que não se integravam ple-

14 Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PER-RONE-MOISÉS, Cláudia (Orgs.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999. p. 15-16.

15 Sobre a flexibilização do conceito de soberania, são esclarecedores os comentários de Lindgren Alves: "Ao subscrever uma convenção internacional sobre direitos humanos, ao participar de organizações regionais sobre o assunto, ou, conforme é hoje interpretação corrente, pelo simples fato de integrar-se às Nações Unidas (...), os Estados abdicam soberanamente de uma parcela da soberania, em sentido tradicional, obrigando-se a reconhecer o direito da comunidade internacional de observar e, conseqüentemente, opinar sobre sua atuação interna, sem contrapartida de vantagens concretas" (ALVES, Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994. p. 5).

16 Cf. PIOVESAN, Flávia C. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 78. O valor jurídico dos tratados e seu impacto na ordem internacional.

17 Sobre os direitos elencados na Declaração, observa Dalmo Dallari: "Indo muito além da simples preocupação com a conservação de direitos, a Declaração faz a enumeração dos direitos fundamentais e, no art. 22, proclama que todo homem tem direito à segurança social e à realização de direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade. O exame dos artigos da Declaração revela que ela consagrou três objetivos fundamentais: a certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a segurança dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais serão respeitados; a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições sub-humanas". (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 179).

namente, e introduz a ideia da indivisibilidade e interdependência entre essas duas categorias<sup>18</sup>. Afinal, sem condições de vida digna, os direitos de liberdade tornam-se meramente formais. Por outro lado, a satisfação dos direitos sociais sem a liberdade, tende ao sufocamento do indivíduo pela sociedade e pelo Estado, limitando o espaço conferido ao desenvolvimento de suas potencialidades e interesses<sup>19</sup>.

Dessa forma, não se pode afirmar ser mais importante proteger os direitos civis e políticos do que os direitos sociais, considerando que Até porque, um não se realiza sem o outro. Isso quer dizer que, à luz da concepção contemporânea dos direitos humanos, não há como hierarquizar direitos individuais (civis e políticos) e direitos econômicos, sociais e culturais.<sup>20</sup>

Do que foi exposto, pode-se perceber que, hoje, prevalece, no âmbito internacional, o entendimento de que, se os direitos humanos não abrangem apenas direitos individuais, mas também direitos de grupos sociais, organizações, associações<sup>21</sup>, as teorias liberal e social devem ser conjugadas para dar conta de sua extensão. Há que se ressaltar, portanto, a complementaridade entre as distintas categorias de direitos e rechaçar as concepções que procuram estabelecer uma relação de antinomia entre ambas.

---

18 Na visão de Fábio Konder Comparato, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais constituem um conjunto uno e indissociável. Isso quer dizer que "a liberdade individual é ilusória sem um mínimo de igualdade social; e a igualdade social imposta com o sacrifício dos direitos civis e políticos acaba engendrando, rapidamente, novos privilégios econômicos e sociais". (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo, Saraiva, 1999. p. 305).

19 Sobre a concepção dos direitos humanos como um todo indivisível, assevera Flávia Piovesan, "Além da universalidade dos direitos humanos, a Declaração de 1948 ainda introduz a indivisibilidade desses direitos ao ineditamente conjugar o catálogo dos direitos civis e políticos com o dos direitos econômicos, sociais e culturais". (PIOVESAN, Flávia C. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2006. p. 131).

20 "Em perspectiva histórica, é altamente significativo que a Declaração Universal de 1948 tenha propugnado uma concepção necessariamente *integral* ou holística de todos os direitos humanos. Transcendendo as divisões ideológicas do mundo de seu próprio tempo, situou assim no mesmo plano todas as 'categorias' de direitos - civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Esse enfoque seria retomado duas décadas depois, na I Conferência Mundial de Direitos Humanos (1968), e nele se insistiria mais recentemente na II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993)", cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Orgs.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999. p. 18.

21 O processo de expansão da titularidade dos direitos humanos representa uma linha ascendente, tendo evoluído para abranger os direitos dos povos, os direitos da humanidade e até mesmo os direitos das futuras gerações.

Nesse sentido, vale um comentário sobre a teoria da sucessão geracional dos direitos humanos, com base na qual o conjunto desses direitos foi dividido em três gerações distintas (para alguns autores, seria possível distinguir até mesmo quatro gerações<sup>22</sup>). De acordo com essa posição, os direitos civis e políticos (liberdades individuais) fariam parte da “primeira geração” de direitos humanos. Os direitos econômicos, sociais e culturais estariam enquadrados na “segunda geração” e a terceira englobaria os direitos coletivos da humanidade (direito ao meio ambiente, à paz, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, etc.) Apesar de ter sido aceita por boa parte da doutrina quando do seu surgimento, essa classificação vem sendo duramente criticada.

O ataque à teoria das gerações está intimamente ligado à simbologia que o termo suscita, contribuindo para embasar a tese de que haveria uma relação de hierarquia entre direitos civis e políticos, de um lado, e econômicos, sociais e culturais, de outro. Isso porque o termo “gerações” pode indicar duas grandezas que se sucedem no tempo, com prevalência de uma – a antecessora – sobre a outra – a sucessora. A metáfora biológica da sucessão em gerações obscureceu a relação de interdependência constante entre essas várias dimensões ou categorias dos direitos humanos.

Ao mencionar o valor da teoria das gerações, Maria Victoria Benevides assinala que a expressão deve ser utilizada em seu sentido de evolução histórica e não no sentido biológico, pois o conjunto dos direitos humanos reconhecidos em uma determinada época não é superado com a chegada de uma nova geração, continua incorporado na geração seguinte<sup>23</sup>. A autora reconhece, portanto, a complementaridade entre os direitos humanos, característica que deve orientar a interpretação a respeito da classificação. O constitucionalista Paulo Bonavides também admite a divisão dos direitos humanos em gerações, sem com isso negar a inter-relação entre suas dimensões ou categorias<sup>24</sup>.

Em recusa mais radical dessa metáfora, Cançado Trindade aponta que  
“Os chamados direitos de solidariedade, historicamente

22 São direitos fundamentais de quarta geração o direito à democracia, à informação e ao pluralismo (cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 524 et seq.).

23 SOARES, Maria Victoria de Mesquita Benevides. Cidadania e direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, n. 104, p. 39-46, jul. 1998. Disponível em: <[http://educa.fcc.org.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-15741998000200003&lng=pt&nrm=iso](http://educa.fcc.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15741998000200003&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 21 out. 2014. p. 45.

24 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 518.

mais recentes, em nosso entender *interagem* com os direitos individuais e sociais, não os ‘substituem’, distintamente do que a invocação inadequada da imagem do suceder de gerações pretenderia ou pareceria insinuar”<sup>25</sup>.

Na visão do autor, os inconvenientes da concepção sugerida pela imagem justificariam sua completa rejeição. De fato, esse raciocínio ressalta apenas o lado negativo da classificação, atribuindo caráter artificial à teoria. Ao justificar sua posição, é interessante notar, ele destaca a relação de interdependência entre os direitos humanos, também reforçada pelos demais autores.

Convém ressaltar, ainda, o questionamento de Cançado Trindade quanto ao valor da analogia da sucessão geracional de direitos do ponto de vista da evolução histórica do direito internacional nesta área. No tocante à superveniência dos direitos sociais em relação aos direitos civis e políticos, ele assevera: “Tudo indica haver um certo descompasso entre a evolução da matéria no direito interno e no direito internacional, evolução essa que aqui não se deu *pari passu*. Assim, por exemplo, enquanto no direito interno (constitucional) o reconhecimento dos direitos sociais foi historicamente posterior aos direitos civis e políticos, no plano internacional ocorreu o contrário, conforme exemplificado pelas sucessivas e numerosas convenções internacionais do trabalho, a partir do estabelecimento da OIT em 1919, muitas das quais precederam a adoção de convenções internacionais mais recentes voltadas aos direitos civis e políticos”<sup>26</sup>.

Independentemente da polêmica em torno da teoria das gerações de direitos, o importante é que, de acordo com a concepção contemporânea dos direitos humanos, uma “geração” de direitos não vem substituir a outra, mas interagir com ela permanentemente, em relação simétrica. Por isso, embora a teoria das gerações apresente certo valor didático e metodológico, as interpretações equivocadas que suscita são suficientes para evitar sua utilização ou, no mínimo, exigir cautela em seu emprego.

25 Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PER-  
RONE-MOISÉS, Cláudia (Orgs.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do  
Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999. p. 41.

26 Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o futuro  
da proteção internacional dos direitos humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PER-  
RONE-MOISÉS, Cláudia (Orgs.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do  
Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999.

Além da concepção contemporânea dos direitos humanos, a Declaração Universal também trouxe importantes diretrizes relativas a direitos específicos. No que diz respeito à proteção do direito à educação, o art. 26 já enunciava importantes princípios, tais como o da gratuidade, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. Estabeleceu, também, que a educação deveria ser orientada para o desenvolvimento da personalidade humana e para o fortalecimento do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, devendo promover a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos. Garantiu, ainda, aos pais, o direito de escolher o gênero de educação de seus filhos.

Não obstante a importância da Declaração e dos princípios nela previstos, houve muita polêmica em torno da determinação da sua natureza jurídica e do caráter vinculante de seus dispositivos.

O objetivo de oferecer maior concretude jurídica aos direitos nela contidos levou à decisão de elaborar um novo documento, cuja natureza jurídica não pudesse ser questionada. A dicotomia então vigente entre dois blocos ideologicamente opostos - capitalistas e socialistas - fez com que fossem elaborados dois documentos distintos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966<sup>27</sup>.

#### **4 O Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 (PIDESC), e o significado do princípio da aplicação progressiva dos direitos nele previstos**

A adoção de dois instrumentos de proteção internacional distintos - um relativo aos direitos civis e políticos e outro relativo aos direitos econômicos,

27 Sobre a elaboração de dois instrumentos jurídicos distintos, Antônio Augusto Cançado Trindade esclarece: "As raízes da questão estudada no presente capítulo - o tratamento distinto das duas 'categorias' de direitos, quais sejam, de um lado, os direitos civis e políticos, e de outro, os direitos econômicos, sociais e culturais - remontam à fase legislativa de elaboração dos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, mormente a decisão tomada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1951 de elaborar, ao invés de um Pacto, dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos (adotados em 1966), voltados, respectivamente, às duas categorias de direitos, dotados de medidas de implementação distintas, e completando, assim, juntamente com a Declaração Universal de 1948, a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos" in TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1999. v. 1. p. 354.

sociais e culturais<sup>28</sup> - reflete uma visão compartimentalizada dessas duas categorias, dicotomia que marcou profundamente o mundo contemporâneo, fruto da divisão ideológica entre os blocos socialista e capitalista. Não há mais razões para mantê-la no mundo atual, seja por carência de fundamentos, seja pelos efeitos perversos que vem produzindo.

Cumprir esclarecer que, não obstante as peculiaridades de cada uma dessas categorias de direitos, não é possível estabelecer uma linha de fronteira absolutamente definida entre ambas. Não se pode dizer que existam critérios estanques para separar, de maneira intransponível, os direitos civis e políticos dos direitos econômicos, sociais e culturais, a ponto de inviabilizar a produção de um único documento de proteção, por exemplo<sup>29</sup>.

De fato, o próprio Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reconhece, em seu Preâmbulo, que o ideal do homem livre (incluindo aí a liberdade da miséria) não pode ser realizado sem a criação de condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos, impondo aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades da pessoa humana.

Contudo, por razões “estratégicas” não apenas foram elaborados dois pactos, realçando uma pretensa separação entre ambos, como foram estabelecidas medidas de implementação distintas no que diz respeito aos direitos civis e políticos, de um lado, e aos direitos econômicos sociais e culturais, de outro. Isso porque os primeiros seriam autoexecutáveis, gerando para os particulares direitos imediatamente exigíveis, enquanto os segundos teriam como destinatário o Estado e seriam dotados de aplicação apenas progressiva<sup>30</sup>.

---

28 Conforme esclarece Lindgren Alves: "Adotada a Declaração, caberia à CDH [Comissão de Direitos Humanos da ONU] a tarefa de preparar uma convenção ou pacto destinado a regular a aplicação dos direitos recém-reconhecidos internacionalmente, envolvendo, inclusive, um sistema de controle para assegurar sua implementação" (ALVES, Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994. p. 48).

29 Tanto isso é verdade que as duas categorias de direitos estavam presentes na Declaração Universal, ainda que a ênfase tenha recaído sobre os direitos individuais. Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1999. v. 1. p. 355.

30 A doutrina contemporânea enfatiza a necessidade de reforçar os mecanismos de implementação dos direitos econômicos e sociais. Nas palavras de Antônio Augusto Cançado Trindade: "A busca recente de meios mais eficazes de implementação de determinados direitos

Assim, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>31</sup> ratificado pelo Brasil no livre gozo de sua soberania, a 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto Legislativo n. 592, a 6 de dezembro de 1992, em seu art. 2º, alínea I estabelece que os direitos que têm por objeto programas de ação estatal seriam realizados progressivamente, até o máximo dos recursos disponíveis de cada Estado.

O problema é que a linguagem empregada nesse dispositivo tem contribuído para a reprodução de teorias que reduzem o peso jurídico dos direitos sociais, cuja progressividade vem sendo sistematicamente utilizada como justificativa para postergar a realização dos direitos nele previstos para um futuro incerto, servindo como artifício para legitimar o não cumprimento de obrigações impostas aos Estados<sup>32</sup>.

Além do perigo que o mau uso da noção de “progressividade” pode representar no tocante à efetivação dos direitos sociais, como decorrência da dicotomia aceita, outros motivos reforçam a necessidade de esclarecer a complexidade do significado da expressão. A progressividade nem sequer serve como critério absoluto para diferenciar a forma de realização entre os direitos econômicos, sociais, culturais e os direitos civis e políticos. Há exemplos de direitos civis ou políticos que não são de aplicação imediata. Da mesma forma, há direitos econômicos e sociais cuja realização não é progressiva<sup>33</sup>.

---

- econômicos e sociais (*infra*) - tem conduzido a uma reavaliação, nos planos tanto global quanto regional, das categorizações propostas no passado". (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 39).

31 Tanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foram adotados pela Assembleia Geral da ONU, por unanimidade, em 10 de dezembro de 1966. As 35 ratificações necessárias para entrada em vigor de cada um só foram conseguidas dez anos depois, em 3 de janeiro de 1976 (cf. ALVES, Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994. p. 51).

32 Ao comentar a diferença de tratamento entre o artigo 2º de cada Pacto, Carlos Weis esclarece que ela deve ser interpretada como um esforço para combinar realidades complexas e distintas: "Trata-se de uma diferença de perspectiva, pois as premissas e as finalidades dos direitos civis e políticos e dos econômicos sociais e culturais são totalmente diferentes (mas não necessariamente opostas). Em consequência, a eficácia de uma ou outra dimensão dos direitos humanos é alcançada por meios distintos, possuindo significado próprio" (WEIS, Carlos. *Os direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 51).

33 A esse respeito, esclarece Antônio Augusto Cançado Trindade: "Deu-se conta de que os meios de implementação das duas 'categorias' de direitos não teriam de ser necessariamente e em todos os casos distintos. Sem os direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos teriam pouco sentido para a maioria das pessoas, e determinados direitos de caráter

Dentre os direitos civis e políticos que só se realizam por intermédio da atuação positiva do Estado, Cançado Trindade lembra o exemplo do direito civil à assistência judiciária e dos direitos políticos que requerem a institucionalização e organização pelo Estado de um sistema judiciário e eleitoral. Em contrapartida, há exemplos de direitos econômicos, sociais e culturais que requerem implementação semelhante à dos direitos civis e políticos, tais como o direito de greve e liberdade sindical, cuja realização não depende do oferecimento de políticas públicas por parte do Estado<sup>34</sup>.

No que tange a cada uma das categorias de direitos, a consagração de mecanismos distintos de implementação acabou contribuindo para reforçar a dicotomia entre direitos individuais e sociais, alimentando a convicção de que apenas os primeiros poderiam ser exigidos perante os tribunais. De acordo com essa posição, a aceitação do controle judicial sobre a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais seria muito difícil.

O Comentário Geral nº 03, de 1990, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU oferece uma interpretação oficial sobre a natureza das obrigações impostas aos Estados-partes. De acordo com as Nações Unidas, o conceito de progressividade indica que a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, de modo geral, não poderá ser atingida em um curto período de tempo. De acordo com essa posição, as obrigações impostas pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais diferem significativamente daquelas contempladas no art. 2º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que prevê obrigação imediata de se respeitarem e se assegurarem os direitos nele previstos.

Entretanto, para o Comitê, a progressividade não deve ser interpretada como uma forma de esvaziar a obrigação de conteúdo substantivo. Ela seria ape-

---

econômico e social revelam afinidades com as liberdades civis, e, exigíveis *per se*, adaptam-se aos mesmos mecanismos de proteção dos direitos civis e políticos (a exemplo, e. g., do direito de associação e liberdade sindical, e do direito à educação)." (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 40). Se, dentre os direitos econômicos, sociais e culturais há também os que requerem implementação semelhante à dos direitos civis e políticos, isso só vem ressaltar a unidade fundamental de concepção de direitos humanos. Ver também, sobre o tema, do mesmo autor, TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1999. v. 1. p. 358).

34 Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1999. v. 1. p. 358-359.

nas uma forma de levar em conta a realidade do mundo concreto e as dificuldades envolvidas no que concerne à tarefa de assegurar a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por outro lado, a expressão deve ser iluminada pelo objetivo geral ou razão de ser do Pacto, qual seja, o estabelecimento de obrigações claras para os Estados-partes, visando à plena realização dos direitos em questão. De acordo com a própria ONU, portanto, o Pacto impõe, de fato, aos Estados, a obrigação de mover-se efetiva e prontamente em direção àquele objetivo. Além do mais, qualquer medida retroativa deliberada nessa direção requereria a mais cautelosa consideração e precisaria ser plenamente justificada<sup>35</sup>.

Ainda de acordo com o Comitê, enquanto o objetivo geral de plena realização dos direitos enunciados em Pacto só pode ser implementado em longo prazo, a progressividade impõe ao Estado o dever de tomar medidas concretas e delimitadas da forma mais clara possível em direção às obrigações assumidas (obrigações de conduta e não de resultado, propriamente ditas), o que deve ser demonstrado em curto espaço de tempo, a partir da entrada do Pacto em vigor.

Esse seria um exemplo de obrigação de implementação imediata estabelecida pelo Pacto. Se o limite dos recursos disponíveis pode impedir a realização integral dos direitos, não é possível deixar de persegui-los, desde já, de acordo com os recursos disponíveis. É uma questão de estabelecer prioridades. Outra obrigação de implementação imediata é a garantia de que os direitos serão exercidos sem discriminação<sup>36</sup>.

A noção de progressividade dos direitos sociais não pode ser confundida com a possibilidade de sua não aplicação. De acordo com o que está previsto no próprio Pacto, cabe aos Estados adotar medidas até o *máximo de seus recursos disponíveis* (art. 2º), o que significa o dever de executar avanços concretos em

---

35 Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral n. 03 (1990), UN Doc. E/1991/23, Annex III, apud STEINER, Henry; ALSTON, Philip. *International human rights in context, law, politics and morals*. New York: Oxford University Press, 1996. p. 283-285.

36 Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 03 (1990), UN Doc. E/1991/23, Annex III, apud STEINER, Henry; ALSTON, Philip. *International human rights in context, law, politics and morals*. New York: Oxford University Press, 1996. p. 283-285. O princípio da não discriminação, previsto no art. 2º (II) do Pacto, é considerado o ponto de partida para realização dos direitos econômicos, sociais e culturais já que sua aplicação pode ser realizada de forma imediata. O problema consiste em corrigir discriminações históricas, pelo combate à desigualdade de oportunidades e acesso aos bens e serviços cristalizadas em nossa sociedade. Isso só pode ser feito por meio de políticas públicas inclusivas, como é o caso das Ações Afirmativas.

prazos determinados. Assim, a progressividade cria um empecilho ao retrocesso da política social do Estado que, tendo alcançado um certo nível de proteção dos respectivos direitos, não pode retroceder e baixar o padrão de vida da comunidade, já que a cláusula do não retrocesso social protege o núcleo essencial dos direitos sociais.

Na síntese de J.J. Gomes Canotilho, o princípio da proibição de retrocesso social pode ser assim formulado: “o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (‘lei de segurança social’, ‘lei do subsídio de desemprego’, ‘lei do serviço de saúde’) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos compensatórios, se traduzem na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente autorreversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado”<sup>37</sup>.

A respeito da cláusula de proibição do retrocesso social, Flávia Piovensan observa: “da obrigação da progressividade na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais decorre a chamada cláusula de proibição do retrocesso social, na medida em que é vedado aos Estados retrocederem no campo de implementação desses direitos. Vale dizer, a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais proíbe o retrocesso ou a redução de políticas públicas voltadas à garantia desses direitos”<sup>38</sup>.

Se a concepção oficial e a doutrina vigente impedem que o conceito de progressividade seja interpretado como justificativa para não aplicação das disposições contidas no Pacto, os Tribunais continuam sistematicamente ignorando a matéria. Via de regra, prevalece a discricionariedade dos Estados quanto ao momento de implementação de medidas concretas. Contudo, se os Estados não podem, de um dia para o outro, efetivar de forma integral e para todos os direitos previstos no Pacto, isso não significa que não devam agir de imediato e sempre em direção aos parâmetros internacionalmente estabelecidos, em evolução ascendente contínua. Não é possível retroagir. Esse é o sentido da progressividade.

37 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 327.

38 PIOVESAN, Flávia C. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2006. p. 177.

Já o conceito de núcleo mínimo obrigatório (*minimum core obligation*) é importante para avaliar o comportamento estatal no cumprimento de suas obrigações. Assim, diante de recursos escassos, o Estado deverá demonstrar que empenhou todos os esforços para utilizar os recursos disponíveis, tendo em vista, no mínimo, a satisfação daquilo que foi eleito como prioritário, ou seja, suas obrigações mínimas essenciais. No que diz respeito aos meios que deverão ser empregados pelos Estados, cumpre esclarecer que o rol estabelecido pelo art. 2º, I, do Pacto, não é exaustivo. A adoção de medidas legislativas, prevista nesse dispositivo, não esgota as obrigações do Pacto, devendo estender-se para medidas administrativas, financeiras, educacionais e sociais<sup>39</sup>.

### **5 Superando o argumento da peculiaridade da forma de implementação dos direitos sociais como justificativa para o enfraquecimento de sua proteção**

Os que se opunham à proposta de um único Pacto recorriam ao argumento da diversidade das formas de implementação de cada uma das categorias de direitos e alegavam que os direitos econômicos, sociais e culturais não são justiciáveis, ou seja, passíveis de cobrança jurídica. Sustentavam, ainda, que os mecanismos internacionais de supervisão e monitoramento aplicáveis aos direitos civis e políticos não seriam apropriados para o acompanhamento do cumprimento das obrigações relativas aos direitos econômicos, sociais e culturais. Prevaleceu, assim, a posição de que deveriam ser adotadas duas técnicas de monitoramento<sup>40</sup>.

No caso dos direitos econômicos, sociais e culturais, não foram previstos os mecanismos de comunicação interestatal e a sistemática das petições individuais, como ocorre com os direitos civis e políticos. O sistema de monitoramento e implementação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ficou restrito à apresentação de relatórios pelos Estados-Partes ao

39 Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 03 (1990), UN Doc. E/1991/23, Annex III, apud STEINER, Henry; ALSTON, Philip. *International human rights in context, law, politics and morals*. New York: Oxford University Press, 1996. p. 284.

40 Sobre o assunto ver PIOVESAN, Flávia C. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 84 et. seq.

Secretário-geral da ONU que deverá encaminhar cópia ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC) sobre as medidas - legislativas, administrativas e judiciais, dentre outras - adotadas para a promoção de tais direitos. Os relatórios também deverão registrar os principais obstáculos enfrentados no processo de implementação das obrigações decorrentes do Pacto<sup>41</sup>.

Embora por ocasião da elaboração dos Pactos Internacionais tenham prevalecido medidas que refletem uma visão fragmentária dos direitos humanos, a partir de 1968, com a Conferência de Direitos Humanos de Teerã de 1968 e a Resolução 32/130 de 1977 da Assembleia Geral da ONU (início de uma série de sucessivas resoluções da própria Assembleia e da Comissão de Direitos Humanos da ONU na mesma linha), houve uma reação significativa àquela concepção, por meio da proclamação solene da indivisibilidade e interdependência de todos os direitos humanos, à luz da unidade fundamental de sua concepção<sup>42</sup>.

A Declaração e o Programa de Ação de Viena<sup>43</sup> foram enfáticos ao assinalar a necessidade de reduzir as disparidades de procedimento de implementação entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, assegurando a exigibilidade de pelo menos alguns deles<sup>44</sup>. Recomendam, con-

41 Em 1987, foi estabelecido um Comitê para os Direitos Econômicos Sociais e Culturais, composto de dezoito membros, com a incumbência de examinar os relatórios nacionais em sessão pública.

42 Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 40.

43 Na visão de Celso Lafer: "A Conferência de Viena foi a maior concentração de representantes de estados e entidades da sociedade civil em matéria de direitos humanos. Reuniu delegações de 171 Estados, teve 813 organizações não governamentais acreditadas como observadoras da Conferência e mobilizou 2000 organizações não governamentais no Fórum Paralelo a ONG's. Neste sentido explicitou (I) a globalização da temática dos direitos humanos [...] e (II) reconheceu diplomaticamente a existência axiológica de um *consensus omnium gentium* a respeito da universalidade dos direitos humanos. [...] Com efeito, a Conferência de Viena, dada a sua representatividade, conferiu abrangência inédita aos direitos humanos, ao reafirmar, por consenso, sua universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relacionamento. Superou, assim, resistências derivadas do 'conflito de civilizações', aceitando a unidade do gênero humano no pluralismo das particularidades das nações e das regiões, e de seus antecedentes históricos, culturais e religiosos [...] Aceitou, e este é um ponto-chave, os direitos humanos como tema global e, portanto, como ingrediente de governabilidade do sistema mundial, ao reconhecer a legitimidade da preocupação internacional com a sua promoção e proteção. Neste sentido, afastou a objeção de que o tema dos direitos humanos está no âmbito de competência exclusiva da soberania dos Estados e poderia ser excluído do temário internacional com fundamento no princípio da não ingerência nos assuntos internos dos Estados". (LAFER, Celso. Prefácio. In: ALVES, Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994. p. XXXIII).

44 Essa possibilidade já está prevista no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador de 1988), em relação ao direito de associação e liberdade sindical e ao direito à educação.

cretamente, a incorporação do direito de petição individual ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, mediante protocolo adicional, projeto em fase de elaboração na ONU. Com o escopo de fortalecer a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, a Declaração de Viena recomenda, além do direito de petição às instâncias internacionais e da adoção dos mecanismos de comunicações interestatais, a elaboração de um sistema de indicadores técnico-científicos para medir o progresso atingido na realização dos direitos previstos no Pacto de 1966<sup>45</sup>.

No âmbito regional, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador)<sup>46</sup> prevê, de forma explícita, a possibilidade de aplicar o sistema de petição individual no caso de violação de direitos sociais, notadamente no que se refere ao direito dos trabalhadores de organizar sindicatos e filiar-se ao de sua escolha, para proteger e promover seus interesses (art. 8º, alínea “a”) e ao direito à educação (previsto no art. 13).

No caso do direito à educação, o art. 13 retoma, em grande parte, os termos do também art. 13 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, abaixo analisado. A grande novidade consistiu em anunciar, expressamente, a possibilidade de justiciabilidade desse direito. De fato, conforme disposto no art. 19, inciso VI do documento, na hipótese de violação aos direitos ali mencionados, por ação imputável diretamente a um Estado Parte do Protocolo, mediante a participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, autoriza-se a aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A adoção do sistema de petições individuais em caso de violação de direitos sociais – recomendada pela Declaração de Viena e prevista expressamente no Protocolo de San Salvador para assegurar o direito à educação e a liberdade

---

45 Sobre as recomendações da Declaração e Programa de Ação de Viena, ver TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Orgs.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999. p. 85 et. seq.

46 O Protocolo de São Salvador foi adotado pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 17 de novembro de 1998 e ratificado pelo Brasil em 21 de agosto de 1996.

sindical – mostra como a natureza dessa categoria de direitos não é incompatível com o estabelecimento desse tipo de mecanismo de monitoramento. Assim, fica demonstrado que o argumento da necessária diversidade de formas de implementação dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos sociais e culturais não é absoluto.

O Protocolo de San Salvador assume ainda outras medidas para superar a tese da incompatibilidade entre direitos civis e políticos e direitos econômicos sociais e culturais. Ao retomar, em seu Preâmbulo, o objetivo previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de “firmar, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social fundado nos direitos essenciais do homem [...]” considera, explicitamente “a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, porquanto as diferentes categorias de direitos constituem um todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pelo qual exigem uma tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da realização de outros”.

## **6 A proteção do direito à educação no PIDESC na ordem interna**

As diretrizes e os objetivos que informam o direito à educação foram previstos no art. 13 do Pacto:

Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam, ainda, que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz (inciso I).

No que diz respeito às obrigações postas aos Estados-partes pelo Pacto no campo educacional, o inciso II do artigo 13 estabelece que, para assegurar o pleno exercício desse direito: a) a educação primária deverá ser obrigatória e aces-

sível gratuitamente a todos; b) a educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação técnica e profissional, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito; c) a educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito; d) a educação de base para os que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária deverá ser intensificada. e) o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, com um sistema adequado de bolsas de estudo e melhoria contínua das condições materiais do corpo docente.

Finalmente, o art. 14 estabelece que “todo Estado-parte no presente Pacto que, no momento em que se tornar Parte, ainda não tenha garantido em seu próprio território ou território sob sua jurisdição a obrigatoriedade ou gratuidade da educação primária, compromete-se a elaborar e adotar, dentro de um prazo de dois anos, um plano de ação detalhado destinado à implementação progressiva, dentro de um número razoável de anos estabelecido no próprio plano, do princípio da educação obrigatória e gratuita para todos”.

No que se refere à natureza das obrigações estatais direcionadas à efetivação do direito à educação, vale destacar que os artigos 13, II e 14 do Pacto, combinados com o art. 2º (I) supracitado, estabelecem obrigações de natureza prestacional a serem realizadas progressivamente ou, ainda, impõem ao Estado a adoção de medidas legislativas concretas para aprimorar a proteção desses direitos. Já o art. 13, inciso II do Pacto prevê outro tipo de obrigação estatal. Por meio desse dispositivo, os Estados-parte obrigam-se a *respeitar* a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais, de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral de acordo com suas próprias convicções.

Trata-se, portanto, de estabelecer uma obrigação negativa para o Estado (não interferir na esfera individual), tal como ocorre com a proteção dos direitos de liberdade. Nesse caso, está sendo resguardada a liberdade dos pais de escolherem o tipo de educação dos seus filhos. Isso mostra como o direito à educação pode abranger, concomitantemente, um aspecto social e outro liberal.

O aspecto social gera obrigações estatais positivas tendentes a tornar o direito à educação primária disponível e acessível a todos, incluindo crianças de rua, comunidades rurais dispersas, portadores de necessidades especiais etc. Cabe aos Estados-partes a aplicação de investimentos para a organização e manutenção de um sistema público de educação capaz de garantir o acesso de todos a escolas públicas, sempre de acordo com o princípio da não discriminação. Ressalte-se, ainda, que o Pacto impõe não apenas a responsabilidade de tornar a educação primária gratuita, como também compulsória. No que diz respeito aos objetivos educacionais, o Pacto retoma o espírito da Declaração Universal (especialmente art. 26, II), reforçando sua imperatividade.

Vejamos se a proteção conferida pelo ordenamento constitucional brasileiro ao direito à educação está ou não de acordo com as orientações, os princípios e objetivos estabelecidos pelas normas do sistema internacional de proteção dos direitos humanos acima citadas.

A Constituição Federal Brasileira, ao estabelecer, em seu art. 205, que a educação deve visar ao pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania, reproduz, expressamente, importantes obrigações internacionalmente assumidas a esse respeito (conforme disposto no art. 13, inciso I do Pacto). Entretanto, pode-se dizer que o Pacto representa um avanço em relação ao disposto na Constituição sobre a matéria, pois estabelece explicitamente que a educação deve visar ao pleno desenvolvimento do sentido da *dignidade humana*, além do fortalecimento do respeito aos *direitos humanos* e às liberdades fundamentais, obrigações que, a partir da CF/88, passaram a integrar nosso ordenamento jurídico.

No que se refere ao objetivo de qualificação para o trabalho, também previsto no art. 205 da nossa Carta, há que se refletir sobre a histórica polêmica a respeito da pertinência do estabelecimento de caráter profissionalizante do ensino médio, hoje também discutida em relação ao ensino fundamental. Bem fez o Pacto ao definir, como objetivo desses níveis de ensino, o fortalecimento do sentido da dignidade humana e o respeito aos direitos humanos, verdadeiros fundamentos do direito à educação<sup>47</sup>.

---

47 A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, adotada Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990, destaca o papel dos direitos do homem e da promoção de *todo* potencial de sua personalidade ao estabelecer os

Quanto ao estabelecimento da obrigatoriedade e gratuidade da educação primária (ensino fundamental), a Constituição Federal avançou em relação ao Pacto. Especialmente no que diz respeito à previsão expressa da possibilidade do particular constranger o Estado, judicialmente, a garantir o acesso ao ensino obrigatório e gratuito, contando, inclusive, com uma sanção expressa em caso de descumprimento (responsabilidade da autoridade competente, nos termos do § 2º do referido artigo). Entretanto, o Estado brasileiro deve cuidar para seguir as orientações expressas do Pacto, tais como “prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis”. Não pode, portanto, por exemplo, reduzir o sistema de bolsas hoje ofertado e nem deixar de criar políticas públicas para “melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente” (conforme disposto no inciso II do art. 13).

Quanto à educação de nível superior, o Pacto estabelece que os Estados deverão igualmente torná-la acessível a todos, principalmente pela implementação progressiva do ensino gratuito. Ou seja, qualquer política que vise implementar o ensino remunerado em estabelecimentos oficiais representaria um retrocesso social, proibido pelo Pacto, já que o Estado deve ampliar progressivamente a oferta de vagas gratuitas e está vetado de retroceder nesse sentido.

Ora, é preciso deixar claro que a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais não compete apenas ao Poder Judiciário, que não tem iniciativa, é um Poder inerte, mas ao Estado como um todo, o qual deve criar condições reais para o gozo dessa categoria de direitos. O Executivo, sujeito às obrigações internacionalmente assumidas, deve implementar as políticas públicas necessárias à concretização desses direitos. A vinculação aos documentos internacio-

---

parâmetros para a educação da criança. Deve-se ressaltar, também, a conjugação da promoção da tolerância com o diferente, da valorização da própria identidade cultural e do respeito ao meio ambiente. De fato, o art. 29, inciso I, estabelece que a educação da criança deverá ser orientada para desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física da criança em todo seu potencial (alínea “a”); imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como os princípios consagrados na Carta das Nações Unidas (alínea “b”); imbuir na criança o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e seus valores, aos valores nacionais do país em que reside, aos do eventual país de origem e aos das civilizações diferentes da sua (alínea “c”); preparar a criança para assumir uma vida responsável em uma sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena (alínea “d”) e, finalmente, imbuir na pessoa o respeito ao meio ambiente (alínea “e”).

nais tampouco exige o Legislativo. No caso específico do direito à educação, é preciso fazer planos e destinar recursos financeiros à criação de condições de acesso e permanência no ensino, além de ampliar as possibilidades existentes. Os parâmetros internacionais não constituem um teto, mas um mínimo razoável no tocante à proteção dos direitos humanos. Assim, deve prevalecer, no sistema interno, o que for mais avançado em termos de proteção.

## 7 Conclusão

Ao tratarmos do regime jurídico aplicável aos direitos sociais no quadro do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, procuramos mencionar as principais características do sistema e seus mecanismos de garantia, além de citar os mais importantes princípios que o informam. Conferimos destaque aos dispositivos do sistema universal e regional que contribuem, em especial, para o reforço da disciplina jurídica conferida ao direito à educação pelo ordenamento pátrio.

Embora não tenha havido pretensão exaustiva, os exemplos revelaram o grande destaque conferido à educação no plano internacional, refletido pela extensão de sua proteção (previsão em uma série de documentos distintos, inclusive na sua natureza) e pelo reforço dessa proteção em relação a outros direitos sociais (contando, até mesmo, com o mecanismo de monitoramento por meio de petição individual).

Mas talvez a grande contribuição do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em matéria de reforço da proteção dos direitos sociais, em geral tenha sido a explicitação do conceito de progressividade da sua aplicação, conforme descrito acima, afastando as interpretações que buscam, com base nessa noção, reduzir a força normativa desses direitos.

Espera-se que este artigo possa contribuir para a maior utilização do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, sempre que este vier a aprimorar a proteção dos direitos sociais em geral, e do direito à educação em particular, tal como previstos em nosso ordenamento jurídico, ou sempre que seus princípios iluminarem as disputas em torno da efetivação desses direitos.

## Referências

- ALVES, Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo, Saraiva, 1999.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- PIOVESAN, Flávia C. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2006.
- PIOVESAN, Flávia C. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- SOARES, Maria Victoria de Mesquita Benevides. Cidadania e direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, n. 104, p. 39-46, jul. 1998. Disponível em: <[http://educa.fcc.org.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-15741998000200003&lng=p&t&nrm=iso](http://educa.fcc.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15741998000200003&lng=p&t&nrm=iso)>. Acesso em: 21 out. 2014.
- STEINER, Henry; ALSTON, Philip. *International human rights in context, law, politics and morals*. New York: Oxford University Press, 1996.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Orgs.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1999. v. 1.
- WEIS, Carlos. *Os direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

# 10 DIALOGUE DES JUGES DANS LE DOMAINE COMMERCIAL: DES OUTILS POUR LA PRÉVENTION DES CONFLITS ET D'HARMONISATION ENTRE LES FORA RÉGIONAUX ET L'ORGANE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE L'OMC

Alice Rocha da Silva<sup>1</sup>

## 1 Introduction

Dans la recherche d'instruments qui pourraient limiter la possibilité de décisions contradictoires portant sur les mêmes mesures et livrées à la fois par les fora régionaux et l'Organe de règlement de différends (ORD) de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), le dialogue entre les juges apparaît comme une alternative possible, mais pas toujours suffisante pour empêcher que de telles décisions soient prononcées. L'expression «dialogue des juges» définit la situation dans laquelle les membres de différents mécanismes de règlement des différends coopèrent entre eux, en utilisant des décisions d'autres fora et en contribuant à l'harmonisation de la jurisprudence.<sup>2</sup> Toutefois, l'établissement d'un tel dialogue n'est prévu dans aucun accord international si bien que, pour sa mise en œuvre, le facteur motivation des juges est particulièrement important.<sup>3</sup>

- 
- 1 Professora da Graduação e Pós-graduação stricto sensu em Direito do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB) e da Faculdade Processus. Doutora em Direito Internacional Econômico pela Aix-Marseille Université, França, (revalidado pela Universidade Federal do Ceará – UFC). Mestrado em Direito das Relações Internacionais pelo UnICEUB. Graduação em Direito pelo UnICEUB e Graduação em Relações Internacionais e Ciência Política pela Universidade de Brasília-UnB. Email: rochaalice@yahoo.com.br.
  - 2 La multiplicité et l'enchevêtrement des normes applicables obligent les États a chercher un “pluralisme ordonné” selon l'expression du professeur Mireille Delmas Marty (DELMAS-MARTY M. *Les forces imaginantes du droit (II) - Le pluralisme ordonné*. Paris, Editions du Seuil, 2006). et à faire un effort d'harmonisation jurisprudentielle dans l'application de ces normes.
  - 3 Le thème du dialogue des juges a été traité dans de nombreux exposés, publications et débats. Voy. notamment les ouvrages de DELMAS-MARTY M. *Les forces imaginantes du droit (série)* : Le relatif et l'universel ; Le pluralisme ordonné et La refondation des pouvoirs. Paris: Seuil, 2004. 2006 et 2007 ; SLAUGHTER A. M. *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press, 2004 ; ALLARD J.; GARAPON, A. *Les juges dans la mondialisation : la nouvelle révolution du droit*. Paris: Seuil, 2005.

Ce dialogue devient encore plus crucial si on considère que les membres des tribunaux internationaux peuvent agir en parallèle, ou ultérieurement, dans plus d'une juridiction, ce qui pourrait être favorable à l'harmonisation des décisions prononcées par des sujets possédant la même expérience juridique, professionnelle et culturelle. Ainsi, beaucoup de ces décideurs peuvent suivre la même ligne de compréhension et pourraient éviter de la sorte que des décisions opposées soient présentées pour la même mesure.

Cependant, les décideurs n'agissent pas toujours dans plus d'un forum et le dialogue entre eux peut être influencé par d'autres facteurs. Au nombre de ces facteurs figurent le genre, la formation et la carrière juridique.<sup>4</sup> En outre, il faut prendre en compte le facteur politique qui imprègne les organes de règlement des différends, que ce soit au niveau régional ou multilatéral. Nous devons considérer sur cette base que le système institutionnel lui-même impose une série de limites au travail des juges, mais, en pratique, nous voyons un certain assouplissement de ces restrictions au travail de décision des juges (Section I). Ces flexibilités s'avèrent essentielles à l'établissement d'un dialogue entre les juges des fora indépendants (Section 2).

## **Section I – L'assouplissement des restrictions limitant le travail de décision des juges**

Dans les systèmes de règlement des différends régionaux et dans l'ORD de l'OMC, les juges opèrent dans les limites imposées de façon formelle ou informelle, mais cela n'empêche pas qu'ils apportent une transformation au droit au moment de l'appliquer dans chaque cas, ce qui constitue un véritable activisme judiciaire et permet l'établissement d'un dialogue entre les juges des fora différents. D'où l'imposition formelle de certaines limites réglementaires, cherchant à limiter le rôle des juges dans les processus de prise de décision. Cependant, ces limites sont incapables d'annuler les bagages personnels que chacun apporte avec soi lorsqu'il pratique l'art de juger, ce qui explique l'importance de la com-

---

<sup>4</sup> Le profil des juges peut être établi par l'analyse de plusieurs variables telles que la formation universitaire, le travail professionnel, que ce soit dans le cadre national ou international, le travail d'enseignant ou la fonction de diplomate impliqué dans les secteurs du commerce extérieur, outre l'âge, le sexe et le fait d'avoir étudié à l'étranger.

position plurielle des tribunaux internationaux.

Les accords commerciaux régionaux (ACR) et le Mémorandum d'Accord relatif aux règles et procédures régissant le règlement des différends (MARD) de l'OMC contiennent des dispositions qui déterminent l'activité des décideurs dans leur contexte, cependant, force est de constater que, souvent, il se produit un dépassement des limites institutionnelles apportées à l'acte de décider dans le cadre de l'OMC et dans les ACR (§ 1). S'ajoute à cela une série de pressions et de contraintes qui pèsent sur les décideurs et entravent la mise en place de la neutralité et de l'impartialité des juges (§ 2).

### **§ 1 Le dépassement des limites institutionnelles dans l'interprétation des dispositions**

Dans le mécanisme de règlement des différends, un certain nombre de facteurs peuvent contribuer à limiter le pouvoir de décision des juges, mais ces limites ne sont pas toujours respectées. Les facteurs les plus évidents résident dans les possibilités de régulation du flux d'information et du temps laissé à la décision. En effet, la plupart des décisions sont prises dans un contexte d'incertitude, avec des informations incomplètes. Ainsi, le flux chronologique de la procédure, la participation des parties intéressées, plus les informations acceptées comme pertinentes peuvent agir comme des instruments de contrôle et de limitation des décisions.

Les mécanismes de règlement des différends régionaux et l'ORD de l'OMC comportent des limites inhérentes à l'activité de juger et l'essence du pouvoir judiciaire réside précisément dans ces limites.<sup>5</sup> À l'OMC, pour décider d'une controverse, les membres des Groupes spéciaux sont soumis aux règles du MARD tels que les articles 7, 11 et 12 et aux Règles de conduite relatives au

5 Selon la décision de la CIJ: "Il y a des limitations inhérentes à l'exercice de la fonction judiciaire dont la Cour, en tant que tribunal, doit toujours tenir compte. (...) C'est à la Cour elle-même et non pas aux parties qu'il appartient de veiller à l'intégrité de la fonction judiciaire de la Cour.(...) Cette fonction est soumise à des limitations inhérentes qui, pour n'être ni faciles à classer, ni fréquentes en pratique, n'en sont pas moins impérieuses en tant qu'obstacles décisifs au règlement judiciaire. Quoi qu'il en soit, c'est toujours à la Cour qu'il appartient de déterminer si ses fonctions judiciaires sont en jeu." *Affaire du Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), Exceptions préliminaires, Arrêt du 2 décembre 1963: C.I.J. Recueil 1963, p 15, spéc. pp. 29 et 30.*

MARD.<sup>6</sup> De même, l'Organe d'appel cherche à respecter les limites imposées par les articles 3.2 et 17.6 du MADR, qui s'ajoutent aux règles de conduite énoncées dans les "Procédures de travail pour l'examen en appel"<sup>7</sup> qui sont un outil au service de la sécurité juridique et de la prévisibilité du système. Donc, au-delà des règles fixées par le MARD, les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel utilisent des règles de procédure pour régir leur travail et renforcer ainsi sa nature juridique.

Ces règles doivent être respectées dans la procédure d'application et dans l'interprétation des accords de l'OMC. Ainsi, des instruments juridiques sont utilisés pour délimiter le droit applicable et il est des règles d'interprétation disponibles permettant de restreindre ou d'étendre le champ des décisions possibles. La stratégie institutionnelle visant à la limitation des procédures de prise de décision basées sur une ouverture à la flexibilité dans l'application de leurs dispositions, peut créer une flexibilité plus ou moins grande dans les actions futures.

Le GATT de 1947 n'établit pas de règles d'interprétation de ses dispositions, mais réglemente simplement la procédure de règlement des différends en vertu des articles XXII et XXIII. Une analyse de la jurisprudence du GATT ne permet pas d'identifier une méthode d'interprétation caractéristique de ses panels ou de ses groupes de travaux, mais montre seulement l'importance accordée à l'intention des Parties contractantes du GATT, au moment de l'application des dispositions de l'accord. Le MARD a apporté une innovation à cet égard avec l'article 3.2 qui stipule que les règles de l'OMC doivent être interprétées conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public. En effet, dans sa première affaire, *Etats-Unis - Essence*, l'Organe d'appel a statué que de telles règles ont été consolidées dans la Convention de Vienne et a dépeint l'article 31 (1) comme "une règle fondamentale de l'interprétation des traités"<sup>8</sup> Ce faisant, l'Organe d'appel a déterminé sa méthodologie d'interprétation censée limiter les activités de ses membres et des membres des Groupes spéciaux.

En établissant une méthode d'interprétation, l'Organe d'appel avait l'in-

6 OMC, Règles de conduite relatives au Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends. WT/DSB/RC/1, 11/12/1996.

7 OMC, Organe d'appel – Procédures de travail pour l'examen en appel. WT/AB/WP/5, 04/01/2005.

8 OMC, Rapport de l'Organe d'appel. États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules. WT/DS2/AB/R, 29/04/1996, p. 16.

tention de promouvoir la prévisibilité et d'apporter la sécurité juridique aux Membres de l'OMC qui ont désormais l'espoir d'une approche structurée et formelle.<sup>9</sup> Toutefois, les règles d'interprétation des traités, énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, constituent un paramètre directeur pour les actions des décideurs de divers tribunaux internationaux. Depuis, chacun peut adapter ces règles, en créant sa propre méthode d'interprétation en fonction des besoins et des particularités du traité à interpréter.

Il est à noter que les méthodes d'interprétation sont également développées au niveau régional; toutefois les Membres de l'OMC ne peuvent pas exiger que les organes de décision de l'OMC reprennent, pour les accords visés, l'interprétation utilisée dans les fora régionaux. Ce procédé pourrait entraîner une prolifération des interprétations des mêmes règles, ce qui créerait des problèmes d'imprévisibilité et d'incertitude dans le système. Cependant, ne doit pas être ignoré le fait que les tribunaux internationaux sont composés, le plus souvent, d'avocats formés dans leurs systèmes de droit respectifs qui finissent donc par incorporer et appliquer les règles et les principes qui s'appliquent traditionnellement dans leurs systèmes juridiques nationaux ou régionaux. La transposition de ces principes et normes peut même être considérée comme positive en ce sens qu'elle peut devenir un outil important susceptible d'apporter une plus grande complémentarité à l'ordre juridique international.

Il convient également de souligner le fait que, souvent, les mécanismes de règlement des différends finissent par combler les lacunes du texte juridique qui n'ont pas été comblées par les États dans la négociation des accords. Ces lacunes sont accompagnées par plusieurs règles conçues de manière ambiguë<sup>10</sup>, qui peuvent être interprétées de plusieurs façons, donnant ainsi naissance à ce que l'on appelle «l'ambiguïté constructive»<sup>11</sup>. En fait, les négociateurs des traités sont conscients de la nécessité de laisser dans le texte des lacunes ou des termes

9 Dans sa décision relative à l'affaire Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, le juge Anzilotti a considéré que "Dans le même ordre juridique, il ne peut y avoir à la fois deux règles visant les mêmes faits, et reliant à ces faits des conséquences contradictoires." *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie (exceptions préliminaires)*, arrêt du 4 avril 1939, CPJI, série A/B, n. 77, p. 90.

10 Voy. notre analyse du chapitre 1.

11 JACKSON J. *Sovereignty, the WTO and changing fundamentals of international law*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 183.

ambigus, afin d'obtenir un consensus sur son adoption, mais il n'existe, parmi les spécialistes, aucun consensus sur la façon dont ces lacunes devraient être abordées.

Pour une partie de la doctrine, le comblement de ces lacunes est considéré comme de l'activisme judiciaire et devrait être évité.<sup>12</sup> Pour d'autres, ce comblement des lacunes et le conséquent activisme de l'ORD seraient positifs, et même nécessaires si on considère la lenteur des négociations entre les Membres de l'Organisation.<sup>13</sup> Il est intéressant de constater que le rapport préparé par le Conseil consultatif pour M. Supachai Panitchpakdi, Directeur Général de l'OMC, en 2004, stipule que "chaque institution juridique doit, au moins dans une certaine mesure combler les écarts dans ses efforts pour lever les ambiguïtés. Par ailleurs, on peut raisonnablement faire valoir que les obligations dans le cadre de l'OMC devraient généralement être le produit de négociations entre les Membres, et non de procédures juridiques. Ces dernières années, les Membres n'ont négocié que très peu de résultats; on espère sincèrement que le Cycle de Doha permettra finalement de corriger le déséquilibre entre l'élaboration de lois et toute tendance à faire respecter la loi de façon créative au moyen du système de règlement des différends."<sup>14</sup>

Il faut encore ajouter que l'évolution d'une institution repose sur l'adaptation aux circonstances et aux événements qui sont survenus au fil des ans et, en ce sens, nous pouvons considérer que les membres des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel en sont venus à jouer un rôle qui dépasse la fonction qui leur était assignée à l'origine par les Membres de l'OMC, dans le cadre du MARD.

12 Dans ce sens voy. STEGER D. "The challenges to the legitimacy of the WTO." In: CHARNOVITZ S.; STEGER D.; VAN DEN BOSSCHE P. *Law in the service of human dignity: essays in honour of Florentino Feliciano*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 202-221, spéc. p. 211. BARFIELD, C. E. "Free trade, sovereignty, democracy: the future of the World Trade Organization." *American Enterprise Institute*. AEI Press, 2001. p. 5. GREENWALD J. "WTO dispute settlement: an exercise in trade law legislation?" *Journal of International Economic Law*, v. 6, p. 113-124, 2003. p. 113.

13 Dans ce sens voy. BHALA R. *International trade law: interdisciplinary theory and practice*. LexisNexis, 3. ed., 2008. COTTIER, T. "DSU reform: resolving underlying balance-of-power." In: YANOVICH, A.; BOHANES J.; SACERDOTI, G. (Coord.) *The WTO at ten: the contribution of the dispute settlement system*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 259-265. p. 262.

14 OMC, "L'avenir de l'OMC. Relever les défis institutionnels du nouveau millénaire." *Rapport du Conseil consultatif à M. Supachai Panitchpakdi, directeur général.*, 2004, p. 66. Disponible sur: <[http://www.wto.org/french/thewto\\_f/10anniv\\_f/future\\_wto\\_f.pdf](http://www.wto.org/french/thewto_f/10anniv_f/future_wto_f.pdf)> Consulté le: 19 sept. 2011.

Toutefois, il convient de vérifier si ce dépassement des limites imposées par les Membres de l'OMC peut être considéré comme quelque chose de vraiment imprévisible.<sup>15</sup> Il est, selon nous, assez probable que de tels excès ne sont pas tenus pour imprévisibles, étant donné que, au moment de la négociation des directives du MARD, les Membres de l'OMC étaient conscients de la nécessité de faire évoluer ce droit, dans la mesure surtout où il serait appliqué par des décideurs dotés d'une expérience et de points de vue différents.

Par ailleurs, si l'on observe les fonctions de l'Organe d'appel qui l'amènent à donner une solution satisfaisante aux différends (article 3.7 du MARD) et à préciser les dispositions contenues dans les accords (art. 3.2 du MARD), on peut déduire que l'interprétation restrictive attendue par les membres de l'OMC peut être considérée comme insuffisante et peu susceptible, d'une part, d'apporter une solution satisfaisante à l'affaire et, d'autre part, de clarifier les dispositions en question. Ainsi, une marge minimale d'appréciation doit être offerte aux membres de l'ORD de l'OMC pour la réalisation de leur travaux d'interprétation juridique. Toutefois, cette marge d'appréciation doit tenir compte des éléments de prévisibilité et de sécurité juridique que l'ORD devrait préserver, raison pour laquelle il serait bon de prévoir une systématisation pour l'utilisation d'une telle marge.<sup>16</sup>

L'interprétation implique donc un raisonnement participant à la recherche du sens de la règle, recherche influencée par des éléments extérieurs au texte juridique pur. C'est dans ce sens que la culture juridique de l'interprète se fait présente dans la pratique interprétative. Et nous constatons que le poids de ce qu'on appelle la culture juridique<sup>17</sup> et le profil culturel et professionnel des

15 Voy. dans ce sens RUIZ FABRI, H. *The WTO appellate body's role: should the show go on?* In: *The WTO appellate body at 10 colloquium*. São Paulo: IDCID, 2005. p. 3-4. "Ce n'est pas être relativiste à l'excès que de noter que l'évolution d'une institution est nécessairement tributaire de la configuration de son environnement, des circonstances de temps, des événements postérieurs à sa création."

16 L'Organe d'appel a évolué au cours des dernières années dans la mesure où il a fonctionné comme un tribunal, et, comme tel, il a pris ses distances avec des caractéristiques de formalisme et a commencé à interpréter les accords avec plus de créativité grâce à l'utilisation de critères d'interprétation tels que *Lex posteriori* et *Lex specialis*. En ce sens voy. VAN DAMME, I. *Treaty interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford: Oxford University Press, 2009. JACKSON, J. H. *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

17 Nous allons utiliser le concept de culture juridique en le prenant comme un ensemble de connaissances juridiques dans lequel les juristes ont été formés et dans lequel ils évoluent. CARVALHO (E. M.) *Organizacao Mundial do Comercio: cultura jurídica, tradução e interpretação*.

membres des mécanismes de règlement des différends devraient être considérés, non seulement dans l'analyse du dépassement des limites institutionnelles apportées à l'acte de juger à l'OMC et aux ACR, mais aussi dans la compréhension de la difficile mise en place de la neutralité et de l'impartialité des juges.

## **§2 Le difficile établissement de la neutralité et de l'impartialité des juges de l'OMC**

Les juges doivent, certes, être neutres et impartiaux; cependant, il faut être bien conscient qu'une série de croyances, de préférences et d'intérêts font partie de leurs bagages personnels au moment où ils exercent leur fonction dans les systèmes de règlement des différends.<sup>18</sup> Ainsi, même s'il existe des directives prévoyant la neutralité et l'impartialité des juges, la pratique montre une grande difficulté à établir ces facteurs.<sup>19</sup>

Depuis l'époque du GATT de 1947, le système de règlement des différends de l'OMC a traversé une série de modifications afin de devenir le plus juridique possible, cherchant, pour ce faire, à affaiblir les facteurs politiques qui l'ont caractérisé à l'origine. Le processus de juridiciarisation de cet organe était destiné à renforcer sa légitimité en lui donnant une rationalité technique et fonctionnelle. Toutefois, si ces compétences techniques devaient servir à accroître l'impartialité des décideurs, nous ne pouvons pas oublier qu'ils restent des êtres humains,

---

Curitiba: Juruá, 2006. 320 p.

18 La formation de ces jugements a une base dans la communauté internationale qui mélange une infinité de cultures. Pour plus d'informations sur ce sujet voy. NEDELSKY, J. "Communities of judgment and human rights", *Theoretical inquiries in law*, v. 1, n. 2, 2000.

19 Nulle part – ni dans les règles de l'Organisation, ni dans les attentes des États membres – il y a l'exigence que les personnes choisies soient infaillibles. Nous pouvons également, non seulement nous attendre, mais nous assurer que les membres de l'Organe d'appel ne vont pas toujours répondre exactement aux attentes de certaines parties, ni arriver, toujours et justement, à ce résultat désiré ou imaginé par l'un des plaignants. Car le raisonnement d'un membre pourra ne pas correspondre <sup>aux attentes</sup>. (Traduction libre de l'original: "Em nenhum lugar – nem nas regras da Organizacao nem nas expectativas dos Estados Membros-, há a exigencia de que as pessoas selecionadas sejam infalíveis. Podemos, também, não só supor, como ter a certeza de que os membros do Orgao de apelação nem sempre raciocinarão exatamente de acordo com as expectativas de uma parte, nem chegarão, sempre e precisamente, àquele resultado desejado ou imaginado por um dos demandantes. Isso porque seu raciocínio poderá não corresponder ao do autor das expectativas.") BAPTISTA (L. O.) "A interpretação e aplicação das regras da OMC nos primeiros anos." *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 41, p. 265-271., 2004. p. 265.

porteurs d'intérêts et de convictions qui limitent les facteurs de neutralité dans leur travail.<sup>20</sup>

Certaines dispositions ont été insérées pour renforcer le besoin de neutralité et d'impartialité. Par exemple, au moment d'analyser et de décider sur un litige, les membres des Groupes spéciaux sont soumis aux Règles de conduite établies par le MARD.<sup>21</sup> Parmi ces règles de conduite figure la disposition stipulant que chaque membre du Groupe spécial "...sera indépendant et impartial, évitera les conflits d'intérêts directs ou indirects et respectera la confidentialité des procédures..."<sup>22</sup> En outre, pour assurer l'accomplissement de cette détermination fondamentale, chaque membre doit "...déclarer l'existence ou l'apparition de tout intérêt, relation ou sujet dont on pourrait raisonnablement s'attendre qu'il soit connu d'elle [de la partie] et qui est susceptible d'influer sur son indépendance ou son impartialité ou de soulever des doutes sérieux sur celles-ci;..."<sup>23</sup>

Cependant, il convient de noter que l'acte de décider peut être compris comme un choix qui, devant l'affaire, part de la perception individuelle du décideur quant à ce qui est possible ou impossible. Dans le même temps, ce décideur établit un ordre de préférences parmi les alternatives qui se présentent, en s'appuyant sur l'expérience passée, l'interrelation avec d'autres contextes et les visions de l'avenir et sur le contexte subjectif dans lequel il est inséré. Décider n'est pas le résultat d'un calcul rationnel et conscient, et cet acte est souvent beaucoup plus dépendant de facteurs subjectifs tels que l'intuition. En réalité, décider est un acte qui se présente dans des situations problématiques qui exigent une solution, et l'évaluation des fins et des moyens s'avère nécessaire pour tout acte de décision qui se montre différent des actions de routine et d'usage dans lesquelles l'individu n'est pas confronté à un certain nombre d'alternatives.<sup>24</sup>

20 Pour une analyse sur la composition générale de l'ORD voy. VARELLA (M. D.), "Efetividade do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio: uma análise sobre os seus doze primeiros anos de existência e das propostas para seu aperfeiçoamento." *Rev. Bras. Polít. Int.*, v. 52, n. 2, p. 5-21, 2009.

21 OMC, Règles de conduite relatives au Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends. WT/DSB/RC/1, 11/12/1996.

22 OMC, Règles de conduite relatives au Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends. WT/DSB/RC/1, 11/12/1996, par. II.1.

23 OMC, Règles de conduite relatives au Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends. WT/DSB/RC/1, 11/12/1996, par. III.1.

24 COSTA, J. A. F. *Decidir e julgar: um estudo multidisciplinar sobre a solução de controvérsias na Organização Mundial do Comércio*. 2009. 433 f. Tese (Doutorado)-Departamento de Di-

Le rôle du juge est de rechercher des solutions à ces situations problématiques et il est intéressant de considérer à son sujet que beaucoup de variables qui influencent son travail peuvent être de nature inconsciente ou intuitive, comme par exemple, le fait que l'affaire soit analogue à d'autres affaires déjà résolues. Dans ce cas, le juge peut avoir un acte réflexif qui le pousse à adopter des solutions utilisées avec succès auparavant. C'est à dire que l'expérience se révèle favorable à certaines variables et peut guider l'attitude stratégique du juge.<sup>25</sup>

La difficulté d'assurer l'effectivité de la neutralité et de l'impartialité des décideurs peut être analysée dans l'acte d'interprétation des règles à appliquer dans une affaire spécifique. Car, dans l'application et l'interprétation des règles régionales et multilatérales convergent des cultures juridiques différentes qui vont amener la formation d'une méthode considérée comme unique. Les mécanismes de règlement des différends sont composés de personnes formées à différentes cultures juridiques et, bien qu'elles n'exercent pas leurs fonctions en tant que représentants de leur pays d'origine, il n'existe aucune façon d'éloigner l'influence de leurs expériences personnelles et professionnelles, de leur nationalité ou de leur culture juridique dans l'acte interprétatif. En ce sens, l'impartialité, qui est implicite dans l'exercice de leurs fonctions, se distingue de la neutralité. En d'autres termes, les juges peuvent être impartiaux sans être neutres, car ils portent un bagage juridique traditionnel. De sorte qu'au moment de décider, le juge part d'une interprétation des dispositions de l'accord qui va au-delà de la technique d'interprétation et implique un raisonnement et un choix caractéristiques de l'herméneutique du droit, mais influencés par leur culture juridique qui, pour sa part, est basée sur leur expérience antérieure.

Toutefois, il convient de noter que ces différences dans le profil culturel des membres des mécanismes de règlement des différends de niveaux régional et multilatéral, même si elle peuvent affecter la conformité avec les aspects de la neutralité et de l'impartialité, n'affectent pas la légitimité du système lui-même.

<sup>26</sup> Car, même si chaque membre de ces mécanismes a été formé dans des tradi-

---

reito Internacional e Comparado, **Universidade**, São Paulo, 2009. p. 36

25 COSTA, J. A. F. *Decidir e julgar: um estudo multidisciplinar sobre a solução de controvérsias na Organização Mundial do Comércio*. 2009. 433 f. Tese (Doutorado)-Departamento de Direito Internacional e Comparado, USP, São Paulo, 2009. p. 39.

26 Si on analyse le profil de certains membres de l'Organe d'appel de l'OMC, on peut percevoir une diversité d'expériences et aussi quelques similitudes. La majorité d'entre eux a été remarquable pendant les études universitaires et a étudié au moins pendant quelques années en de-

tions juridiques différentes et à la connaissance des diverses méthodes d'interprétation, il cherche à suivre les règles d'interprétation énoncées dans le MARD, formant ainsi une «communauté épistémique».<sup>27</sup>

Compte tenu de ce difficile établissement de la neutralité et de l'impartialité, la composition des instances de règlement des différends devrait prendre en compte, non seulement des critères géographiques, mais aussi des facteurs liés à l'expérience professionnelle et personnelle de ces décideurs. L'article 17:3 du MARD stipule que "L'Organe d'appel comprendra des personnes dont l'autorité est reconnue, qui auront fait la preuve de leur connaissance du droit, du commerce international et des questions relevant des accords visés en général. Elles n'auront aucune attache avec une administration nationale. La composition de l'Organe d'appel sera, dans l'ensemble, représentative de celle de l'OMC." Par exemple, Georges Abi-Saab<sup>28</sup> a occupé le poste de juge dans d'autres tribunaux internationaux et il a expérimenté de première main la méthode d'interprétation téléologique; James Bacchus<sup>29</sup>, en tant que politicien, lorsqu'il est venu à l'Organe d'appel, avait déjà une certaine familiarité avec l'influence des éléments de pouvoir dans les décisions. Christopher Beeby et Julio Lacarté-Muró, en tant que diplomates, ont passé des années à négocier les règles du 'power oriented' (système guidé par la puissance).<sup>30</sup>

---

hors de son pays d'origine. Tous ont eu une vaste expérience internationale, mais peu avaient connaissance des accords de l'OMC, avant de rejoindre l'Organe d'appel. Cette diversité de formation juridique est un facilitateur de compréhension des situations juridiques présentées.

- 27 Ce terme est utilisé pour faire référence à un groupe de personnes, qui, ayant des perceptions différentes, sont cependant motivées par des idées et des valeurs communes. Pour plus d'information voy. TERRIS D.; ROMANO C.; SWIGART L. *The international judge: na introduction to the men and women who decide the world's cases*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 63.
- 28 **Georges Abi-Saab** (Égypte) a été membre de l'Organe d'appel de l'OMC entre 2000 et 2008, mais auparavant il a été consultant auprès du Secrétaire général des Nations Unies et a rempli les fonctions de conseil et d'avocat auprès de plusieurs gouvernements dans des affaires portées devant la Cour internationale de Justice (CIJ) ainsi que dans des arbitrages internationaux. Il a également rempli deux fois les fonctions de juge ad hoc auprès de la CIJ et de juge auprès de la Chambre d'appel du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal international pour le Rwanda. Commissaire à la Commission d'indemnisation des Nations Unies, il est aussi membre du Tribunal administratif du Fonds monétaire international et de divers tribunaux arbitraux internationaux (CIRDI, CCI, CRCICA). Informations disponibles sur : <[http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/ab\\_members\\_bio\\_f.htm#abi\\_saab](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/ab_members_bio_f.htm#abi_saab)> Consulté le: 18 sept. 2011.
- 29 **James Bacchus** (États-Unis) a été membre de l'Organe d'appel de l'OMC entre 1995 et 2003, mais a travaillé auparavant pendant plusieurs années à la Représentation américaine du Commerce (United States Trade Representative - USTR) et a été député de l'état de Floride au Congrès américain. Pour plus d'informations voy. <[http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/ab\\_members\\_bio\\_f.htm#bacchus](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/ab_members_bio_f.htm#bacchus)> Consulté le: 18 sept. 2011.
- 30 **Christopher Beeby** (Nouvelle-Zélande), diplomate spécialisé dans les questions économiques

Il est à noter que, même si chaque membre apporte sa propre expérience, il se doit de chercher à suivre fidèlement les règles établies par le MARD. En conséquence, des règles précises peuvent leur être imposées comme l'interdiction d'utiliser des arguments politiques, la discussion de ces questions devant être laissée aux Membres de l'OMC; l'argument doit être basé uniquement sur les accords de l'OMC; l'interprétation des accords ne suit pas nécessairement l'interprétation que les Membres définissent dans leurs juridictions nationales; la confiance dans les règles coutumières d'interprétation du droit international public est nécessaire; l'utilisation de l'interprétation téléologique doit être évitée.<sup>31</sup> Il semble donc que, malgré la diversité des profils culturels, il faille maintenir la singularité de la technique d'interprétation qui s'appuie sur la perspective systémique du maintien de l'équilibre entre les accords.

Ainsi, il est possible d'assumer la tâche difficile d'imposer des limites aux activités des membres des mécanismes de règlement des différends, limites qui, d'ailleurs, ne sont pas nécessairement respectées dans la pratique. S'associe à ce dépassement des limites la difficile mise en oeuvre de la neutralité et de l'impartialité chez les décideurs. Ces facteurs peuvent compromettre la sécurité et la prévisibilité du système, mais en même temps, ils sont fondamentaux pour l'établissement d'un dialogue coordonné entre les juges des fora autonomes.

## Section II – L'établissement d'un dialogue entre les juges des fora autonomes

La possibilité, pour les fora autonomes, de produire des décisions contradictoires peut être amoindrie par la mise en place d'un dialogue coordonné entre

---

et juridiques. Il a représenté son pays, la Nouvelle-Zélande, dans plusieurs États et organisations. En outre, il a représenté son pays lors de plusieurs réunions et négociations du GATT et a participé à l'Organe d'appel de l'OMC entre 1995-2000. Il a été reconnu comme l'un des meilleurs connaisseurs des accords de l'OMC parmi ses pairs. **Julio Lacarté-Muró** (Uruguay) a été un important diplomate et a participé à l'élaboration du GATT à la Conférence de la Havane en 1947 et, en collaboration avec d'autres diplomates, il a essayé en vain de créer l'Organisation du commerce international (OIC). Il a été nommé premier directeur général du GATT et était présent dans les huit cycles de négociation du GATT. Il a été nommé membre de l'Organe d'appel de 1995 à 2001 et a été vu par ses collègues comme représentant le premier et dernier ressort dans les délibérations. (Pour plus de détails voy. [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/ab\\_members\\_bio\\_f.htm#muro](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/ab_members_bio_f.htm#muro) Consulté le 18/09/2011.)

31 Ces points ont été présentés par BACCHUS J. The strange death of Sir Francis Bacon: the dos and don'ts of the Appellate Adocacy in the WTO. *Legal Issues of Economic Integration*, v. 31, n. 1, p. 13-24, 2004. p. 18-19.

les juges auteurs de ces décisions. Certains auteurs estiment que les notions de «courtoisie judiciaire» et l'échange d'informations entre les fora pourraient être utiles à la croissance de la coopération judiciaire et éviter les conflits de compétence. <sup>32</sup>. D'autres estiment que les principes de déférence peuvent être mis à profit pour traiter la question. <sup>33</sup>

L'établissement d'un dialogue coordonné entre les décideurs peut partir du forum lui-même, ce qui est pratiqué par l'Organe d'appel de l'OMC, qui prévoit dans son article 4 des "Procédures de travail pour l'examen en appel" qui sont en réalité des règles établissant une collégialité entre les membres de l'Organe d'appel. Par conséquent, à travers la systématisation d'une méthode d'interprétation et l'échange des opinions de ses membres, l'Organe d'appel cherche à donner une cohérence et une continuité à leurs décisions.

L'importance d'établir un dialogue entre les juges réside dans le fait que le monologue diminue la perspective de l'observateur, tandis que le dialogue a la qualité d'élargir le cadre de l'analyse, en forçant la comparaison, en réduisant le risque de prévalence des opinions préconçues, et en favorisant la formation de jugements plus ouverts et réfléchis. <sup>34</sup>

Le dialogue des juges n'est possible que si on reconnaît la pertinence de la jurisprudence en tant que source de droit international public; c'est grâce à la formation de cette jurisprudence que les juges peuvent citer les interprétations et les conclusions émanant d'autres tribunaux. Toutefois, il convient de noter que l'utilisation de la jurisprudence peut avoir lieu sans adoption de la règle du précédent (§ 1). En outre, vu le manque de dispositions qui déterminent l'établissement d'une telle interaction entre les juges, la mise en œuvre d'un véritable dialogue entre eux n'est possible que par le renforcement du rôle de la courtoisie internationale (§ 2) ou par la constitutionnalisation du droit international (§ 3).

32 SHANY, Yuval. *The competing jurisdictions of international courts and tribunals*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 278-280.

33 MITCHELL, A. D.; HEATON, D. The inherent jurisdiction of WTO tribunals: the need for a principled approach. *University of Melbourne Legal Studies Research Paper*, n. 416, p. 32-46., 2009. PAUWELYN, J.; SALLES L. E. Forum shopping before international tribunals: (real) concerns, (im)possible solutions. *Cornell International Law Journal*, v. 42, p. 77-118., 2009. GAO H.; LIM, C. L. Saving the WTO from the risk of irrelevance: the WTO dispute settlement mechanism as a 'common good' for RTA disputes, *Journal of International Economic Law*, v.11, p. 899-925, 2008.

34 OLIVEIRA, C. A. A. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Gênesis: Revista de direito processual civil*, Curitiba, v. 8, n. 27, p. 27, jan./mar. 2003.

## § 1 L'utilisation de la jurisprudence sans adoption de la règle du précédent

Le dialogue entre les juges des fora autonomes et indépendants peut être établi à travers l'utilisation de leur jurisprudence, ce qui, cependant, ne signifie pas l'adoption de la logique du précédent. Selon celle-ci, la création d'un précédent limite, en raison de l'observance de certaines exigences, l'interprétation d'une même règle dans les futures affaires impliquant la même matière. La logique du précédent n'est pas utilisée par les fora internationaux<sup>35</sup>, ce qui n'empêche pas la production d'une importante jurisprudence destinée à être utilisée comme source du droit international.<sup>36</sup>

L'importance et la pertinence de la jurisprudence en tant que moyen auxiliaire de détermination des règles de droit est un sujet de débat chez les spécialistes. Certains en effet considèrent que, même s'il n'existe pas de hiérarchie au niveau des sources du droit international, la jurisprudence internationale n'a qu'une influence limitée,<sup>37</sup> car il est difficile de vérifier, dans la pratique, une situation où une décision judiciaire modifiant un traité. D'autres croient que, si une décision de l'ORD affecte un dispositif régional, elle aura la priorité, car elle a été produite plus tard. Mais il faut pour cela respecter les limites imposées par les articles 41 et 58 de la Convention de Vienne.<sup>38</sup> Il est à noter que cette position ne peut pas être confirmée par l'invocation du principe de la *Lex posterior derogat priori*, étant donné que ces sources de droit ne sont pas du même type. On retrouve encore une autre position qui défend l'idée que les tribunaux internationaux n'utilisent pas le précédent en se référant à la notion du droit anglo-saxon, mais qu'ils cherchent simplement à maintenir la cohérence interne de ces décisions.<sup>39</sup>

35 L'article 38 du Statut de la CIJ prévoit que les décisions judiciaires peuvent être utilisées comme une source juridique auxiliaire sans préjudice de l'article 59 du même Statut, qui dispose sur le caractère contraignant des décisions de la Cour uniquement pour les parties au différend.

36 Nous considérons qu'il y a formation d'une jurisprudence de l'ORD de l'OMC en raison de la continuité constatée dans la cohérence des décisions de leurs organes au cours de la dernière année. Cette continuité serait redevable à la tentative de garder un équilibre dans le système commercial multilatéral..

37 COMBACAU, J.; SUR, S. *Droit international public*. 9. ed. Paris: Montchrestien, 2010. p. 59.

38 PAUWELYN, J. *Conflict of norms in public international law: how WTO Law relates to other rules of international Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 326.

39 Dans ce sens voy. ROMANO, C. P. R. The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle. *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, v. 31, n. 4, p. 709-751, 1999. p. 751.

Une partie de la doctrine considère que l'OMC devrait faire un effort en direction de l'intégration des développements régionaux dans ses activités, en permettant que les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel interprètent et appliquent les règles relatives aux arrangements régionaux convenus entre les parties au différend.<sup>40</sup> C'est une position qui va au-delà de l'intention d'appliquer la jurisprudence des tribunaux internationaux, et en particulier, celle des mécanismes de règlement des différends régionaux. Autrement dit, la possibilité que l'ORD de l'OMC applique les règles régionales convenues entre les parties au différend est très faible, compte tenu de la limitation de sa compétence aux accords visés. Cependant, rien n'empêche que la jurisprudence de ces organes soit utilisée pour l'interprétation des règles et des dispositions du système commercial multilatéral régi par l'OMC.

Cependant, en utilisant les règles ou les décisions d'autres fora pour soutenir l'interprétation des règles de l'OMC, le membre du Groupe spécial ou de l'Organe d'appel pourrait causer un préjudice à la sécurité juridique et à la prévisibilité du système multilatéral, prévues à l'article 3.2 du MARD. Les autres Membres de l'OMC pourraient poser des questions sur l'interprétation des dispositions effectuée à partir des accords et des systèmes de règlement des différends dont ils ne font pas partie. De plus, il faut prendre en considération le fait que, dans le processus d'internationalisation du droit, les interprétations faites par les juges réduisent la marge d'appréciation des États par la production d'une jurisprudence qui pourra être utilisée dans des affaires futures.

Dans l'affaire *Mexique - Mesures Fiscales concernant les boissons sans alcool*, le Mexique a fait référence à la décision de la Cour permanente de justice internationale (CPJI) dans l'affaire *Usine de Chorzów*.<sup>41</sup>, pour remettre en question l'applicabilité des obligations qu'il avait envers les États-Unis dans le cadre de l'OMC. Selon le Mexique « l'»applicabilité» des obligations qu'il avait envers

40 PAUWELYN, J. Legal avenues to 'multilateralizing regionalism': beyond Article XXIV. In: BALDWIN, R. E. (Ed.). *Multilateralizing regionalism: challenges for the global trading system*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 368-399. p. 370.

41 Le passage de la décision à laquelle se réfère le Mexique est libellé comme suit: ...une Partie ne saurait opposer à l'autre le fait de ne pas avoir rempli une obligation ou de ne pas s'être servi d'un moyen de recours, si la première, par un acte contraire au droit, a empêché la seconde de remplir l'obligation en question, ou d'avoir recours à la juridiction qui lui aurait été ouverte. (Cour permanente de justice internationale, *Usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne)* (Compétence), 1927, CPJI, Série A, n 9, page 31).

les États-Unis dans le cadre de l'OMC était «[remise] en question» du fait que les États-Unis l'avaient empêché, par un acte illégal (à savoir, le refus, de la part des États-Unis, de désigner des membres du groupe spécial de l'ALENA), de recourir au mécanisme de règlement des différends, dans le cadre de l'ALENA, pour résoudre un différend bilatéral opposant le Mexique et les États-Unis au sujet du commerce des édulcorants.»<sup>42</sup>

Toutefois, l'Organe d'appel a considéré que les arguments du Mexique, ainsi que l'utilisation de la décision de la CPJI étaient malvenus. En effet, l'application du principe juridique énoncé par la CPJI, selon laquelle une Partie ne peut pas soutenir que l'autre n'a pas utilisé un moyen de recours, si elle, par un acte contraire au droit, a empêché l'autre d'avoir recours à la juridiction, impliquerait une analyse de la conduite des États-Unis relativement aux obligations assumées dans le cadre de l'ALENA et l'ORD n'aurait pas, dans le MARD, de base juridique permettant aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel de se prononcer sur des différends extérieurs à l'OMC. L'Organe d'appel a donc considéré que l'usage de l'arrêt de la CPJI comme base d'argumentation était impossible et que son adoption pourrait miner la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral régi par l'OMC. <sup>43</sup>

Toutefois, l'article 38 du Statut de la CIJ prévoit que les décisions judiciaires peuvent être utilisées comme une source juridique auxiliaire, sans préjudice de l'article 59 du même statut, qui pose le caractère obligatoire des décisions de la Cour seulement pour les parties au différend spécifique. De même, les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel ne sont obligatoires qu'entre les parties de l'affaire et ne valent pas pour tous les Membres de l'OMC<sup>44</sup>, mais ils ne cessent pas, pour autant, d'être une source auxiliaire du droit et peuvent être utilisés pour appuyer les arguments des juges dans les affaires à venir, sans que

42 OMC, Rapport du Groupe spécial. Mexique - Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons. WT/DS308/R, 7 oct. 2005, par. 7.14.

43 OMC, Rapport de l'Organe d'appel. Mexique - Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons. WT/DS308/AB/R, 6 mars 2006, par. 55 et 56.

44 "Le Mémoire d'accord n'indique pas expressément le statut des solutions convenues d'un commun accord conformément à ses dispositions et leur effet dans les procédures ultérieures et il n'en a pas été question auparavant dans les procédures de règlement des différends de l'OMC," OMC, Rapport du Groupe spécial. Inde - Mesures concernant le secteur automobile. WT/DS146/R, WT/DS175/R, 21/12/2001, par. 7.113. Les articles 11 e 3.7 du MARD apportent une indication précisant que les décisions résolvent le problème entre les parties, mais demeure implicite le fait qu'elles ne sont valables qu'entre les parties.

cette utilisation augmente ou diminue les droits des autres Membres de l'OMC.<sup>45</sup>

Dans le système adopté par l'ORD de l'OMC, les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel ne sont pas contraignants pour les décisions futures, mais ces organes se sont appuyés sur le principe de l'économie jurisprudentielle et se réfèrent souvent à des décisions antérieures, renforçant par là la cohérence de ces décisions et contribuant à la prévisibilité du système commercial multilatéral.<sup>46</sup>

Il est également intéressant de mentionner que cette jurisprudence n'est pas à l'abri de critiques, mais que celles-ci n'affectent nullement sa continuité et sa cohérence; d'ailleurs elle se maintient malgré les changements intervenus dans la composition des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. De fait, les membres de l'ORD prennent la responsabilité commune d'assurer, à partir d'une perspective systématique, l'équilibre des échanges commerciaux entre les Membres par la promotion de la sécurité et de la prévisibilité du système commercial multilatéral. Le renforcement de ces garanties d'équilibre structurel doit être maintenu, mais cela ne signifie pas que ces décideurs ne peuvent pas agir sur un mode coopératif en utilisant la courtoisie internationale.

## § 2 Le renforcement du rôle de la courtoisie internationale

La courtoisie internationale peut être considérée comme un élément capital dans la coordination entre les fora régionaux et l'ORD de l'OMC. Effectivement, bien que ces fora soient autonomes et qu'ils ne soient pas juridiquement obligés de respecter les décisions et les avis les uns des autres, néanmoins, sur la base de la courtoisie internationale, le dialogue entre juges peut être instauré.

La courtoisie internationale ou *comitas gentium* peut être définie comme une «**M**anière d'agir dans les relations internationales déterminée non par une

45 Les décisions rendues par les Groupes spéciaux ou par l'Organe d'appel ne peuvent ni accroître ni diminuer les droits et les obligations des Membres de l'OMC. (articles 3.2 et 19.2 du MARD).

46 Même si les membres des Groupes spéciaux ne rentrent pas dans la catégorie des "juges" au sens strict du terme, on les considère comme tels en ce sens qu'ils sont des décideurs dans les règlements des différends à l'OMC et peuvent de la sorte influencer la jurisprudence dans le cadre de l'OMC. En plus, même si les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel font tous les deux partie du même système de règlement des différends, l'ORD de l'OMC, ils seront considérés de façon séparée car les décisions des Groupes spéciaux peuvent être revues par l'Organe d'appel.

obligation juridique, mais par des considérations de convenance et d'égard mutuel, conformes aux exigences d'une bienséance réciproquement pratiquée.»<sup>47</sup>

Une définition plus précise de la courtoisie entre fora internationaux est donnée par Black: "judicial comity: the respect a court of one state or jurisdiction shows to another state or jurisdiction in giving effect to the other's laws and judicial decisions."<sup>48</sup>

L'usage de cette courtoisie est tout à fait possible, étant donné que, dans de nombreux cas, la solution aux conflits entre décisions régionales et multilatérales se situe dans une perspective d'équilibre des intérêts. Dans le processus de décision, le juge régional et le juge de l'OMC feront une évaluation rationnelle sans qu'intervienne aucun objectif ou norme commune dans la décision, et les résultats seront basés sur des valeurs et des perspectives différentes pouvant conduire à des décisions différentes. Toutefois, ces décisions peuvent être évitées par une analyse subjective des faits et des conséquences de la décision qui doit être mise en œuvre.

En cas de décisions contradictoires à appliquer, les États, sur la base de la courtoisie internationale, ne devraient pas exclure l'une des décisions par rapport à l'autre, mais chercher une solution qui tienne compte des deux décisions. On pourrait procéder de la même façon que la procédure d'*exequatur* pour les jugements étrangers<sup>49</sup> utilisée dans le droit international privé. Une autre pers-

47 CORNU, G. *Vocabulaire juridique*. 8 ed. Paris: PUF, 2004. p. 235. Pour d'autres définitions: SALMON, J. (Dir.). *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles: Bruylant/AUF, 2001. p. 283 ("Courtoisie internationale: ensemble de pratiques et de préceptes observés dans les rapports internationaux, et déterminés, non par le sentiment de respecter une obligation juridique, mais par des considérations de convenance et d'égards mutuels conformes aux exigences d'une bienséance réciproquement pratiquée.") GOODE, W. *Dictionary of trade policy terms*. 5. ed. Cambridge: WTO, 2007 ("Comity: a term used in international Law to signify the reciprocal courtesy or mutual respect which one member of the family of nations owes to the others in considering the effects of its official acts.")

48 BLACK, H. C. *Black's law dictionary: definitions of the terms and phrases of American and English jurisprudence, ancient and modern*. St. Paul: Minn, 1990. p. 262.

49 L'exequatur n'est pas réglementé de façon précise, mais l'article 509 du code de procédure civile énonce que "les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers sont exécutoires sur le territoire de la République de la manière et dans les cas prévus par la loi". Ainsi, cette procédure, qui au Brésil est appelée "homologation de décision étrangère", est nécessaire pour la reconnaissance et l'exécution d'un jugement étranger liée à l'idée du respect des droits acquis et au bon fonctionnement du système international. Pour plus de renseignements voy. GIARDINA, A. *La mise en oeuvre au niveau national des arrêts et des décisions internationaux*. RCADI, 1979. t. 165. p. 243-352. GUTMANN, D. *Droit international privé*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2002. p. 260-269. ARAUJO, N. *Direito internacional privado*:

pective de changement pourrait partir des accords internationaux de coopération judiciaire qui sont déjà signés par plusieurs États<sup>50</sup>, et, dans ce sens, l'OMC et les ACR pourraient profiter de leurs personnalités juridiques indépendantes pour conclure de nouveaux accords de coopération juridique.

Les situations de litispendance et de la chose jugée sont difficilement applicables dans le droit international, étant donné la difficulté d'établir la conformité avec les critères requis pour leur application.<sup>51</sup> Toutefois, les tribunaux pourraient avoir un respect mutuel et, sur la base de la courtoisie, décliner leur compétence en faveur d'un autre forum, ou au moins suspendre l'affaire jusqu'à l'énoncé de la décision dans un autre tribunal. Cette situation s'est produite dans le cas de *l'usine MOX PLANT* dans lequel la Cour permanente d'arbitrage a décidé de suspendre la procédure jusqu'à la résolution des éléments liés au droit communautaire, y compris la possibilité que l'article 292 du traité de la CE ait un effet d'exception sur la juridiction de la cour permanente d'arbitrage.<sup>52</sup> De même, c'est en s'appuyant sur des critères de courtoisie que le tribunal du CIRDI a suspendu la procédure en considération d'une décision de la Cour de cassation française.<sup>53</sup>

Dans une étude réalisée en 2002, N. Miller montre que, dans la majeure partie de la jurisprudence internationale, les tribunaux ont présenté des avis semblables par rapport à l'interprétation des lois, des sources du droit international, de la responsabilité internationale de l'État, de l'indemnisation pour violation des obligations internationales, entre autres.<sup>54</sup> Par ailleurs, Miller est parti de l'analyse de la jurisprudence des principaux tribunaux et cours internationaux<sup>55</sup>,

---

teoria e prática brasileira. 4. ed. São Paulo: Renovar, 2008. p. 307-338.

50 Quelques accords peuvent être consultés sur <[http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=113478&ordenacao=1&id\\_site=4922](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=113478&ordenacao=1&id_site=4922)>. Accès le 08 sept. 2011.

51 Pour plus d'informations sur cette question voy. le chapitre 7.

52 *MOX Plant Case* (no. 3) (Ir. v. U.K.), *Suspension of Proceedings on Jurisdiction and Merits* (Perm. Ct. Arb. 2003), 42 I.L.M. 1187, 1189-91 (2003).

53 *Case C-459/03, Comm'n v. Ireland*, 2006 E.C.R. 1-4635; *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, *Decision on Jurisdiction* (1985), 3 ICSID Rep. 112, 129 (1995).

54 Pour plus de détails sur ces études voy. par exemple CHARNEY (J.I.) "Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?", 271 *Recueil des cours* 101 (1998).

55 Nous considérons comme les principaux tribunaux et cours internationaux: la Cour Internationale de Justice (CIJ), la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), la Cour de justice de l'Union européenne (CVRIA), la Commission interaméricaine des Droits de l'Homme (CIDH), l'Organe de règlement des différends de l'OMC, le Tribunal des différends irano-amé-

et a montré qu'il existe 184 affaires où un tribunal fait référence à des décisions rendues par d'autres tribunaux ou cours. Ces références ne sont pas toujours présentées de la même manière, car il existe une variation en terme de fréquence, de forme et de contenu.<sup>56</sup> Cependant, il est remarquable que, dans 173 cas, les tribunaux citent d'autres décisions judiciaires dans un esprit positif ou neutre. Dans 101 cas, les décisions ont été citées à l'appui de l'opinion du juge et, dans 64 cas, les décisions ont été citées en tant que guide pour aider à fixer les limites de ses propres décisions.<sup>57</sup>

La Cour qui a le plus servi de référence aux autres tribunaux est la Cour internationale de Justice (CIJ), citée dans 111 cas. Pour l'organe de règlement des différends de l'OMC, 23 références ont été faites à d'autres tribunaux qui sont tous liés à la CIJ, mais aucun organisme international n'a cité une décision de l'OMC.<sup>58</sup> Dans l'affaire CE — Bananas III, l'Organe d'appel a considéré la décision de la Cour de justice européenne qui a fixé le niveau des importations

---

ricain, le Tribunal international du droit de la mer (ITLOS), le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR).

- 56 Pour une étude approfondie de ces références croisées voy. MILLER (N.) No international jurisprudence? The operation of "precedent" across international tribunals. 15 *Leiden Journal of International Law* 483-526 (2002). Il faut souligner que ces données datent de 2002, l'année où l'étude a été publiée.
- 57 MILLER, N. No international jurisprudence? The operation of "precedent" across international tribunals. 15 *Leiden Journal of International Law*, *Cidade*, p. 483-526 2002. p. 492-493.
- 58 Voici quelques cas dans lesquels a été fait référence à d'autres fora internationaux : États-Unis d'Amérique — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits (DS 176); États-Unis d'Amérique — Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits (DS 184); États-Unis d'Amérique — Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée (DS 202); Argentine — Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis (DS 155); Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (DS 135); États-Unis d'Amérique — Loi antidumping de 1916 (DS 136); États-Unis d'Amérique — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (DS 4); Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones) (DS 26); États-Unis d'Amérique — Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde (DS 33); République de Corée — Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers (DS 98); États-Unis d'Amérique — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur (DS 160); États-Unis d'Amérique — Loi antidumping de 1916 (DS 162); République de Corée — Mesures affectant les marchés publics (DS 163); Canada — Durée de la protection conférée par un brevet (DS 170); États-Unis d'Amérique — Loi antidumping de 1916 (DS 136); États-Unis d'Amérique — Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur (DS 152); Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (DS 27); Japon — Taxes sur les boissons alcooliques (DS 8).

de bananes «à droit zéro»<sup>59</sup> pour déterminer les obligations des CE au titre de la Convention de Lomé. <sup>60</sup> De la même façon, dans l'affaire États-Unis — Essence, l'organe d'appel a utilisé l'avis d'autres instances internationales<sup>61</sup>, pour déterminer que l'article 31 de la Convention de Vienne devait être considéré, en tant que règle générale d'interprétation, comme une règle du droit international coutumier ou général<sup>62</sup>. Enfin, dans l'affaire *CE-Hormones*, l'Organe d'appel a cité la décision de la Cour internationale de justice dans *l'Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*<sup>63</sup>, pour soutenir la non existence du principe de précaution dans les règles coutumières de droit international,<sup>64</sup> mais, à la fin, il a conclu différemment.

Dans 11 seulement des 184 cas analysés, mention est faite des décisions montrant un désaccord ou une opinion qui dépasse la décision citée. <sup>65</sup> Ce qui montre une certaine timidité des juges qui hésitent à montrer un désaccord aussi explicite avec un autre tribunal ou une autre cour. L'explication pourrait en être donnée par l'exigence des instances internationales, soucieuses de préserver l'intégrité de leur jurisprudence en respectant les décisions des autres tribunaux et en attendant la réciprocité à cet égard .

Plusieurs variables peuvent influencer la citation croisée de décisions entre

59 Affaire C - 280/93, Recueil de la jurisprudence de la CJE 1994, p. I-4973, par. 101.

60 OMC, Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes. WT/DS 27/AB/R, 9 sept. 1997, par. 174.

61 *Affaire du différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, (1994), Recueil de la C.I.J. page 6 (Cour internationale de justice), du *Golder v. United Kingdom*, ECHR, Series A (1995), n° 18 (Cour européenne des droits de l'homme); et de *Restrictions to the Death Penalty Cases*, (1986) 70 International Laws Reports 449 (Cour interaméricaine des droits de l'homme).

62 OMC, États-Unis d'Amérique — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules. WT/DS 4/AB/R, 29 avr. 1996, n. 34.

63 Dans cette affaire, la Cour internationale de justice a reconnu que de nouvelles normes avaient été mises au point au cours des deux dernières décennies, et qu'il fallait les prendre dûment en considération . Mais le principe de précaution n'a pas été mentionné parmi ces normes et la Cour n'a pas déclaré que ce principe pouvait l'emporter sur les obligations du traité signé entre la Tchécoslovaquie et la Hongrie, le 16 septembre 1977, relativement à la construction et au fonctionnement du système d'écluses de Gabčíkovo-Nagymaros. Voy. *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, CII, jugement du 25 septembre 1997, paragraphes 140, 111 à 114.

64 OMC, Communautés européennes - Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones). WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 jan. 1998, par. 123.

65 Un exemple des affaires dans lesquelles les décisions ont été citées de façon à montrer un désaccord par rapport à l'opinion d'autres juges internationaux est donné par l'affaire *Prosecutor v. Tadic*, Opinion and Judgement, Case No. IT-94-1-T, T.Ch. II, 7 May 1997, présentée devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY).

les tribunaux internationaux. Parmi elles, se trouve l'affirmation que le tribunal serait compétent pour juger. Ce qui expliquerait pourquoi la CIJ est l'instance la plus citée au niveau des décisions, compte tenu de l'étendue des sujets abordés par ce tribunal.<sup>66</sup> L'importance de la CIJ est confirmée par la théorie de la constitutionnalisation du droit international qui placerait cette juridiction au sommet de la pyramide des règles à mettre en œuvre par les États.

### § 3 La constitutionnalisation du droit international

Une autre solution peut être envisagée pour minimiser la production de décisions contradictoires: la constitutionnalisation du droit international, en vertu de laquelle, à partir d'un seul traité, les systèmes juridiques seraient réglés d'une manière harmonieuse. Ceci pourrait passer par l'utilisation d'organes comme la Cour internationale de Justice (CIJ), en raison de son caractère moins formel<sup>67</sup>, qui permettrait de résoudre les conflits de compétence par le renvoi des affaires.<sup>68</sup> La CIJ peut également être prise comme cour de référence car elle fournit des avis consultatifs à d'autres tribunaux en cas de conflit de juridiction et de décisions.<sup>69</sup> Toutefois, il s'agit là d'une possibilité très éloignée, étant donné que d'autres fora internationaux vont difficilement attribuer un tel pouvoir à la CIJ, et qu'en outre, d'autres tribunaux peuvent être en désaccord avec l'avis émis par la CIJ.<sup>70</sup>

Idéalement, en l'absence d'une règle générale internationale chargée de

66 Pour la compétence de la CIJ voy. les articles 34 à 39 du Statut de la Cour Internationale de Justice. Disponible sur: <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0&lang=fr#Chapitre>>. II - Compétence de la Cour Consulté le 23 sept. 2011.

67 Certains considèrent cette instance comme moins formelle, par comparaison à d'autres, au vu de ses références à de nouvelles règles et normes qui lui évitent de se limiter à un instrument particulier dans les affaires. Dans ce sens voy. MALJEAN-DUBOIS, Sandrine; MARTIN, Jean-Christophe. L'affaire de l'Usine Mox devant les tribunaux internationaux. *Journal du Droit International* ("Clunet"), vol. 134, n° 2, 2007.

68 DUPUY, Pierre-Marie. The unity of application of international Law at the global level and the responsibility of judges. *European Journal of Legal Studies*. Disponible sur: <[www.ejls.eu/2/21UK.htm](http://www.ejls.eu/2/21UK.htm)>. Access le: 22 juil. 2011.

69 GUILLAUME, G. La mondialisation et la Cour internationale de justice. *International Law FORUM du Droit International*, v. 2, p. 242-244, 2000.

70 Dans le même sens KWAK, K.; MARCEAU, G. Overlaps and conflicts of jurisdiction between the WTO and RTA. In: BARTELS; ORTINO, F. (Ed.). *Regional trade agreements and the WTO legal system*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 465-524. p. 479.

limiter la concurrence entre les juridictions, les questions préjudicielles implicites peuvent naître spontanément de la bonne volonté des tribunaux, comme le montre le cas de l'*usine MOX PLANT*, où le Tribunal arbitral du droit de la Mer a suspendu la procédure en attente de la réponse des institutions communautaires qui avaient la primauté de l'analyse pour la question. Ainsi, le tribunal a construit une «exception de connexité» justifiée par des «considérations de respect mutuel et courtoisie qui doit régner entre les institutions judiciaires qui peuvent toutes deux être appelés à déterminer les droits et obligations entre deux États.» Au nom d'une bonne administration de la justice, « la procédure qui pourrait donner lieu à deux décisions contradictoires sur le même sujet ne serait pas utile à la résolution du différend entre les Parties.»<sup>71</sup>

Ce cas met en lumière la possibilité de mise en place d'un «dialogue inter-judiciaire» basé sur le principe de solidarité et de coopération, qui permettrait en même temps une coordination efficace de l'activité judiciaire. Toutefois, il convient de noter que les notions de «respect mutuel» et de «courtoisie» ont une base morale et ne comportent pas d'obligation légale. Ce procédé implique une incertitude dans l'application de ces notions basées sur l'appréciation discrétionnaire de l'applicateur de la norme et sur des considérations d'opportunité.<sup>72</sup>

Une unité du droit international peut être recherchée en recourant à l'application de l'art. 31 § 3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, en particulier de l'alinéa c), puisque il fournit aux juges les moyens de contribuer à cette unité. Aucun forum ne peut analyser un cas sans considérer le droit et les coutumes internationaux applicables.<sup>73</sup>

Enfin, il faut vérifier les conditions assurant une coopération entre ces organes de décision, l'élément institutionnel étant essentiel pour renforcer les liens de coopération et atténuer les conflits.

71 MALJEAN-DUBOIS, S.; MARTIN, J. C. L'affaire de l'Usine Mox devant les tribunaux internationaux. *Journal du Droit International* ("Clunet"), v. 134, n. 2, . 2007.

72 GATTINI, A. Un regard procédural sur la fragmentation du droit international *Revue générale de droit international public*, n. 6/2, p. 303-336, 2006. p. 317..

73 Cette position a été confirmée par l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire *États-Unis – Essence*, qui stipule que le droit de l'OMC ne doit pas être interprété "en l'isolant cliniquement" du droit international. (Etats-Unis-Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, WT/DS2/AB/R, 29/04/1996, p. 19.) Cette notion de "régime autonome" ou "*self-contained regime*" trouve son origine dans l'affaire '*Case concerning United States diplomatic and consular staff in Tehran*' (United States of America v. Iran), *Judgement of 24 May 1980, I.C.J., Reports 1980, p. 3.*

## Conclusion

Les facteurs politiques qui influencent les décisions juridiques peuvent s'avérer positifs ou négatifs pour l'efficacité des outils utilisés pour le rapprochement des jurisprudences et conséquent réduction de la possibilité de conflit entre ces décisions des fora régionaux et celles de l'ORD de l'OMC. De fait, cette efficacité peut être compromise par l'ouverture que les facteurs politiques offrent pour leur mise en oeuvre. Cependant, ces mêmes facteurs peuvent agir de façon positive, car ils vont rendre possible la flexibilisation des règles de conduite et la résolution des affaires, dans l'étape de consultation. En outre, le dialogue des juges ne peut se faire que sur la base de la motivation et de la flexibilisation de leur travail qui est fortement influencé par la culture juridique et l'expérience de chacun.

L'approche des outils aptes à réduire la possibilité de conflit entre les décisions confirme le fait qu'il existe des forces qui s'opposent à la fragmentation du droit, tel le dialogue entre les juges, les traditions juridiques communes et l'harmonisation des décisions et avis par l'utilisation des mêmes règles du droit international général.

D'autre part, nous nous rendons compte de que il n'y a pas la possibilité d'organisation d'un «système juridictionnel international» capable d'établir l'interaction régulière entre les différents fora en constituant une unification dans son ensemble, car chaque un a sont caractère *self-contained*, même si parfois certains essayent d'utiliser les décisions d'autres fora pour justifier leurs propres décisions. Ce qui démontre qu'il existe un certain intérêt de la communauté internationale de que cet ensemble des fora se maintienne de façon a constituer un ensemble des règles bien articulé, mais qu'au même temps constitue un *corpus juris* heterogene qu'on appelle le droit international.<sup>74</sup>

Des difficultés qui interviennent dans l'application de ces outils, assurant ainsi la continuité d'une concurrence entre les différents fora qui ne doit pas toujours être perçue négativement. Cette concurrence existe et est intéressante car elle amène les fora et les systèmes à améliorer leurs règles et institutions, en

---

74 ROMANO, C. P. R. The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle. *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, v. 31, n. 4, p. 709-751.1999. p. 727.

apportant à leurs Membres une solution plus rapide dans certains cas, sans pour autant sacrifier la prévisibilité et la sécurité juridique. Ainsi, une augmentation de la compétitivité de ces fora peut être considérée comme positive, étant donné la diversité croissante et la légitimité des normes à appliquer.

A ce stade, il apparaît évident que le problème ne se situe pas au niveau de l'augmentation de la compétitivité entre les fora internationaux, mais réside dans la possibilité que ces fora produisent des décisions différentes pour une même mesure et dans l'impossibilité d'effectuer la mise en oeuvre de façon parallèle.

Le MARD a laissé subsister assez de lacunes concernant les procédures de l'Organe d'appel. Cependant, il est complété par les règles de conduite qui considèrent le caractère de coopération et de collégialité entre les membres de cet organe comme une fondation de son fonctionnement. Toutefois, cette reformulation de l'identité organisationnelle établie par l'ORD de l'OMC ne signifie pas que ce qui était politique soit devenue juridique. Après tout, le pouvoir et le droit sont inextricablement liés et bien que la légalité serve à la domestication de la force, elle intègre également le pouvoir.<sup>75</sup>

Nous avons ainsi pris conscience du fait que les mécanismes de règlement des différends régionaux et l'ORD de l'OMC doivent être articulés pour éviter un affaiblissement de la légitimité des accords et des institutions qui les composent. Ce qui ne les empêche pas d'agir dans une perspective juridique influencée par la sensibilité politique de leurs dispositions et des décideurs, en construisant des outils capables d'éviter ou du moins de réduire la possibilité de conflit entre les décisions des fora régionaux et celles de l'ORD de l'OMC.<sup>76</sup>

75 BOBBIO, N. *Direito e poder*, São Paulo: UNESP, 1992.

76 "(...) Que la gouvernance politique s'exerce effectivement ne peut que faciliter la tâche du juge. Cela rend d'autant plus nécessaires et plus urgentes les décisions politiques de la part des États, de manière coordonnée. Mais cela contribue aussi à les rendre plus difficiles, ce qui laisse le juge un peu seul pour faire face au défi de la cohérence." RUIZ FABRI, H. *Le juge de l'OMC: ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière*. *RGDI*, v. 1, 2006, p. 73.



# 11 O USO DE PRECEDENTES JUDICIAIS DE JURISDIÇÕES ESTRANGEIRAS EM MATÉRIA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Maria Edelvacy Marinho<sup>1</sup>  
Liziane Paixão Silva Oliveira<sup>2</sup>

## 1 Introdução

A citação de precedentes judiciais entre cortes de diferentes jurisdições não é algo novo no mundo jurídico. A novidade está nos efeitos que essa prática pode trazer, tendo em vista o alto grau de integração normativa que vivenciamos. Essa espécie de “troca”, que ocorreria na citação cruzada de precedentes judiciais, seria uma forma indireta e informal de promover a integração normativa em temas que são objetos de acordos internacionais ou em temas que ainda se encontram em fase de consolidação nacional ou internacional.

Parte-se da premissa de que, com a aceleração do processo de integração econômica e normativa, criou-se um ambiente propício para que os juízes de diferentes jurisdições decidissem sobre determinados temas a partir da aplicação de uma norma comum.. A interpretação dos juízes sobre o conteúdo de direitos reconhecidos pela via de tratados poderia servir de fonte para aplicação desses mesmos direitos por um juiz de outra jurisdição. O conteúdo desses direitos passaria a ser construído como resultado desse diálogo desenvolvido entre juízes a partir de uma fonte normativa comum.

A diversificação de jurisdições internacionais, no plano regional e mundial, trouxe também a necessidade de coerência entre as decisões dessas cortes em nome da segurança jurídica. Temas cuja natureza permite a discussão dos

---

1 Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Doutora em Direito pela Universidade Paris 1.

2 Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Tiradentes - Mestrado em Direitos Humanos ; Doutora em Direito pela Université d' Aix-Marseille III; Consultora em Direito Ambiental.

litígios em diferentes jurisdições tendem a se ampliar e, por consequência, novos instrumentos em favor da coerência entre jurisdições precisam ser desenvolvidos na ausência de uma hierarquia entre sujeitos de direito internacional.<sup>3</sup>

O processo de internacionalização dos direitos tem se concentrado em duas linhas: direitos humanos e direitos decorrentes na integração econômica e comercial.<sup>4</sup> A proposta desse artigo é verificar a possibilidade de existência de diálogo entre juízes na aplicação dos direitos de natureza econômica e comercial. Escolheu-se o tema da propriedade intelectual para servir de exemplo para este estudo. Essa hipótese será testada a partir do exame de dois critérios essenciais para a identificação de o que se tem chamado de diálogo entre juízes: espaço para o uso de referências cruzadas e a direção que se observa nessa troca, ou seja, se de fato haveria diálogo.

## 2 Espaço para o diálogo

O espaço para existência de um diálogo entre juízes sobre o tema da propriedade intelectual pode ser analisado a partir do grau de internacionalização desses direitos e da estrutura existente para que esse diálogo possa se realizar.

### 2.1 Grau de internacionalização dos direitos de propriedade intelectual

A propriedade intelectual (PI) é um tema com elevado grau de internacionalização. O primeiro tratado multilateral sobre direitos de propriedade industrial data do ano de 1883, seguido, em 1886, pela Convenção de Berna sobre direitos de propriedade artística e literária. A internacionalização dos direitos de propriedade intelectual, antes mesmo de sua consolidação no âmbito nacional, justificava-se pela natureza do bem protegido. A facilidade de cópia e de difusão

---

3 Sobre o tema da fragmentação/unidade do direito internacional ver: DUPUY, P. M. *Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a ?* In : HUESA, R. Vinaixa ; WELLENS, Karel (Dir.) *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*. Bruxelles : Bruylant, 2006. Some reflections on contemporary international law and the appeal to universal values : a response to KOSKENNIEMI, Martii. *European Journal International Law*, v. 16, 2005 e KOSKENNIEMI, Martii. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*. Geneva: International Law Commission, 2006.

4 MORAND, C. A. *Le droit saisi par la mondialisation : définitions, enjeux et transformations*. In : Charles-Albert Morand (Dir.). *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles : Bruylant, 2001.

do bem imaterial fez com que a finalidade da proteção jurídica estivesse vinculada ao reconhecimento desses direitos pelo maior número de países. A internacionalização, nesse caso, significava a sobrevivência dos direitos de propriedade intelectual (PI).<sup>5</sup>

Desde então, ampliaram-se os instrumentos de proteção dos direitos de PI no âmbito internacional. No plano multilateral, há duas organizações internacionais que trabalham diretamente em favor da harmonização dos direitos de PI: a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) e a Organização Mundial do Comércio (OMC). A OMPI é uma agência especializada das Nações Unidas responsável pela administração de 26 tratados.<sup>6</sup> A OMC administra um tratado sobre o PI: o Acordo sobre aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), principal marco regulatório internacional da atualidade sobre o tema.

No âmbito multilateral regional, a harmonização de normas de PI também faz parte da pauta de integração normativa e econômica. Mesmo não integrando diretamente a estrutura da U.E, o Escritório de Patentes Europeu responde pelo exame de uma fase dos pedidos de patente que, se aprovados, podem permitir a proteção do invento em todos os Estados membros da União Europeia e os demais países que integram a Convenção de Munique sobre a patente Europeia. Esse grau de integração só é observável na U.E. Os demais blocos regionais não apresentam um escritório para exame comum do título de patentes.

No âmbito bilateral, os Acordos de Livre Comércio celebrados entre Estados desenvolvidos e em desenvolvimento trazem capítulos específicos sobre a proteção dos direitos de propriedade intelectual, cujo conteúdo amplia o grau de proteção dos direitos dos titulares de PI concedidos nos tratados administrados pela OMPI e OMC.<sup>7</sup> Em razão do princípio da Nação mais favorecida que rege

5 Sobre o tema ver: MARINHO, Maria Edelvacy. Justificativas comuns para o direito de patentes. *Revista Nomos, Fortaleza*, v. 31. n. 2, p. 73-85. 2011.

6 Os tratados são: Beijing Treaty on Audiovisual Performances, Berne Convention, Brussels Convention, Budapest Treaty, Hague Agreement, Lisbon Agreement, Locarno Agreement, Madrid Agreement (Indications of Source), Madrid Agreement (Marks), Madrid Protocol, Marrakesh VIP Treaty, Nairobi Treaty, Nice Agreement, Paris Convention, Patent Law Treaty, PCT, Phonograms Convention, Rome Convention, Singapore Treaty on the Law of Trademarks, Strasbourg Agreement, Trademark Law Treaty, Vienna Agreement, Washington Treaty, WCT, WIPO Convention. WPPT.

7 Sobre o tema ver : ABBOTT, F. M. The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health and the Contradictory Trend in Bilateral and Regional Free Trade Agreements, | Occa-

o Acordo TRIPS, os direitos concedidos a um Membro deverão ser estendidos aos demais.

O conteúdo dos acordos de propriedade intelectual tanto da OMPI quanto da OMC tem natureza substantiva. Os direitos de PI tem sua duração, critérios para concessão, conteúdo e possibilidades de limitação dos direitos dos titulares harmonizados. Ainda há um campo para aproximação desses direitos, mas o grau de integração atual pode ser considerado elevado. Esse dado sugere a possibilidade de diálogo. O elevado número de tratados e o grau de harmonização dos direitos de PI sugerem a possibilidade dos juízes fazerem uso da interpretação realizada em outras jurisdições para casos semelhantes que estejam sob sua responsabilidade.

### **2.1 Estrutura internacional para resolução de conflitos em matéria de PI<sup>8</sup>**

Os direitos de propriedade intelectual são regidos pelo princípio da territorialidade. Apesar desses direitos estarem integrados em um elevado grau harmonização, a concessão e conteúdo desses direitos estão sujeitos à interpretação dada por cada país, seja pela via administrativa, seja pela via judicial. Por essa razão, não há um título de patentes com validade mundial e, por consequência, não há um tribunal internacional competente para julgar infrações aos direitos dos titulares nem a interpretação dos critérios de concessão para casos específicos.

O que se pode discutir no âmbito internacional (mundial) é a aplicação das obrigações assumidas pelos Estados nos tratados sobre propriedade intelectual. O controle da aplicação dos Acordos internacionais é feito pela própria Organização que os administra. A OMPI não possui uma estrutura de controle de natureza jurisdicional dos seus acordos, que permita o uso efetivo de sanções econômicas. Essa foi uma das razões pelas quais o tema da propriedade intelectual foi levado para o âmbito da OMC.<sup>9</sup>

---

sional Paper 14. Geneva: QUNO, 2004. CORREA, C. M. Bilateralisme in Intellectual Property: defeating the WTO system for access to medicines. *Case Western Journal of International Law* v. 36, n.1., 2004.

8 Sobre o tema ver: MARINHO, Maria Edelvacy. *Les processus d'internationalisation du droit des brevets*. Editions Universitaires Européennes, 2010.

9 PIRES DE CARVALHO, Nuno. *The TRIPS regime of patent rights*. Hague: Kluwer Law and Taxation Publishers, 2005.

A OMC, por meio do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), exerce o controle sobre a implementação das obrigações do TRIPS pelos Estados Membros. Havendo um questionamento sobre a transposição do Acordo por um dos Estados membro, o caso pode ser discutido pelo “grupo especial” e pelo órgão de apelação da OMC que verificarão se o Estado cumpriu ou não com sua obrigação de transposição de maneira compatível ao objetivo do TRIPS. Sendo constatado o descumprimento dessa obrigação, e caso não haja a modificação legislativa indicada, o Estado lesado pode solicitar a autorização da OMC para retaliar comercialmente, no valor do prejuízo causado, o Estado infrator em qualquer área do direito, não estando limitada à matéria de propriedade intelectual.

Desde sua criação, já foram solicitados 34 pedidos de consulta para exame de um possível descumprimento das obrigações do TRIPS.<sup>10</sup> Desses, 13 chegaram à formação de um painel, 14 foram resolvidos durante a fase de consultas, e, em 7 dos litígios que levaram a uma decisão da OSC, os países realizaram a modificação legislativa requerida e em 1 caso foi autorizada a retaliação<sup>11</sup>.

Constata-se que há uma estrutura organizacional que permite o desenvolvimento de um “diálogo ente juízes” sobre o tema da propriedade intelectual. Tanto na OMC quanto nos acordos regionais é possível que o tema da PI seja objeto de litígio entre os Estados-membros.

Finalizado o exame sobre o espaço para o diálogo, passa-se para o exame sobre o sentido desse diálogo.

### 3 Direção do diálogo ou monólogo

O uso de decisões estrangeiras na fundamentação das sentenças não é novo. O que mudou foi à relevância e o papel dado a esse ato. As condições foram alteradas pelo processo de aceleração da integração normativa e econômica e pela “emancipação” dos juízes da sua própria ordem jurídica nacional<sup>12</sup>.

10 OMC, Dispute by agreement. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_agreements\\_index\\_e.htm?id=A26](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm?id=A26)>. Acesso em: 11 abr. 2014

11 OMC, OSC, DS160, United States — Section 110(5) of US Copyright Act (Complainant: European Communities)

12 DELMAS-MARTY, M. Du dialogue à la montée en puissance du juge. In : Robert Badinter, Jean-Marc-Sauvé, Ronny Abraham, Marie-Eve Aubin et al. (eds). *Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris : Dalloz, 2009. p. 306.

Essa emancipação não significa a desvalorização da ordem jurídica interna. Os juízes têm por responsabilidade julgar os casos em conformidade a ela. O que alterou foi a interdependência das ordens jurídicas interna e externa. Essa permeabilidade da ordem jurídica interna à externa ampliou o rol de fontes e descortinou outras possibilidades de fundamentação a problemas comuns enfrentados em diferentes jurisdições. O que também mudou foi o acesso dos juízes a decisões estrangeiras. A *internet* e organização das decisões dos tribunais em banco de dados possibilitou aos juízes o livre acesso ao inteiro teor de decisões dos tribunais internacionais e de outras jurisdições nacionais.

Como a própria palavra indica, o diálogo pressupõe uma troca. Para que haja um diálogo entre juízes de diferentes cortes sobre o tema de propriedade intelectual, seria necessário constatar que as cortes citadas em decisões de outras jurisdições também fazem uso desse recurso.

O diálogo pode ser observado em dois sentidos: horizontal e vertical. No modo horizontal, o diálogo ocorre entre jurisdições de abrangência internacional, em que não há a hierarquia entre as cortes. Seria o caso de Cortes internacionais de âmbito multilateral global, Cortes que atuem no âmbito regional e as cortes nacionais entre si. No modo vertical, apesar das cortes não necessariamente apresentarem relação formal de hierarquia entre si, há um compromisso dos Estados em aplicar as normas definidas nos tratados, que, por sua vez, serão objeto de controle de determinados órgãos, como é o caso da OSC da OMC no âmbito multilateral global e do TJCE no âmbito regional europeu. Quando há esse compromisso, para o objeto desse trabalho, será verificada tal relação como vertical.

Como se observará a seguir, a finalidade do uso do diálogo é diversa. As decisões estrangeiras podem servir como 1) exemplo de solução que não será necessariamente adotada no caso, mas serve de parâmetros para se encontrar um meio-termo, 2) para demonstrar a necessidade de consenso internacional sobre um tema comum que necessite de cooperação para uma solução satisfatória, 3) para o juiz justificar uma decisão semelhante ou contrária, na medida em que concorda ou discorda da fundamentação do colega estrangeiro.<sup>13</sup>

---

13 FRYDMAN, Benôit. *Conclusion* : Le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle. In: LES CAHIERS DE L'INSTITUT D'ETUDES SUR LA JUSTICE, 9, 2007, Bruxelles.

Por outro lado, ainda observa-se o fenômeno do monólogo nas decisões proferidas por algumas cortes, dado fato ocorre quando os juízes se restringem a citar suas próprias decisões, ou ainda quando uma corte faz referência a outras decisões sem que as suas tenham sido citadas por outras cortes.<sup>14</sup>

### 3.1 Sentido Horizontal

No sentido horizontal, vislumbra-se quatro possibilidades de diálogo para a atual estrutura de PI: diálogo fruto das decisões envolvendo a OMC e a OMPI e o diálogo que pode ser originado dos órgãos jurisdicionais regionais, o diálogo fruto das decisões de órgãos regionais e da OMC/OMPI e diálogo entre juízes de jurisdições nacionais.

A possibilidade de diálogo entre juízes no âmbito internacional (global: OMPI-OMC) é remota, em razão da inexistência de um órgão que exerça controle sobre a aplicação dos acordos administrados pela OMPI que atue de modo semelhante ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.<sup>15</sup> Poder-se-ia inferir que, por ser a OMPI uma organização especializada da ONU, a Corte Internacional de Justiça poderia exercer sua competência para analisar casos referentes à aplicação dos acordos administrados pela OMPI. Esse mecanismo, contudo, ainda não foi utilizado, nem mesmo pela via de consulta. Essa ausência pode ser explicada pela natureza dos conflitos já analisados pela CIJ que difere da natureza dos conflitos relacionados à propriedade intelectual, e pela necessidade de consentimento dos Estados partes do litígio em levar esse conflito para exame da CIJ<sup>16</sup>. E, tendo em vista a abrangência do Acordo TRIPS e a confiança depositada na possibilidade de retaliação do OSC da OMC, a CIJ dificilmente, no atual cenário, será chamada para analisar um caso específico envolvendo propriedade intelectual.

14 BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De l'internationalisation du dialogue des juges. In : Robert Badinter, Jean-Marc Sauvé, Ronny Abraham, Marie-Eve Aubin et al. (eds). *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*. Paris : Dalloz, 2009. p. 97-123. Sobre esse tema ler ainda OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. *Mercosur et la protection de l'environnement*. 2012. 494 f. Tese (Doutorado)-Université d'Aix-Marseille III, Marseille, 2012.

15 KWAKWA, E. Some comments on rulemaking at the world Intellectual Property Organization. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v.12, 2002.

16 KARAGIANNIS, S. La multiplication des juridictions internationales: un système anarchique? In : Société française pour le droit international, 36ème colloque, Lille septembre 2002., *La juridictionnalisation du droit international*., Paris : Pedone, 2003. p. 131.

O exame e uso de decisões de diferentes jurisdições pode ser interessante para os direitos de propriedade intelectual, pois o princípio da territorialidade garante a independência dos Estados para o exame das condições para a concessão e exercícios desses direitos. Haveria então um espaço para interpretação dos requisitos de concessão dos títulos de PI pelas Cortes, principalmente, nos casos de incorporação de novas tecnologias pelo sistema de PI. Em razão da velocidade de criação e diversidade de bens intelectuais, o judiciário é o primeiro a responder a demanda de proteção. A atualização das leis de PI, para comportar os novos campos tecnológicos e o impacto destes na sociedade, ocorre, pela sua própria natureza, de maneira posterior ao enfrentamento do tema no judiciário. Essa característica facilitaria o diálogo na medida em que a norma nacional não traz uma solução que o magistrado deva se ater. Diante dessa lacuna, abre-se espaço para o uso de decisões que já enfrentaram o tema em outras jurisdições.

De fato, tecnologias novas tendem a ter sua proteção contestada quando apresentadas pela primeira vez aos escritórios de patentes dos Estados. Foi o caso da biotecnologia. Os requisitos de patenteabilidade de bactérias geneticamente modificadas e de cadeias de DNA humano foram objeto de decisões judiciais tanto nos Estados Unidos quanto em países europeus.<sup>17</sup> As decisões antecederam as leis criadas para proteção ou não de inventos de origem biotecnológica. Essa similaridade temática permitiria ao juiz o exame da decisão dos colegas estrangeiros que o antecederam na análise de pedidos semelhantes. Essa abertura poderia criar outra fonte de pesquisa para fundamentação das decisões judiciais, ou seja além do ordenamento jurídico nacional seria possível empregar as decisões estrangeiras.

Não se advoga, contudo, que as decisões devam ser assimiladas sem crítica. O sistema de propriedade intelectual visa fornecer uma solução jurídica ao equilíbrio entre proteção e acesso a bens imateriais. Esse equilíbrio deve ser analisado em consonância com o grau de desenvolvimento tecnológico de cada país, de modo que se possa identificar quando há ações abusivas dos titulares de PI e quando também há limitação injustificada desses direitos. Apesar do ponto de equilíbrio não ser necessariamente o mesmo entre os Estados, os métodos e os critérios utilizados nas decisões podem ser compartilhados entre diferentes jurisdições.

---

17 Alguns exemplos de decisões sobre a patenteabilidade de invenções biotecnológicas : United States Supreme Court, *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980), OEB Division d'examen, *Affaire Souris Oncogène Harvard*, 3 avril 1992, JO OEB 1992/10

No Brasil, por exemplo, o direito de propriedade deve cumprir sua função social.<sup>18</sup> Esse elemento, expresso na Constituição Federal, integra o exame da definição do ponto de equilíbrio entre proteção e acesso de direitos de PI no Brasil. Em países onde essa obrigação não existe, o resultado da interpretação sobre os direitos e deveres do titulares pode diferir significativamente da análise realizada no Brasil.

O tema da propriedade intelectual traz uma questão relevante que pode dificultar o uso de referências cruzadas nas decisões jurídicas. Trata-se do fator desenvolvimento tecnológico. Como se sabe, há um intervalo tecnológico que separa os países desenvolvidos dos países em desenvolvimento. Como consequência, há uma tendência natural que os casos em que se discute a mudança de um paradigma na proteção dos direitos de propriedade intelectual ocorram primeiramente nas jurisdições de países que já alcançaram o estágio de inovação. O diálogo nesse caso seria possível entre países que compartilham um grau similar de desenvolvimento tecnológico. Se por um lado, o desenvolvimento tecnológico pressiona as fronteiras dos modelos de PI existentes em favor de uma proteção mais ampla, a ausência deste pode levar os juízes de países em desenvolvimento a uma interpretação mais restrita dos requisitos para concessão de um título de PI. Em determinados temas, o diálogo estaria limitado a certo número de países, divididos por grupos, a partir do seu grau de desenvolvimento ou interesse no uso de determinada modalidade de propriedade intelectual. Contudo, o tema ainda é pouco pesquisado, o que dificulta o exame do impacto de decisões entre países com mesmo grau de desenvolvimento.

No âmbito administrativo, essa cooperação em favor da coerência no exame de pedidos de patentes já existe. Atualmente, se tem observado que os escritórios de patentes americanas, (USPTO), japonês (JPO) e europeu (EPO), têm um projeto de cooperação que influencia a redação dos guias de exame utilizados internacionalmente.. No judiciário, entretanto, essa cooperação ainda não é clara.

### **3.2 O sentido vertical do diálogo entre juízes**

O diálogo entre juízes no sentido vertical seria observado entre as decisões proferidas por órgãos jurisdicionais internacionais (mundiais) e regionais com as cortes nacionais.

---

18 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. art. 5, XXIII

Em relação a OMC, os casos levados ao OSC tendem a influenciar a decisão sobre a interpretação do Acordo TRIPS nos Estados-membros. Como exemplo, cita-se uma decisão da Alta corte de Madras, na Índia. Tratou-se do caso *Novartis v. Union of India*<sup>19</sup>. A corte indiana se julgou incompetente para analisar se o artigo 3d da lei indiana de propriedade intelectual estava em conformidade com o Acordo TRIPS. Para a Corte, o órgão competente seria o OSC da OMC.

No âmbito regional, também se observa o uso de citação das decisões do tribunal de Justiça da União Europeia pelas Cortes nacionais. Como exemplo dessa prática no campo da propriedade intelectual, citam-se duas decisões do TJUE: o caso *Portugal v. Conselho*, C149/96<sup>20</sup> e o caso *Christian Dior v. Tuk Consultancy BV*<sup>21</sup>. Os dois casos abordam um tema que tem sido analisado em outras jurisdições: o efeito direto do Acordo TRIPS. Os casos são interessantes para o estudo do fenômeno do diálogo entre juízes, pois traçam as esferas de competência sobre o exame do Acordo TRIPS entre a União Europeia e os Estados membros.

No caso *Portugal v. Conselho*, o Tribunal entendeu que:

(...) tendo em atenção a sua natureza e a sua economia, os acordos OMC não figuram, em princípio, entre as normas tomadas em conta pelo Tribunal de Justiça para fiscalizar a legalidade dos actos das instituições comunitárias.

Esta interpretação corresponde, aliás, ao enunciado do último considerando do preâmbulo da Decisão 94/800, segundo o qual, «pela sua natureza, o Acordo que institui a Organização Mundial do Comércio e seus anexos não pode ser invocado directamente nos tribunais da Comunidade e dos Estados-Membros.

Só no caso de a Comunidade ter decidido cumprir uma obrigação determinada assumida no quadro da OMC ou de o acto comunitário remeter, de modo expresse, para disposições precisas dos acordos OMC, é que compete ao Tribunal de Justiça fiscalizar a legalidade do acto comunitário em causa à luz das regras da OMC (v., relativamente ao GATT de 1947, acórdãos *Fediol/Comissão*, n.os 19 a 22, e *Nakajima/Conselho*, n.º 31, já referidos).

19 INDIA. Alta Corte de Masdras *Novartis v. Union of India*, MANU/TN/1263/2007.

20 TJUE, *Portugal v. Conselho*, C-149/96.

21 TJUE, *Christian Dior v. Tuk Consultancy BV e Assco Gerüste GmbH e Rob van Dijk*, agindo sob o nome commercial «Assco Holland Steigers Plettac Nederland» v. *Wilhelm Layher GmbH & Co. KG e Layher BV* casos C-300/98 e C-392/98.

No caso *Christian Dior v. Tuk Consultancy BV*, o tema voltou a discussão e a decisão afirmada anteriormente pela corte foi confirmada em favor da não aplicação do efeito direito do Acordo TRIPS.<sup>22</sup> O uso dessa decisão pode ser observado no Supremo Tribunal de Justiça em Portugal, para quem:

É certo que, quanto a esta questão a jurisprudência comunitária tem-se mantido constante no sentido de que as disposições dos acordos concluídos no quadro da OMC não admitem o efeito directo (para além do acórdão proferido no caso *Dior*, n.ºs 42 a 44, os acórdãos de 23 de novembro de 199, Portugal/Conselho, C-149/96, Col.p.I-8395, n.ºs 42 a 46, de 30 de setembro de 2003, *Biret International/Conselho*, C-93/02, n.ºs 62 a 64, e *Établissements Biret et Cie SA/ Conselho*, C-94/02, n.ºs 71 a 73, respectivamente, na Col.p.I-10497 e 10565, de 16 de novembro de 2004, *Anheuser-Bush Inc.,C-245/02*, na Col.p.I-10989, n.º54 e de 1 de março de 2005, *Van Parys*, C-377/02, col.p.-1465).<sup>23</sup>

A citação das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia pelos tribunais nacionais de seus Estados membros é consequência da própria organização da UE. Contudo, o impacto dessas decisões fora desse espaço constitui um elemento interessante para o estudo do diálogo entre juízes em matéria de PI. Foi o que aconteceu com uma decisão do Superior Tribunal de Justiça no Brasil quanto à aplicação imediata do TRIPS. Em decisão, a Ministra Nancy Andrighi entendeu que:

Apenas a título de complemento, é necessário salientar que a referência feita pela recorrente a fls. 27/279, no sentido de que Portugal teria reconhecido a possibilidade de prorrogação das patentes então existentes, não pode ser aproveitada,

22 EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Christian Dior v. Tuk Consultancy BV e Assco Gerüste GmbH e Rob van Dijk*, agindo sob o nome comercial «Assco Holland Steigers Plettac Nederland» v. *Wilhelm Layher GmbH & Co. KG e Layher BV* casos C-300/98 e C-392/98. “As disposições do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (acordo TRIPS), que constitui um anexo do Acordo que institui a Organização Mundial do Comércio, não são susceptíveis de criar, para os particulares, direitos que estes possam invocar directamente num tribunal, por força do direito comunitário. Contudo, no que se refere a um domínio a que o acordo TRIPS se aplique e no qual a Comunidade já tenha legislado, as autoridades judiciais dos Estados- Membros são obrigadas, por força do direito comunitário, quando são chamadas a aplicar as suas normas nacionais com vista a ordenar medidas provisórias destinadas à protecção dos direitos que se englobam num tal domínio, a fazê-lo, na medida do possível, à luz da letra e da finalidade do artigo 50.º do acordo TRIPS.”

23 PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *SJ200511030016402*. *Cidade*, 3 de novembro de 2005.

porque indica a existência de problema substancialmente diverso, seja porque Portugal, ao que indica o texto a fls. 278, se enquadra no grupo dos países desenvolvidos, seja porque a solução ali definida – que não é, diga-se, similar à jurisprudência anterior do STJ – foi obtida por meio de negociação perante o Órgão de Resolução de Disputas da própria OMC<sup>24</sup>.

Mesmo que o exemplo português tenha sido trazido por uma das partes, a Ministra concedeu um espaço em seu voto para explicar porque a decisão portuguesa não poderia constituir um exemplo para guiar o caso brasileiro. Nesse exame, cita-se que o caso português foi objeto de um questionamento na OMC. Não houve painel sobre o caso, pois as partes chegaram a um acordo. Se houvesse uma decisão do OSC, talvez esta pudesse trazer alguns elementos de análise que poderiam integrar o exame realizado no STJ. Contudo, não foi o caso<sup>25</sup>. A Ministra ainda aponta outro obstáculo para o uso do caso português como referência para solução do litígio brasileiro: a diferença no grau de desenvolvimento. Sendo Portugal um país desenvolvido, o tratamento e obrigações deste se diferenciam do Brasil, país em desenvolvimento. A citação da decisão portuguesa pelo STJ é um exemplo do uso de uma referência judicial no sentido horizontal. Caso tivesse havido uma decisão da OSC da OMC, e esta tivesse sido citada pelo STJ, seria, de acordo com os critérios adotados nesse trabalho, um exemplo do sentido vertical.

Em razão das diferenças nos níveis de desenvolvimento tecnológico em algumas modalidades de propriedade intelectual e em determinados casos, o uso de referências cruzadas entre diferentes cortes poderá ser problemático. É o caso da aplicação do direito de patentes para novas tecnologias e o exame sobre as limitações dos direitos dos titulares de propriedade intelectual. Contudo, ainda há um grande espaço onde esse diálogo poderá ser utilizado como instrumento facilitador para fundamentação de decisões envolvendo propriedade intelectual.

24 BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *REsp 960728* (2007/0134388-8), *Cidade*, 15 de abril de 2009.

25 OMC. Portugal — Patent Protection under the Industrial Property Act, DS37.

## 4 Conclusão

Os dois requisitos para existência de diálogo testados nesse artigo levam a concluir que, apesar da existência de um elevado grau de harmonização dos direitos de propriedade intelectual entre os Estados, ainda não se pode constatar a existência de um diálogo efetivo entre as Cortes de diferentes jurisdições. Observa-se que o uso de decisões de outras jurisdições tem se concentrado apenas em um sentido, não havendo de fato troca entre as Cortes.

O uso de referências cruzadas deve ser apreendido com cuidado caso o sentido dessa troca se revele apenas unilateral. No tema da propriedade intelectual esse cuidado deve ser dobrado. Contudo, se a ideia do diálogo entre juízes se justifica pela necessidade de construção de um direito comum e pluralista<sup>26</sup>, o pior que poderia acontecer seria o uso desse mecanismo como forma de dominação. Seria o caso da criação de modelos de proteção da propriedade intelectual pela via judicial e sua posterior exportação sob as vestes do “diálogo entre juízes”.

## Referências

ABBOTT, F. M. *The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health and the Contradictory Trend in Bilateral and Regional Free Trade Agreements*, | *Occasional Paper 14*. Geneva: QUNO, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *REsp 960728* (2007/0134388-8 – 15 de abril de 2009).

CORREA, C. M. Bilateralisme in Intellectual Property: defeating the WTO system for access to medicines. *Case Western Journal of International law*, v. 36, n.1, 2004

DELMAS-MARTY, M. Du dialogue à la montée en puissance du juge In : Robert Badinter, Jean-Marc-Sauvé, Ronny Abraham, Marie-Eve Aubin et al. (eds), *Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris : Dalloz, 2009.

DELMAS-MARTY, M. *Les forces imaginantes du droit (II) : le pluralisme ordonné*. Paris : Editions du Seuil, 2006.

DUPUY, P. M. Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a ? In : HUESA, R.Vinaixa ; WELLENS, Karel (Dir.) *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*. Bruxelles : Bruylant, 2006.

---

26 DELMAS-MARTY, M. *Les forces imaginantes du droit (II) : Le pluralisme ordonné*. Paris: Editions du Seuil, 2006.

DUPUY, P. M. Some reflections on contemporary international law and the appeal to universal values: a response to Martti Koskenniemi. *European Journal International Law*, v. 16. 2005.

EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Christian Dior v. Tuk Consultancy BV e Assco Gerüste GmbH e Rob van Dijk, agindo sob o nome comercial «Assco Holland Steigers Plettac Nederland» v. Wilhelm Layher GmbH & Co. KG e Layher BV casos C-300/98 e C-392/98.

FRYDMAN, Benoît. *Conclusion* : Le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle. In: LES CAHIERS DE L'INSTITUT D'ETUDES SUR LA JUSTICE, 9., 2007, Bruxelles.

GOUTTES, Régis . Dialogue des juges. In : COLLOQUE DU CINQUANTENAIRE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, 2008, Paris.

INDIA. Alta Corte de Masdras Novartis v. Union of India, MANU/TN/1263/2007.

KARAGIANNIS, S. La multiplication des juridictions internationales: un système anarchique? In : *Société française pour le droit international*, 36ème colloque, Lille septembre 2002., *La juridictionnalisation du droit international*. Paris : Pedone, 2003.

KOSKENNIEMI, Martii. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*. Geneva: International Law Commission, 2006.

KWAKWA, E. Some comments on rulemaking at the world Intellectual Property Organization. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v.12., 2002.

MARINHO, Maria Edelvacy. *Les processus d'internationalisation du droit des brevets*. Editions Universitaires Européennes, 2010.

MARINHO, Maria Edelvacy. Justificativas comuns para o direito de patentes. *Revista Nomos*, Fortaleza, v. 31, n. 2, p. 73-85., 2011.

MORAND, C. A. Le droit saisi par la mondialisation : définitions, enjeux et transformations. In : Charles-Albert Morand (Dir.). *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles : Bruylant, 2001.

PIRES DE CARVALHO, Nuno. *The TRIPS regime of patent rights*. Hague: Kluwer Law and Taxation Publishers, 2005.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *SJ200511030016402*. 3 de novembro de 2005.

# 12 DIÁLOGO ENTRE OS JUÍZES: BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE “AO AVESSO”? OU BLOCO DE NORMATIVIDADE INTERAMERICANO?

André Pires Gontijo<sup>1</sup>

## 1 Considerações Iniciais

O presente ensaio é parte do desenvolvimento da pesquisa no âmbito do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB e foi apresentado na Primeira Conferência sobre o Diálogo entre os Juízes, que ocorreu no UniCEUB, sob a organização da Professora Maria Edelvacy Marinho.

A perspectiva do presente ensaio consiste em abordar algumas notas da discussão apresentada, com ênfase na particularidade como a Corte Interamericana de Direitos Humanos apropria-se de um conceito muito caro a Jurisdições Constitucionais, em especial ao Supremo Tribunal Federal: o Bloco de Constitucionalidade.

Nesse sentido, a proposta do presente ensaio é provocar a comunidade acadêmica a discutir a aplicabilidade do Bloco de Constitucionalidade no âmbito dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## 2 Gênese do bloco de constitucionalidade e sua aplicabilidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal

O Bloco de Constitucionalidade é um instituto diferenciado e que tomou

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB, Professor da Graduação em Relações Internacionais, da Graduação e da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do UniCEUB. Atua como Pesquisador-Associado e, atualmente, exerce a função de Secretário Executivo do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais (CBEC/ICPD/UniCEUB).

variações diversificadas ao longo de sua trajetória no direito comparado. Após seu surgimento na França, em 1960, o instituto migrou para Espanha, Panamá, Colômbia e, posteriormente, para Argentina<sup>2</sup>.

A particularidade deste instituto reside no fato de que nos diferentes países em que fora inicialmente adotado apresentara características distintas. Na França, a gênese teve como foco resgatar a vigência e aplicabilidade de normas constitucionais anteriores. Na Espanha, o instituto tem como uso principal catalogar normas de aplicabilidade a desígnios federativos, com o escopo de completar uma repartição de competências entre o Estado Central e as Comunidades Autônomas. Por sua vez, no Panamá, o bloco de constitucionalidade é composto por elementos de conteúdo material, mas que não são formalmente constitucionais. Na Colômbia, o bloco é composto por certas normas internacionais de direitos humanos e de direito humanitário. Na Argentina, o bloco tem um conceito mais delimitado, não compondo o conceito de Constituição material, e nem sendo desenvolvido pela doutrina ou jurisprudência, posto que o bloco nasce por mandato expresso do Poder Constituinte<sup>3</sup>.

Atualmente, o bloco de constitucionalidade é um instituto intensamente utilizado pelos sistemas jurídicos constitucionais contemporâneos e tem o condão de agregar todas as normativas que detêm *status* constitucional. O que há de comum em relação a esses sistemas constitucionais diz respeito a seu âmbito de aplicação inaugural, o qual se encontra no contexto da fiscalização abstrata de constitucionalidade realizada pelos diversos tipos de Justiças Constitucionais (modelos de Conselho Constitucional, de Suprema Corte, de Jurisdição Constitucional ou de Tribunal Constitucional).<sup>4</sup>

Além de seu lugar-comum acima exposto e primando-se pela sua gênese dinâmica e evolutiva, o conceito de bloco de constitucionalidade sofre variações conceituais a depender de sua análise: ora é fixado apenas como parâmetro de

2 MANILI, Pablo Luis. *El bloque de constitucionalidade: la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: La Ley, 2003. p. 338.

3 MANILI, Pablo Luis. *El bloque de constitucionalidade: la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: La Ley, 2003. p. 338.

4 Em seu lugar-comum, o conceito acima desenvolvido pode ser verificado em Favoreu. (FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004).

atuação do controle de constitucionalidade, em referência à dogmática do mecanismo de “parâmetro de controle” estabelecido na Constituição<sup>5</sup>; ora se elastece, a fim de abarcar o conteúdo material de tratados internacionais em matéria de direitos humanos<sup>6</sup>; e, ainda, ganha um terceiro contorno de etapa evolutiva, em relação à segunda hipótese, com a ideia de bloco constitucionalidade associada ao conjunto de valores constitucionais<sup>7</sup>, que superaria a ideia de mero *status* constitucional, e atingiria outros instrumentos normativos com o conteúdo constitucional revelado.

Essas três perspectivas revelam-se simbióticas ao se apreciar a construção jurisprudencial realizada por Cortes Constitucionais que visam legitimar a postura ativa e justificar o ativismo judicial praticado em nome e em função da concretização de direitos fundamentais, nem sempre insertos nos textos constitucionais vigentes.

Exemplo dessa construção revela-se com a atuação da Jurisdição Constitucional do Brasil, exercida pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Desde que assumira a postura ativista em seus julgados, em especial a partir do julgamento dos Mandados de Injunção n. 670, n. 708 e n. 712<sup>8</sup>, o STF criou uma “pauta po-

5 Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000

6 Essa etapa evolutiva é vislumbrada sensivelmente no marco jurisprudencial das Cortes Constitucionais. Como exemplo, caso do Supremo Tribunal Federal – em especial na figura do Ministro Celso de Mello – é responsável por demonstrar a evolução do entendimento sobre bloco de constitucionalidade nesta perspectiva inclusiva. Isto se depreende do julgamento da ADI 514-PI, em que verificara o bloco de constitucionalidade como o conjunto válido de normas constitucionais para ser apreciado em sede de controle de constitucionalidade. Em seguida, houve a evolução para o debate e a fixação da supralegalidade dos tratados em matéria de direitos humanos, com o julgamento do RE 466.343-SP, e a tensão evolutiva imposta pelo referido Ministro ao superar esta etapa da supralegalidade, primeiro por considerar os tratados em matéria de direitos humanos como normas de conteúdo constitucional, com o julgamento do HC 87.585-TO – mesmo não passando pelo crivo do § 3º do artigo 5º da Constituição; e, em seguida, pelo marco da primazia dos direitos humanos em detrimento da Constituição, aplicando-se a norma mais favorável ao cidadão – segundo o artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos –, como ocorrera no HC 96.772-SP.

7 Este desenvolvimento é realizado por Dominique Rousseau. (RAGIMBEAU, Laure. *Qu'est ce que Le bloc de constitutionnalité*. Disponível em: <[http://www.droit-constitutionnel.net/article/constitution/constitutionnalite\\_408.htm](http://www.droit-constitutionnel.net/article/constitution/constitutionnalite_408.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2011.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. *MI n. 670/ES*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Maurício Corrêa; Rel. p/ acórdão Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 ago. 2013; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. *MI n. 708/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 ago. 2013; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção.

sitiva”, em que aprecia questões palpitantes envolvendo direitos fundamentais, consubstanciadas em julgamentos paradigmas – os *leading cases*.

Dentre os julgados utilizados pelo STF para o desenvolvimento dos direitos fundamentais, sobressalta-se não apenas a feição normativa inovadora que referida Corte Constitucional provocara no sistema jurídico-constitucional – mediante as mudanças informais realizadas na interpretação do texto constitucional, consubstanciadas em mutações constitucionais<sup>9</sup> –, mas, sobretudo, o procedimento que utilizara para implementar novas feições ou novos direitos por meio do ativismo judicial.

O procedimento – substanciado no processo constitucional – envolveu o uso do bloco de constitucionalidade não apenas como parâmetro de controle, mas também como instrumento de fundamentação constitucional na construção da decidibilidade dos julgados analisados.

Na tríade dos Mandados de Injunção n.(s) 670, 708 e 712, o STF considerou a possibilidade dos servidores públicos civis exercerem o direito fundamental à greve, previsto no artigo 37, inciso VII, da Constituição Republicana. No entanto, o que se revela mais instigante não é o resultado final em si, mas a forma como esse resultado fora desenhado pela Corte Constitucional.

A Corte entendeu pela aplicação de “partes” da Lei de Greve da iniciativa privada – Lei n. 7.783/89 –, mediante a integração, via interpretação analógica<sup>10</sup>. Entretanto, o STF é que escolheu quais “partes” seriam integradas, agregando essas partes à sua fundamentação.

Esse modelo ou tipo de prestação jurisdicional não foi pedido pela parte demandante em sede de formulação dos respectivos mandados de injunção. Ocorre que o STF adotou o perfil de uma Jurisdição Constitucional Autônoma<sup>11</sup>, cuja característica consiste, entre outras, determinar a criação judicial do direito.

---

MI n. 712/PA. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 ago. 2013.

9 Cf. HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

10 Artigo 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em 4 ago. 2013.

11 Sobre o tema, confira o texto de Haberle (HÄBERLE, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional *autónoma*. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid, n. 09, p. 113-139, 2005.

Para o exercício pleno dessa premissa, o STF se utiliza da técnica da causa de pedir aberta, em que não obstante a parte demandante formular um determinado pedido, o STF verifica se formalmente esse pedido é compatível e, em caso afirmativo, pode apreciar a questão levada ao seu conhecimento sob qualquer prisma constitucional contido no bloco de constitucionalidade<sup>12</sup>.

Esse é o ponto em que a Corte Constitucional brasileira experimentou a inovação quanto ao bloco de constitucionalidade – ela se utiliza de qualquer fundamentação contida não apenas na Constituição, mas em todo e qualquer instrumento normativo que considere como apto a concretizar o resultado por ela almejado.

E, por meio dos instrumentos e dos valores que entende por constitucionais, o STF construiu uma estrutura normativa regulamentadora do artigo 37, inciso VII, da Constituição, cuja fundamentação se baseou em uma lei ordinária. Em virtude da ausência da deliberação congressual, não restaram previstas todas as hipóteses de eventuais conflitos existentes, razão pela qual esta composição normativa está sofrendo constantes atualizações jurisprudenciais, na medida em que os conflitos existentes no plano da realidade grevista do funcionalismo público chegam novamente à Suprema Corte, a fim de serem dirimidos<sup>13</sup>.

Essa construção da solução constitucional, utilizando-se de leis ordinárias, teve continuidade no decorrer da apreciação das questões constitucionais controvertidas no âmbito dos *leading cases* submetidos ao STF.

Na ADI 3.510-DF<sup>14</sup>, o STF foi instigado a apreciar a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei n. 11.105/2005 – Lei de Biossegurança. Como resultado, o STF criou um lastro de fundamentação contido em um bloco de constitu-

12 Esta tese restou fixada na Questão de Ordem na ADI 2.982 e na ADI 1.144, quando foram apreciados pedidos não delineados na exordial e, por consequência, houve a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento de outros dispositivos legais não suscitados pela parte proponente de referidas ADI(s).

13 Nesse contexto, diversos temas estão sendo resolvidos após o julgamento dos referidos Mandados de Injunção, como, por exemplo, descontos dos dias parados – AI n. 795.300 AgR-SP, restituição de valores descontados referente aos dias parados – AI n. 824.949 AgR-RJ, ponderação sobre greve de serviços essenciais, como no caso da Polícia – Rcl n. 6.568-SP, dentre outros.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI n. 3.510/DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 ago. 2013.

lidade. Além de interpretar o dispositivo atacado conforme a Constituição<sup>15</sup>, o STF conferiu ao direito fundamental à vida, previsto no artigo 5º, *caput*, do texto constitucional, outros significados evolutivos.

Em seu artigo 5º<sup>16</sup>, a Lei de Biossegurança autoriza a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos, produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento de fertilização, desde que sejam considerados inviáveis (inciso I), ou sejam embriões congelados há 03 anos ou mais<sup>17</sup> (inciso II), desde que com o escopo de auxiliar as pesquisas e as formulações terapêuticas.

Ao invés de se alinhar na apreciação apenas da constitucionalidade ou não do dispositivo impugnado, o STF foi além. A Corte criou em sua fundamentação uma composição normativa protetiva do embrião humano, desde sua formação até o período de 03 anos de congelamento. Com isso, além da vida humana (artigo 5º, *caput*) e da proteção da fauna e da flora (artigo 225, inciso VII), o material genético humano, contido no embrião, teve sua proteção adensada juridicamente, extrapolando o conteúdo programático do artigo 225, inciso II e alocando-se na interpretação do artigo 5º, *caput*, todos estes dispositivos do texto constitucional.

A segunda faceta exposta pelo julgamento fora a transmutação do direito fundamental à vida. Antes reconhecido como direito fundamental de primeira dimensão<sup>18</sup>, passa agora a integrar a categoria difusa da terceira dimensão, posto que, conforme fundamentação contida em referido julgamento, o embrião congelado a mais de três anos “se sacrificaria” para possibilitar a pesquisa com

15 Trata-se da técnica de interpretação conforme a Constituição, em que não se declara diretamente a inconstitucionalidade, mas se restringe a interpretação dos dispositivos para alinhá-las conforme o sentido “desejado” pela Constituição – ou o sentido desejado pelos Ministros do STF ao interpretar a Constituição.

16 Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

17 Conforme o inciso II transcrito na referência acima, a Lei de Biossegurança considerou dois marcos iniciais para utilização dos embriões – a data dela própria e a data dos novos embriões, a partir de seu congelamento.

18 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

“suas”<sup>19</sup> células-tronco embrionárias, com fins terapêuticos, a fim de permitir o enfrentamento e a cura de patologias e traumatismos “que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional”. Esse sacrifício foi incorporado como modelo teórico de “constitucionalismo fraternal” – um modelo teórico que traduz “verdadeira comunhão de vida” ou “vida social em clima de transbordante solidariedade”, em benefício da saúde e contra “eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza” –, com o escopo de celebrar solidariamente a vida e conferir alento “aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade”.<sup>20</sup>

Essa concepção embrionária de constitucionalismo fraternal, criada pelo STF a partir da instigação contida no voto do Ministro Celso de Mello, é produto desse modelo de bloco de constitucionalidade ora apresentado. Das linhas iniciais desenhadas no preâmbulo, o STF inaugurou uma nova vertente do direito à vida, extraíndo da expressão “sociedade fraterna” o valor constitucional delineador e modelador do constitucionalismo fraternal. Com isso, o artigo 5º, *caput*, do texto constitucional conta com três hipóteses interpretativas<sup>21</sup>, fruto da construção jurisprudencial artesanal, realizada pelo STF, manifestada por seu protagonismo judicial.

Por sua vez, o produto interpretativo dessa vertente substancial do bloco de constitucionalidade encontra seu ápice no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132-RJ.

Nesse julgado, o Estado do Rio de Janeiro buscava resolver impasse em relação a demandas administrativas de servidores públicos estaduais, os quais reivindicavam benefícios concedidos pela lei a casais heteroafetivos a eles, que formavam com seu respectivo consorte um casal homoafetivo<sup>22</sup>.

19 Em sede de audiências públicas, o embrião humano fora catalogado como material genético único, o que lhe conferiria, de uma perspectiva cultural, a sua individualidade. Entretanto, o “sacrifício” mencionado desta “individualidade única” decorreria da autorização dos seus genitores, como exposto pelo § 1º do artigo 5º da Lei de Biossegurança.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 3.510/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 ago. 2013. Voto do Ministro Celso de Mello.

21 A vida como direito fundamental de primeira dimensão, a proteção constitucional da identidade genética do embrião humano e a vida como direito fundamental de terceira dimensão.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF n. 132/RJ*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011.

Uma vez mais, o STF resolveu apreciar a questão pela perspectiva aberta da causa de pedir do processo constitucional, e, não obstante a limitação do pedido da exordial de referida ADPF, o STF apreciou a causa de forma ampla, a fim de contemplar a formulação de composição normativa que regulasse a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Com fundamento na proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo (artigo 3º, inciso IV), por força do paradigma do constitucionalismo fraterno, e com ênfase no pluralismo como valor sócio-político-cultural para assegurar a liberdade da pessoa em dispor de sua própria sexualidade, insere esta composição normativa na autonomia da vontade, na intimidade e na vida privada (artigo 5º, inciso X). O STF considerou que o direito à preferência sexual emana do conteúdo axiológico<sup>23</sup> da dignidade da pessoa humana, em que o direito à autoestima do ponto de vista sexual revela o direito à busca pela felicidade.

Essa busca felicidade concretiza-se no elasmecimento do conceito e da formação da ideia de família, a qual se revela categoria sócio-cultural e instituição espiritual, não sendo reduzida à formulação por casais heteroafetivos ou formalidades cartorárias cíveis. Assim, a interpretação não-reducionista do conceito de família – a ampliação do horizonte interpretativo para abranger a constituição por outras vias diversas do casamento civil – revelou o avanço do STF no que tange à adaptabilidade do texto constitucional aos costumes praticados pela sociedade – o que abre espaço normativo para a implementação do pluralismo como categoria sócio-político-cultural –, como também o STF inaugurou uma nova competência sua: a de “manter, interpretativamente, o Texto Magno de posse do seu fundamental atributo da coerência”, o que, na hipótese, significa eliminar o preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.<sup>24</sup>

Com essa premissa, o ativismo judicial revelado pelo STF atingiu um grau elevado de concretude. Nesse julgamento, o STF interpretou extensivamente o artigo 226, § 3º, da Constituição e, por consequência, o artigo 1.723 do Código Civil, a fim de considerar que a proteção conferida pelo Estado à união estável

---

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01set. 2013.

23 Cf. CANARIS, Claudius apud ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF n. 132/RJ. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 set. 2013.

não alcança apenas a união formada por homem e mulher, mas contempla a união homoafetiva, que se revele configurada na convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo idêntico de constituição de entidade familiar.

Esse raciocínio jurídico teve como esteio o propósito constitucional de horizontalidade conjugal, trazido pelo advento da ordem constitucional democrática e republicana de 1988 – em substituição ao sistema patriarcal do Código Civil de 1916 – a fim de harmonizar e igualar as relações privadas conjugais no âmbito da família.

Assim, a partir desse critério de horizontalidade não hierarquizante, o STF aperfeiçoou o artigo 226, § 3º, da Constituição e o artigo 1.723 do Código Civil, a fim de contemplarem a possibilidade normativa de união estável homoafetiva. Logo, houve a criação de uma nova composição normativa para as relações fáticas existentes, a partir da mutação constitucional perpetrada pelo STF, com o escopo de contemplar a regulação jurídica de novos fenômenos sociais evolutivos. Portanto, por meio de um direito fundamental revelado em sua jurisprudência – a busca pela felicidade – o STF resolveu os conflitos sociais existentes, aplicando-se a novel dimensão do bloco de constitucionalidade, orquestrada em aplicabilidade de valores constitucionais delineados pelo próprio STF.

A partir desse cenário, o bloco de constitucionalidade ganha outra aplicabilidade, desenhada, dessa vez, pelo Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

### **3 Bloco de constitucionalidade “ao avesso”? Ou Bloco de “normatividade”?**

Ao invés dos direitos humanos serem utilizados pelas Jurisdições Constitucionais no uso do bloco de constitucionalidade, verifica-se, em especial no plano do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, uma figura semelhante ao bloco de constitucionalidade, sendo “apropriada” mediante o manejo da margem judicial de apreciação<sup>25</sup> no âmbito do processo de tomada de decisão da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Cuida-se, assim, de uma espécie de bloco de constitucionalidade “ao aves-

25 Cf. DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

so”, cujo escopo não é implementar o conteúdo dos direitos humanos no âmbito dos sistemas constitucionais, em um primeiro momento, mas sim o de construir o conteúdo desses direitos humanos, por meio do processo de tomada de decisão no plano do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos.

Essa construção revela-se um instrumento com diferentes tipos de significados. A primeira impressão desse bloco de constitucionalidade “ao avesso” é a apropriação da metodologia de análise das pretensões – utilizada pelas Jurisdições dos Estados Constitucionais – com o escopo de apreciar as demandas levadas ao conhecimento do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Em outras palavras, tanto a Comissão como a Corte Interamericana se inspiraram e se inspiram na atuação dos órgãos responsáveis pela tomada de decisão, seja de forma direta, seja de forma indireta, seja a inspiração oriunda do âmbito dos Estados Constitucionais, seja a inspiração revelada no uso da fertilização cruzada de outros sistemas de proteção dos direitos humanos, mais comumente o Sistema Europeu.

Essa “inspiração” é revelada na primeira construção argumentativa utilizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) na prolação de seus votos. Trata-se da composição normativa do julgamento, denominada de “princípios da crítica sã”<sup>26</sup> – uma expressão transliterada conhecida como “*principios de la sana crítica*” ou “*rules of sound judgment*”<sup>27</sup> –, em relação ao marco normativo correspondente, utilizado pela Corte.

Essa composição normativa do julgamento reflete-se, no primeiro momento, nos elementos de prova que a Corte Interamericana acolhe para realizar o seu julgamento. Isto é, todo e qualquer tipo de prova será apreciado a partir dos *principios de la sana crítica*. Desse ponto específico, decorre o seguinte racio-

---

26 Assim transliterado no julgamento mais recente, que condenara o Brasil: “Com base no estabelecido nos artigos 46, 47 e 50 do Regulamento, bem como em sua jurisprudência a respeito da prova e sua apreciação, a Corte examinará e avaliará os elementos probatórios documentais remetidos pelas partes em diversas oportunidades processuais, bem como as declarações das supostas vítimas, os testemunhos e os pareceres periciais rendidos perante agente dotado de fé pública e na audiência pública perante a Corte. Para isso, o Tribunal se aterá aos princípios da crítica sã, dentro do marco normativo correspondente” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2010. Sentença de 24 de novembro, *Gomes Lund et al* [“*Guerrilha do Araguaia*”] vs. *Brasil*. § 51).

27 A expressão foi retirada da versão em inglês do Caso *Fontevicchia e D’Amico vs. Argentina* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2011. judgment of 29 of november. *Fontevicchia and D’Amico v. Argentina*. § 10).

cínio: as provas testemunhais produzidas nas audiências da Corte, nas notícias de periódicos do Estado acusado e internacionais, nos documentos relacionados pelas partes são legitimadas pelos *princípios de la sana crítica*. Mas o que confere legitimidade a essa composição normativa?

A composição normativa do julgamento que legitima o exame e admissão das provas produzidas – que podem ou não servir de lastro para a fundamentação a ser empregada pela Corte Interamericana – é consubstanciada dentro do marco normativo correspondente, criado pela própria Corte. Esse marco normativo revela-se um verdadeiro adensamento de juridicidade<sup>28</sup>, posto que do exame dos julgados da Corte Interamericana, há um sistema de autorreferenciamento ou autocitação de seus julgados, isto é, independentemente da matéria, a Corte Interamericana, ao apreciar determinado julgado, expressa neste julgado em análise que aplicará a metodologia do processo de tomada de decisão utilizada em outro julgado, ao fazer referência a julgamento anterior, que se utilizara dos *princípios de la sana crítica*.

#### **4 O bloco de normatividade como matriz interpretativa dos julgamentos da Corte IDH**

O Bloco de Normatividade apresenta-se como um instrumento metodológico revelado como uma matriz interpretativa, no qual a Corte IDH adota as perspectivas normativas para estabelecer diretrizes e proceder com a análise e a aplicação dos direitos humanos à realidade dos julgamentos a ela submetidos.

A depender do julgamento analisado, a Corte IDH utiliza-se de argumentos jurídicos diferenciados para a composição da solução do caso e implementação dos direitos humanos vindicados, o que determina, por essa razão, a variedade da formação e estruturação deste bloco de normatividade.

Essa metodologia desenvolvida afeiçoa-se ao modo pelo qual as Cortes Constitucionais desenvolvem a sua jurisprudência<sup>29</sup>. Isto é, dentre as diversas

28 Expressão que revela aprofundamento de um conceito ou instituto jurídico a partir de sua análise reiterada por um órgão de solução de controvérsia, pertencente à metodologia de análise de VARELLA (VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: Direito Internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013).

29 Confirmam-se, a esse respeito, os seguintes textos: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000; RÍOS ÁLVAREZ,

funções das Cortes Constitucionais<sup>30</sup>, garantir a supremacia da Constituição e proteger os direitos fundamentais são duas das funções nas quais as Cortes Constitucionais devem se utilizar de suas ferramentas hermenêuticas, no âmbito de atuação dos Estados Nacionais<sup>31</sup>.

Nesse aspecto, de uma perspectiva funcional, as Cortes Regionais de Proteção dos Direitos Humanos assemelham-se às Cortes Constitucionais<sup>32</sup>, porquanto o papel de proteção do indivíduo, no que concerne ao manejo e aplicação de seus direitos humanos, revela-se evidente, além da promoção e do resguardo dos objetivos e finalidades da Convenção, em relação à vontade dos Estados, como acima delineado.

Outrossim, as Cortes Regionais estabelecem parâmetros de atuação e controle dos Estados Nacionais, utilizando-se os critérios interpretativos desenvolvidos nos casos concretos para determinar a responsabilidade dos Estados, além de fornecer instrumentos de soluções jurídicas de aplicabilidade aos casos, o que revela, de sobremaneira, a feição de Corte Constitucional<sup>33</sup>.

Como exemplo, a Corte EDH não declara a nulidade ou a incompatibilidade da norma violadora de direitos humanos, contudo, ao determinar a responsabilidade do Estado pela violação dos direitos humanos, indica a necessidade de exclusão de referida norma do sistema jurídico interno, sob o risco de o Estado responder sucessivamente a diversas e repetidas sentenças sobre o assunto<sup>34</sup>.

---

Lautaro. La generación del Tribunal Constitucional. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo, ano 10, n. 1, 2004; e FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.

30 HÄBERLE, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una Jurisdicción Constitucional Autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid, n. 09, p. 113-139, 2005.

31 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil*. Ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

32 ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. 2011. Disponível em: <[http://www.academia.edu/4008837/Strasbourg\\_San\\_Jos%C3%A9\\_and\\_the\\_constitutionalization\\_of\\_international\\_law](http://www.academia.edu/4008837/Strasbourg_San_Jos%C3%A9_and_the_constitutionalization_of_international_law)>. Acesso em: 09 jan. 2014.

33 ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. 2011. Disponível em: <[http://www.academia.edu/4008837/Strasbourg\\_San\\_Jos%C3%A9\\_and\\_the\\_constitutionalization\\_of\\_international\\_law](http://www.academia.edu/4008837/Strasbourg_San_Jos%C3%A9_and_the_constitutionalization_of_international_law)>. Acesso em: 09 jan. 2014.

34 ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. 2011. Disponível em: <[http://www.academia.edu/4008837/Strasbourg\\_San\\_Jos%C3%A9\\_and\\_the\\_constitutionalization\\_of\\_international\\_law](http://www.academia.edu/4008837/Strasbourg_San_Jos%C3%A9_and_the_constitutionalization_of_international_law)>. Acesso em: 09 jan. 2014.

Além disso, a decisão da Corte EDH não está limitada à circunscrição do Estado condenado, mas é utilizada por outros Estados pertencentes ao sistema, de maneira que esse efeito *erga omnes* do julgamento da Corte EDH evidencia a natureza do processo de constitucionalização e sua face de Corte Constitucional. Neste cenário, a decisão da Corte EDH, além de utilizar as técnicas constitucionais, como a proporcionalidade, constitui mais uma ferramenta na construção do papel constitucional da Corte EDH, com a possibilidade de determinar os parâmetros a serem seguidos pela legislação nacional e as práticas para o cumprimento pelos Estados das obrigações determinadas<sup>35</sup>.

Por sua vez, o papel da Corte IDH como Corte Constitucional é inegável e bem mais evidente que no caso europeu.

Destarte, por meio dessa matriz interpretativa, a Corte IDH promove a releitura do direito internacional, utilizando-se de suas premissas para seus propósitos institucionais particulares, dentre eles o uso da regra do efeito útil e da interpretação pró-indivíduo, concretizando uma interpretação evolucionista do direito internacional<sup>36</sup>.

Não obstante, as interpretações do direito internacional clássico preferirem as respostas restritivas para salvaguardar a vontade soberana dos Estados<sup>37</sup>. A Corte IDH busca preservar – no âmbito dos casos apreciados – os objetivos e propósitos da Convenção Americana de Direitos Humanos, a fim de alcançar o efeito útil ou a efetividade do sistema<sup>38</sup>. Em consequência, a Convenção Americana não é mais considerada em sua interpretação literal, somente, mas deve

35 ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. 2011. Disponível em: <[http://www.academia.edu/4008837/Strasbourg\\_San\\_Jos%C3%A9\\_and\\_the\\_constitutionalization\\_of\\_international\\_law](http://www.academia.edu/4008837/Strasbourg_San_Jos%C3%A9_and_the_constitutionalization_of_international_law)>. Acesso em: 09 jan. 2014.

36 ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. 2011. Disponível em: <[http://www.academia.edu/4008837/Strasbourg\\_San\\_Jos%C3%A9\\_and\\_the\\_constitutionalization\\_of\\_international\\_law](http://www.academia.edu/4008837/Strasbourg_San_Jos%C3%A9_and_the_constitutionalization_of_international_law)>. Acesso em: 09 jan. 2014; e TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *International Law for humankind: towards a new jus gentium*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

37 REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002 e, em específico, conferir a opinião de FOWLER, Michael Ross; BUNCK, Julie Marie. *Law, power and the sovereign state: the evolution and application of the concept of sovereignty*. Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 1995.

38 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2001. Sentença de 31 de janeiro. *Tribunal Constitucional vs. Peru*. § 41; e CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2005. Sentença de 11 de março. *Caesar vs. Trinidad and Tobago*. § 4º.

ser levado em conta o âmbito normativo<sup>39</sup>, em consonância com os objetivos e propósitos do sistema<sup>40</sup>, para a concretização dos direitos humanos<sup>41</sup>.

Com efeito, a matriz interpretativa do bloco de normatividade reproduz a dinâmica natural da Corte IDH, a qual precisa adaptar a interpretação dos *standards* em matéria de direitos humanos com as novas necessidades de proteção da pessoa humana e, assim, ampliar seu âmbito de proteção<sup>42</sup>, ainda que esse passo signifique reinterpretar a vontade dos Estados<sup>43</sup>.

Nesse contexto, a Corte IDH tem desenvolvido o pensamento de que o artigo 2º da Convenção Americana<sup>44</sup> – o qual contém a norma de direito internacional

39 O âmbito ou contexto normativo é uma premissa interpretativa oriunda da semiótica, e explorada por Müller. (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000).

40 Esta conotação é conferida pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, em seu artigo 31, item 1: “Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto, e à luz de seu objetivo e finalidade”.

41 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2006. Sentença de 25 de novembro, *Prisão de Miguel Castro-Castro vs. Peru*. § 30. Em uma perspectiva atual, conferir a Opinião Consultiva n. 20, em seu § 26: “In light of the aforementioned standard, the Court has asserted that the ‘ordinary meaning of the terms’ cannot be a rule in itself, but must be considered within the context, and particularly within the object and purpose of the treaty. The Court has also expressed that the ‘ordinary meaning of the terms’ must be considered as part of a whole whose meaning and scope must be established based on the legal system to which it belongs. All of this is to guarantee a harmonious and current interpretation of the provision under consideration.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2009. Opinião Consultiva n. 20/09 de 29 de novembro, *Interpretação do artigo 55 da Convenção Americana de Direitos Humanos*).

42 ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. 2011. Disponível em: <[http://www.academia.edu/4008837/Strasbourg\\_San\\_Jos%C3%A9\\_and\\_the\\_constitutionalization\\_of\\_international\\_law](http://www.academia.edu/4008837/Strasbourg_San_Jos%C3%A9_and_the_constitutionalization_of_international_law)>. Acesso em: 09 jan. 2014.

43 No âmbito da Corte IDH, este fato ocorrerá nos casos relacionados à propriedade coletiva e aos povos indígenas: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2005. Sentença de 17 de junho. *Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*; e CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2005. Sentença de 17 de junho. *Comunidade Moiwana vs. Suriname*.

44 Convenção Americana de Direitos Humanos, Artigo 2º: “Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.” O artigo 2º remete ao artigo 1º, item 1, da referida Convenção: “Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.”

geral<sup>45</sup> – impõe aos Estados a obrigação de adaptar os sistemas jurídicos constitucionais ao cumprimento das obrigações internacionais<sup>46</sup>. Essa premissa desenvolve o dever de afastar do direito interno todas as normas contrárias às obrigações internacionais<sup>47</sup>, bem como o dever de criar novas regras que auxiliem o cumprimento dos objetivos internacionais<sup>48</sup> e, ao mesmo tempo, fortalece o dever de reformar toda a estrutura dos sistemas jurídicos-constitucionais, além de adaptar o comportamento dos agentes estatais de acordo com as normas interamericanas<sup>49</sup>.

Dessa forma, com fundamento nesse dever geral de adaptação, a Corte IDH tem declarado a incompatibilidade<sup>50</sup> de certas normas legais e constitucionais dos sistemas jurídicos nacionais com a ordem interamericana, bem como aquelas que violam a Convenção Americana. Nesses casos, a Corte IDH tem determinado a anulação dessas normas e dos processos judiciais que estão baseados nela, com efeitos gerais, imediatos e vinculativos. Igualmente, e conforme acima mencionado, como parte das medidas a serem tomadas, a Corte IDH tem determinado reformas no plano constitucional e legislativo dos Estados Nacionais<sup>51</sup>. Assim, uti-

45 Este entendimento ficou consignado em: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2006. Sentença de 26 de setembro. *Almonacid-Arellano et al vs. Chile*. § 117: “Esta Corte tem afirmado em várias oportunidades que no direito internacional, uma norma consuetudinária prescreve que um Estado que tenha celebrado um convênio internacional, deve introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar a execução das obrigações assumidas. Esta norma aparece válida universalmente e tem sido qualificada pela jurisprudência como um princípio evidente (“príncipe allant de soi” – CPJI, Parecer Consultivo – *Echange des populations grecques at turques*, série B, n. 10, p. 20). Nesta ordem de idéias, a Convenção Americana estabelece a obrigação de cada Estado Parte de adequar seu direito interno às disposições de dita Convenção, para garantir os direitos nela consagrados.”

46 Ver a implementação desta posição, em especial, em CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2004. Sentença de 02 de setembro. *Juveline Reeducation Institute vs. Paraguai*. Em especial referente ao efeito útil no cumprimento das disposições do direito internacional e adaptação ao direito interno.

47 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2006. Sentença de 29 de novembro. *La Cantuta vs. Peru*. §§ 171 et seq.

48 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2001. Sentença de 05 de fevereiro, “*A Última Tentação de Cristo*” (*Olmedo-Bustos et al*) vs. Chile. § 85.

49 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2006. Sentença de 29 de novembro. *La Cantuta vs. Peru*. §§ 171 et seq.; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2003. Opinião Consultiva n. 18/03, de 17 de setembro. *Condições Jurídicas e Direitas dos Imigrantes sem documentação*, § 81.

50 Trata-se do controle de convencionalidade, desenvolvido pela Corte IDH com esteio no artigo 2º da Convenção Americana. Sobre o tema, conferir: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2007. Sentença 20 de novembro, *Boyce et al. vs. Barbados*. §§ 77 et seq.

51 Como casos representativos desta modificação do direito nacional pela matriz interpretativa da Corte confirmam-se: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2001.

lizando-se do bloco de normatividade, a Corte IDH tem rejeitado as reservas para tratados que promovam a evolução do sistema<sup>52</sup>, estendendo seu âmbito de proteção criado por esta matriz interpretativa<sup>53</sup> e, conseqüentemente, determinando a modificação dos sistemas jurídicos constitucionais dos Estados Nacionais.

Assim, de acordo com os preceitos desenvolvidos pela Corte IDH, há um dever, inclusive de ofício, de todos os agentes estatais, quando do exercício de suas funções (em especial as autoridades judiciais) de interpretar os padrões normativos internacionais de acordo com as obrigações definidas no plano interamericano. E, se for encontrada eventual incompatibilidade, há o dever de retirar do sistema jurídico nacional a norma em questão ou evitar o seu uso<sup>54</sup>.

Logo, a matriz interpretativa do bloco de normatividade evidencia o processo de constitucionalização da Corte IDH, por meio de seus julgados. Essa matriz interpretativa constitui, portanto, uma das chaves para a interpretação e articulação dos sistemas jurídicos nacionais com o internacional, servindo como um dos elos fundamentais para a construção da rede constitucional de diferentes níveis<sup>55</sup>, demonstrando, assim, a função de Corte Constitucional desempenhada pela Corte IDH<sup>56</sup>.

---

Sentença de 05 de fevereiro, "A Última Tentação de Cristo" (*Olmedo-Bustos et al*) vs. Chile; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2001. Sentença de 14 de março, *Caso Barrios Altos vs. Peru*; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006. Sentença de 29 de novembro. *La Cantuta vs. Peru*; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2008. Sentença de 12 de agosto, *Heliodoro-Portugal vs. Panamá*; e CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2009. Sentença de 22 de setembro, *Anzualdo-Castro vs. Peru*.

52 Como representativos deste pensamento, conferir: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2001. Sentença de 01 de setembro. *Hilaire vs. Trinidad e Tobago*; e CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2009. Sentença 23 de novembro. *Radilla-Pacheco vs. México*.

53 Ver, em especial: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 1999. Sentença de 19 de novembro. *Street Children" (Villagran-Morales et al.) vs. Guatemala*; e CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2000. Sentença de 18 de agosto. *Cantoral Benavides vs. Peru*.

54 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2009. Sentença de 23 de novembro. *Radilla-Pacheco vs. México*. § 114.

55 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009; e PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: the Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. *Leiden Journal of International Law*, v. 19, p. 579–610, 2006.

56 ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. 2011. Disponível em: <[http://www.academia.edu/4008837/Strasbourg\\_San\\_Jos%C3%A9\\_and\\_the\\_constitutionalization\\_of\\_international\\_law](http://www.academia.edu/4008837/Strasbourg_San_Jos%C3%A9_and_the_constitutionalization_of_international_law)>. Acesso em: 09 jan. 2014.

## Referências

ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. 2011. Disponível em: <[http://www.academia.edu/4008837/Strasbourg\\_San\\_Jos%C3%A9\\_and\\_the\\_constitutionalization\\_of\\_international\\_law](http://www.academia.edu/4008837/Strasbourg_San_Jos%C3%A9_and_the_constitutionalization_of_international_law)>. Acesso em: 09 jan. 2014..

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 3.510/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 ago. 2013. Voto do Ministro Celso de Mello

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF n. 132/RJ*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. *MI n. 670/ES*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Maurício Corrêa; Rel. p/ acórdão Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 ago. 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. *MI n. 708/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 ago. 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. *MI n. 712/PA*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 ago. 2013

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 1999. Sentença de 19 de novembro. *Street Children” (Villagran-Morales et al.) vs. Guatemala*.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2000. Sentença de 18 de agosto. *Cantoral Benavides vs. Peru*.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2001. Sentença de 01 de setembro. *Hilaire vs. Trinidad e Tobago*.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2001. Sentença de 05 de fevereiro, “*A Última Tentação de Cristo” (Olmedo-Bustos et al) vs. Chile*. § 85

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2001. Sentença de 14 de março, *Caso Barrios Altos vs. Peru*.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2001. Sentença de 31 de janeiro. *Tribunal Constitucional vs. Peru*. § 41

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2003. Opinião Consultiva n. 18/03, de 17 de setembro. *Condições Jurídicas e Direitos dos Imigrantes sem documentação*, § 81

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2004. Sentença de 02 de setembro. *Juveline Reeducation Institute vs. Paraguai*.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2005. Sentença de 17 de junho. *Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2005. Sentença de 17 de junho. *Comunidade Moiwana vs. Suriname*.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2006. Sentença de 25 de novembro, *Prisão de Miguel Castro-Castro vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas § 30

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2006. Sentença de 26 de setembro. *Almonacid-Arellano et al vs. Chile*. § 117

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2006. Sentença de 29 de novembro. *La Cantuta vs. Peru*. §§ 171 et seq

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2007. Sentença 20 de novembro, *Boyce et al. vs. Barbados*. §§ 77 et seq

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2008. Sentença de 12 de agosto, *Heliodoro-Portugal vs. Panamá*.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2009. Opinião Consultiva n. 20/09 de 29 de novembro, *Interpretação do artigo 55 da Convenção Americana de Direitos Humanos*

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2009. Sentença 23 de novembro. *Radilla-Pacheco vs. México*.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2009. Sentença de 22 de setembro, *Anzualdo-Castro vs. Peru*.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2010. Sentença de 24 de novembro, *Gomes Lund et al* [“*Guerrilha do Araguaia*”] *vs. Brasil*. § 51

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2011. judgment of 29 of november. *Fontevicchia and D’Amico v. Argentina*. § 10

DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.

FOWLER, Michael Ross; BUNCK, Julie Marie. *Law, power and the sovereign state: the evolution and application of the concept of sovereignty*. Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 1995.

HÄBERLE, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional *autónoma*. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid, n. 09, p. 113-139, 2005.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MANILI, Pablo Luis. *El bloque de constitucionalidad. la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: La Ley, 2003.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. *Leiden Journal of International Law*, v. 19, p. 579-610, 2006.

RAGIMBEAU, Laure. *Qu'est ce que Le bloc de constitutionnalité*. Disponível em: <[http://www.droit-constitutionnel.net/article/constitution/constitutionnalite\\_408.htm](http://www.droit-constitutionnel.net/article/constitution/constitutionnalite_408.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2011

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. La generación del Tribunal Constitucional. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo, ano 10, n. 1, 2004;

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*. General Course on Public International Law from Hague Academy of International Law, vol. 316, 2005. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.



# 13 POR UM TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA A UNASUL: A NECESSIDADE DE UMA CORTE DE JUSTIÇA PARA A AMÉRICA DO SUL SOB OS PARADIGMAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E DA CORTE CENTRO-AMERICANA DE JUSTIÇA

Valerio de Oliveira Mazzuoli<sup>1</sup>

## 1 Introdução

O processo de integração<sup>2</sup> da América do Sul é mais incipiente,<sup>3</sup> em alguns aspectos, do que o concernente à Organização dos Estados Centro-Americanos – ODECA.<sup>4</sup> De fato, essa última organização — diferentemente do que se passa atualmente com a Unasul<sup>5</sup> — já conta em sua estrutura organizacional

- 1 Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Clássica de Lisboa. Doutor summa cum laude em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestre em Direito Internacional pela Universidade Estadual Paulista – UNESP, campus de Franca. Professor Adjunto de Direito Internacional Público na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Membro efetivo da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (SBDI) e da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD). Pesquisador do CNPq.
- 2 Pode-se dizer que por “integração” se entende o processo pelo qual entes autônomos abdicam de parcela de sua autonomia em prol da criação de uma unidade maior representativa de interesses comuns (econômicos, políticos, sociais, culturais etc.).
- 3 Sobre a integração na América Latina, v. ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Integração regional: uma introdução*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 61-63.
- 4 Da Carta da ODECA fazem parte Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua e Panamá. Sobre o processo de integração centro-americano, v. ALEIXO, José Carlos Brandi. Mercado comum centro-americano. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 21, n. 8, p. 111-130, jan./mar. 1994; e PERALTA, Ricardo Acevedo. *Aplicación de las normas comunitarias centroamericanas en los Estados miembros del SICA*. Managua: CCJ, 2011. p. 1-5. Para uma análise do direito supranacional centro-americano, v. NYMAN-METCALF, Katrin; PAPAGEORGIOU, Ioannis. *Regional integration and Courts of Justice*. Antwerpen: Intersentia, 2005. p. 14-21; esses últimos autores, já de início, descrevem o sistema centro-americano como “o processo de integração mais politicamente avançado das Américas”, o qual estaria a revelar “características únicas merecedoras de particular atenção, especialmente dos pesquisadores da integração europeia” NYMAN-METCALF, Katrin; PAPAGEORGIOU, Ioannis. *Regional integration and Courts of Justice*. Antwerpen: Intersentia, 2005. p. 2.
- 5 A Unasul tem sede em Quito (Equador), onde funciona a Secretaria-Geral; seu Parlamento localiza-se em Cochabamba (Bolívia) e a sede de seu Banco em Caracas (Venezuela). A Unasul não se confunde com o Mercosul (união aduaneira de livre-comércio intrazona e política comercial comum de cinco países da América do Sul: Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai

com uma Corte de Justiça,<sup>6</sup> a exemplo da que a União Europeia já conhece desde 1952.<sup>7</sup> Tanto o Tribunal de Justiça da União Europeia quanto a Corte Centro-Americana de Justiça guardam o importante papel de impulsionar a integração jurídica de seus respectivos blocos, dando aos sistemas jurídicos dos Estados, sujeitos à sua jurisdição, mais certeza no que tange à aplicação do Direito Comunitário. Nesse aspecto, sem dúvida, a integração regional sul-americana encontra-se defasada, eis que ainda não existe, no contexto da atual Unasul, uma instituição judiciária supranacional<sup>8</sup> capaz de dar a última palavra em matéria comunitária,<sup>9</sup> deixando os seus Estados-partes ao total aban-

---

e, mais recentemente, Venezuela) e tampouco com o que se denomina *Cone Sul* (região integrada pelas zonas austrais da América do Sul, ao sul do Trópico de Capricórnio, e que forma a grande península que define o sul do subcontinente, formada principalmente pela Argentina, Chile e Uruguai; o Paraguai é, as vezes, incluído no bloco, não obstante normalmente, entende-se que dele não poderia fazer parte, dado o alto nível de pobreza e os baixos padrões de vida e industrialização do país).

- 6 A propósito, observam J. S. Fagundes Cunha & Gustavo Rabay Guerra: “Diversamente da União Europeia, a Unasul não tem órgão específico encarregado de promover a solução de conflitos e se nota pouco interesse no debate: não há participação dos magistrados em discussões, como audiências públicas, para encaminhar a participação do Judiciário, como função de Estado, tal qual previsto nas respectivas constituições dos Países signatários. [...] Com base nesses preceitos é que entendemos necessário um Tribunal da Unasul. Um órgão judicante regional para decidir a respeito das questões de cidadania e de meio ambiente, para preservar a propriedade e o gerenciamento das riquezas naturais de nossos países, em favor dos nacionais, para harmonizar as relações do direito ambiental, do direito do consumidor, da propriedade industrial e intelectual, das relações de trabalho e outros setores jurídico-sociais, com intensas repercussões no *design* de desenvolvimento que se almeja” FAGUNDES CUNHA, J. S.; GUERRA, Gustavo Rabay. *Crises e perspectivas do desenvolvimento latino-americano: a necessidade de harmonização legislativa e de criação de um tribunal para a Unasul. Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, ano 2, n. 12, p. 13.627-13.628, 2013. p. 630.
- 7 O TJUE foi criado em 1952 pelo Tratado que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço – CECA, incluindo o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e tribunais especializados.
- 8 Para o conceito de supranacionalidade, v. CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. *Tribunais supranacionais e aplicação do direito comunitário: aspectos positivos e negativos*. In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Coord.). *Direito comunitário do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 164. Nesses termos: “A supranacionalidade determina, portanto, o aparecimento de um poder que se coloca acima dos Estados, resultante da transferência definitiva que estes fazem de parte das suas funções próprias aos domínios abrangidos pela entidade supranacional, que passa a exercê-las tendo em vista o interesse comunitário e não o interesse individual dos Estados”.
- 9 Essa supranacionalidade também já se verifica, v.g., no contexto da Comunidade Andina. De fato, o Estatuto do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina assim dispõe: “El Tribunal es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros” (art. 4º).

dono de um sistema jurídico sólido de solução de controvérsias.<sup>10</sup>

De institucionalização recente,<sup>11</sup> e inspirada no processo de integração da União Europeia,<sup>12</sup> a Unasul tem a perspectiva de avançar nos próximos anos rumo à união cada vez mais efetiva dos doze países da América do Sul (Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Guiana, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela).<sup>13</sup> À medida que os laços entre esses países se fortalecem, consequência natural é o aparecimento de questões jurídicas que deverão ser resolvidas por alguma forma. O tratado-constitutivo da Unasul (de 23.05.2008) prevê apenas um meio *diplomático* de solução de controvérsias, ao dispor, no art. 21, que “as controvérsias que puderem surgir entre Estados Partes a respeito da interpretação ou aplicação das disposições do presente Tratado Constitutivo serão resolvidas mediante negociações diretas”, e que “em caso de não se alcançar uma solução mediante a negociação direta, os referidos Estados Membros submeterão a controvérsia à consideração do Conselho de Delegadas e Delegados, o qual, dentro de 60 dias de seu recebimento, formulará as recomendações pertinentes para sua solução”. No caso de não se alcançar tal solução, o mesmo art. 21 complementa que “essa instância elevará a controvérsia ao Conselho de Ministras e Ministros das Relações Exteriores, para consideração em sua próxima

10 A propósito, demonstrando a fragilidade do sistema de solução de controvérsias da Unasul, v. KERSFFELD, Daniel. El papel de la Unasul ante los conflictos internacionales: dos estudios de caso. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, año LVIII, n. 218, p. 193-208, mayo-agosto 2013.

11 Merece destaque o protagonismo do Brasil como mentor intelectual da Unasul, segundo O'KEEFE, Thomas Andrew. *Latin american and caribbean: trade agreements (keys to a prosperous Community of Americas)*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009. p. 448, nestes termos: “UNASUR's intellectual author is Brazil, which was also the primary promoter of the IIRSA [Integration of Regional Infrastructure in South America] and has lobbied for a South American Free Trade Area (SAFTA) as far back as the mid-1990s”. V. também, ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Integração regional: uma introdução*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 81, para quem: “O novo ‘regionalismo’ sul-americano, que a diplomacia brasileira tanto se esforçou por incentivar, notadamente pelo estabelecimento da Comunidade Sul-Americana de Nações, em dezembro de 2004, oportunamente substituída pela União de Nações Sul-Americanas (Unasul), derivou para uma clara fragmentação, em virtude de iniciativas dispersas desde meados da década”.

12 FAGUNDES CUNHA, J. S.; GUERRA, Gustavo Rabay. Crises e perspectivas do desenvolvimento latino-americano: a necessidade de harmonização legislativa e de criação de um tribunal para a Unasul. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, ano 2, n. 12, p. 13.615, 2013, assim: “A Unasul teve seu Tratado Constitutivo assinado em 23 de maio de 2008 [...] no modelo *prefilhado* pela própria União Europeia” (grifo nosso).

13 Dos Estados que se situam na América do Sul, apenas a Guiana Francesa não faz parte da Unasul, por se tratar de departamento ultramarino francês.

reunião”.<sup>14</sup> Como se nota, não há nada no convênio constitutivo da Unasul, além desse restrito (e totalmente frágil) meio diplomático de solução de contendas, capaz de resolver definitivamente os litígios internacionais porventura existentes entre os respectivos países-membros.<sup>15</sup> Assim, levando-se em conta o fato de que não há, até o presente momento, um órgão *judicial* de solução de controvérsias para o bloco, parece premente que venha à luz uma *Corte de Justiça* para a Unasul, capaz de decidir os litígios que entre os seus membros eventualmente venham a surgir<sup>16</sup>.

O Tratado Constitutivo da Unasul elenca uma longa lista de objetivos da organização (art. 3º).<sup>17</sup> Não obstante todos os propósitos estabelecidos pelo tra-

---

14 Percebe-se que o art. 21 do tratado não deixa claro qual o verdadeiro papel do Conselho de Ministras e Ministros das Relações Exteriores no que tange à solução de controvérsias no bloco, não esclarecendo o que deverá tal Conselho deliberar “em sua próxima reunião” etc.

15 V. SCOTTI, Luciana B. La Unión de Naciones Suramericanas: una joven expresión de integración regional en América del Sur. In: NEGRO, Sandra (dir.). *Derecho de la integración: evolución jurídico-institucional*. Buenos Aires: B de F, 2012. p. 128, ao entender que estabelece o citado art. 21 “um mecanismo *precário* de solução de controvérsias...” (grifo nosso). E complementa: “O mecanismo previsto deixa em aberto várias interrogantes: como se resolvem as controvérsias que possam surgir da aplicação ou interpretação de normas do direito derivado? “Qual é o verdadeiro papel do Conselho de Ministras e Ministros das Relações Exteriores quando a ele se leva uma controvérsia não resolvida? A qual instância jurisdicional se poderia recorrer em última instância?”. No mesmo sentido, Zlata Drnas de Clément afirma que a Unasul previu o “mais débil e politizado mecanismo de solução de controvérsias para assegurar os compromissos assumidos no âmbito do sistema” DRNAS DE CLÉMENT, Zlata. El sistema de solución de controversias de Unasur y su coherencia con el modelo de integración de ese proceso. *Anuario del CIJS*, v. 11, p. 343, 2008.

16 Tivemos a oportunidade de defender a criação de um Tribunal de Justiça para a Unasul em audiência pública realizada Senado Federal brasileiro, na Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, aos 22.10.2013, em sessão presidida pelo Senador Blairo Maggi (PR-MT) e que contou com exposições do Ministro Herman Benjamin (STJ) e dos Desembargadores Márcio Vidal (TJMT) e Antonio Rulli Júnior (TJSP). V. *Jornal do Senado*, ano XIX, n. 3.976, Brasília, 23.10.2013, p. 8, assim: “Para o professor da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT) Valerio Mazzuoli, a Unasul precisa criar um tribunal como o que existe na União Europeia para compatibilizar as normas domésticas com as dos demais países-membros. Ele sugeriu que o tribunal tenha sede em Mato Grosso, por ser o centro do continente sul-americano”. Outras iniciativas nesse sentido (das quais também participamos) já haviam sido anteriormente tomadas, como o “1º Seminário de Direito da Integração”, promovido pelo *Centro de Estudos da América Latina Desembargador Viana Santos* (órgão do “Colégio Permanente de Diretores de Escolas Estaduais de Magistratura” – COPEDEM) na cidade de Poconé-MT, no período de 24 a 26 de maio de 2012, sob a coordenação do Desembargador Márcio Vidal (TJMT). Também a *Escuela Judicial de America Latina* – EJAL tem reivindicado (desde 2011) um Tribunal de Justiça para a Unasul, em especial pelo engajamento do seu Diretor-Geral Desembargador Fagundes Cunha (TJPR).

17 São eles: a) o fortalecimento do diálogo político entre os Estados Membros que assegure um espaço de concertação para reforçar a integração sul-americana e a participação da Unasul no cenário internacional; b) o desenvolvimento social e humano com equidade e inclusão para

tado,<sup>18</sup> não se previu um mecanismo *jurisdicional* (mas tão só *diplomático*) de solução de controvérsias entre os 12 países-membros da organização, sem o qual, pensamos, a garantia de estabilidade de tais objetivos torna-se extremamente fragilizada. Sem dúvida, as questões afetas, *v.g.*, ao acesso universal à educação, à integração energética, à integração financeira, à proteção da biodiversidade,

---

erradicar a pobreza e superar as desigualdades na região; c) a erradicação do analfabetismo, o acesso universal a uma educação de qualidade e o reconhecimento regional de estudos e títulos; d) a integração energética para o aproveitamento integral, sustentável e solidário dos recursos da região; e) o desenvolvimento de uma infraestrutura para a interconexão da região e de nossos povos de acordo com critérios de desenvolvimento social e econômico-sustentáveis; f) a integração financeira mediante a adoção de mecanismos compatíveis com as políticas econômicas e fiscais dos Estados Membros; g) a proteção da biodiversidade, dos recursos hídricos e dos ecossistemas, assim como a cooperação na prevenção das catástrofes e na luta contra as causas e os efeitos da mudança climática; h) o desenvolvimento de mecanismos concretos e efetivos para a superação das assimetrias, alcançando assim uma integração equitativa; i) a consolidação de uma identidade sul-americana através do reconhecimento progressivo de direitos a nacionais de um Estado Membro residentes em qualquer outro Estado Membro, com o objetivo de alcançar uma cidadania sul-americana; j) o acesso universal à seguridade social e aos serviços de saúde; k) a cooperação em matéria de migração, com enfoque integral e baseada no respeito irrestrito aos direitos humanos e trabalhistas para a regularização migratória e a harmonização de políticas; l) a cooperação econômica e comercial para avançar e consolidar um processo inovador, dinâmico, transparente, equitativo e equilibrado que contemple um acesso efetivo, promovendo o crescimento e o desenvolvimento econômico que supere as assimetrias mediante a complementação das economias dos países da América do Sul, assim como a promoção do bem-estar de todos os setores da população e a redução da pobreza; m) a integração industrial e produtiva, com especial atenção às pequenas e médias empresas, cooperativas, redes e outras formas de organização produtiva; n) a definição e implementação de políticas e projetos comuns ou complementares de pesquisa, inovação, transferência e produção tecnológica, com vistas a incrementar a capacidade, a sustentabilidade e o desenvolvimento científico e tecnológico próprios; o) a promoção da diversidade cultural e das expressões da memória e dos conhecimentos e saberes dos povos da região, para o fortalecimento de suas identidades; p) a participação cidadã, por meio de mecanismos de interação e diálogo entre a Unasul e os diversos atores sociais na formulação de políticas de integração sul-americana; q) a coordenação entre os organismos especializados dos Estados Membros, levando em conta as normas internacionais, para fortalecer a luta contra o terrorismo, a corrupção, o problema mundial das drogas, o tráfico de pessoas, o tráfico de armas pequenas e leves, o crime organizado transnacional e outras ameaças, assim como para promover o desarmamento, a não proliferação de armas nucleares e de destruição em massa e a deminagem; r) a promoção da cooperação entre as autoridades judiciais dos Estados Membros da Unasul; s) o intercâmbio de informação e de experiências em matéria de defesa; t) cooperação para o fortalecimento da segurança cidadã, e u) a cooperação setorial como um mecanismo de aprofundamento da integração sul-americana, mediante o intercâmbio de informação, experiências e capacitação.

- 18 Para críticas a tais objetivos, *v.* DRNAS DE CLÉMENT, Zlata. El sistema de solución de controversias de Unasul y su coherencia con el modelo de integración de ese proceso. *Anuario del CIJS*, v. 11, p. 348, 2008, para quem (com total razão) tais objetivos são demasiado “dilatados” e “difusos”, não estabelecendo “metas concretas a serem alcançadas em prazo determinado, como fazem outros tratados de processos de integração”.

dos recursos hídricos e dos ecossistemas, assim como a luta contra as causas e efeitos da mudança climática, aquelas ligadas à seguridade social e serviços de saúde, pesquisa, inovação, transferência e produção tecnológica, luta contra o terrorismo, corrupção, drogas, tráfico de pessoas, tráfico de armas, crime organizado transnacional e não proliferação de armas nucleares e de destruição em massa são sempre tratadas sob pontos de vista distintos pelos diversos países, não havendo uma uniformidade de entendimentos a elas relativos, o que demanda existir um Tribunal ou Corte internacional regional capaz de resolver tais contendas.

Este ensaio tem por finalidade investigar a possibilidade do Tribunal de Justiça da União Europeia (*Tribunal de Luxemburgo*) e da Corte Centro-Americana de Justiça (*Corte de Manágua*) servirem de paradigmas à criação de um futuro Tribunal de Justiça no âmbito da União das Nações Sul-Americanas – Unasul.<sup>19</sup> Destaque-se, porém, desde já, que não se está a propor que o desejado Tribunal seja uma “cópia” ou “imitação” pura e simples desses dois tribunais internacionais referidos,<sup>20</sup> mas apenas que, com base numa estrutura semelhante a

---

19 Destaque-se que por questão de opção metodológica não se tomou, neste estudo, o Tribunal de Justiça da Comunidade Andina – TJCA (criado em 28.05.1979, com início de suas atividades em 02.02.1984) como paradigma à criação do Tribunal de Justiça da Unasul, mesmo porque o TJCA também tem como paradigma comum o TJUE NYMAN-METCALF, Katrin; PAPAGEORGIOU, Ioannis. *Regional integration and Courts of Justice*. Antwerpen: Intersentia, 2005. p. 21-22. Cabe destacar, contudo, um aspecto estatístico importante do TJCA: até o ano de 2012 o Tribunal conheceu 2.179 interpretações prejudiciais solicitadas pelos juízes nacionais, 118 ações de descumprimento contra os Estados-membros (que são Bolívia, Colômbia, Equador e Peru), 54 ações de nulidade, 10 processos trabalhistas e 6 recursos por omissão ou inatividade dos órgãos comunitários, chegando a ser “a terceira corte internacional mais ativa do mundo depois da Corte Europeia de Direitos Humanos e do Tribunal de Justiça da União Europeia” (In: <<http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca/index.php>>. Acesso em 13.11.2013). Sobre o processo no TJCA, v. VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración: Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*. Buenos Aires: B de F, 2011. p. 51-78.

20 Sobre os motivos que levam os Estados a “imitar” os modelos bem-sucedidos, v. ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Integração regional: uma introdução*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 35-36, nestes termos: “Existem, portanto, diferentes motivações, ou estímulos, de ordem econômica ou de natureza política, que explicam por que os países decidem abandonar a carreira solo para adotar estratégias conjuntas de inserção internacional e de competição comercial no plano externo. Os mais importantes, via de regra, são os motivos de tipo econômico, pois, independentemente da disposição política de seus dirigentes para empreender algum grau de abertura em sistemas anteriormente mais fechados, os desafios colocados atualmente pelo processo de globalização são por demais relevantes para serem simplesmente ignorados ou relegados a segundo plano. [...] Não é recomendável, em todo caso, engajar um processo de integração apenas como imitação de modelos mais avançados ou aparentemente

deles, construa-se uma Corte de Justiça com características próprias e com uma competência capaz de atender aos anseios da região sul-americana.

## **2 Dois possíveis paradigmas à criação de um Tribunal de Justiça para a Unasul**

São inúmeros os tribunais internacionais hoje existentes, tendo alguns vocação universal (como a Corte Internacional de Justiça, doravante CIJ) e outros vocação regional (*v.g.*, as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos etc.). Dentre todos eles, e para os fins que interessam às nossas reflexões neste momento, seria necessário encontrar os que mais se assemelhem à ideia de um Tribunal de Justiça para a Unasul (doravante, TJU). Segundo pensamos, tais tribunais seriam o Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante, TJUE) e a Corte Centro-Americana de Justiça (doravante, CCJ). Relativamente ao primeiro, sua utilização como paradigma justifica-se pelo fato de a Unasul estar institucionalmente baseada no processo de integração da União Europeia<sup>21</sup>; no que tange à CCJ, sua utilização como paradigma se dá por ser esse um tribunal *latino* de justiça (muito próximo do nosso sistema em razão de inúmeras circunstâncias). Dessa forma, parece possível unir a experiência europeia (na qual a Unasul está institucionalmente inspirada) com a experiência centro-americana para o fim de se esboçar a estrutura de um (futuro) Tribunal de Justiça para a Unasul.

### **1.1 § 1º – O Tribunal de Justiça da União Europeia**

Após a instituição da União Europeia – hoje constituída por 28 Estados-membros<sup>22</sup> – entendeu-se que a mesma só poderia cumprir os objetivos dos

---

mais bem-sucedidos. Em algumas ocasiões, os países latino-americanos pretenderam imitar os europeus, sem levar em conta as enormes diferenças estruturais, de história política e de conformações econômicas, que os separam destes últimos, inclusive no plano da maturidade institucional<sup>23</sup>.

21 FAGUNDES CUNHA, J. S.; GUERRA, Gustavo Rabay. Crises e perspectivas do desenvolvimento latino-americano: a necessidade de harmonização legislativa e de criação de um tribunal para a Unasul. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, ano 2, n. 12, p. 13.615, 2013.

22 São eles: Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, República Checa, Croácia, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polônia, Portugal, Romênia, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Suécia e Reino Unido.

tratados se estes fossem respeitados pelos Estados e pelos organismos da própria União, de acordo com uma aplicação e interpretação uniformes do Direito Comunitário.<sup>23</sup> Esse propósito importou na jurisdicionalização da União pela criação de um Tribunal de Justiça, cuja finalidade consiste em uniformizar a interpretação e aplicação do direito da União Europeia, garantindo a superioridade do Direito Comunitário frente às ordens estatais internas<sup>24</sup>.

O TJUE resolve as questões que envolvem o direito da União Europeia, bem assim os litígios ligados aos Estados e organismos da União. Além dos Estados, também os particulares, empresas e organizações podem demandar perante o TJUE quando julgarem que algum de seus direitos foi violado por determinada instituição da União.

O TJUE compõe-se de um juiz de cada Estado da União Europeia (28 Estados) e tem o auxílio de oito *advogados-gerais*, aos quais incumbe dar pareceres imparciais (e também públicos) sobre os processos perante o TJUE. Tanto os juízes como os advogados-gerais são nomeados por um período de seis anos.

Em razão do grande número de processos intentados perante o TJUE, criou-se um *Tribunal Geral* com competência de julgar as ações propostas por particulares, empresas e organizações, e também processos ligados ao direito da concorrência.<sup>25</sup> As decisões do Tribunal Geral podem, no prazo de dois meses,

---

23 V. MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 479, para quem a União “só pode cumprir os objetivos dos Tratados se estes forem observados pelos órgãos e organismos da UE e pelos Estados-membros, de acordo com uma interpretação e aplicação uniformes”.

24 Cf. VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración: Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*. Buenos Aires: B de F, 2011. p. 3-4. Sobre a história do TJUE, v. NYMAN-METCALF, Katrin; PAPAGEORGIOU, Ioannis. *Regional integration and Courts of Justice*. Antwerpen: Intersentia, 2005. p. 24-27.

25 Sobre a composição, competência e tramitação dos processos do Tribunal Geral, conferir: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7033](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7033)>. Acesso em 04 nov. 2013. No que tange à sua competência, cabe destacar o conhecimento pelo Tribunal Geral: a) das ações e recursos interpostos pelas pessoas singulares ou coletivas contra os atos das instituições e dos órgãos e organismos da União Europeia (de que sejam destinatárias ou que lhes digam direta e individualmente respeito), bem como contra os atos regulamentares (que lhes digam diretamente respeito e não necessitem de medidas de execução) ou ainda contra uma abstenção destas instituições, órgãos e organismos (trata-se, por exemplo, do recurso interposto por uma empresa contra uma decisão da Comissão que lhe aplica uma multa); b) dos recursos interpostos pelos Estados-Membros contra a Comissão; c) dos recursos interpostos pelos Estados-Membros contra o Conselho em relação aos atos adotados no domínio dos auxílios de Estado, às medidas de defesa comercial (“dumping”) e aos atos por meio dos quais o Conselho exerce competências de execução; d) das ações destinadas a obter o ressarcimento dos danos causados pelas instituições da União Europeia ou pelos seus agentes; e) das ações emergentes de contratos celebrados pela União Europeia, que prevejam expressamente a competência do

se objeto de recurso para o TJUE, limitado às questões estritamente jurídicas. O *Tribunal da Função Pública Europeia* se manifesta relativamente aos litígios entre as instituições da União e os seus funcionários.

A fim de se desenhar institucionalmente um (futuro) Tribunal de Justiça para a Unasul, uma análise (brevíssima e especificamente ligada ao que interessa a este ensaio) das funções e competências do TJUE merece ser realizada para verificar a estrutura do chamado “triângulo judicial europeu” em matéria de direitos humanos.

### 1.1.2 Funções e competências do TJUE

O TJUE é o órgão judiciário máximo da União Europeia (UE).<sup>26</sup> Sua função é a de interpretar o direito da União Europeia – que vai do direito escrito ao costumeiro no âmbito das comunidades –, para que a sua aplicação seja uniforme nos Estados que compõem a União.<sup>27</sup> O TJUE tanto resolve conflitos entre Estados, quanto litígios propostos por particulares ou empresas (por entenderem que algum de seus direitos tenha sido violado por uma instituição europeia). Grande parte de sua atividade jurisdicional é materialmente constitucional, atuando o tribunal como controlador final da convencionalidade<sup>28</sup> dos tratados comunitários; também atua, administrativamente, especialmente em tema de responsabilidade civil extracontratual das instituições, órgãos e organismos da União Europeia e em matéria de controle da função pública desenvolvi-

---

Tribunal de Primeira Instância; f) dos recursos em matéria de marcas comunitárias; g) dos recursos, limitados às questões de direito, contra as decisões do Tribunal da Função Pública da União Europeia; e h) dos recursos interpostos contra as decisões do Instituto Comunitário das Variedades Vegetais e da Agência Europeia das Substâncias Químicas (<[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7033](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7033)>. Acesso em 04 nov. 2013).

26 Sobre os processos ante o tribunal, confira-se a página *web* do TJUE: <<http://curia.europa.eu>>.

27 V. NYMAN-METCALF, Katrin; PAPAGEORGIOU, Ioannis. *Regional integration and Courts of Justice*. Antwerpen: Intersentia, 2005. p. 26; e MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 484, nestes termos: “O direito da UE compreende todas as normas jurídicas vinculativas, escritas ou não, no âmbito das comunidades”.

28 Para um estudo pioneiro desse tema no sistema interamericano, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013 [a 1.ª edição é de 2009]; e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: CARDUCCI, Michele; RIBERI, Pablo (Org.). *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane: casi e materiali*. Torino: Giappichelli, 2014. p. 133-161. Para um estudo comparado do controle de convencionalidade nos países da América Latina, v. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

da pelos tribunais da União.<sup>29</sup>

Alguns tipos de ações no âmbito do Tribunal têm sido comuns, quais sejam: (a) os pedidos de decisão a título prejudicial (quando os tribunais dos Estados requerem ao TJUE esclarecimentos sobre a interpretação de um elemento do direito da UE); (b) ações de descumprimento (propostas em desfavor dos Estados pela não aplicação do direito da UE)<sup>30</sup>; (c) recursos de anulação (interpostos contra as normas da UE que violem os tratados ou os direitos fundamentais da UE); (d) ações por omissão (propostas em desfavor das instituições comunitárias por não terem tomado as medidas de sua competência); e (e) ações diretas (intentadas por particulares, empresas ou organizações contra ações ou decisões da UE).<sup>31</sup>

O TJUE tem uma jurisprudência integradora, que não se limita em meramente aplicar as normas comunitárias, senão também desenvolver teses e doutrinas novas, como a da supremacia do Direito Comunitário, do efeito direto de algumas de suas normas, dos poderes implícitos e dos princípios gerais de direito da UE.<sup>32</sup> Para falar como Jónatas Machado, o TJUE é cada vez mais “um supremo tribunal da UE, com um papel central na fiscalização jurídica na garantia da uniformidade da jurisprudência”.<sup>33</sup> Sua jurisprudência constante tem reafirmado

29 V. MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*, cit., p. 482.

30 Destaque-se que o TJUE já entendeu que o primado do Direito Comunitário sobre o direito nacional deve ser interpretado no sentido de impor até mesmo “a desaplicação de normas *constitucionais* contrárias a disposições de direito comunitário, tanto originário como derivado” (grifo nosso) AMARAL, Diogo Freitas do; PIÇARRA, Nuno. O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: uma “evolução na continuidade”. *Revista de Direito Público*, Lisboa, n. 1 p. 21-22, jan./jun. 2009. De fato, nos acórdãos “Comissão Vs. Luxemburgo” (C-473/93), de 02.07.1996, e “Kreil Vs. Alemanha” (C-285/98), de 11.01.2000, o TJUE decidiu, respectivamente, que as normas de Luxemburgo que reservavam aos nacionais luxemburgueses a admissão aos empregos civis e militares do Estado, e as leis alemãs que excluía as mulheres dos empregos militares que implicassem a utilização de armas, violavam as regras comunitárias vigentes na União cf. AMARAL, Diogo Freitas do; PIÇARRA, Nuno. O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: uma “evolução na continuidade”. *Revista de Direito Público*, Lisboa, n. 1, p. 22, jan./jun. 2009.

31 Informações e estatísticas em: <[http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index\\_pt.htm](http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_pt.htm)>. Acesso em 04.11.2013.

32 V. MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 484.

33 MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 484. Acrescenta o mesmo autor, porém: “Importa contudo ter presente que existem domínios da União Europeia que permanecem subtraídos à jurisdição do TJUE. Assim sucede sempre que os Estados-membros recorrem a acordos de cooperação intergovernamental, a menos que estes expressamente atribuam competência ao TJUE, bem como naqueles domínios que o direito primário colocou fora da jurisdição do TJUE, como ainda sucede, em boa medida, em matéria de política externa e de segurança comum”.

o primado do Direito Comunitário sobre o direito interno dos Estados-partes da União Europeia, ao argumento de que a eficácia do Direito Comunitário não pode variar de um Estado-Membro para outro em função de legislação interna posterior.<sup>34</sup> É exatamente esse papel de *supremo tribunal* da União que se pretende tenha o TJU, com o escopo de garantir no bloco a uniformidade de aplicação dos tratados respectivos.

A competência do TJUE é a que vem estabelecida nos tratados da União Europeia. Atualmente o seu leque de matérias é bastante amplo, tornando-o uma espécie de *Tribunal Constitucional* da União. Nos termos do art. 259 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE): “Qualquer Estado-membro pode recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia, se considerar que outro Estado-membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados”. Por sua vez, o art. 260, § 1º, do TFUE, dispõe que: “Se o Tribunal de Justiça da União Europeia declarar verificado que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados, esse Estado deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal”. Também, nesse caso, se pretende tenha o TJU uma competência similar, garantindo ao Estado prejudicado a provocação do Tribunal, com a consequente obrigação do Estado faltoso de tomar as medidas necessárias à execução do acórdão (*v. infra*, item II, § 1º, B).

Algumas matérias, porém, são subtraídas do controle do TJUE, como a legalidade e proporcionalidade das operações das autoridades policiais e administrativas dos Estados-membros (art. 276 do TFUE), assim como os atos de política externa e de segurança comum, salvo no que tange ao controle orgânico

34 V. AMARAL, Diogo Freitas do; PIÇARRA, Nuno. O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: uma “evolução na continuidade”. *Revista de Direito Público*, Lisboa, n. 1, p. 13-25, jan./jun. 2009. E ainda: “Sob este prisma, bem pode afirmar-se que é precisamente a aceitação, por parte dos *tribunais nacionais*, do seu mandato para serem também tribunais descentralizados da UE que melhor distingue o primado do direito desta de qualquer ordenamento federal. Tem sido esta, pois, a forma original assumida pela indispensável relação de fidelidade dos juizes nacionais com o sistema jurídico da UE. [...] O princípio do primado do direito comunitário sobre o direito nacional, formulado pelo TJ como elemento caracterizador da autonomia do ordenamento da União Europeia, sob a forma de uma obrigação de *facere*, conducente a uma situação designada por *supranacionalismo normativo*, veio a ser generalizadamente aceite pelos tribunais nacionais, apesar da ausência de base expressa no TCE [Tratado da Comunidade Europeia] ou no TUE [Tratado da União Europeia]” (Idem, p. 18 e 23).

e formal desses atos e ao controle de legalidade de atos diretamente restritivos de direitos (arts. 40 do TUE e 275 do TFUE)<sup>35</sup>.

O processo perante o TJUE pode ter uma “tramitação simplificada” (quando uma questão prejudicial for idêntica a outra sobre a qual já tenha o tribunal se pronunciado), uma “tramitação acelerada” (caso decida o Presidente do Tribunal tratar-se de caso de resolução muito urgente) e uma “tramitação prejudicial urgente” (quando envolver questões relativas ao espaço de liberdade, de segurança e de justiça, como cooperação policial e judiciária em matéria civil e penal, assim como vistos, asilo, imigração e outras questões relativas à circulação de pessoas etc)<sup>36</sup>. Representa-se graficamente o processo perante o TJUE da seguinte forma:

<b>Tramitação dos processos no Tribunal de Justiça<sup>1*</sup></b>		
Ações e recursos, incluindo os recursos de decisões do Tribunal Geral		Processos prejudiciais
<b>Fase escrita</b>		
Petição Notificação da petição pela Secretaria ao demandado ou recorrido Comunicação da ação ou recurso para o Jornal Oficial da União Europeia (série C) [Medidas provisórias] [Intervenção] Contestação ou resposta [Exceção de inadmissibilidade] [Réplica e tréplica]	[Pedido de assistência judiciária] Designação do juiz-relator e do advogado-geral	Decisão de reenvio do órgão jurisdicional nacional Tradução para as outras línguas oficiais da União Europeia Comunicação das questões para o Jornal Oficial da União Europeia (série C) Notificação às partes, aos Estados-Membros, às instituições da União, aos Estados do EEE e ao Órgão de Fiscalização da EFTA Observações escritas das partes, dos Estados e das instituições
O juiz-relator prepara o relatório preliminar Reunião geral dos juízes e dos advogados-gerais Atribuição do processo a uma formação de julgamento [Diligências de instrução]		
<b>Fase oral</b>		
[Conclusões do advogado-geral] Deliberação dos juízes <b>Acórdão</b>		

35 Cf. MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 485.

36 <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7024/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/)>. Acesso em 04.11.2013.

Como se nota, a tramitação de um processo perante o TJUE comporta uma *fase escrita* e uma *fase oral*. Na fase escrita, as “partes envolvidas começam por entregar uma declaração escrita ao juiz responsável pelo processo. Em seguida, o juiz prepara um resumo destas declarações e o contexto jurídico do processo”<sup>37</sup>. Por sua vez, a fase oral é o momento em que ocorre a audiência (pública) entre as partes, sendo certo que em “função da complexidade do caso, esta pode decorrer perante um painel de 3, 5 ou 13 juízes ou perante todo o Tribunal. Durante a audiência, os advogados de ambas as partes apresentam as suas alegações aos juízes e ao advogado-geral, que podem fazer as perguntas que entenderem pertinentes. O advogado-geral emite então o seu parecer. Em seguida, os juízes debatem o processo entre si e pronunciam um acórdão. Os advogados-gerais só têm de apresentar conclusões quando o Tribunal considere que o processo em causa suscita uma nova questão de direito. O Tribunal não é obrigado a seguir o parecer do advogado-geral. Os acórdãos do Tribunal são decisões maioritárias e são lidos durante as audiências públicas. Imagens das audiências são frequentemente objeto de transmissão televisiva (*Europe by Satellite* **en fr**). As audiências do Tribunal Geral processam-se de forma semelhante, mas sem a intervenção de um advogado-geral”<sup>38</sup>.

É importante a constatação de que o TJUE atua em colaboração com os juízes e tribunais dos Estados, em mútua cooperação, motivo pelo qual se diz que um juiz de Estado-membro da União Europeia é também, em certa medida, um juiz da própria União. Por essa razão, qualquer juiz ou tribunal de Estado-membro da União pode submeter ao TJUE matéria que esteja a julgar e que demande uma posição preliminar do TJUE sobre o tema, instituto nominado de *reenvio prejudicial*.<sup>39</sup> Sobre o reenvio prejudicial, assim

37 <[http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index\\_pt.htm](http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_pt.htm)>. Acesso em 04.11.2013.

38 <[http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index\\_pt.htm](http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_pt.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2013.

39 Sobre a sistemática do reenvio prejudicial no TJUE, v. VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración: Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*. Buenos Aires: B de F, 2011. p. 3-50; GOMES, Carla Amado, Os impactos da União Europeia no sistema judicial de seus países membros: entre a autonomia processual e a tutela jurisdicional efetiva, in VIDAL, Márcio (Org.). *Direito de integração no Mercosul: os desafios jurídicos e político-institucionais da integração regional*. Cuiabá: TJMT, 2012. p. 140; e MACHADO, Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, cit., p. 572-594. Destaque-se didática ex-

dispõe o atual art. 267 do TFUE:

“O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

a) Sobre a interpretação dos Tratados;

b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Sempre que uma questão dessa natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões, não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.

Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível”.

Essa sistemática de reenvio prejudicial visa fazer com que o TJUE elida o risco de divergência jurisprudencial entre os Estados-membros da União Europeia, em respeito à regra segundo a qual as peculiaridades dos distintos direitos nacionais, provenientes das diferentes tradições jurídicas, não devem intervir na

---

plicação sobre o reenvio prejudicial divulgada pelo próprio TJUE, nestes termos: “O Tribunal de Justiça trabalha em colaboração com todos os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, que são juízes de direito comum de direito da União (*sic*). Para garantir uma aplicação efetiva e homogênea da legislação da União e evitar qualquer interpretação divergente, os juízes nacionais podem, e por vezes devem, dirigir-se ao Tribunal de Justiça a fim de lhe pedir que esclareça um ponto de interpretação do direito da União, para poderem, por exemplo, verificar a conformidade da respectiva legislação nacional com este direito. O pedido de decisão prejudicial pode igualmente ter como finalidade a fiscalização da legalidade de um ato de direito da União. O Tribunal de Justiça responde não através de um simples parecer, mas mediante acórdão ou despacho fundamentado. O tribunal nacional destinatário fica vinculado pela interpretação dada. O acórdão do Tribunal de Justiça vincula também os outros órgãos jurisdicionais nacionais a que seja submetido um problema idêntico. É também no âmbito do processo de reenvio prejudicial que qualquer cidadão europeu pode solicitar que sejam esclarecidas as regras da União que lhe dizem respeito. De fato, embora o processo de reenvio prejudicial só possa ser desencadeado por um órgão jurisdicional nacional, as partes já presentes nos órgãos jurisdicionais nacionais, os Estados-Membros e as instituições da União podem participar no processo perante o Tribunal de Justiça. Foi deste modo que alguns grandes princípios do direito da União foram enunciados a partir de questões prejudiciais, muitas vezes submetidas por órgãos jurisdicionais de primeira instância” <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7024/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/)>. Acesso em: 04 nov. 2013).

determinação e no alcance do direito da União a ser aplicado.<sup>40</sup> Como se percebe, há duas situações distintas previstas pelo art. 267 do TFUE: a que o juiz interno *pode* e a que o juiz *deve* submeter uma questão ao TJUE. A primeira ocorre quando o juiz interno “considerar que uma decisão sobre essa questão [relativa à interpretação dos tratados; ou à validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União] é necessária ao julgamento da causa; e a segunda tem lugar quando uma questão dessa natureza for suscitada “em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno” (caso em que *deve* o órgão judicial submeter a questão ao TJUE).

À luz do que se acaba de verificar, relativamente ao funcionamento do TJUE, cremos que também um futuro TJU poderia ser dotado de mecanismo semelhante ou até mesmo idêntico ao do reenvio prejudicial conhecido no sistema judicial da União Europeia, como se verá logo mais (*v. infra*, item II, § 1º, B, e).

### 1.1.3. O “triângulo judicial europeu” em matéria de direitos humanos

No que tange ao sistema de justiça internacional da Europa, um ponto importante a ser destacado diz respeito à existência de um *triângulo judicial* europeu em matéria de direitos humanos, integrado pelos (1) juízes e tribunais nacionais, pela (2) Corte Europeia de Direitos Humanos e pelo (3) Tribunal de Justiça da União Europeia.<sup>41</sup> Ademais, cabe destacar que a União Europeia é *parte* (ela própria) da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o diferencia ainda mais o sistema europeu dos outros sistemas de integração regional. Nada de similar (até o presente momento) existe no contexto latino-americano

40 V. VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración: Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*. Buenos Aires: B de F, 2011. p. 6. A mesma autora ainda destaca: “Desse modo, no modo jurisdicional da União Europeia se estabelece entre as jurisdições nacionais e o Tribunal de Justiça uma relação orgânica de cooperação, com vistas a assegurar a tutela judicial efetiva dos justiciáveis e chegar à solução harmônica do caso concreto”.

41 Sobre o assunto, *v. DUARTE, Maria Luísa. União Europeia e direitos fundamentais (no espaço da internormatividade)*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 2006. p. 367-420. Sobre o uso pioneiro da expressão “triângulo judicial europeu”, *v. DUARTE, Maria Luísa. O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem: uma defesa do “triângulo judicial europeu”*. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Armando M. Marques Guedes*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 205 e ss.

(seja na América Central ou na América do Sul) ao que se passa na Europa.<sup>42</sup> Tomando-se como exemplo a América do Sul, seria como se a Unasul aderisse (ela própria) à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, quando então (realmente) passaria a existir um completo sistema multinível de proteção dos direitos fundamentais no bloco.

É relevante, no contexto europeu, a atuação dos juízes e tribunais *nacionais* quando da resolução de inúmeros conflitos a envolver o direito da União Europeia, especialmente por serem, muitas vezes, os primeiros a tomar contato com um problema a envolver o direito da União. Como destaca Jónatas Machado, normalmente “estes tribunais são responsáveis pela resolução de muitos litígios envolvendo o direito da UE, em domínios tão diversos como a cobrança indevida de impostos ou taxas, os contratos entre empresas privadas, as fusões e aquisições, o controle da validade de atos administrativos nacionais ou de contratos administrativos de concessão de serviços públicos ou adjudicação de obras públicas, controle da legalidade e proporcionalidade de operações policiais no domínio da liberdade, segurança e justiça, etc.”<sup>43</sup> Assim, diz-se que os tribunais nacionais atuam *como órgãos* da União Europeia nesse sistema integrado de justiça europeu, em muitos casos avançando mais em algumas questões (especialmente sobre garantias de direitos fundamentais) que os próprios órgãos da União.

No que tange às questões relativas a direitos humanos, há no sistema europeu (e também nos sistemas interamericano e africano de direitos humanos) um tribunal regional especializado em matéria de proteção e efetivação desses direitos: a Corte Europeia de Direitos Humanos, cuja função é decidir e julgar precipuamente com base na Convenção Europeia de Direitos Humanos (que data de 1950, mas já foi reformada inúmeras vezes até o momento). Assim, a não efetivação, pelo Estado, de um direito ou garantia previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos possibilita o indivíduo (trata-se de um *jus standi*

42 Cf. CARDUCCI, Michele. La tridimensionalità delle integrazioni regionali tra America latina ed Europa: casi e problemi. In: CARDUCCI, Michele; RIBERI, Pablo (Org.). *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane: casi e materiali*. Torino: Giappichelli, 2014. p. 5-58, ao falar na existência de uma relação “tridimensional” (para além de simplesmente “triangular”) já existente na Europa.

43 Cf. MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 495.

no sistema europeu) a ingressar diretamente na Corte Europeia de Direitos Humanos, para que o tribunal garanta a aplicação do seu direito violado, colocando uma série de sanções ao Estado (que podem ir desde uma reparação pecuniária a uma obrigação de fazer ou não fazer etc.).<sup>44</sup>

Atualmente, no contexto europeu, já se pode falar em um sistema inter-normativo (multinível) de direitos humanos que, paralelamente ao sistema da Convenção Europeia de Direitos Humanos (cujo vínculo se dá com o Conselho da Europa), já existe um sistema de proteção de direitos da própria União Europeia, desde a instituição da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, elaborada a partir de uma declaração (composta por representantes do Parlamento Europeu, dos Parlamentos nacionais, da Comissão Europeia e dos governos dos Estados-membros) proclamada em Nice, em 7 de dezembro de 2000,<sup>45</sup> e com força *vinculante* desde 1º de dezembro de 2009, data da entrada em vigor do *Tratado de Lisboa*.<sup>46</sup> Em outras palavras, esses dois *modelos* de proteção

---

44 Destaque-se que essa garantia de ingresso *direto* ante a Corte Europeia de Direitos Humanos deu-se a partir do Protocolo nº 11 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1998. Sobre o tema, v. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 115-116, assim: “É este um tema que me parece de importância capital: impõe-se o direito de acesso à justiça nos planos tanto nacional como internacional. A proteção judicial constitui a forma mais aperfeiçoada de salvaguarda dos direitos humanos. Em meu entender, devemos assegurar a maior participação possível dos indivíduos, das supostas vítimas, no procedimento perante a Corte Interamericana, sem a intermediação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. É esta uma bandeira que venho empunhando já há algum tempo nos foros internacionais e que, apesar das costumeiras resistências, vem ganhando ultimamente crescentes e importantes adesões. É esta a causa que continuarei defendendo, no plano internacional, até suas últimas consequências. Os europeus tiveram que esperar por mais de quatro décadas, até a entrada em vigor, em 01.11.1998, do Protocolo XI à Convenção Europeia de Direitos Humanos, que veio enfim assegurar o *jus standi* dos indivíduos diretamente ante a Corte Europeia de Direitos Humanos, em todos os casos”.

45 Para o respectivo texto, v. *Official Journal of the European Communities*, C 364, de 18.12.2000, p. 1-22.

46 Foi, efetivamente, a partir da entrada em vigor do *Tratado de Lisboa* de 2007 (em 1º de dezembro de 2009) que a *Carta* passou a ter força vinculante (entenda-se, força de *tratado*) para os países-membros da União Europeia. De fato, o *Tratado de Lisboa* deixou claro (no art. 6º, nº 1) que a União Europeia “reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o *mesmo valor jurídico* que os Tratados”, o que possibilita ao TJUE controlar a convencionalidade da *Carta*. Frise-se que a competência para decidir de acordo com a *Carta* é do TJUE (Tribunal de Luxemburgo), diferentemente da competência para decidir de acordo com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que é da Corte Europeia de Direitos Humanos (Tribunal de Estrasburgo).

dos direitos fundamentais na Europa – o do *Conselho da Europa* e o da *União Europeia* – passam a formar (doravante) um sistema europeu *internormativo* de proteção,<sup>47</sup> de caráter bifronte ou binário.<sup>48</sup>

Ainda que não se pretenda (nesse primeiro momento de reflexões) atribuir ao futuro TJU uma competência para resolver questões de direitos humanos *lato sensu*, capazes eventualmente de extrapolar a competência que já tem a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante, CIDH) sobre o tema,<sup>49</sup> mesmo assim é importante conhecer o sistema internormativo europeu em matéria de direitos humanos, pelo fato de na Europa a discussão também ter começado mais tímida, avançando posteriormente para versar questões de direitos humanos a partir da citada *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Ainda que essa discussão – relativa à formação de uma Corte de Justiça para a Unasul – esteja longe de ter lugar por enquanto, tem-se que ainda assim o conhecimento desse sistema triangular europeu é importante para iniciar a formatação (o desenho institucional) de um tribunal sul-americano com competências abertas às questões contemporâneas que a integração regional requer, como as relativas aos direitos do consumidor, ao meio ambiente, ao crime organizado transnacional etc.

Em suma, pelo que foi possível verificar até o momento, e para os fins específicos que interessam a este ensaio, o TJUE é um paradigma possível de ser levado em consideração quando das discussões para a criação de um futuro TJU. Vejamos também a possibilidade de a CCJ servir de paradigma – especialmente por se tratar de um tribunal *latino* de justiça – para a formatação do pretendido TJU.

## 1.2 § 2º – A Corte Centro-Americana de Justiça

A CCJ tem como precedente a Corte de Justiça Centro-Americana, ou

47 Cf. DUA[RTE, Maria Luísa. *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 91-115 (em capítulo dedicado ao sistema europeu de proteção dos direitos fundamentais); e CARDUCCI, Michele. La tridimensionalità delle integrazioni regionali tra America latina ed Europa: casi e problemi. In: CARDUCCI, Michele; RIBERI, Pablo (Org.). *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane: casi e materiali*. Torino: Giappichelli, 2014. p. 5.

48 Alguns observadores nominam de *dualista* esse novo modelo europeu. Para nós – até para que não haja confusão com os sistemas *monista* e *dualista* das relações entre o Direito Internacional e o Direito interno – é preferível nominá-lo de sistema *bifronte* (ou *binário*) de proteção dos direitos fundamentais na Europa.

49 Nesse exato sentido, v. art. 25 do Estatuto da CCJ: “A competência da Corte não se estende à matéria de direitos humanos, a qual corresponde exclusivamente à Corte Interamericana de Direitos Humanos”.

*Corte de Cartago*,<sup>50</sup> criada pelo Tratado de Washington de 1907, firmado entre Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e Nicarágua, composta por cinco juízes (um de cada país-membro).<sup>51</sup> No art. 1º do seu Regulamento, ficava assim definida a Corte e suas funções: “A Corte de Justiça Centro-Americana tem por objeto garantir, com sua autoridade, baseada na honra dos Estados e dentro dos limites de intervenção concedidos, os direitos de cada um deles em suas relações recíprocas, assim como manter nestas a paz e a harmonia, e é por sua natureza, por suas atribuições e pelo caráter de sua jurisdição, um Tribunal permanente de Justiça Internacional, com poder para julgar e resolver, a pedido da parte, todos os assuntos compreendidos em sua lei constitutiva, e para financiar e administrar, conforme a mesma, o seu escritório e os interesses deste”. Tratava-se do primeiro tribunal internacional do mundo, mas que teve uma vida demasiado curta, tendo durado apenas dez anos (de 1908 a 1918).<sup>52</sup> Apesar disso, a *Corte*

50 Referido nome se deu por ter o tribunal havido inicialmente sede na cidade de Cartago, Costa Rica.

51 Sobre esse tribunal, v. MAZA, Emilio. *La Corte de Justicia Centroamericana: comentarios*. San Salvador: Organización de Estados Centroamericanos, 1966; GUTIÉRREZ, Carlos José. *La Corte de Justicia Centroamericana*. San José: Juricentro, 1978; FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (Ed.). *The Oxford handbook of the history of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 573-575; e GIAMMATTEI AVILÉS, Jorge Antonio. El Tribunal de la Comunidad Centroamericana: su naturaleza, su competencia. In: CARDUCCI, Michele; RIBERI, Pablo (Org.). *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane: casi e materiali*. Torino: Giappichelli, 2014. p. 64-66.

52 O prazo de funcionamento da Corte seria prorrogável, caso houvesse o consentimento unânime dos Estados-partes, mas tal não ocorreu. Sobre as razões dessa não prorrogação, assim explica Lobo Lara: “Lamentavelmente a prorrogação não foi possível, devido à inconformidade de alguns Estados com a sentença que colocou fim à controvérsia judicial entre El Salvador e Nicarágua, como partes litigantes, sobre o uso das águas do Golfo de Fonseca, no qual a Nicarágua queria instalar uma base naval em suas águas, mediante o Tratado Chamorro-Bryan, que havia subscrito com os Estados Unidos da América. O Estado de El Salvador foi a parte demandante e o Estado da Nicarágua, a parte demandada. El Salvador sustentava a tese do *condomínio das águas do Golfo de Fonseca*, porque pertencia geográfica, histórica e juridicamente aos três Estados ribeirinhos, que são: El Salvador, Honduras e Nicarágua, e que somente com o consentimento destes três Estados expresso de maneira conjunta, poderiam fazer uso das águas desse Golfo, descartando assim as decisões unilaterais para esta finalidade. A Corte de Cartago julgou *procedente* a demanda de El Salvador, tendo esta decisão judicial sido uma das causas que impediram a continuação da referida Corte. Ocorre que esta sentença foi proferida em 1918; como não houve consentimento unânime para a prorrogação, por essa razão desapareceu o primeiro tribunal internacional do mundo” LOBO LARA, Francisco Darío. La jurisdicción obligatoria de la Corte Centroamericana de Justicia en el marco de la integración centroamericana. In: VIDAL, Márcio (Org.). *Direito de integração no Mercosul: os desafios jurídicos e político-institucionais da integração regional*. Cuiabá: TJMT, 2012. p. 120-121.

de Cartago figura como um marco na história do Direito Internacional, não somente por ter sido a primeira a ser estabelecida em todo o mundo, mas também porque, de acordo com o seu regulamento, os particulares já podiam entabular causas diretamente contra os seus respectivos governos.<sup>53</sup>

É importante a constatação de que a América Central foi detentora do primeiro tribunal internacional do mundo, o que demonstra que os países *latinos* do Continente Americano encontravam-se à frente de muitos outros países (sobretudo europeus) no que tange a temas importantes do direito internacional, como é o tema da jurisdicionalização (criação de tribunais internacionais) no contexto internacional.<sup>54</sup> Nesse sentido, a criação de um Tribunal de Justiça para a Unasul retomaria esse espírito (latino) de vanguarda na resolução de contendas internacionais, bem como avançaria na resolução de temas que nem o contexto europeu nem o centro-americano suscitaram ver solucionados pelas respectivas instâncias judiciais internacionais (TJUE e CCJ).

Assim como se fez em relação ao TJUE, é importante verificar o funcionamento e competência da CCJ, a fim de tomá-la também como paradigma para a proposição que se pretende fazer de institucionalização de um futuro Tribunal de Justiça para a Unasul.

### 1.2.1 O Protocolo de Tegucigalpa de 1991

Em 12 de outubro de 1994, passados 76 anos do fim das atividades da Corte de Justiça Centro-Americana, uma nova corte – agora com o nome invertido (*Corte Centro-Americana de Justiça*) e com um Estado-parte a mais – renasce em Manágua (Nicarágua) para alguns países da América Central, com jurisdição e competência regional obrigatória para os seus Estados-membros (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua e Panamá)<sup>55</sup>.

53 V. BUERGENTHAL, Thomas et al. *Manual de derecho internacional público*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 67.

54 Atente-se para a informação trazida por Michele Carducci, de que em 1917 a *World Peace Foundation* de Boston definiu a Corte de Cartago como o “mais surpreendente órgão jurisdicional do mundo” CARDUCCI, Michele. La tridimensionalità delle integrazioni regionali tra America latina ed Europa: casi e problemi. In: CARDUCCI, Michele; RIBERI, Pablo (Org.). *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane: casi e materiali*. Torino: Giappichelli, 2014. p. 34.

55 V. LEÓN GÓMEZ, Adolfo. *La Corte de Managua: defensa de su institucionalidad*. Managua: CCJ, 1997; e NYMAN-METCALF, Katrin; PAPAGEORGIOU, Ioannis. *Regional integration and Courts of Justice*. Antwerpen: Intersentia, 2005. p. 20-21.

A criação da Corte Centro-Americana de Justiça deu-se por meio do art. 12 do *Protocolo de Tegucigalpa* à Carta da Organização dos Estados Centro-Americanos, de 13.12.1991, que assim dispõe:

Formam parte do sistema: [...] A Corte Centro-Americana de Justiça, que garantirá o respeito do direito na interpretação e execução do presente Protocolo e seus instrumentos complementares ou derivados do mesmo. A integração, funcionamento e atribuições da Corte Centro-Americana de Justiça deverão ser regulados no Estatuto da mesma, o qual deverá ser negociado e subscrito pelos Estados-membros nos noventa dias posteriores à entrada em vigor do presente Protocolo<sup>56</sup>.

O Protocolo de Tegucigalpa à Carta da ODECA conseguiu criar para os Estados centro-americanos um sistema diferenciado (e híbrido) de integração regional que o resto do Continente Americano ainda não conheceu, em especial por dar suporte a um modelo (já adotado na União Europeia) que pretende solucionar as controvérsias por um órgão *jurisdicional* (que tanto a América do Norte quanto a América do Sul ainda desconhecem).

A natureza jurídica do Protocolo de Tegucigalpa é a de *tratado-fundação* do sistema de integração centro-americano, especialmente (a) por criar a CCJ, dando-lhe poderes para interpretá-lo, assim como outros tratados que lhe sejam complementares, (b) por estabelecer que todas as controvérsias a nível regional devam ser submetidas à CCJ, e ainda (c) por manter-se em posição de primazia relativamente aos demais tratados, posteriores ou anteriores à sua vigência, nos termos do seu art. 35, que assim dispõe:

“Este Protocolo e seus instrumentos complementares e derivados prevalecerão sobre qualquer Convênio, Acordo ou Protocolo subscrito entre os Estados Membros, bilateral ou multilateralmente, sobre as matérias relacionadas com a integração centro-americana. Não obstante, continuam vigentes entre ditos Estados as disposições daqueles Convênios, Acordos ou Tratados sempre que as mesmas não se oponham ao presente instrumento ou obstaculizem atingir seus propósitos e objetivos”<sup>57</sup>.

56 Sobre a história da CCJ, v. NYMAN-METCALF, Katrin; PAPAGEORGIOU, Ioannis. *Regional integration and Courts of Justice*. Antwerpen: Intersentia, 2005. p. 28-34; e GIAMMATTEI AVILÉS, Jorge Antonio. El Tribunal de la Comunidad Centroamericana: su naturaleza, su competencia. In: CARDUCCI, Michele; RIBERI, Pablo (Org.). *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane: casi e materiali*. Torino: Giappichelli, 2014. p. 66-69.

57 V. LOBO LARA, Francisco Darío. La jurisdicción obligatoria de la Corte Centroamericana

Assim, a Corte de Manágua teria competência para decidir (como se abstrai da interpretação do art. 35 do Protocolo de Tegucigalpa) sobre “qualquer Convênio, Acordo ou Protocolo subscrito entre os Estados Membros, bilateral ou multilateralmente, sobre as matérias relacionadas com a integração centro-americana”; tal fato a coloca na posição de *tribunal supranacional* relativamente aos seus Estados-membros.<sup>58</sup> Como destaca Lobo Lara, é importante sob o ponto de vista jurídico o fato de que “o Protocolo de Tegucigalpa criou e deu poderes jurisdicionais à Corte Centro-Americana, estando aprovado e ratificado por todos os Estados da união centro-americana: Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicarágua, Costa Rica e Panamá, e por adesão aceito pelo Belize; portanto, todas as Resoluções, Sentenças e Opiniões Consultivas são vinculantes para eles e de obrigatório e inescusável cumprimento”.<sup>59</sup>

Após a entrada em vigor do Protocolo de Tegucigalpa, adotou-se também o Estatuto da CCJ (Panamá, 10.12.1992), completando o quadro jurídico-institucional do Sistema de Integração Centro-Americano (SICA).<sup>60</sup> O Estatuto da

---

de Justicia en el marco de la integración centroamericana. In: VIDAL, Márcio (Org.). *Direito de integração no Mercosul: os desafios jurídicos e político-institucionais da integração regional*. Cuiabá: TJMT, 2012. p. 121-122. Nesse exato sentido, destaca Ricardo Acevedo Peralta que o Protocolo de Tegucigalpa tem “características constitucionais para a Região, já que, entre outras coisas, cria órgãos com características verdadeiramente supranacionais (por exemplo, a Corte Centro-Americana de Justiça) e órgãos mistos que funcionam de modo intergovernamental (Conselho de Ministros), que são fonte de direito comunitário, já que criam normativa obrigatória que se localiza acima do correspondente direito nacional de cada um dos Estados-partes do Sistema. O Protocolo de Tegucigalpa é um Tratado Comunitário definido no artigo 35 do mesmo, o qual coloca em situação superior este Convênio e seus instrumentos complementares e derivados sobre qualquer outro Convênio anterior, ou posterior ao mesmo, constituindo-se assim o Sistema Comunitário de Integração, baseado na legítima delegação da soberania dos Estados em favor das instituições que cria e em sua correspondente medida; as que, por sua vez, no exercício de suas atribuições e competências, vão construindo o andaime normativo supranacional” PERALTA, Ricardo Acevedo. *Aplicación de las normas comunitarias centroamericanas en los Estados miembros del SICA*. Managua: CCJ, 2011. p. 4-5.

58 V. GIAMMATTEI AVILÉS, Jorge Antonio. El Tribunal de la Comunidad Centroamericana: su naturaleza, su competencia. In: CARDUCCI, Michele; RIBERI, Pablo (Org.). *La dinamica dele integrazioni regionali latinoamericane: casi e materiali*. Torino: Giappichelli, 2014. p. 73, que a coloca na condição de “autêntico Tribunal Constitucional”.

59 LOBO LARA, Francisco Darío. La jurisdicción obligatoria de la Corte Centroamericana de Justicia en el marco de la integración centroamericana. In: VIDAL, Márcio (Org.). *Direito de integração no Mercosul: os desafios jurídicos e político-institucionais da integração regional*. Cuiabá: TJMT, 2012. p. 122.

60 Destaque-se a influência da União Europeia no estabelecimento do SICA, tal como informam NYMAN-METCALF, Katrin; PAPAGEORGIOU, Ioannis. *Regional integration and Courts of Justice*. Antwerpen: Intersentia, 2005. p. 17-18: “O SICA foi estabelecido com uma significativa influência institucional (bem como financeira) da União Europeia, definindo como priori-

CCJ foi ratificado, de início, por três Estados-membros, autorizando o funcionamento da Corte a partir de 12 de outubro de 1994, na cidade de Manágua (Nicarágua).<sup>61</sup>

É importante destacar que a partir da institucionalização da CCJ já se pode falar, no plano do direito centro-americano, a exemplo do que também já existe na experiência europeia, em um *triângulo judicial* (um “triângulo judicial centro-americano”) integrado (1) pelos juízes e tribunais nacionais, (2) pela CIDH e (3) pela CCJ, ainda que essa última não tenha competência em matéria de direitos humanos, tal como estabelece o art. 25 do seu Estatuto.<sup>62</sup> Ainda mais próximo do sistema europeu (no sentido da triangulação referida) está Costa Rica, onde existe a abertura ao Direito Comunitário do SICA e ao sistema de direitos humanos previsto pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nos termos do art. 1º da *Lei da Jurisdição Constitucional*, que estabelece: “A presente lei tem por finalidade regular a jurisdição constitucional, cujo objeto é garantir a supremacia das normas e princípios constitucionais e do Direito Internacional ou Comunitário vigente na República, sua uniforme interpretação e aplicação, assim como os direitos e liberdades fundamentais consagrados na Constituição ou nos instrumentos internacionais de direitos humanos vigentes na Costa Rica”.<sup>63</sup> Salvo, porém, esse caso de triangulação centro-americana (com especial enfoque para a Costa Rica), o certo é que para os demais países da América-Latina, especialmente para os da América do Sul, essa plêiade institucional é ainda desconhecida.<sup>64</sup> É exatamente um tribunal com as características da CCJ e do TJUE (que seria o futuro TJU, que neste estudo se propõe) que está a faltar na América do Sul para que o sistema sul-americano se triangularize, completando, assim, o quadro jurídico-institucional de integração – dos Estados e, inclusive, mais

---

dade política na região o estabelecimento de bases sólidas de integração, como um meio para a recuperação econômica, democratização e pacificação na região”.

61 Cf. NYMAN-METCALE, Katrin; PAPAGEORGIOU, Ioannis. *Regional integration and Courts of Justice*. Antwerpen: Intersentia, 2005. p. 20.

62 *In litteris*: “A competência da Corte não se estende à matéria de direitos humanos, a qual corresponde exclusivamente à Corte Interamericana de Direitos Humanos”.

63 Para detalhes, v. MIRANDA, Haideer, El reconocimiento del derecho comunitario en la jurisprudencia de la Sala Constitucional: límites a su supremacia. *Revista de Derecho Comunitario, Internacional y Derechos Humanos*, San José (Costa Rica), n. 1, p. 338-361, jul./dez. 2010.

64 Cf. CARDUCCI, Michele. La tridimensionalità delle integrazioni regionali tra America latina ed Europa: casi e problemi. In: CARDUCCI, Michele; RIBERI, Pablo (Org.). *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane: casi e materiali*. Torino: Giappichelli, 2014. p. 13-14.

futuramente, das pessoas de direito privado (físicas ou jurídicas) – no âmbito das Nações Sul-Americanas. Enquanto isso não acontecer, o sistema jurídico sul-americano restará incompleto, manco, faltante um dos suportes imprescindíveis para uma integração jurídica de completude.

A fim de formatar a estrutura inicial de uma Corte de Justiça para a Unasul, faz-se necessário conhecer as regras de competência da CCJ, uma vez já estudada a competência do TJUE (*v. item I, § 1º, A, supra*).

### **1.2.2 Competência da Corte Centro-Americana de Justiça**

Consta no art. 22 do Estatuto da CCJ a competência do tribunal, qual seja: *a)* conhecer, por solicitação de qualquer dos Estados-membros, as controvérsias existentes entre eles (excetuando-se as controvérsias fronteiriças, territoriais e marítimas, para cujo conhecimento se requer o aceite de todas as partes envolvidas); *b)* conhecer as ações de nulidade de descumprimento dos acordos dos organismos do Sistema da Integração Centro-Americana; *c)* conhecer, por solicitação de qualquer interessado, as disposições legais, regulamentares, administrativas ou de qualquer outra classe emanadas por um Estado, quando afetem os convênios, tratados e qualquer outra normativa do direito da integração centro-americana, ou dos acordos ou resoluções de seus órgãos ou organismos; *ch)* conhecer e decidir, se assim pretender, como árbitro nos casos em que as partes assim a solicitarem como tribunal competente (também poderá a Corte decidir, conhecer e resolver um litígio *ex aequo et bono*, se assim pretenderem os interessados); *d)* atuar como Tribunal Permanente Consultivo das Cortes Supremas de Justiça dos Estados, a título opinativo; *e)* atuar como órgão de consulta dos órgãos ou organismos do Sistema da Integração Centro-Americana, na interpretação e aplicação do “Protocolo de Tegucigalpa de reformas à Carta da Organização dos Estados Centro-Americanos (ODECA)”, e dos instrumentos complementares e atos derivados dos mesmos; *f)* conhecer e decidir, a pedido da vítima, os conflitos que possam surgir entre os poderes ou órgãos fundamentais dos Estados, e quando de fato não se respeitarem as sentenças judiciais; *g)* conhecer os assuntos que submeta direta e individualmente qualquer afetado pelos acordos do órgão ou organismo do Sistema da Integração Centro-Americana; *h)* conhecer as controvérsias ou questões que surjam entre um Estado centro-americano e outros que não o seja, quando de comum acordo lhe sejam submetidas; *i)* fazer

estudos comparativos das legislações centro-americanas para lograr sua harmonização, e elaborar projetos de leis uniformes para realizar a integração jurídica centro-americana (esta tarefa se realizará de forma direta ou por meio de institutos ou organismos especializados, como o Conselho Judicial Centro-Americano ou o Instituto Centro-Americano de Direito da Integração); j) conhecer em última instância, em apelação, as resoluções administrativas proferidas pelos órgãos ou organismos do Sistema da Integração Centro-Americana, que afetem diretamente um membro do seu pessoal e cuja substituição tenha sido negada; e k) resolver toda consulta prejudicial [trata-se do *reenvio prejudicial* existente no sistema europeu] requerida por todo Juiz ou Tribunal que estiver conhecendo de um caso pendente de sentença encaminhada a obter a aplicação ou interpretação uniforme das normas que compõem o ordenamento jurídico do “Sistema da Integração Centro-Americana”, criado pelo “Protocolo de Tegucigalpa”, seus instrumentos complementares ou atos dele derivados.<sup>65</sup>

Nota-se do rol do art. 22 do Estatuto da CCJ que o tribunal – a exemplo dos demais tribunais internacionais, como, *v.g.*, a CIJ e a CIDH – detém dupla competência, contenciosa e consultiva. Assim, pode atuar contenciosamente, condenando os Estados que violarem as normas comuns centro-americanas, bem como consultivamente, indicando às Cortes Supremas de Justiça dos Estados como devem aplicar determinada norma centro-americana em um dado caso concreto. Dessa forma, a CCJ controla a convencionalidade das normas internacionais centro-americanas (competência contenciosa) e afere se os tribunais máximos dos Estados estão bem aplicando tais normas em casos *sub judice* (competência consultiva).

No que tange às solicitações consultivas dos órgãos ou organismos do Sistema da Integração Centro-Americana, relativas à interpretação e aplicação do Protocolo de Tegucigalpa e dos demais instrumentos complementares ou dele

65 Sobre a competência da CCJ, *v.* MONTOYA, Ariel. *Sentencia de la Corte Centroamericana de Justicia: conflicto entre poderes del Estado de Nicaragua*. Managua: Esquipulas Zona Editorial, 2005. p. 163 e ss; LOBO LARA, Francisco Darío. La jurisdicción obligatoria de la Corte Centroamericana de Justicia en el marco de la integración centroamericana. In: VIDAL, Márcio (Org.). *Direito de integração no Mercosul: os desafios jurídicos e político-institucionais da integração regional*. Cuiabá: TJMT, 2012. p. 122-125; e NYMAN-METCALF, Katrin; PAPA-GEORGIOU, Ioannis. *Regional integration and Courts of Justice*. Antwerpen: Intersentia, 2005. p. 55-66.

derivados, as resoluções emitidas (*Opiniões Consultivas*) pela Corte Centro-Americana têm caráter *vinculante*<sup>66</sup>.

A Corte Centro-Americana já teve a oportunidade de julgar questão afeta à norma constitucional de um Estado-membro (Nicarágua) relativamente ao ordenamento jurídico centro-americano. Como explica Lobo Lara, o caso ligava-se à crise política pela qual passava a Nicarágua no ano de 2005, consistente em um conflito entre Poderes do Estado. Provocada, a Corte entendeu que as reformas totais à Constituição nicaraguense somente poderiam ser aprovadas por uma Assembleia Nacional Constituinte, jamais por uma Assembleia Legislativa Ordinária. Entendeu o tribunal que era juridicamente inaceitável a destituição do Presidente da República, já que o fundamento que havia sido invocado era a lei da Controladoria Geral da República, a qual não confere a essa entidade a faculdade para solicitar a destituição do Presidente da República.<sup>67</sup>

Também já se manifestou a Corte Centro-Americana sobre questão *ambiental* envolvendo o Estado da Costa Rica, provocada por organizações ambientalistas nicaraguenses em razão de danos ecológicos ocasionados pela construção de uma estrada ao lado do Rio San Juan, tendo os demandantes invocado tratados ambientais ratificados pelos Estados centro-americanos.<sup>68</sup> Contudo, o Estado condenado (Costa Rica) tem constantemente desqualificado o papel do tribunal, tentando colocá-lo em situação de descrédito perante os vizinhos da

---

66 V. LOBO LARA, Francisco Darío. La jurisdicción obligatoria de la Corte Centroamericana de Justicia en el marco de la integración centroamericana. In: VIDAL, Márcio (Org.). *Direito de integração no Mercosul: os desafios jurídicos e político-institucionais da integração regional*. Cuiabá: TJMT, 2012. p. 125-126.

67 V. LOBO LARA, Francisco Darío. La jurisdicción obligatoria de la Corte Centroamericana de Justicia en el marco de la integración centroamericana. In: VIDAL, Márcio (Org.). *Direito de integração no Mercosul: os desafios jurídicos e político-institucionais da integração regional*. Cuiabá: TJMT, 2012. p. 127-128.

68 V. LOBO LARA, Francisco Darío. La jurisdicción obligatoria de la Corte Centroamericana de Justicia en el marco de la integración centroamericana. In: VIDAL, Márcio (Org.). *Direito de integração no Mercosul: os desafios jurídicos e político-institucionais da integração regional*. Cuiabá: TJMT, 2012. p. 128. Interessante notar que nos termos do art. 25 do Estatuto da CCJ, como já se viu, não tem o tribunal competência em matéria de direitos humanos, o que deve ficar exclusivamente a cargo da CIDH. Em vários casos a CCJ declarou sua incompetência em matéria de direitos humanos, tal como no caso “Ricardo Duarte Moncada Vs. Governo da Nicarágua, Alcaldía de Managua e Banco Centro-Americano de Integração Econômica”, de 13.01.1995, in *Gaceta Oficial* CCJ nº 1, 01.06.1995, p. 27 (§ II); e no caso “José Viguier Rodrigo Vs. Órgão Judicial da República da Nicarágua” por suposta violação de direitos humanos, de 24.10.2000, in *Gaceta Oficial* CCJ Nº 11 (§ II).

região. Nesse sentido, o chanceler costarriquenho afirmou “não reconhecer a competência da Corte”, e que o tribunal “não tem nada que fazer contra a Costa Rica”, concluindo que para a Costa Rica o caso é “totalmente alheio”.<sup>69</sup> Colocações como essa, porém, apenas atrapalham o processo de integração comunitária, além de não resolver o problema da aplicação da justiça internacional na região. É necessário, antes de tudo, que se tenha (e se pretenda fortalecer) uma *cultura de respeito* às instâncias internacionais das quais o Estado é parte, pois, caso contrário, não faria sentido o esforço comum dos Estados em negociar e implementar a criação de instituições jurídicas capazes de atender os seus anseios comuns.

Tratando-se de um verdadeiro sistema *comunitário* centro-americano, parece certo que a normativa do sistema de integração dos Estados-partes à Organização dos Estados Centro-Americanos há de ser aplicada atendendo ao (a) princípio da hierarquia (pelo qual a norma comunitária tem primazia sobre todas as demais), ao (b) princípio da aplicação imediata (pelo qual a aplicação da norma comunitária independe de medidas estatais de executoriedade), ao (c) princípio do efeito direto (pelo qual as normas comunitárias têm preferência de aplicação interna, especialmente no que tange aos seus destinatários, que estão obrigados a cumpri-las com todas as obrigações consectárias), e ao (d) princípio da responsabilidade (pelo qual os órgãos internos dos Estados devem cumprir as resoluções e sentenças legitimamente proferidas pelo órgão judicial comunitário, sob pena de responsabilidade internacional).<sup>70</sup>

Como se percebe, essa estrutura comunitária centro-americana – assim como a arquitetura da justiça comunitária na União Europeia – também serve de paradigma ao desenho institucional do pretendido TJU. Motivo relevante é o fato de no plano da Unasul estar em vigor um sistema totalmente precário (e nada claro) de solução de controvérsias, de caráter estritamente diplomático (art.

69 <<http://www.sdpnnoticias.com/notas/2011/12/20/desconoce-costa-rica-a-corte-centroamericana-de-justicia>>. Acesso em: 30 out. 2013. Para detalhes do caso, v. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Max. La jurisdicción de la Corte Centroamericana de Justicia (análisis de la demanda contra el Estado de Costa Rica). *Revista de Derecho Comunitario, Internacional y Derechos Humanos*, San José (Costa Rica), n. 1, p. 308-337, Julio/Diciembre 2010.

70 V. PERALTA, Ricardo Acevedo. *Aplicación de las normas comunitarias centroamericanas en los Estados miembros del SICA*. Managua: CCJ, 2011. p. 7-10.

21 do tratado-constitutivo).<sup>71</sup> Assim, não há dúvidas que esse atraso que a América do Sul tem relativamente ao avanço que a América Central já vem demonstrando desde 1991 (a partir do Protocolo de Tegucigalpa) há de ser corrigido pela efetiva jurisdicionalização do bloco sul-americano.

## 2 Por um Tribunal de Justiça da Unasul

Um dos propósitos imediatos da Unasul é fortalecer-se enquanto organização comunitária capaz de atender as necessidades e objetivos comuns dos seus membros. A organização, porém, somente alcançará os propósitos para os quais foi instituída quando houver uniformidade jurídica na aplicação, entre os seus Estados-membros, desse direito *comum* (comunitário) almejado para o bloco. Para tanto, importa que tenha existência (e que funcione coerentemente, com juízes imparciais e independentes) um órgão *jurisdicional* de solução de controvérsias entre os seus Estados-partes, capaz de controlar a convencionalidade das normas internas (dos Estados) e dos seus próprios órgãos (da própria Unasul) relativamente ao Direito Comunitário vigente. Importa, ainda, criar mecanismos que garantam a aplicação uniforme (nos Estados) desse direito uniforme (comunitário).<sup>72</sup> Em outros termos, é premente que se instituem fórmulas de uniformização das decisões internas dos Estados-partes, tendo como paradigma as normas internacionais comunitárias da Unasul, quando então eventuais descertos e equívocos internos não de ser (só assim) corrigidos.

Portanto, para que a Unasul seja efetivamente uma *união* de nações sul-americanas, com propósitos e finalidades comuns, tal a União Europeia no contexto europeu, é premente que seja dotada de instituições comunitárias *stricto sensu*, a exemplo de um *Tribunal de Justiça* com competência para controlar a convencionalidade do seu convênio constitutivo e dos demais tratados respectivos aceitos pelos Estados-membros.<sup>73</sup> É interessante notar que, ainda que menor

71 V. DRNAS DE CLÉMENT, Zlata. El sistema de solución de controversias de Unasur y su coherencia con el modelo de integración de ese proceso. *Anuario del CIJS*, Cidade, v. 11, p. 343, 2008.

72 Sobre esse tema, v. COSTA, José Augusto Fontoura. *Normas de direito internacional: aplicação uniforme do direito uniforme*. São Paulo: Atlas, 2000.

73 V. SCOTTI, Luciana B. La Unión de Naciones Suramericanas: una joven expresión de integración regional en América del Sur. In: NEGRO, Sandra (Dir.). *Derecho de la integración: evolución jurídico-institucional*. Buenos Aires: B de F, 2012. p. 128, para quem: “Se a Unasul se

em número de Estados, a Organização dos Estados Centro-Americanos (ODECA) já detém essa característica, dotada de uma corte independente e com jurisdição sobre os seus Estados-membros: a Corte Centro-Americana de Justiça.<sup>74</sup> Da mesma maneira, o TJU seria o responsável pela solução jurídica das contendas provindas da interpretação do Direito Comunitário e pela uniformização da jurisprudência entre os doze países do bloco.

Em reunião realizada em Santa Ana de los Ríos de Cuenca (Equador), em 5 de junho de 2010, os presidentes e representantes dos Poderes Judiciários das Repúblicas da Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Guiana, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela (além de Cuba, na qualidade de país convidado), firmaram uma *Declaração* por meio da qual reconheceram, *inter alia*, a necessidade de se “estudar a criação de um Conselho Consultivo de Justiça da Unasul e de um Centro Internacional de Conciliação, Mediação e Arbitragem para a região”.<sup>75</sup> Faltou, porém, como se nota, avançar na proposta e reconhecer a premência em se instituir um verdadeiro órgão *judiciário* para solucionar as controvérsias que (seguramente) surgirão entre os Estados-membros da Unasul. É, de fato, curioso que tanto os presidentes e representantes dos Poderes Judiciários dos Estados-membros da Unasul, quanto os representantes diplomáticos desses mesmos Estados, não tenham pensado (até o momento) na criação de um verdadeiro *tribunal* para solucionar as contendas surgidas no bloco, especialmente à luz do obscuro art. 21 do Convênio Constitutivo da Unasul, que estabelece um simplório (e nada cogente) meio diplomático de solução de controvérsias.

No contexto europeu, como se viu, há um *triângulo judicial* integrado pelos (1) juízes e tribunais nacionais, pela (2) Corte Europeia de Direitos Humanos e pelo (3) Tribunal de Justiça da União Europeia, ainda que em matéria de direitos humanos. Em nosso sistema (da Unasul), ainda não há essa triangulação,

---

desenvolver tal como prevê o tratado constitutivo e como desejam seus Estados partes, deveria se projetar a criação de um verdadeiro sistema de solução de controvérsias que contemple as diversas possibilidades e que, sobretudo, contenha uma instância arbitral ou judicial” [grifo nosso].

74 Cf. PERALTA, Ricardo Acevedo. *Aplicación de las normas comunitarias centroamericanas en los Estados miembros del SICA*. Managua: CCJ, 2011. p. 5.

75 Declaração de Santa Ana de los Ríos de Cuenca, de 05.06.2010. Em 11 de março de 2011 o Presidente do Equador, Rafael Correa, propôs que se acelerasse a criação de um centro regional para a resolução de controvérsias relativas a investimentos na Unasul, como se pode conferir em nota publicada na Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, v. 9, n. 1 p. 84, 2011.

eis que faltante um Tribunal de Justiça da União (havendo apenas os juízes e tribunais nacionais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos). Trata-se de mais um motivo para que o nosso sistema – que é inspirado no modelo europeu – se torne mais completo. De fato, ainda que questões relativas a direitos humanos possam ser resolvidas pela CIDH, especialmente no caso em que as vítimas das violações estatais deflagram perante o sistema (Comissão Interamericana) as respectivas queixas, solicitando a reparação (v.g., indenização pecuniária, obrigação de fazer etc.) que entendem devida, o certo é que no que tange às questões que envolvam dois ou mais Estados e que não digam respeito à violação de direitos humanos, não há, no nosso entorno geográfico, um órgão jurisdicional com capacidade e poder decisórios, deixando os Estados interessados à margem de um sistema coerente de justiça.

É nítido, como se vê, que estaria faltando (na América do Sul) o terceiro órgão do tripé. Tome-se, como exemplo, a suspensão do Paraguai do Mercosul e o conseqüente ingresso da Venezuela no bloco, junto à opinião do ex-chanceler brasileiro Celso Lafer sobre o caso. Relembremos o ocorrido. Desde 4 de julho de 2006, a Venezuela havia manifestado interesse em aderir ao Mercosul, em encontro realizado em Caracas (quando foi assinado o *Protocolo de Adesão da República Bolivariana da Venezuela ao Mercosul*). Seu ingresso ao bloco deu-se, finalmente, em 31 de julho de 2012, nos termos do que foi decidido na Reunião de Cúpula de Mendoza, em 29 de junho de 2012. Frise-se que, para o ingresso da Venezuela ao Mercosul, segundo as normas mercosulinas em vigor, seria necessária a aprovação parlamentar de *todos* os países do bloco (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai); o Paraguai, entretanto, jamais a aprovara. Ocorre que, em virtude da suspensão temporária do Paraguai do bloco, em junho de 2012 – decorrente da deposição sumária do seu ex-presidente Fernando Lugo, considerada antidemocrática pela Argentina, Brasil e Uruguai –, resolveu-se (à revelia do Paraguai) aprovar o ingresso da Venezuela no Mercosul, que passou a ser o quinto país do bloco. Esse ingresso *às avessas* da Venezuela ao Mercosul foi considerado ilegal por muitos juristas, dentre eles o ex-chanceler brasileiro (e eminente internacionalista) Celso Lafer, que assim se manifestou à época:

“O Tratado de Assunção, que criou o Mercosul, prevê adesões, mas estabelece que sua aprovação ‘será objeto de decisão unânime dos Estados-partes’ (artigo 20). Não vou discutir os critérios que levaram Argentina, Brasil e Uruguai a considerar, invocando o Protocolo de Ushuaia, que houve

ruptura da ordem democrática no Paraguai. Pondero apenas que foi uma decisão tomada com celeridade semelhante à que caracterizou o *impeachment* do presidente Lugo e que ela não levou em conta o passo prévio previsto no artigo 4º do referido protocolo: ‘No caso de ruptura da ordem democrática em um Estado-parte do presente protocolo, os demais Estados-partes promoverão as consultas pertinentes entre si e com o Estado afetado.’ Com a suspensão do Paraguai, que ainda não havia aprovado a incorporação da Venezuela ao Mercosul, Argentina, Brasil e Uruguai emitiram declaração sobre a incorporação da Venezuela, a ser finalizada em reunião convocada para 31 de julho [de 2012] no Rio de Janeiro. [...] O Protocolo de Ouro Preto estabelece: ‘As decisões de órgãos do Mercosul serão tomadas por consenso e com a presença de todos os Estados-partes’ (artigo 37), exigência indiscutível para uma decisão que vá alterar a vida do Mercosul, como a incorporação de um novo membro. Daí, a lógica do artigo 20 do Tratado de Assunção, antes mencionado, que é constitutivo do Mercosul e dele inseparável. [...] A exigência da aprovação do Paraguai à incorporação da Venezuela no Mercosul me parece indiscutível à luz dos termos do Tratado de Assunção e de seu objeto e finalidade. A decisão de incorporar a Venezuela, como foi feita, não atende a obrigações relacionadas à observância de tratados previstas na Convenção de Viena [sobre o Direito dos Tratados, de 1969]. Carece de boa-fé, seja na aceção subjetiva de uma disposição do espírito de lealdade e honestidade, seja na aceção objetiva de conduta norteada para esta disposição. Trata-se, em síntese, de uma ilegalidade”.<sup>76</sup>

76 LAFER, Celso. A ilegalidade da incorporação da Venezuela. *Jornal Folha de S.Paulo*, de 04 jul.2012, Caderno Opinião, p. A3. Ainda sobre o caso da suspensão do Paraguai do Mercosul e seu conseqüente (e ilegal) impedimento de votar sobre o ingresso da Venezuela, v. ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Integração regional: uma introdução*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 141-142, assim: “Após a crise derivada de enfrentamento entre invasores de terras e forças policiais no campo paraguaio, com várias mortes, o Parlamento deste país iniciou um processo e aprovou, em tempo recorde, o impedimento do presidente Fernando Lugo, dando partida a uma crise política que repercutiu no Mercosul e na Unasul. Entre as peças acusatórias estava o Protocolo de Ushuaia II assinado pelo presidente impedido durante a cúpula de Montevidéu (dezembro de 2011). Sob estímulos do presidente Chávez, da Venezuela, a Argentina retira seu embaixador de Assunção e toma a iniciativa de afastar o novo governo paraguaio da reunião de cúpula do Mercosul, realizada em junho, em Mendoza. Invocou-se a cláusula democrática do Mercosul para que uma decisão, com três membros unicamente, fosse tomada no sentido de ser mantido o afastamento do Paraguai dos trabalhos e das reuniões do Mercosul (mas sem a aplicação de sanções) até a realização de novas eleições, em 2013, e a posse de um novo presidente. A Unasul procedeu da mesma forma. Na mesma cúpula de Mendoza, a Venezuela foi declarada admitida no Mercosul, a revelia do Parlamento paraguaio, a partir de 31 de julho, em cerimônia realizada em Brasília. O novo governo do Paraguai contestou política e

Levando-se em conta a indignação do Paraguai sobre a decisão dos demais países do Mercosul de impedi-lo de participar da decisão sobre o ingresso da Venezuela no bloco, somada à opinião doutrinária autorizada de juristas do porte de Celso Lafer, tal como visto acima, indaga-se: para qual órgão internacional poderia o Paraguai recorrer para ver garantido o seu direito de não ser excluído de votar (ainda que suspenso do bloco) em decisões dessa índole, que envolvem o ingresso de um novo membro no Mercosul? O Paraguai apelou para o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul,<sup>77</sup> que, por meio do Laudo nº 01/2012, rejeitou o apelo (por entender faltantes requisitos de admissibilidade do procedimento excepcional). Na contestação apresentada conjuntamente por Argentina, Brasil e Uruguai, assinada pelos Ministros de Relações Exteriores da Argentina e do Brasil e pelo Subsecretário de Relações Exteriores do Uruguai, foi mencionada, como questão preliminar, “a incompetência *ratione materiae* do TPR em razão da natureza política da decisão atacada no marco do PU [Protocolo de Ushuaia] e da natureza comercial do sistema de solução de controvérsias do Mercosul”.<sup>78</sup> O TPR, na análise dessa preliminar, entendeu no Laudo respectivo que “não se pode falar de ‘falta de vocação’ do sistema para solucionar

---

juridicamente as duas medidas, classificando-as de ilegais. Novo grupo de trabalho foi constituído para seguir o monitoramento dos requerimentos de adesão da Venezuela, sendo que ela não conseguiu cumprir nenhum dos requisitos estabelecidos em 2006”. V. ainda, DIZ, Jamile Bergamaschine Mata, A adesão da Venezuela ao Mercosul e a suspensão do Paraguai: considerações sobre um “pragmatismo” político burlesco, *Pontes: informações e análises sobre comércio e desenvolvimento sustentável em língua portuguesa*, v. 8, n. 5, p. 5, ago. 2012, para quem: “A partir dessa breve análise jurídica das normas que sustentam o mecanismo de adesão de novos membros, observa-se que não foram obedecidas as disposições relativas ao consenso e à aprovação unânime de todos os Estados. E mais: ao anunciar a entrada da Venezuela como ‘membro’ pleno, desconsiderou-se tanto a letra como os objetivos dos tratados e das normas do Mercosul, o que coloca em questão a afirmação do Mercosul como um processo fundado no Estado Democrático de Direito e estruturado na defesa dos direitos e garantias juridicamente constituídos. Cabe destacar que o descumprimento das normas jurídicas estabelecidas pelos próprios Estados circunda de forma recorrente o processo de integração do Cone Sul, de modo que o episódio envolvendo a entrada da Venezuela contribui para uma corrosão ainda maior deste já delicado esquema de integração”.

77 O TPRM foi criado pelo Protocolo de Olivos de 2002, tendo entrado em vigor em 2004 (com sede em Assunção, Paraguai). Tratando-se de um tribunal de “revisão”, como o próprio nome indica, tem competência para *modificar* os laudos arbitrais adotados por árbitros *ad hoc* de primeira instância.

78 TPR/Mercosul, Laudo nº 01/2012, § 17. Complementa ainda o § 19 do mesmo Laudo: “Nesse sentido, sustentam que a decisão de suspender o Paraguai em seu direito de participar dos órgãos do Mercosul, com base no art. 5º do PU, não poderia ser examinada pelo TPR, motivo pelo qual requerem que este se declare incompetente em razão da matéria”.

controvérsias que ultrapassam a esfera comercial” (§ 37), e que “não há no PU indicação expressa de foro para a solução de eventuais controvérsias e, tampouco, que se refira à sua aplicação ou à sua interpretação” (§ 38); alegou ainda que “o sistema de solução de controvérsias abarca as normas do PU na medida em que não afetem o possam afetar direitos e obrigações de qualquer dos Estados Parte” (§ 40), concluindo que “a observância da legalidade dos procedimentos previstos no PU é suscetíveis (*sic*) de revisão no marco do sistema de solução de controvérsias do Mercosul” (§ 43). Percebe-se, nesse sentido, a dificuldade que o TPR teve para justificar a sua competência para analisar a matéria. Reitere-se, também, o entendimento da Argentina, Brasil e Uruguai no sentido de ser incompetente o TPR para analisar a questão, o que significa que reconhecem que o Paraguai não teria para onde recorrer! Seja como for, no mérito, o TPR rejeitou o apelo do Paraguai por entender faltantes requisitos de admissibilidade do procedimento excepcional de urgência regulamentado na Decisão nº 23/04.

Assim, contra a decisão que suspendeu o Paraguai do Mercosul e que aceitou a Venezuela como membro do bloco, caberia recurso para qual (outro) órgão internacional? Haveria, sim, a possibilidade de demandar perante a CIJ (Haia) caso houvesse o aceite expresso dos demais Estados à jurisdição obrigatória da Corte. Todos os Estados em causa são integrantes das Nações Unidas; não há, porém, previsão de recurso à CIJ nas normas mercosulinas (Protocolo de Olivos etc.). Então, o que sobraria ao Paraguai como meio possível de vindicar o seu direito de votar nas decisões do Mercosul e de não aceitar o ingresso de outro Estado no bloco? Absolutamente nada. Se houvesse um Tribunal de Justiça na Unasul, já em funcionamento à época dos fatos, com competências específicas e previsão para o conhecimento de ações relativas a tratados do Mercosul, teria (certamente) o Paraguai garantido o direito de defesa que uma ordem jurídica coerente impõe. Perceba-se a importância que teria para a região um órgão judiciário internacional com essa característica, o que já existe na União Europeia (Tribunal de Justiça da UE) e no âmbito da Organização dos Estados Centro-Americanos (Corte Centro-Americana de Justiça).

Em suma, alguma reflexão sobre o tema há de ser levada a efeito. Nítidamente não se tem em nosso entorno geográfico um sistema jurisdicional de solução de controvérsias a beneficiar os doze países da América do Sul. Portanto, este é o momento de dotar os Estados sul-americanos de um sistema de justiça

eficaz e coerente, responsável pela uniformização do direito da Unasul.

Nesse sentido, parece possível (tentar) definir um rol inicial de temas que seriam afetos à competência do TJU (§ 1º, *infra*) e propor a sua jurisdição contenciosa obrigatória como regra (§ 2º, *infra*).

## 2.1 § 1º – Proposição sobre a competência do Tribunal

Considerando-se este trabalho como um estudo preliminar sobre a (possibilidade de) criação e um Tribunal de Justiça para a Unasul, todas as proposições realizadas são também preliminares e não definitivas, podendo ser alteradas a qualquer tempo à medida que o assunto amadurecer e as discussões sobre o tema se intensificarem. De fato, nas linhas que seguem, pretendeu-se atribuir ao tema uma visão inicial e genérica sobre o que *poderá vir a ser* a competência do TJU, o que não exclui futuras mudanças de entendimento e futuros ajustes no que tange aos temas agora debatidos.

O certo é que as questões afetas à competência de um tribunal internacional são *principais* para se compreender qual a moldura e o desenho institucional que uma corte dessa natureza há de ter; em se tratando da proposta de criação de um *novo* tribunal regional tal não poderá ser diferente. Assim, consoante essa ideia incipiente de criação de um Tribunal de Justiça para a Unasul, parece possível refletir e debater sobre alguns pontos relativos à *competência* da futura Corte.

Parece, contudo, ser *conditio sine qua non* para a compreensão de como deve ser a competência de um tribunal dessa natureza, que se justifique, primeiramente, o papel da futura corte como órgão “constitucional” da União. Feito isso, posteriormente, já se pode passar à proposta de competência *ratione materiae* do tribunal.

### 2.1.2 Por uma corte constitucional da União

À vista da pretendida *união* das nações sul-americanas, entende-se que um TJU deva ter o poder de controlar (em grau máximo) a convencionalidade das normas-regentes da União para todos os seus Estados-partes, tal uma *Corte Constitucional* sul-americana.<sup>79</sup> Assim seria quando (a) aplicasse o direito origi-

79 Sobre o papel “constitucional” do TJUE, v. MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 480-481, que assim leciona: “Uma boa parte da atividade jurisdicional desenvolvida pelo TJUE assume uma natureza materialmente consti-

nário da Unasul (tratados internacionais) e controlasse a convencionalidade do direito derivado, procedendo a um controle por ação e por omissão, bem assim (b) quando resolvesse litígios entre instituições e órgãos da própria União, ou entre tais instituições e órgãos e o direito de um Estado-membro.

O papel de corte suprema da União seria desempenhado pelo TJU com vistas à formação de um *jus commune* sul-americano, de caráter convencional e multinível, capaz de estabelecer um *standard* jurídico único para o Direito Comunitário sul-americano, sem excluir, evidentemente, a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos quando se tratar de tema afeto aos “direitos humanos”. Seria até mesmo possível, nesse último caso, que o TJU exercesse um tipo de “reenvio prejudicial supranacional”, pelo qual submeteria à apreciação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos uma questão de direitos humanos a ele apresentada, a qual estaria, *a priori*, fora de sua competência jurisdiccional (v. *infra*).<sup>80</sup> Ademais, cabe também referir que os tribunais supranacionais, quando efetivamente independentes e no exercício escorreito de seus misteres, exercem papel de importância ímpar para o desenvolvimento da integração regional,<sup>81</sup> devendo, nesse sentido, a instituição de um Tribunal de Justiça na Unasul fomentar uma cada vez maior (e mais verdadeira) “união” das nações sul-americanas.

Os tratados internacionais à base dos quais o TJU controlaria a conven-

---

tucional. O TJUE atua frequentemente como uma espécie de tribunal constitucional da UE, sendo um dos principais responsáveis pela constitucionalização do direito da UE. Isso é especialmente perceptível quando o TJUE interpreta, integra e aplica o direito originário da UE, com especial relevo para os Tratados e a CDFUE [Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia], examinando a conformidade do direito derivado com ele procedendo a um controle por ação e omissão. O mesmo sucede quando o TJUE é chamado, direta ou indiretamente, a resolver litígios entre instituições e órgãos da UE, entre estes e os Estados-membros ou só entre os Estados-membros. Nessa sua atividade o TJUE é frequentemente chamado a resolver problemas de separação horizontal e vertical de poderes. No primeiro caso, ele delimita interpretativamente as atribuições e competências das instituições e órgãos da UE, salvaguardando o princípio da paridade institucional. No segundo caso, ele opera quase como um tribunal constitucional federal, fazendo respeitar a delimitação das competências da EU e dos Estados-membros, de acordo com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade”.

80 Autorização para tal está no art. 44 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, segundo o qual: “Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte”.

81 A propósito, cf. NYMAN-METCALF, Katrin; PAPAGEORGIOU, Ioannis. *Regional integration and Courts of Justice*. Antwerpen: Intersentia, 2005. p. 107-114.

cionalidade das normas estatais seriam, em princípio, os *da própria* Unasul, ou seja, aqueles expressamente vinculados à União (e criados posteriormente à instituição da organização). Nada impediria, contudo, que outros tratados fossem expressamente autorizados para tanto, a exemplo dos tratados celebrados no plano do Mercosul etc. Seja como for, o certo é que o TJU atuaria como verdadeira *Corte Constitucional* para os países da América do Sul, no sentido de dizer em última análise qual a interpretação viável e correta de um tratado da Unasul (ou outro tratado expressamente autorizado) eventualmente desrespeitado por algum dos Estados-partes ou pelos próprios órgãos (ou agentes) da organização.

Seria importante que o *Protocolo* por meio do qual fosse criado o TJU já estabelecesse a competência do Tribunal e definisse o seu Estatuto, não deixando que esse último – como ocorreu com o Estatuto da CCJ – seja submetido a uma segunda ratificação estatal, o que geraria o problema (tal como ocorreu, *v.g.*, com a Costa Rica, que por tal motivo não tem aceito a jurisdição da CCJ<sup>82</sup>) de haver certos Estados que ratificaram o *Protocolo* instituidor do Tribunal, mas não aceitaram o Estatuto (instrumento em separado) da Corte.

### 2.1.3 Proposta de competência *ratione materiae*

Nesse primeiro momento de reflexão, e levando em consideração a experiência dos modelos de justiça internacional da Europa e da América Central, parece possível estabelecer algumas características do TJU relativamente à competência *ratione materiae*. Segundo pensamos, poderia ter o TJU competência para:

a) Controlar conflitos entre Estados relativos à interpretação de um tratado vigente na União do qual os dois (ou mais) Estados são partes. Trata-se da competência clássica de todo tribunal internacional, relativa à decisão sobre a interpretação de um tratado vigente entre dois (ou mais) Estados-partes. Nesse caso, apenas Estados poderiam demandar (ingressar com a ação internacional) perante a Corte. O Estatuto da CCJ (1992) refere-se a essa competência, dizendo caber àquele tribunal “conhecer, por solicitação de qualquer dos Estados-

---

82 Cf. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Max. La jurisdicción de la Corte Centroamericana de Justicia (análisis de la demanda contra el Estado de Costa Rica). *Revista de Derecho Comunitario, Internacional y Derechos Humanos*, San José (Costa Rica), n. 1, p. 309-310, Julio/Diciembre 2010.

-membros, as controvérsias existentes entre eles”, excetuando-se “as controvérsias fronteiriças, territoriais e marítimas, para cujo conhecimento se requer o aceite de todas as partes envolvidas” (art. 22, a).

b) *Conhecer das ações de nulidade por descumprimento dos acordos dos organismos da Unasul.* No caso de um Estado desrespeitar (descumprir) uma decisão acordada por qualquer órgão ou organismo da Unasul, caberia a qualquer dos Estados interessados interpor uma *ação de nulidade* perante o TJU, para que esse tribunal reparasse a violação ocorrida.<sup>83</sup> O Estado faltoso seria então compelido pelo Tribunal a recompor a situação anterior, ou, na impossibilidade de retorno ao *status quo*, tomar outra medida determinada pelo TJU, como proceder a uma indenização ou reparação etc.<sup>84</sup>

c) *Controlar conflitos entre o Estado e o seu próprio direito interno.* Quando o direito interno do Estado estiver em desacordo com o Direito Comunitário, caberia ao TJU controlar a convencionalidade desse direito interno.<sup>85</sup> Nesse caso, tanto Estados como também indivíduos poderiam deflagrar a ação perante a corte. Um Estado poderia entender, v.g., que o direito interno do outro o prejudica e que estaria em desacordo com o direito da União (a exemplo de uma questão tributária etc.). No caso dos indivíduos, estes poderiam entender que o direito interno estatal os prejudica e que tal direito estaria em desacordo com o direito da União, que os beneficia (neste caso, a ação individual seria chamada de “ação direta”).

d) *Controlar a convencionalidade dos atos administrativos estatais e dos organismos da Unasul em face do Direito Comunitário.* Caberia também ao TJU verificar a compatibilidade (1) dos atos administrativos estatais e (2) dos atos administrativos dos organismos da Unasul em face do Direito Comunitário vi-

83 V. art. 22, b, do Estatuto da Corte Centro-Americana de Justiça.

84 Destaque-se que o Estatuto do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina diferencia a “ação de nulidade” (art. 101) da “ação de descumprimento” (art. 107). Veja-se: “Art. 101. A ação de nulidade poderá ser invocada perante o Tribunal a fim de que este declare a nulidade das Decisões do Conselho de Ministros de Relações Exteriores, da Comissão, das Resoluções da Secretaria-Geral e dos Convênios a que se refere a alínea e do artigo 1º do Tratado, proferidos ou acordados em violação às normas pertencentes ao ordenamento jurídico da Comunidade Andina, inclusive por desvio de poder”; “Art. 107. A ação de descumprimento poderá ser invocada perante o Tribunal para o fim de que um País Membro, cuja conduta se considere contrária ao ordenamento jurídico comunitário, dê cumprimento às obrigações e compromissos contraídos em sua condição de membro da Comunidade Andina”.

85 V. art. 22, c, do Estatuto da Corte Centro-Americana de Justiça.

gente, em especial aqueles que prejudicam direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.<sup>86</sup>

e) *Manifestar-se no âmbito do “reenvio prejudicial”*. O instituto do *reenvio prejudicial* é conhecido do sistema comunitário europeu (também centro-americano e andino) e tem lugar quando um juiz ou tribunal nacional (dos Estados-partes da União Europeia) submete ao TJUE dúvidas sobre a legalidade ou sobre a interpretação de determinada norma interna à luz de um tratado internacional comunitário.<sup>87</sup> Assim, da mesma forma, caso um juiz ou tribunal nacional (brasileiro, v.g.) entenda que para a resolução da causa *sub judice* seria necessário ter conhecimento da legalidade ou sentido de determinada norma comunitária, caberia então submeter – pela sistemática do *reenvio prejudicial* – a questão ao TJU para que este se manifeste sobre a interpretação de um dado tratado ou sobre a validade e interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.<sup>88</sup> Poderiam, evidentemente, ser estabelecidas exceções ao reenvio prejudicial, tal como se dá no plano do TJUE nas situações de (a) falta de pertinência da questão suscitada no processo, de (b) existência de interpretação anterior, originada no próprio TJUE, ou de (c) total claridade da norma em discussão.<sup>89</sup>

f) Conhecer das controvérsias ou questões que surjam entre um Estado sul-americano e outro que não o seja, quando de comum acordo lhe sejam submetidas. Poderá ocorrer de o litígio em questão envolver um Estado sul-americano e outro Estado que não o seja (v.g., um Estado da América Central ou da

86 V. art. 22, j, do Estatuto da Corte Centro-Americana de Justiça.

87 Cf. DÍAZ LABRANO, Roberto Ruiz. *Mercosur, integración y derecho*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998. p. 173; e VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración: Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*. Buenos Aires: B de F, 2011. p. 3-7.

88 A mesma sistemática é também prevista no Estatuto da Corte Centro-Americana de Justiça (art. 22, k) e do Tribunal de Justiça da Comundiade Andina (art. 122). No contexto da Unasul, poderia ficar estabelecido que a competência do TJU para analisar o reenvio prejudicial fosse definida em moldes semelhantes ao que se passa no TJUE; poderia haver o reenvio prejudicial *facultativo* e o *obligatório*, tal como se dá no plano do TJUE (art. 267 do TFUE). Convém ainda registrar que nem os particulares nem os Estados podem se utilizar desse mecanismo no âmbito do TJUE, mas somente os juízes e tribunais internos, eis que o mecanismo prejudicial é um sistema de cooperação entre o juiz nacional e o TJUE cf. VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración: Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*. Buenos Aires: B de F, 2011. p. 15.

89 V. VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración: Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*. Buenos Aires: B de F, 2011. p. 19.

América do Norte). Nesse caso, havendo acordo expresso entre ambos os Estados, o conflito respectivo poderia ser submetido ao TJU para decisão,<sup>90</sup> quando então a jurisdição de outra instância internacional ficaria excluída (litispendência internacional).

g) *Conhecer e decidir um litígio ex aequo et bono se com isto as partes concordarem.* Tal como existe na sistemática do Estatuto da CIJ (art. 38, § 2º), também o TJU poderia decidir por equidade (*ex aequo et bono*) caso as partes envolvidas no litígio expressamente o autorizassem.<sup>91</sup> O julgamento por equidade é um recurso jurídico interessante, especialmente por permitir a resolução de um conflito com base num sentido de *justiça* que muitas vezes não é evidenciado do tratado que rege a relação entre os Estados em causa.

h) *Manifestar-se consultivamente tanto para os Estados quanto para organismos da Unasul.* À guisa de vários tribunais internacionais (v.g., CIJ, TJUE, CIDH etc.) teria o TJU uma competência em matéria consultiva, a fim de responder às indagações jurídicas dos Estados e dos organismos da Unasul sobre a interpretação ou aplicação de um determinado tratado comunitário (quando então emitiria uma *Opinião Consultiva* de caráter não vinculante). Os particulares não poderiam provocar o tribunal a manifestar-se consultivamente.

Em suma, os temas acima citados são aqueles que parecem (dentro dessa ótica inicial e preliminar) que podem fazer parte da competência *ratione materiae* do TJU. Trata-se, portanto, de um rol mínimo de competências que poderia ter o TJU, sem impedir que outras matérias venham a integrar dita competência. Uma delas seria afeta ao tema dos direitos humanos, com dupla hipótese: (1) pode-se manter a proposta (feita preliminarmente neste estudo) de não caber ao TJU – pelo menos até o tribunal se firmar como órgão sólido de solução de controvérsias no bloco – julgar matéria relativa a direitos humanos, a exemplo do que também prevê o Estatuto da CCJ;<sup>92</sup> ou (2) pode-se entender que as questões sobre violação de direitos humanos ocorridas em qualquer dos Estados-partes da Unasul – desde que, é claro, haja um *Protocolo* específico ao tratado da Unasul

90 V. art. 22, h, do Estatuto da Corte Centro-Americana de Justiça.

91 Assim também no Estatuto da Corte Centro-Americana de Justiça (art. 22, ch).

92 V. art. 25 do Estatuto da CCJ. Neste caso, pensamos que uma vez recebida pelo TJU uma ação relativa a direitos humanos, deveria o tribunal, *ex officio*, enviar a petição ou comunicação à Comissão Americana de Direitos Humanos (Washington) para as devidas providências, notificando a(s) parte(s) desse expediente.

em matéria de direitos humanos no bloco – integrariam a competência do TJU, *sem prejuízo*, porém, da competência última da CIDH na matéria, caso a mesma questão também encontre amparo na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Essa segunda hipótese, pensamos, talvez não seja das melhores, ao menos por enquanto, pois poderia enfraquecer a atividade da Corte Interamericana, servindo como mais um “filtro” (além do já realizado pela Comissão Interamericana) para que questões relativas à violação de direitos humanos nos Estados-partes sejam efetivamente admitidas perante a jurisdição da CIDH. Esse, porém, é ainda um tema em aberto, que se poderá retomar em estudo específico que analise as vantagens e desvantagens de o (futuro) TJU ser competente também para julgar questões relativas a direitos humanos *stricto sensu*.

## **2.2 § 2º – Por uma jurisdição contenciosa (em regra) obrigatória**

À luz do direito internacional tradicional a competência contenciosa dos tribunais internacionais é, em regra, *facultativa*; aqui se propõe seja a jurisdição contenciosa do TJU, em regra, *obrigatória (automática)*. De fato, os tribunais internacionais em geral só estão autorizados a julgar demandas contra aqueles Estados que *aceitam* a sua jurisdição contenciosa. A propósito, tome-se como paradigma a jurisdição contenciosa da Corte Internacional de Justiça (Haia). Esse tribunal deve declarar-se incompetente para o julgamento de litígios que envolvam Estados que não aceitaram expressamente a sua jurisdição; ou seja, os Estados que estejam numa controvérsia internacional devem (ambos) *reconhecer* como obrigatória a jurisdição da CIJ em relação a si, aceitando expressamente a sua competência para julgamento, sem o que não pode o tribunal manifestar-se sobre o caso. Essa cláusula optativa, também chamada *cláusula facultativa de jurisdição obrigatória* ou “cláusula Raul Fernandes” (porque proposta por esse internacionalista brasileiro), encontra-se no art. 36, § 2º, do Estatuto da CIJ, assim redigido: “Os Estados-partes do presente Estatuto poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória, *ipso facto* e sem acordo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tenham por objeto: a) a interpretação de um tratado; b) qualquer ponto de direito internacional; c) a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria violação de um compromisso internacional; d) a natureza

ou extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional”<sup>93</sup>.

Perceba-se que, segundo a referida cláusula, o consentimento de um Estado em ser demandado perante a CIJ somente será tido como válido se o outro Estado *também* aceitar a mesma obrigação (em razão do princípio da reciprocidade). Para nós, e contrariamente, deve o TJU ter jurisdição contenciosa, em regra, *obrigatória*; apenas em casos excepcionais é que poderia ser *facultativa* a jurisdição contenciosa da corte, diferentemente do que ocorre na sistemática usual do direito internacional relativamente a vários tribunais internacionais existentes.

A jurisdição contenciosa obrigatória do Tribunal, como regra, e a facultativa, como exceção, teria o mérito de uniformizar no bloco, *ab initio*, a aplicação do Direito Comunitário vigente. Isso fomentaria ainda a formação de “precedentes obrigatórios” aos Estados à luz desse mesmo Direito Comunitário, relativamente à interpretação que lhe daria o tribunal.

Verifiquemos, portanto, como seria a jurisdição contenciosa obrigatória do TJU e quais as (eventuais) exceções possíveis de reconhecimento.

### **2.2.1 Reconhecimento ipso facto da jurisdição contenciosa do Tribunal**

No caso da Unasul, propõe-se que a jurisdição do TJU seja reconhecida *ipso facto* pelos Estados a partir da ratificação do Protocolo criador do Tribunal. Assim, a jurisdição contenciosa do Tribunal seria a *regra*, não a exceção. Uma vez ratificado o Protocolo instituidor do TJU, o Estado em causa já aceitaria *ex nunc* a competência contenciosa da corte para todos os casos em que for parte. O Protocolo ao tratado-fundação da Unasul, por meio do qual será constituído o TJU, deverá prever essa sistemática, excepcionando a regra geral da “cláusula Raul Fernandes” existente nos estatutos de vários tribunais internacionais conhecidos, inclusive dos tribunais regionais de direitos humanos.

O argumento (sempre presente) de que os tratados de direitos humanos

---

93 Sobre esta cláusula, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 1122-1123; e BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça e a construção do direito internacional*. Belo Horizonte: CEDIN, 2005. p. 250-263.

não preveem desde já a jurisdição contenciosa obrigatória das cortes regionais (somente prevendo a jurisdição consultiva *ipso facto*) por motivos de política internacional, pelos quais seria difícil um Estado aceitar *ipso facto* a jurisdição contenciosa de uma dada corte de direitos humanos a partir da ratificação do tratado-regente do sistema respectivo, bem assim que a sistemática da jurisdição contenciosa automática afugentaria o Estado em causa, deixando-o “assustado” ou “temeroso” de ratificar desde já o tratado, não deve ser descartado, eis que é um argumento verdadeiro.

De fato, se um Estado percebe que poderá ser demandado numa corte internacional desde já, ou seja, a partir da ratificação do tratado-regente respectivo, certamente pode pretender desistir de seguir no processo de celebração do tratado, não o ratificando. Assim, na sistemática usual, quando um Estado ratifica um tratado de direitos humanos, ele apenas aceita a jurisdição *consultiva* do tribunal, deixando para aceitar a competência contenciosa mais tarde, com mais calma e quando tiver segurança que assim poderá fazê-lo.

Como o TJU não será um tribunal de direitos humanos *stricto sensu*, uma vez que já existe em nosso entorno geográfico um tribunal especializado para esse tema, talvez o argumento acima não seja empecilho à aceitação *ipso facto* da jurisdição contenciosa do Tribunal pelo Estado sul-americano que ratificar o Protocolo instituidor. O que defendemos (nessa reflexão preliminar sobre o tema) é que a jurisdição obrigatória do TJU seja a regra, não a exceção. Havendo dúvidas sobre a competência da Corte para o julgamento de determinada questão, deve a *própria Corte* decidir acerca da sua competência, tal como existe na sistemática de outros tribunais internacionais (v.g. a CIJ, CCJ etc.).<sup>94</sup> Porém, não se descarta haver exceções a essa jurisdição contenciosa automática, tal como se verá em seguida.

94 Daí se dizer que os órgãos judiciários em geral (juízes e tribunais internos, tribunais internacionais etc.) têm a *competência da competência* (*kompetenz-kompetenz*), pelo fato de poderem julgar a sua própria competência; ou seja, por mais incompetente que possa ser o tribunal, tem ele a competência para decidir se é ou não competente para o julgamento da causa. O princípio da *competência da competência* goza de legitimidade internacional, tendo sido consagrado pela CIJ. Sobre o tema na CIJ, v. *Caso Nottebohm* (Liechtenstein *Vs.* Guatemala), in *ICJ Reports* (1953), p. 119.

### 2.2.3 Exceções à jurisdição contenciosa automática

O art. 22, *a*, do Estatuto da CCJ (1992) excepciona da jurisdição contenciosa automática daquele tribunal “as controvérsias fronteiriças, territoriais e marítimas, para cujo conhecimento se requer o aceite de todas as partes envolvidas”. Tais matérias poderiam também, no âmbito do TJU, ser excepcionadas pelo Protocolo instituidor. Assim, apenas com o aceite de *ambas* as partes envolvidas na controvérsia é que poderia o TJU julgar uma questão fronteiriça, territorial ou marítima entre Estados sul-americanos.

Também, questões militares e de segurança nacional deveriam ser excepcionadas da jurisdição do TJU, ainda que haja acordo de cooperação militar entre os Estados em causa, ao que deveriam as contendas dessa seara ser resolvidas pela via diplomática, a menos que as partes manifestassem expressa e inequivocamente sua intenção de ver a questão resolvida pelo tribunal.

Em suma, como exceção à jurisdição contenciosa obrigatória (automática) do TJU haveria casos excepcionais – tanto os aqui citados, como os que porventura se entendam futuramente necessários – em que a jurisdição contenciosa do tribunal seria condicionada ao aceite dos Estados-partes. Essa jurisdição não automática, diferentemente do que ocorre com a maioria dos tribunais internacionais existentes, seria *exceção* no sistema de justiça sul-americano, não a regra.

## Conclusão

O estudo que se acabou de realizar é inicial e, evidentemente, incompleto no que tange à proposta de criação de um (futuro) *Tribunal de Justiça* para a União das Nações Sul-Americanas. Como não poderia deixar de ser, muitas outras questões (espera-se) surgirão em relação, principalmente, à *forma, estrutura e competência* dessa Corte de Justiça que se pretende para a Unasul. Assim, este estudo preliminar deve ser compreendido uma pequena semente que, lançada à terra, poderá gerar bons frutos caso bem germinada. A colheita esperada é que os Estados sul-americanos possam sensibilizar-se da necessidade de criação de um Tribunal de Justiça para a Unasul, e que sentem à mesa de negociações para celebrar um *Protocolo* ao tratado-institutivo da Organização para essa específica finalidade.

Para se atingir a verdadeira *integração regional*, é necessário que existam

órgãos eficazes de solução de controvérsias entre os Estados, capazes também de dialogar com as jurisdições domésticas e com outros órgãos de solução internacional. Um Tribunal de Justiça na Unasul, dotado dessas características e com capacidade para dialogar com os juízes e tribunais internos e outros órgãos internacionais (como, *v.g.*, no nosso entorno geográfico, a Corte Interamericana de Direitos Humanos), selaria com êxito o processo integrativo sul-americano e colmataria a lacuna jurídica até então existente entre os países do bloco.

Crê-se que a institucionalização de um Tribunal de Justiça para a Unasul – nos moldes do TJUE e da CCJ – é a opção mais sensata voltada à resolução das questões jurídicas já existentes entre os vizinhos da América do Sul, especialmente para as hipóteses em que os Estados do bloco não têm quaisquer opções de recursos a uma instância internacional decisória (tal como ocorreu, *v.g.*, com a suspensão do Paraguai do Mercosul e o conseqüente ingresso da Venezuela). Contudo, este trabalho não propõe que o TJU seja uma “cópia” ou “imitação” pura e simples daqueles dois tribunais internacionais referidos, mas apenas que, à base de uma estrutura semelhante à daqueles tribunais, construa-se uma nova corte com características próprias e dotada de uma competência que atenda aos anseios da região sul-americana, o que poderá a vir modificar-se no futuro (como é normal que aconteça com instituições recém-criadas). Em outras palavras, não se pretende “importar” um modelo europeu (ou centro-americano) e aplicá-lo sem qualquer reflexão em nosso entorno geográfico, senão apenas *ter por base* instituições já criadas e que já funcionam, inclusive os seus problemas, e conhecendo-os, será possível avançar na criação de um modelo de justiça mais conformado e melhor desenhado institucionalmente para a América do Sul.

Com vontade política e engajamento dos seus atores, é possível que não esteja longe o início das negociações de um *Protocolo* ao Tratado Constitutivo da Unasul, com vistas à criação de um Tribunal de Justiça com jurisdição supranacional sobre os seus doze Estados-membros. Resta saber, atendidas as particularidades e os costumes dos países da América do Sul, como se dará a composição do Tribunal, como serão as suas regras de funcionamento, que órgãos ou entidades terão legitimidade processual ativa perante a corte, quais as regras de cumprimento das decisões, dentre tantas questões relevantes. Mas, por enquanto, como diria Kipling, isso é uma outra história.

## Referências

ALEIXO, José Carlos Brandi. Mercado comum centro-americano. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 21, n. 8, p. 111-130, jan./mar. 1994.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Integração regional: uma introdução*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALMQVIST, Jessica; ESPOSITO, Carlos (Ed.). *The role of courts in transitional justice: voices from Latin American and Spain*. New York: Routledge, 2012.

AMARAL, Diogo Freitas do; PIÇARRA, Nuno. O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: uma “evolução na continuidade”. *Revista de Direito Público*, Lisboa, n. 1 p. 9-56, jan./jun. 2009.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça e a construção do direito internacional*. Belo Horizonte: CEDIN, 2005.

BUERGENTHAL, Thomas et al. *Manual de derecho internacional público*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1994.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. Tribunais supranacionais e aplicação do direito comunitário: aspectos positivos e negativos. In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Coord.). *Direito comunitário do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 162-176.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CARDUCCI, Michele. La tridimensionalità delle integrazioni regionali tra America latina ed Europa: casi e problemi. In: CARDUCCI, Michele; RIBERI, Pablo (Org.). *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane: casi e materiali*. Torino: Giappichelli, 2014. p. 5-58.

COSTA, José Augusto Fontoura. *Normas de direito internacional: aplicação uniforme do direito uniforme*. São Paulo: Atlas, 2000.

DÍAZ LABRANO, Roberto Ruiz. *Mercosur, integración y derecho*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. A adesão da Venezuela ao Mercosul e a suspensão do Paraguai: considerações sobre um “pragmatismo” político burlesco. *Pontes: informações e análises sobre comércio e desenvolvimento sustentável em língua portuguesa*, Cidade, v. 8, n. 5, p. 4-6, ago. 2012.

DRNAS DE CLÉMENT, Zlata. El sistema de solución de controversias de Unasur y su coherencia con el modelo de integración de ese proceso. *Anuario del CIJS*, v. 11, p. 337-350, 2008.

DUARTE, Maria Luísa. O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem: uma defesa do “triângulo judicial europeu”. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Armando M. Marques Guedes*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 735-760.

DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e direitos fundamentais (no espaço da internormatividade)*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 2006.

DUA|RTE, Maria Luísa. *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2010.

FAGUNDES CUNHA, J. S.; GUERRA, Gustavo Rabay. Crises e perspectivas do desenvolvimento latino-americano: a necessidade de harmonização legislativa e de criação de um tribunal para a Unasul. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, ano 2, n. 12, p. 13.613-13, 2013. p. 630.

FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (Ed.). *The Oxford handbook of the history of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Max. La jurisdicción de la Corte Centroamericana de Justicia (análisis de la demanda contra el Estado de Costa Rica). *Revista de Derecho Comunitario, Internacional y Derechos Humanos*, San José (Costa Rica), n. 1, p. 308-337, Julio/Diciembre 2010.

GIAMMATTEI AVILÉS, Jorge Antonio. El Tribunal de la Comunidad Centroamericana: su naturaleza, su competencia. In: CARDUCCI, Michele; RIBERI, Pablo (Org.). *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane: casi e materiali*. Torino: Giappichelli, 2014. p. 64-78.

GOMES, Carla Amado. Os impactos da União Europeia no sistema judicial de seus países membros: entre a autonomia processual e a tutela jurisdicional efetiva. In: VIDAL, Márcio (Org.). *Direito de integração no Mercosul: os desafios jurídicos e político-institucionais da integração regional*. Cuiabá: TJMT, 2012. p. 139-146.

GUTIÉRREZ, Carlos José. *La Corte de Justicia Centroamericana*. San José: Juricentro, 1978.

KERSFFELD, Daniel. El papel de la Unasur ante los conflictos internacionales: dos estudios de caso. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, año LVIII, n. 218, p. 193-208, mayo-agosto 2013.

LAFER, Celso. A ilegalidade da incorporação da Venezuela. *Jornal Folha de S.Paulo*, de 04 jul.2012, Caderno Opinião, p. A3.

LEÓN GÓMEZ, Adolfo. *La Corte de Managua: defensa de su institucionalidad*. Managua: CCJ, 1997.

LEÓN GÓMEZ, Adolfo. *Doctrina de la Corte Centroamericana de Justicia: resoluciones, precedentes, votos disidentes*. Managua: Universidad Centroamericana, 2002.

LOBO LARA, Francisco Darío. La jurisdicción obligatoria de la Corte Centroamericana de Justicia en el marco de la integración centroamericana. In: VIDAL, Márcio (Org.). *Direito de integração no Mercosul: os desafios jurídicos e político-institucionais da integração regional*. Cuiabá: TJMT, 2012. p. 119-128.

- LORENTZ, Adriane Cláudia Melo. *O Tratado de Lisboa*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- MAZA, Emilio. *La Corte de Justicia Centroamericana: comentarios*. San Salvador: Organización de Estados Centroamericanos, 1966.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: CARDUCCI, Michele; RIBERI, Pablo (Org.). *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane: casi e materiali*. Torino: Giappichelli, 2014. p. 133-161.
- MIRANDA, Haideer, El reconocimiento del derecho comunitario en la jurisprudencia de la Sala Constitucional: límites a su supremacía. *Revista de Derecho Comunitario, Internacional y Derechos Humanos*, San José (Costa Rica), n. 1, p. 338-361, jul./dez. 2010.
- MONTOYA, Ariel. *Sentencia de la Corte Centroamericana de Justicia: conflicto entre poderes del Estado de Nicaragua*. Managua: Esquipulas Zona Editorial, 2005.
- NYMAN-METCALF, Katrin; PAPAGEORGIOU, Ioannis. *Regional integration and Courts of Justice*. Antwerpen: Intersentia, 2005.
- O'KEEFE, Thomas Andrew. *Latin american and caribbean: trade agreements (keys to a prosperous Community of Americas)*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009.
- PERALTA, Ricardo Acevedo. *Aplicación de las normas comunitarias centroamericanas en los Estados miembros del SICA*. Managua: CCJ, 2011.
- SCOTTI, Luciana B. La Unión de Naciones Suramericanas: una joven expresión de integración regional en América del Sur. In: NEGRO, Sandra (Dir.). *Derecho de la integración: evolución jurídico-institucional*. Buenos Aires: B de F, 2012. p. 105-134.
- VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración: Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*. Buenos Aires: B de F, 2011.

