

# Publicações da Escola da AGU

---

## 1º Curso: Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa volume 1

---

n. 35 set./out. 2014 - Brasília-DF

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 35	p. 1-304	set./out. 2014
------------------------------	----------	-------	----------	----------------

# Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União  
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800  
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370  
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

## ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

### DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo de Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Paulo Henrique Kuhn	Procurador-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretária-Geral de Contencioso

### ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
André Luiz de Almeida Mendonça	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

### EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

### COORDENADORES DA PUBLICAÇÃO

Mariana Filchtiner Figueiredo  
Juliana Sahione Mayrink Neiva  
André Luiz de Almeida Mendonça

### Conselho Editorial

Juliana Sahione Mayrink Neiva  
André Luiz de Almeida Mendonça  
Mariana Filchtiner Figueiredo  
Eugênio Battesini

**Apoio Institucional:** Escola da AGU

**Diagramação/Capa:** Niuza Lima/Glúcia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: 3º Curso 1º Curso: Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano V, n. 35, v. 1 (set/out. 2014).

Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral e a partir do ano IV, n° 14 periodicidade mensal.

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDU 34 (05)

CDD 340 . 5

# SUMÁRIO

Apresentação .....	7
O Direito à Memória e o Tribunal Penal Internacional: uma abordagem da participação das vítimas <i>The Right to Memory and the International Criminal Court: the victims participation</i> <i>Alessandra de Abreu Minadakis Barbosa</i> .....	9
Direitos Humanos: pena de morte na União Europeia e no Brasil <i>Human Rights: the death penalty in the European Union and in Brazil</i> <i>Alessandra Chaves Braga Guerra</i> .....	23
Breve Análise da Atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos no Caso Pretty vs Reino Unido <i>Brief Analysis of the Role of the European Court of Human Rights Case in Pretty Vs United Kingdom</i> <i>Alexandre Elio Scariot</i> <i>Tahiana Viviani Vieira</i> .....	39
A Saúde Pública na Fronteira Brasil-Uruguai <i>Public Health On Brazil-Uruguay Border</i> <i>Alice Prezotto Iankowski</i> .....	51
Breve Estudo Comparativo entre as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos <i>Brief Comparative Study between European and Interamerican Courts of Human Rights</i> <i>Aline Alves dos Santos</i> <i>Gabriela Borgato Penha Fonseca</i> .....	67
A análise do Processo de tomada de Decisões das Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos sob o enfoque do Direito à Vida <i>The Analysis of the Decision Making Process of Inter-American and European Human Rights Courts Focusing on the Right to Life</i> <i>Andrea de Quadros Dantas Echeverria</i> .....	81
O Direito Humano Fundamental de Acesso à Informação Pública: a perspectiva do direito comparado, a implementação da lei nº 12.257/2011 e os seus reflexos para a accountability democrática no Brasil <i>The Basic Human Right to Freedom of Information: a Comparative Legal survey, the Implementation of the 12527 act and its consequences for democratic accountability in Brazil</i> <i>Camila Gomes Peres</i> .....	105

Breves Notas sobre as Formas de Recuperação do Crédito Público no Brasil e na Itália <i>Brief Notes about the ways to recover the Public Credit in Brazil and Italy</i> Carlos Henrique Araújo da Silva .....	125
Breves Considerações sobre a União Européia e a Proteção da Pessoa com Deficiência no Direito Comunitário <i>Brief Observations on European Union and the Protection of the Disabled Person In Community Law</i> Claudio André Raposo Machado Costa .....	137
O Tribunal de Justiça da União Europeia: um modelo e um desafio para o Mercosul <i>The Court of Justice of the European Union: a model and a challenge for Mercosur</i> Debora Vasti da Silva do Bomfim Denys.....	159
Breve Análise sobre o Sistema de Transporte Rodoviário de Passageiros no Brasil e a Regulamentação do Modal sob a Perspectiva do Mercosul e da União Europeia <i>Brief Analysis on the System of Road Passenger Transport in Brazil and the modal Regulations from the Perspective of Mercosur and the European Union</i> Denise Arêa Leão Barreto.....	181
A Relativização da Soberania dos Estados-Membros na União Europeia: Algumas lições para a criação de uma consciência supranacional na América Latina <i>The Relativization of Sovereignty of Member States in the European Union: Some Lessons for the creation of a supranational consciousness in Latin America</i> Diogo Luiz da Silva.....	197
Adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional: implicações constitucionais <i>Brazil Adhesion to the International Criminal Court: constitutional implications</i> Érica Soares Gusmão .....	215
Comparação e Harmonização de Sistemas Jurídicos: princípios de direito europeu de responsabilidade civil <i>Comparison and Harmonization of Legal Systems: principles of european tort law</i> Eugênio Battesini.....	235

As Cortes Internacionais de Haia: um breve panorama sobre a corte internacional de justiça e o tribunal penal internacional <i>The International Courts in The Hague: a brief overview of the international court of justice and the international criminal court</i> <i>Felícia Carvalho Machado</i> .....	253
O Princípio da Boa-Fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro e no Direito Europeu – uma breve comparação <i>The Principle of Good Faith in the Brazilian Law and in the European Law - a brief comparison</i> <i>Gisela Werneck Moreira Penna de Lima</i> .....	267



## APRESENTAÇÃO

É com imensa satisfação que apresentamos ao público a coletânea de artigos produzidos no contexto do Curso “*Le Corti Internazionali, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa – Studi Comparati tra Istituzioni e Sistemi*”, realizado entre os dias 30 de junho e 12 de julho de 2014, nas cidades de Roma, Bruxelas e Haia. Consolidando o terceiro ano de uma parceria institucional entre a Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal e a Università di Roma – Tor Vergata, o Curso de 2014 assegurou especial relevo ao estudo dos instrumentos de proteção dos direitos humanos, em nível internacional e comunitário. Para tanto, além das intensas atividades desenvolvidas em sala de aula, oportunizaram-se visitas institucionais em Bruxelas (Parlamento Europeu, Comissão Europeia e Conselho Europeu), Haia (Corte Internacional de Justiça e Tribunal Penal Internacional) e Roma (Conselho de Estado e *Avvocatura di Stato*).

Firmando sua inserção no cenário internacional, a Escola da Advocacia-Geral da União cumpriu mais uma vez com a missão constitucional assinada às Escolas de Governo (CF, art. 39, § 2º), qual seja, atuarem para a formação e o aperfeiçoamento permanentes dos servidores públicos. Por meio de um instigante programa de estudos e visitas, este 3º Curso junto à Università di Roma – Tor Vergata propiciou a aproximação dos Advogados Públicos brasileiros com órgãos estruturantes da União Europeia: seu funcionamento, recursos materiais e humanos, desafios por serem cumpridos. Além disso, permitiu o acesso à experiência acumulada pelas Cortes Internacionais de Haia, estimulando o debate e o questionamento com os interlocutores que lá nos receberam. O convívio agradável no Campus X, marcado pela constante disponibilidade dos professores em aprofundar a análise dos pontos expostos em sala de aula, enfim, tornou os momentos de aprendizagem uma vivência muito mais rica e gratificante para todos.

A presente obra coletiva, publicada em dois volumes pela Escola da Advocacia-Geral da União, congrega os artigos científicos produzidos pelos participantes, uma turma formada precipuamente por Advogados da União, Procuradores Federais e Procuradores da Fazenda Nacional. A temática dos direitos humanos está presente em vários dos textos produzidos, grande parte dos quais optou pela perspectiva comparatista, em termos doutrinários e jurisprudenciais. Reflexo da diversidade de conteúdos abordados por esse 3º Curso, outro grupo de artigos se dedicou ao exame de aspectos institucionais e estruturais da União Europeia e das

Cortes Internacionais, igualmente suscitando as inevitáveis comparações com o sistema interamericano ou o direito brasileiro.

Resta-nos expressar, neste momento, o desejo de que a obra coletiva encontre no público o mesmo entusiasmo que a Advocacia-Geral da União, por sua Escola e por seus membros, imprime no comprometimento com suas funções e na defesa intransigente do interesse público. Que os textos aqui reunidos possam servir de estímulo ao debate e ao aprimoramento profissional, estimulando novos enlances entre os mundos acadêmico e profissional.

*Mariana Filchtiner Figueiredo*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com estágio doutoral (“doutorado-sanduiche”) junto ao *Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik* em Munique, Alemanha. Especialista em Direito Municipal pelo Centro Universitário Ritter dos Reis e pela Escola Superior de Direito Municipal (UNIRitter/ESDM). Advogada da União.

---

# O DIREITO À MEMÓRIA E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: UMA ABORDAGEM DA PARTICIPAÇÃO DAS VÍTIMAS

*THE RIGHT TO MEMORY AND THE INTERNATIONAL CRIMINAL  
COURT: THE VICTIMS PARTICIPATION*

---

*Alessandra de Abreu Minadakis Barbosa  
Procuradora Federal da Advocacia-Geral da União  
Mestranda em Direitos Humanos na Universidade Federal de Goiás*

SUMÁRIO: 1 Tribunal Penal Internacional: algumas considerações introdutórias; 2 O Direito à Memória e a Memória das Vítimas; 4 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** As atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial foram a causa principal para que a comunidade internacional reclamasse por um sistema judicial imparcial, independente e permanente, que tivesse por objetivo o processo e julgamento dos mais graves crimes cometidos contra a humanidade. Esse esforço resultou na criação do Tribunal Penal Internacional, em 17 de julho de 1998. O Estatuto de Roma representou uma oportunidade histórica, através da extensão de uma série de direitos às vítimas nos seus procedimentos, a quem foi possibilitada a participação no procedimento criminal internacional juntamente com o Procurador. Com a possibilidade de participação e o reconhecimento do seu sofrimento, à vítima é permitida a elaboração do seu passado, o que reduz os efeitos desse passado e contribui para cessar um ciclo repetitivo. A memória das vítimas é fundamental para revisar a história e para construir a justiça, e o TPI representa uma grande contribuição para o resgate da memória das vítimas, ajudando no rompimento do ciclo de violência que o esquecimento perpetra.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tribunal Penal Internacional. Estatuto de Roma. Vítimas. Direito à Memória.

**ABSTRACT:** The atrocities committed during the Second World War were the main cause for the international community claimed by a judicial system independent, impartial and permanent, which had as objective the process and trial of the most serious crimes committed against humanity. This effort resulted in the creation of the International Criminal Court in July 17, 1998. The Rome Statute represented a historic opportunity, through the extension of a series of rights for victims in their procedures, to whom it was made possible the participation in international criminal procedure along with the Attorney. With the possibility of participation and recognition of their suffering, the victim is allowed the preparation of its past, which reduces the effects of this past and contributes to cease a repetitive cycle. The memory of the victims is crucial to review the history and to build justice and the ICC represents a major contribution to the rescue of the victims, assisting in breaking the cycle of violence that oblivion perpetrates.

**KEYWORDS:** International Criminal Court. Rome Statute. Victims. Right to Memory.

## **1 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS**

As atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial foram o principal impulso para que as nações entendessem a necessidade da criação de um corpo normativo supranacional, que identificasse e consagrasse um rol mínimo de direitos fundamentais reconhecidos como inerentes à pessoa humana, e dotasse a comunidade internacional de um sistema de proteção a esses direitos.

Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli:

O principal legado do Holocausto para a internacionalização dos direitos humanos, consistiu na preocupação que gerou no mundo pós-Segunda Guerra, acerca da falta que fazia uma arquitetura internacional, de proteção de direitos humanos, com vistas a impedir que atrocidades daquela monta viessem a ocorrer novamente no planeta. Daí por que o período do pós-guerra significou o resgate da cidadania mundial – ou a reconstrução dos direitos humanos –, baseada no princípio do “direito a ter direitos”, para se falar como Hannah Arendt. (p. 1077)

Através da Convenção de Londres, de 8 de agosto de 1945, as quatro potências aliadas instituíram o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, com o objetivo de julgar os acusados de cometer crimes contra a humanidade, crimes contra a paz e os crimes de guerra cometidos durante a Segunda Guerra Mundial.

Além do Tratado de Londres, uma série de outras normas jurídicas relativas aos crimes de guerra e contra a humanidade foram surgindo, como a Convenção das Nações Unidas para prevenção e repressão de crimes de genocídio, de 9 de dezembro de 1948, as Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, a Convenção das Nações Unidas de 30 de novembro 1973 sobre o apartheid, a Convenção de Nova York de 10 de dezembro de 1976 sobre a utilização de técnicas de modificação do meio ambiente, dentre outras (VIDAL, p. 737).

O Conselho de Segurança da ONU, através da Resolução 808 de 22 de fevereiro de 1993, instituiu no campo penal dois tribunais ad hoc, o Tribunal Penal Internacional para julgamento dos crimes praticados na ex-Iugoslávia, e pela Resolução 955 de 8 de novembro de 1994, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, ambos com sede em Haia.

Apesar de já ter sido um avanço para a época, pois não representava mais um julgamento dos vencidos pelos vencedores, mas o julgamento

dos violadores por uma Corte instalada por decisão de um organismo internacional, ainda não era a solução ideal, pois ainda dependia da decisão política de um órgão que nem sempre representava a vontade dos Estados.

A comunidade internacional reclamava, então, por um sistema judicial imparcial, independente e permanente, que tivesse por objetivo o processo e julgamento dos mais graves crimes cometidos contra a humanidade. Para Sylvia Helena F. Steiner, “reconhece-se que a segurança da humanidade, em certa medida, depende da existência de uma ordem internacional dotada de um sistema penal punitivo, como corolário da própria ordem legal internacional” (STEINER, p. 994).

O primeiro projeto de estatuto de um Tribunal Penal Internacional no âmbito das Nações Unidas foi elaborado no início da década de 90 e apresentado na Assembleia Geral, que estabeleceu um Comitê com a participação de todos os Estados-membros e de observadores das Nações Unidas para discussão e apresentação de emendas entre os anos de 1996 e 1998. Os trabalhos do Comitê culminaram na apresentação de um projeto reformado para discussão na Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, reunida em Roma em junho e julho de 1998. Em 17 de julho de 1998, foi aprovado o Estatuto de Roma, criando o Tribunal Penal Internacional.

Já em seu Preâmbulo, o Estatuto reconhece que os graves crimes cometidos no século XX constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade, que não se pode tolerar a impunidade dos infratores. Assim, no interesse das gerações presentes e futuras, os Estados decidem estabelecer uma Corte de caráter permanente, independente, com competência sobre os crimes mais graves de transcendência para a comunidade internacional em seu conjunto (Steiner, p. 995-996).

Como instituição permanente, o TPI exercerá sua jurisdição sobre pessoas, em relação aos crimes mais graves de transcendência internacional, em caráter complementar à jurisdição interna.

O Tribunal Penal Internacional tem sede em Haia, personalidade jurídica internacional e vincula-se ao sistema das Nações Unidas. Sua competência este descrita no art. 5º do Estatuto, e compreende o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão.

O Tribunal só tem jurisdição sobre os Estados-Partes no Estatuto, os quais, ao ratificarem o Estatuto, aceitaram sua competência obrigatória. A jurisdição do TPI não é estrangeira, mas internacional.

A iniciativa da investigação é do Procurador, de ofício ou por provocação do Estado-Parte ou do Conselho de Segurança da ONU.

O Estatuto de Roma prevê o respeito absoluto ao princípio *nullum crimen sine lege* (art. 22), à taxatividade dos delitos (art. 22, 2), o princípio *nulla poena sine lege* (art. 23), e o princípio da não retroatividade *ratione personae* dos delitos internacionais (art. 24). Cabe ressaltar que não é admitida pena de morte, sendo a prisão perpétua a sanção mais gravosa.

O TPI é composto pela Câmara de Julgamento Preliminar, pela Câmara de Primeira Instância e pela Câmara de Apelações, além da Procuradoria e da Secretaria.

O corpo judicial é composto de dezoito juízes escolhidos pela Assembleia dos Estados-Partes, exigindo o Estatuto que haja equilíbrio da representação de gênero, representação dos principais sistemas jurídicos e distribuição geográfica equitativa.

## 2 O DIREITO À MEMÓRIA E A MEMÓRIA DAS VÍTIMAS

Segundo uma das premissas de Halbwachs, a memória se constitui a partir de experiências, não de conhecimentos abstratos.

Para reconstituir casos de desaparecimento, por exemplo, o pesquisador depara-se com a impossibilidade fática do testemunho do desaparecido. O que é possível são relatos de ex-presos e perseguidos políticos sobreviventes.

Referindo-se ao Holocausto, o filósofo Agamben afirma:

[...] el testimonio adquiere entonces, necesariamente, una estructura dual que vincula a quien no puede testimoniar (el musulmán) con quien testimonia em su nombre, por delegación: el sobreviviente. Así, el testimonio del sobreviviente contiene en su centro algo que es, esencialmente, intestimoniable. Se trata de um testimonio que val por lo que falta, es decir, por la palabra ausente de quien ya no está. (AGAMBEN, *apud* BAUER, p. 80)

O utilização do testemunho de um ex-presos ou perseguido político pra expressar a percepção daquele que desapareceu e não pode mais relatar o que ocorreu identifica um fenômeno que a Psicologia interpreta como “processo transferencial” (BAUER, p. 80). Porém, existem limites para essa representação. Cabe ao pesquisador conferir racionalidade aos relatos sobre situações-limite e traumas, e dar-lhes um sentido.

Para Mariana Pimentel Fischer Pacheco, o direito à memória é uma exigência ética. Pacheco aporta-se na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, e algumas de suas noções como a de história efetiva. É a hermenêutica partindo da historicidade. Gadamer busca

demonstrar que a razão deve ser recuperada na historicidade do sentido, e que essa tarefa constitui-se na auto-compreensão que o ser humano alcança como participante e intérprete da tradição histórica.

Para Gadamer, uma formação mais próxima acontece pela abertura para a experiência. A relevância para o direito à memória é aprender a carregar a história e a lidar com o passado e suas frustrações e feridas.

O intérprete, dentro do círculo compreensivo, mesmo envolvido e condicionado pela história, pode abrir-se à alteridade do texto. A interpretação não visa decodificar conteúdos nem descobrir o que o texto “quer dizer”, mas buscar o seu potencial. “A boa escuta deve, portanto, estar atenta ao texto e ao contexto” (PACHECO, p. 256).

A hermenêutica convida à conversação oral, cuja importância fundamenta-se em sua concretude e em sua capacidade de afetar integralmente, não apenas por argumentos. Gadamer se interessa, acima de tudo, pela força estética de uma conversação.

Gadamer valoriza a palavra falada por estar intrinsecamente ligada a eventos integrais.

Situar-se historicamente significa compreender sempre a partir de determinado horizonte, o que significa reconhecer a diferença entre o que é histórico em relação à significação presente.

A abertura à alteridade, para Gadamer, dá-se por um processo ao qual ele utiliza a palavra “Bildung”. A tradução seria “formação ou educação”, mas Gadamer utiliza a definição hegeliana como ponto de partida de sua argumentação, sem, no entanto, prender-se a ela. A divergência diz respeito à universalidade, que na dialética hegeliana conecta-se ao movimento em direção a um conhecimento absoluto, cujo ápice tornaria a história transparente, enquanto para a hermenêutica a consciência é finita, e aquilo que se dá na história supera o que podemos conhecer.

Gadamer explica que a superação da dor de uma perda (talvez de alguém querido), por exemplo, não é esquecê-la. O luto não leva à extinção da dor, mas à aceitação da perda e à elaboração (que só pode ser compreendida concretamente e singularmente) de um modo de carregar a dor. O sofrimento não vai embora sem deixar marcas, aprendemos a lidar melhor com ele quando o admitimos como parte de nossas vidas. A dor está aí, modificada, ainda quando nos havemos sobrepostos a ela. (PACHECO, p. 262)

Bildung é a tomada de consciência do processo em que estamos situados, em que aprendemos com a tradição, e que dá ao ser humano a abertura para atitudes não dogmáticas. Uma das principais consequências

é que, a partir da interpretação gadameriana, a ética requer proteção da mobilidade e da memória, mas o resultado da elaboração do passado é imprevisível e deve estar sustentado em um modo de vida comum.

Freud já dizia que o que não é lembrado repete-se na vida do sujeito sem que ele se dê conta.

Elaborar o passado implica em deixar de se afetar por ele e em cessar um ciclo repetitivo e permitir que seja diferente. Isso significa ir além de uma justiça exclusivamente punitiva, embora esta não possa ser excluída. O diferencial que a hermenêutica traz a essa avaliação é que punir ou perdoar são escolhas a serem feitas situadamente.

Já Castor M. M. Bartolomé Ruiz questiona qual o significado da narrativa da vítima como testemunha.

A perspectiva do testemunho da vítima e da vítima como testemunha excede os conceitos da verdade científica da empiria, da verdade jurídica imparcial e da objetividade histórica dos fatos externos (RUIZ, p. 71).

A vítima relata o sofrimento, lado mais obscuro da violência, acusa vitimários e vencedores. Já os vitimários utilizam do esquecimento para impor sua “verdade”. “Para as vítimas, a verdade é conexas com a memória, enquanto os vitimários fazem prevalecer sua verdade pelas estratégias de esquecimento” (RUIZ, p. 72).

As versões da violência quase sempre têm dois lados: o oficial, dos vitimários, e seu anverso, a versão das vítimas. Por meio do esquecimento, os vitimários buscam esconder a barbárie, apagar o fato violento, ocultar as vítimas da violência. É uma estratégia política que legitima a nova ordem social, garante a impunidade dos vitimários e legitima a violência.

Negando a violência, nega-se, também, as vítimas. E negando-se e ocultando a injustiça, condena-se a vítima à morte histórica. Além da injustiça da violência, sofrem a injustiça do esquecimento.

Outra consequência das políticas de esquecimento é a naturalização e perpetuação da violência. O esquecimento formal normaliza a violência e a propaga como modo natural de agir.

As estratégias de esquecimento se tornaram políticas de Estado, como podemos citar o estado de exceção brasileiro de 1964 a 1988.

A verdade é objeto de disputa política entre vitimários e vítimas em relação às narrativas de violência, e os efeitos de poder dependem da capacidade de imposição como verdadeiras.

A política do esquecimento é a história dos vencedores, legitimada como única ordem legal. Não faz justiça e propicia a reprodução da

violência. Para uma justiça histórica, deve-se recorrer à memória das vítimas. Sem memória da injustiça é impossível fazer justiça.

A luta política é também uma luta pela memória e pelo sentido dos acontecimentos, uma vez que os vencedores da história pretendem sepultar sua barbárie sob o manto do esquecimento (RUIZ, p. 73).

Walter Benjamin desafia a história a olhar a partir de um outro ângulo, a memória da vítima e seu testemunho (*apud* Ruiz, p. 73). Para isso, é preciso “recolher o grito silenciado das vítimas que percorre nossa história clamando por memória” (*idem*).

O esquecimento o sufoca como inexistente, e a memória o recupera como possibilidade de revirar os acontecimentos da história. As políticas de olvido negaram a memória das vítimas, tentaram apagar a possibilidade de seu testemunho. Sua memória e testemunho são as ferramentas epistemológicas que possibilitarão escovar a história na procura de um outro sentido para os acontecimentos sofridos. A justiça devida há de ser uma justiça a partir das vítimas, que exige a memória da injustiça sofrida. A memória torna-se o recurso por excelência para revirar a história e poder construir uma justiça das vítimas. (RUIZ, p. 73 e 74)

A memória das vítimas é fundamental para revisar a história. Porém, como dimensão humana, a memória é paradoxal, e não é qualquer memória que valida um testemunho nem faz justiça. A memória tem o poder de dar sentido aos fatos, podendo ressignificá-los de várias formas. Tamanho potencial hermenêutico faz da memória objeto de cobiça política. “Quem tiver o poder de significar a memória poderá controlar seus resultados, utilizando-a inclusive para as estratégias de esquecimento” (RUIZ, p. 74).

Tanto vítimas quanto vitimários constroem sua memória sobre o passado. A mera invocação da memória não garante justiça, pois nem toda memória é justa. No entanto, apenas através da memória podemos falar em justiça para as vítimas.

A memória é necessária para a justiça, mas não é qualquer memória que faz justiça, é a memória anamnética. Para evitar abusos, temos que vincular a memória com o objetivo da justiça: restaurar a alteridade ferida das vítimas. Com isso se exclui a vingança e o ressentimento.

Ruiz embasou-se nos estudos de Giorgio Agamben sobre a testemunha.

Para o direito, a testemunha tem valor quando imparcial, quanto mais conseguir narrar fatos acontecidos com uma distância objetiva. Por essa ótica, o testemunho pela vítima aparece suspeito de subjetividade.

Agamben atribui importância ao testemunho da vítima partindo de outra perspectiva, outorgando-lhe uma singularidade única. Só a testemunha pode narrar a verdade oculta no sofrimento vivido.

O testemunho da vítima revela uma verdade impossível de ser apresentada por um terceiro imparcial, a verdade oculta do sofrimento da vítima. É a subjetividade do testemunho que dá à narrativa uma verdade que não poderia ser alcançada de outra forma. A violência narrada por um terceiro cai facilmente na banalidade, ao passo que o testemunho da vítima impede essa banalização.

A vítima não se limita a narrar o que aconteceu, ela produz o acontecer. Sua narrativa instaura um novo acontecimento.

Mesmo com todos os recursos narrativos, há algo de indizível no testemunho da vítima, que não pode ser traduzido em palavras.

Os desaparecidos também podem ser “testemunhas”. Nesse caso, falam através do silêncio de sua desapareição. Sua ausência é o testemunho que retrata toda a violência sofrida de forma mais contundente que qualquer palavra.

A impossibilidade da linguagem do desaparecido torna a aparente impossibilidade do dizer em possibilidade de testemunho pleno. Seu testemunho se fez na forma da linguagem muda, se silêncio eloquente, talvez o testemunho mais dizível da indizibilidade da barbárie (RUIZ, p. 81).

As violências históricas não se superam com falsas políticas de esquecimento. Sem políticas de memória e justiça, tendem a se repetir e reaparecem como exigências de reparação das injustiças.

As verdadeiras testemunhas são as que viveram a violência, e muito não pode ser dito porque é impossível de ser traduzido em palavras. E as testemunhas mais radicais não podem mais dizer porque morreram vitimadas por essa violência. Mas seu silêncio é o testemunho.

Para concluir, outra reflexão que cabe ser feita foi despertada por um sobrevivente da Shoá, Jean Améry. Trata-se do direito ao ressentimento.

Para Améry, o ressentimento que advém de situações de extrema violência, deve ser considerado uma virtude moral, capaz de comunicar um protesto contra o esquecimento, e não uma patologia ou imoralidade (*Apud* GRIN, p. 127).

Para ele, o ressentimento pode recriar o mundo, colocando o perpetrador inexoravelmente diante do seu próprio crime (*Idem*, p. 135). É um convite à reflexão sobre como o ressentimento pode ser uma virtude moral, um protesto moral, contra toda forma de submissão a agendas políticas que pressupõem o perdão e a reconciliação como prioridade moral e como condição de estabilidade social (GRIN, p. 135).

### 3 A PARTICIPAÇÃO DAS VÍTIMAS NOS JULGAMENTOS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL COMO RECONHECIMENTO E RESGATE DA MEMÓRIA

A entrada em vigor do Estatuto de Roma representou uma oportunidade histórica, através da extensão de uma série de direitos às vítimas nos seus procedimentos.

Dentre várias inovações trazidas pelo Tribunal Penal Internacional, destaca-se a possibilidade das vítimas participarem do procedimento criminal internacional juntamente com o Procurador.

No entanto, essa participação não implica na satisfação de todos os seus anseios, pois há uma distância entre as expectativas das vítimas pelo reconhecimento do que sofreram e a reparação do mal ao qual foram submetidas.

Os direitos reconhecidos pelo Estatuto de Roma inovam formal e materialmente, permitindo às vítimas uma representação ativa no procedimento.

A primeira menção às vítimas dá-se já no Preâmbulo do Estatuto: *Tendo presente que, neste século, milhões de crianças, mulheres e homens foram vítimas de atrocidades que desafiam a imaginação e comovem profundamente a consciência da humanidade.*

O conceito de vítima no Estatuto está atrelado à noção de dano, porém não se restringe à pessoa natural, alcançando, também, instituições de utilidade pública ou afetadas à consecução de fins públicos (SOUZA PINTO, p. 404).

Considerando a possibilidade em distinguir a participação das vítimas na fase perante o Juízo de Instrução e o Juízo de Julgamento, entende-se pela fase perante o Juízo de Instrução aquela que compreende as investigações preliminares, a verificação da competência do Tribunal, a análise da admissibilidade da causa, discussão sobre caracterização do ilícito e outras questões que sejam levadas perante o Juízo de Instrução (SOUZA PINTO, p. 405).

Nessa primeira fase, a vítima tem o direito de participar, de opinar e de serem informadas de todas as decisões relativas a esta investigação. O artigo 15 (3) materializa esse princípio:

3. Se concluir que existe fundamento suficiente para abrir um inquérito, o Procurador apresentará um pedido de autorização nesse sentido ao Juízo de Instrução, acompanhado da documentação de apoio que tiver reunido. As vítimas poderão apresentar representações no Juízo de Instrução, de acordo com o Regulamento Processual.

O artigo 19 (3) descreve as formas como as vítimas podem participar dos procedimentos:

3. O Procurador poderá solicitar ao Tribunal que se pronuncie sobre questões de jurisdição ou admissibilidade. Nas ações relativas a jurisdição ou admissibilidade, aqueles que tiverem denunciado um caso ao abrigo do artigo 13, bem como as vítimas, poderão também apresentar as suas observações ao Tribunal.

Pelo disposto, as vítimas terão o direito de se manifestar e submeter seu ponto de vista, buscando levar ao Juízo de Instrução a verdade dos fatos. Cabe ressaltar que a Regra 50 trata de forma exaustiva da forma como se dará a participação das vítimas.

As vítimas são partes autônoma, logo, não estão vinculadas ao entendimento do procurador. Podem, ainda, interferir nos procedimentos, nos termos dos artigos 51 e 61 do Estatuto de Roma.

Devem, ainda, ser notificadas e poderão se posicionar antes da decisão. É o entendimento desprendido do artigo 53 do Estatuto.

Combinado o artigo 61 do Estatuto de Roma com a Regra 92 (2) e 89, conclui-se que as vítimas devem participar, também, da audiência de confirmação, sendo obrigatória a intimação do seu representante legal.

O artigo 68 (3) é considerado norma geral de participação das vítimas frente ao TPI. Nos termos do citado dispositivo:

3 - Se os interesses pessoais das vítimas forem afetados, o Tribunal permitir-lhes-á que expressem as suas opiniões e preocupações em fase processual que entenda apropriada e por forma a não prejudicar os direitos do arguido nem a ser incompatível com estes ou com a realização de um julgamento equitativo e imparcial. Os representantes legais das vítimas poderão apresentar as referidas opiniões e preocupações quando o Tribunal o considerar oportuno e em conformidade com o Regulamento Processual.

Ao dar o direito de participação às vítimas, alguns doutrinadores defendem que o Estatuto viola os direitos dos acusados, pois abalaria o princípio da paridade de armas. Entretanto, deve-se atentar para o fato de que as vítimas não são partes, mas participantes.

O processo cada vez mais acentuado de universalização dos direitos humanos traz como consequência a possibilidade de concretização dos suprarreferidos direitos de participação das vítimas previstos pelo

Estatuto de Roma, considerando que a existência de tais prescrições somente foi possível a partir do reconhecimento de direitos da pessoa física em âmbito internacional. (GUIMARÃES E MIRANDA, p. 180)

Assim, cristaliza-se o entendimento de que o indivíduo tem direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direitos. O Tribunal Penal Internacional é coerente com essa ideia, dando primazia à pessoa humana.

A regra nº 85 das Regras de Procedimentos e Provas do Tribunal Penal Internacional menciona, não exaustivamente, o que se entende por vítimas:

(a) por “vítimas” entender-se-ão as pessoas naturais que tenham sofrido um dano como consequência do cometimento de algum crime da competência do Tribunal;

(b) por vítimas poder-se-ão entender também as organizações ou instituições que tenham sofrido danos diretos a algum de seus bens que esteja dedicado à religião, à instrução, às artes, às ciências ou à beneficência, e a seus monumentos históricos, hospitais e outros lugares e objetos que tenham fins humanitários.

A participação da vítima possui limitações, pois não pode ser incompatível com um julgamento justo, imparcial e rápido (GUIMARÃES e MIRANDA, p. 184).

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Pode-se dizer que o Tribunal Penal Internacional demonstra que o Direito Penal pode ser permeado pelas vítimas, sem que isso represente um retorno à vingança ou à justiça privada.

Estudos desenvolvidos sobre o tema revelam que as maiores expectativas das vítimas enquanto participantes de processos judiciais são “ter suas vozes ouvidas; participar da instrução do caso; ser tratadas com respeito e justiça; ter informações acerca do caso e de seu progresso; obter indenização em termos econômicos e emocionais” (GUIMARÃES e MIRANDA, p. 186).

O que se concluiu dos estudos citados por GUIMARÃES e MIRANDA é que o que mais se importa às vítimas não é a punição em si do perpetrador, mas a atenção recebida e o reconhecimento pelo seu sofrimento.

Assim, a lógica da participação das vítimas visa alcançar uma justiça restaurativa, em nítidos contraste com objetivos meramente retributivos (GUIMARÃES e MIRANDA, p. 186).

Com a possibilidade de participação e o reconhecimento do seu sofrimento, à vítima é permitida a elaboração do seu passado, o que reduz os efeitos desse passado e contribui para cessar um ciclo repetitivo.

A memória das vítimas é fundamental para revisar a história e para construir a justiça, e o Tribunal Penal Internacional contribui para que, além de se processar e julgar os crimes de sua competência, dê-se o resgate da memória das vítimas, ajudando no rompimento do ciclo de violência que o esquecimento perpetra.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

BAUER, Caroline Silveira. *Brasil e Argentina: ditaduras, desaparecimentos e políticas de memórias*. Porto Alegre: Medianiz, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARAÚJO, Maria Paula; FICO, Carlos; GRIN, Monica (Orgs.). *Violência na história: memória, trauma e reparação*. Rio de Janeiro: Ponteio, 2012.

GUIMARÃES, Bianca Franco da Rosa; MIRANDA, João Irineu de Resende. *A participação das vítimas nos julgamentos do Tribunal Penal Internacional*. Direitos Fundamentais e Justiça, ano 6, n. 21, out./dez. 2012.

GRIN, Monica (Orgs.). *Violência na história: memória, trauma e reparação*. Rio de Janeiro: Ponteio, 2012.

GRIN, Monica. Reflexões sobre o direito ao ressentimento. In: ARAÚJO, Maria Paula; FICO, Carlos; GRIN, Monica (Orgs.). *Violência na história: memória, trauma e reparação*. Rio de Janeiro: Ponteio, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. O Tribunal Penal Internacional e as perspectivas para a proteção internacional dos direitos humanos no século XXI. In: *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 6).

PACHECO, Mariana Pimentel Fischer. Direito à memória como exigência ética: uma investigação a partir da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, n. 1, jan./jun. 2009).

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

POLLAK, Michael. *Memória, esquecimento, silêncio*. Estudos históricos. Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, 1989.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A testemunha e a memória: o paradoxo do indizível da tortura e o testemunho do desaparecido. *Ciências Sociais Unisinos*, v. 48, n. 2, maio/ago.2012.

SOUSA, Jessie Jane Vieira de. “O que os meus olhos viram às vezes tenho vontade de cegar”. In: ARAÚJO, Maria Paula; FICO, Carlos; GRIN, Monica (Orgs.). *Violência na história: memória, trauma e reparação*. Rio de Janeiro: Ponteio, 2012.

SOUZA PINTO, Gabriel Resende de. As vítimas e o Direito Penal Internacional: por uma participação fundada na teoria do reconhecimento. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, 1º Semestre, 2009.

STEINER, Sylvia Helena F. Tribunal Penal Internacional. In: *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 6).

VIDAL, Simões Hέλvio. Direitos Humanos e Direito Internacional Penal. In: *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 6).

---

# DIREITOS HUMANOS: PENA DE MORTE NA UNIÃO EUROPEIA E NO BRASIL

*HUMAN RIGHTS: THE DEATH PENALTY IN THE EUROPEAN UNION  
AND IN BRAZIL*

---

*Alessandra Chaves Braga Guerra'  
Procuradora Federal*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Direitos Humanos – notas gerais; 2 União Europeia: origem, países integrantes, natureza jurídica, órgãos componentes. Pena de morte na União Europeia; 3 Pena de morte no Brasil: evolução histórica, previsão constitucional e na legislação regulamentadora infraconstitucional; 4 Conclusão: visão crítica sobre a posição brasileira quanto à pena de morte; Referências.

---

1 Atualmente Chefe da Divisão de Defesa das Prerrogativas da Carreira de Procurador Federal e de Divulgação Institucional da Procuradoria-Geral Federal (desde dezembro de 2011). Formada em direito pelo Uniceub (1996) e nutrição pela UnB (1999), especializou-se em direito ambiental (2003 e 2004) pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduada pela Escola Superior do Ministério Público (2000 – Curso: Ordem jurídica e Ministério Público). Foi advogada do Fórum Ambientalista das ONGs de Brasília, advogada no Escritório de Advocacia Janot (1998) e analista judiciária no Supremo Tribunal Federal (entre 2000 e 2002), onde ocupou o cargo de Assessora Jurídica do Gabinete do Diretor-Geral e Chefe de Gabinete do Diretor-Geral.

**RESUMO:** Este artigo objetiva demonstrar a evolução e a aplicação da pena de morte nos sistemas jurídicos da União Europeia e do Brasil, considerando-se que a pena de morte – apesar de todos os esforços internacionais na defesa dos direitos humanos propondo sua extinção – ainda é admitida em alguns ordenamentos jurídicos no mundo. O trabalho se inicia com breves considerações sobre os direitos humanos. Em seguida, refere-se à União Europeia, origem, países integrantes, natureza jurídica e órgãos componentes, fazendo referência à aplicação da pena de morte naquele sistema jurídico. Em outra análise, o artigo faz um histórico sobre a aplicação da pena de morte no Brasil, indicando as previsões constitucionais e infraconstitucionais, e encerra-se com uma crítica quanto à posição brasileira em relação à possibilidade de aplicação da pena de morte.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos. União Europeia. Pena de morte.

**ABSTRACT:** This article aims to demonstrate the evolution and application of the death penalty in the legal systems of the European Union and Brazil, considering that the death penalty - despite all the international efforts to defend human rights proposing extinction - yet is permitted in some jurisdictions in the world. The work begins with brief remarks on human rights. Then refers to the European Union, origin, member countries, legal bodies and components, referring to the application of the death penalty in that legal system. In another analysis, the article brings a history on the application of the death penalty in Brazil, indicating the constitutional and infra regulatory law prescription, and ends with a critique of the Brazilian position regarding the applicability of the death penalty.

**KEYWORDS:** Human Rights. European Union. Death penalty.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva mostrar, em linhas gerais, como a União Europeia (UE) se posiciona frente ao tema pena de morte em relação aos direitos humanos de seus nacionais e em relação aos direitos humanos dos cidadãos não integrantes da UE, posição essa bastante evoluída no que diz respeito à proteção dos direitos humanos universais.

Objetiva, ainda, pontuar a posição adotada pelo Brasil quanto ao tema e demonstrar o resquício da ditadura militar na legislação brasileira, que ainda permeia na Constituição Brasileira de 1988, que aboliu a pena de morte para os crimes comuns, mas a manteve, excepcionalmente, para os crimes militares em tempo de guerra.

Apesar de a pena capital ser internacionalmente aceita em casos de crimes graves em tempo de guerra entre países, foi abolida pela União Europeia em qualquer caso e permanece na legislação brasileira, ainda que não tenha aplicação prática no Brasil há cerca de 145 anos.

### 1 DIREITOS HUMANOS: NOTAS GERAIS

Direitos Humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, qualquer que seja sua nacionalidade, local de residência, sexo, origem, raça, cor, religião, língua ou qualquer outra condição.<sup>2</sup>

São direitos internacionalmente reconhecidos a todas as pessoas, sem discriminação de qualquer natureza. Esses direitos são universais e inalienáveis.

Esses direitos humanos universais são frequentemente definidos e garantidos por tratados, leis, normas internacionais e princípios gerais.

O direito internacional dos direitos humanos acarreta obrigações aos governos dos países no sentido de implementar ações que visem à promover e proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos indivíduos e dos grupos de indivíduos, bem como a se absterem de praticar determinados atos que possam acarretar em violações aos direitos humanos.

O princípio da universalidade dos direitos humanos foi enfatizado pela primeira vez na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, e tem sido reiterado em inúmeras convenções, declarações, resoluções e tratados internacionais sobre direitos humanos.

---

<sup>2</sup> Tradução com adaptações - United Nations Human Rights, Office of the High Commission for Human Rights.

A quase totalidade dos países ratificou ao menos um tratado internacional sobre direitos humanos e cerca de 80% dos países ratificaram em média 4 tratados sobre direitos humanos.

A Organização das Nações Unidas (ONU), instituída em 1945, após o impacto político internacional que a segunda guerra mundial gerou, tem como um de seus objetivos fundamentais promover e encorajar o respeito aos direitos humanos para todos, conforme estipulado na Carta das Nações Unidas<sup>3</sup>.

A ONU estabelece que os direitos humanos incluem o direito à vida e à liberdade, à liberdade de opinião e de expressão, o direito ao trabalho e à educação, entre e muitos outros, destinados a todos, sem discriminação.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um marco na história dos direitos humanos<sup>4</sup>.

3 “Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, ... a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações...” Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948

4 Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Artigo 1

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo 2

1 - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

2 - Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Artigo 3

Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo 4

Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.

Artigo 5

Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo 6

Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.

Artigo 7

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo 8

Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo 9

Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo 10

Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

## Trata-se de importante documento internacional, elaborado por representantes de vários países, de diferentes origens jurídicas e culturais

### Artigo 11

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

### Artigo 12

Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

### Artigo 13

1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.

2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

### Artigo 14

1. Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.

2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

### Artigo 15

1. Todo homem tem direito a uma nacionalidade.

2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

### Artigo 16

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

### Artigo 17

1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.

2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

### Artigo 18

Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular.

### Artigo 19

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

### Artigo 20

1. Todo ser humano tem direito à liberdade de reunião e associação pacífica.

2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

### Artigo 21

1. Todo ser humano tem o direito de fazer parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.

2. Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.

3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

### Artigo 22

Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

### Artigo 23

1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

de todas as regiões do mundo.

A Declaração foi proclamada pela Assembleia-Geral da ONU em Paris, em 10 de Dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III), como norma comum a ser observada por todos os povos e nações.

Estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos.

Desde sua adoção, a declaração foi traduzida em mais de 360 idiomas e inspirou as constituições de muitos Estados e democracias recentes, inclusive a brasileira (Constituição Federal de 1988, artigo 5º).

---

3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo 24

Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

Artigo 25

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

Artigo 26

1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Artigo 27

1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.

2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor.

Artigo 28

Todo ser humano tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

Artigo 29

4. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

5. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Artigo 30

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em conjunto com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, forma a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos.

## **2 UNIÃO EUROPEIA: ORIGEM; PAÍSES INTEGRANTES; NATUREZA JURÍDICA; ÓRGÃOS COMPONENTES. PENA DE MORTE NA UNIÃO EUROPEIA**

A União Europeia foi instituída após a 2<sup>o</sup> Guerra Mundial e teve como líderes desde combatentes a advogados, pessoas que possuíam em comum o ideal de uma Europa em paz, unida e próspera.

Não há definição pacífica quanto à natureza jurídica da União Europeia, tendo em vista não se assemelhar aos organismos internacionais clássicos ou às formas de Estado convencionais.

Nos termos do artigo 42 do Código Civil Brasileiro, é pessoa jurídica de direito público externo, pois possui personalidade jurídica de direito internacional.<sup>5</sup>

Fredys Orlando Sorto<sup>6</sup> apresenta seis diferentes teorias para definir a natureza jurídica da União Europeia: a) teoria federalista, segundo a qual a UE seria um Estado Federal (corrente inicial e, hoje, abandonada); b) teoria internacionalista, segundo a qual a UE seria formada por organizações internacionais tradicionais (não corresponde à realidade, pois a UE não é mera organização internacional); c) teoria funcionalista, pela qual a UE não seria considerada um Estado, mas uma organização com “finalidades especiais”, sobretudo econômicas (teoria superada pelos avanços em vários campos além do econômico); d) teoria da organização supranacional, que pressupõe a existência de um poder criado pelos Estados pactuantes e posto acima deles por força de tratado internacional pelo qual os Estados se vinculam juridicamente; e) teoria confederalista, segundo a qual a UE seria uma confederação, associação temporária de Estados soberanos que visam interesses comuns e se subordinam a um governo central. Os Estados mantêm sua soberania e têm direito de secessão (não corresponde à realidade da UE). Para Sorto, já citado, a União Europeia não é nem organização intencional, nem Estado soberano territorial, mas, sim, organização política de natureza

5 Código Civil Brasileiro, art. 42:

“Art. 42. São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público.”

6 SORTO, Fredys Orlando. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia*: status jurídico dos Direitos humanos em face de novo modelo de organização política. Verba Juris, ano 5, n. 5, jan./dez. 2006.

jurídica transitória: tipologicamente não é Estado, nem organização internacional tradicional. Para ele, trata-se de ordem jurídica composta por unidades soberanas que se mantêm unidas em razão da solidariedade e de interesse comum.

A União Europeia é composta por vinte e oito países, com ingressos entre 1952 e 2013. São eles:

Alemanha – 1952	Hungria – 2004
Áustria – 1995	Irlanda – 1973
Bélgica – 1952	Itália – 1952
Bulgária – 2007	Letônia – 2004
Chipre – 2004	Lituânia – 2004
Croácia – 2013	Luxemburgo – 1952
Dinamarca – 1973	Malta – 2004
Eslováquia – 2004	Países Baixos – 1952
Eslovênia – 2004	Polônia – 2004
Espanha – 1986	Portugal – 1986
Estônia – 2004	Reino Unido – 1973
Finlândia – 1995	República Checa – 2004
França – 1952	Romênia – 2007
Grécia – 1981	Suécia – 1995

São órgãos da União Europeia:

- 1) Conselho Europeu: órgão responsável por definir as orientações políticas gerais da UE. Composto pelos Chefes de Estado ou de Governo dos membros da UE e pelo Presidente da Comissão Europeia;
- 2) Conselho da União Europeia: representa os interesses dos governos nacionais dos países membros e possui como integrantes representantes desses países membros, que são Ministros de Estado da respectiva área envolvida nos temas propostos. A função do Conselho da União Europeia é aprovar a legislação e orientar as políticas econômicas da UE;
- 3) Parlamento Europeu: composto por eurodeputados diretamente eleitos de cinco em cinco anos, por sufrágio universal, o Parlamento Europeu representa os interesses dos cidadãos da

UE. O número de eurodeputados é proporcional à população do Estado-Membro. Sua função é aprovar a legislação da UE e realizar os controles democrático e orçamentário;

- 4) Comissão Europeia: composta por representantes dos Estados-Membros (28, sendo um por Estado), designados como Comissários, é responsável por representar e defender os interesses da própria UE. A Comissão é responsável por preparar os projetos de lei da UE e assegurar a execução das políticas e dos fundos da UE.
- 5) Tribunal de Justiça: assegura o cumprimento da legislação europeia;
- 6) Tribunal de Contas: fiscaliza o financiamento das atividades da União Europeia.

Em Junho de 1999, o Conselho Europeu consagrou em um documento os direitos fundamentais em vigor na União Europeia, para lhes conferir maior visibilidade. Os Chefes de Estado ou de Governo pretendiam incluir nesse documento os princípios gerais consagrados na Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950 e os resultantes das tradições constitucionais comuns dos países da UE. Além disso, esse documento chamado Carta dos Direitos Fundamentais da UE<sup>7</sup> deveria

---

7 A Carta dos Direitos Fundamentais reúne em um único documento os direitos que anteriormente se encontravam dispersos por diversos instrumentos legislativos, como a legislação da UE, as convenções internacionais do Conselho da Europa, das Nações Unidas (ONU) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Conferindo visibilidade e clareza aos direitos fundamentais, a Carta cria segurança jurídica dentro da UE. Compreende um preâmbulo e 54 artigos repartidos em sete capítulos:

capítulo I: *dignidade* (dignidade do ser humano, direito à vida, direito à integridade do ser humano, proibição da tortura e dos tratos ou penas desumanos ou degradantes, proibição da escravidão e do trabalho forçado);

capítulo II: *liberdades* (direito à liberdade e à segurança, respeito pela vida privada e familiar, protecção de dados pessoais, direito de contrair casamento e de constituir família, liberdade de pensamento, de consciência e de religião, liberdade de expressão e de informação, liberdade de reunião e de associação, liberdade das artes e das ciências, direito à educação, liberdade profissional e direito de trabalhar, liberdade de empresa, direito de propriedade, direito de asilo, protecção em caso de afastamento, expulsão ou extradição);

capítulo III: *igualdade* (igualdade perante a lei, não discriminação, diversidade cultural, religiosa e linguística, igualdade entre homens e mulheres, direitos das crianças, direitos das pessoas idosas, integração das pessoas com deficiência);

capítulo IV: *solidariedade* (direito à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa, direito de negociação e de acção colectiva, direito de acesso aos serviços de emprego, protecção em caso de despedimento sem justa causa, condições de trabalho justas e equitativas, proibição do trabalho infantil e

incluir os direitos fundamentais próprios dos cidadãos da UE, bem como os direitos económicos e sociais consagrados na Carta Social do Conselho da Europa e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores. Deveria refletir, também, os princípios decorrentes da jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

A Carta dos Direitos Fundamentais da UE foi elaborada por uma convenção composta por um representante de cada país da UE e da Comissão Europeia, bem como por deputados do Parlamento Europeu e dos parlamentos nacionais. Foi formalmente adotada em Nice, em Dezembro de 2000, pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho Europeu e pela Comissão Europeia.

Reconhece um conjunto de direitos pessoais, cívicos, políticos, económicos e sociais dos cidadãos e residentes na UE, incorporando-os no direito comunitário.

Em seu artigo 2º, a Carta dos Direitos Fundamentais da UE estabelece que ninguém poderá ser condenado à pena de morte, nem executado. Todos os Estados Membros da UE subscreveram essas disposições que são – e devem ser – por eles aplicadas.

A União Europeia considera que a abolição da pena de morte contribui para o enaltecimento da dignidade humana e para o gradual desenvolvimento dos direitos humanos.

O Protocolo nº 13 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)<sup>8</sup>, que entrou em vigor em 1º de julho de 2003, estabeleceu

---

protecção dos jovens no trabalho, vida familiar e vida profissional, segurança social e assistência social, protecção da saúde, acesso a serviços de interesse económico geral, protecção do ambiente, defesa dos consumidores);

capítulo V: *cidadania* (direito de eleger e de ser eleito nas eleições para o Parlamento Europeu e nas eleições municipais, direito a uma boa administração, direito de acesso aos documentos, Provedor de Justiça Europeu, direito de petição, liberdade de circulação e de permanência, protecção diplomática e consular);

capítulo VI: *justiça* (direito à acção e a um tribunal imparcial, presunção de inocência e direitos de defesa, princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas, direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito);

capítulo VII: *disposições gerais*.

8 *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais - Protocolo nº 13:*

“Os Estados membros do Conselho da Europa, signatários do presente Protocolo,

Convictos de que o direito à vida é um valor fundamental numa sociedade democrática e que a abolição da pena de morte é essencial à protecção deste direito e ao pleno reconhecimento da dignidade inerente a todos os seres humanos;

Desejando reforçar a protecção do direito à vida garantido pela Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950 (a seguir designada “a Convenção”);

que todos os países membros da UE se comprometeram a abolir definitivamente a pena de morte, em todas as circunstâncias. Prevê, ainda, que todos os países membros se comprometeram a aplicar a Carta dos Direitos Fundamentais da UE, que estabelece que “ninguém pode ser condenado à pena de morte, nem executado”.

A União Europeia, além de haver aderido às normas que vedam a pena de morte, adota ações de caráter geral envolvendo diálogos com países não pertencentes à UE, para estimular acordos internacionais para não adoção da pena de morte, elaboração de políticas que regulamentem a pena de morte, respeito às normas mínimas, entre outras ações. Também adota ações específicas em casos individuais em que tenham ocorrido violações às normas mínimas.

Assim, em relação aos países que não são membros da UE, a União Europeia adota uma política externa de promoção de ratificação de instrumentos internacionais que incluem o tema “pena de morte”, bem como de promoção da cooperação bilateral e multilateral para estabelecer procedimento judicial equitativo e imparcial para casos de violação.

Por fim, a União Europeia, por seus órgãos, também estabelece ações que encorajam organizações internacionais relevantes a adotar medidas que promovam a ratificação e o cumprimento dos tratados internacionais e normas relacionadas à abolição da pena de morte.

Em relação aos países que não a integram, a UE prevê como normas mínimas que devem ser respeitadas em matéria de pena de morte:

- aplicação da pena de morte apenas aos crimes internacionais e violentos mais graves;

---

Tendo em conta que o Protocolo nº 6 à Convenção, relativo à abolição da pena de morte, assinado em Estrasburgo em 28 de Abril de 1983, não exclui a aplicação da pena de morte por actos cometidos em tempo de guerra ou de ameaça iminente de guerra;

Resolvidos a dar o último passo para abolir a pena de morte em quaisquer circunstâncias,

Acordam no seguinte:

ARTIGO 1º

Abolição da pena de morte

É abolida a pena de morte. Ninguém será condenado a tal pena, nem executado.

ARTIGO 2º

Proibição de derrogações

As disposições do presente Protocolo não podem ser objecto de qualquer derrogação ao abrigo do artigo 15º da Convenção.

ARTIGO 3º

Proibição de reservas

Não é admitida qualquer reserva ao presente Protocolo, formulada ao abrigo do artigo 57º da Convenção. [..]

- aplicação da pena de morte ao crime que possuía a previsão da pena capital no momento em que foi cometido e substituição dela por pena mais branda, caso seja alterada a legislação que passe a prever pena mais branda para o mesmo tipo;
- não aplicação da pena de morte a pessoas que tivessem menos de 18 anos na época em que o crime foi cometido, mulheres grávidas, mães de uma criança pequena e pessoas que sofram de alienação mental;
- aplicação da pena de morte sob condição de existirem provas claras e convincentes quanto à autoria e materialidade do crime apenado com a pena capital, em processo equitativo, garantindo-se assistência jurídica ao acusado;
- previsão de recurso para o condenado à pena de morte, que deverá ter direito de solicitar a comutação de sua pena;
- a pena de morte deverá ser executada causando o mínimo sofrimento ao condenado.

Em 1998, alguns países da UE decidiram reforçar suas políticas em ações contra a adoção da pena de morte. Alguns aboliram formalmente a pena de morte e outros deixaram de aplicá-la. Posteriormente, todos os países da UE ratificaram o Protocolo nº 6 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem relative à abolição da pena de morte, que era permitida apenas para crimes de guerra, e, após a ratificação do Protocolo nº 13, passou a ser proibida em qualquer hipótese.

Desde então, é condição para adesão à UE que o país tenha abolido a pena de morte em qualquer circunstância.

As normas mínimas defendidas pela UE em relação aos países que não a integram foram adotadas também pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 2007, que, na Sessão 62 da Assembleia Geral, expediu resolução prevendo a utilização de normas mínimas para salvaguardar os direitos dos condenados à morte, a restrição progressiva da utilização da pena capital e o estabelecimento de moratoria sobre as execuções e, ainda, a não reintrodução da pena de morte nos sistemas dos países que a aboliram.

O Comitê de Ministros do Conselho da Europa decidiu, em setembro de 2007, instituir o “Dia Europeu Contra a Pena de Morte”,

que será comemorado anualmente em 10 de outubro. Em dezembro de 2007, a UE proclamou a instituição desse Dia Europeu.

IV – Pena de morte no Brasil: evolução histórica; previsão constitucional e na legislação regulamentadora infraconstitucional.

A pena de morte para civis foi aplicada pela última vez no Brasil em 1876. Não é utilizada oficialmente desde a proclamação da República em 1889.

O Brasil foi o segundo país das Américas a abolir a pena de morte como forma de punição para crimes comuns, atrás apenas da Costa Rica, que o fez em 1859.

Durante a fase imperial do Brasil, a pena de morte encontrou previsão constitucional, na Constituição de 1824<sup>9</sup>.

Apesar de encontrar respaldo no ordenamento jurídico brasileiro da época, a pena de morte foi paulatinamente perdendo sua aplicação. Os casos concretos em que a pena capital era aplicada frequentemente envolviam escravos ou eram associados a injustiças em geral.

Os dois últimos casos em que a pena de morte foi aplicada e que geraram enorme repercussão social por conta da referência a injustiças foram: a) o caso do escravo Francisco, ocorrido em Pilar, Alagoas, em 28 de abril de 1876; b) o caso do homem livre José Pereira, ocorrido em Santa Luzia, Goiás, em 30 de outubro de 1861.

A partir de 1876, o Imperador Dom Pedro II começou a comutar as penas de morte.

Após a proclamação da República, o Brasil aboliu formalmente a pena de morte para os crimes comuns. A Constituição de 1924 estabelece em seu artigo 72, § 21 a abolição da pena de morte, ressalvadas as hipóteses de crimes militares em tempo de guerra<sup>10</sup>.

A Constituição de 1937, outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas, reintroduziu a possibilidade de aplicação da pena de morte para crimes comuns<sup>11</sup>.

9 *Constituição Brasileira de 1824:*

“Art. 27. Nenhum Senador, ou Deputado, durante a sua deputação, pôde ser preso por Autoridade alguma, salvo por ordem da sua respectiva Camara, menos em flagrante delicto de pena capital.”

10 *Constituição Brasileira de 1891:*

“Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

[...]”

§ 21. Fica igualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra.”

11 *Constituição Brasileira de 1937:*

“13) Não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a pena de morte será aplicada nos seguintes crimes: (Redação da pela Lei Constitucional nº 1, de 1938)

Durante o regime militar, a Lei de Segurança Nacional<sup>12</sup>, decretada em 29 de setembro de 1969, estabeleceu a pena de morte para vários crimes de natureza política, quando deles resultasse morte.

A pena de morte foi abolida para os crimes comuns pela Constituição Federal de 1988<sup>13</sup>, que excepcionou a possibilidade de pena de morte para crimes militares em tempo de guerra.

Essa hipótese excepcionada pela Constituição Federal de 1988, pós-ditadura, está regulamentada pelo Código Penal Militar<sup>14</sup>. Embora esses crimes somente sejam aplicados em tempo de guerra, todos os tipos preveem penas de prisão, sendo a pena de morte atribuída apenas em casos extremos. São eles, entre outros, o crime de traição, favorecimento do inimigo, covardia qualificada, fuga em presença do inimigo, insubordinação.

O Brasil é o único país de língua portuguesa que prevê a pena de morte em sua constituição.

A legislação internacional aceita a aplicação de pena de morte em tempo de guerra entre países.

O Brasil ratificou o Protocolo da Convenção Americana de Direitos Humanos para a Abolição da Pena de Morte e, apesar da exceção constitucional para crimes militares em tempo de guerra, não aplica a pena capital há mais de 145 anos.

A vedação constitucional de pena capital para crimes civis é cláusula pétrea, portanto, imutável ao legislador constituinte derivado. As cláusulas pétreas estão previstas no artigo 60 da Constituição Federal<sup>15</sup> e são matérias que o constituinte gravou como imutáveis, não podendo ser modificadas nem mesmo por emenda constitucional.

12 *Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969:*

Artigos 8, 9, 10, 11, 22, 24, 25, 27, 28, 29, 32, 33, 37, 39 e 41: crimes contra a segurança nacional, assalto, roubo, sequestro, incêndio, depredação, terrorismo, impedir ou dificultar o funcionamento de serviços essenciais, homicídio, incitação, entre outros.

13 *Constituição Federal de 1988:*

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;”

14 *Código Penal Militar:* artigos 55, 56, 57, 355, 356, 358, 365, 368, 372, 384, 390, 392 e 401.

15 *Constituição Federal de 1988:*

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

#### 4 CONCLUSÃO: VISÃO CRÍTICA SOBRE A POSIÇÃO BRASILEIRA QUANTO À PENA DE MORTE

As diretrizes da UE sobre pena de morte constituem uma ação importante no fortalecimento da proteção dos direitos humanos em matéria penal.

A União Europeia avançou na proteção aos direitos humanos no que tange à aplicação da pena de morte, abolindo-a por completo, condicionando, inclusive, para ingresso na UE, que o país candidato tenha abolido a pena de morte em seu ordenamento jurídico interno, em qualquer circunstância.

O mesmo não se pode dizer sobre o Brasil. É inegável o avanço na proteção dos direitos humanos que a Constituição Federal de 1988 trouxe. Conhecida por ser uma constituição democrática, como de fato é, proibiu a pena de morte para crimes comuns em seu art. 5, XLVII, mas permitiu, excepcionalmente, sua aplicação em caso de crimes militares em tempo de guerra, perpetuando resquício da ditadura militar em seu texto.

Tendo em vista que o Brasil ratificou e ratifica periodicamente inúmeros tratados internacionais na defesa dos direitos humanos, bem como levando-se em conta a ausência de perfil político para a guerra, e, ainda, o impacto internacional positivo que o Brasil causaria, parece conveniente que o Estado Brasileiro adote e implemente a abolição da pena de morte em qualquer circunstância, nos moldes do que fez a União Europeia.

#### REFERÊNCIAS

LEITE, Arypson Silva. *Impossibilidade de implantação da pena de morte no Brasil para os crimes comuns*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 102, jul. 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 4. ed. São Paulo: Forense, 2009.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SORTO, Fredys Orlando. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia: status jurídico dos Direitos humanos em face de novo modelo de organização política*. Verba Juris, ano 5, n. 5, jan./dez. 2006.

**SÍTIOS ELETRÔNICOS CONSULTADOS:**

<[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention - POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>

<[http://www.europa.eu/index\\_pt.htm](http://www.europa.eu/index_pt.htm)\_EUROPA\_ O portal oficial da União Europeia>

<[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention - POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)> <<http://www.echr.org>> United Nations Human Rights Office of the High Commissioner for Human Rights

<[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention - POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)> <<http://www.onu.org.br>>

[europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/combating\\_discrimination/133501\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating_discrimination/133501_pt.htm)\_Carta dos Direitos Fundamentais

---

# BREVE ANÁLISE DA ATUAÇÃO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO PRETTY VS REINO UNIDO

*BRIEF ANALYSIS OF THE ROLE OF THE EUROPEAN COURT OF  
HUMAN RIGHTS CASE IN PRETTY VS UNITED KINGDOM*

---

*Alexandre Elio Scariot<sup>1</sup>*  
*Procurador Federal*

*Tahiana Viviani Vieira<sup>2</sup>*  
*Procuradora Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O caso *Pretty vs Reino Unido*; 2 O papel da Corte de Estrasburgo; 3 Considerações finais; Referências.

---

1 Especialista em Direito Previdenciário e Constitucional. Mestrando em Direitos Fundamentais pela UNOESC.

2 Pós-graduada em Direito Tributário, Direito Constitucional e Justiça Internacional. Pós-graduada em Direito Previdenciário.

**RESUMO:** Este artigo busca analisar a atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos quando do julgamento do caso Pretty contra Reino Unido. Diane Pretty era portadora de uma doença neuromotora incurável e fatal, de cunho degenerativo e progressivo do sistema nervoso central, que afetava o sistema muscular do corpo causando a falência da atividade respiratória. A intenção da requerente, que possuía preservada as faculdades mentais, era por fim à vida e ao sofrimento que experimentava, tendo requerido autorização judicial para que o suicídio fosse realizado com o auxílio do marido, visto que não possuía condições de realizá-lo por si só. Após sucessivas negativas, o caso ascendeu ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em Estrasburgo, que acabou por confirmar a proibição da ajuda no suicídio sem que isso acarretasse a perseguição criminal do marido.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à Vida. Dignidade da Pessoa Humana. Caso Pretty. Corte Europeia de Direitos Humanos.

**ABSTRACT:** This article seeks to analyze the role of the European Court of Human Rights in the case Pretty vs. UK. Diane Pretty was suffering from a fatal motor neurone disease, with a degenerative and progressive character, affecting the muscular system, causing the failure of the respiratory activity. The applicant, who had preserved the mental faculties, aimed to end her life and the suffering experienced, required judicial authorization to suicide with the assistance of her husband, however she had no way to do it alone. After consecutive negatives, the case risen to the European Court of Human Rights in Strasbourg, which confirmed the negative of suicide without incurring the criminal prosecution of her husband.

**KEYWORDS:** Right to Life. Dignity of the Human Person. Pretty Case. European Court of Human Rights.

## INTRODUÇÃO

A história dos direitos fundamentais é a própria história do surgimento do Estado moderno Constitucional, cuja premissa era justamente o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais do homem e sua dignidade<sup>3</sup>.

Nesse sentido, com o fim do regime absolutista, surge a Declaração Dos Direitos do Homem e Cidadão, trazendo consigo os direitos de defesa clássicos ou as chamadas liberdades negativas, que se configuram em direitos do indivíduo em face do Estado, vez que dirigidos a uma abstenção.

Esses primeiros direitos (juridicamente classificados como direitos de primeira dimensão ou geração) representaram uma reação contra o Estado absolutista que dominava boa parte do mundo no século XVIII, e tiveram origem especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista que afirmava ser dever do Estado a realização da liberdade do homem.<sup>4</sup>

E toda essa proteção foi concebida como sendo independente de qualquer requisito, já que para ser protegido bastava a condição de ser humano. Em sua aplicação prática, é possível perceber, desta forma, que uma das bases dos direitos fundamentais e dos direitos humanos é a chamada “dignidade da pessoa humana”.

Ocorre que o comportamento que muitos reivindicam como “digno” pode, no entanto, ser recusado por outros, de modo que uma mesma dignidade tanto justificaria medidas paliativas com o intuito de manter a vida humana, como no caso de uma doença terminal grave, como, porém, também autorizaria a realização da própria eutanásia.<sup>5</sup>

Desta forma, assim como os Direitos Humanos, a definição e o alcance do que se entenderia como dignidade humana é algo difícil, próprio de uma categoria axiológica aberta.

Por não ser intenção do artigo aprofundar-se em estudos filosóficos sobre a origem e correntes de pensamento do conceito, elegemos como uma definição razoável de dignidade humana aquela sugerida pelo Prof. Ingo Sarlet, que entende ser *uma qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em todos os seres humanos que os fazem merecedores do mesmo*

3 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 36.

4 Ibid, p. 46.

5 MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, cap. 4. 2013. p. 119. Tradução de: Rita Dostal Zanini.

*respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, resultando, desta forma, em uma série de direitos e deveres que assegurem sua existência.*<sup>6</sup>

E à luz do que dispõe a Declaração Universal da ONU, o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido à matriz kantiana, centrando-se na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa.<sup>7</sup>

Essa “liberdade” de autogestão é a “capacidade potencial” que cada ser humano tem de realizar suas condutas, não dependendo, assim, da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de modo que também aquele que está privado de suas vontades (absolutamente incapaz) possui a mesma dignidade dos outros.<sup>8</sup>

O direito romano já estabelecia uma diferenciação muito clara e básica entre a coisa e a pessoa. É a dignidade absoluta da pessoa humana que permite tal distinção e que, por conta disso, permitiu uma concepção jurídica que possibilitasse libertar o homem da escravidão. Por isso mesmo já se disse que a dignidade não pode ser compreendida sem a liberdade, nem a liberdade sem a dignidade.<sup>9</sup>

Assim, em relação aos direitos individuais, nota-se que a dignidade da pessoa humana está calcada no exercício da autonomia da vontade.

Mas se de um lado há a possibilidade do exercício de uma liberdade individual clássica, de outro temos a proteção da vida para além da mera disposição pessoal, dentro de uma visão coletiva de preservação.

Nessa toada, a moderna medicina, que já permite, por exemplo, manter ou prolongar uma vida irreversivelmente comprometida, acaba por resultar em uma flexibilização da conexão entre a morte biológica e social.<sup>10</sup>

---

6 SARLET, Ingo Wolfgang et al (Org.). As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 37.

7 Ibid, p. 22.

8 Ibid.

9 MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. cap. 4. p. 131/132, 2013. Tradução de: Rita Dostal Zanini.

10 HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 100, 2013. Cap. 2. Tradução de: Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo.

O que até poucos anos era considerado um quadro clínico fadado à morte, hoje pode, em certos casos, ser levado - mesmo que artificialmente - por maiores períodos, prolongando-se a vida biológica.

Essa dicotomia entre a possibilidade de manter-se uma vida biológica, muitas vezes inerte, e a possibilidade de encerramento da vida por vontade própria apresenta várias questões éticas, jurídicas e religiosas.

De um lado está o problema de uma morte digna, que não seja um simples resultado de um processo de (inútil) sofrimento físico e mental ou do esquecimento em hospitais ou lares assistenciais nos quais são ministrados meros cuidados paliativos.

De outro está em jogo a própria proteção de todas as pessoas vivas e do campo de sua dignidade, já que cada passo nesse sentido é uma abertura à violação do direito à vida em sentido amplo.<sup>11</sup>

Há, portanto, um evidente confronto entre o direito à vida, valor básico e fundamental, e a preservação da autonomia da vontade.

Embora protegido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 3º)<sup>12</sup> e também pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigo 2º)<sup>13</sup>, o direito à vida, mesmo sendo o mais elementar de todos, já que se constitui em pressuposto aos demais direitos, não é absoluto.

Destaca Lima<sup>14</sup> que não há direitos mais ou menos importantes que os outros visto que, o direito à vida, por exemplo, necessita e guarda inter-relação com vários outros: direitos de viver com dignidade, com respeito a direitos civis, políticos, sociais, etc.

Em razão da inexistência de um direito absoluto, dois direitos fundamentais podem entrar em conflito entre si e, neste caso, é necessária uma ponderação a fim de que um deles seja afastado.

Essa possibilidade de um direito ser afastado ao conflitar com outro direito fundamental nos remete à distinção existente entre regras e princípios.

11 HÄBERLE, op. cit., p. 100.

12 Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

13 1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei.

Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei.

2. Não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte de recurso à força, tornado absolutamente necessário:

a) Para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal;

b) Para efetuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente;

c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição.

14 LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. O caráter expansivo dos direitos humanos na afirmação de sua indivisibilidade e exigibilidade. In: PIOVESAN, Flávia (Org.). *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional: Desafios do Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 654.

Para Robert Alexy, enquanto as regras são normas que ou são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas, os princípios são normas que ordenam a realização de algo na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Os princípios são, desta forma, chamados de mandamentos de otimização, já que caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depender apenas de possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.<sup>15</sup>

Os princípios podem ser realizados em diferentes medidas e formas, prevalecendo em maior ou menor grau sobre outros<sup>16</sup> conforme o caso, sendo especialmente úteis para a resolução daqueles casos difíceis (hard cases), onde não há regras definidas.<sup>17</sup>

E foi especialmente com o positivismo que a dignidade da pessoa humana, para além de um valor moral fundamental, foi alçada à condição de princípio jurídico, de modo que se tornou parâmetro para decisões judiciais envolvendo direitos fundamentais em colisão.

No caso *Pretty*, que analisaremos a seguir, a Corte Europeia de Direitos Humanos, ainda que eventualmente não tenha se envolvido de forma explícita no confronto “direito à vida” versus “dignidade da pessoa humana”, acabou por negar a existência de um direito subjetivo a uma morte assistida.

## 1 O CASO PRETTY VS REINO UNIDO

O caso *Pretty* contra Reino Unido<sup>18</sup> tramitou perante a Corte Europeia de Direitos Humanos sob o número 2346/02, no qual a requerente, uma mulher de 43 anos de idade que morava com o marido, filha e neta, sofria de grave doença do neurônio motor (DNM).

Esta é uma doença neuro-degenerativa progressiva que ataca o sistema nervoso central e é associada à fraqueza muscular progressiva que afeta os músculos voluntários do corpo. Em razão disso, os músculos envolvidos na fala, deglutição e respiração também são atingidos e acabam, invariavelmente, levando à um quadro de insuficiência respiratória e pneumonia.

Não há tratamento capaz de interromper a progressão da doença.

---

15 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90/91.

16 ALEXY, op. cit., p. 113/114.

17 GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. São Paulo: Campus, 2010. p. 18. Tradução de: Luís Carlos Borges.

18 Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60448>>

A condição de saúde da requerente havia se deteriorado de maneira rápida desde o diagnóstico, em novembro de 1999, estando, no momento do julgamento pela Corte, em um estágio avançado tal que a havia deixado paralisada do pescoço para baixo, com fala indecifrável e alimentada através de uma sonda.

Sua expectativa de vida era muito pequena, talvez somente por algumas semanas ou meses, todavia, a inteligência e a capacidade de tomar decisões ainda estavam preservadas.

Ainda segundo o relatório do processo, os estágios finais da doença eram extremamente angustiantes e indignos e, em razão do medo e angústia pelo sofrimento e indignidade que teria que suportar até o final, desejava a requerente ser capaz de decidir como e quando morreria para, assim, ser poupada de maior sofrimento.

Embora a lei inglesa não considerasse crime punível cometer ou tentar cometer suicídio, a requerente estava impedida de levar a cabo sua intenção sem assistência de terceiros, sendo esta sim uma conduta penalmente vedada, ainda que o auxílio partisse do seu marido.

Com a intenção de cometer suicídio com o auxílio marital, a requerente solicitou ao Chefe do Ministério Público (DPP) que assumisse um compromisso de não o processar criminalmente caso ele a auxilie na sua morte, satisfazendo sua vontade final.

O Chefe se negou a realizar tal compromisso e em razão disso a requerente ingressou judicialmente contra aquela decisão, especialmente pedindo para que fosse declarada que a seção 2 da Lei de suicídio 1961 era incompatível com os artigos 2, 3, 8, 9 e 14 da Convenção.

Após os trâmites legais, o Tribunal inglês acabou indeferindo o pedido, sustentando que o Chefe do Ministério Público não tinha poderes para se comprometer a não processar criminalmente o marido e que a seção 2 (1) da Lei de suicídio 1961 não era incompatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

A requerente, então, interpôs recurso para a Câmara dos Lordes, tendo sua apelação sido rejeitada e mantendo-se a sentença do Tribunal.

Em razão do esgotamento de todas as vias de recurso internas e, tendo a Corte Europeia de Direitos Humanos considerado que o caso como um todo levantava questões de direito que eram suficientemente graves, o requerimento foi admitido a fim de julgar-lhe o mérito.

## **2 O PAPEL DA CORTE DE ESTRASBURGO**

Desde 1950, momento de sua assinatura, a Convenção Europeia de Direitos Humanos teve um incremento no número de Estados-

parte, possivelmente originado, dentre outros fatores, da sistemática de aceitação do direito de petição individual perante a Comissão Europeia.<sup>19</sup>

Reputa-se também que o acréscimo no número de membros tenha derivado da atuação da Comissão e da Corte Europeia de Direitos Humanos, que alargaram a proteção da Convenção, estimulando as pessoas a explorarem suas possibilidades.<sup>20</sup>

Diante desse cenário, surgiu a necessidade de adaptação do sistema de órgãos de Estrasburgo para lidar com a nova conjuntura, o que culminou com a edição do Protocolo n. 11 à Convenção, em 1998, que fundiu a Comissão e da Corte Europeia de Direitos Humanos substituindo-os por uma nova Corte.<sup>21</sup>

A nova Corte Europeia de Direitos Humanos, passou a admitir, com fundamento no artigo 34<sup>22</sup>, que qualquer indivíduo, organização não governamental ou grupo de indivíduos denunciem violações dos direitos enunciados na Convenção ou em seus Protocolos por um Estado-parte.<sup>23</sup>

No caso em análise, *Pretty vs Reino Unido*, a requerente entendeu que os tribunais britânicos, com suas decisões, não respeitaram os direitos consagrados na Convenção Europeia de Direitos Humanos, fato que a levou postular perante a Corte o direito a uma morte digna.

As violações supostamente perpetradas, de acordo com a requerente, incidiram sobre os direitos de liberdade de pensamento e consciência, previstos no artigo 9º, e de respeito à vida privada, assegurado no artigo 8º.<sup>24</sup>

19 MERRILLS, J.G., ROBERTSON, A.H.. Direitos humanos na Europa: um estudo da convenção europeia de direitos humanos. Instituto Piaget: Lisboa, p. 29, 2001. Tradução: Joana Chaves.

20 Ibid.

21 Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/reform&c=#n13740528735758554841286\\_pointer](http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/reform&c=#n13740528735758554841286_pointer)>.

22 ARTIGO 34. Petições individuais

O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem – se a não criar qualquer entrave ao exercício efetivo desse direito.

23 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. ed. São Paulo: Saraiva, p. 118, 2014

24 ARTIGO 8º Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem – estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Ademais, a demandante aduziu que as transgressões do Estado recairiam sobre as obrigações positivas de proibir a discriminação, nos termos do artigo 14, de proibir a tortura, tratamentos desumanos ou degradantes, conforme leciona o artigo 3º, além da proteção do direito à vida, do artigo 2º.<sup>25</sup>

No presente artigo, busca-se observar o posicionamento da Corte Europeia na análise dos direitos à vida e à dignidade, esse último indiretamente fundamentado na proibição de tratamento degradante.

A alegação referente ao direito à vida tomou por base não apenas a proteção da vida em si, mas, ainda que indiretamente, a proteção do direito à autodeterminação, principalmente para que pudesse optar por morrer com dignidade.

No entendimento da requerente, seguindo uma lógica de equiparação, aquele que tem protegido o direito à vida, deve receber igualmente a proteção ao direito à morte.

Não foi essa a conclusão dada pelo Reino Unido, ao deixar de considerar o amparo da morte como consequência da proteção à vida. A visão do governo era a da antítese, ou seja, a obrigação positiva do Estado se volta à tutela da vida em qualquer situação, devendo a morte, sob essa perspectiva, ser evitada.

---

ARTIGO 9º Liberdade de pensamento, de consciência e de religião

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem.

25 ARTIGO 2º Direito à vida

1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei.

2. Não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte de recurso à força, tornado absolutamente necessário:

- a) Para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal;
- b) Para efetuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente;
- c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição.

ARTIGO 3º Proibição da tortura

Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.

ARTIGO 14º Proibição de discriminação

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

No que diz respeito à análise da disponibilidade do direito à vida, preliminarmente, a Corte de Estrasburgo fixou que o conteúdo preciso do artigo 2º da Convenção dirige-se à proteção do direito à vida, sem o qual o gozo de qualquer outro direito ou liberdade garantido pela Convenção resta prejudicado.

A Corte em seu julgamento esclareceu, em concordância com o governo do Reino Unido, que não houve violação do artigo 2º da Convenção, considerando que o direito à vida não poderia, sem uma distorção da linguagem, ser interpretado como conferindo o direito diametralmente oposto, ou seja, o direito de morrer.

Desse modo, a Corte de Direitos Humanos não considerou possível deduzir do artigo 2º o direito de morrer, seja com ajuda de terceiro, seja com assistência da autoridade pública.

Por outro lado, no que tange à presumida violação do artigo 3º, o sofrimento que passava a requerente, justificaria, sob sua ótica, uma proteção do Estado, por se caracterizar como forma de tratamento desumano ou degradante descrita naquele dispositivo. Pretendia, como consequência, que o Estado exercesse o respeito à eutanásia voluntária.

Acerca do artigo 3º, que prevê a proibição da tortura e de tratamento humano ou degradante, a Corte assinala que o preceito ali contido deve ser considerado como uma das cláusulas primordiais da Convenção, em cuja virtude se consagra um dos valores fundamentais das sociedades democráticas, signatárias do Conselho da Europa.

No juízo da Corte, uma interpretação do conceito de maus-tratos ou tratamentos desumanos ou degradantes, como sugere a requerente, ultrapassa os limites de sua jurisprudência e, ainda que mantenha um conceito dinâmico e evolutivo da mesma, o artigo 3º deve ser interpretado relacionado ao artigo 2º, no sentido que não se pode obrigar o Estado a proteger os atos que tenham por objeto a interrupção da vida.

Portanto, no que se refere à suposta violação artigo 3º, ainda que não pudesse deixar de ser compreensiva com a inquietação da recorrente de que, sem a possibilidade de acabar com sua vida, enfrentaria a perspectiva de uma morte angustiante, a Corte também considerou que não houve transgressão à Convenção, pois reconheceu que o governo demandado não impôs, por ele mesmo, quaisquer maus-tratos à demandante.

Além disso, a obrigação positiva por parte do Estado, que tinha sido invocada, exigiria sanção nas ações destinadas a acabar com a vida e não a obrigação positiva de aceitar o compromisso de não processar criminalmente o marido da postulante se este a auxiliasse no suicídio, nem de criar um marco legal para qualquer outra forma de suicídio assistido.

A requerente alegou também a violação ao respeito à vida privada, previsto no artigo 8º, pois dele emergiria o direito de decidir quando e como morrer.

Sobre esse ponto, a Corte, analisando os requisitos que tornam legítima uma ingerência do direito na vida privada, estabeleceu que os Estados têm o direito de controlar, através de aplicação do direito penal, as atividades prejudiciais à vida e segurança de terceiros, razão pela qual entendeu que a legislação britânica, que criminaliza ou auxílio ao suicídio, foi concebida para preservar a vida de pessoas vulneráveis. Concluiu, portanto, que a proibição do auxílio ao suicídio não é medida desproporcional.

Diante de tais fundamentos, a Corte de Estrasburgo, em 29 de abril de 2002, por unanimidade, entendeu pela a não ocorrência das alegadas violações à Convenção Europeia de Direitos do Homem.<sup>26</sup>

Doze dias após o julgamento a requerente veio a falecer.

### 3 CONCLUSÃO

O presente artigo pretendeu expor, de maneira sucinta, o entendimento que a Corte de Estrasburgo teve ao julgar o caso *Pretty*, que envolvia um requerimento de uma mulher, pessoa com doença incurável e terminal, a ter o direito de realizar uma eutanásia ativa sem que este ato fosse enquadrado criminalmente em face do marido ajudante, o que poderia lhe render até 14 anos de prisão.

Não obstante a decisão do Tribunal negando a violação a algum direito da parte, em casos em que o sofrimento infligido ao doente terminal, e sem prognóstico algum de recuperação, seja tão grande a ponto de desejar a própria morte, leva-nos a pensar a que custo uma vida deve ser mantida.

Os avanços médicos e os novos medicamentos e tratamentos disponíveis, que proporcionaram uma sobrevida ou uma vida artificial a pacientes graves que, antes, morreriam em pouco tempo, além das mudanças na sociedade - que passam inclusive sobre novas percepções da morte -, levam à necessidade de uma maior discussão acerca do tema.

E é através de um diálogo interdisciplinar aberto que isso será possível, ocasião em que poderão ser observados os mais variados aspectos que dizem respeito à vida e a morte, dentre os quais o jurídico, religioso e o científico, para que, ao final, possa-se chegar a um entendimento razoável acerca da possibilidade ou não de que pessoas que desejam interromper o sofrimento, ou uma existência que considere degradante, possam, conscientemente, escolher entre a vida ou a morte.

<sup>26</sup> Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60448>>.

**REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. São Paulo: Campus, 2010. Tradução de Luís Carlos Borges.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Tradução de: Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo.

LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. O caráter expansivo dos direitos humanos na afirmação de sua indivisibilidade e exigibilidade. In: PIOVESAN, Flávia (Org.). *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional: Desafios do Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Tradução de: Rita Dostal Zanini.

MERRILLS, J.G., ROBERTSON, A.H. *Direitos humanos na Europa: um estudo da convenção europeia de direitos humanos*. Instituto Piaget: Lisboa, 2001. Tradução: Joana Chaves.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang et al (Org.). As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

---

# A SAÚDE PÚBLICA NA FRONTEIRA BRASIL- URUGUAI

*PUBLIC HEALTH ON BRAZIL-URUGUAY BORDER*

---

*Alice Prezotto Iankowski*

*Procuradora da Fazenda Nacional em Santana do Livramento/RS*

SUMÁRIO: 1 Breves considerações acerca no direito à saúde no ordenamento jurídico nacional; 2 Brasil-Uruguai – Peculiaridades da fronteira; 3 O atendimento a estrangeiros pelo SUS. SIS-Fronteiras; 4 O Ajuste Complementar ao Acordo para Permissão de Residência, Estudo e Trabalho a Nacionais Fronteiriços Brasileiros e Uruguaios, para Prestação de Serviços de Saúde; 5 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** Este artigo destina-se ao exame do direito à saúde pública na região de fronteira Brasil-Uruguaí relativamente à demanda por estrangeiros não residentes aos serviços do Sistema Único de Saúde - SUS e à prestação de serviços de saúde nos termos do *Ajuste Complementar ao Acordo para Permissão de Residência, Estudo e Trabalho a Nacionais Fronteiriços Brasileiros e Uruguaios, para proteção de Serviço de Saúde*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à Saúde. Fronteira Brasil – Uruguaí. SUS. Tratado Internacional.

**ABSTRACT:** This article examines the right to public health on the border Brazil-Uruguay, considering the demand for Brazilian public health services (SUS) by non-resident foreigners and the supply of health services regulated by the Complementary Adjustment to the Agreement for Permission of Residence, Study and Work to Brazilian and Uruguay border-resident citizens for Supply of Health Services.

**KEYWORDS:** Right to Health. Brazil-Uruguay Border. SUS. International Agreement.

## 1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA NO DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

O art. 6º da CF/88 estabelece a saúde como direito social<sup>1</sup>. Não obstante, o direito à saúde está intrinsecamente ligado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, estes últimos inseridos no título dos direitos e garantias fundamentais e dos princípios fundamentais da República (art. 5º, caput e art. 1º, III), de forma que o direito à saúde é qualificado, indiretamente, como um direito fundamental, com aplicação imediata (CF, art. 5º, § 1º).

E, na medida em que qualificado como direito fundamental<sup>2</sup>, ao direito à saúde aplicam-se as técnicas interpretativas próprias dos direitos fundamentais, tais como a máxima eficácia e a vedação do retrocesso.

Ainda, o direito à saúde encontra-se sujeito à cláusula geral de abertura prevista no § 2º do artigo 5º da Constituição, que estabelece 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.” Referido dispositivo assegura, de forma ampla, a possibilidade de alargamento das medidas assecuratórias de direitos fundamentais que venham a ser estabelecidas em tratados internacionais firmados pelo Brasil, que podem ser tanto de natureza judicial como administrativa<sup>3</sup>.

Conforme salientando por SARLET e FIGUEIREDO<sup>4</sup>:

[...] a concepção larga do direito à saúde, na esteira da consagração de outros direitos fundamentais sociais, tem sido

1 Art. 6º. São direitos 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, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

2 “[...] o direito à vida e à saúde [...] aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. [...] No mesmo sentido, proclama Sebastião Tojal a finalidade pública das normas que devem reger a saúde pública, afirmando que qualquer iniciativa que contrarie tais formulações há de ser repelida veementemente, até porque fere ela, no limite, um direito fundamental da pessoa humana. MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 6. ed. 2006. p. 2095.

3 KRIEGER, Belmiro Tadeu Nascimento. *Garantia fundamental ao direito fundamental à saúde: implementação por acordo (Brasil – Uruguai)*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 59, abr. 2014. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao059/Belmiro\\_Krieger.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao059/Belmiro_Krieger.html)>. Acesso em: 24 set. 2014.

4 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchiner. *Algumas Considerações Sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988* (online). Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletanea\\_TAnia\\_10\\_04\\_09.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf)>. Acesso em: set. 2014.

objeto de uma constante abertura ao Direito Internacional, cujas normas passam, assim, a dialogar com o sistema constitucional pátrio. Nesse sentido, e no que concerne ao direito à saúde, destacam-se alguns dispositivos protetivos, entre os quais [...]: Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (DUDH/ONU), de 1948, arts. 22 e 25 [...], Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, art. 12 [...]; Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecido como “Pacto de São José da Costa Rica”, arts. 4º e 5º; Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o denominado “Protocolo de São Salvador”, art. 10; Declaração de Alma Ata, de 1978, item I [...].

Para a finalidade do presente trabalho, examina-se o direito à saúde em sua vertente positiva<sup>5</sup>, prestacional, que impõe ao Estado a atuação concreta na realização do direito constitucionalmente assegurado. E, em que pese a proteção e a promoção à saúde englobem diversos âmbitos de atuação do Estado (saneamento básico, prevenção de doenças, boa alimentação, segurança pública, meio ambiente), analisa-se o direito ao acesso ao serviço público de saúde.

Com efeito, o artigo 196 da CF estabelece que cabe ao Estado a prestação do serviço público de saúde (Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação).

As ações e serviços públicos de saúde no Brasil integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único<sup>6</sup>, financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (CF, arts. 198, caput e § 1º).

O Sistema Único de Saúde – SUS veio a ser regulamentado pela Lei nº 8.080/90. Em seu art. 2º e seu parágrafo primeiro, o ato normativo dispõe:

---

5 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 207.

6 “A dimensão objetiva do direito à saúde [...] densifica-se de modo especial e relevante pela institucionalização constitucional do Sistema Único de Saúde (SUS), que assume a condição, na ordem jurídico-constitucional brasileira, de autêntica garantia institucional fundamental.” SARLET e FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 11.

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

## 2 BRASIL-URUGUAI – PECULIARIDADES DA FRONTEIRA

A linha divisória da fronteira Brasil-Uruguai se estende por 1.069 quilômetros, sendo 320 quilômetros de fronteira seca. Os municípios limítrofes ao país vizinho estão localizados todos no estado do Rio Grande do Sul, no total de onze: Quaraí, Uruguaiana, Barra do Quaraí, Aceguá, Bagé, Dom Pedrito, Jaguarão, Erval, Santa Vitória do Palmar, Chuí e Santana do Livramento. Dentre estas localidades, há seis pontos de contato entre os países, sendo três contíguos: Santana do Livramento (Brasil)/Rivera (Uruguai); Chuí (Brasil)/Chuy (Uruguai); e Aceguá (Brasil)/Aceguá (Uruguai), formando verdadeiras conurbações internacionais. Os três outros limites se dão por pontes: Quaraí(Brasil)/Artigas (Uruguai); Barra do Quaraí (Brasil)/Bella Unión (Uruguai) e Jaguarão (Brasil) e Rio Branco (Uruguai). Conforme salientado por PUCCI:

Nenhuma grande cadeia de montanhas, nenhum intransponível curso d'água, nenhum deserto ou pantanal inabitável separam o Brasil do Uruguai. E, ao revés, tudo concorreu para aproximar cultural, social e economicamente os dois povos; o resultado final foi uma área de interação intensa.

A histórica relação do Brasil com o Uruguai em termos político-econômicos, aliada à singularidade geográfica da região, sem barreiras físicas à interação humana, possibilitou o surgimento de uma autêntica comunidade fronteiriça, em que os limites de nacionalidade tornaram-se progressivamente mais fluidos. Com efeito, são corriqueiros os casamentos entre nacionais de ambos os países, o comércio de subsistência transfronteiriço, baseado na oscilação cambial, a frequência a estabelecimentos de ensino e o trabalho na localidade internacional

vizinha, a influência cultural recíproca e a original integração linguística, com o uso corrente do dialeto comumente denominado portunhol<sup>8</sup>.

A singularidade da fronteira Brasil-Uruguai, a mais porosa e interativa do perímetro terrestre brasileiro, faz de suas instituições, potencialmente, modelos a serem replicados com outros países vizinhos. Com efeito, “a integração fronteiriça com o Uruguai antecede, extrapola e supera o ritmo do processo de integração no âmbito do Mercosul, sem competir com ele ou contradizê-lo”<sup>9</sup>. Assim, o estudo das características, potencialidades e institucionalidades dessa peculiar fronteira nacional mostra-se de grande relevância como instrumento fortalecedor do bloco regional, servindo a região como verdadeiro “laboratório” do Mercosul.

Nesse contexto social único, a saúde pública, a exemplo de toda atividade humana da região da fronteira, é objeto de características e problemáticas peculiares. Infelizmente, grande parte das questões se origina nas condições de precariedade e carência do atendimento público de saúde na zona de fronteira, situação corriqueira na grande parte das localidades fronteiriças, em especial aquelas mais distantes de capitais ou grandes centros urbanos.<sup>10</sup>

Assim, destacam-se duas situações peculiares na área de saúde na fronteira Brasil – Uruguai: o atendimento a estrangeiros pelo Sistema Único de Saúde e a prestação de serviço médico por profissionais uruguaios em território nacional.

### 3 O ATENDIMENTO A ESTRANGEIROS PELO SUS. SIS-FRONTEIRAS

Ao contrário do Brasil, o sistema de saúde uruguaio não é universal. No Uruguai, a universalidade aplica-se somente a casos de urgência e

---

8 PUCCI, op. cit, p. 84: O turista brasileiro que, caminhando pela rua dos Andradas, em Santana do Livramento, cruza a Praça Internacional e adentra a avenida Sarandi, na vizinha Rivera, mal percebe que cruzou a fronteira. [...] Compreendido em seu idioma, ou em “portunhol”, sobe no ônibus e pode pagar em reais, se quiser. Em meio aos pedestres, sente dificuldade em discernir seus compatriotas dos demais: os traços físicos, a indumentária, o hábito de tomar mate, o gosto pelo assado confundem-nos num só elemento humano, o *gaucho*.

Nesta e nas outras cinco cidades gêmeas da fronteira uruguaio-brasileira, laços históricos, políticos, familiares, econômicos e culturais, anteriores à própria independência dos dois países, contribuíram para formar uma linha de união ao longo de mais de mil quilômetros de limites e para urdir a percepção do compartilhamento de um espaço social construído historicamente.

9 PUCCI, op. cit, p. 71.

10 PUCCI, op. cit., p. 20, salienta a singularidade da realidade da fronteira e dispensa a comparação com modelos europeus: “se a integração fronteiriça Europeia tende a ser facilitada ou estimulada pelo alto grau de desenvolvimento e dinamismo das regiões Europeias, pode-se dizer que, com signo inverso, a cooperação em zonas de fronteira brasileira tende a ser estimulada pelas condições de relativa carência econômica e social”.

emergência, por meio de um “carnê de saúde pública” outorgado com diferentes categorizações de gratuidade (carnet de asistencia gratuita), em atenção a determinados critérios indicativos de pobreza. Já o trabalhador assalariado, que contribui para a previdência social, é encaminhado para a rede privada. Os hospitais públicos atendem prioritariamente à clientela de baixa renda portadora dos carnês.<sup>11</sup>

Assim, com considerável frequência, constata-se a procura de atendimento médico prestado pelo SUS nas cidades fronteiriças brasileiras por cidadãos uruguaios, em especial os serviços de hematologia, vacinas, cardiologia, dependência química e oncologia, bem como o fornecimento de medicamentos. A busca pelo atendimento à saúde no Brasil se deve também à crise econômica por que vem passando o Uruguai; isso se expressa no valor do salário uruaio, que é mais baixo que o salário mínimo brasileiro.<sup>12</sup>

Contudo, a demanda gera implicações nos planos político, financeiro e administrativo. Os usuários estrangeiros que utilizam o SUS se constituem em uma população transitória não contabilizada pelos órgãos oficiais, interferindo consideravelmente no financiamento da política de saúde dos Municípios fronteiriços, que tem o aporte de recursos fornecidos com base no número de habitantes. Assim, o repasse dos recursos é realizado desconsiderando o número de estrangeiros que buscam assistência à saúde no Brasil. Ademais, a população flutuante estrangeira interfere também no conhecimento real dos indicadores sociais e de saúde dos Municípios, que sofrem alteração em razão da mobilidade frequente desta população.<sup>13</sup>

Por fim, o acesso ao SUS esbarra na falta de regulamentação acerca do direito e/ou à extensão da integralidade do atendimento à saúde ao estrangeiro. Se inexistem dúvidas acerca do direito ao atendimento médico ao não-nacional residente no país (CF, art. 5º, caput), não há consenso jurídico e político acerca do direito ao atendimento de estrangeiros não

11 “O Uruguai define que todos os habitantes possuem direito à cobertura da atenção médica; no entanto, o Estado garante e responsabiliza-se pela atenção gratuita da saúde somente aos indigentes e carentes, restringindo assim o direito à saúde financiada com fundos públicos aos segmentos vulneráveis da população, conforme estabelecido no artigo 44 da Constituição daquele país: “Artículo 44.- *El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país. Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes*”. DAL PRÁ, Keli Regina. *Transpando Fronteiras: Os desafios do Assistente Social na Garantia do Acesso à Saúde no Mercosul* (dissertação). Porto Alegre: PUCRS, 2006. 198p, p.106-109.

12 DAL PRÁ, op. cit., p. 155.

13 DAL PRÁ, op. cit., p. 157.

residentes. A ausência de regulamentação acaba por ensejar diversidade de entendimentos por parte dos gestores municipais de saúde no sentido de prover ou não o atendimento médico à população estrangeira.<sup>14</sup> Em 40% dos Municípios que fazem fronteira com o Uruguai, por exemplo, os estrangeiros são atendidos apenas em situações de emergência, indicando-se o retorno ao país de origem após o primeiro atendimento.<sup>15</sup>

Tais situações ensejam diversas estratégias de “inclusão” no sistema de saúde brasileiro por parte dos usuários estrangeiros, muitas vezes totalmente fraudulentas, de acordo com as exigências burocráticas da documentação exigida para a prestação do atendimento em cada Município fronteiriço (apresentação de carteira de identidade e/ou comprovante de residência). Como exemplos, citam-se o “empréstimo” de documentos, com a utilização da rede familiar, apresentando-se o comprovante de endereço de parentes ou amigos residentes no Brasil por ocasião do atendimento.

Como tentativa de institucionalização da questão, foi criado em julho de 2005 pela Portaria GM nº 1.120, de 06/07/2005 do Ministério da Saúde, o Sistema Integrado de Saúde das Fronteiras (SIS

---

14 “As práticas políticas, em alguns municípios, mantêm um padrão personalista e patrimonialista, com a oferta dos serviços e ações de saúde aos não brasileiros fundamentadas em critérios que se afastam das necessidades de saúde, diversos de região para região e mesmo de município para município. Tais procedimentos se repõem ao longo da linha de fronteira, ocasionando uma atenção desigual e perversa em alguns casos. Os usuários não brasileiros utilizam estratégias arriscadas para acesso ao sistema como, por exemplo, aguardar o agravamento da doença para o ingresso como emergência, quando o atendimento é sempre realizado.” NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; DAL PRÁ, Keli Regina; FERMIANO, Sabrina. *A Diversidade Ética e Política na Fruição do Direito à Saúde nos Municípios Brasileiros na Linha de Fronteira do Mercosul*. Cadernos de saúde pública (online), v. 23, supl. 2, 2007, acesso em: set. 2014. Disponível em: < [http://http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2007001400012&lng=en&nrm=iso&tlang=pt](http://http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2007001400012&lng=en&nrm=iso&tlang=pt)>.

15 Naturalmente, há demanda de serviços de saúde no também no sentido inverso, como exemplifica PUCCI: Em novembro de 2006, obstetras da Santa Casa de Livramento iniciaram uma greve que durou catorze dias. Para as parturientes santanenses, que não encontravam atendimento em sua cidade, a solução ortodoxa seria viajar até Rosário do Sul, a 100 km de Livramento, onde o hospital do SUS está frequentemente superlotado; a alternativa heterodoxa seria recorrer ao hospital de Rivera, com taxa de ocupação de leitos de apenas 65% a meros 3 km de distância, mas do outro lado da fronteira. Prevaleceu a racionalidade: durante as duas semanas de greve, cerca de quarenta crianças brasileiras nasceram no hospital de Rivera, graças a um “acordo emergencial” entre os dois hospitais, que permitiu às parturientes brasileiras serem atendidas do lado uruguaio, como se contribuíssem para a previdência deste país. Os bebês foram finalmente registrados no Brasil, tendo sido dispensada a legalização consular nesse caso. O exemplo da Santa Casa de Livramento é apenas mais um, embora talvez o mais patente, das contradições na linha de fronteira. MORAES e COSTA apud GALLO (2004, p. 44) ilustram essa surreal disjunção entre norma e realidade [..]:

“Um triste exemplo desta realidade refere-se à existência de dez pacientes residentes no município de Quaraí- RS e dependentes de hemodiálise, que têm de viajar 120km até Santana do Livramento, três vezes por semana, para receber tratamento. Fora o desconforto que este procedimento gera para o paciente, é fácil observar que, nesta rotina de tratamento, este cidadão é impossibilitado de trabalhar e acaba marginalizado da vida sociocultural da comunidade. Uma solução racional seria que estes mesmos dez pacientes atravessassem a ponte que leva a Artigas, no Uruguai, onde o mesmo tratamento está disponível. Neste caso, o deslocamento tomaria dez minutos da vida de cada um destes pacientes.”

FRONTEIRAS), um projeto de integração de ações e serviços de saúde nas regiões fronteiriças do Brasil<sup>16</sup>.

O objetivo principal é contribuir para o fortalecimento e a organização dos sistemas locais de saúde dos municípios fronteiriços, estimulando o planejamento e a implantação de ações e acordos bilaterais ou multilaterais entre os países que compartilham fronteiras entre si.

Em que pese a medida seja recente e em fase de progressiva implementação, a questão da saúde pública na região da fronteira Brasil-Uruguai encontra ainda fortes empecilhos atrelados ao desenvolvimento do processo de harmonização de sistemas, como a compensação financeira, bases de dados compartilhadas e definição do controle de acesso.

Não obstante, a iniciativa possibilitou o fortalecimento da temática, ensejando a celebração do Ajuste Complementar ao Acordo para Permissão de Residência, Estudo e Trabalho a Nacionais Fronteiriços Brasileiros e Uruguaios, para Prestação de Serviços de Saúde, firmado no Rio de Janeiro, em 28 de novembro de 2008.

#### **4 O AJUSTE COMPLEMENTAR AO ACORDO PARA PERMISSÃO DE RESIDÊNCIA, ESTUDO E TRABALHO A NACIONAIS FRONTEIRIÇOS BRASILEIROS E URUGUAIOS, PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE**

Em 2004, entrou em vigor no Brasil o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Oriental do Uruguai para Permissão de Residência, Estudo e Trabalho a Nacionais Fronteiriços Brasileiros e Uruguaios, internado no ordenamento jurídico

---

16 PORTARIA Nº 1.120/GM DE 6 DE JULHO DE 2005.

O MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, no uso de suas atribuições legais, e Considerando a necessidade de consolidar e expandir a atuação do Ministério da Saúde no âmbito da área de fronteiras;

Considerando a necessidade de avaliar as ações compartilhadas na área de saúde no âmbito das fronteiras; Considerando a necessidade de desenvolver um sistema de informação como suporte para um sistema de cooperação; e

Considerando a necessidade de mobilizar os gestores da área de fronteira para definição e implementação de um sistema de cooperação em rede,

**R E S O L V E:**

Art. 1º Instituir o Sistema Integrado de Saúde das Fronteiras - SIS Fronteiras, sistema este destinado a integrar as ações e serviços de saúde nas regiões de fronteira, com os seguintes objetivos:

I - contribuir para o fortalecimento e organização dos sistemas locais de saúde;

II - verificar as demandas e a capacidade instalada;

III - identificar os fluxos de assistência;

IV - analisar o impacto das ações desenvolvidas sobre a cobertura e a qualidade assistencial;

V - documentar os gastos com assistência aos cidadãos; e

VI - integrar os recursos assistenciais físicos e financeiros. [...]

brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 907/2003 e promulgado por meio do Decreto nº 5.105/2004.

Esse acordo assegurou o direito ao cidadão fronteiriço, brasileiro e uruguaio, de residir, estudar e trabalhar na respectiva localidade alienígena fronteiriça vinculada, nos limites das localidades vinculadas listadas no anexo do diploma binacional, quais sejam: Chuí, Santa Vitória do Palmar/Balneário do Hermenegildo e Barra do Chuí (Brasil) a Chuy, 18 de Julio, Barra de Chuy e La Coronilla (Uruguai); Jaguarão (Brasil) a Rio Branco (Uruguai); Aceguá (Brasil) a Aceguá (Uruguai); Santana do Livramento (Brasil) a Rivera (Uruguai); Quaraí (Brasil) a Artigas (Uruguai); Barra do Quaraí (Brasil) a Bella Unión (Uruguai).

O referido acordo foi objeto do Ajuste Complementar para Prestação de Serviços de Saúde promulgado pelo Decreto nº 7.239, de 26/07/2010. Tal ajuste, considerando a legislação e a organização dos Sistemas de Saúde de ambos os países, buscando amparar o intercâmbio já existente na prestação de serviços de saúde humana na região fronteiriça, e destacando a importância de consolidar soluções por meio de instrumentos jurídicos que facilitem o acesso dos cidadãos fronteiriços aos serviços de saúde, nos dois lados da fronteira, autorizou às pessoas jurídicas brasileiras e uruguaias contratarem serviços de saúde humana, em uma das Localidades Vinculadas, de acordo com os Sistemas de Saúde de cada Estado.

A prestação de serviços poderá ser feita tanto pelos respectivos sistemas públicos de saúde quanto por meio de contratos celebrados entre pessoa jurídica como contratante, de um lado, e pessoa física ou pessoa jurídica como contratada, de outro, tanto de direito público quanto de direito privado, tendo por objeto serviços de caráter preventivo; de diagnóstico; clínicos, inclusive tratamento de caráter continuado; cirúrgicos, inclusive tratamento de caráter continuado; internações clínicas e cirúrgicas; e atenção de urgência e emergência.

Em seu art. 4º, o Ajuste Complementar autoriza a compensação recíproca de prestação de serviços de saúde como forma de pagamento, vedando a cessão de materiais utilizados em serviços de saúde humana, tais como medicamentos e insumos, vacinas, hemoderivados e materiais clínicos ou cirúrgicos, como forma de pagamento. Permite, ainda, a livre circulação de veículos na prestação de serviços, tais como ambulâncias, em zonas urbanas, suburbanas e rurais das Localidades Vinculadas, em ambos os lados da fronteira, sempre que devidamente identificados (art. 5º).

Os efeitos concretos do ajuste complementar foram imediatos no que diz com a segurança jurídica na contratação de profissionais de saúde uruguaios para a atuação em hospitais públicos brasileiros das

idades fronteiriças, onde há enorme dificuldade, em razão da baixa remuneração, de contratação de profissionais de saúde brasileiros.

Tal situação, contudo, sofreu forte oposição dos órgãos de classe, tendo o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul – CREMERS ajuizado a Ação Civil Pública nº 5001429-38.2010.404.7106/RS contra a Fundação Hospital de Caridade de Quaraí, RS, e quatro médicos uruguaios contratados pelo hospital, requerendo a suspensão do exercício das atividades profissionais desses médicos no hospital, ao argumento da inexistência de revalidação dos correspondentes diplomas em universidades brasileiras e da ausência de inscrição no CREMERS;(b) a imposição ao hospital do dever de rescindir os contratos existentes e de não contratar médicos uruguaios; e, ainda, (c) a imposição aos médicos réus do dever de não exercer a medicina em território brasileiro.

A Santa Casa de Misericórdia de Santana do Livramento, por sua vez, ajuizou a Ação Ordinária nº 5000574-25.2011.404.7106/RS contra o CREMERS visando ao reconhecimento da legitimidade da contratação de médicos de cidadania uruguaia residentes em Rivera nos moldes do Ajuste Complementar ao Acordo para Permissão de Residência, Estudo e Trabalho a Nacionais Fronteiriços Brasileiros e Uruguaios para Prestação de Serviços de Saúde.

Ambas as ações, propostas perante a 1ª Vara Federal de Santana do Livramento/RS, foram julgadas no sentido de assegurar a contratação dos profissionais de saúde, tendo sido confirmadas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região<sup>17</sup>. O juiz sentenciante entendeu que:

17 ADMINISTRATIVO. ACORDOS INTERNACIONAIS. SERVIÇOS MÉDICOS. BRASILE URUGUAI. CIDADES FRONTEIRIÇAS. PROFISSIONAIS URUGUAIOS. VIABILIDADE. REVALIDAÇÃO DO DIPLOMA. INSCRIÇÃO NO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA. INEXIGIBILIDADE. [...] 1. Através do Decreto n. 5.105/2004, foi firmado o “Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Oriental do Uruguai para pesquisa de residência, estudo e trabalho a nacionais fronteiriços brasileiros e uruguaios”. 2. Por sua vez, o Decreto n. 7.239/2010 promulgou o “Ajuste Complementar ao acordo para Permissão de Residência, Estudo e Trabalho a Nacionais Fronteiriços Brasileiros e Uruguaios para Prestação de Serviços de Saúde”, do qual se depreende a permissão de serviços de saúde humana por pessoas físicas ou jurídicas situadas nas localidades vinculadas ao Anexo do já referido Decreto n. 5.105/2004. 3. Diante do quadro, inexistente qualquer óbice ao exercício da atividade médica por profissionais uruguaios, no Brasil, em municípios fronteiriços especificados nos diplomas mencionados, porquanto devidamente amparado por acordos internacionais vigentes. 4. Os pactos internacionais firmados entre a República Federativa do Brasil e a República Oriental do Uruguai visam a viabilizar a prestação de serviços médicos em localidades afastadas dos grandes centros urbanos (sobretudo das capitais dos Estados federados brasileiros ou dos distritos uruguaios). Esse elemento fático-estrutural não pode ser sonogado pelo intérprete dos textos internalizados através dos Decretos Presidenciais destacados. 5. Por fim, a ausência de revalidação do diploma obtido no estrangeiro, bem como de inscrição no Conselho Profissional competente, não tem o condão de afastar as regras inseridas no ordenamento jurídico por acordo internacional. [...] (TRF4, AC 5000574-25.2011.404.7106, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 31/07/2014).

[...] o ajuste complementar ao acordo, recepcionado grau de lei ordinária, é norma especial relativa à “prestação de serviços de saúde humana por pessoas físicas ou jurídicas situadas nas Localidades Vinculadas”, abrangendo, portanto, o exercício da medicina, e, por ser norma especial especificada para essa seara laboral nessas localidades, sobrepõe-se à norma especial relativa ao exercício da medicina no Brasil (Lei nº 3.268/1957) nos específicos pontos que disciplina, por ser mais recente e especial para as localidades vinculadas. Ainda, por ser norma intergovernamental especial direcionada a nacionais fronteiriços brasileiros e uruguaios, sobrepõe-se à norma especial que regula a situação do estrangeiro no Brasil (Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6.815/1980) no que tange ao estrangeiro uruguaio fronteiriço, também nos específicos pontos que disciplina.

O termo fronteiriço aqui utilizado refere-se estritamente aos nacionais fronteiriços brasileiros e uruguaios beneficiados pelo referido acordo, promulgado no Brasil em 2004, e pelo seu ajuste complementar, promulgado em 2010, conforme o rol das localidades vinculadas.

Portanto, a prestação de serviços de saúde humana, no Brasil, por estrangeiro uruguaio fronteiriço, específica e unicamente nas localidades vinculadas, não mais se regula exclusivamente pela Lei nº 3.268/1957, que disciplina o exercício da medicina no Brasil, e pela Lei nº 6.815/1980, que regula a situação do estrangeiro no Brasil, mas tem nova disciplina própria nos específicos pontos dispostos pelo ajuste complementar, obviamente desde que esteja o médico uruguaio devidamente habilitado nos termos da pertinente legislação uruguaia, que esteja munido do pertinente documento de fronteiriço (carteira de fronteiriço) previsto no acordo e, também, que a prestação de serviços ocorra nos limites da localidade vinculada.

Relevante registrar que nossa forte jurisprudência no sentido de que o exercício profissional no Brasil por estrangeiros deve ser antecedido necessariamente pela revalidação do diploma em universidade nacional e pela inscrição no correspondente conselho profissional não é pertinente a este caso, pois a questão ora tratada é notadamente nova, posta no ordenamento jurídico nacional somente a partir da edição do Decreto nº 7.239, em 26.07.2010,

e é matéria peculiar exclusivamente à fronteira Brasil/Uruguai, não sendo aplicável a outros Municípios do Brasil não alcançadas pelo tratado.

A judicialização da questão refletiu-se também na Ação Ordinária nº 5002090-12.2013.404.7106/RS, proposta pelo Município de Quaraí contra estabelecimentos farmacêuticos que se recusavam a aceitar as receitas médicas expedidas por profissionais médicos uruguaios que mantinham contrato de prestação de serviços com o Município.

Na decisão que deferiu a liminar, o juiz federal asseverou que:

[...] o fornecimento de medicamentos prescritos por médicos uruguaios que se enquadram na situação fática acima descrita é uma questão estritamente vinculada ao eficaz exercício profissional, cuja legalidade está estampada nos acordos firmados entre a República Federativa do Brasil e a República Oriental do Uruguai e, mais do que isso, amparada na decisão judicial antes referida.

Nesse passo, eventual recusa no fornecimento de medicamentos prescritos por esses profissionais, tão-somente pelo fato de serem estrangeiros sem registro no Conselho Regional de Medicina, configura um ato obstativo ao regular exercício profissional e, conseqüentemente, é um ato ilegal, pois indiretamente viola acordos internacionais (já referidos) legitimamente internalizados no nosso ordenamento jurídico.

A discussão jurídica acerca da necessidade da revalidação dos diplomas e do registro nos respectivos conselhos de classe restou ainda mais acirrada com a instituição do Programa Mais Médicos para o Brasil, pela MP nº 621/2013, posteriormente convertida na Lei nº 12.871/2013. Esta legislação, em seu art. 16 e § 2º, dispensa expressamente os médicos estrangeiros participantes do programa da revalidação do diploma e da inscrição no Conselho Regional de Medicina (ao contrário do Ajuste Complementar, que estabelece, em seu artigo 3º, que os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema de Saúde de cada Estado, podendo, portanto, ensejar interpretação diversa).

Contudo, é de se salientar que, por força do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, o referido Ajuste Complementar incorpora o conteúdo de direito fundamental à saúde dos cidadãos fronteiriços. Assim, o processo de aplicação e integração das normas

introduzidas pelo referido Ajuste deve considerar tal status como norteador para a solução de eventuais conflitos.<sup>18</sup>

## 5 CONCLUSÕES

O direito à saúde está intrinsecamente ligado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, e portanto, qualificado indiretamente como um direito fundamental, com aplicação imediata, encontrando-se sujeito à cláusula geral de abertura prevista no § 2º do artigo 5º da Constituição, que estabelece 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.” Referido dispositivo assegura, de forma ampla, a possibilidade de alargamento das medidas assecuratórias de direitos fundamentais que venham a ser estabelecidas em tratados internacionais firmados pelo Brasil, que podem ser tanto de natureza judicial como administrativa.

Examina-se o direito à saúde em sua vertente positiva, prestacional, que impõe ao Estado a atuação concreta na realização do direito constitucionalmente assegurado. As ações e serviços públicos de saúde no Brasil integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, que veio a ser regulamentado pela Lei nº 8.080/90.

A histórica relação do Brasil com o Uruguai em termos político-econômicos, aliada à singularidade geográfica da região de fronteira, sem barreiras físicas à interação humana, possibilitou o surgimento de uma autêntica comunidade fronteiriça, em que os limites de nacionalidade tornaram-se progressivamente mais fluidos.

Com considerável frequência, constata-se a procura de atendimento médico prestado pelo SUS nas cidades fronteiriças brasileiras por cidadãos uruguaios, que não dispõem de um serviço de saúde de acesso universal. Tal

18 Em especial considerando a dificuldade de se conferir eficácia concreta aos direitos fundamentais veiculados por tratados internacionais. Nos dizeres de PUCCI, op. cit., p.180: Esse déficit de cidadania é multicausal. Pode resultar do apego inicial a normas obsoletas, em reação ao novo paradigma de fronteiras articulantes da era Mercosul. Pode advir, ademais, do corrente (mas tão daninho) cacoeite burocrático, de interpretar restritivamente leis que tornem mais permeável a fronteira para os habitantes dessa região, pela falta de compreensão da mente do fronteiriço, que não reconhece, de forma alguma, na pluralidade de opções – de estudo, consumo, trabalho, residência, lazer, vinculação familiar – uma deslealdade ao Estado, com efeito corrosivo sobre a soberania. A defasagem pode, ainda, resultar de uma visão míope da legalidade, que desconhece a noção de equidade, para adotar de forma generalizada a lógica nacional, across the board, sem o devido reconhecimento das especificidades das regiões lindeiras, discriminando, conseqüentemente, as populações de fronteira, cerceadas em sua mobilidade e sujeitas a uma capitis diminutio no exercício de seus direitos mais básicos, como são os de acesso à saúde e a oportunidades de trabalho. A cidadania pode ser tolhida, finalmente, pela proliferação de normas superpostas, ou então carentes de regulamentação e ipso facto inaplicáveis; direitos outorgados no papel, mas inexequíveis na prática, para enorme frustração de seus alegados beneficiários.

demanda gera implicações nos planos político, financeiro e administrativo. Os usuários estrangeiros que utilizam o SUS se constituem em uma população transitória não contabilizada pelos órgãos oficiais, interferindo consideravelmente no financiamento da política de saúde dos Municípios fronteiriços, que tem o aporte de recursos fornecidos com base no número de habitantes. Assim, o repasse dos recursos é realizado desconsiderando o número de estrangeiros que buscam assistência à saúde no Brasil.

Por fim, o acesso ao SUS esbarra na falta de regulamentação acerca do direito e/ou à extensão da integralidade do atendimento à saúde ao estrangeiro. A ausência de regulamentação acaba por ensejar diversidade de entendimentos por parte dos gestores municipais de saúde no sentido de prover ou não o atendimento médico à população estrangeira. Verifica-se que, administrativamente, o Estado brasileiro vem buscando instrumentalizar o direito à saúde na região da fronteira Brasil – Uruguai por meio do Programa SIS-Fronteiras. Tal louvável iniciativa deverá ser consolidada por meio de legislação que especifique e determine o conteúdo e a extensão do direito ao atendimento pelo SUS ao estrangeiro não residente em território nacional, sob pena de que a ausência normativa dê azo à utilização indevida e/ou política do exercício do direito fundamental à saúde.

Por seu turno, o Ajuste Complementar ao Acordo para Permissão de Residência, Estudo e Trabalho a Nacionais Fronteiriços Brasileiros e Uruguaios para Prestação de Serviços de Saúde, promulgado por meio do Decreto nº 7.239, de 26.07.2010, veio a possibilitar a contratação de prestação de serviços de saúde humana por pessoas jurídicas de direito público e privado nas localidades vinculadas previstas no Acordo para Permissão de Residência, Estudo e Trabalho a Nacionais Fronteiriços Brasileiros e Uruguaios (Chuí, Santa Vitória do Palmar/Balneário do Hermenegildo e Barra do Chuí (Brasil) a Chuy, 18 de Julio, Barra de Chuy e La Coronilla (Uruguai); Jaguarão (Brasil) a Rio Branco (Uruguai); Aceguá (Brasil) a Aceguá (Uruguai); Santana do Livramento (Brasil) a Rivera (Uruguai); Quaraí (Brasil) a Artigas (Uruguai); Barra do Quaraí (Brasil) a Bella Unión (Uruguai).

Os efeitos concretos do ajuste complementar foram imediatos no que diz com a segurança jurídica na contratação de profissionais de saúde uruguaios para a atuação em hospitais públicos brasileiros das cidades fronteiriças, onde há enorme dificuldade, em razão da baixa remuneração, de contratação de profissionais de saúde brasileiros.

Tal situação, contudo, sofreu forte oposição dos órgãos de classe, que ajuizaram ações visando à invalidação das contratações, defendendo a necessidade da revalidação dos diplomas e do registro nos respectivos conselhos de classe. As ações foram julgadas improcedentes nos dois graus de jurisdição, ao fundamento de que o ajuste complementar ao acordo, recepcionado grau

de lei ordinária, é norma especial relativa à “prestação de serviços de saúde humana por pessoas físicas ou jurídicas situadas nas Localidades Vinculadas”, abrangendo, portanto, o exercício da medicina, e, por ser norma especial especificada para essa seara laboral nessas localidades, sobrepõe-se à norma especial relativa ao exercício da medicina no Brasil.

É de se salientar que, por força do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, o referido Ajuste Complementar incorpora o conteúdo de direito fundamental à saúde dos cidadãos fronteiriços. Assim, o processo de aplicação e integração das normas introduzidas pelo referido Ajuste deve considerar tal status como norteador para a solução de eventuais conflitos.

## REFERÊNCIAS

DAL PRÁ, Keli Regina. *Transpondo Fronteiras: Os desafios do Assistente Social na Garantia do Acesso à Saúde no Mercosul* (dissertação). Porto Alegre: PUCRS, 2006.

KRIEGER, Belmiro Tadeu Nascimento. Garantia fundamental ao direito fundamental à saúde: implementação por acordo (Brasil – Uruguai). Porto Alegre: *Revista de Doutrina da 4ª Região*, n. 59, abr. 2014. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao059/Belmiro\\_Krieger.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao059/Belmiro_Krieger.html)>. Acesso em: 24 set. 2014.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; DAL PRÁ, Keli Regina; FERMIANO, Sabrina. A Diversidade Ética e Política na Fruição do Direito à Saúde nos Municípios Brasileiros na Linha de Fronteira do Mercosul. *Cadernos de saúde pública (online)*, v. 23, supl. 2, 2007, acesso em: set. 2014. Disponível em: <[http://http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2007001400012&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2007001400012&lng=en&nrm=iso&tlng=pt)>.

PUCCI, Adriano Silva. *O Estatuto da Fronteira Brasil – Uruguai*. Brasília: FUNAD, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas Considerações Sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988 (online)*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletanea\\_TAnia\\_10\\_04\\_09.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf)>. Acesso em: set. 2014.

---

# BREVE ESTUDO COMPARATIVO ENTRE AS CORTES EUROPEIA E INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

*BRIEF COMPARATIVE STUDY BETWEEN EUROPEAN AND  
INTERAMERICAN COURTS OF HUMAN RIGHTS*

---

*Aline Alves dos Santos  
Procuradora Federal*

*Pós graduada (lato sensu) em Direito Ambiental e Urbanístico*

*Gabriela Borgato Penha Fonseca  
Advogada*

*Pós graduanda (lato sensu) em Direitos Sociais, Ambientais e do Consumidor*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Origem; 2 Estrutura;  
3 Procedimento contencioso; 4 Competência  
consultiva; 5 Da efetividade das decisões; 6 Conclusão  
Referências.

**RESUMO:** Os Direitos Humanos são objeto de diversos tratados internacionais. Dentre esses tratados, destacam-se aqueles que criaram as Cortes regionais para prevenir e reprimir eventuais violações a tais Direitos. Neste trabalho, serão tratadas as duas principais Cortes de Direitos Humanos, a Europeia e a Interamericana. As estruturas das Cortes em muito se assemelham, com algumas particularidades, que serão tratadas ao longo do estudo. A ausência de instrumentos sancionatórios, em caso de descumprimento das decisões prolatadas, é uma preocupante conformidade verificada, dentre outras. Porém, existem relevantes pontos de divergência, como a estrutura das cortes, o procedimento contencioso e consultivo, e o caráter das decisões prolatadas em cada Corte. Essa comparação possibilita uma visão geral das características que as Cortes regionais apresentam e também da forma que os direitos humanos são por elas tutelados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Comparação. Corte. Europeia. Interamericana. Direitos Humanos. Diferenças.

**SUMMARY:** Human Rights are object of several international treaties. Among these treaties, it is important to highlight those that created the regional Courts, with the object of preventing and punishing eventual violations to these rights. In this article, two of the main Courts of Human Rights, the European and the Interamerican, will be object of analysis. The structures of the Courts are quite similar, but with some particularities, that will be studied in this article. The lack of sanctionatory instruments, in case of noncompliance of the handed down decisions, is a worrying compliance detected, among others. Yet, there are some divergency points, as the structure of each Court, litigation and advisory procedure and the nature of the decisions handed down in each Court. This comparison provides an overview of the characteristics of each regional Court, and also the way Human Rights are treated by them.

**KEYWORDS:** Comparison. Court. European. Interamerican. Human Rights. Differences.

## **INTRODUÇÃO**

O presente estudo aborda as características de duas cortes regionais de julgamento de direitos humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Busca-se identificar os pontos de afinidades e de contrastes entre elas existentes, haja vista que são tribunais quem tem por objetivo comum assegurar a observância e a efetividade dos direitos humanos. Mediante a análise normativa e doutrinária, serão tratadas a origem, a estrutura, o procedimento contencioso e consultivo das cortes, e a efetividade das decisões. Com isso, possibilita-se um conhecimento mais detalhado acerca dos elementos que as diferenciam e das particularidades que desafiam mudança com vistas ao avanço nos direitos humanos.

### **1 ORIGEM**

A Corte Europeia e a Interamericana de direitos humanos têm nascedouro comum, em convenções regionais direcionadas ao propósito de efetivar o cumprimento e o respeito aos direitos humanos.

A Corte Europeia de Direitos Humanos foi criada pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

A Convenção dos Direitos Humanos foi aberta para assinatura em 4 de novembro de 1950 na cidade de Roma e entrou em vigor no dia 3 de setembro de 1953. A Convenção traçou objetivos e normas comuns aos países signatários, destinados a assegurar vários direitos reconhecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Além disso, instituiu a Corte Europeia de Direitos Humanos com competência para julgar os Estados que violem seus compromissos<sup>1</sup>.

De outro lado, temos a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos que estatuiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com igual competência. A Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica, foi adotada e aberta a todos os Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) para assinatura em 22 de novembro de 1969 e entrou em vigor em 18 de julho de 1978, a partir do depósito do instrumento de ratificação pelo décimo primeiro Estado membro da OEA<sup>2</sup>.

---

1 Convenção Europeia de Direitos Humanos, art. 19.

2 Convenção Interamericana de Direitos Humanos, art. 33.

Essas Cortes têm por finalidade garantir o cumprimento dos compromissos contraídos pelos Estados Signatários na própria Convenção e em seus protocolos, relacionados à manutenção da paz e da segurança e ao respeito do ideal do ser humano, com a efetivação da liberdade e dos direitos econômicos, sociais e culturais a todas as pessoas, indistintamente.

O surgimento dos tribunais aparece como um reforço à observância dos princípios contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, o que representa, na visão de Valerio Mazzuoli, uma atuação complementar e coordenada dos sistemas de proteção dos direitos humanos<sup>3</sup>, dado que é escopo comum a superação da violação aos direitos humanos, bem como extirpar os entraves no cumprimento desses direitos.

## 2 ESTRUTURA

A Corte Europeia de Direitos Humanos é sediada em Estrasburgo e é composta por um número de juízes equivalente ao número dos signatários da Convenção (atualmente 47 Estados Partes). Os juízes são eleitos pela Assembleia Parlamentar relativamente a cada parte contratante, a partir de uma lista tríplice, por maioria de votos e para um mandato de nove anos, vedada a reeleição<sup>4</sup>.

Os nomes indicados devem pressupor alta autoridade moral, reconhecida competência em matéria de direitos humanos, além de pressupor que o candidato atenda os requisitos exigidos para o exercício de relevantes funções judiciais ou ser jurisconsultos de competência reconhecida.

Por sua vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos está localizada em São José, na Costa Rica. A sua composição é de sete juízes, mediante eleição secreta, pelo voto da maioria absoluta dos Estados-membros, juristas de reconhecida competência e moral que atendam às condições exigidas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com os critérios do direito interno, e de nacionalidade dos Estados-membros. O mandato tem duração de seis anos, permitida uma única reeleição<sup>5</sup>.

---

3 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 894.

4 Convenção Europeia de Direitos Humanos, art. 20 e 23, com a modificação introduzida pelo Protocolo n. 14.

5 Convenção Interamericana de Direitos Humanos, arts. 52 a 54.

Em ambas as Cortes, os juízes escolhidos, após o fim do mandato, continuam a atuar nos processos em que tomaram conhecimento. Entretanto, no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos há uma limitação a essa competência, aos processos que se encontrem em fase de sentença.

### 3 PROCEDIMENTO CONTENCIOSO

#### a. Procedimento na Corte Interamericana

A Corte Interamericana é competente para conhecer de casos a ela submetidos, relacionados à interpretação e aplicação dos preceitos da Convenção pelos Estados-partes<sup>6</sup>. Os casos submetidos à Corte devem previamente ter esgotado o processo perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão também responsável por conhecer de assuntos afetos ao cumprimento dos compromissos da Convenção.

Segundo o Pacto de São José da Costa Rica, apenas os Estados-partes e a Comissão têm legitimidade ativa a fim de submeter o caso à apreciação da Corte, desde que, no caso dos Estados-partes, reconheçam a obrigatoriedade da competência da Corte. Aos indivíduos, grupos de indivíduos e organizações internacionais resta o acesso à Comissão Interamericana. De toda sorte, como dito antes, a apreciação pela Corte Interamericana está condicionada ao exame prévio pela Comissão.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com sede em Washington nos Estados Unidos, é também composta por sete membros. Os candidatos são eleitos para quatro anos, renováveis por uma única vez, com base numa lista tríplice de candidatos apresentados pelos governos dos Estados-membros dentre aqueles de elevada reputação moral e de notável saber em matéria de direitos humanos, nacionais do Estado proponente ou de qualquer outro Estado-membro da OEA, assegurado um dentre os indicados com nacionalidade de Estado diferente.

Na Comissão, qualquer pessoa, grupo, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros, é parte legítima para acionar o órgão a fim de que aprecie denúncias ou queixas de violação do Pacto São José da Costa Rica por um Estado-parte. Os Estados-partes da mesma forma podem fazer comunicações contra outro Estado que tenha contrariado os direitos humanos reconhecidos na Convenção, se presente declaração de reconhecimento da competência da Comissão, ainda que com condicionantes de tempo e especificidades do caso.

6 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 3. ed. Salvador: Juspodivm. 2011. p. 799.

Os requisitos para demandar a Comissão e obter sua apreciação sobre um ato violador são: a) o esgotamento das vias e recursos internos; b) o prazo limite de 6 (seis) meses a contar da notificação da decisão definitiva; c) a inexistência de outro processo pendente de solução internacional sobre o mesmo caso; e, d) a indicação do nome, nacionalidade, profissão domicílio e a assinatura do postulante<sup>7</sup>.

A Comissão dispensa a demonstração de esgotamento dos recursos internos e do prazo para peticionar quando o Estado não observa o devido processo legal ou quando há demora injustificada na decisão<sup>8</sup>.

Admitida a petição ou a comunicação e sem solução comum entre as partes, a Comissão redigirá relatório com fatos e conclusões e, se julgar adequado, recomendações. Na ausência de solução ou submissão à Corte Interamericana, a Comissão fará recomendações com fixação de prazo, para então decidir se o Estado tomou as medidas adequadas.

Perante a Corte Interamericana, a demanda segue o rito de processamento previsto no Regulamento da Corte (2009)<sup>9</sup>, por meio de denúncia, que se submeterá ao crivo de admissibilidade para, então, proceder a notificação do Estado para oportunizar a defesa e partir para a fase de instrução<sup>10</sup>. Ou seja, de uma recomendação amistosa pela Comissão, passe-se a busca de uma decisão de caráter cogente<sup>11</sup>. Se a Corte conclui pela violação a um direito ou liberdade assegurados pela Convenção, o Estado parte será condenado a cessar a violação e a garantir o direito violado, bem como a reparar os danos provocados e indenizar à parte prejudicada. A Corte Interamericana também pode se valer de medidas provisórias, a depender da gravidade e da urgência, com o fito de evitar danos irreparáveis à pessoa.

Nesse ponto, nota-se que a Convenção Europeia de Direitos Humanos não previu nenhum instrumento similar de salvaguarda de direitos a exemplo da Convenção Americana. Não obstante, para casos urgentes, a Corte Europeia se utiliza do artigo 39 das Rules of the Court, para fins de solicitação de adoção de medida provisória<sup>12</sup>.

7 Convenção Interamericana de Direitos Humanos, art. 46.

8 Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 46.

9 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 8. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais. 2014. p. 970.

10 JOB, Ulisses da Silveira. Proteção Internacional dos Direitos Humanos. *Revista de informação legislativa*. v. 45. n. 178. abr./jun. 2008. p. 84.

11 GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. São Paulo : Atlas. 2013. p. 107.

12 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 112.

A decisão da Corte é definitiva e irrecorrível, salvo para esclarecimentos do sentido e alcance da sentença.

Muito embora as decisões da Corte Interamericana tenham cunho condenatório, com especificação de medidas a serem tomadas pelo Estado infrator<sup>13</sup>, não existe previsão de medida coercitiva para hipóteses de descumprimento. A Assembleia Geral da OEA é o órgão com atribuição para supervisionar a execução das decisões da Corte. O descumprimento da decisão incorre em nova violação à Convenção, de forma a dar ensejo a novo procedimento na Corte. O estabelecimento de uma obrigação de dar, fazer e não fazer acabam por se revestir de natureza declaratória. No entanto, é assegurado o processo de execução interno para as sentenças que cominam indenização compensatória. A maior dificuldade está na execução dos deveres de investigar e punir os agentes violadores de direitos humanos.

### **b. Procedimento na Corte Europeia**

A Corte Europeia averigua ocorrência de violação aos direitos reconhecidos na Convenção por meio de petição. Entretanto, admite que essa petição seja formulada diretamente pela suposta vítima, seja pessoa, grupo ou organização não governamental, ocorrido no território de um Estado-membro<sup>14</sup>.

A jurisdição da Corte Europeia passou a ser cláusula obrigatória com a vigência do Protocolo n. 11, sem a possibilidade de reservas pelo Estado-parte. Tanto a legitimidade ativa de pessoas físicas e organização não governamental perante o Tribunal Europeu assim como a sua jurisdição obrigatória aos Estados-partes são avanços ainda não ocorridos no âmbito da Corte Interamericana.

O Tribunal Europeu é composto por comitês de três juízes, constituídos por período determinado, por seções de sete juízes e pelo tribunal pleno formado por dezessete juízes. Ao Comitê cabe, por votação unânime, obstar as petições individuais por inadmissibilidade. As seções analisam a admissibilidade e o mérito das petições individuais, se admitidas pelo comitê, e das petições da “Alta Parte Contratantes”, na existência de conflitos interestatais. As questões com maior gravidade, em razão da interpretação da Convenção e seus protocolos ou com maior suscetibilidade de acarretar contradição com posicionamento anterior do Tribunal, podem ser remetidas ao tribunal pleno pela seção, mediante

---

13 HAWKINS, Darren; JACOBY, Wade. *Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American American Courts for Human Rights*. 2008. p. 4. Disponível em: <<http://www.stevendroper.com/ECHR%20Hawkins%20and%20Jacoby%20APSA%202008.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2014.

14 Convenção Europeia de Direitos Humanos, art. 34.

o assentimento das partes. A Convenção igualmente prevê a submissão ao Tribunal Pleno por provocação da parte no assunto mediante uma análise prévia de admissão por um grupo de cinco juízos.

A petição é processada perante o Tribunal Europeu se atendidas condições semelhantes as da Comissão Interamericana, previstas na Convenção Europeia: a) esgotamento das vias e recursos internos; b) prazo limite de 6 (seis) meses a contar da notificação da decisão definitiva; c) inexistência de outro processo com pedido idêntico examinado pelo Tribunal ou por outra instância internacional, sem fatos novos; internacional sobre o mesmo caso; e, d) identificação do postulante.

No que se refere à natureza da sentença da Corte Europeia, tem-se que se difere da Corte Interamericana, pois é declaratória. Isso porque a decisão apenas declara a violação ou não da Convenção Europeia e as consequências que o Estado-parte deve assumir<sup>15</sup>. Ou seja, a Corte Europeia não especifica os meios pelos quais o Estado-parte irá cessar a violação.

Mas, similarmente à Corte Interamericana, a efetividade das decisões da Corte Europeia deriva do compromisso dos Estados-membros e do acompanhamento da execução pelo Comitê de Ministros. Fala-se ainda, como sanção, a pressão diplomática, a expulsão do Conselho da Europa, o *power of shame* pela má reputação de Estado violador, entre outros<sup>16</sup>.

#### 4 COMPETÊNCIA CONSULTIVA

O Tribunal Europeu detém competência consultiva para apreciar questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e seus protocolos, a pedido do Comitê de Ministros, ressalvadas aquelas referentes ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades definidas na Convenção ou que, em virtude de recurso previsto na Convenção, possam ser apreciadas pelo Tribunal ou pelo Comitê de Ministros (Convenção, art. 47).

A Corte Interamericana, a seu turno, prevê consulta, por qualquer membro da OEA, ainda que não membro da Convenção. A solicitação do parecer deve ter por objetivo perquirir a interpretação da Convenção e ou de qualquer tratado interacional que dispõe sobre a proteção dos direitos humanos e seja aplicável aos Estados Americanos.

Nesse ponto, a competência consultiva da Corte Interamericana se sobressai em relação à Corte Europeia, e até mesmo dos demais tribunais internacionais, em virtude de sua amplitude e do relevante

15 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 995.

16 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 120.

papel desempenhado nessas definições, tais como sistema de reservas, limitações à pena de morte, liberdade de expressão, compatibilidade de leis internas diante da Convenção<sup>17</sup>. Na contramão da Corte Interamericana, duras críticas são dirigidas a Corte Europeia pela limitada competência<sup>18</sup>.

## 5 DA EFETIVIDADE DAS DECISÕES

Como anteriormente tratado, as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos têm caráter declaratório, podendo, no entanto, determinar compensação financeira. Por seu turno, as decisões da Corte Interamericana possuem cunho condenatório. No entanto, em nenhuma existe previsão de medidas coercitivas em caso de descumprimento.

Para Hawkins e Jacoby<sup>19</sup>, porém, nota-se certa efetividade. As demandas levadas à análise das Cortes ocasionam aos Estados custos elevados e tempo a ser despendido. Nesse passo, os Estados são mais propensos a acatar as decisões.

No âmbito europeu, a observância das decisões da Corte é delegada aos Estados, competindo a estes, após o reconhecimento da violação aos Direitos Humanos, resolver como cessar a violação, bem como evitar futuras violações. Já no âmbito americano, a Corte, além de declarar a violação, faz uma série de recomendações ao Estado infrator, para observância e adimplemento<sup>20</sup>.

De certa forma, pode-se inferir que o cumprimento das decisões da Corte se dará, de modo mais efetivo, no âmbito europeu, visto que caberá ao Estado escolher sua conduta frente à violação. No âmbito americano, em que se tem uma lista de atitudes a serem tomadas, um pouco mais difícil se torna adimplir tudo o quanto listado<sup>21</sup>.

Em ambos os Tribunais, a efetividade dos julgamentos ainda se mostra ser o maior problema a ser superado, visto que a mera prolação de sentenças, no mais das vezes, não inibe a atitude violadora dos Direitos Humanos. Exsurge, assim, a necessidade de impor sanções, por exemplo, como medida garantidora da efetividade, que é um dos principais objetivos das Cortes.

17 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 336.

18 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 112.

19 HAWKINS, Darren; JACOBY, Wade. *Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American American Courts for Human Rights*. Disponível em: <<http://www.stevendroper.com/ECHR%20Hawkins%20and%20Jacoby%20APSA%202008.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2014

20 Idem.

21 Idem.

Muito embora a maioria dos Estados obedeça ao quanto determinado pelas Cortes, tendo em vista o caráter obrigatório das decisões, a ausência de instrumentos coercitivos impede a plena proteção dos direitos humanos.

Exemplo disso é o caso *Mikheyev v. Rússia*, ocorrido em 2006. Alexey Mikheyev, vítima de tortura policial, saltou do terceiro andar do prédio em que se encontrava, como forma de fugir de seus algozes, policiais, assim como ele, o que resultou em uma lesão medular, que o deixou paraplégico. A Corte Europeia de Direitos Humanos reconheceu violação aos artigos 3 (concernente à proibição da tortura e à falha na investigação policial) e 13 (direito a um recurso efetivo)<sup>22</sup>.

Mesmo após a decisão da Corte, ainda é comum a prática de tortura no Estado Russo, de acordo com estudos feitos pela Anistia Internacional e a Human Rights Watch. A Corte proferiu decisão, sem que, no entanto fosse feito acompanhamento posterior, que possibilitasse a verificação de cumprimento da decisão. A ausência de previsão de sanções em caso de descumprimento também é um facilitador, no caso da Rússia, para a inobservância do caráter obrigatório das decisões emanadas da Corte. Para uma efetiva mudança, deveria se proceder uma mudança no próprio Código Penal Russo, a fim de que se tornasse mais efetiva a investigação criminal, com uma promotoria mais independente, banindo, também, a ideia da tortura como meio de investigação<sup>23</sup>.

Impende assinalar que, considerando-se a discricionariedade delegada ao Estado infrator pela Corte, ainda não se pôde garantir a observância do quanto reconhecido pela Corte quando da análise do presente caso.

Na falta de instrumentos sancionatórios, algumas medidas individuais ou coletivas podem ser consideradas como certa forma de sanção, de modo a garantir, ao menos em parte, a efetividade das decisões.

Como medidas individuais, podemos citar as medidas de retorsão, consistentes em ações capazes de gerar efeitos não favoráveis ao Estado, contanto lícitas e advindas da competência discricionária estatal. Há também as medidas de represália, oriundas das regras comuns internacionais, em que um Estado, após verificar a realização de ato ilícito contra si, por parte de outro Estado, impõe ao Estado infrator um prejuízo, fazendo com que seja respeitado o Direito Internacional<sup>24</sup>.

---

22 Corte Europeia de Direitos Humanos. *Case Mikheyev v. Russia*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-72166>>. Acesso em: 30 set. 2014.

23 KATMISSKY, Aleksey. *Mikheyev v. Russia: the Issue of Adequacy in Investigating Claims of Ill-Treatment under the European Convention*, 29 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 537 (2007). Disponível em: <<http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1625&context=ilr>>. Acesso em: 01 out. 2014.

24 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

Já as medidas coletivas são aquelas advindas de organizações internacionais, com o objetivo de coagir os Estados violadores a adimplir com as obrigações internacionais objetos de violação<sup>25</sup>. No sistema europeu, podemos citar, como exemplo, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, que pode aplicar a sanção de expulsão do Estado que não cumprir determinação da Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>26</sup>. No sistema interamericano, embora exista também essa possibilidade de expulsão, é remota, haja vista esta não estar claramente disposta<sup>27</sup>.

Ratner e Abrams entendem que deveriam ser criados novos mecanismos para garantir a responsabilidade dos Estados após o reconhecimento de violação aos Direitos Humanos. Citam, por exemplo, a importância de se criar leis, em âmbito internacional, que codifiquem crimes e desenvolvam estratégias de combate. Na esfera nacional, deveriam os Códigos Penais locais implementar normas internacionais, incluindo a jurisdição universal, acrescentando ser ainda mais relevante o desejo político em se processar e julgar, internamente, os ofensores, de modo a evitar a intervenção de órgão internacional<sup>28</sup>.

Proner entende que tanto o sistema americano quanto o sistema europeu não dispõem de órgãos especialmente encarregados da verificação do cumprimento das sentenças. São as próprias Cortes as responsáveis por tal verificação. Não haveria como, no plano internacional, estabelecer uma execução forçada, como possível internamente. No entanto, tal execução ocorre de forma indireta, em razão da voluntariedade dos Estados infratores. Dessa forma, as sentenças que são, em essência, declaratórias, acabam por ocasionar uma mudança no âmbito interno, obtendo o resultado esperado<sup>29</sup>.

A verdade é que cumpre ao Estado possibilitar que as decisões surtam efeitos em seu direito interno, como a plena reparação aos direitos violados<sup>30</sup>, sejam elas prolatadas pela Corte Interamericana ou pela Corte Europeia.

---

Janeiro: Renovar, 2004. p. 329.

25 Idem.

26 Ibidem, p. 395.

27 Idem.

28 RATNER, Steven R.; ABRAMS, Jason S. *Accountability for human rights atrocities in international law: Beyond the Nuremberg Legacy*. New York: Oxford University Press, 2000. 2. ed.

29 PRONER, Carol. *Os Direitos Humanos e seus Paradoxos: Análise do Sistema Americano de Proteção*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 144-146.

30 Ibidem, p. 147.

## 6 CONCLUSÃO

A Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos foram criadas com o propósito de garantir fiel observância pelos Estados-membros das normas estabelecidas em suas convenções para a proteção dos direitos humanos.

A estrutura das Cortes se diferencia. A composição da Corte Europeia é formada por um número de juízes correspondente ao número de signatários (47 Estados Partes) e a Corte Interamericana é formada por 7 (sete) juízes. A forma de escolha dos juízes é similar, porém o mandato na Corte Europeia dura nove anos e na Corte Interamericana é de seis, permite uma reeleição. E em ambas as Cortes, após o fim do mandato, o juiz permanece vinculado aos processos que tomou conhecimento quando em exercício.

O procedimento contencioso na Corte Interamericana pressupõe prévia análise pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, responsável por analisar fatos e emitir recomendações. A legitimidade ativa para instaurar o procedimento perante a Corte é restrita aos Estados-partes e à Comissão. Os indivíduos e as organizações possuem acesso somente à Comissão Interamericana. A decisão da Corte Interamericana, além de averiguar a ocorrência de violação às normas da Convenção, pode atribuir obrigação de fazer, não fazer e de dar. A Corte Interamericana é expressamente autorizada a dispor de medidas acautelatórias e as suas decisões têm caráter obrigatório para os Estados-membros. Todavia, para os casos de descumprimento, não existe medida coercitiva, mas tão somente a possibilidade de instaurar novo procedimento perante a Corte.

Na Corte Europeia, com o advento do Protocolo n. 11, todos os Estados-membros devem observar a sua jurisdição. A petição para o Corte pode ser formulada por pessoa, grupo de pessoas ou organização não governamental. Para processar a demanda, existem condições semelhantes às existentes na Comissão Interamericana. A decisão da Corte Europeia é apenas declaratória, restrita a pronunciar sobre a ocorrência ou não da violação à norma da Convenção e as consequências que o Estado deve assumir. Como na Corte Interamericana, não se observa meios de coerção efetivos para as hipóteses em que a obrigatoriedade da decisão é ignorada.

No que se refere à competência consultiva dos Tribunais, tem-se que a Corte Europeia aprecia pedidos do Comitê de Ministros relacionados à interpretação da Convenção e seus protocolos de qualquer matéria não relacionada ao conteúdo ou à extensão dos direitos previstos na Convenção. Já a Corte Interamericana permite ampla consulta, formulada por qualquer membro da OEA para fins de interpretação da Convenção ou de qualquer

tratado que verse sobre direitos humanos e que seja aplicável aos Estados Americanos.

A carência de instrumentos sancionatórios ainda se mostra a maior dificuldade quando se fala em garantir a efetividade das decisões prolatadas pelas Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. Embora as decisões da Corte Europeia tenham caráter declaratório – podendo determinar, no entanto, compensação financeira –, ao passo que as decisões da Corte Interamericana tenham caráter condenatório – fazendo, além do reconhecimento da violação dos direitos, uma série de recomendação aos Estados infratores –, em ambas inexistem órgãos específicos para execução das sentenças.

O respeito às decisões se dá, tanto em âmbito europeu, quanto em âmbito americano, pela voluntariedade do Estado violador. No entanto, algumas das vezes, como no caso da Rússia, as decisões são postas de lado, prejudicando, assim, a eficácia daquelas. Acredita-se que, no âmbito europeu, a observância das decisões se dê mais facilmente, visto que é delegado ao Estado a tomada de decisões frente ao combate às violações de Direitos Humanos, seja com a edição de leis ou compensação à vítima, ao passo que, no âmbito americano, em razão das recomendações, de caráter obrigatório, feitas pela Corte, a adimplência ao quanto determinado pode se mostrar mais rígido.

Portanto, muito embora o objetivo da Corte Interamericana e Europeia de direitos humanos seja similar, são perceptíveis diferenças substanciais entre a estrutura e o procedimento contencioso e consultivo. O quadro de julgadores, a formulação de pedido por indivíduos, decisões com cunho condenatória ou somente declaratório, e a possibilidade de consulta ampla são questões que devem ser avaliadas quanto aos acertos e desacertos, a fim de que as Cortes possam aproveitar as características e as experiências exitosas uma da outra, respeitadas as suas peculiaridades.

## REFERÊNCIAS

Corte Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-72166>> Acesso em: 30 set. 2014.

GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. São Paulo : Atlas. 2013.

HAWKINS, Darren; JACOBY, Wade Jacoby. *Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American American Courts for Human Rights*. 2008, p. 4. Disponível em: <<http://www.stevendroper.com/ECHR%20Hawkins%20and%20Jacoby%20APSA%202008.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2014.

JOB, Ulisses da Silveira. Proteção Internacional dos Direitos Humanos. *Revista de informação legislativa*. v. 45. n. 178. abr./jun. 2008.

KATMISSKY, Aleksey. *Mikheyev v. Russia: the Issue of Adequacy in Investigating Claims of Ill-Treatment under the European Convention*, 29 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 537 (2007). Disponível em: <<http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1625&context=ilr>>. Acesso em 01.10.2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 8. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais. 2014.

NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*. v. 19. n. 1. 2008. Disponível em: < <http://www.ejil.org/pdfs/19/1/175.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 3. ed. Salvador :Juspodivm. 2011.

PRONER, Carol. *Os Direitos Humanos e seus Paradoxos: Análise do Sistema Americano de Proteção*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

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, 2004.

RATNER, Steven R.; ABRAMS, Jason S. *Accountability for human rights atrocities in international law: Beyond the Nuremberg Legacy*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2000.

VADELL, Lorenzo M. Bujosa. *Las sentencias de Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamento español*. Madrid: Tecnos, 1997.

---

# A ANÁLISE DO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÕES DAS CORTES INTERAMERICANA E EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS SOB O ENFOQUE DO DIREITO À VIDA

*THE ANALYSIS OF THE DECISION MAKING PROCESS OF INTER-  
AMERICAN AND EUROPEAN HUMAN RIGHTS COURTS FOCUSING  
ON THE RIGHT TO LIFE*

---

*Andrea de Quadros Dantas Echeverria  
Advogada da União lotada na Secretaria-Geral de Contencioso  
Mestre em Direito das Relações Internacionais – UniCeub. Especialista em  
Globalização, Justiça e Segurança Humana – ESMPU em parceria com a Univ. de  
Bochum. Bacharel em Ciência Política - Universidade de Brasília*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O início da vida na Corte Europeia de Direitos Humanos; 2 O início da vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos; 3 Efetividade, reputação e a margem de apreciação; 4. Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** Com o objetivo de analisar o processo de tomada de decisão e seu impacto na efetividade das Cortes, o presente artigo pretende revisar as decisões judiciais proferidas pela Corte Europeia de Direitos Humanos (Vo vs. França; e ABC vs Irlanda) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Artavia Murillo et al. v. Costa Rica) que responderam a pergunta sobre o início da vida. Enquanto a Corte Europeia optou por delegar a resposta sobre o início da vida ao âmbito doméstico de cada Estado membro, a Corte Interamericana estabeleceu um novo conceito do termo ‘concepção’, passando a considerar a implantação do embrião como marco inicial do direito a vida. A partir da extrema divergência observada nas soluções adotada pelas Cortes, o estudo voltou-se para os mecanismos de tomadas de decisões. O principal instrumento estudado foi a doutrina da margem de apreciação nacional, com o intuito de verificar a influencia de tal mecanismo na efetividade das sentenças proferidas por tais cortes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Corte Interamericana. Corte Europeia de Direitos Humanos. Direito à Vida. Doutrina da Margem de Apreciação. Efetividade das Cortes Internacionais.

**ABSTRACT:** In order to analyze the decision making process and its impact on the effectiveness of international courts, this article aims to review the judgments delivered by the European Court of Human Rights (Vo vs. France and ABC vs Ireland) and the Inter-American Court of Human rights (Artavia Murillo et al. v. Costa Rica) that have answered the question about the beginning of life. While the European Court has chosen to delegate the answer about the beginning of life to the domestic context of each Member State, the Inter-american Court has defined a new concept of the term ‘conception’, to consider the implantation of the embryo as a starting point for the right to life. From the extreme divergence in the solutions adopted by the Courts, the study turned to the mechanisms of decision making. The main instrument studied was the doctrine of the margin of national appreciation, in order to verify the influence of such mechanism in the effectiveness of the judgments of such courts.

**KEYWORDS:** Inter-american Court. European Court of Human Rights. Right to Life. Margin of Appreciation Doctrine. International Courts Effectiveness.

## INTRODUÇÃO

No direito internacional, assim como no âmbito doméstico, o princípio do ‘rule of law’, é essencial para o funcionamento do próprio sistema, pois garante a execução das decisões ali proferidas. Entretanto, enquanto o direito interno está instrumentalizado com as mais variadas estruturas e institucionais que garantam a execução de suas decisões judiciais<sup>1</sup> a ausência de tais instrumentos no contexto internacional leva ao questionamento da necessidade de proliferação de tantas cortes internacionais.

Quando se fala em efetividade das decisões das Cortes internacionais, a primeira pergunta que sempre sucede é exatamente como tais decisões poderão ser executadas e quais os mecanismos que tais Cortes internacionais possuem para assegurar a efetividade de suas decisões.

É comum dizer que as Cortes internacionais de direitos humanos são como tubarões sem dentes, exatamente porque não possuem um mecanismo de coerção de suas decisões (enforcement). Como consequência, passa-se a questionar a própria competência e funcionalidade dessas cortes.

É interessante observar que a Corte Européia de Direitos Humanos possui importante reputação exatamente pela alta percentagem de cumprimento de suas decisões<sup>2</sup>. Por outro lado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem sofrendo grande críticas pela reputação oposta: suas decisões são excessivamente invasivas e raramente executadas em sua integralidade<sup>3</sup>.

---

1 WARIOBA, Joseph Sinde. Monitoring Compliance with and Enforcement of Binding Decisions of International Law. In: *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, número 5, 2001. p. 41-52. Disponível em: <[http://www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb\\_warioba\\_5.pdf](http://www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb_warioba_5.pdf)>. p. 41/42.

2 Nesse sentido: DOTHAN, Shai. “Judicial Tactics in the European Court of Human Rights”. In: *Public Law & Legal Theory Working Papers*, v. 12, n. 1, ago. 2011. p. 114-142, p. 117, verbis: “Over the fifty years since the ECHR was formed, it has enjoyed, by most accounts, consistently high compliance rates with its judgments. [...] The exact compliance rates of the ECHR are very hard to measure, both because data on the implementation of judgments can be hard to collect and because compliance can be delayed or partial (such as paying just satisfaction while neglecting to implement general measures). Some scholars contend that the ECHR has very high compliance rates. For instance, see R. Ryssdal, *The Enforcement System Set Up under the European Convention on Human Rights*, in M.K. Bulterman and M. Kuijer, eds, *Compliance With Judgments Of International Courts* 49, 67”.

3 Nesse sentido: HUNEEUS, Alexandra Valeria. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights (August 17, 2011). *Cornell International Law Journal*, v. 44, N. 3, 2011; Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper N. 1168. p. 117, verbis: “In: 2008, the last year for which the Court reported such data, states had fully implemented only one in ten of the Court’s rulings: of the 105 cases that reached a final judgment, were still under the Court’s jurisdiction awaiting compliance.” No mesmo sentido: POSNER, Eric A. and YOO, John C. , *Judicial Independence in International Tribunals*, 93 *Cal. L. Rev.* 1 (2005), fl. 41: “We have found only one case in which nation has fully complied with an IACHR decision. [...] This amounts

Analisar todas as variáveis que permitem uma divergência tão brusca entre as ambas as cortes seria algo impossível de ser feito em um artigo dessa dimensão. Nesse contexto, optou-se por realizar o estudo de apenas uma vertente do mais importante direito fundamental, qual seja, o direito a vida, mais especificamente o conceito do início da vida e suas consequências para ambas as Cortes internacionais.

No presente artigo pretende-se, portanto, por meio da observação da forma de julgamento dos casos envolvendo o direito à vida do nascituro, estabelecer algumas variáveis que justifiquem a atual reputação positiva da Corte Europeia em contraste com a reaclitrância observada na execução as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

É importante ressaltar que a escolha dos dois precedentes da Corte Europeia – *Vo vs França* e *ABC vs Irlanda*, que tratam essencialmente do direito a vida – em detrimento de outros precedentes específico sobre fertilização<sup>4</sup>, se deve à análise da discussão e dos marcos teóricos utilizados por ambas as Cortes para resolver a questão.

Isso porque a Corte Interamericana fundamentou-se essencialmente na definição do termo inicial de proteção ao direito a vida para reconhecer a impossibilidade da proibição estabelecida pela Costa Rica, consoante será visto na segunda parte. Tal discussão fora tratada pela Corte Europeia especialmente nesses nos precedentes *Vo vs. França* e *ABC vs. Irlanda*, que serão objeto da primeira parte.

A terceira parte visa analisar a correlação entre a reputação, a efetividade e o processo de tomada de decisão de cada uma das Cortes, tendo por enfoque os casos anteriormente analisados, com o intuito de esclarecer qual o caminho que a Corte Interamericana deve percorrer para alcançar uma melhoria em sua reputação e na efetividade de suas decisões.

---

to a compliance rate of approximately 5%. Interestingly, the Inter-American Commission, which issues only nonbinding country reports that seek to convince nations to change their human rights policies, reports a 4% rate of full compliance with its reports.” E ainda CANTON, Santiago. To Strengthen Human Rights, Change the Organization of American States (Not the Commission), <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1836&context=hrbrief> at 3>: “Despite the important markers of success of the IASHR (Inter-American System of Human Rights), States do not fully comply with a large majority of its decisions.”

4 5 No caso *Evans vs. Reino Unido*, discutiu-se a possibilidade de implantação de embrião congelado após a separação do casal e sem o consentimento de um deles. Nesse caso, a Corte aplicou a margem de apreciação, considerando a existência de leis que regulamentavam a matéria no âmbito interno. Já no caso *Costa e Pavan vs. Itália*, a temática centrou-se na possibilidade de manipulação genética dos embriões *in vitro* de modo a evitar a transmissão de uma doença da qual genitora era portadora. Embora a Corte tenha se manifestado pela possibilidade e tal manipulação genética, o fundamento foi a inconsistência na lei doméstica que não permitia tal seleção no processo *in vitro*, mas permitia o aborto caso identificada a doença no feto. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, Factsheet – Reproductive Rights, setembro 2014. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Reproductive\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Reproductive_ENG.pdf)>. Acesso em: 03 set. 2014.

## 1 O INÍCIO DA VIDA NA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

A primeira vez em que a Corte Europeia foi instada a se manifestar sobre o direito a vida do nascituro, decisão essa utilizada como paradigma desde então, foi o caso *Vo v. France*. A questão foi trazida à Corte pela francesa, de origem vietnamita, Thi-Nho Vo que, devido a um erro médico, foi obrigada a se submeter a um aborto terapêutico<sup>5</sup>. A requerente e seu marido ajuizaram uma ação criminal perante a justiça francesa face ao médico, visando sua condenação por homicídio culposo. Em última instância, a Corte de Cassação francesa absolveu o médico, essencialmente por entender que o feto não poderia ser considerado como ser humano no direito criminal local<sup>6</sup>.

Diante da negativa da jurisdição francesa em reconhecer o direito de vida ao feto, a requerente peticionou na Corte Europeia de Direitos Humanos sustentando uma violação ao artigo 2.1 da Convenção<sup>7</sup>, que possui o seguinte texto:

### Artigo 2.º (Direito à vida)

1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei.

Em sua petição, a requerente destacou ainda que a ausência de legislação penal, para prevenir e punir condutas como essas, resultaria na não proteção da vida intrauterina, em claro confronto ao que dispõe a Convenção que determina que “o direito a vida de todas as pessoas deve ser protegido por lei”<sup>8</sup>.

---

5 Especificamente sobre o caso, por coincidência, no mesmo dia encontravam-se no hospital duas mulheres com o mesmo sobrenome – a requerente Thi-Nho Vo, que fazia um acompanhamento de sua gravidez, e Thi Thanh Van Vo, que se submeteria a uma retirada de um dispositivo intra-uterino. Por uma confusão causada pela identidade do sobrenome somada a dificuldade da requerente em se expressar em francês, o médico iniciou o procedimento de retirada do DIU na requerente grávida, o que resultou na perfuração da placenta. Com a perda do líquido amniótico, tornou-se necessária a realização de um aborto terapêutico. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS/CEDH. 2004, Sentença de 08 de julho. *Case Vo vs. France*, Petição nº 53924/00. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61887#{"itemid":\["001-61887"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61887#{)>. Consultado em: 02 de jul. de 2014. Par. 8

6 CEDH *Caso Vo v. France*, par. 9.

7 CEDH *Caso Vo v. France*, par. 3, 42-43

8 Tradução livre do seguinte trecho do artigo 2 da Convenção Europeia: “1. Everyone’s right to life shall be protected by law.”

Ao decidir a questão, contudo, a Corte Europeia afirmou que o debate sobre quando o direito a vida começa é uma questão que deve ser decidida no nível nacional: primeiro porque ainda não decidido na maioria dos Estados que ratificaram o tratado, em particular na França, onde a questão ainda está submetida a debate público; e segundo porque não há um consenso europeu sobre a definição legal e científica sobre o início da vida. A Corte destacou expressamente que “a questão sobre quando o direito a vida começa está inserida na margem de apreciação que a Corte considera como sendo de esfera dos Estados”<sup>9</sup>.

Ademais, a Corte afirmou que não seria possível e nem desejável responder à pergunta abstrata se o nascituro seria uma pessoa nos termos do artigo 2.1 da Convenção<sup>10</sup>.

A questão acerca do direito a vida do nascituro voltou a ser foco da Corte Europeia quando do julgamento do caso ABC vs. Irlanda, em dezembro de 2010, no qual se discutia a possibilidade de aborto em razão de perigo à vida da gestante.

A discussão nesse caso, que gerou tamanha especulação no âmbito doutrinário e jornalístico, foi o fato de não se estar questionando exatamente o direito a vida do nascituro, mas sim o conflito entre os direitos do nascituro e da gestante. E mais, a princípio não seria o caso de se aplicar a teoria da margem de apreciação, haja vista a existência de consenso no âmbito dos países signatários da Convenção acerca da possibilidade de aborto em situações semelhantes.

No caso, as duas primeiras requerentes (A e B) sustentaram que a proibição irlandesa do aborto por questões de saúde e bem-estar da gestante configuraria uma violação ao artigo 8º da Convenção. A terceira requerente (C) afirmou também a impossibilidade de exercício do direito fundamental ao aborto quando há risco de vida para a gestante, dado os estreitos limites permitidos para o aborto na Irlanda<sup>11</sup>.

---

9 Tradução livre do trecho: “It follows that the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere” (CEDH.Caso Vo v. France, par. 82)

10 Having regard to the foregoing, the Court is convinced that it is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention (“personne” in the French text” (CEDH Caso Vo v. France, par. 85)

11 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS/CEDH. 2010, Sentença de 16 de dezembro. Case ABC vs Ireland, Petição nº 25579/05. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102332#{"itemid":\["001-102332"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102332#{). Consultado em 02 de jul. de 2014. ABC vs. Irlanda, par. 3/4.

Quanto as duas primeiras requerentes, a gravidez não trazia risco efetivo à saúde delas<sup>12</sup>. Já a terceira havia se submetido a três anos de quimioterapia para o tratamento de um tipo raro de câncer e havia sido desaconselhada pelos médicos a engravidar. A requerente alegou que não recebeu as informações adequadas sobre os riscos da gravidez para a reincidência do câncer, nem sobre a possibilidade de os exames realizados antes da confirmação da gravidez terem prejudicado a saúde do feto. Por entender que não poderia realizar o aborto na Irlanda, viajou para a Inglaterra para efetivar tal procedimento<sup>13</sup>.

A Constituição irlandesa expressamente reconhece o direito a vida do nascituro em seu artigo 40.3.3, que, após a Oitava (1983), Decima Terceira e Decima Quarta (1992) Emendas, possui a seguinte redação (original):

The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right.

This subsection shall not limit freedom to travel between the State and another State.

This subsection shall not limit freedom to obtain or make available, in the State, subject to such conditions as may be laid down by law, information relating to services lawfully available in another State.

Em atenção a esse mandamento constitucional e considerando a ausência de norma regulamentadora, a Irlanda somente permite o aborto quando comprovado o risco de vida da gestante. Diante de várias discussões dentro da sociedade irlandesa, a questão foi objeto de um referendo em março de 2002. Entretanto, por uma pequena margem (50,42% x 49,58%), a proposta de alteração da legislação foi recusada<sup>14</sup>.

Outro acontecimento que demonstra a forte resistência da sociedade irlandesa a permitir o aborto foi o fato de que o Tratado da União Europeia somente fora assinado com a ressalva de que a adesão da Irlanda aos termos do tratado não implicaria na redução da proteção à

---

12 As primeiras duas requerentes viajaram para a Inglaterra para se submeterem ao procedimento de aborto, na certeza da impossibilidade de o fazerem na Irlanda. Em ambos os casos, a gravidez tinha sido acidental e elas argumentaram que não tinham condições financeiras ou emocionais para terem um filho naquele momento (CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 13-21).

13 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 22-26.

14 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 50-54.

vida conferida pela Constituição irlandesa, consoante se verifica do texto original apresentado pela Irlanda:

Nothing in the Treaty of Lisbon attributing legal status to the Charter of Fundamental Rights of the European Union, or in the provisions of that Treaty and the area of freedom, security and justice, affects in any way the scope and applicability of the protection of the right to life in Article 40.3.1, 40.3.4 and 40.3.3 ... provided by the Constitution of Ireland.<sup>15</sup>

Estabelecido o cenário jurídico interno da Irlanda, a Corte Européia se debruçou sobre o contexto europeu, destacando que o aborto – com simples ressalvas quanto ao tempo de gestação – é permitido em aproximadamente 30 Estados contratantes, sendo que em 40 deles, é justificado o aborto quando em risco a saúde da gestante<sup>16</sup>. Somente 3 Estados proíbem de forma absoluta tal procedimento (Andorra, Malta e San Marino)

Nesse contexto, no que se refere ao argumento das requerentes de violação ao artigo 2 da Convenção (direito a vida), a Corte ressaltou que, embora a Irlanda proíba o aborto, sua legislação permite que a gestante realize tal procedimento em outro país. Desse modo, não haveria qualquer ofensa ao direito a vida, pois em momento algum restou demonstrado a existência de efetivo risco de vida às requerentes<sup>17</sup>.

A discussão, então, centrou-se na alegada ofensa ao artigo 8º da Convenção Europeia (direito ao respeito a vida privada e familiar), tendo por fundamento a ausência de lei que regulamentasse o disposto no artigo 40.3.3 da Constituição irlandesa<sup>18</sup>.

As requerentes sustentaram que embora os Estados tenham direito a uma margem de apreciação quanto ao nível de proteção da vida pré-natal, tal margem não poderia ser absoluta a ponto da proteção ao nascituro se sobrepor aos direitos da mãe. Ressaltaram, ainda, não se tratar a discussão sobre o início da vida – questão essa que não possui consenso entre os Estados –, mas sim sobre a necessidade de conferir um grau mínimo de proteção à saúde e bem-estar da mulher<sup>19</sup>.

---

15 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 102. Ressalte-se que a ratificação do tratado, com a ressalva acima, foi realizada somente após sua aprovação por referendo em outubro de 2009.

16 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 112.

17 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 157/158.

18 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 167.

19 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 172-173.

As requerentes destacaram, também, a existência de consenso entre os Estados membros sobre a necessidade de maior flexibilização das possibilidades legais de aborto<sup>20</sup>, concluindo que:

While there might be no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life (see Vo, cited above, § 82), there was a clear consensus on the minimum standards for abortion services necessary to preserve a woman's health and well-being.<sup>21</sup>

Por outro lado, o Estado irlandês, quanto a suposta violação ao artigo 8º, destacou que referido dispositivo nunca fora utilizado para obrigar os Estados membros a permitirem o aborto dentro de seus territórios. O governo irlandês lembrou também que a proibição do aborto – estabelecida na Constituição daquele país – fundamenta-se em profundos valores morais daquela sociedade e que, sempre que posta a questão em debate (em especial por meio de referendos), opta-se pela manutenção do atual ordenamento jurídico<sup>22</sup>.

O Estado irlandês sustentou ainda a necessidade de aplicação da teoria da margem de apreciação nacional, essencialmente por dois motivos: a Corte reconhece a existência de uma significativa margem de apreciação nos casos que envolvem valores éticos e morais da sociedade; e a Corte já reconheceu a incidência de tal teoria no que se refere à interpretação do alcance do artigo 2 (direito a vida) aos nascituros<sup>23</sup>.

A Corte iniciou o julgamento destacando que o artigo 8º não poderia ser interpretado de forma a reconhecer que a gravidez e sua interrupção pertencem exclusivamente a vida privada da gestante, sendo necessário a ponderação de outros direitos envolvidos, como o direito a vida do nascituro<sup>24</sup>. Ou seja, o artigo 8º não pode ser interpretado como passível de assegurar o direito ao aborto.

Considerando que uma restrição ao direito a vida privada – garantida pelo artigo 8º da Convenção Europeia – poderia ser realizada pelo Estado se comprovado que essa interferência está amparada pelo direito doméstico

20 The PACE Resolution (see paragraphs 107-8 above) was indicative of this. In addition, the laws of the vast majority of the Contracting States also constituted strong evidence: 31 out of 47 States allowed abortion on request during the first trimester, 42 out of 47 States allowed abortion when the woman's health was at risk, and 32 out of 47 States expressly allowed the termination of pregnancy where there was a foetal abnormality (CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 175)

21 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 175.

22 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 180.

23 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 185.

24 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 213.

e é necessária em uma sociedade democrática para legitimar os objetivos da Convenção<sup>25</sup>, a Corte ressaltou que as restrições impostas pela Irlanda ao procedimento de aborto estão fundamentadas tanto no sistema jurídico, como em profundos valores morais<sup>26</sup>. Dessa forma, as restrições ao aborto visam a um objetivo legítimo que é a proteção do direito a vida do nascituro garantida na Constituição da Irlanda<sup>27</sup>.

Ao examinar o conflito entre o direito a vida privada da gestante e o direito a vida do nascituro, deve ser analisado se o equilíbrio estabelecido pelo Estado estaria dentro da sua margem de apreciação ou não. No ponto, a Corte destacou que, em regra, estando em discussão a existência ou identidade do indivíduo, referida margem tende a ser menor, enquanto que os debates que envolvem questões morais e éticas sensíveis tendem a permitir uma margem de apreciação mais ampla<sup>28</sup>.

No presente caso, embora se trate exatamente de um debate moral, restava à Corte analisar se a existência de um consenso entre os Estados sobre a possibilidade de aborto seria suficiente para reduzir a margem de apreciação da Irlanda<sup>29</sup>. A Corte, mesmo reconhecendo a existência de tal consenso<sup>30</sup>, afirmou categoricamente que apenas isso não é suficiente para reduzir a margem de apreciação, em especial em razão do precedente firmado no caso *Vo vs. França*, no qual restou decidido a impossibilidade de definir se o nascituro estaria abrangido pelo artigo 2º da Convenção ou não.

Como o direito à vida do feto está inexoravelmente imbricado com o direito da gestante, a margem de apreciação deve ser analisada sob o enfoque do início da vida e não unicamente sobre a possibilidade ou não de aborto em outros Estados membros<sup>31</sup>. Desse modo, a Corte concluiu que a opção da

---

25 SINGH, Mallika. A, B, C v. Ireland and the Doctrine of Margin of Appreciation. Dezembro 2011. Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=1732835](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=1732835)>. P. 4: Another thing that the Court seems to base its judgments is by distinguishing those rights which are most fundamental for the existence of a democracy.<sup>34</sup> If the Court feels that the right in concern is essential for the existence of a democracy, it narrows the margin of appreciation.

26 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 218 e 226.

27 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 227.

28 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 232.

29 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 234

30 É interessante destacar que, enquanto a Irlanda nega tal consenso em suas alegações, a Corte reconhece expressamente a existência dele, *in verbis*: “235. *In the present case, and contrary to the Government’s submission, the Court considers that there is indeed a consensus amongst a substantial majority of the Contracting States of the Council of Europe towards allowing abortion on broader grounds than accorded under Irish law.*” (CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 235)

31 SINGH, op.cit, p.9: The Court however, came to the conclusion that the first consensus (regarding abortion laws) did not decisively narrow the margin of the state since the second issue of the beginning of life was unanswered. The Court felt that even if these two conflicting questions had been solved and

Irlanda em proibir o aborto – exceto nos casos de comprovado risco de vida da gestante – não ultrapassa a margem de apreciação deferida aos Estados, não havendo, portanto, violação ao artigo 8º da Convenção Europeia<sup>32</sup>.

Esse julgamento representou uma quebra de paradigma na jurisprudência da Corte Europeia porque foi “primeira vez que a Corte desconsiderou a existência de um consenso europeu com base em profundos valores morais”<sup>33</sup>. Exatamente por isso, tal decisão foi alvo de inúmeras críticas na doutrina europeia, especialmente por reduzir a importância do consenso dentro do processo de tomada de decisão pela Corte Europeia<sup>34</sup>.

Mesmo os autores que consideram que houve a abertura de um perigoso precedente ao se desconsiderar a existência de um consenso europeu sobre o aborto, também esclarecem a impossibilidade da Corte decidir a questão sem conceituar definitivamente o início do direito a vida<sup>35</sup>.

### 3 O INÍCIO DA VIDA NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a discussão sobre o início da vida foi resultado de uma petição contestando a decisão da Suprema Corte da Costa Rica, que proibira a fertilização *in vitro*<sup>36</sup>.

---

answered domestically in States, since the rights of the unborn child were “inextricably connected” with that of the mother, the margin given in this matter should be wide.<sup>69</sup>

32 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, par. 240-242. A Corte apenas reconheceu a ofensa ao citado artigo quanto a terceira requerente, ao afirmar que a Irlanda fálhou ao não regulamentar o artigo 40.3.3 da Constituição, não tendo o Estado fornecido informações suficientes para a requerente acerca da possibilidade ou não de aborto no seu caso específico.

33 CEDH. Caso ABC vs. Irlanda, Dissenting Opinion, par. 9.

34 SMET, Stijn. A., B. and C. v. Ireland: Abortion and the Margin of Appreciation. In Strasbourg Observers, 17 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://strasbourgobservers.com/2010/12/17/a-b-and-c-v-ireland-abortion-and-the-margin-of-appreciation/>. Consultado em 03 de julho de 2014, p.5.

35 SIGH, *op.cit.* p. 12: “While the Court was right (to a certain extent) in expressly refusing from giving a subjective opinion regarding matters of life and death, it fell short of people’s expectations when it refused to alleviate the position of thousands of women that travel to England and Wales every year to get an abortion”. No mesmo sentido: SMET, *op.cit.* p.5 “Regarding the use of the margin of appreciation doctrine, I basically agree with the dissenting Judges that it is a surprising move for the Court to first find the existence of a clear European consensus and then still allow Ireland a wide margin of appreciation on the basis of moral views. P6 - Unfortunately, abortion cases are also the cases in which it is most difficult for the Court to refrain from using the margin of appreciation doctrine altogether, because the only alternative open to the Court is to determine the status of the unborn foetus autonomously and start the case from that question, balancing the right/interests involved. For obvious reasons, the Court is unwilling to go into the question of the right to life of the foetus, as that would lead to a square confrontation with the member States and would deny them also a margin of appreciation to ‘decide’ when life begins”

36 Artavia, par. 70/71;

Em março de 2000, Suprema Corte da Costa Rica julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade<sup>37</sup>, por entender que a vida começa a partir da concepção, iniciando-se assim a proteção jurídica ao ser humano<sup>38</sup>. Conclui a Suprema Corte que o procedimento de fertilização *in vitro* “claramente ofende a vida e a dignidade do ser humano”, na medida em que trata o embrião como objeto de pesquisa e o submete a altos riscos de morte, em razão das elevadas taxas de perdas de embriões nesse processo<sup>39</sup>. A partir desse momento, a Costa Rica passou a ser o único Estado no continente americano a proibir a utilização da técnica de fertilização *in vitro*.

Nesse contexto, foi protocolado uma petição perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao argumento de que a proibição de fertilização *in vitro* efetivada pelo Estado da Costa Rica violaria o direito a vida privada dos requerentes, garantida no artigo 11.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que assim dispõe:

Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”.

Inicialmente, a Corte destacou duas questões fundamentais da Convenção Interamericana que divergem da Convenção Europeia de Direitos Humanos: (1) a Convenção Interamericana confere especial proteção à vida familiar<sup>40</sup>; (2) a Convenção Interamericana define expressamente que a vida é protegida desde o momento da concepção, consoante se verifica de seu artigo 4.1, *verbis*:

“Artigo 4º - Direito à vida

---

37 Referido decreto o direito a vida e a dignidade do ser humano, o que somente poderia ser efetivado mediante uma lei formal promulgada pelo Legislativo. Apesar da questão ter sido decidida por um vício formal do decreto, também foi objeto de discussão o início da vida e, conseqüentemente, o marco inicial da sua proteção jurídica, tendo a Suprema Corte afirmado que

38 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/CIDH. 2012, Sentença de 28 de novembro, Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)>. Consultado em :20 fev. 2014. par. 73;

39 Tradução livre do trecho: “clearly jeopardizes the life and dignity of the human being, (CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 74).

40 CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 145.

1. 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”.

A Corte ressaltou que “o procedimento de fertilização *in vitro* transformou a discussão de como o fenômeno da ‘concepção’ é entendido”<sup>41</sup>, tendo ressaltado ainda opiniões científicas que afirmam que o embrião só pode ser assim considerado após sua implantação no útero, independente do procedimento anterior de fertilização (se natural ou *in vitro*), sendo denominado pré-embrião na fase entre a fertilização e a nidação<sup>42</sup>.

No que se refere especificamente a discussão acerca do início da vida, a Corte Interamericana reconheceu a ausência de consenso no contexto internacional, seja ele jurídico, moral, biológico ou religioso<sup>43</sup>.

Assim, apesar de já estar traçado o conceito objetivo do início da vida dentro Convenção Interamericana, e da ausência de consenso sobre o tema no cenário internacional, a Corte entendeu ser necessário interpretar a Convenção com o objetivo de estabelecer um marco para a definição do início da vida e, conseqüentemente, de sua proteção jurídica<sup>44</sup>.

Considerando essencialmente uma interpretação sistemática e evolutiva da Convenção Interamericana, e que o termo ‘em geral’ significaria a existência de exceções à regra, a Corte interpretou que a palavra ‘concepção’ presente no artigo 4 da Convenção Americana deve ser entendida como o momento em que ocorre a implantação do embrião.

Desse modo, decidiu a Corte que, antes da implantação, não incide a proteção jurídica prevista em tal dispositivo, ou seja, a Corte não reconhece o direito a vida do embrião antes de ser implantado no útero da gestante<sup>45</sup>. Nesse sentido:

223. Conseqüentemente, a Corte conclui que a interpretação histórica e sistemática dos precedentes que existem no sistema interamericano confirma que não é admissível conferir o status de pessoa ao embrião.

---

41 Tradução livre do trecho: “The Court underlines that the evidence in the case file shows that IVF has transformed the discussion on how the phenomenon of “conception” is understood” (CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 179).

42 CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 184.

43 CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 185 (*that there is no one agreed definition of the beginning of life*).

44 CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 186.

45 CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 189.

224. Ademais, a expressão 'ser humano' usada na Declaração Universal dos Direitos Humanos não deve ser entendida de forma a incluir o nascituro<sup>46</sup>.

A Corte ressaltou ainda que a expressão 'em geral', prevista no artigo 4 da Convenção Americana permite exatamente "a possibilidade de se invocar exceções para a proteção do direito a vida desde o momento da concepção"<sup>47</sup>, afastando o caráter absoluto do direito a vida.

Sob tal fundamento, afirmou ser inadmissível que um Estado signatário da Convenção suscite a prevalência de suas normas constitucionais que garantam uma maior proteção ao direito a vida, restringindo de forma proporcional outros direitos, como o direito a convivência familiar<sup>48</sup>.

Nesse contexto, a Corte concluiu que o Tribunal Constitucional da Costa Rica, ao fundamentar-se na absoluta proteção do embrião e não ponderar devidamente os demais direitos em conflito, provocou uma interferência excessiva e arbitrária na vida privada e familiar de seus cidadãos<sup>49</sup>, tendo determinado ao final, não apenas a liberação da técnica de fertilização *in vitro*, como também a obrigatoriedade do Estado fornecer gratuitamente tal procedimento.

Ademais, a Corte simplesmente afastou, por considerar impertinente<sup>50</sup> – sem qualquer consideração adicional – o argumento do Estado acerca da existência de uma margem de apreciação. Em sua defesa o Estado havia suscitado a importância de se deferir uma margem de apreciação aos Estados, em especial nos casos em que há restrição de algum direito e não consenso moral a respeito do tema em debate. Na oportunidade, o Governo da Costa Rica ressaltou a ausência de consenso tanto sobre o status legal do embrião como sobre o início da vida<sup>51</sup>.

Outra questão interessante desse julgamento é que a própria Corte Interamericana cita a decisão proferida pela Corte Europeia nos casos Vo

---

46 Tradução livre do trecho: "223. Consequently, the Court concludes that the historic and systematic interpretation of precedents that exist in the inter-American system confirms that it is not admissible to grant the status of person to the embryo. 224. Therefore, the expression "human being" used in the Universal Declaration of Human Rights has not been understood to include the unborn child." CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 223.

47 Tradução livre do trecho: "the possibility of invoking exceptions to the protection of the right to life from the moment of conception" (CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 225)

48 CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 259

49 CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 316

50 "The Court does not consider it pertinent to rule on the State's argument that it has a margin of appreciation to establish prohibitions such as the one established by the Constitutional Chamber". CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 316

51 CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 170.

vs. França e ABC vs Irlanda como fundamento para afirmar que a vida do nascituro não estaria protegida pela Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>52</sup>. Entretanto, o que a Corte Europeia realmente fez foi afirmar que a questão acerca do início da vida deve ser respondida internamente pelos Estados, utilizando-se da doutrina da margem de apreciação nacional.

Percebe-se que a Corte Interamericana deturpa o que decidido pela Corte Europeia ao afirmar que essa última teria reconhecido que o embrião não pode ser considerado como pessoa, quando na verdade a Corte Europeia se absteve de decidir a questão posta<sup>53</sup>.

Ao contrapor as decisões da Corte Europeia e da Corte Interamericana é possível afirmar que enquanto a primeira se absteve de determinar de forma coercitiva o termo inicial do direito a vida, delegando tal questão ao âmbito doméstico, com base na teoria da margem de apreciação nacional; a Corte Interamericana embora tenha afirmado que não é de sua competência determinar qual teoria científica deve prevalecer<sup>54</sup>, alterou de forma expressa e acintosa o conceito científico de concepção previsto na Convenção Interamericana, estabelecendo um novo marco temporal de proteção do direito a vida, o qual deve ser observado por todos os Estados signatários.

Analisando os argumentos e as decisões proferidas em ambas as Cortes internacionais, emerge o questionamento de como duas questões essencialmente idênticas – o conceito de início a vida – podem ter gerado resultados tão antagônicos. Seria o processo de tomada de decisão ou seriam fatores culturais os responsáveis pelos extremos verificados.

---

52 CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 241. “The Grand Chamber of the ECHR confirmed the decision regarding the non-violation of the right to life, recognized in Article 2, when indicating that “the embryos created by the applicant and [her partner] do not have a right to life within the meaning of Article 2 of the Convention, and that there has not, therefore, been a violation of that provision.”

53 JESUS, Ligia M. de. A pro-choice Reading of a pro-life treaty: The Inter-american Court on Human Rights’ distorted interpretation of the American Convention on Human Rights in Artavia v. Costa Rica. Disponível em: <[https://www.google.com.br/?gws\\_rd=ssl#q=JESUS%2CLigia+M.+de.+A+pro-choice+Reading+of+a+pro-life+treaty%3A+The+Inter-american+Court+on+Human+Rights%C2%B4distorted+interpretation+of+the+American+Convention+on+Human+Rights+in+Artavia+v.+Costa+Rica](https://www.google.com.br/?gws_rd=ssl#q=JESUS%2CLigia+M.+de.+A+pro-choice+Reading+of+a+pro-life+treaty%3A+The+Inter-american+Court+on+Human+Rights%C2%B4distorted+interpretation+of+the+American+Convention+on+Human+Rights+in+Artavia+v.+Costa+Rica)>. Consultado em: 10 fev. 2014. p. 26.

54 CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 309. (“It is not incumbent on the Court to determine which scientific theory should prevail on this issue; nor must it make a thorough analysis of which expert witness is right on these matters that are outside the Court’s expertise. For the Court, it is sufficient to verify that the evidence in the case file is consistent in indicating that there is embryonic loss in both a natural pregnancy and in the context of IVF.”)

### 3 EFETIVIDADE, REPUTAÇÃO E A MARGEM DE APRECIÇÃO

Da leitura dos casos, já é possível perceber a importância de se estudar não apenas os precedentes das Cortes internacionais, mas especialmente seu processo de tomada de decisões. De fato, tal processo tem relevante influência em duas características primordiais para o bom funcionamento dessas Cortes, quais sejam, a efetividade de suas decisões e a reputação da Corte, que funciona como um elemento de coerção dos Estados signatários.

É sabido que as Cortes internacionais não possuem um mecanismo de coerção (enforcement) sobre suas sentenças, de modo que quando os Estados optam por cumpri-las os fazem preocupados essencialmente em uma possível sanção política ou em eventual perda de reputação no âmbito internacional. Em regra, o impacto dessa sanção sobre o Estado é proporcional à reputação da Corte<sup>55</sup>.

Por sua vez, a reputação da Corte é influenciada essencialmente pelo cumprimento de suas decisões pelos Estados signatários<sup>56</sup>. Ou seja, o aumento de efetividade das sentenças de uma Corte internacional reflete um mecanismo de retroalimentação de sua efetividade bem como de sua reputação. Isso porque quanto mais os Estados signatários se dispõem a cumprir as determinações da Corte, maiores são os custos – sociais e políticos – para os Estados desobedientes, gerando um fator adicional na efetividade daquela Corte. Ademais, o ganho de reputação e efetividade resulta também na redução de petições semelhantes ajuizadas perante a Corte, dada a tendência dos demais Estados seguirem seus precedentes independentemente de serem partes no processo original<sup>57</sup>.

De outro lado, quando a Corte profere uma sentença altamente custosa e juridicamente controversa em relação ao direito doméstico, a expectativa de seu cumprimento é menor, gerando um custo político e uma perda de reputação menor para o Estado<sup>58</sup>. Em outras palavras, o mecanismo de retroalimentação também se aplica no sentido oposto, quanto mais controversas e invasivas são as sentenças de uma Corte internacional, há uma tendência em se aceitar seu descumprimento por parte dos Estados, reduzindo não apenas os custos da desobediência como também a efetividade e a reputação da Corte.

---

55 DOTHAN, Shai. Judicial Tactics in the European Court of Human Rights. In *Public Law & Legal Theory Working Papers*, v. 12, n. 1, ago. 2011. p. 114-142, Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.htm>>. p. 116.

56 Idem, p. 116.

57 ABDELGAWAD, Elisabeth Lambert. *The Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights: Towards a Non-coercive and Participatory Model of Accountability*. ZaôRV 69 (2009), 471-506, p. 472.

58 DOTHAN, op. cit., p. 123.

Pode-se argumentar por outro lado que as Cortes internacionais foram instituídas exatamente para permitir uma revisão de comportamentos ofensivos aos direitos humanos perpetrados pelos Estados, o que implica por óbvio em um certo grau de intromissão na esfera doméstica<sup>59</sup>. Sob tal perspectiva, uma Corte excessivamente política que se abstenha de impor suas decisões aos Estados signatários estaria negando o objetivo primordial de sua existência.

Outra questão relevante para o ganho de reputação da Corte refere-se à fundamentação da sentença – a mais ancorada possível no texto da respectiva convenção –, e à utilização de seus próprios precedentes – o que gera uma segurança jurídica para os Estados membros. Assim, quando as Cortes internacionais prolatam suas decisões bem fundamentadas no texto da convenção ratificada pelos Estados membros, não apenas o eventual descumprimento torna-se mais difícil e custoso, como a Corte ganha legitimidade na sua forma de decidir e consegue estabelecer uma jurisprudência passível de ser seguida por todos os demais Estados (não apenas o Estado parte). Em sentido oposto, o descumprimento de decisões tomadas de forma discricionária pela Corte tende a ser considerado uma violação menos severa<sup>60</sup>.

Percebe-se, assim, que é indispensável sopesar todas essas variáveis para se estabelecer um processo de tomada de decisão que permita tanto a defesa das violações de direitos humanos como a efetividade das sentenças proferidas pelas Cortes internacionais. Ademais, por mais que se afirme que a sentença proferida por esses sistemas de proteção aos direitos humanos funcione mais como uma promessa de futuro do que como um fim em si mesma<sup>61</sup>, o certo é que para que tal futuro possa ser construído sem ofensas a direitos humanos, as sentenças devem ser cumpridas.

Assim, não há como negar que o cumprimento das sentenças por parte dos Estados signatários é considerado como elemento chave indispensável na melhoria do sistema de proteção dos direitos humanos.

No âmbito da Corte Europeia de Direito Humanos, o instrumento mais utilizado para equilibrar a efetividade das sentenças e a soberania dos Estados signatário é a adoção da denominada margem de apreciação nacional.

---

59 Não se olvida que a aceitação do Estado a jurisdição de uma Corte interanacional é sempre precedida da ratificação do respectivo tratado, o que implica no reconhecimento de que o próprio Estado autorizou a competência subsidiária daquele organismo internacional o âmbito doméstico.

60 DOTHAN, *op.cit.* p. 123. "When the court issues a judgment that is well anchored in the Convention, the judgment will be considered more legitimate and noncompliance will signal a greater disrespect for the Convention system and cause greater damage to the state's reputation. Noncompliance with a judgment showing significant judicial discretion will be considered as a less severe violation by other states and will lead to a lower reputational sanction".

61 ABDELGAWAD, *op.cit.* p. 472

Embora o termo ‘margem de apreciação’ não esteja expresso na Convenção Europeia de Direitos Humanos, referida teoria foi construída por meio de julgamentos na Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>62</sup>, e consiste essencialmente em reconhecer que – em determinadas questões – a autoridade doméstica tem mais capacidade para resolver o conflito posto em julgamento, restringindo assim o campo de atuação da Corte<sup>63</sup>.

Dentre as razões para se utilizar referida doutrina, destacam-se: o caráter subsidiário da Corte, o respeito ao pluralismo e à soberania estatal, a ausência de recursos da Corte que a impedem de analisar os casos mais profundamente, a ideia de que a Corte estaria muito distante da realidade o que não lhe permitiria resolver casos mais sensíveis<sup>64</sup>. Ainda, assim, tal teoria não garante ao Estado uma reserva de domínio sobre nenhum direito específico<sup>65</sup>.

Por certo que essa doutrina não é isenta de críticas, as quais se focam essencialmente na ausência de regras precisas quanto à sua aplicação, gerando uma falta de certeza jurídica quanto à sua incidência<sup>66</sup>. Apesar da existência dessas críticas, que reduziria a proteção ao princípio do ‘rule of law’ – um dos objetivos primordiais da Convenção Europeia –, outros afirmam que a teoria da margem de apreciação funciona como uma ferramenta indispensável para conciliar o efetivo funcionamento da Convenção respeitando a soberania e as responsabilidades governamentais em uma democracia<sup>67</sup>.

Assim, a margem de apreciação deve ser utilizada como um instrumento de autoregulação e autolimitação das competências da Corte Europeia de

---

62 A expressão foi utilizada pela primeira vez no julgamento Irlanda v. Reino Unido, em janeiro de 1978, quanto à interpretação do artigo 15 da Convenção que trata de estado de emergência. Para maiores informações sobre o surgimento e evolução da doutrina na Corte Europeia de Direitos Humanos ver: SPIELMAN, Dean. *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*. In: *CELS Working Paper Series, University of Cambridge*. fev. 2012. Disponível em: < [http://www.cels.law.cam.ac.uk/cels\\_lunchtime\\_seminars/Spielmann%20-%20margin%20of%20appreciation%20cover.pdf](http://www.cels.law.cam.ac.uk/cels_lunchtime_seminars/Spielmann%20-%20margin%20of%20appreciation%20cover.pdf)>. Consultado em: 20 ago. 2014.

63 *Idem*, p. 3.

64 SHANY, Yuval. *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?* In: *The European Journal of International Law-EJIL*. v. 16 no.5, 2006. p. 907-940. P. 918 “A central argument in favour of a general margin of appreciation doctrine is that national actors have superior law-application capabilities to those of international courts. There are two prongs to this argument: (a) that the judicial decision-making process, both at the national and international levels, suffers from chronic deficiencies that support the delegation of decision-making powers to non-judicial decision-makers; and (b) that international courts have more limited decision-making capabilities than their domestic counterparts”.

65 SPIELMAN, *op.cit.* p. 29. No mesmo sentido SHANY, *op.cit.* p. 918.

66 *Idem*, *ibidem*.

67 SIGH, *op.cit.* p. 3.

Direitos Humanos, especialmente na revisão de decisões de autoridades nacionais<sup>68</sup>.

Um dos motivos para a utilização dessa teoria – além da deferência ao princípio da soberania dos Estados – é a possibilidade de um ganho de efetividade e reputação por parte da Corte, haja vista a prolação de sentenças menos invasivas e, conseqüentemente, politicamente mais fáceis de serem implementadas no âmbito doméstico. Ademais, a Corte internacional deve ser prudente ao reconhecer a violação de um direito pelo Estado, sendo certo que a imposição de responsabilidades aos Estados pela violação de conceitos legais vagos e indeterminados pode gerar mais efeitos negativos do que positivos<sup>69</sup>.

Isso porque, de acordo com a doutrina da margem de apreciação, em relação a determinados direitos – de normatividade flexível – existe uma zona de legalidade dentro da qual o Estado estaria livre para atuar. Ou seja, ao interpretar uma mesma norma internacional, diferentes autoridades nacionais, em diferentes Estados, poderiam gerar decisões diferentes, mas todas consideradas legais<sup>70</sup>.

É interessante observar que, embora tal doutrina seja utilizada essencialmente nos julgamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos, seus fundamentos podem ser facilmente utilizados por outras Cortes internacionais, não se justificando seu descarte puro e simples pela Corte Interamericana.

Do que dito acima acerca dos mecanismos que possibilitam um ganho de efetividade pelas Cortes internacionais – em especial a teoria da margem de apreciação e a necessidade de decisões bem ancoradas no texto da respectiva convenção, é possível perceber a ausência de ambos quando do julgamento pela Corte Interamericana do caso *Artavia*. Nessa oportunidade, a Corte Interamericana falhou tanto em descartar peremptoriamente a doutrina da margem de apreciação, como em estabelecer um conceito de início a vida divergente do que dispõe a literalidade do texto da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Tal crítica consta expressamente do voto divergente do Ministro Vito Grossi que afirma não haver outra interpretação possível que não considere o termo ‘concepção’ como sendo o momento da fertilização do ovo pelo espermatozoide<sup>71</sup>. Ou seja, a Corte simplesmente estabeleceu –

68 SHANY, op.cit. p. 906.

69 Idem, 921.

70 Idem, p. 910.

71 CIDH. Caso *Artavia Murillo et al. v. Costa Rica*, Voto dissidente, Juiz Vio Grossi: “Therefore, the term “conception,” used by Article 4(1) of the Convention, should be legally understood—notwithstanding any other consideration—as the fertilization of the egg by the spermatozoid. This, nothing else, was agreed when adopting the Convention in 1969. This is still the legal understanding of this term. Furthermore, an important part of medical science—if not the majority—30shares this understanding.<sup>31</sup> This does not mean that medical science

de forma contrária ao que decidido pela Suprema Corte da Costa Rica e sem a existência de um consenso sobre o tema – um novo marco temporal para a defesa da vida, qual seja, a implantação e não mais a concepção como estabelecido na Convenção Interamericana<sup>72</sup>.

No que se refere especificamente a possibilidade de utilização da teoria da margem de apreciação, a Corte Interamericana falhou ao ignorar por duas vezes a ausência de consenso jurídico e científico sobre o início da vida: primeiro ao alterar um conceito científico – transformando o termo concepção em implantação; segundo ao estabelecer que a vida se iniciaria então somente a partir desse novo marco temporal.

Por outro lado, ainda que a Corte Interamericana optasse por não aplicar a doutrina da margem de apreciação, está ela sempre vinculada ao texto da Convenção Interamericana, não sendo de sua competência alterar o significado literal das palavras ali previstas. Nesse ponto, não se trata somente de fazer uma interpretação evolutiva dos termos da convenção, mas sim de afastá-la peremptoriamente, optando por emitir uma decisão desvinculada do texto aprovado pelos Estados membros<sup>73</sup>.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse contexto é que vários doutrinadores insistem na tese de que a Corte Interamericana enxerga os Estados membros como entes que devam ser doutrinados, pois não seriam capazes sozinhos de promover a defesa dos direitos humanos<sup>74</sup>. Ao contrário, a Corte Europeia tenta estabelecer um mecanismo de diálogo e parceria, reforçando que a competência primordial da promoção dos direitos humanos é dos tribunais e demais autoridades domésticas.

---

must be disregarded, but that its teachings must be considered only insofar as they are incorporated in the law. In this regard, due attention must be paid also to the fact that, according to the rules of treaty interpretation, there are no other agreements or treaties among the States parties to the Convention enshrining a different concept”.

72 JESUS, op.cit. p. 7

73 É interessante destacar que a Corte Interamericana é frequentemente criticada por decidir sem observar as regras impostas pela Convenção Interamericana. Nesse sentido: MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In *Sistemas interamericano de protección de los derechos humanos e derecho penal internacional*. Ed. Fundación Konrad-Adenauer: Motevideo/Uruguay, 2010. p. 25-62

74 DIAZ, Alvaro Paúl. La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a proposito del caso Artavia. In *Derecho Público Iberoamericano*, nº 2, abril 2013. p. 303-345, p. 332: “El argumento que suele usarse para estar en contra de la doctrina del margen de apreciación en el contexto interamericano es que el estado de derecho y la democracia en las naciones latinoamericanas no están igual de desarrollados que en las naciones europeas, por lo que no es posible conceder un margen de apreciación”.

Talvez essa seja a importante pedra de toque que produz tamanha divergência na atuação, reputação e efetividade dessas duas Cortes internacionais, pois enquanto a Corte Europeia confia na cultura, na moral e na história de seus Estados membros para promoverem em conjunto o avanço dos direitos humanos, a Corte Interamericana ainda vê a América como um continente a ser colonizado, incapaz, portanto, de decidir sobre qualquer tema juridicamente relevante.

Por mais que seja possível advogar a tese de que as democracias latino-americanas ainda estão em processo de desenvolvimentos e que, portanto, ainda há uma cultura política de violação de direitos humanos, ainda assim é não apenas possível como também desejável a crescente utilização da doutrina da margem de apreciação.

Nesse ponto, cumpre relembrar que a teoria da margem de apreciação já estabelece parâmetros que impendem sua aplicação quando estiver em julgamento casos extremos de ofensas a direitos humanos – como casos de tortura, assassinato, desaparecimento forçado. Ademais, ao permitir a incidência dessa margem de apreciação, a Corte Interamericana poderia experimentar também um acréscimo de eficiência, pois sua reduzida estrutura poderia focar-se nos casos de graves violações que exigem sua interferência.

A existência de graves e constantes violações a direitos humanos no continente latino-americano, embora possa ser uma justificativa plausível para afastar o consenso como fundamento de decisão<sup>75</sup>, não pode gerar uma cultura colonizadora da Corte Interamericana, a ponto de ofuscar seus próprios limites de atuação e gerar sentenças contrárias a própria Convenção Interamericana, como ocorreu no caso Artavia.

Isso porque visão colonizadora provoca uma crescente redução, não apenas da efetividade e da reputação da Corte Interamericana, como também da confiança dos Estados membros sobre a conveniência em participar do Sistema Interamericano de Direitos Humanos<sup>76</sup>. Especificamente no caso Artavia, a ausência de flexibilidade da Corte na discussão tão controversas em termos morais, culturais e científicos, pode vir a dissuadir os Estados em permanecerem na Corte e funciona

---

75 NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. In: *The European Journal of International Law/EJIL*, v. 19, numero 1, p. 101-123, p. 107.

76 Nesse sentido: "Furthermore, Artavia may weaken states parties' perceptions on the enforceability of Inter-American court decisions in general. Even for Costa Rica, a country that has so much invested in the Inter-American System on human rights, host to the Inter-American Court headquarters and the first state to ratify the American Convention, compliance with the court's unreasonable demands, specially in regard to IVF state subsidies, has been less than perfect." JESUS, op.cit. p. 41.

como importante incentivo para outros países – como por exemplo os Estados Unidos – continuem fora de sua jurisdição<sup>77</sup>.

Como dito pelo Presidente da Corte Europeia de Direitos Humanos, Dean Spielman, o deferimento de uma margem de apreciação aos Estado “não é um presente ou uma concessão, mas mais um incentivo para que o juiz doméstico conduza uma necessária revisão da convenção”<sup>78</sup>.

Ao compartilhar com os Estados membros a responsabilidade tanto na proteção dos direitos humanos como na interpretação da respectiva convenção, a Corte estabelece um mecanismo de parceria que fortalece o Estado, a própria Corte e, conseqüentemente, todo o sistema de proteção aos direitos humanos.

É importante lembrar que a efetividade de um sistema de proteção de direitos humanos não se mede pelo número de sentenças produzidas pela respectiva Corte, nem mesmo pelo somatório imposto como sanção pecuniárias, mas sim pelas formas de violação a direitos humanos que o sistema consegue evitar que se reproduza. A concretude indispensável impõe que as sentenças produzidas por tais Cortes tornem o mais real possível a fruição de um direito e para tanto deve-se ter em conta tanto momento histórico como a região em tal direito deva ser implementado<sup>79</sup>.

Talvez seja o momento de a Corte Interamericana – focando no tribunal de maior antiguidade<sup>80</sup> – permitir que seus Estados membros amadureçam sem sua constante intervenção, reforçando assim sua efetividade e sua reputação no âmbito internacional.

## REFERÊNCIAS

ABDELGAWAD, Elisabeth Lambert. *The Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights: Towards a Non-coercive and Participatory Model of Accountability*. In ZaöRV, Número 69, 2009.

CANTON, Santiago. *To Strengthen Human Rights, Change the Organization of American States (Not the Commission)*. <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1836&context=hrbrief> at 3>.

---

77 Idem, ibidem.

78 Tradução livre do trecho: “It is therefore neither a gift nor a concession, but more an incentive to the domestic judge to conduct the necessary Convention review” (SPIELMAN, Dean. *Whither the Margin of Appreciation?* In: *UCL – Current Legal Problems (CLP) lecture*, 20 de março de 2014. Disponível em: < [http://www.echr.coe.int/Documents/Speech\\_20140320\\_London\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20140320_London_ENG.pdf) > . Consultado em: 05 jul. 2014.

79 NEUMAN, op.cit., p. 115.

80 DIAZ, op.cit., p. 339.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, *Factsheet – Reproductive Rights*. setembro 2014. Disponível em: < [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Reproductive\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Reproductive_ENG.pdf)>. Acesso em: 03 set. 2014.

DIAZ, Alvaro Paúl. La Corte Interamericana in vitro: comentários sobre su proceso de toma de decisiones a proposito del caso Artavia. In: *Derecho Público Iberoamericano*, n. 2, abr. 2013.

DOTHAN, Shai. Judicial Tactics in the European Court of Human Right. *Public Law & Legal Theory Working Papers*. v 12, n. 1, ago. 2011.

JESUS, Ligia M. de. A pro-choice *Reading of a pro-life treaty*: The Inter-american Court on Human Rights' distorted interpretation of the American Convention on Human Rights in Artavia v. Costa Rica. Disponível em: <[https://www.google.com.br/?gws\\_rd=ssl#q=JESUS%2C+Ligia+M.+de.+A+pro-choice+Reading+of+a+pro-life+treaty%3A+The+Inter-american+Court+on+Human+Rights%2%B4distorted+interpretation+of+the+American+Conventi+on+on+Human+Rights+in+Artavia+v.+Costa+Rica](https://www.google.com.br/?gws_rd=ssl#q=JESUS%2C+Ligia+M.+de.+A+pro-choice+Reading+of+a+pro-life+treaty%3A+The+Inter-american+Court+on+Human+Rights%2%B4distorted+interpretation+of+the+American+Conventi+on+on+Human+Rights+in+Artavia+v.+Costa+Rica)>. Acesso em: 10 fev. 2014.

HUNEEUS, Alexandra Valeria. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights (August 17, 2011). *Cornell International Law Journal*, v. 44, n. 3, 2011; Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper Nos. 1168. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1911405>.

MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivizacion y nacionalizacion. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Sistemas interamericano de protección de los derechos humanos e derecho penal internacional*. Motevideo/Uruguay: Fundação Konrad-Adenauer 2010.

NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. In: *The European Journal of International Law/EJIL*, v. 19, n. 1.

POSNER, Eric A.; YOO, John C., *Judicial Independence in International Tribunals*, 93 Cal. L. Rev. 1 (2005). Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol93/iss1/1>.

SHANY, Yuval. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?. In: *The European Journal of International Law-EJIL*, v. 16 n.5, 2006.

SMET, Stijn. A., B. and C. v. Ireland: Abortion and the Margin of Appreciation. In Strasbourg Observers, 17 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://strasbourgobservers.com/2010/12/17/a-b-and-c-v-ireland-abortion-and-the-margin-of-appreciation/>>. Acesso em: 03 jul. 2014.

SPIELMAN, Dean. Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?. In CELS Working Paper Series, University of Cambridge, fevereiro de 2012. Disponível em:< [http://www.cels.law.cam.ac.uk/cels\\_lunchtime\\_seminars/Spielmann%20-%20margin%20of%20appreciation%20cover.pdf](http://www.cels.law.cam.ac.uk/cels_lunchtime_seminars/Spielmann%20-%20margin%20of%20appreciation%20cover.pdf)> . Acesso em: 20 ago. 2014.

SPIELMAN, Dean. Whither the Margin of Appreciation? In UCL – Current Legal Problems (CLP) lecture, 20 de março de 2014. Disponível em:< [http://www.echr.coe.int/Documents/Speech\\_20140320\\_London\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20140320_London_ENG.pdf)> . Acesso em: 05 jul. 2014.

SINGH, Mallika. A, B, C v. Ireland and the Doctrine of Margin of Appreciation. Dezembro 2011. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=1732835](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=1732835)>.

WARIOBA, Joseph Sinde. Monitoring Compliance with and Enforcement of Binding Decisions of International Law. In: Max Planck Yearbook of United Nations Law, número 5, 2001. Disponível em: <[http://www.mpil.de/files/pdf/mpunyb\\_warioba\\_5.pdf](http://www.mpil.de/files/pdf/mpunyb_warioba_5.pdf)> .

## DECISÕES JUDICIAIS

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. 2004, Sentença de 08 de julho. Case Vo vs. France, Petição nº 53924/00. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61887#{"itemid":\["001-61887"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61887#{)>. Acesso em: 02 de jul. de 2014.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. 2010, Sentença de 16 de dezembro. Case ABC vs Ireland, Petição nº 25579/05. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102332#{"itemid":\["001-102332"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102332#{). Acesso em: 02 jul. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2012, Sentença de 28 de novembro, *Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica*. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2014.

---

## O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA: A PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO, A IMPLEMENTAÇÃO DA LEI N. 12.257/2011 E OS SEUS REFLEXOS PARA A ACCOUNTBILITY DEMOCRÁTICA NO BRASIL

---

*THE BASIC HUMAN RIGTH TO FREEDOM OF INFORMATION:  
A COMPARATIVE LEGAL SURVEY, THE IMPLEMENTATION OF  
THE 12527 ACT AND ITS CONSEQUENCES FOR DEMOCRATIC  
ACCOUNTABILITY IN BRAZIL*

*Camila Gomes Peres*

*Procuradora Federal*

*Especialista em Direito Publico e Tributário*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O reconhecimento do acesso à informação como direito humano fundamental: uma perspectiva do direito comparado; 2 O acesso à informação pública no cenário brasileiro e a implementação da Lei n. 12.257/2011; 3 O direito de acesso à informação pública e a contribuição para a accountability democrática no Brasil; 4 Conclusões; Referências

**RESUMO:** Nos últimos anos, diversos países aprovaram Leis de Acesso à Informação Pública, com o intuito de reconhecer o direito à informação como um direito humano fundamental e consolidá-lo como um dos grandes mecanismos de fortalecimento do regime democrático. Em novembro de 2011, o Brasil tornou-se o 89º país a adotar uma Lei de Acesso à Informação Pública. A Lei 12.527 entrou em vigor após 180 dias da sua publicação e pretende ser um importante instrumento de transparência, de gestão democrática e de combate à corrupção, uma vez que oferece as condições para que os cidadãos deixem de ser espectadores e passem a fazer parte da tomada de decisões dos governos, bem como contribuam para a responsabilização dos gestores pelos desvios que ocorrerem. Tais aspectos são relevantes para desenvolver a accountability democrática no Brasil. O presente trabalho visita a evolução do cenário internacional e nacional que elevaram o direito à informação ao status de direito humano fundamental, e impulsionaram a elaboração da Lei n. 12.257/2011. Analisa os principais avanços trazidos pelo diploma legal, considerado o marco regulatório da transparência pública, e a sua potencial contribuição para a accountability democrática no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acesso à Informação Pública. Direito Humano Fundamental. Lei n. 12.257/2011. Transparência. Accountability Democrática.

**ABSTRACT:** In the last few years, many countries have enacted freedom of information laws with the objective of recognizing the right to information as a fundamental human right and consolidate it as one of the major mechanisms for strengthening the democratic regime. In November 2011, Brazil became the 89th country in the world with a Freedom of Information Act (FOIA). The 12527 Act came into force 180 days after its publication and aims to be an important tool for transparency, democratic governance and combating corruption, because it provides the conditions for citizens to stop being spectators and become part of decisions of governments, and the gestors accountable for deviations that occur. These aspects are relevant to improve democratic accountability in Brazil. This study visit the international and national scene that raised the right information to the status of fundamental human rights, and promoted the development of FOIA. Analyzes the main advances brought by statute, considered the regulatory framework of public transparency, and its potential contribution to democratic accountability in Brazil.

**KEYWORDS:** Freedom of Information. Fundamental human right. The 12527 Act. Transparency. Democratic accountability.

## INTRODUÇÃO

Em consonância com a forte e crescente tendência internacional de aprovação de leis de acesso à informação, e em sintonia com a necessidade de promover a gestão transparente e democrática, o Brasil se tornou o 89º país a aprovar uma legislação regulamentando o direito de acesso à informação pública, que é previsto no artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal.

A Lei de Acesso à Informação - Lei n. 12.257/2011 - foi promulgada em de 18 de novembro de 2011, e entrou em vigor em maio de 2012, inaugurando uma nova etapa no processo de consolidação do regime democrático, ampliando as possibilidades de participação cidadã e fortalecendo os instrumentos de controle institucional da atuação estatal.

É considerada o marco regulatório da transparência pública no Brasil, pois ao dispor sobre a transparência ativa e passiva e regular os procedimentos de acesso à informação pública reconhece ser este direito essencial para a consolidação dos demais direitos fundamentais e para o exercício pleno da democracia, que envolve a participação política e o exercício do controle social da gestão governamental.

O dever de transparência relaciona-se à ideia de accountability, palavra de origem inglesa e sem tradução para o português, mas que pode ser associada à obrigação dos governantes de prestar contas de suas ações e de por elas se responsabilizarem perante a sociedade.

Os conceitos de transparência e accountability apresentam-se como centrais para a definição contemporânea de democracia.

Atentos a essa relação, os doutrinadores Abrúcio e Loureiro<sup>1</sup> constroem o conceito de “accountability democrática”, que abrange além do processo eleitoral e das regras intertemporais, os mecanismos de controle institucional. Consubstanciam-se em controle parlamentar, controle judicial, controle administrativo-financeiro das ações estatais, controle dos resultados da administração pública e controle da sociedade.

Fabiano Angélico<sup>2</sup> ressalta, contudo, que a transparência não reforçará automaticamente a accountability democrática. Isto porque não basta os dados estarem visíveis se tiverem pouca ou nenhuma

---

1 ABRÚCIO, Fernando Luiz, LOUREIRO, Maria Rita. *Finanças Públicas, Democracia e Accountability: Debate Teórico e o Caso Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.ufpa.br/epdir/images/docs/paper12.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2014.

2 ANGÉLICO, Fabiano. *Lei de Acesso à Informação Pública e seus possíveis desdobramentos para a accountability democrática no Brasil* (dissertação). São Paulo: FGV, 2012. (Dissertação, mestrado em Administração Pública e Governo), p. 25.

utilidade: Eles devem ser além de visíveis, inferíveis. Em outras palavras, a informação deve ter qualidade e utilidade.

Revela-se, assim, a importância deste debate no Brasil, já que muitos órgãos públicos que se dizem transparentes possuem uma atuação meramente voltada à disponibilização de dados brutos, não colaborando, dessa forma, com a *accountability* democrática.

Angélico<sup>3</sup> ainda destaca a importância da participação dos setores da sociedade engajados com temas de interesse mais geral, como a boa governança, a promoção de direitos fundamentais e o combate à corrupção para que a lei não se torne mais um instrumento a favor do interesse de grupos privados, que detêm condições materiais de utilizá-la para obter vantagens econômicas, a aprofundar o já desigual acesso aos recursos governamentais.

Neste contexto, é pertinente analisar a evolução do acesso à informação como direito humano fundamental no direito comparado e no direito interno, a fim de estabelecer as bases jurídicas e o escopo da lei de acesso à informação. Com tal cenário delineado, cumpre verificar as possíveis contribuições da Lei n. 12.257/2011 para a transparência pública e a *accountability* democrática no Brasil, dois conceitos centrais na definição contemporânea de democracia.

## **1 O RECONHECIMENTO DO ACESSO À INFORMAÇÃO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL: UMA PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO**

O primeiro fundamento que possibilitou o reconhecimento internacional do direito à informação foi a garantia da liberdade de expressão e informação. A primeira noção de “liberdade de informação” foi cunhada pela ONU em 14 de dezembro de 1946, quando em Assembléia Geral adotou-se a Resolução 59, que disse: “A liberdade de informação constitui um direito humano fundamental e [...] a pedra de toque de todas as liberdades a que se dedica a ONU”.<sup>4</sup>

A mesma garantia foi posteriormente ratificada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), sem seu artigo 19, adotada pela Assembléia Geral da ONU em 1948:

---

3 ANGÉLICO, Fabiano. *Lei de Acesso à Informação Pública e seus possíveis desdobramentos para a accountability democrática no Brasil* (dissertação). São Paulo: FGV, 2012. (Dissertação, mestrado em Administração Pública e Governo), p. 25.

4 Resolução n. 59 da ONU, de 14 de dezembro de 1946.

Todos têm o direito a liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de expressar opiniões sem interferência e de buscar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e sem limitações de fronteiras.<sup>5</sup>

Por força do direito internacional consuetudário tal preceito passou a vincular os Estados signatários.

Em termos similares aos da DUDH, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ICCPR), um tratado com força de lei, foi adotado pela Assembleia Geral da ONU em 1966 e, em julho de 2007, foi ratificado por 160 Estados.

Tais instrumentos internacionais de direitos humanos não enunciaram de modo específico o direito de acesso à informação mantido por órgãos públicos, mas reconheceram uma noção profunda de fluxo de informações e ideias na sociedade, garantindo não apenas o direito de transmitir, mas também de buscar e receber informações e ideias, possibilitando a evolução do seu conteúdo à luz das necessidades contemporâneas.

A partir da definição dos padrões internacionais do direito à informação, com declarações mais enfáticas e o reconhecimento por diversos organismos internacionais responsáveis pela proteção dos direitos humanos da necessidade de uma legislação assecuratória do direito à informação de posse de órgãos públicos<sup>6</sup>, foi-se consolidando a ideia de que o acesso à informação mantida por órgãos públicos constitui-se um direito humano fundamental.

Esse conceito foi refinado, no ano de 2004, quando três mandatários especiais de organismos internacionais para a liberdade de expressão – o Relator Especial da ONU para a Liberdade de Opinião e Expressão, o Representante da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE) para Liberdade da Mídia e o Relator Especial da Organização dos Estados Americanos (OEA) sobre Liberdade de Expressão - emitiram Declaração Conjunta, conceituando o direito à informação como direito

5 Resolução da Assembleia Geral da ONU 217 A (III), 10 de dezembro de 1948.

6 Alguns exemplos: 1) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003 (artigos 10 e 13): Cada Estado-parte deverá [...] tomar as medidas necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública [...] procedimentos ou regulamentos que permitam aos membros do público em geral obter [...] informações sobre a organização, funcionamento e processos decisórios de sua administração pública [...] 2) Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão de 2000: O acesso à informação mantida pelo Estado constitui um direito fundamental de todo indivíduo. Os Estados têm obrigações de garantir o pleno exercício desse direito 3)- Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da OEA, de 1977 (artigo 19): Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza [...].

humano fundamental que deve ser efetivado em nível nacional através de legislação abrangente, baseada no princípio da máxima divulgação, de acordo com um sistema estrito de exceções.<sup>7</sup>

Na linha de ratificar a necessidade de transparência nos órgãos governamentais, foi assinada a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto 5.687 de 2006. A carta traz dispositivo que determina que cada Estado Parte deve buscar a adoção de sistemas destinados a promover a transparência e a prevenir conflitos de interesse (art. 7). Também trata especificamente da Informação Pública, estatuinto o compromisso dos Estados Partes a adotar medidas necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública (art. 10). E dispõe sobre a participação da sociedade na luta contra a corrupção (art. 13)<sup>8</sup>.

O reconhecimento do direito à informação e a necessidade de uma legislação que o assegure também foram acolhidos pelos três principais sistemas regionais de direitos humanos – o da Organização dos Estados Americanos (OEA), do Conselho da Europa e o da União Africana.<sup>9</sup>

Em 1969, a Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, a qual, no artigo 13, garante a liberdade de expressão nos países-membros, em termos semelhantes aos instrumentos da ONU<sup>10,11</sup>. Posteriormente, no ano de 2000, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA aprovou a Declaração Interamericana de Princípios sobre Liberdade de Expressão, que estabelece o direito de acesso à informação pública e mais uma vez ressalta que o acesso à informação em poder do Estado é um direito fundamental de todo indivíduo<sup>12</sup>.

Em atenção a estes princípios, desde o ano de 2003, a Assembléia Nacional da OEA vem adotando resoluções sobre o acesso à informação pública. Estas resoluções enfatizam a obrigação dos Estados-membros de “respeitar e promover o respeito ao acesso à informação pública de todos”, considerado “um requisito para o próprio exercício da democracia”. As resoluções também conclamam os Estados a “promover a adoção de

7 MENDEL, Toby. *Liberdade de Informação: um estudo de direito comparado*. 2. ed. Brasília: Unesco, 2009. MENDEL, op. cit., p. 09.

8 NUNES, Roberta Bastos Cunha Nunes. Linha da Transparência. In: *Seminário Transparência na Justiça Federal: Alcance e Limites*, 2013, Brasília. Disponível em: <[www.cjf.jus.br/cjf/LinhadoTempo\\_Bibliografia.pdf/at\\_download/file](http://www.cjf.jus.br/cjf/LinhadoTempo_Bibliografia.pdf/at_download/file)>. Acesso em: 23 set. 2014.

9 MENDEL, op. cit., p. 10

10 NUNES, op. cit.

11 O pacto foi incorporado ao ordenamento brasileiro em 1992, pelo Decreto 678.

12 NUNES, op. cit.

uaisquer disposições legislativas ou outras necessárias para assegurar o reconhecimento e a efetiva aplicação [do direito].”<sup>13</sup>

A mesma assembléia, no ano de 2006, encomendou ao seu Departamento de Direito Internacional a elaboração de um projeto de Lei Modelo sobre Acesso à Informação, com ampla participação de órgãos governamentais e entidades da sociedade civil. Esse modelo normativo visou proporcionar o marco jurídico necessário para garantir a participação cidadã em um sistema democrático, o fortalecimento da prestação de contas, a confiança nas instituições governamentais e a garantia dos direitos humanos<sup>14</sup>.

Por sua vez, a União Europeia (CdE), no ano 2000, adotou uma Carta de Direitos Fundamentais, a qual estipula, no artigo 42, que qualquer cidadão da União, e qualquer pessoa física ou jurídica residente ou com sede em um Estado-membro, tem direito de acesso aos documentos do Parlamento, do Conselho e da Comissão Europeus. O reconhecimento do direito à informação em referida carta sugere que ele seja visto como um direito fundamental dos Estados da União Europeia, já que a Carta baseia-se nas tradições constitucionais dos Estados-membros<sup>15</sup>.

Na União Africana, por outro lado, ainda são necessários instrumentos mais eficazes para a consolidação do direito à informação. Não obstante, em outubro de 2002, a Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos adotou uma Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão na África, que claramente apóia o direito de acesso à informação mantida por órgãos públicos, e afirma que os mesmos não detêm informações para si, mas atuam como guardiães do bem público, de modo que todos têm o direito de acesso à informação, sujeito somente a regras claramente definidas, estabelecidas por lei<sup>16</sup>.

Cumprir destacar, de todo modo, que uma das mais celebradas Leis de Acesso à Informação foi produzida na Índia, com alto grau de envolvimento da sociedade civil na campanha pela aprovação da lei e por sua implementação. A lei indiana, assim como a brasileira, cobre todos os órgãos públicos, dos três poderes e de todas as esferas administrativas<sup>17</sup>.

13 MENDEL, op. cit., p. 10.

14 NUNES, Roberta Bastos Cunha Nunes. Linha da Transparência. In: *Seminário Transparência na Justiça Federal: Alcance e Limites*, 2013, Brasília. Disponível em: <[www.cjf.jus.br/cjf/LinhadoTempo\\_Bibliografia.pdf/at\\_download/file](http://www.cjf.jus.br/cjf/LinhadoTempo_Bibliografia.pdf/at_download/file)>. Acesso em: 23 set. 2014.

15 MENDEL, op. cit., p. 13.

16 MENDEL, op. cit., p. 13.

17 ANGÉLICO, Fabiano. *Lei de Acesso à Informação Pública e seus possíveis desdobramentos para a accountability democrática no Brasil* (dissertação). São Paulo: FGV, 2012. (Dissertação, mestrado em Administração Pública e Governo), p. 72.

Some-se ao reconhecimento do direito à informação pelos tratados e organismos internacionais iniciativas como o “Open Government Partnership”, projeto da “Tides Foundation”, organização sediada nos Estados Unidos da América, que juntamente com oito governos fundadores, dentre eles o Brasil, lançou a Declaração para o Governo Aberto. Desde então, já foram obtidas a assinatura de quarenta e sete outros governos. A declaração é um esforço global que prega a transparência, os governos efetivos e auditáveis, com instituições que conferem poderes aos cidadãos, o combate à corrupção e a instituição de novas tecnologias que fortaleçam a governança<sup>18</sup>.

Todo esse cenário internacional favorável à proteção do direito à informação foi paulatinamente acolhido pelo Brasil. Acrescente-se a importância dos compromissos internacionais assumidos pelo país, que impulsionavam a elaboração de uma legislação assecuratória, culminando na promulgação da Lei de Acesso à Informação.

## **2 O ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA NO CENÁRIO BRASILEIRO E A IMPLEMENTAÇÃO DA LEI 12.527/2011**

Após um sombrio período de ditadura militar brasileira (1964 a 1985), marcada pela violação dos direitos humanos fundamentais, promulgou-se a Constituição Federal de 1988, que representou um grande avanço em todas as áreas, e notoriamente no que diz respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. Por isso é que a Carta Magna recebeu de Ulysses Guimarães o apelido de “Constituição cidadã”, por privilegiar a ordem democrática.

Em um regime democrático, é essencial a participação da sociedade nas decisões que a afetam, fiscalizando representantes, observando suas atuações, bem como se manifestando de forma consciente e fundamentada. Assim, mostrou-se ser necessário oferecer um amplo acesso à informação aos cidadãos, para que pudessem atuar, em conjunto com os seus representantes, na construção de um contínuo processo democrático.

Nesse contexto, o direito à informação foi previsto pela Carta Constitucional no art. 5º, inciso XXXIII, o qual assegura a todos os cidadãos o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas

---

18 NUNES, Roberta Bastos Cunha Nunes. Linha da Transparência. In: *Seminário Transparência na Justiça Federal: Alcance e Limites*, 2013, Brasília. Disponível em: <[www.cjf.jus.br/cjf/LinhadoTempo\\_Bibliografia.pdf/at\\_download/file](http://www.cjf.jus.br/cjf/LinhadoTempo_Bibliografia.pdf/at_download/file)>. Acesso em: 23 set. 2014.

no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

O inciso XXXIV deste mesmo artigo assegura, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, e a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

Doutra parte, o artigo 37 elenca a publicidade como um dos princípios basilares da atuação da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Finalmente, destaque-se o artigo 216, que determina caber à Administração Pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem

Vê-se, portanto, a deliação do quadro constitucional de proteção do direito de acesso à informação pública. Não obstante, a Carta Cidadã restringiu-se a instituir o acesso a informações públicas, deixando a cargo do legislador infraconstitucional a regulamentação deste direito essencial à manutenção da ordem democrática.

Antes que a Lei de Acesso à Informação fosse promulgada, várias importantes iniciativas foram adotadas, contribuindo para a criação de um contexto favorável à vindoura e ambiciosa lei.

Um marco relevante para o fortalecimento institucional da publicidade e gestão democrática foi a criação da Controladoria-Geral da União, por meio da Lei 10.683/2003, com a redação dada pela Lei 11.204/2005. Entre suas competências incluem-se a função de incrementar a transparência da gestão no âmbito da Administração Pública federal, com foco no combate à corrupção.

No mesmo ano, promulgou-se a Lei 11.111/2005, que regulamentou a parte final do disposto no inciso XXXIII do caput do artigo 5º da Constituição, determinando que o acesso aos documentos públicos de interesse particular, coletivo ou geral será ressalvado exclusivamente nas hipóteses em que o sigilo seja ou permaneça imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Esta lei estipulou as hipóteses em que os documentos públicos poderão ser classificados como sigilosos<sup>19</sup>.

Sobreveio então a Lei Complementar 131, conhecida como “Lei da Transparência”, acrescentando dispositivos à Lei Complementar 101

19 NUNES, Roberta Bastos Cunha Nunes. Linha da Transparência. In: *Seminário Transparência na Justiça Federal: Alcance e Limites*, 2013, Brasília. Disponível em: <[www.cjf.jus.br/cjf/LinhadoTempo\\_Bibliografia.pdf/at\\_download/file](http://www.cjf.jus.br/cjf/LinhadoTempo_Bibliografia.pdf/at_download/file)>. Acesso em: 23 set. 2014.

(“Lei da Responsabilidade Fiscal), a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O artigo 48 do diploma estipulou meios de assegurar a transparência, tais como o incentivo à participação popular e a realização de audiências públicas durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos. Preconizou, ainda, dentre outros mecanismos, a liberação ao conhecimento da sociedade, em tempo real, de informações detalhadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público. Garantiu, por fim, a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes à despesa e à receita dos entes da Federação.<sup>20</sup>

Todavia, ainda se fazia necessária uma regulamentação unitária do direito de acesso à informação. Após longo período de tramitação, a Lei n. 12.257 foi sancionada em 18 de novembro de 2011. Sem dúvida alguma, foi um marco regulatório e um importante passo para a efetivação da transparência pública.. Ela dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37, e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.

A lei foi festejada por diversos setores engajados tanto com a garantia dos direitos básicos quanto com a melhoria da transparência e da accountability governamentais<sup>21</sup>.

Aplaudiu-se seu caráter abrangente. Isto porque ela se aplica a todos os governos municipais (5.600 cidades), estaduais (27 governadores) e presidente da República. Também se aplica aos Poderes Judiciário e Legislativo, em todos os seus níveis. Por fim, ficam também submetidas à lei de acesso as empresas de capital estatal ou misto e as ONGs que recebam dinheiro público. Poucas leis foram produzidas com espectro tão amplo como o brasileiro<sup>22</sup>.

O princípio da publicidade máxima é consagrado no artigo 3º, inciso I, e se apresenta como um preceito geral. O sigilo é exceção. Por tal princípio, quando não for possível acesso integral à informação, ficará assegurado acesso à parte não sigilosa. Ademais, estabeleceu como direito do cidadão ser orientado sobre os procedimentos de consecução

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> SOUZA, Regina Luna Santos. *Acesso à informação e organizações públicas abertas: o próximo passo na construção da gestão democrática*. Disponível em: <<http://www.dgsc.go.cr/dgsc/documentos/cladxvii/santodes.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2014.

<sup>22</sup> Ibid.

do acesso, bem como o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação.

Outro princípio em destaque na legislação é o da abertura de dados, um estímulo à disponibilização em formato aberto. Isto é um aspecto inovador, que pode ser notado no artigo 8º, §3º, incisos II e III. Pela leitura de tais disposições, vê-se que é dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas, utilizando-se de todos os meios e instrumentos legítimos para tanto. Ressalte-se que é obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet). Assim, fica claro que os órgãos públicos não devem permanecer inertes, devem ser proativos quanto à divulgação de informações.

Conclui-se, portanto, que o diploma visa assegurar duas formas de transparência. A primeira, transparência ativa, é dever do próprio ente público. Os órgãos deverão disponibilizar conteúdos mínimos, como estrutura organizacional, endereços, horários e locais de atendimento ao público, despesas, repasses e transferências de recursos financeiros, procedimentos licitatórios, contratos celebrados, dados sobre programas, ações, projetos, obras, e respostas às perguntas mais frequentes da sociedade<sup>23</sup>.

A segunda consiste na transparência passiva, motivada pelo pedido de informação do cidadão, prevista nos artigos 10 a 14. Os dispositivos asseguram que o pedido de informação prescinde de justificação, devendo apenas conter sua especificação e a identidade do requerente. A resposta deve ser oferecida no prazo máximo de vinte dias, prorrogáveis por mais dez mediante justificativa expressa e ciência ao solicitante. O serviço de busca e fornecimento de informações deve ser gratuito, salvo no caso de cópia de documentos.

Importante ressaltar que a lei baseia-se em um sistema estrito de restrições. As informações podem ser classificadas em três níveis – ultrassecreto, secreto e reservado – com prazos de sigilo de, respectivamente, 25, 15 e 5 anos. Findo esse prazo, renovável apenas uma vez, a informação é automaticamente tornada pública<sup>24</sup>.

23 RODRIGUES, Vanessa Andrade. *Direito Fundamental de Acesso a informações públicas: análise do direito comparado e da Lei n. 12.257/2011*. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/search/authors/view?firstName=Vanessa%20Andrade&middleName=&lastName=Rodrigues&affiliation=&country=>. Acesso em 26/09/2014.

24 BRASIL. Congresso Nacional. *Lei N° 12.527, de 18 de Novembro de 2011*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm)>. Acesso em: 26 set. 2014.

As informações passíveis de classificação são aquelas que podem pôr em risco a defesa e a soberania nacionais e planos ou operações estratégicas das Forças Armadas; que possam prejudicar a condução de negociações ou as relações internacionais do país, se as informações foram fornecidas em caráter sigiloso por outros estados e organismos internacionais; pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde de terceiros; oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do país; prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico; pôr em risco a segurança de instituições ou altas “autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares, e comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento”<sup>25</sup>.

As restrições de acesso incluem ainda o sigilo de justiça, segredos industriais e as informações pessoais relacionadas à intimidade, a vida privada, honra e imagem.

Há abertura absoluta no que concerne à proteção e violação dos direitos humanos. O art. 16 disciplina que não poderá ser negado o acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais. As informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos, praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas, não poderão ser objeto de restrição de acesso<sup>26</sup>.

O agente público que se recusar a fornecer informações, retardar o acesso a elas ou fornecer dados incorretos deliberadamente comete infração administrativa, e poderá ser responsabilizado com uma pena que vai desde a suspensão até a responder a processo por improbidade administrativa<sup>27</sup>.

Cada órgão federal deve designar uma autoridade interna para assegurar o cumprimento das normas de acesso, monitorar sua implementação, recomendar medidas de aperfeiçoamento e procedimentos e orientar suas unidades sobre o disposto na legislação<sup>28</sup>.

O otimismo em que lançada a Lei de Acesso à Informação garantiu que a sua regulamentação através do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, não sofresse qualquer tentativa, por parte da burocracia, de diminuir seu alcance ou de retardar seu cumprimento.

A aprovação da Lei de Acesso a Informação Pública foi, sem dúvida, uma vitória significativa, ainda que tardia, para a transparência pública.

---

25 Art. 23 da Lei nº 12.527/2011.

26 Art. 16 da Lei nº 12.527/2011.

27 Art. 32 da Lei nº 12.257/2011.

28 Art 40 da Lei nº 12.257/2011.

### 3 O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA E A CONTRIBUIÇÃO PARA A ACCOUNTABILITY DEMOCRÁTICA NO BRASIL

As publicações de leis de acesso à informação pública em diversos países foram motivadas em especial pelas crescentes discussões acerca da necessidade de transparência governamental, capaz de permitir de acordo com uma perspectiva democrática o maior envolvimento da sociedade na tomada de decisões políticas.

Esse tipo de legislação é uma espécie de “marco regulatório” da transparência. O Brasil tornou-se o 89º país a contar com uma lei geral de acesso à informação pública, a Lei n. 12.257/2011, sancionada em novembro de 2011.

Angélico<sup>29</sup> destaca que estudos a respeito das leis de acesso à informação indicam que um país dotado de legislação específica sobre o acesso a dados detidos pelos governos tende a ser mais aberto do que países que não possuem diploma legal deste tipo.

Contudo, o conceito de transparência não se encerra na mera publicidade dos dados. Envolve também a forma como a informação é compreendida (qualidade da informação) e o seu uso na gestão democrática governamental, para fins de responsabilização, prestação de contas e, se for o caso, sanções (accountability).

Andreas Schedler, citado por Angélico, defende que um sistema transparente deve apresentar duas características, pelo menos, a “visibilidade” e a “inferabilidade”. É dizer que o regime realmente transparente deve preocupar-se não só com a publicidade das informações, mas também em disponibilizá-las de maneira tal que possam ser úteis às formulações de inferências mais precisas.<sup>30</sup>

Ao disponibilizar informações com “baixo nível de compreensão” corre-se o risco de acabar por servir mais a grupos privados, que acessam e recolhem a informação para auferir vantagens, por terem recursos materiais para processá-la e para formatar e disseminar suas conclusões ou pelo uso das conclusões para obter vantagens econômicas, sem compartilhar essas conclusões com um grupo mais ampliado da sociedade. Neste caso, a Lei de Acesso poderia funcionar como um reforço ao já desigual acesso a recursos (materiais e simbólicos) governamentais.

Doutra parte, a disponibilização de informações paupáveis e de melhor compreensão contribuem para a deselitização das políticas públicas

29 ANGÉLICO, Fabiano. *Lei de Acesso à Informação Pública e seus possíveis desdobramentos para a accountability democrática no Brasil* (dissertação). São Paulo: FGV, 2012. (Dissertação, mestrado em Administração Pública e Governo), p. 14.

30 Ibid. p. 25.

e permite que grupos mais vulneráveis e envolvidos em temas de interesse mais geral, como a boa governança, a promoção dos direitos e o combate à corrupção, possam ter um acesso ampliado às decisões do governo.

Nesse sentido, o direito de acesso à informação passa a ser visto não apenas como um direito em si mesmo, mas também um instrumento de promoção de outros direitos, como os direitos sociais, os direitos culturais e principalmente, o direito ao regime democrático.

A transparência articula-se também com a defesa dos direitos humanos na medida em que traz à luz as violações ocorridas em períodos de exceção por meio de crimes violentos contra a pessoa humana, torturas, contribuindo assim para a responsabilização e punição desse tipo de comportamento.

Não por acaso, no mesmo dia em que foi sancionada a Lei de Acesso à Informação no Brasil formalizou-se também a criação da Comissão da Verdade (Lei n. 12.528), com a missão de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas entre 1946 e 1979<sup>31</sup>.

Há de se destacar que as leis de acesso à informação pública também são consideradas um dos mecanismos mais poderosos e eficientes para o combate à corrupção, pois permitem à sociedade verificar o funcionamento da máquina estatal, criando a possibilidade de que desvios sejam apontados e julgados, materializando a responsabilização dos governos.

Para a Unesco, o direito à informação é “peça-chave nas engrenagens da Sociedade do Conhecimento”. O órgão da ONU defende que o acesso a informações públicas leva ao “empoderamento da população” e, conseqüentemente, a uma “participação qualificada na vida da cidade”, o que conduz à proteção e promoção dos direitos humanos<sup>32</sup>.

A transparência pública é, pois, um requisito fundamental para que exista o controle dos órgãos dos poderes públicos entre si, o controle dos resultados da administração pública e o controle da sociedade sobre as decisões políticas a serem tomadas. Vê-se aí, portando, uma estrita ligação entre os conceitos de informação, transparência e accountability.

Ana Maria Campos, em seu artigo intitulado “Accountability: quando poderemos traduzí-la para o português?” esclarece que até hoje não há tradução do termo inglês para a língua portuguesa<sup>33</sup>.

---

31 NUNES, op.cit.

32 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Política Brasileira de Acesso a Informações Públicas*: garantia democrática do direito a informação, transparência e participação cidadã. Abr. 2010. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/acesso-a-informacao/politica-brasileira-de-acesso-a-informacoes-publicas-garantia-democratica-do-direito-a-informacao-transparencia-e-participacao-cidada-2013-unesco-e-cgu>>. Acesso em: 26 set. 2014.

33 CAMPOS, Ana Maria. *Accountability*: Quando poderemos traduzí-la para o português?. Disponível em: <[http://ebape.fgv.br/sites/ebape.fgv.br/files/rap8\\_0.pdf](http://ebape.fgv.br/sites/ebape.fgv.br/files/rap8_0.pdf)> Campos. Acesso em: 26 set. 2014.

O uso do verbo no futuro é proposital, já que a autora conclui que o termo *accountability* só poderá ser traduzido para o português quando: a sociedade brasileira se organizar para exercer o controle político do governo, o aparato governamental tornar-se mais descentralizado e transparente e quando valores tradicionais forem substituídos por valores sociais emergentes<sup>34</sup>.

Não obstante o termo “*accountability*” ainda seja tema de pesquisa e controvérsia, Fabiano Angélico, pesquisador da Fundação Getúlio Vargas, defende que o conceito inicial aponta para um regime eficaz de responsabilização, prestação de contas e - se for o caso - sanções<sup>35</sup>.

Nesse sentido, sustenta que a frequente tradução do termo como “prestação de contas” é insuficiente para alcançar o significado que também inclui a noção de responsabilidade dos eleitos, de transparência e de fiscalização.

A *accountability*, portanto, envolve três tipos de obrigação: obrigação de se abrir ao público (informação e transparência), obrigação de se explicar e justificar suas ações (controle) e subordinação à possibilidade de sanções (responsabilização).

Abrúcio e Loureiro relacionam cada uma das facetas da *accountability* ao conceito atual de democracia.<sup>36</sup>

Relembrem os autores que desde o pós-guerra, a definição de democracia pode ser sinteticamente entendida pela busca de três ideais, tomados como princípios orientadores. Primeiro: o governo deve emanar da vontade popular, que se torna a principal fonte da soberania, o que encerra uma ideia de autogoverno. Segundo: os governantes devem prestar contas ao povo, responsabilizando-se perante ele, pelos atos ou omissões cometidos no exercício do poder. E terceiro: o Estado deve ser regido por regras que delimitem seu campo de atuação em prol da defesa de direitos básicos dos cidadãos, tanto individuais como coletivos.

A consecução destes ideais pressupõe a responsabilização política ininterrupta do Poder Público em relação à sociedade, o que vem a ser exatamente o conceito de *accountability*. Sustentam, portanto, a existência de três importantes formas de *accountability* democrática voltadas ao cumprimento dos princípios orientadores da democracia. São elas: o processo eleitoral, garantidor da soberania popular; o controle institucional durante os mandatos, que fornece os mecanismos de

34 Ibid.

35 ANGÉLICO, Fabiano. *Lei de Acesso à Informação Pública e seus possíveis desdobramentos para a accountability democrática no Brasil* (dissertação). São Paulo: FGV, 2012. (Dissertação, mestrado em Administração Pública e Governo), pag. 39.

36 ABRÚCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita. *Finanças Públicas, Democracia e Accountability: Debate Teórico e o Caso Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.ufpa.br/epdir/images/docs/paper12.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2014.

fiscalização contínua dos representantes eleitos e da burocracia com responsabilidade decisória; e as regras estatais intertemporais, que visam garantir a continuidade dos direitos dos indivíduos e da coletividade independentemente do governo de ocasião. Esta última forma se refere, portanto, tanto à liberdade negativa como aos direitos públicos difusos.

Especificamente quanto ao controle institucional durante os mandatos, destacam-se, atualmente, cinco instrumentos da *accountability*, que envolvem tanto as relações horizontais, travadas entre os poderes públicos entre si e os órgãos de fiscalização, como relações verticais, entre o governo e a sociedade.

O primeiro deles consistiria no controle parlamentar, exercido pelo Legislativo sobre o Executivo. O segundo traduz-se pelo controle judicial, exercido pelo Judiciário e pelo Ministério Público para garantir o império da lei à Administração Pública. Outro instrumento é o controle administrativo-financeiro das ações estatais, exercido pelos Tribunais de Contas ou auditorias independentes.

Estes são os três controles procedimentais clássicos na busca da responsabilização dos governantes, essencialmente horizontais e baseados em normas burocráticas.

A grande novidade em termos de *accountability*, salientam Abrucio e Loureiro (2004), é a utilização de mecanismos de controles dos resultados da administração pública. Trata-se de responsabilizar o Poder público conforme o desempenho dos programas governamentais, o que pode ser feito por feito por órgãos autônomos do próprio governo, ou por agências independentes organizadas e financiadas pela sociedade civil e, ainda, pelas instituições que tradicionalmente têm realizado o controle administrativo-financeiro.

Por fim, o controle da sociedade é uma forma de *accountability* vertical, que não se esgota na eleição. Na verdade, depende, em linhas gerais, das mesmas condições que garantem a qualidade da democracia representativa: informação e debate entre os cidadãos, instituições que viabilizem a fiscalização, regras que incentivem o pluralismo e coíbam o privilégio de alguns grupos frente à maioria desorganizada, bem como o respeito ao império da lei e aos direitos dos cidadãos. Ele pode ser exercido por meio de mecanismos de consulta popular (como o plebiscito), de conselhos consultivos e/ou deliberativos no campo das diversas políticas públicas (saúde, educação, etc.), da figura do Ombudsman – quando este tem autonomia, ou de parcerias não governamentais na provisão de serviços públicos.

Para todos os tipos de controles durante o mandato, a informação é essencial. É necessário haver transparência e visibilidade dos atos do Poder público, pois sem informações confiáveis, relevantes e oportunas,

não há possibilidade de os atores políticos e sociais ativarem os mecanismos de responsabilização.

Não apenas o controle social depende de informação pública, mas, também, o controle de resultados da administração pública. Os órgãos fiscalizadores precisam informar à sociedade de que forma funcionam suas fiscalizações para que se possa verificar se as funções fiscalizadoras do Estado estão sendo cumpridas.

Perceba-se que mesmo a accountability horizontal pode ser impulsionada pela transparência pública, uma vez que a pressão social pode ativar a atuação de um órgão público em relação a outro<sup>37</sup>.

O grande objetivo da Lei n. 12.257/2011 é, portanto, consolidar o princípio da transparência dos atos públicos e servir de instrumento à fiscalização e responsabilização do governo em relação à sociedade.

Para cumprir a missão de concretizar os benefícios potenciais à democracia, a lei garantidora do direito à informação dependerá essencialmente da qualidade das informações disponibilizadas e da capacidade da sociedade em utilizá-las.

Como bem destaca Angélico<sup>38</sup>:

A percepção de que o caminho entre transparência e accountability democrática é longo e tortuoso – e pode mesmo haver pouca relação entre um conceito e outro – é reforçado quando se discute a questão da formação da agenda: o fato de um acontecimento ter se tornado público devido à transparência pode não levar a qualquer reposta dos governos. A resposta a eventuais demandas surgidas da disponibilização de informações poderá ocorrer, ou não, a depender da capacidade dos diferentes atores em capturar a atenção da sociedade e dos governos e em exigir destes últimos uma resposta.

Percebe-se, portanto, que o acesso à informação pública facilitado pela Lei n. 12.257/2011 poderá contribuir positivamente para a accountability democrática no país, desde que haja uma atuação transparente dos órgãos governamentais, com a disponibilização de informações relevantes e oportunas, em um formato que possa ser inferido e utilizado pelos diversos setores da sociedade, em especial aqueles engajados em interesses gerais, como a boa governança e a defesa dos direitos humanos fundamentais.

---

37 ANGÉLICO, op. cit., p. 39

38 Ibid., p. 113.

#### 4 CONCLUSÃO

A partir da análise histórica da evolução do conceito de acesso à informação, entendido inicialmente como uma faceta de liberdade de expressão até ser alçado ao status de direito humano fundamental, é possível afirmar que com a Lei nº 12.527/2011, o Brasil se insere no rol de países que reconhecem que o livre fluxo de informações públicas é condição para a democracia plena e fundamental para o efetivo respeito aos direitos humanos.

O diploma legal além de se apresentar como um marco regulatório do direito de acesso à informação, mostra-se também como marco da transparência pública, na medida em que detalha a maneira como ocorre esse acesso, estimula a transparência ativa e passiva e possibilita o aumento da participação popular na gestão governamental e no controle institucional dos atos estatais.

Demonstrou-se que existe uma relação positiva entre transparência com direitos humanos, boa governança e combate à corrupção, na medida em que se amplia o acesso qualificado da sociedade às decisões e atuação do governo.

Além disso, que a transparência é requisito fundamental para que exista o controle dos órgãos dos poderes públicos entre si, dos resultados da administração pública e das decisões políticas a serem tomadas, o que está intimamente relacionado ao conceito de accountability, termo em inglês sem tradução para o português que envolve exatamente as noções de informação, controle e responsabilização.

Identificou-se três formas de accountability voltadas ao cumprimento dos princípios orientadores da democracia, sendo elas o processo eleitoral, o controle institucional durante os mandatos e as regras estatais intertemporais. Ao que se pode atribuir o nome de accountability democrática, segundo os doutrinadores Abrúcio e Loureiro<sup>39</sup>.

Contudo, a análise implementada permitiu concluir que não se pode afirmar que o acesso à informação contribuirá necessariamente para a accountability democrática, já que não basta que os dados estejam disponíveis, eles ser além de visíveis, inferíveis. É dizer, é necessário que haja qualidade das informações, para que elas possam ser utilizadas não apenas por grupos privados, detentores de condições materiais para processá-los, mas também por setores mais vulneráveis da sociedade, engajados com os temas gerais relacionados à boa governança.

Nesse aspecto, a participação da sociedade assume importância ímpar, uma vez que deve exigir, interpretar e utilizar informações de

39 BRÚCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita. *Finanças Públicas, Democracia e Accountability*: Debate Teórico e o Caso Brasileiro. Disponível em: <<http://www.ufpa.br/epdir/images/docs/paper12.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2014..

qualidade para o exercício do controle social sobre a atuação dos entes estatais e para a responsabilização pelos desvios que ocorrerem.

Concluiu-se, portanto, que o acesso à informação pública facilitado pela Lei n. 12.257/2011 poderá contribuir positivamente para a accountability democrática no país, desde que haja uma atuação transparente dos órgãos governamentais, com a disponibilização de informações relevantes e oportunas, em um formato que possa ser inferido pelos diversos setores da sociedade, possibilitando a fiscalização e a responsabilização ininterrupta do Poder Público.

## REFERÊNCIAS

ABRÚCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita. *Finanças Públicas, Democracia e Accountability: Debate Teórico e o Caso Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.ufpa.br/epdir/images/docs/paper12.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2014.

ANGÉLICO, Fabiano. *Lei de Acesso à Informação Pública e seus possíveis desdobramentos para a accountability democrática no Brasil (dissertação)*. São Paulo: FGV, 2012. 133p. (Dissertação, mestrado em Administração Pública e Governo)

BRASIL. Constituição: *República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. *Lei no 12.527, 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da União, 18 novembro 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm)>. Acesso em: 26 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei Nº 11.111, de 05 de Maio de 2005*. Regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 5º da Constituição Federal e dá outras providências. Diário Oficial da União, 05 de maio de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11111.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11111.htm)>. Acesso em: 01 mar. 2012.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *A CGU*. [200-]a. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/CGU/>>. Acesso em: 26 set. 2014.

CAMPOS, Ana Maria. *Accountability: Quando poderemos traduzí-la para o português?*. Disponível em: <[http://ebape.fgv.br/sites/ebape.fgv.br/files/rap8\\_0.pdf](http://ebape.fgv.br/sites/ebape.fgv.br/files/rap8_0.pdf)> Campos>. Acesso em: 26 set. 2014.

FILGUEIRAS, Fernando. *Transparência, publicidade e accountability*. Disponível em: <[http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/transparencia\\_publicidade\\_e\\_accountability.pdf](http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/transparencia_publicidade_e_accountability.pdf)>. Acesso em: 24 set. 2014.

MENDEL, Toby. *Liberdade de Informação: um estudo de direito comparado*. 2 ed. Brasília: Unesco, 2009.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Política Brasileira de Acesso a Informações Públicas: garantia democrática do direito a informação, transparência e participação cidadã*. Abr. 2010. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/acesso-a-informacao/politica-brasileira-de-acesso-a-informacoes-publicas-garantia-democratica-do-direito-a-informacao-transparencia-e-participacao-cidada-2013-unesco-e-cgu>>. Acesso em: 26 set. 2014.

NUNES, Roberta Bastos Cunha Nunes. *Linha da Transparência*. In: *Seminário Transparência na Justiça Federal: Alcance e Limites*, 2013, Brasília. Disponível em: <[www.cjf.jus.br/cjf/LinhadoTempo\\_Bibliografia.pdf/at\\_download/file](http://www.cjf.jus.br/cjf/LinhadoTempo_Bibliografia.pdf/at_download/file)>. Acesso em: 23 set. 2014.

O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. Lua Nova, São Paulo, n. 44, 1998. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451998000200003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451998000200003&script=sci_arttext)>. Acesso em: 24 set. 2014.

RODRIGUES, Vanessa Andrade. *Direito Fundamental de Acesso a informações públicas: análise do direito comparado e da Lei n. 12.257/2011*. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/search/authors/view?firstName=Vanessa%20Andrade&middleName=&lastName=Rodrigues&affiliation=&country=>>>. Acesso em: 26 set. 2014.

SOUZA, Regina Luna Santos. *Acesso à informação e organizações públicas abertas: o próximo passo na construção da gestão democrática*. Disponível em <http://www.dgsc.go.cr/dgsc/documentos/cladxvii/santodes.pdf>. Acesso em 26 de set. de 2014.

UNESCO. *Direito a Informação: peça-chave nas engrenagens da Sociedade do Conhecimento*. CGU. 2010. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/ConselhoTransparencia/Documentos/Apresentacoes/12reuniao/Apresentacao-Conselho-da-transparencia-Vincent-Defourny-0405102.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2014.

---

# BREVES NOTAS SOBRE AS FORMAS DE RECUPERAÇÃO DO CRÉDITO PÚBLICO NO BRASIL E NA ITÁLIA

*BRIEF NOTES ABOUT THE WAYS TO RECOVER THE PUBLIC CREDIT  
IN BRAZIL AND ITALY*

---

*Carlos Henrique Araújo da Silva*

*Procurador da Fazenda Nacional*

*Pós-graduado em Direito Empresarial pela Universidade do Cariri*

*Pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Anhaguera*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Recuperação do crédito público no Brasil; 1.1 Execução Fiscal – Lei 6.830/1980; 1.2 Outros meios de cobrança ou cobrança indireta; 1.2.1 Inclusão do nome do devedor no Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais – CADIN; 1.2.2 Protesto da Certidão de Dívida Ativa; 1. 3 Projeto da execução fiscal administrativa; 2 Recuperação do crédito público na Itália; 3 Pontos comuns nos dois sistemas legislativos ( Brasil – Itália ); 4 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** O objetivo deste trabalho é fazer uma análise, de forma sucinta, dos meios de que dispõem Brasil e Itália para recuperação dos tributos não pagos. Sabe-se que o grande desafio dos atuais governos é arrecadar o máximo possível para concretizar seus projetos políticos, definidos nas plataformas governamentais. Portanto, nada mais essencial do que buscar, de todas as formas legais, aquilo que lhe é devido, a fim de incrementar a receita estatal. Dessa forma, estudaremos, em breves notas, o sistema legislativo brasileiro e o sistema legislativo italiano em busca dos mecanismos legais que estes dois países, localizados em continentes diversos, dispõem para a recuperação do crédito público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crédito Público. Recuperação. Sistemas Normativos. Brasil. Itália.

**ABSTRACT:** The objective of this work is to analyze, briefly, the means available to Brazil and Italy for the recovery of unpaid taxes. It is known that the great challenge for governments today is to raise as much as possible to achieve their political projects, defined in government platforms. So nothing more essential than pursue by all lawful ways, what is owed in order to increase state revenues. Thus, we study, in brief remarks, the Brazilian legal system and the Italian legislative system in search of legal mechanisms that these two countries, located in different continents, have for the recovery of public credit.

**KEYWORDS:** Public Credit. Recovery. Normative Systems. Brazil. Italy.

## **INTRODUÇÃO**

O desafio dos diversos governos é arrecadar fundos suficientes para implementar as políticas públicas e manter, com o devido grau de eficiência, a máquina governamental, que impulsiona e concretiza toda a gestão do ente público. Nesse sentido, faz-se necessário o adimplemento voluntário, por parte dos contribuintes, dos tributos que compõem o arcabouço tributário de cada nação.

No entanto, em muitos casos, estes tributos não são adimplidos devidamente ou oportunamente. Por essa razão, cabe ao ente munir-se de ferramentas que possam efetivar e levar a cabo a recuperação do crédito público, combatendo a inadimplência, reduzindo a evasão de divisas e evitando a ilisão fiscal.

Nesse sentido é que se inicia, através deste breve artigo, um estudo comparativo entre as formas de recuperação do crédito público entre o Brasil e a Itália, países localizados em continentes distintos, mas que têm uma base jurídica em comum.

Analisaremos, de forma breve e sucinta, cada sistema legislativo, no que concerne a cobrança e a recuperação dos tributos não pagos, destacando as diferenças e semelhanças encontradas no conjunto normativo destas duas nações.

## **1 RECUPERAÇÃO DO CRÉDITO PÚBLICO NO BRASIL**

### **1.1 Execução Fiscal – Lei 6.830/1980**

A Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980, conhecida como Lei de Execução Fiscal, foi pensada como meio coercitivo para cobrança das receitas de natureza eminentemente estatal.

Trata-se de procedimento especial, com regras específicas, visando tornar mais célere a cobrança pela via judicial, aplicando-se o Código de Processo Civil apenas de forma subsidiária, conforme dispõe o art. 1º da LEF:

Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

Portanto, “a Lei de Execução Fiscal, como o próprio nome deixa transparecer, regula a satisfação dos créditos fazendários pelo procedimento da execução”.<sup>1</sup>

O título que instrui a execução fiscal é denominado Certidão de Dívida Ativa (CDA). A Certidão de Dívida Ativa é o fundamento para a execução, e seus elementos necessários são aqueles constantes no art. 2º da LEF, especificamente em seus parágrafos 5º e 6º, a saber:

§ 5º - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:

I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;

II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;

III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;

IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;

V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e

VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.

§ 6º - A Certidão de Dívida Ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente.

A Lei 6.830/1980, Lei de Execução Fiscal, em seus mais de 40 artigos, traça uma série de prerrogativas em face da Fazenda Pública, sempre com a finalidade de acelerar o recebimento do crédito público, sem prejuízo dos direitos e garantias individuais.

Com efeito, os privilégios instituídos para a Fazenda Pública pela Lei nº 6.830 /80, assim como tantos outros previstos na legislação

---

1 PORTO, Éderson Garin. *Manual da execução fiscal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.19.

processual, não violam o princípio da isonomia entre as partes, por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas e por estar em jogo a preservação de indiscutível interesse público.

No entanto, muitas críticas são feitas à Lei de Execuções Fiscais. Muitos a consideram obsoleta e ultrapassada, não satisfazendo a contento sua função principal, que é a arrecadação mais célere das receitas fazendárias, fazendo com que as seções, subseções e comarcas, além dos tribunais, fiquem repletos de processos que tendem a se prolongar por muito tempo.

Por essa razão, tem-se proposto outros meios de cobrança das dívidas das empresas e cidadãos com os entes federativos, que é o ponto principal do próximo tópico.

## 1.2 OUTROS MEIOS DE COBRANÇA OU COBRANÇA INDIRETA

Nem todas as dívidas com a União são necessariamente ajuizadas, dando origem a uma execução fiscal. Devido ao grande acúmulo de feitos executivos no judiciário, a União vem buscando meios alternativos de cobrança, a fim de desafogar o já assoberbado judiciário brasileiro, dando ênfase e concentrando esforços na cobrança dos débitos com valores mais expressivos, a exemplo do que dispõe o art. 20 da lei 10.522, de 22/07/2002, que assim dispõe:

Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). ( Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004 )

Ampliando ainda mais os casos em que não mais se ajuizarão as execuções fiscais, foi editada a Portaria MF nº 75, de 22/03/2012, cujo texto abaixo, retirado da página virtual da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, explicita de forma clara e objetiva as razões que levaram a União buscar novos meios de cobrança:

Foi publicada na edição desta segunda-feira (26) do Diário Oficial da União (DOU) a Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012,

que dispõe, entre outras matérias, sobre o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), revogando a Portaria MF nº 49, de 2004.

A edição deste ato decorre do estudo promovido pela PGFN desde o ano de 2010 e está inserida no contexto das ações que visam o aprimoramento da gestão da Dívida Ativa da União (DAU), otimizando os processos de trabalho e aumentando, por conseguinte, a efetividade da arrecadação.

A Portaria ainda permite que seja requerido pelo Procurador da Fazenda Nacional o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais já ajuizadas, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), desde que não ocorrida a citação do devedor e não conste nos autos garantia à satisfação dos créditos.

A dívida, entretanto, não será, nesse caso, cancelada, ela permanecerá inscrita na Dívida Ativa da União. O novo limite também vale, a partir de agora, para o ajuizamento de novas ações na Justiça (que até então era de R\$ 10.000,00).

O não ajuizamento dos valores até R\$ 20.000,00 implica, necessariamente, a adoção de outros meios de cobrança mais econômicos para a realização deste universo de créditos. Conforme prevê a Portaria do Ministro da Fazenda, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional poderá autorizar, em sua área de competência, outras formas de cobrança extrajudicial envolvendo créditos de qualquer montante, inscritos em Dívida Ativa da União, especialmente com o fito de assegurar a cobrança dos valores abaixo de R\$ 20.000,00. Dentre essas formas alternativas de cobrança, está o protesto extrajudicial da Certidão da Dívida Ativa, cujos estudos estão avançados na PGFN, com implantação prevista para este ano.

A Portaria MF nº 75/2012 determina que serão cancelados os débitos inscritos na DAU quando o valor consolidado remanescente for igual ou inferior a R\$ 100,00. Tal procedimento não é novo e já constava na Lei nº 10.522, de 2002. A determinação consta novamente na Portaria MF nº 75/2012 para deixar claro

que o cancelamento vale para outros débitos junto à União, além dos tributários.<sup>2</sup>

Por esta razão é que a União vem buscando meios alternativos a fim de coagir os devedores a adimplir seus débitos sem que haja necessariamente o ajuizamento de uma execução fiscal. São os chamados meios de cobrança indireta, que passaremos a analisar nos próximos tópicos.

### **1.2.1 Inclusão do nome do devedor no Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais – CADIN**

Criado pela já citada lei 10.522/2002, o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais – CADIN contém relação das pessoas físicas e jurídicas que sejam responsáveis por obrigações pecuniárias vencidas e não pagas, para com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, conforme dispõe o art. 2º, inciso I.

As informações contidas no CADIN permitem à Administração Pública Federal uniformizar os procedimentos relativos à concessão de crédito, garantias, incentivos fiscais e financeiros, bem como à celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos de modo a favorecer a gestão seletiva dos recursos existentes.

Consequências imediatas dessa inclusão no CADIN é a não obtenção de financiamentos, impossibilidade de renovar contratos bancários, de abrir contas bancárias, de obter talões de cheques, de participar de licitações públicas, e, ainda, de não terem acesso à Certidão Negativa de Débitos, documento este que atesta o cumprimento das obrigações fiscais junto aos órgãos públicos federais, estaduais e municipais.

Quem tem restituição de imposto de renda a receber terá a mesma bloqueada, só sendo efetuada após o pagamento do débito ou com o parcelamento.

Dessa forma, a pessoa, física ou jurídica, que tem seu nome incluído no CADIN, sofre uma série de restrições que acabam lhe impulsionando e impelindo à quitação da dívida, seja pelo pagamento integral ou o parcelamento da dívida, mesmo sem uma ação executiva em curso.<sup>3</sup>

2 Mudanças no ajuizamento de execuções fiscais pela PGFN. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/noticias/mudancas-no-ajuizamento-de-execucoes-fiscais-pela-pgfn>>.

3 Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/divida-ativa-da-uniao/todos-os-servicos/informacoes-e-servicos-para-pessoa-juridica/protesto-de-certidao-da-divida-ativa-da-uniao/o-que-e>>.

### 1.2.2 Protesto da Certidão de Dívida Ativa

Com fundamento nas leis nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, e nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012, e regulamentado pela portaria nº 429, de 04 de junho de 2014, o protesto da Certidão de Dívida Ativa é o mais novo meio de cobrança indireta.

O Protesto da Certidão de Dívida Ativa da União-CDA é ato praticado pelo Cartório de Protesto de Títulos, por falta de pagamento da obrigação constante da referida CDA, conforme autorização da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997.

O contribuinte será intimado pelo Cartório de Protestos no endereço fornecido pela PGFN, na forma dos arts. 14 e 15 da Lei nº 9.492, de 1997. A notificação do Cartório poderá vir acompanhada de boleto bancário para pagamento do débito acrescido dos emolumentos cartoriais.

A intimação será feita por edital se a pessoa indicada como devedora na CDA for desconhecida, possuir localização incerta ou ignorada, for residente ou domiciliada fora da competência territorial do cartório, ou, ainda, ninguém se dispuser a receber a intimação no endereço fornecido pela PGFN.

O protesto extrajudicial é passível de afetar o crédito do devedor protestado no mercado, em razão do provável acesso dos dados pelos órgãos de proteção ao crédito, como o Serasa e o Serviço de Proteção ao Crédito – SPC. Contudo, o cartório de protesto é o responsável pelo encaminhamento de informações aos bancos de dados dos serviços de proteção ao crédito, e não a PGFN.

### 1.3 Projeto da execução fiscal administrativa

Visando tornar mais célere e eficaz a cobrança judicial dos débitos com a União, está em curso o projeto de lei 5.080/2009, conhecido como execução fiscal administrativa.

Seu objetivo é transferir para a própria administração alguns atos antes reservados apenas ao poder judiciário. Dentre suas principais inovações podemos listar:

- Atos de penhora: conforme dispõe o artigo 3º do projeto de lei, os atos de constrição passariam a ser executados pela Fazenda Pública credora, ficando a cargo do Poder Judiciário somente o seu controle. A instituição da penhora administrativa tem como objetivo desobstruir as vias do

Judiciário, retirando deste, a realização de atos puramente administrativos, favorecendo a tramitação mais célere da cobrança judicial.

- Criação do Sistema Nacional de Informações Patrimoniais dos Contribuintes – SNIPC: Por meio do artigo 4º, o Poder Executivo ficará autorizado a instituir o SNIPC, o qual conterá informações relativas ao patrimônio, aos rendimentos e ao endereço dos contribuintes. Nos termos do artigo 4º, § 2º, órgãos como os Detran's e entidades como Cartórios de Registro de Imóveis serão alguns dos responsáveis por alimentar este sistema.

Este mecanismo tem como finalidade reunir as informações patrimoniais dos contribuintes, facilitando a verificação da existência de bens e/ou direitos dos contribuintes inadimplentes.

- Regulamentação da exceção de pré-executividade: atualmente uma criação doutrinária, acolhida pela jurisprudência pátria, este meio tão freqüente de defesa por parte dos devedores está contemplado no projeto de lei.
- O artigo 3º combinado com o artigo 9º do projeto de lei, retira e transfere do Judiciário para a Fazenda Pública a tarefa de localizar e bloquear, provisoriamente, bens destinados à garantia do juízo.

## **2 RECUPERAÇÃO DO CRÉDITO PÚBLICO NA ITÁLIA**

Na Itália já funciona a execução fiscal administrativa, cujas regras inspiraram o legislador brasileiro.

A fiscalização tributária é feita pela Agenzia delle Entrate, com o apoio da Guardia di finanza, em operação desde 1º de janeiro de 2001, nascendo da reorganização da administração financeira, de acordo com o decreto legislativo nº 300 de 1999.

É importante atentar para a diferença de conceitos entre os atos da fase chamada “riscossione” e dos atos praticados na fase anterior, a da apuração “accertamento”. A fase de “accertamento” culmina com a emissão de uma ordem administrativa, o que exige o pagamento do tributo. A “riscossione”, por sua vez, corresponde ao pagamento do imposto, o que pode ser feito tanto pelo pagamento direto ou como

resultado de um cadastro geral. O pagamento pode ser feito em uma unidade do agente della riscossione, um banco, uma agência de correios ou através da Internet.

Não havendo o adimplemento voluntário do tributo, é enviado ao contribuinte a chamada “cartelle esatoriali”<sup>4</sup>, onde o contribuinte terá 60 dias para pagá-lo. Em alguns casos é permitido o parcelamento. Eventual recurso só poderá ser apresentado por alguma irregularidade na notificação ou do iter procedimental.

Havendo o inadimplemento, o Agente della Riscossione, por lei, deve iniciar os procedimentos executivos sobre os bens do contribuinte, em vista da recuperação dos valores não pagos discriminados na cartella esatoriale. Importante destacar que eventuais despesas no curso do procedimento cautelar ou executivo ficam por conta do contribuinte.

Se depois de um mês do prazo para recurso, que é de 30 dias, o pagamento não foi feito, o próximo passo será a cobrança coerciva (riscossione coattiva). Os agentes encarregados enviam uma carta registrada ao interessado. Seis meses depois se começa concretamente os procedimentos expropriatórios. A agência responsável (Equitalia) tem várias ferramentas a seu dispor: pode hipotecar o imóvel do devedor, apreender seu veículo (por meio de detenção administrativa), apreender bens imóveis, contas bancárias e salários (em casos extremos).

### **3 PONTOS COMUNS NOS DOIS SISTEMAS LEGISLATIVOS ( BRASIL – ITÁLIA )**

Pode-se dizer que o grande ponto em comum entre os sistemas normativos existentes nos dois países, no que se refere à cobrança dos tributos não pagos, é o exemplo para o Brasil da execução fiscal administrativa já existente na Itália, de onde se inspirou o legislador pátrio para elaboração do projeto de lei que ainda tramita no Congresso Nacional.

Isso porque a execução fiscal administrativa se mostrou muito eficiente naquele país europeu. Com efeito, na Itália, onde a lei já existe, o número de devedores inscritos caiu de 2,3 milhões para 500 mil em 15 anos. Em outros países, onde a legislação também já existe, os valores pagos à União em débitos triplicaram em dois anos.

---

<sup>4</sup> A cartella esatoriale é uma ferramenta que permite a cobrança de créditos concernentes a falta de pagamento de multas por infrações de trânsito e violações das regras de regulamentos municipais. A cartella esatoriale é emitida pela Agente della Riscossione

Portanto, trata-se de um modelo bem sucedido na cobrança do crédito público.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme explicitado, o modelo de execução fiscal adotado pelo Brasil vem se mostrando falho em diversos pontos, o que levou a se pensar em formas alternativas de combate ao inadimplemento dos valores devidos aos entes estatais.

Com efeito, o modelo atual, além de ser moroso, caro e burocrático, faz com que o poder judiciário fique abarrotado de processos que tendem a durar anos, sem chances maiores de sucesso.

Inclusive, a própria União reconheceu tal fato e não passou a mais cobrar judicialmente valores que considera irrisórios, se consideramos os custos envolvidos naquela cobrança, conforme se verifica através do art. 20 da lei 10.522/2002, bem como o estabelecido através da Portaria MF nº 75, de 22/03/2012.

Dessa forma, o modelo de cobrança executiva italiana serviu de parâmetro para o projeto de lei conhecido como “Execução Fiscal Administrativa”, que tramita no Congresso Nacional com o número 5.080/2009.

Referido modelo disponibiliza ao credor várias formas coesivas de cobrança, o que resulta, ao final, em um incremento considerável do valor arrecadado, como o que aconteceu na Itália e também em outros países europeus que vêm utilizando tal sistema.

#### REFERÊNCIAS

PORTO, Éderson Garin. *Manual da execução fiscal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BRASIL. *Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980*. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências.

BRASIL. *Lei 9.492, de 10 de setembro de 1997*. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências.

BRASIL. *Lei 10.522, de 19 de julho de 2002*. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências.

BRASIL. *Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012*. Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

BRASIL. *Portaria MF nº 429, de 04 de junho de 2014*. Disciplina a utilização do protesto extrajudicial por falta de pagamento de certidões de dívida ativa da União ou do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS de responsabilidade da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN.

ITÁLIA. *Decreto Legislativo nº 300, de 30 de julho de 1999*. Riforma dell'organizzazione del Governo, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59.

---

## BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A UNIÃO EUROPÉIA E A PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO COMUNITÁRIO

*BRIEF OBSERVATIONS ON EUROPEAN UNION AND THE  
PROTECTION OF THE DISABLED PERSON IN COMMUNITY LAW*

---

*Claudio André Raposo Machado Costa  
Advogado da União lotado na Procuradoria da União  
no Estado do Mato Grosso do Sul/MS  
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do conceito de deficiência; 2 Da União Européia e suas instituições; 3 Das fontes do direitos das pessoas com deficiência; 4 Da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Européia – aplicabilidade da Convenção da ONU sobre os Direitos da pessoa com deficiência - questão controvertida; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo tem como finalidade abordar o estágio atual do processo de integração da União Européia, com enfoque na proteção do direito da pessoa com deficiência. Almeja-se com este trabalho apontar um conceito atualizado de deficiência. Descrevem-se as principais instituições comunitárias, procurando compreender seu funcionamento e suas competências, informações úteis à compreensão do processo de formação, implementação e observância do direito comunitário. Apresentam-se alguns aspectos do sistema multi-nível de proteção dos direitos fundamentais no continente Europeu, com ênfase na relação entre a ordem legal da União e as ordens internas de cada Estado-Membro. Faz-se uma breve incursão no sistema protetivo da pessoa com deficiência, tendo como parâmetro o quadro-jurídico pós-Tratado de Lisboa. Procura-se, ainda, tecer algumas considerações quanto à estrutura judiciária no âmbito da UE e sua orientação jurisprudencial, quanto à temática da deficiência, referindo-se, ainda, aos mecanismos de controle judicial existentes, de modo a preservar a higidez da legislação comunitária. Resumidamente, sem contornos de exaurimento da matéria, esse trabalho traça um retrato singular do direito comunitário, inegável parâmetro para o aperfeiçoamento, desenvolvimento e interpretação da nossa legislação antidiscriminação aplicável às pessoas com deficiência.

**PALAVRAS-CHAVE:** União Européia. Sistema Legal de Proteção dos Direitos Fundamentais. Legislação Antidiscriminação. Proteção à Pessoa com Deficiência. Deficiência. Conceito. Modelo Jurídico. Instituições Comunitárias. Competência. Funcionamento. Atos Normativos Comunitários. Procedimento Legislativo. Tribunal de Justiça. Mecanismos de Controle Judicial. Orientação Jurisprudencial. Direito Comparado.

**ABSTRACT:** This article aims to address the current state of the integration process of the European Union (EU), focusing on protecting the rights of people with disabilities. One hopes that this work is able to identify an updated concept of disability. The main community institutions are described, seeking to understand their functioning and powers, this information being relevant to the understanding of the formation, implementation and compliance with Community law. Some aspects of the multi-level protection of fundamental rights within the European continent are presented, with emphasis on the relationship between the legal system of the European Union and the internal system of each Member State. A brief foray is made into the protective system of the disabled person, having as legal parameter the post-Lisbon Treaty. We also look into some considerations regarding the judicial structure within the EU and its case law guidance regarding disability issues, also referring to the

existing mechanisms of judicial review, in order to preserve the healthiness of the Community legislation. In brief, without exhausting its content, this work depicts a unique portrait of Community law, an undeniable parameter for the improvement, development and interpretation of our anti-discrimination legislation applicable to persons with disabilities.

**KEYWORDS:** European Union. Legal System of Protection of Fundamental Rights. Antidiscrimination Legislation. Protection of Persons with Disabilities. Disabilities. Concept. Legal System. Community Institutions. Powers. Operation. Community Normative Acts. Legislative Procedure. Court of Justice of the European Union. Judicial Review Mechanisms. Case Law. Comparative Law.

## INTRODUÇÃO

O processo de integração entre os países é um fenômeno mundial, cuja evolução passa por uma conjunção de interesses sociais, culturais e econômicos de diferentes nações.

Na Europa esse fenômeno vem de longa data, vigendo hodiernamente uma ordem jurídica supranacional, representativa de um direito de integração a nível comunitário.

Esse processo de construção se iniciou em 1950, com a proposição do então ministro dos Negócios Estrangeiros francês, Robert Schuman, posteriormente consagradas no Tratado de Paris<sup>1</sup>, cujo objetivo era a integração das indústrias do carvão e do aço da Europa Ocidental, nascendo, então, a precursora da União Européia — a Comunidade Européia do Carvão e do Aço.

Tempos depois, na década de 1990, assistiu-se a uma pressão significativa por parte de grupos da sociedade civil que exigiam que a proibição da discriminação prevista na legislação da UE fosse alargada

---

1 O Tratado de Paris, que instituiu a Comunidade Européia do Carvão e do Aço, foi assinado em Paris em 18 de abril de 1951, e entrou em vigor em 1952. Citam-se, ainda, os Tratados de Roma, que instituem a Comunidade Econômica Européia (CEE) e a Comunidade Européia da Energia Atômica (Euratom), que foram assinados em Roma em 25 de março de 1957, e entraram em vigor em 1958. O Ato Único Europeu (AUE) que foi assinado em fevereiro de 1986 e entrou em vigor em 1987. Alterou o Tratado CEE e preparou o terreno para a realização do mercado único.

2 O Tratado da União Européia (TUE) — o Tratado de Maastricht — foi assinado em Maastricht em 7 de fevereiro de 1992 e entrou em vigor em 1993. Estabeleceu a União Européia, conferiu ao Parlamento uma maior participação na tomada de decisões e acrescentou novos domínios políticos de cooperação. O Tratado de Amsterdã foi assinado em 2 de outubro de 1997 e entrou em vigor em 1999. Alterou os tratados anteriores. O Tratado de Nice foi assinado em 26 de fevereiro de 2001 e entrou em vigor em 2003. Racionalizou o sistema institucional da UE de modo a permitir o seu funcionamento eficaz após o grande alargamento de 2004.

a outros domínios, nomeadamente, a raça ou origem étnica, a religião ou crença, a deficiência, a idade e a orientação sexual. O espectro de um ressurgimento de nacionalismos extremistas em alguns Estados-Membros da UE estimulou suficientemente a vontade política entre os dirigentes europeus, tendo o Tratado<sup>3</sup> da Comunidade Européia sido alterado, passando a Comunidade a ter competência para legislar naqueles domínios.

Todavia, o presente trabalho tem como parâmetro o quadro jurídico pós-Tratado de Lisboa<sup>4</sup>, especialmente porque foi com a vigência desse acordo, regido pelo direito internacional, no ano de 2009, é que a Carta dos Direitos Fundamentais adquiriu força jurídica vinculativa. Em consequência, as instituições da UE devem obrigatoriamente cumprir as suas disposições.

Da mesma forma, os Estados-Membros são obrigados a respeitar as disposições da Carta, especificamente em sede de transposição e aplicação da legislação da UE.

Importante salientar, ainda, considerando a temática abordada e a limitação editorial imposto ao seu desenvolvimento, que não trataremos especificamente no presente trabalho dos diversos sistemas de proteção dos direitos humanos – global e regional.

Na verdade, o ponto de partida para compreender a questão é o sistema multi-nível de proteção dos direitos fundamentais no continente Europeu, com ênfase numa dimensão interna<sup>5</sup>, relativa à relação entre a ordem legal da União e as ordens internas de cada Estado-Membro.

3 A definição mais utilizada pela doutrina encontra-se na Convenção da ONU sobre o Direito dos Tratados, de 1969 (Convenção de Viena), a saber:  
“Art.1º

a) “tratado” significa um acordo internacional celebrado entre Estados em forma escrita e regido pelo direito internacional, que conste, ou de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja a sua denominação específica.”). Há que se consignar, entretanto, que a ordem internacional contempla Tratados entre Estados e organizações internacionais, a exemplo da adesão da União Européia (organização intergovernamental) à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD).

4 O Tratado de Lisboa foi assinado em 13 de dezembro de 2007 e entrou em vigor em 2009.

5 Facilmente se compreende que, do ponto de vista do direito da União, o maior receio resultante de uma integração da União num sistema externo de fiscalização é, exatamente, a perda de autonomia do primeiro, egoisticamente policiada pelo TJUE. Quando nos referimos à “autonomia da UE” partimos de uma distinção da mesma em duas dimensões: uma *dimensão interna* (relativa à relação entre a ordem legal da União e as ordens internas de cada Estado membro) e uma *dimensão externa* (i.e. a relação entre a ordem legal da União e o direito internacional). É a segunda que mais nos interessa. Para uma perspectiva histórica da jurisprudência do TJUE nesta temática, LOCK, T., “Walking on a tightrope: the draft accession agreement and the autonomy of the EU legal order”, *Common Market Law Review*, n. 48, jul./ago. 2011. p. 7 e ss. MONIZ, Graça. Debater a Europa – Diálogos Europeus. *Os termos da adesão da União Européia à Convenção Européia dos Direitos do Homem: da soberania do Bósforo ao escrutínio total.*

Faz-se necessária também uma análise do funcionamento das instituições da União Européia e do processo de formação da legislação comunitária. Logicamente, dar-se-á ênfase a legislação antidiscriminação, protetiva do direito das pessoas com deficiência.

Nesse contexto, a análise em questão perpassa, sem dúvida, pela explicitação das diversas fontes do direito comunitário, bem como da definição de deficiência.

A relevância do tema se dá não só em razão da natureza jurídica do direito que se pretende proteger – direito fundamental –, mas também pelo fato de que uma em cada seis pessoas na União Européia – cerca de 80 milhões – apresentam uma deficiência que pode ir de leve à severa. Não só isso, mais de um terço das pessoas com mais de 75 anos tem deficiências que limitam a sua atividade<sup>6</sup>.

A situação no Brasil não é diferente, já que os números também são expressivos (25 milhões de pessoas possuem alguma deficiência, de acordo com Censo IBGE do ano de 2000 e para cerca de 650 milhões de pessoas com deficiência no mundo, estimativa de órgãos internacionais<sup>7</sup>), sendo o direito comparado inegável parâmetro para o aprimoramento e desenvolvimento do nosso sistema protetivo aplicável às pessoas com deficiência.

Por fim, teceremos algumas considerações quanto à estrutura judiciária no âmbito da UE e à orientação jurisprudencial pertinente, referindo-se, ainda, aos mecanismos de controle judicial existentes, de modo a preservar a higidez da legislação comunitária.

## 1 DO CONCEITO DE DEFICIÊNCIA

O processo evolutivo da denominação e do conceito de pessoa com deficiência revela as suas alterações, caracterizando este segmento, sempre atrelado aos movimentos desta parcela da população e a valorização que a sociedade atribui a essas pessoas.

O melhor sentido e alcance da palavra deficiência não pode ser pré-estabelecido apenas nos textos legais, que nada mais é do que a ponta iceberg, ou, muito menos, se recomenda que seu significado seja forjado através de um processo de interpretação pré-moldado.

---

6 *Criar uma Europa sem barreiras: a Comissão Européia promove melhor acesso para 80 milhões de pessoas com deficiência.*

7 *Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008: Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. 2. ed. revista e atualizada, Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010. 64p.*

Como bem assentou a Prof<sup>a</sup> Janneke Gerards, ao discorrer sobre a legislação antidiscriminação<sup>8</sup>, que naturalmente abarca a defesa da pessoa com deficiência, no âmbito dos Estados-Membros da União Européia, a aplicação da referida legislação parece ser bastante ampla, oferecendo, a princípio, uma ampla proteção contra a discriminação, o que não induz necessariamente num arcabouço jurídica eficaz. Constata-se, então, que o processo de aplicação da norma, na prática, não é tão simples assim.

Para a referida autora, o alcance real da lei da não-discriminação é determinada por pelo menos duas variáveis.

Em primeiro lugar, a definição de espécie de discriminação é de suma importância na determinação do âmbito de legislação antidiscriminação. Logo, na esteira desse raciocínio, vemos que a amplitude de seu significado, a exemplo do que seria “deficiência”, é relevante para uma amplitude na aplicação da norma protetiva.

Em segundo lugar, mesmo que um ato legislativo enumere um grande número de motivos para eventual discriminação, e que ainda assim sejam amplamente definidos, isso ainda não significa que todos eles são protegidos com a mesma intensidade.

Isto porque, o grau de proteção depende também das justificativas e das exceções que a legislação permite e sua interpretação e aplicação pelos tribunais.

Do ponto de vista histórico, não existia uma definição normativa da deficiência no Direito da União Europeia. A sua ausência prejudicava

---

8 *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*: “Non-discrimination legislation in many Member States of the EU contains a long list of prohibited grounds. As a result of the implementation of the relevant Gender Equality and Article 13 Directives, they should at least include gender/sex, race/ethnicity, religion/belief, sexual orientation, disability and age, but in many national texts much longer lists can be found, also mentioning, for example, marital status, birth/descent, nationality, political conviction and income. As a result, the personal scope of such legislation would seem to be quite broad, offering extensive protection against discrimination. In practice, however, it is not as simple as that. The actual scope of non-discrimination law is determined by at least two variables. First, the definition of a certain ground is of importance in determining the scope of non-discrimination legislation. If “race” is also taken to mean “skin colour”, “ethnic origin” and “belonging to a national minority”, a prohibition of racial discrimination is obviously much more inclusive than if only a narrow definition is given to the notion. Secondly, even if a legislative act enumerates a large number of grounds, and even if these grounds are broadly defined, this does not yet mean that all grounds are protected to the same degree. The degree of protection also depends on the justifications and exceptions the legislation allows for and on their interpretation and application by the courts.’ To some extent, however, there appears to be a connection between the possibilities for justification and the grounds of discrimination”. *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*. Prof<sup>a</sup> Janneke Gerards, Chef<sup>e</sup> do Departamento de Direito Europeu e Internacional da Radboud University of Nijmegen, The Netherlands.

de certa maneira a proteção que assegura quanto à discriminação fundada na deficiência<sup>9</sup>.

Posteriormente, no célebre caso de S. Chacón Navas<sup>10</sup>, o Tribunal de Justiça Europeu – TJE, no exercício de sua função precípua, qual seja garantir a interpretação e aplicação uniforme dos atos normativos em toda a União Européia, foi chamado para refletir sobre quem deveria ser visto como deficiente para efeitos da Diretiva 2000/78/CE, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional (“Diretiva relativa à igualdade no emprego”), declarando que o termo “deficiência”, para efeitos de aplicação daquele ato normativo, devia ser entendido no sentido de que visa “uma limitação, que resulta, designadamente, de incapacidades físicas, mentais ou psíquicas e que impede a participação da pessoa em causa na vida profissional” e que deve “ser provável que a mesma seja de longa duração”.

Portanto, ao analisar o caso de S. Chacón Navas à luz desta definição construída, o TJE concluiu que a mesma não sofria de deficiência quando, após ter sido despedida, em razão de afastamento por motivo de doença, em que se encontrava havia oito meses.

Neste caso, o TJE deixou claro que há que traçar uma distinção entre doença e deficiência, e que, no primeiro caso, não seria concedida a proteção judicial.

Como se vê, num primeiro momento, o Tribunal de Justiça da União Europeia delimitou a noção de deficiência, para efeitos laborais. Especificou, assim, que a proibição da discriminação com base na deficiência não abrange a doença, que não é por si uma deficiência.

Mais tarde, com o surgimento de um importante instrumento jurídico, desloca-se o referencial. A deficiência não é mais apenas uma questão de proteção social, mas sim de direitos humanos.

Trata-se de um avanço significativo, materializado na Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo

---

9 NEVES, Ana Fernanda. *Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Européia*. Portugal: Coimbra, 2010.

10 Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 11 de Julho de 2006. Sonia Chacón Navas contra Euresst Colectividades SA. Pedido de decisão prejudicial: Julgado de lo Social nº 33 de Madrid. Espanha. Directiva 2000/78/CE - Igualdade de tratamento em matéria de emprego e de trabalho - Conceito de deficiência. Processo C-13/05.

Facultativo, cujo teor aderiu não só a União Européia<sup>11</sup>, mas também o Brasil<sup>12</sup>.

Trata-se de um conceito atual de pessoa com deficiência, consubstanciando a mudança do paradigma do modelo médico para o modelo social da deficiência, já que no texto da Convenção restou estabelecido que as “Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”<sup>13</sup>.

Nesse vetor, esclarece Fonseca<sup>14</sup> que “o próprio conceito de pessoa com deficiência incorporado pela Convenção, a partir da participação direta de pessoas com deficiência levadas por Organizações Não Governamentais de todo o mundo, carrega forte relevância jurídica porque incorpora na tipificação das deficiências, além dos aspectos físicos, sensoriais, intelectuais e mentais, a conjuntura social e cultural em que o cidadão com deficiência está inserido, vendo nestas o principal fator de cerceamento dos direitos humanos que lhe são inerentes”.

Com efeito, a par da dinâmica e mutabilidade do conceito ora exposto, pode-se dizer que são as barreiras ambientais e atitudinais impostas pelo estado e pela sociedade que levam a criação e determinação da deficiência da pessoa e não o seu limite individual.

## 2 DA UNIÃO EUROPÉIA E SUAS INSTITUIÇÕES

A União Européia baseia-se no Estado de direito, mais especificamente em instrumentos típicos do direito internacional, o que significa que cada medida tomada pela UE tem como fundamento tratados aprovados voluntária e democraticamente por todos os países da União.

Mais do que isso, os tratados são negociados e aprovados por todos os Estados-Membros da EU, sendo ratificados pelos parlamentos nacionais ou através de um referendo.

11 A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi aprovada em nome da Comunidade Europeia pela Decisão 2010/48/CE do Conselho, de 26 de novembro de 2009.

12 Aprovados por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, com status de emenda constitucional, e promulgados pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009.

13 Vide art. 1 da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>.

14 FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência*.

Ademais, os tratados em questão estabelecem, além dos objetivos da UE, os órgãos comunitários, as regras de funcionamento das suas instituições, o processo de tomada de decisões e a relação entre a União e os seus Estados Membros.

Com o desenvolvimento do processo de integração na Europa, essas fontes de direito originário tiveram de ser alteradas para permitir a adesão de novos Estados Membros. Ocasionalmente, os tratados foram também alterados com o objetivo de introduzir reformas nas instituições europeias e atribuir à União Europeia novos domínios de responsabilidade, com vista a garantir a adoção de decisões e de políticas eficazes.

No que se refere às instituições comunitárias podemos citar o Parlamento Europeu (European Parliament), o Conselho da União Europeia (Council of the European Union), a Comissão Europeia (European Commission), o Conselho Europeu (European Council)<sup>15</sup>, lista acrescida de instituições não-políticas, a exemplo do Tribunal de Justiça e o Tribunal de Contas.

Por uma questão de coerência, centram-se os esforços nas instituições que participam do processo decisório no âmbito da União Europeia.

Como dito, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia é aplicável a todos os atos das instituições da União Europeia.

Nesse contexto, o papel da Comissão Europeia consiste em se certificar de que as suas propostas legislativas respeitam a Carta, além de balizar a atuação do Parlamento Europeu e o Conselho, que na mesmal linha estão obrigados a respeitar a Carta ao longo de todo o processo legislativo.

A Carta só se aplica aos Estados Membros quando estes aplicam o direito da União Europeia, ou seja, quem considerar que uma autoridade nacional violou algum dispositivo da Carta ao aplicar o direito da União Europeia pode apresentar queixa à Comissão, que tem competência para dar início a um processo de infração contra o Estado Membro em questão.

A Comissão não é um órgão judicial nem uma instância recursal no tocante às decisões de tribunais nacionais ou internacionais, muito menos, aprecia, em princípio, o mérito de casos concretos, salvo se tal for relevante para o cumprimento da sua missão de

---

15 Conselho Europeu é constituído pelos chefes de Estado e de Governo dos Estados Membros da UE; O Conselho Europeu define a direção e as prioridades políticas gerais da EU, mas não exerce funções legislativas.

assegurar a correta aplicação do direito da União Europeia pelos Estados-Membros.

Nesse particular, se detectar um problema de maior gravidade, a Comissão pode solicitar às autoridades nacionais que o resolvam e, em última instância, intentar uma ação contra um Estado-Membro junto ao Tribunal de Justiça (ação por incumprimento)<sup>16</sup>.

O objetivo destes procedimentos consiste em garantir a conformidade do direito (ou prática administrativa ou judicial) nacional em questão com os requisitos estabelecidos no direito europeu.

Já o Conselho da União Europeia, mais conhecido como Conselho<sup>17</sup>, é a instituição da União na qual se reúnem os representantes dos governos dos Estados-Membros, isto é, os respectivos ministros com competência

16 O Tribunal pronuncia-se sobre os processos que são submetidos à sua apreciação. Os quatro tipos de processos mais comuns são os seguintes:

1. REENVIO PREJUDICIAL

Os tribunais nacionais de cada Estado-Membro são responsáveis pelo respeito do direito da UE nesse país. Caso os tribunais nacionais tenham dúvidas quanto à interpretação ou validade de uma disposição do direito da UE, podem, e por vezes devem, solicitar ao Tribunal de Justiça que se pronuncie. A opinião do Tribunal é dada sob a forma de «decisão a título prejudicial», com caráter vinculativo. Esta decisão constitui para os cidadãos um meio importante para, através dos seus tribunais nacionais, determinar em que medida são afetados pela legislação da União Europeia.

2. PROCESSO POR INFRAÇÃO/AÇÃO DE INCUMPRIMENTO

A Comissão ou (em casos raros) um Estado-Membro pode intentar este tipo de ação se considerar que um determinado Estado-Membro não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do direito da UE. O Tribunal investiga as alegações apresentadas e lavra um acórdão. Se o Tribunal verificar que o Estado-Membro demandado não cumpriu a obrigação em causa, este deve imediatamente tomar as medidas necessárias para regularizar a situação, a fim de evitar as sanções pecuniárias aplicáveis pelo Tribunal.

3. RECURSO DE ANULAÇÃO

Se um Estado-Membro, o Conselho, a Comissão ou (em certas circunstâncias) o Parlamento considerar que uma determinada disposição legislativa da UE é ilegal, pode solicitar a sua anulação ao Tribunal. Os particulares podem também interpor «recursos de anulação» se considerarem que uma determinada disposição legislativa os afeta direta e negativamente como indivíduos e se pretenderem que o Tribunal a anule.

4. AÇÃO POR OMISSÃO

O Tratado estipula que o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão devem tomar as suas decisões de acordo com certas regras. Se não o fizerem, os Estados-Membros, as outras instituições da UE e, em certos casos, os particulares ou as empresas podem recorrer ao Tribunal para que essa violação fique oficialmente registada.

17 O Conselho da Europa (Council of Europe) não deve ser confundido com o Conselho da EU (Council of the European Union). Fruto do Congresso de Haia de 1948 é criado, por Convenção, assinada a 5 de Maio de 1949, por dez Estados, o Conselho da Europa. Este, com sede em Estrasburgo, tem como missão a cooperação inter-parlamentar e a *protecção dos direitos humanos no espaço territorial* dos subscritores. Nos termos do artigo 13.º, do Estatuto do Conselho da Europa, o Comité de Ministros é o órgão “competente para agir em nome do Conselho”. Comparando com a União Europeia, na qual se integra o Conselho da UE, são *duas ordens jurídicas distintas e formas de integração diferenciadas*.

num determinado domínio, sendo que a composição das reuniões de tal órgão e a sua frequência variam em função das matérias tratadas.

No que se refere à competência do supramencionado Colegiado, quadra registrar que, a par de coordenar as políticas dos Estados-Membros e desenvolver a política externa e de segurança comum, o Conselho adota atos legislativos, a exemplo de regulamentos e diretivas, sendo que, em muitos casos, com co-decisão do Parlamento Europeu.

O Conselho é, juntamente com o Parlamento Europeu, o legislador da União Européia<sup>18</sup>. Na maioria dos casos, o primeiro só pode legislar com base nas propostas que lhe são apresentadas pela Comissão Européia, podendo, entretanto, solicitar à Comissão que lhe apresente as propostas pertinentes.

Todavia, de acordo com o princípio da atribuição, a Comissão Europeia apenas pode apresentar propostas de diretivas nos domínios em que o Tratado lhe atribua competência (artigos 3.º e 7.º do TFUE).

A Comissão Europeia deve garantir ainda o respeito pelo princípio da subsidiariedade e princípio da proporcionalidade, corolários do princípio da atribuição (artigo 5.º do TFUE).

A verificação da aplicação destes princípios é, por norma, um elemento importante ao longo do processo negocial da proposta da diretiva apresentada pela Comissão Europeia.

Assim, quando se conclua que estes princípios não são respeitados devem ser introduzidas alterações no sentido de mitigar ou resolver os problemas identificados.

De outro modo, o princípio da subsidiariedade<sup>19</sup> determina que a UE intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação que se pretende

---

18 Os tratados estabelecem os domínios políticos em que a UE pode tomar decisões. Existem alguns domínios políticos que são da competência exclusiva da UE, o que significa que as decisões são tomadas, ao nível da UE, pelos EstadosMembros, reunidos no Conselho e no Parlamento Europeu. Esses domínios abrangem a política aduaneira, as regras de concorrência, a política monetária na zona euro e a conservação dos recursos e comércio de peixe. Existem outros domínios em que a União e os EstadosMembros partilham as competências em matéria de tomada de decisões. Isto significa que, se a legislação for adotada a nível da UE, então será prioritária. Todavia, se não for adotada legislação a nível da UE, os EstadosMembros podem, individualmente, legislar a nível nacional. A competência partilhada é aplicável em muitas áreas políticas, como o mercado interno, a agricultura, a proteção dos consumidores e os transportes. Em todos os outros domínios políticos, as decisões são da competência dos EstadosMembros. Deste modo, se um determinado domínio político não for identificado num tratado, a Comissão não pode propor legislação nessa matéria. Contudo, nalgumas áreas como o setor espacial, a educação, a cultura e o turismo, a União pode apoiar as ações dos EstadosMembros. Noutras, como a ajuda aos países e territórios ultramarinos e a investigação científica, a UE pode desenvolver atividades paralelas, nomeadamente programas de ajuda humanitária.

19 Artigo 5º do Tratado da União Européia (ex-artigo 5.o TCE)

1. A delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

prosseguir não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, sendo pelo contrário melhor prosseguidos ao nível da UE devido às suas dimensões ou aos efeitos pretendidos. Este princípio é, assim, fundamental para o funcionamento da UE e dos próprios Estados-Membros dado que permite assegurar uma (tendencialmente) clara repartição de competências.

Da mesma forma, o princípio da proporcionalidade determina que os meios aplicados pela UE não podem exceder o necessário para concretizar os objetivos fixados no Tratado da União Europeia.

No Parlamento Europeu (PE), os deputados são diretamente eleitos pelos cidadãos da UE para representar os seus interesses, o que certamente garante maior legitimidade da legislação europeia.

Quanto às demais funções, além de exercer um controle democrático sobre todas as instituições da UE, especialmente a Comissão, também partilha com o Conselho a autoridade sobre o orçamento da UE.

O processo mais usual para a adoção da legislação da UE é o chamado «processo legislativo ordinário» — também designado «codecisão». Este procedimento coloca o Parlamento Europeu e o Conselho em pé de igualdade e os atos legislativos adotados por este processo são atos conjuntos do Conselho e do Parlamento.

Aplicase à maioria da legislação da UE<sup>20</sup>, num vasto número de domínios, designadamente direitos dos consumidores, proteção ambiental e transportes.

---

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

3. Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União.

As instituições da União aplicam o princípio da subsidiariedade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Os Parlamentos nacionais velam pela observância do princípio da subsidiariedade de acordo com o processo previsto no referido Protocolo.

4. Em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da ação da União não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados.

As instituições da União aplicam o princípio da proporcionalidade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos *princípios da subsidiariedade* e da proporcionalidade.

20 Existem vários tipos de atos legislativos, aplicados de diferentes formas: O Regulamento é uma disposição legislativa diretamente aplicável e vinculativa em todos os Estados Membros. Os Estados Membros não têm que a transpor para a legislação nacional, embora esta possa ter que ser alterada para evitar conflitos entre ambas. A Diretiva é uma disposição legislativa que vincula os Estados Membros, ou um grupo de Estados Membros, com vista a atingir um determinado objetivo. Normalmente, as diretivas têm de ser transpostas para o direito nacional para se tornarem eficazes. Significativamente, a diretiva especifica o resultado a atingir: cabe aos Estados Membros decidir, individualmente, a forma de alcançá-lo. A Decisão

No âmbito do processo legislativo ordinário, a Comissão apresenta uma proposta que tem que ser adotada simultaneamente pelo Parlamento e pelo Conselho. É necessário o parecer favorável do Parlamento no que se refere a todos os acordos internacionais em domínios abrangidos pelo processo legislativo ordinário.

O Parlamento deve ser consultado quanto a uma série de outras propostas, e a sua aprovação é necessária para decisões políticas ou institucionais importantes, tais como: legislação em matéria de segurança e proteção social, disposições fiscais no setor da energia e harmonização dos impostos sobre o volume de negócios e dos impostos indiretos.

Por fim, importante lembrar, ainda, no tocante a iniciativa legislativa, que, desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, um milhão de cidadãos, assinando uma petição, igualmente pode convidar a Comissão a apresentar uma proposta. É o chamado direito de iniciativa de cidadania.

### 3 DAS FONTES DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

No que se refere à deficiência, destaca-se, hoje, a Carta dos Direitos fundamentais, com “o mesmo valor jurídico dos Tratados”.

Anote-se, também, que, ao longo do processo da integração europeia, assumiu relevante papel, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades fundamentais (CEDH) e as tradições constitucionais comuns na identificação dos direitos fundamentais, enunciados como princípios gerais.

Todavia, há que se considerar que os direitos da pessoa com deficiência não são objeto de tratamento geral pelo Direito da União Europeia, não existindo uma base jurídica para as questões da deficiência<sup>21</sup>.

A intervenção da União Europeia tem lugar, segundo as respectivas regras de competência, em vários domínios, como o dos transportes, o da mobilidade, o do trabalho e emprego, o da livre circulação de pessoas, o do ensino e da formação profissional, da saúde, da cultura, telecomunicações, o dos fundos estruturais e o da contratação pública.

A legislação relevante é vasta, sem que verse, no entanto, sobre a deficiência a título principal. Consta-se, então que não existe uma

---

pode ser dirigida aos Estados Membros, grupos de pessoas ou até mesmo pessoas singulares. É obrigatória em todos os seus elementos. As decisões são utilizadas, por exemplo, para tomar posição sobre propostas de concentrações de empresas. As Recomendações e os Pareceres não têm caráter vinculativo.

21 Ana Fernanda Neves, *Professora Auxiliar* do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, localizado nas instalações da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, descreve de forma minuciosa as fontes dos direitos das pessoas com deficiência. Ver artigo *Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia*. Portugal: Coimbra, 2010.

diretiva antidiscriminação ou qualquer outro ato jurídico da União que trate do tema<sup>22</sup>.

A eliminação das discriminações inscreve-se, em parte, na esfera de tutela dos direitos fundamentais na União, que são princípios gerais de Direito da União.

A referência à deficiência nos Tratados foi introduzida pelo artigo 13.º do TCE, com as alterações do Tratado de Amsterdã. Significou um avanço expressivo na “promoção dos direitos da pessoa deficiente na União Europeia”: conferiu um nível de proteção no plano comunitário também, entre outros motivos de discriminação que prevê, à deficiência.

Com base no mesmo foram emitidas duas diretivas antidiscriminação, a Diretiva 2000/43/CE, de 29 de Junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, e a Diretiva 2000/78/CE, 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional.

Como se percebe, a não discriminação constitui, sem dúvida, um objetivo a alcançar na definição e execução das políticas e ações da União. Até porque, a discriminação baseada, precipuamente, na deficiência é, desde logo, vista como comprometendo os objetivos de uma economia social de mercado, do pleno emprego e do progresso social e os objetivos da livre circulação de pessoas e da coesão económica e social.

Conclui-se, então, como demonstrado, que os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia resultam das suas várias fontes.

#### **4 DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA – APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA - QUESTÃO CONTROVERTIDA**

Antes de examinarmos a jurisprudência em matéria de deficiência, cabem, por pertinência temática, tecer algumas considerações quanto à Corte de Justiça da União Europeia.

O Tribunal de Justiça da União Europeia, ora designado de Tribunal, garante a interpretação e a aplicação uniformes da legislação da UE em todos os EstadosMembros. Por outras palavras, que a lei é sempre a mesma para todas as partes e em quaisquer circunstâncias.

Com efeito, o Tribunal fiscaliza a legalidade das ações das instituições da UE, assegura que os EstadosMembros cumprem as suas obrigações e interpreta a legislação da UE a pedido dos tribunais nacionais.

<sup>22</sup> Há que se observar, todavia, as convenções internacionais em que seja parte a União Europeia, como a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência adoptada em Nova Iorque em 30 de Março de 2007.

O Tribunal é competente para se pronunciar sobre os litígios entre os Estados-Membros, as instituições da UE, bem como as pessoas singulares e coletivas. Para fazer face aos milhares de processos que lhe são submetidos, o Tribunal está dividido em dois órgãos principais: o Tribunal de Justiça, que aprecia os pedidos de decisões prejudiciais (reenvio prejudicial) apresentados pelos tribunais nacionais, determinados recursos de anulação e outros recursos, e o Tribunal Geral, que se pronuncia sobre todos os recursos de anulação, submetidos por particulares e empresas, bem como por Estados-Membros. Existe ainda um tribunal especializado, o Tribunal da Função Pública, que delibera em litígios entre a UE e os seus funcionários.

Percebe-se, então, a importância da função interpretativa do Tribunal de Justiça, nos casos que lhe são submetidos.

Nesse contexto, cabe analisar questão relevante para a legislação antidiscriminação no campo da deficiência, qual seja o conceito de deficiência já tratado anteriormente. Como referido, ao analisar o caso de S. Chacón Navas<sup>23</sup> à luz desta definição construída, o TJE concluiu que a mesma não sofria de deficiência quando, após ter sido despedida, em razão de afastamento por motivo de doença, em que se encontrava havia oito meses.

Neste caso, o TJE deixou claro que há que traçar uma distinção entre doença e deficiência, e que, no primeiro caso, não seria concedida a proteção judicial.

Mais tarde, com o surgimento de Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, a deficiência não é mais apenas uma questão de proteção social, mas sim de direitos humanos.

Todavia, recentemente, após a adesão da União Europeia a referida Convenção, o TJE novamente foi chamado a se manifestar sobre a validade da Diretiva 2000/78 à luz da Convenção da ONU<sup>24</sup>.

---

23 Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Grande Secção) declara: 1) Uma pessoa que foi despedida pela sua entidade patronal exclusivamente por motivo de doença não está abrangida pelo quadro geral estabelecido com vista a lutar contra a discriminação com base em deficiência pela Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional. 2) A proibição, em matéria de despedimentos, da discriminação com base em deficiência, inscrita nos artigos 2.º, n.º 1, e 3.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 2000/78, opõe-se a um despedimento baseado em deficiência que, atendendo à obrigação de prever adaptações razoáveis para as pessoas deficientes, não seja justificado pelo facto de a pessoa em causa não ser competente, capaz ou disponível para executar as funções essenciais do seu lugar. 3) A doença enquanto tal não pode ser considerada um motivo que acresce àqueles com base nos quais a Directiva 2000/78 proíbe quaisquer discriminações.

24 Processo C363/12, «Reenvio prejudicial – Política social – Directiva 2006/54/CE – Igualdade de tratamento entre trabalhadores do sexo masculino e do sexo feminino – Mãe intencional que teve um filho através de

Questionou-se, então, posição a possibilidade de se manter a interpretação já conferida anteriormente à Diretiva 2000/78, que visa designadamente que uma pessoa deficiente possa aceder a um emprego ou exercê-lo, mesmo com a ratificação da Convenção da ONU pela União Européia, que reconheceu a deficiência como um conceito em evolução.

Todavia, o Tribunal decidiu que a Diretiva 2000/78 deve ser interpretada no sentido de que não constitui uma discriminação em

---

um contrato de maternidade de substituição – Recusa em conceder-lhe uma licença remunerada equiparada à licença de maternidade ou à licença por adoção – Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Diretiva 2000/78/CE – Igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional – Proibição de qualquer discriminação em razão de uma deficiência – Mãe intencional com incapacidade para levar uma gravidez a termo – Existência de uma deficiência – Validade das Diretivas 2006/54 e 2000/78»

85 Entre as condições referidas no número anterior, importa recordar que, quando a natureza e a sistematicidade de um tratado internacional permitem uma fiscalização da validade do ato jurídico da União à luz das disposições desse tratado, é ainda necessário que as disposições do referido tratado invocadas para efeitos do exame da validade do ato jurídico da União se revelem, do ponto de vista do seu conteúdo, incondicionais e suficientemente precisas (v. acórdãos, já referidos, Intertanko e o., n.º 45, e Air Transport Association of America e o., n.º 54).

86 Tal condição está preenchida sempre que a disposição invocada contenha uma obrigação clara e precisa que não esteja dependente, na sua execução ou nos seus efeitos, da intervenção de nenhum ato posterior (v. acórdãos de 30 de setembro de 1987, Demirel, 12/86, Colet., p. 3719, n.º 14; de 15 de julho de 2004, Pêcheurs de l'étang de Berre, C213/03, Colet., p. I7357, n.º 39, e Air Transport Association of America e o., já referido, n.º 55).

87 Ora, no caso em apreço, resulta do artigo 4.º, n.º 1, da Convenção da ONU que incumbe designadamente aos Estados partes adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de outra natureza apropriadas com vista à implementação dos direitos reconhecidos nessa Convenção. Além disso, nos termos do artigo 4.º, n.º 3, da mesma, na elaboração e implementação da legislação e das políticas para aplicar a referida Convenção e em outros processos de tomada de decisão no que respeita a questões relacionadas com pessoas com deficiência, os Estados partes devem consultarse estreitamente e envolver ativamente as pessoas com deficiências, incluindo as crianças com deficiência, através das suas organizações representativas.

88 Por conseguinte, como salientou o advogado-geral no n.º 114 das suas conclusões, na medida em que as obrigações impostas pela referida Convenção visam as partes contratantes, esse acordo internacional apresenta um caráter programático.

89 Consequentemente, as disposições da Convenção da ONU estão dependentes, na sua execução ou nos seus efeitos, da intervenção de atos posteriores emanados das partes contratantes. Neste contexto, o anexo II da Decisão 2010/48 contém uma declaração relativa à competência da União no que diz respeito às questões regidas pela Convenção da ONU e aos atos da União que se referem a matérias regidas por essa Convenção.

90 Nestas condições, sem que seja necessário examinar a natureza e a sistematicidade da Convenção da ONU, há que declarar que as disposições desta Convenção não constituem, do ponto de vista do seu conteúdo, disposições incondicionais e suficientemente precisas, na aceção da jurisprudência referida nos n.os 85 e 86 do presente acórdão, e que, por conseguinte, não têm efeito direto em direito da União. Daqui resulta que a validade da Diretiva 2000/78 não pode ser apreciada à luz da Convenção da ONU.

91 Tendo em conta as considerações precedentes, deve responderse às terceira a sexta questões que:

– a Diretiva 2000/78 deve ser interpretada no sentido de que não constitui uma discriminação em razão de uma deficiência o facto de se recusar a concessão de uma licença remunerada equiparada à licença de maternidade ou à licença por adoção a uma trabalhadora que sofre da incapacidade de levar uma gravidez a termo e que recorreu a um contrato de maternidade de substituição,

– a validade desta diretiva não pode ser apreciada à luz da Convenção da ONU, mas a referida diretiva deve ser objeto, na medida do possível, de uma interpretação conforme com essa Convenção.

razão de uma deficiência, o fato de se recusar a concessão de uma licença remunerada equiparada à licença de maternidade ou à licença por adoção a uma trabalhadora que sofre da incapacidade de levar uma gravidez a termo e que recorreu a um contrato de maternidade de substituição.

Decidiu, ainda, de forma restritiva, que a validade desta diretiva não pode ser apreciada à luz da Convenção da ONU, mas a referida diretiva deve ser objeto, na medida do possível, de uma interpretação conforme com essa Convenção.

Como visto, o TJE relativizou a aplicação da diretiva frente à Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, em prejuízo da máxima eficácia do ato de direito internacional consagrador dos direitos humanos.

## **5 CONCLUSÃO**

O objetivo fundamental da União Europeia é a criação de um verdadeiro espaço europeu de justiça baseado na confiança e no reconhecimento mútuo. Os cidadãos, os consumidores e as empresas devem poder estar certos dos seus direitos e exercê-los dentro e fora das fronteiras nacionais. Tal implica o pleno respeito do Estado de direito e dos direitos fundamentais e a independência do aparelho judicial.

E ainda mais. A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) assinala uma mudança de paradigma na forma como a deficiência é definida.

A Convenção reconhece explicitamente os direitos fundamentais das pessoas com deficiência em pé de igualdade com qualquer outro indivíduo, colocando as pessoas no centro de todas as decisões que dizem respeito a si próprias.

Tudo isso contribui para que a União Europeia disponha atualmente um dos quadros jurídicos mais evoluídos no mundo em matéria de luta contra a discriminação, criando esperança para aqueles que nunca tiveram oportunidade de brilhar e aguardam até hoje o acolhimento da Sociedade.

Todavia não se pode parar, afinal de contas o conceito de deficiência está em evolução.

Os desafios do Mundo e da própria União Europeia, quanto à inclusão dos deficientes, são enormes, requerendo investimentos vultosos por parte as instituições comunitárias.

Considerando a temática, que envolve direito humano fundamental, deve-se continuar a prestigiar o acesso aos direitos e à justiça para a pessoa com deficiência, no âmbito da União Européia.

Resumidamente, sem contornos de exaurimento do objeto, esse trabalho traça um retrato singular do direito comunitário, inegável parâmetro para o aperfeiçoamento, desenvolvimento e interpretação da nossa legislação antidiscriminação, aplicável às pessoas com deficiência.

## REFERÊNCIAS

BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. Série Monografias do CEJ. Brasília: CJF, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder Comparato. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com Deficiência. Organização de Maria Aparecida Gugel, Waldir Macieira da Costa Filho, Lauro Luiz Gomes Ribeiro. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: (parte geral)* 4. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região*, Porto Velho, v. 6, n. 1, jan./jun. 2010. Disponível em: <[http://legado.trt14.jus.br/Documentos/Revista\\_TRT14\\_2010\\_n1.pdf](http://legado.trt14.jus.br/Documentos/Revista_TRT14_2010_n1.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2014.

MONIZ, Graça. Debater a Europa – Diálogos Europeus. Os termos da adesão da União Européia à Convenção Européia dos Direitos do Homem: da soberania do

Bósforo ao escrutínio total. *Periódico do CIEDA e do CEIS20*, em parceria com GPE e a RCE. n.9 jul./dez. 2013 – Semestral. Disponível em: <<http://europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/images/n9/gmoniz.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

NEVES, Ana Fernanda. *Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Européia*. Portugal: Coimbra, 2010. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/713-1124.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

REDING, Viviane. Observações sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da EU e o futuro da União Européia. European Commission – Speech/12/403. *XXV Congresso da Federação Internacional para o Direito Europeu*. Tallinn. Estónia. 2012. Disponível em: <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-12-403\\_pt.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-403_pt.htm)>. Acesso em: 10 set. 2014.

BÉLGICA. Comissão Européia. Combater a Discriminação – Manual de Informação. 2006. *Serviço das Publicações da União Européia*. Disponível em: <<http://bookshop.europa.eu/pt/combater-a-discrimina-o-pbKE7506064/>>. Acesso em: 15 agost. 2014.

BÉLGICA. Comissão Européia. Compreender as políticas da União Européia: Como funciona a União Européia. 2013. *Serviço das Publicações da União Européia*. Disponível em: <<http://bookshop.europa.eu/pt/como-funciona-a-uni-o-europeia-pbNA0113090/>>. Acesso em: 12 set. 2014.

BÉLGICA. Comissão Européia. Compreender as políticas da União Européia: Emprego, assuntos sociais e inclusão. 2014. *Serviço das Publicações da União Européia*. Disponível em: <[http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/pt/employment\\_pt.pdf](http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/pt/employment_pt.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2014.

BÉLGICA. Comissão Européia. Compreender as políticas da União Européia: Justiça, cidadania e direitos fundamentais. 2013. *Serviço das Publicações da União Européia*. Disponível em: <[http://europa.eu/pol/cit/index\\_pt.htm](http://europa.eu/pol/cit/index_pt.htm)>. Acesso em: 05 set. 2014.

BÉLGICA. Conselho. O Conselho Europeu – O Conselho. Duas Instituições na ação europeia. 2013. *Serviço das Publicações da União Européia*. Disponível em: <<http://bookshop.europa.eu/pt/o-conselho-europeu-o-conselho-pbQC8010230/>>. Acesso em: 05 set. 2014.

BÉLGICA. *Comissão Europeia*. Disability and non-discrimination law in the European Union An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field European Network of Legal Experts in the non-discrimination field Lisa Waddington and Anna Lawson. 2009. Luxembourg: Publications Office of the European Union. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=440&furtherPubs=yes>>. Acesso em: 05 set. 2014.

BÉLGICA. Conselho. Guia do Processo Legislativo Ordinário. 2011. *Serviço das Publicações da União Europeia*. Disponível em: <<http://bookshop.europa.eu/pt/guia-do-processo-legislativo-ordin-rio-pbQC3109179/>>. Acesso em: 05 set. 2014.

BÉLGICA. European Network of Legal Experts in the non-discrimination field (on the grounds of Racial or Ethnic Origin, Religion or Belief, Disability, Age and Sexual Orientation. European Anti-discrimination Law Review. N 11-2010. European Community Programme for Employment and Social Solidarity – PROGRESS (2007-2013). Disponível em: <[http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/lawrev11\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/lawrev11_en.pdf)>. Acesso em: 25 set. 2014.

BÉLGICA. Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia C 326, de 26 de outubro de 2012*. Disponível em: <<http://bookshop.europa.eu/pt/jornal-oficial-da-uni-o-europeia-c-326-26.10.2012-pbFXAC12326/?CatalogCategoryID=ARsKABstzvAAAAEj0JEY4e5L>>. Acesso em: 01 set. 2014.

BRASIL. *Secretaria de Direitos Humanos*. Subsecretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008: Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. 2. ed. revista e atualizada. Brasília: 2010.

FRANÇA. *Corte Europeia de Direitos Humanos*. Conselho da Europa. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 1950. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2014.

EUA. Convention on the Rights of Persons with Disabilities – UNITED NATIONS – 2006. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?navid=15&pid=150>>. Acesso em: 12 set. 2014.

Grã-Bretanha. Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law. Editado por Dagmar Schiek, Lisa Waddington, Mark Bell. HART PUBLISHING. 2007. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=03R6BAAAQBAJ&pg=PT54&lpg=PT54&dq=Cases,+Materials+and+Text+on+National,+Supranational+and+International+Non-Discrimination+Law&source=bl&ots=NrT3S8ynL8&sig=SghE5WD2zm6ebSLZoUfmZJRCFgl&hl=pt-BR&sa=X&ei=s2IxVO66CpC2yASi5YAO&ved=0CEsQ6AEwBQ#v=onepage&q=Cases%2C%20Materials%20and%20Text%20on%20National%2C%20Supranational%20and%20International%20Non-Discrimination%20Law&f=false>>. Acesso em: 01 set. 2014.

LUXEMBURGO. O Tribunal de Justiça. A sua Jurisprudência. 2012. Tribunal de Justiça da União Européia. Disponível em: <<http://bookshop.europa.eu/pt/o-tribunal-de-justi-a-pbQD3212031/?CatalogCategoryID=3jMKABstfuuwAAAEjwZEY4e5L>>. Acesso em: 12 set. 2014.

LUXEMBURGO. Agência dos Direitos Fundamentais da União Européia. Manual sobre a Legislação Européia Antidiscriminação, 2011. Disponível em: <<http://bookshop.europa.eu/pt/manual-sobre-a-legisla-ao-europeia-antidiscrimina-o-pbTK3011003/>>. Acesso em: 12 set. 2014.

PORTUGAL. *Manual de Boas Práticas para a Negociação, Transposição e Aplicação de Legislação da União Europeia*. Autoria: Direção-Geral dos Assuntos Europeus, Ministério dos Negócios Estrangeiros de Portugal. 2014. Disponível em: <[http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/negociacao-transposicao/downloadFile/file/Manual\\_DGAE\\_Transposicao\\_de\\_diretivas.pdf?nocache=1412330484.33](http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/negociacao-transposicao/downloadFile/file/Manual_DGAE_Transposicao_de_diretivas.pdf?nocache=1412330484.33)>. Acesso em: 30 set. 2014

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 11 de Julho de 2006. Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA. Pedido de decisão prejudicial: Julgado de lo Social nº 33 de Madrid - Espanha. Directiva 2000/78/CE - Igualdade de tratamento em matéria de emprego e de trabalho - Conceito de deficiência. Processo C-13/05. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-13/05&td=ALL>> Acesso em: 15 set. 2014.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 11 de Setembro de 2007.

D. P. W. Hendrix contra Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekering.

Pedido de decisão prejudicial: Centrale Raad van Beroep - Países Baixos.

Segurança social dos trabalhadores migrantes - Artigos 12.º CE, 17.º CE, 18.º CE e 39.º CE - Regulamento (CEE) n.º 1408/71 - Artigos 4.º, n.º 2A, e 10.º-A, bem como Anexo II A - Regulamento (CEE) n.º 1612/68 - Artigo 7.º, n.º 1 - Prestações especiais de carácter não contributivo - Prestação neerlandesa para jovens deficientes - Carácter não exportável. Processo C-287/05. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-287/05&td=ALL>> Acesso em: 01 set. 2014.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 18 de Março de 2014.

Z. contra A Government Department e The Board of management of a community school.

Pedido de decisão prejudicial: Equality Tribunal - Irlanda.

Reenvio prejudicial - Política social - Diretiva 2006/54/CE - Igualdade de tratamento entre trabalhadores do sexo masculino e do sexo feminino - Mãe intencional que teve um filho através de um contrato de maternidade de substituição - Recusa em lhe conceder uma licença remunerada equiparada à licença de maternidade ou à licença por adoção - Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - Diretiva 2000/78/CE - Igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional - Proibição de qualquer discriminação em razão de uma deficiência - Mãe intencional com incapacidade para levar uma gravidez a termo - Existência de uma deficiência - Validade das Diretivas 2006/54 e 2000/78.

Processo C-363/12. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-363/12&td=ALL>> Acesso em: 20 set. 2014.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 17 de Julho de 2008.

S. Coleman contra Attridge Law e Steve Law.

Pedido de decisão prejudicial: Employment Tribunal, London South - Reino Unido.

Política social - Directiva 2000/78/CE - Igualdade de tratamento em matéria de emprego e na actividade profissional - Artigos 1.º e 2.º, n.os 1, 2, alínea a), e 3, e 3.º, n.º 1, alínea c) - Discriminação directa em razão de deficiência - Assédio ligado à deficiência - Despedimento de um funcionário não deficiente, mas que tem um filho deficiente - Inclusão - Ónus da prova.

Processo C-303/06. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-303/06&td=ALL>>. Acesso em: 01 set. 2014.

---

# O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA: UM MODELO E UM DESAFIO PARA O MERCOSUL

*THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION: A MODEL AND  
A CHALLENGE FOR MERCOSUR*

---

*Debora Vasti da Silva do Bomfim Denys  
Procuradora Federal lotada na Fundação Alexandre de Gusmão – MRE  
Bacharel em Ciências Jurídicas - UCDB  
Mestranda em Direito das Relações Internacionais – UniCeub*

SUMÁRIO: 1 Considerações iniciais; 2 O processo de integração; 2.1 Na União Europeia; 2.2 No Mercosul; 3 O tribunal de justiça da união europeia; 3.1 Composição; 3.2 Competências; 3.3 A ordem jurídica do TJUE; 3.4 A jurisprudência do TJUE; 4 O protocolo de olivos-po para a solução de controvérsias do mercosul; 4.1 O Tribunal arbitral ad hoc; 4.2 O Tribunal Permanente de Revisão – TPR; 5 Desafios para a implantação de um tribunal de justiça para o mercosul; 6 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** A União Europeia - UE, e consequentemente suas instituições, entre elas o Tribunal de Justiça, apresenta-se como um bloco modelo para os demais processos de integração. O Tribunal de Justiça da UE encontra-se em avançado estágio de consolidação e aprofundamento, possuindo eficientes mecanismos de solução das controvérsias que se interpõem entre os membros do bloco. Nesse contexto, o artigo tem por objetivo analisar a origem, a estrutura e o funcionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia com o fim de estabelecer um paradigma para a criação de um órgão jurisdicional único no âmbito do Mercosul, que resolva os conflitos decorrentes do próprio processo de integração regional e os desafios institucionais e estruturais que deverão ser superados para a implantação de um órgão jurisdicional supranacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tribunal de Justiça. União Europeia. Direito Comunitário. Direito da Integração. Mercosul.

**ABSTRACT:** The European Union - EU, and consequently its institutions, including the Court of Justice, presents itself as a model for other block integration processes. The Court of Justice of the EU is in advanced stage of consolidation and deepening, having efficient mechanisms for resolution of disputes that stand between block members. In this context, this paper aims to examine the origin, structure and functioning of the Court of Justice of the European Union in order to establish a paradigm for the creation of a single court within Mercosur, would settle conflicts arising from the process of regional integration itself and institutional and structural challenges that must be overcome for the implementation of a supranational court.

**KEYWORDS:** Court of Justice. European Union. European Union Law. Integration Law. Mercosur.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A ideia de uma unificação europeia remonta ao Século XIX, podendo-se considerar como fundadores dessa ideologia o Conde de Saint Simon, Benjamin Constant, Ernest Renan e Victor Hugo, todos visionários de uma Europa unificada em bloco e com ideais comuns<sup>1</sup>. Entretanto, faltava um elemento comum aos Estados, que servisse para impulsionar a retomada dessas ideias no século seguinte.

Os problemas pós-guerra, comuns aos Estados europeus, serviu como elemento catalisador: a economia fraca e decadente, o combate ao comunismo, a necessidade de reconstruir a imagem da Europa para o mundo<sup>2</sup>.

Nesse ambiente destaca-se a Declaração Schuman, proferida pelo ministro francês dos Negócios Estrangeiros, Robert Schuman, a 9 de maio de 1950, que propunha a criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) com vista a instituir um mercado comum do carvão e do aço entre os países fundadores (França, República Federal da Alemanha, Itália, Países Baixos, Bélgica e Luxemburgo). A CECA foi a primeira de uma série de instituições europeias supranacionais que deram origem à atual União Europeia<sup>3</sup>. A evolução dessa integração, por meio de sucessivos e complementares tratados de adensamento e ampliação, será visto mais adiante, na breve história da União Europeia.

A União Europeia apresenta-se como bloco modelo para os processos de integração por ser o “bloco regional mais desenvolvido, social, política e juridicamente”<sup>4</sup>. Nada mais coerente do que buscar em suas instituições, que já se encontram em avançado estágio de consolidação, a solução para os impasses ao aprofundamento da integração regional do Mercosul.

A formação de pactos de colaboração multilateral – integração – pode se dar em diferentes níveis: Zona de Livre Comércio, União Aduaneira, Mercado Comum, União Monetária e Política e, finalmente, Confederação. A Zona de Livre Comércio nada mais é do que a região, formada por Estados independentes, na qual suas mercadorias circulam

---

1 FERREIRA, Tahiana Fernandes de Macêdo. *União Europeia*. O diálogo e a cooperação contribuindo para a construção da democracia supranacional. Curitiba: Juruá, 2013. p. 42-43

2 Ibidem, 2013, p. 43

3 UNIÃO EUROPEIA. Sítio Oficial. *A Declaração Schuman de 9 de maio de 1950*. Disponível em: <[http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index\\_pt.htm](http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_pt.htm)>. Acesso em: 12 set. 2014.

4 MACHADO, Diego Pereira. *Direito da União Europeia*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 27.

sem as barreiras tarifárias e não-tarifárias. Na União Aduaneira há a fixação de uma Tarifa Externa Comum (TEC) para produtos vindos de países não signatários do acordo. Numa fase mais avançada do mercado comum, há a livre circulação de bens, serviços, pessoas, capitais e regras comuns de concorrência. Na União Monetária e Política tem-se um maior nível de aprofundamento, com um mercado comum e um sistema monetário e política externa comuns aos membros do bloco. Por fim temos o grau máximo de atitude integracionista, a Confederação, com a existência de um poder supra estatal que formula a unificação da legislação de todos os membros da união<sup>5</sup>.

## 2 O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO

### 2.1 Na União Europeia

O processo de integração europeu iniciou-se no pós-guerra, a partir de 1951, com a formação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço – CECA (Tratado de Paris) que vigorou até 2002. Seguiu-se então a Comunidade Econômica Europeia – CEE e a Comunidade Europeia de Energia Atômica, de 1957 (Tratados de Roma), todos em vigor, com as alterações que se sucederam ao aprofundamento da integração. A CEE tinha como objetivo a expansão econômica pela integração regional, a implementação de políticas comuns e a constituição de uma União Aduaneira, com um Mercado Comum. Em 1968 foi alcançada a União Aduaneira entre os Estados-membros da CEE. O Tratado Euratom entrou em vigor em 1958 e continua válido. Tem como objetivo a cooperação energética com investimento em energia nuclear para suprir a carência de energia tradicional e coordenar os programas de pesquisa e produção de energia atômica e nuclear para fins pacíficos. O Ato Único Europeu, de 1986 constituiu a primeira grande alteração do Tratado CEE ao rever os Tratados de Roma. O Ato Único alterou as regras de funcionamento das instituições europeias e ampliou as competências comunitárias. Com isso, relançou a integração europeia a fim de concluir a realização do mercado comum. As suas disposições foram modificadas: pelo Tratado de Maastricht (1992), pelo Tratado de Amsterdã (1997), pelo Tratado de Nice (2001), pelos Tratados de Adesão da Áustria, da Finlândia e da Suécia (1994), do Chipre, da Eslováquia, da Eslovênia, da

---

5 DIZ, Jamile Bergamashine Mata. A Ampliação da União Europeia e o futuro das relações firmadas com o Mercosul. In: FERRAZ, Daniel Amin (Org.) *Manual de Integração Regional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 116.

Estônia, da Letônia, da Lituânia, de Malta, da Polônia e da República Tcheca (2003), da Bulgária e da Romênia (2005)<sup>6</sup>.

Destacam-se, dentre os tratados assinados desde a formação do bloco, o Tratado de Maastricht e o Tratado de Lisboa. O primeiro, assinado em 7 de fevereiro de 1992 e com entrada em vigor em 1º de novembro de 1993, criou a “União Europeia” e teve como objetivo preparar a união monetária europeia e introduzir uma união política (cidadania, política comum em matéria de política externa e assuntos internos). O Tratado de Lisboa, assinado em 13 de dezembro de 2007 e com entrada em vigor em 1º de dezembro de 2009, visa “tornar a UE mais democrática e eficaz e mais apta a resolver problemas a nível mundial, como as alterações climáticas, permitindo-lhe falar a uma só voz.”<sup>7</sup> Destacam-se como inovações trazidas pelo Tratado de Lisboa: “1) a personalização jurídica da União; 2) A alta proteção dos direitos fundamentais; 3) as competências e sistemas euro comunitários; 4) o equilíbrio dos poderes e a separação das funções”<sup>8</sup>.

A União Europeia encontra-se na penúltima fase do processo de integração, com a união monetária e política ainda em andamento. Em 1º de janeiro de 2002 concretizou-se a adoção de uma moeda comum - o euro - moeda corrente em dezoito dos vinte e oito Estados-membros que compõem o bloco. Esses dezoito países onde o euro circula como moeda oficial compõem a zona do euro<sup>9</sup>.

## 1.2 No Mercosul

O Mercosul – Mercado Comum do Cone Sul, constituído pelo Tratado de Assunção, foi adotado pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai em 26 de março de 1991. Os objetivos da associação estão claramente definidos no preâmbulo do instrumento: a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais, através da integração, a aceleração dos processos de desenvolvimento econômico com justiça social, o aproveitamento eficaz dos recursos disponíveis, a preservação do meio ambiente, o melhoramento das interconexões físicas, a coordenação de políticas macroeconômicas e a complementação dos diferentes setores

6 RAMOS, Leonardo; MARQUES, Sylvia Ferreira; e JESUS, Diego Santos Vieira de. *A União Europeia e os estudos de integração regional*. Coordenador: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 12-27

7 UNIÃO EUROPEIA. Sítio Oficial. Tratados da UE. Principais Tratados. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index\\_pt.htm](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index_pt.htm)>. Acesso em: 13 set. 2014.

8 FERREIRA, op. cit. p. 49-50.

9 Ibidem. Sítio Oficial. *Assuntos Econômicos e Monetários*. Disponível em: <[http://europa.eu/pol/emu/index\\_pt.htm](http://europa.eu/pol/emu/index_pt.htm)>. Acesso em: 13 set. 2014.

da economia, com base nos princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio e a promoção do desenvolvimento científico e tecnológico dos Estados Partes. O Tratado de Assunção foi ratificado pelo Congresso Nacional brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 197, de 25.09.1991 e promulgado pelo Decreto nº 350, de 21.11.1991<sup>10</sup>.

O Tratado de Assunção foi aditado por três importantes Protocolos Adicionais: o Protocolo de Brasília, o Protocolo de Ouro Preto e o Protocolo de Olivos.

O Protocolo de Brasília – que dispõe sobre o mecanismo de solução de controvérsias – foi assinado em 17.12.91 e internalizado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 88, de 01.12.92, e Decreto nº 922, de 10.09.93. Além de substituir o mecanismo de controvérsias originalmente previsto no Tratado de Assunção, colocou à disposição a utilização de outros meios jurídicos para a solução de eventuais conflitos comerciais, de modo que se pudesse alcançar estabilidade no comércio regional, como o recurso à arbitragem. Também definiu outras disposições para a solução das controvérsias, como prazos e condições para se requerer o assessoramento de especialistas, nomeação de árbitros, o próprio conteúdo do laudo arbitral, como seriam feitas as notificações e o custeio de despesas<sup>11</sup>.

O Protocolo de Ouro Preto – que contém a estrutura institucional do Mercosul – foi assinado em 17.12.94 e internalizado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 188, de 16.12.95, e Decreto nº 1.901, de 09.05.96. Esse instrumento estabeleceu a estrutura institucional para o Mercosul, ampliou a participação dos parlamentos nacionais e da sociedade civil e dotou o Mercosul de personalidade jurídica de direito internacional. O protocolo estabeleceu um importante marco que possibilitou sua relação como bloco com outros países, blocos econômicos e organismos internacionais<sup>12</sup>.

Por fim, o Protocolo de Olivos – que alterou o mecanismo de Solução de Controvérsias - foi assinado em 18.02.2002 e internalizado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 712, de 15.10.2003, e Decreto nº 4.982, de 09.02.2004. O Protocolo de Olivos aprimorou o Protocolo de Brasília ao conferir mais agilidade ao mecanismo de solução de controvérsias, tornando mais orgânica, completa e sistematizada as disposições anteriores. Com a maior estabilidade dos árbitros, tornou mais uniforme

10 MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. Sítio Oficial. Tratado de Assunção e seus Protocolos. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=538>>. Acesso em: 13 set. 2014.

11 Ibidem.

12 Ibidem.

a interpretação normativa do bloco. O Protocolo de Olivos estabeleceu critérios para a designação dos árbitros, o cumprimento dos laudos arbitrais e o alcance das medidas compensatórias. Também criou uma instância de revisão no sistema arbitral ad hoc, o Tribunal Permanente de Revisão, que pode se tornar o embrião de um sistema permanente de solução de controvérsias<sup>13</sup>.

Numa melhor hipótese, futuramente poderá evoluir para se tornar uma instituição para garantir o respeito aos Tratados e uniformizar a jurisprudência no âmbito do Mercosul. O Protocolo de Olivos derogou, a partir de sua vigência (art. 55), o Protocolo de Brasília.

A Venezuela oficializou sua adesão ao bloco regional em 04 de Julho de 2006<sup>14</sup> como o quinto Estado Parte, na primeira ampliação do bloco desde a sua criação. Em 7 de dezembro de 2012 foi a vez da Bolívia firmar o Protocolo de Adesão ao bloco regional do Mercosul<sup>15</sup>.

O momento atual de integração do Mercosul é de uma união aduaneira imperfeita, com grande número de produtos incluídos nas listas de exceção e adequação e que não gozam de Tarifa Externa Comum (TEC). Do ponto de vista institucional, e de uma leitura dos Tratados de Maastricht e de Assunção, percebe-se que o Mercosul se aproxima mais do modelo europeu de bloco regional, que desde o início do processo de integração mostrou ter um caráter comunitário, voltado para o desenvolvimento de um direito comum<sup>16</sup>.

### 3 O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

O Tribunal de Justiça da União Europeia - TJUE é uma das instituições da União Europeia, criado em 1952 com a missão de garantir “o respeito do direito na interpretação e aplicação” dos Tratados com as seguintes finalidades: a) fiscalizar a legalidade dos atos das instituições da União Europeia; b) assegurar o respeito, pelos Estados-Membros, das obrigações decorrentes dos Tratados e c) interpretar o direito da União a pedido dos juízes nacionais<sup>17</sup>.

13 Ibidem. Tratado de Assunção e seus Protocolos. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sito/interna/interna.php?area=5&menu=538>>. Acesso em: 13 set. 2014.

14 MERCOSUL. Sítio Oficial. *Protocolo de Adesão da Venezuela*. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4447/1/94-protocolodeadhesiondevenezuelaalmsur-pt.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2014.

15 Ibidem. Sítio Oficial. *Protocolo de Adesão da Bolívia*. Disponível em: <[http://www.mercosur.int/innovaportal/file/5564/1/protocolo\\_adesao\\_bolivia\\_ao\\_mercosul.pdf](http://www.mercosur.int/innovaportal/file/5564/1/protocolo_adesao_bolivia_ao_mercosul.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2014.

16 DIZ, op. cit., p. 136.

17 UNIÃO EUROPEIA. *TJUE*. Apresentação. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_6999/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/)>. Acesso em: 13 set. 2014.

O Tribunal de Justiça da União Europeia constitui o da União e o da Comunidade Europeia da Energia Atômica (CEEa). O Tribunal de Justiça tem sua sede na cidade de Luxemburgo e compõe-se de três jurisdições: o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral (criado em 1988) e o Tribunal da Função Pública (criado em 2004)<sup>18</sup>.

Quanto ao idioma usado no TJUE o jurisdicionado encontra uma instituição multilíngue: o regime linguístico do TJUE não tem equivalente em nenhuma outra jurisdição do mundo, pois cada uma das línguas oficiais da União pode ser a língua do processo. Esse multilinguismo integral é respeitado devido à necessidade de comunicação com as partes na língua do processo e como forma de assegurar a difusão da sua jurisprudência nos Estados Membros<sup>19</sup>.

As petições e recursos podem ser formulados numa das vinte e quatro línguas oficiais da UE, que automaticamente passa a ser a língua do processo, que será utilizada em sua tramitação. Nos reenvios prejudiciais<sup>20</sup> a língua do órgão jurisdicional nacional que submete a questão ao TJUE passa a ser a língua do processo. Os debates da fase oral são objeto de tradução simultânea para as diferentes línguas oficiais da UE, enquanto os juízes deliberam, sem intérpretes, numa língua comum que, por tradição, é o francês, mas a maior parte dos documentos públicos é traduzido para todas as demais línguas oficiais, que atualmente são vinte e quatro<sup>21</sup>.

Ainda sobre a escolha do francês como idioma de deliberação dos juízes da Corte, afirma Greenstein<sup>22</sup>:

Although judges are free to use whatever language they wish, for reasons of confidentiality they work during the decision-making process without interpreters and have therefore decided to adopt a common language, French, as the internal working language of the Court. Cases can in theory be brought in any of the treaty languages,

18 Ibidem. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_6999/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/)>. Acesso em: 13 set. 2014.

19 Ibidem. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_6999/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/)>. Acesso em: 13 set. 2014.

20 É um mecanismo utilizado pelos tribunais nacionais quando têm alguma dúvida quanto à interpretação ou à validade de uma disposição do direito da UE. O Tribunal de Justiça se pronuncia sobre a questão emitindo uma “decisão a título prejudicial”. União Europeia. Tribunal de Justiça. Disponível 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: 13 set. 2014.

21 Ibidem. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7024/#jurisprudences](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/#jurisprudences)>. Acesso em: 13 set. 2014.

22 GREENSTEIN, Rosalind. *The 'European Constitution': a question of language*. Sous la direction de CARVALHO, Evandro Menezes de; GREENSTEIN, Rosalind. *L'intégration normative. Le droit dans un context multiculturel et multilingue*. Rio de janeiro: FGV, 2013. p. 147

though many parties in fact prefer to bring them in French, for fear that using a lesser-known language may prejudice the outcome of the case. All judgments are drafted in French and then translated into all other treaty languages but only the version of the case is authentic.

### 3.1 Composição

A composição do TJUE é de um juiz de cada país da UE, atualmente 28, e 9 advogados-gerais, nomeados por um período de seis anos, renovável, designados de comum acordo pelos governos dos Estados-membros. Os advogados-gerais apresentam pareceres, públicos e imparciais, sobre os processos submetidos ao Tribunal, denominados “Conclusões”<sup>23</sup>. Os advogados-gerais representam as diferentes tradições legais e constituem uma ponte entre a Corte e a doutrina.

O Tribunal Geral, embora também tenha em sua composição um juiz por Estado Membro, com mandato de seis anos, não possui advogados-gerais permanentes, função que pode ser exercida, excepcionalmente, por um juiz. O Tribunal funciona com juiz singular ou com sessões compostas por cinco ou três juízes. Há também a Grande Seção, composta por treze juízes e o Tribunal Pleno, na sua integralidade, quando a complexidade ou a importância do processo justifiquem a convocação<sup>24</sup>.

Por fim, o Tribunal da Função Pública compõe-se de sete juízes que se reúnem em Seções de três juízes, o que não impede a decisão em Seções de cinco juízes ou juiz singular, nos casos determinados no Regulamento de Processo. Se a importância ou a dificuldade das questões de direito se justificarem, o processo pode ser remetido ao Tribunal Pleno<sup>25</sup>.

### 3.2 Competências

O Tribunal de Justiça - TJUE, propriamente dito, tem a função precípua de interpretar o direito da União Europeia, com a finalidade de garantir uma aplicação uniforme em todos os Estados-Membros, ou seja, atua na resolução de litígios entre os governos nacionais e as instituições europeias. O Tribunal de Justiça funciona também como tribunal de segunda instância, limitado às questões de direito, das

23 UNIÃO EUROPEIA. TJUE. Apresentação. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7024/#jurisprudences](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/#jurisprudences)>. Acesso em: 13 set. 2014.

24 Ibidem. Curia. *Tribunal Geral*. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7033/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7033/)>. Acesso em: 13 set. 2014.

25 Ibidem. Curia. *Tribunal da Função Pública*. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7033/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7033/)>. Acesso em: 13 set. 2014.

decisões que foram proferidas pelo Tribunal Geral<sup>26</sup>, nas ações ajuizadas por pessoas físicas, jurídicas ou organizações contra uma instituição da União Europeia.

O Tribunal Geral tem competência para julgar as ações envolvendo particulares, empresas e organizações ou ações relacionadas a direito de concorrência, o que o faz mediante o conhecimento das ações e recursos interpostos contra atos das instituições, órgãos e organismos da União Europeia, de que sejam destinatárias ou que lhes digam respeito direta e individualmente. Também compete julgar os recursos interpostos pelos Estados-Membros contra a Comissão e o Conselho e as ações destinadas a ressarcir danos causados a terceiros pelas instituições da União Europeia e seus agentes, as ações decorrentes de contratos celebrados pela União Europeia com cláusula expressa elegendo o Tribunal Geral como Tribunal de Primeira Instância. O Tribunal Geral também funciona como Tribunal de Segunda Instância, sendo competente para julgar recursos em matéria de marcas comunitárias, recursos (limitados às questões de direito) das decisões do Tribunal da Função Pública da União Europeia e os recursos interpostos contra as decisões do Instituto Comunitário das Variedades Vegetais e da Agência Europeia das Substâncias Químicas<sup>27</sup>.

Por último, o Tribunal da Função Pública Europeia, que se pronuncia sobre os litígios entre as instituições da União Europeia e seu pessoal. (CURIA, 2014). É um tribunal de jurisdição especializada no contencioso da função pública, ou seja, de matéria trabalhista e previdenciária, a quem compete conhecer, em primeira instância, os litígios referentes às questões laborais (remuneração, evolução da carreira, recrutamento, medidas disciplinares, etc) e o regime de segurança social (doença, aposentadoria, invalidez, acidentes de trabalho, abonos de família, etc). Essa competência se estende também às ações entre qualquer órgão ou organismo da União Europeia e seu pessoal, como por exemplo, os litígios envolvendo Europol, e seus agentes, o Banco Europeu de Investimento e seu quadro de pessoal. Entretanto, é incompetente para conhecer dos litígios entre as administrações nacionais e os respectivos agentes. Das decisões proferidas pelo Tribunal da Função Pública cabe recurso, limitado às questões de direito, no prazo de dois meses, para o Tribunal Geral<sup>28</sup>.

---

26 Ibidem. *Como funciona a UE*. Tribunal de Justiça. Disponível 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: 13 set. 2014.

27 Ibidem. Curia. *Tribunal Geral*. Apresentação. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7033/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7033/)>. Acesso em: 13 set. 2014.

28 UNIÃO EUROPEIA. Curia. Tribunal da Função Pública. Apresentação. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/T5\\_5230/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/T5_5230/)>. Acesso em: 13 set. 2014.

Não se deve confundir o TJUE e o Tribunal Geral com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, sediado em Estrasburgo, que não pertence ao corpo institucional da União Europeia, apesar de, em muitos casos, deliberar sobre os direitos contidos na Carta de Direitos Fundamentais da União<sup>29</sup>.

### 3.3 A ordem jurídica do TJUE

A organização da instituição e o trâmite processual, que prevê os tipos de ação e o rito processual, estão regulamentados por vários diplomas, dentre os quais se destacam os Excertos dos Tratados, que se referem ao TJUE, o Estatuto do TJUE e o Regulamento de Processo do TJUE, além das decisões do Conselho, decisões do TJUE, Recomendações à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais e Instruções práticas às partes no processo em trâmite no TJUE<sup>30</sup>.

A jurisprudência do TJUE criou a obrigação das administrações e dos juízes nacionais aplicarem plenamente o direito da União dentro das respectivas competências e de proteger os direitos que foram conferidos ao cidadão, com a utilização direta do direito da União.

Também devem as instituições nacionais deixar de aplicar qualquer disposição contrária existente no direito pátrio, seja ela anterior ou posterior à disposição da UE, ou seja, o direito da União assume primazia sobre o direito nacional. O TJUE reconheceu o princípio da responsabilidade dos Estados-Membros pela violação do direito da União, cujas infrações podem resultar em obrigações de ressarcimento com importantes repercussões nas finanças públicas do Estado infrator. O Tribunal de Justiça pode apreciar também qualquer descumprimento do direito da União pelo Estado-Membro no caso de não execução de acórdão, que declare a existência do descumprimento, e condená-lo ao pagamento de sanção pecuniária. O TJUE atua em colaboração com o juiz de direito comum, quando o litígio envolve o direito da União. Nestes casos o juiz nacional pode e deve submeter as questões prejudiciais ao TJUE que dará a sua interpretação ou fiscalizará a legalidade da disposição de direito da União<sup>31</sup>.

29 FERREIRA, op. cit., p. 57.

30 Ibidem. *TJUE*. Curia. Tramitação Processual. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7031/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7031/)>. Acesso em: 13 set. 2014.

31 UNIÃO EUROPEIA. *TJUE*. Curia. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7024/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/)>. Acesso em: 13 set. 2014.

### 3.4 A jurisprudência do TJUE

A jurisprudência do TJUE iniciou-se cerca de onze anos após sua criação, com o acórdão Van Gend & Loos, em 1963. Por meio desse julgamento o TJUE introduziu o princípio do efeito direto do direito comunitário nos Estados-Membros. Esse princípio permite aos cidadãos invocarem diretamente as disposições do direito da UE perante os tribunais nacionais. A seguir vieram outros acórdãos que estabeleceram princípios fundamentais na interpretação do direito da UE, dos quais se destacam o acórdão Costa, de 1964, que estabeleceu a primazia do direito comunitário sobre a legislação interna dos Estados-Membros, o acórdão Francovich, de 1991, no qual o TJUE desenvolveu o conceito de responsabilidade de um Estado-Membro em relação a particulares pelos danos causados devido a uma violação do direito comunitário cometida por esse Estado. A partir de então os cidadãos europeus podem intentar ação de indenização contra o Estado que transgrida disposição comunitária<sup>32</sup>.

Vários outros acórdãos foram paradigmáticos para o direito comunitário da UE, como o que estabeleceu o princípio da livre circulação de mercadorias (Cassis de Dijon, 1979), o da livre circulação de pessoas (Kraus, 1993 – Bosman, 1995) estendido também para a livre circulação de desportistas (acórdão Deutscher Handballbund, 2003 e acórdão Simutenkov, 2005). O TJUE proferiu ainda os acórdãos Cowan, de 1989, Kohll e Decker, de 1998, sobre a livre prestação de serviços; os acórdãos Defrenne, de 1976, Brown, de 1998 e BECTU, de 2001, sobre a igualdade de tratamento e direitos sociais; o acórdão Johnston, de 1986, sobre direitos fundamentais; e o acórdão Zhu e Chen, de 2004, sobre cidadania da União<sup>33</sup>.

Todos estes acórdãos proferidos tiveram significativa consequência na vida dos cidadãos da UE e podem ser invocados como precedente jurisprudencial pelos cidadãos<sup>34</sup> e pelos órgãos jurisdicionais nacionais dos Estados-Membros da UE<sup>35</sup>, sobrepondo-se à legislação interna que lhes for contrária.

---

32 Ibidem, Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7024/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/)>. Acesso em: 13 set. 2014.

33 UNIÃO EUROPEIA. *TJUE*. Curia. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7024/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/)>. Acesso em: 13 set. 2014.

34 “permite aos cidadãos europeus invocar diretamente disposições do direito da União perante os órgãos jurisdicionais nacionais”. TJUE, op. cit. Acesso em: 13 set. 2014.

35 Nos reenvios prejudiciais, “O órgão jurisdicional nacional submete ao Tribunal de Justiça questões relativas à interpretação ou à validade de uma disposição da União, geralmente sob a forma de uma decisão judicial, em conformidade com as regras processuais nacionais.” TJUE, op. cit. Acesso em: 13 set. 2014.

#### 4 O PROTOCOLO DE OLIVOS-PO PARA A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL

O Tratado de Assunção inicialmente constituiu um sistema para vigorar nos primeiros meses do processo de integração (Anexo III), seguido pela criação de um sistema provisório para vigorar no período de transição, mas ao final deste não houve a substituição por um sistema permanente, como era de se esperar. O sistema provisório existente foi apenas alterado pelo Protocolo de Olivos que, contudo, não estabeleceu o sistema permanente. Assim, o Mercosul conta desde a sua criação apenas com um sistema provisório de solução de controvérsias<sup>36</sup>.

O Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul, firmado em Olivos, Argentina, em 18 de fevereiro de 2002, reconheceu, no seu preâmbulo, que a evolução do processo de integração do Mercosul requer o aperfeiçoamento do sistema de solução de controvérsias. Para que haja uma correta interpretação, aplicação e cumprimento dos instrumentos fundamentais e do conjunto normativo de forma consistente e sistemática de modo a consolidar a segurança jurídica, no âmbito do Mercosul, foi firmado o Protocolo estabelecendo os mecanismos para resolver as divergências entre os Estados Partes<sup>37</sup>.

Nesse contexto, assevera Menezes<sup>38</sup>:

O Protocolo de Olivos prevê que todas as controvérsias entre os Estados-membros, oriundas de discussões que envolvam os Tratados instituidores do Mercosul, bem como as decisões, resoluções, diretrizes e regulamentos, serão obrigatoriamente submetidos às suas regras.

Embora o Protocolo de Olivos tenha trazido avanços em relação à sistemática anterior, como a criação de um Tribunal Permanente de Revisão (TPR), a implementação de mecanismos de regulamentação das medidas compensatórias, a criação de normas procedimentais inspiradas no modelo da Organização Mundial do Comércio - OMC, como as que determinam que o objeto da controvérsia seja limitado na reclamação e resposta apresentadas ao Tribunal ad hoc, a intervenção opcional do

36 SILVA, Eufrosina Saraiva. *Das reclamações de particulares no sistema de solução de controvérsias do Mercosul*. p. 2601. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/anais\\_brasilia.html](http://www.conpedi.org.br/manaus/anais_brasilia.html)>. Acesso em: 13 set. 2014. p. 2601.

37 BRASIL. Decreto nº 4.982, de 09/02/2004. *Protocolo de Olivos*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D4982.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D4982.htm)>. Acesso em: 13 set. 2014.

38 MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais*. Jurisdição e Competência. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 176.

Grupo Mercado Comum, a possibilidade de eleição de foro e possibilidade de reclamação de particulares<sup>39</sup> continua seguindo o modelo arbitral.

Outra inovação foi a previsão de reclamações de particulares, normatizados nos arts. 39 a 41 do instrumento. O procedimento de reclamação de pessoas físicas ou jurídicas será aplicável em razão da sanção ou aplicação, por qualquer dos Estados Partes, de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatórias ou de concorrência desleal, em violação do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul<sup>40</sup>, hipóteses previstas no art. 39 do PO.

As condições para as soluções de conflitos, em que se pode optar pela negociação coletiva, a mediação e a arbitragem tornam a estrutura institucional do Mercosul frágil, morosa e casuística. A consequência da utilização desse sistema aberto é o enfraquecimento do próprio bloco regional, pois os países e particulares que possuem contendas no âmbito do Mercosul preferem ingressar com suas reclamações junto à OMC<sup>41</sup>.

O português e o espanhol são idiomas oficiais em todos os procedimentos previstos no Protocolo de Olivos, conforme previsto no art. 56.

Da leitura dos textos – tratado e protocolos adicionais – do Mercosul extrai-se que a estrutura de controle de controvérsias somente será definitiva quando o processo de integração, que envolve os elementos de produção (capitais, serviços, bens e pessoas) estiver consolidado<sup>42</sup>, o que não seria a solução ideal, uma vez que os conflitos não podem esperar que seja criado e estruturado um órgão para sua solução, pois há direitos que podem perecer.

#### 4.1 O Tribunal arbitral ad hoc

Os Estados Partes podem iniciar diretamente o procedimento arbitral, se as negociações diretas não possibilitaram um acordo ou se

---

39 SILVA, op. cit., p. 2602

40 MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Sistemática de Solução de Controvérsias no Mercosul*: o Protocolo de Brasília e o Protocolo de Olivos. Disponível em: <[http://www.usp.br/prolam/downloads/2006\\_1\\_4.pdf](http://www.usp.br/prolam/downloads/2006_1_4.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2014. p. 89/90.

41 SANTOS, Jonábio Barbosa dos; QUIRINO FILHO, João de Deus; PEREIRA, Guerrison de Araújo. *Os mecanismos de solução de controvérsias no Mercosul*: uma análise sobre o Protocolo de Olivos. Rev. Jur., Brasília, v. 9, n. 89, p.14 e 16, fev./mar, 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_89/Artigos/PDF/JonabioBarbosa\\_Rev89.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_89/Artigos/PDF/JonabioBarbosa_Rev89.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2014. p. 14 e 16

42 SANTOS; QUIRINO FILHO; PEREIRA, op. cit., p. 8

a controvérsia foi parcialmente solucionada<sup>43</sup>. Os Tribunais Arbitrais *ad hoc* poderão reunir-se em qualquer cidade dos Estados Partes do Mercosul, consoante prevê o art. 38 do PO.

O Tribunal Arbitral *ad hoc* é composto por três árbitros, neutros e estranhos à controvérsia dos Estados Partes, seguindo-se uma ordem para a sua nomeação. A Secretaria Administrativa do Mercosul dispõe de uma lista contendo doze nomes de árbitros, com o respectivo *curriculum vitae*, de cada Estado Parte, com informação simultânea dessa indicação aos demais Estados Partes. A atuação do árbitro deve ser pautada pelo bom senso, capacidade, imparcialidade e atuação ética. Cada Estado Parte deve propor mais quatro candidatos para integrar a lista de árbitros do Mercosul e pelo menos um dos quatro deverá ter nacionalidade diversa dos Estados Partes<sup>44</sup>.

O caráter *sui generis* do procedimento arbitral do Mercosul reside na possibilidade de qualquer das partes envolvidas na controvérsia poder apresentar um recurso de revisão do laudo ao do Tribunal Arbitral *ad hoc* para o Tribunal Permanente de Revisão, no prazo não superior a quinze dias, a partir da notificação, limitadas a questões de Direito tratadas na controvérsia e às interpretações jurídicas desenvolvidas no próprio laudo, assistindo à outra parte a o direito de contestar o recurso de revisão, no mesmo prazo<sup>45</sup>.

A finalidade do Tribunal arbitral *ad hoc*, é emitir o Laudo Arbitral, ato decisório que encerra o procedimento arbitral e torna obrigatório o seu cumprimento. O laudo obtém força de coisa julgada após o decurso do prazo de quinze dias previsto no art. 17.1 do Protocolo de Olivos<sup>46</sup>.

#### 4.2 O Tribunal Permanente de Revisão – TPR

A finalidade de se criar o Tribunal Permanente de Revisão foi nitidamente dar ao bloco um grau maior de institucionalidade, ao tempo em que demonstrou maior grau de comprometimento de seus membros para promover os avanços institucionais necessários<sup>47</sup>.

O Tribunal Permanente de Revisão – TPR, composto por cinco membros, foi instalado em 13 de agosto de 2004, em Assunção, Paraguai, sede definida pelo PO, no art. 38, podendo reunir-se excepcionalmente em outras cidades do Mercosul. O TPR “será responsável por maior

43 MARTINS, op. cit., p. 83.

44 SANTOS; QUIRINO FILHO; PEREIRA, op. cit., p. 23 e 29.

45 MENEZES, op. cit. p. 178.

46 SANTOS; QUIRINO FILHO; PEREIRA, op. cit., p. 29.

47 MENEZES, op. cit. p. 178.

homogeneidade nas decisões proferidas no sistema do Mercosul, delegando maior estabilidade e confiabilidade<sup>48</sup>. Possui três funções significativas: a de instância recursal, a de órgão de instância única e a consultiva<sup>49</sup>.

A atuação como órgão recursal para revisão de laudo arbitral do Tribunal Arbitral ad hoc encontra-se disciplinado pelos arts. 17 e 22 do PO, com exceção dos laudos emitidos com base nos princípios *ex aequo et bono*, não suscetíveis de recurso de revisão. O acesso direto e em única instância ao TPR tem lugar quando as partes envolvidas na controvérsia acordam expressamente em submeter-se àquela jurisdição, conforme disposição do art. 23 do PO<sup>50</sup>. Por fim, o TPR também tem uma função consultiva, definida pelos arts. 2º e 8º da Decisão nº 37/03 do Conselho do Mercado Comum.<sup>51</sup>

A competência do TPR, para Menezes<sup>52</sup>, compreende as seguintes prerrogativas:

- a) pode confirmar, modificar ou revogar a fundamentação jurídica e as decisões do Tribunal Arbitral *ad hoc*;
- b) o seu laudo é definitivo e prevalecerá sobre o laudo do Tribunal Arbitral *ad hoc*;
- c) seus laudos são inapeláveis, obrigatórios para os Estados-parte na controvérsia a partir de sua notificação e terão, com relação a eles, força de coisa julgada e deverão ser cumpridos na forma e com o alcance com que foram emitidos;
- d) as ações poderão ser apresentadas diretamente a ele, sem a necessidade de serem apresentadas perante tribunal arbitral, ficando a critério das partes.

---

48 MARTINS, op. cit., p. 84.

49 Ibidem, p. 85.

50 Protocolo de Olivos, apenso ao Decreto nº 4982, de 09/02/2004, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D4982.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D4982.htm)>. Acesso em: 13 set. 2014.

51 Artigo 2. Legitimação para solicitar opiniões consultivas. Poderão solicitar opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão (doravante TPR) todos os Estados Partes do MERCOSUL, atuando conjuntamente, os órgãos com capacidade decisória do MERCOSUL e os Tribunais Superiores dos Estados Partes com jurisdição nacional, nas condições que se estabeleçam para cada caso. [...]

Artigo 8. Atuações do Tribunal Permanente de Revisão. O TPR poderá solicitar aos peticionantes de opiniões consultivas os esclarecimentos e a documentação que estime pertinentes. O diligenciamento dos mencionados trâmites não suspenderá o prazo assinalado no artigo anterior, a menos que o TPR o considere necessário. Disponível em: <<http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec3703p.asp>>. Acesso em: 28 fev. 2014.

52 MENEZES, op. cit. p. 178.

A criação do TPR abriu a possibilidade de haver um órgão de integração homogênea e comprometido com a articulação entre os laudos e, a par da existência dos tribunais *ad hoc*, o que possibilitará a criação de um Direito genuíno no bloco, com orientação jurisprudencial que irá proporcionar maior segurança jurídica aos particulares e aos Estados Partes na solução de controvérsias<sup>53</sup>. Entretanto, essa evolução caminha a passos lentos e para um futuro ainda nebuloso, devido aos entraves políticos, sociais e econômicos colocados como barreira ao aprofundamento da integração pelos próprios membros do bloco regional.

## 5 DESAFIOS PARA A IMPLANTAÇÃO DE UM TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA O MERCOSUL

A ideia da criação de um Tribunal de Justiça para o Mercosul, como o existente na União Europeia, não é inédita, pois há consenso nas Supremas Cortes do Mercosul sobre a importância de se discutir a questão, reconhecendo-se que ainda há entraves a serem superados no contexto judiciário no MERCOSUL, como a consolidação do funcionamento regular do TPR, o aprofundamento de entendimentos sobre a cooperação jurisdicional internacional e o alcance de consenso sobre outros temas nas áreas tarifária, estudantil e de circulação de bens e pessoas, entre outros assuntos<sup>54</sup>.

A Declaração do VI Encontro de Cortes Supremas dos Estados-Partes do Mercosul e Associados, em 21 de Novembro de 2008, recomendou a continuidade dos entendimentos para a possível criação de um Tribunal do Mercosul<sup>55</sup>.

Na 6ª sessão extraordinária do Parlasul, ocorrida em 17 de agosto de 2009, foram definidos os termos de um acordo, a ser aprovado pelo Plenário, contemplando a criação do Tribunal de Justiça do Mercosul, com a constituição de uma comissão formada por parlamentares e diplomatas para definir a natureza e as funções desse tribunal<sup>56</sup>.

Nos processos de integração econômica sempre haverá controvérsias entre os integrantes do bloco regional, como parte do processo de

53 MARTINS, op. cit., p. 84-85.

54 Participação do STF na IV Sessão Especial do Parlamento do MERCOSUL, debate sobre o "Direito do MERCOSUL – e a criação do Tribunal de Justiça do MERCOSUL". Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/Intervencao\\_na\\_IV\\_Sessao\\_Especial\\_do\\_Parlamento\\_do\\_MERCOSUL\\_port.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/Intervencao_na_IV_Sessao_Especial_do_Parlamento_do_MERCOSUL_port.pdf)>. Acesso em: 17 set. 2014.

55 STF, VI Encontro de Cortes Supremas do Mercosul. 20 e 21 de Novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/encontro6/cms/verTexto.asp?pagina=documento>>. Acesso em: 17 set. 2014.

56 Jornal da Câmara dos Deputados. Ano 10, Número 2308. Brasília, 18 de agosto de 2009, p. 3. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/jornal/jc20090818.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2014.

amadurecimento necessário e decorrente da própria expansão e aprofundamento das relações entre os participantes.

Ainda que o Protocolo de Olivos tenha trazido avanços em relação à sistemática anterior, como a criação de um Tribunal Permanente de Revisão (TPR), o bloco regional continua seguindo o modelo arbitral<sup>57</sup>, edificado sobre os princípios do realismo e do dualismo. O modelo favorece uma solução negociada, é flexível, mas ainda não confere a segurança jurídica necessária para que o processo de integração avance<sup>58</sup>.

Na União Europeia, o TJUE esteve presente desde o início da formação do bloco, no Tratado que institui a Comunidade Europeia de Energia Atômica, no Tratado sobre funcionamento da União Europeia, no Tratado da União Europeia e em protocolos adicionais que previam sua competência e funcionamento<sup>59</sup>, o que significa dizer que cresceu e ampliou-se junto com o bloco regional.

O Direito Comunitário é o direito da União Européia e as decisões do TJUE vinculam todos os demais Tribunais de Justiça dos Estados Membros. O TJUE, como visto, constitui a autoridade judiciária da União Europeia e, em colaboração com os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, vela pela aplicação e a interpretação uniformes do direito da União<sup>60</sup>.

Uma instituição que solucionasse as controvérsias de forma efetiva, que tivesse na definição, na institucionalização e na segurança jurídica o seu ponto forte não foi uma preocupação inicial dos países partes do Mercosul. Há um certo ar de institucionalização e de segurança com o Protocolo de Olivos, mas ao mesmo tempo, com a possibilidade dos Estados Partes poderem recorrer a outros organismos para solução de suas querelas e controvérsias, como a OMC, deixa claro a inexistência desse mecanismo<sup>61</sup>.

O fato do Mercosul não dispor de um sistema eficaz de solução de controvérsias, com a falta de um órgão jurídico com capacidade de interpretar e aplicar os acordos assumidos pelos Estados Partes está entre os principais problemas a serem solucionados para o aperfeiçoamento da estrutura institucional do bloco regional.

Tem-se, ainda, como outro problema, o fato de as normas sancionadas pelo Mercosul não terem caráter de Direito Comunitário *strictu sensu*, sendo normas de Direito Internacional no sentido clássico, cuja incorporação ao

57 SILVA, op. cit., p. 2602.

58 SILVA, op. cit., p. 2606.

59 UNIÃO EUROPEIA. TJUE. Curia. *Tramitação processual*. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-11/pt\\_extrait\\_cour.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-11/pt_extrait_cour.pdf)>, Acesso em: 13 set. 2014.

60 Ibidem. TJUE. Curia. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_6999/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/)>. Acesso em: 13 set. 2014.

61 SANTOS; QUIRINO FILHO; PEREIRA, op. cit., p. 43-44

ordenamento jurídico dos Estados Partes depende de prévia submissão aos procedimentos constitucionais de cada País integrante do bloco. De outro lado, os órgãos criados pelo Mercosul são todos de caráter intergovernamental, utilizando-se de uma mesma mecânica de negociação para assuntos políticos e técnicos, portanto, ao final, de natureza essencialmente política<sup>62</sup>.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que o aprofundamento e o fortalecimento da integração regional tenha que passar pela criação de uma estrutura supranacional e a conseqüente aceitação da ideia de uma soberania compartilhada, como sugerida pelo então Presidente do Governo Espanhol, José Maria Aznar, em 16 de maio de 2002, para os países integrantes do Mercosul, como chave do sucesso para o futuro pois “de ahí saldrá no sólo um Mercosur más fuerte y cohesionado, sino también unos países miembros más fuertes, más abiertos y más prósperos”<sup>63</sup>.

Embora o Mercosul tenha semelhanças iniciais de trajeto com a União Europeia, não houve a preocupação inicial de se criar uma instituição jurisdicional que crescesse e se solidificasse junto com o bloco.

É imprescindível para o aprofundamento do processo de integração a criação de um órgão jurisdicional supranacional para interpretar e aplicar o direito decorrente do próprio tratado e dos protocolos adicionais firmados no âmbito do bloco regional, dirimir dúvidas sobre as obrigações para os membros do bloco, dele decorrentes, dizer o direito e que solucione as controvérsias, forneça segurança jurídica aos Estados Partes e a terceiros, pessoas físicas e jurídicas e, finalmente, aplique as sanções ao Estado que descumprir, por ação ou omissão, suas decisões.

O Tribunal de Justiça da União Europeia pode ser um modelo, preservando-se as características originais do Mercosul, com seu próprio trâmite processual, adequado à sua realidade jurídica, mas somente após superado o desafio do próprio futuro do bloco econômico: estagnar na União Aduaneira (ainda imperfeita) ou transpor os demais níveis de integração regional. À medida em que essa integração sofre processos de alargamento, aprofundamento e avanço será essencial a existência de uma instituição jurisdicional supranacional: o Tribunal de Justiça do Mercosul.

---

62 LUQUINI, Roberto de Almeida. A Integração Regional na América Latina e o Mercosul. In: FERRAZ, Daniel Amin (Org). *Manual de Integração Regional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 260.

63 *Ibidem*, 2004, nota de rodapé 61, p. 260/261.

**REFERÊNCIAS**

BRASIL. *Decreto nº 4.982, de 09/02/2004*. Protocolo de Olivos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D4982.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D4982.htm)>. Acesso em: 13 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Sítio Oficial. *Jornal da Câmara dos Deputados*. Ano 10, Número 2308. Brasília, 18 de agosto de 2009. p. 3. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/jornal/jc20090818.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2014.

DIZ, Jamile Bergamashine Mata. A Ampliação da União Europeia e o futuro das relações firmadas com o Mercosul, In: FERRAZ, Daniel Amin (Org) . *Manual de Integração Regional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

FERREIRA, Tahiana Fernandes de Macêdo. *União Europeia*. O diálogo e a cooperação contribuindo para a construção da democracia supranacional. Curitiba: Juruá, 2013.

GREENSTEIN, Rosalind. *The 'European Constitution': a question of language*. In: Sous la direction de CARVALHO, Evandro Menezes de, et GREENSTEIN, Rosalind. *L'intégration normative. Le droit dans un context multiculturel et multilingue*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

LUQUINI, Roberto de Almeida. A Integração Regional na América Latina e o Mercosul. In: FERRAZ, Daniel Amin (Org). *Manual de Integração Regional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MACHADO, Diego Pereira. *Direito da União Europeia*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS. Eliane M. Octaviano. *Sistemática de solução de controvérsias no Mercosul: o Protocolo de Brasília e o Protocolo de Olivos*. Disponível em: <[http://www.usp.br/prolam/downloads/2006\\_1\\_4.pdf](http://www.usp.br/prolam/downloads/2006_1_4.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2014.

MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais*. Jurisdição e Competência. São Paulo: Saraiva, 2013.

MERCOSUL. Sítio Oficial. *Protocolo de Adesão da Venezuela*. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4447/1/94-protocolodeadhesiondevenezuelaalmsur-pt.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Sítio Oficial. *Protocolo de Adesão da Bolívia*. Disponível em: <[http://www.mercosur.int/innovaportal/file/5564/1/protocolo\\_adesao\\_bolivia\\_ao\\_mercosul.pdf](http://www.mercosur.int/innovaportal/file/5564/1/protocolo_adesao_bolivia_ao_mercosul.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2014.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. Sítio Oficial. *Tratado de Assunção e seus Protocolos*. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=538>>. Acesso em: 13 set. 2014.

RAMOS, Leonardo; MARQUES, Sylvia Ferreira; JESUS, Diego Santos Vieira de. *A União Europeia e os estudos de integração regional*. Coordenador: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SANTOS, Jonábio Barbosa dos; QUIRINO FILHO, João de Deus; PEREIRA, Guerrison de Araújo. *Os mecanismos de solução de controvérsias no Mercosul: uma análise sobre o Protocolo de Olivos*. Rev. Jur., Brasília, v. 9, n. 89, p.8,14 e 16, fev./mar. 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_89/Artigos/PDF/JonabioBarbosa\\_Rev89.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_89/Artigos/PDF/JonabioBarbosa_Rev89.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2014.

SILVA, Eufrosina Saraiva. *Das reclamações de particulares no sistema de solução de controvérsias do Mercosul*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/anais\\_brasilia.html](http://www.conpedi.org.br/manaus/anais_brasilia.html)>. Acesso em: 13 set. 2014.

STF. *Sítio Oficial*. Participação do STF na IV Sessão Especial do Parlamento do MERCOSUL, debate sobre o “Direito do MERCOSUL – e a criação do Tribunal de Justiça do MERCOSUL”. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/Intervencao\\_na\\_IV\\_Sessao\\_Especial\\_do\\_Parlamento\\_do\\_MERCOSUL\\_port.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/Intervencao_na_IV_Sessao_Especial_do_Parlamento_do_MERCOSUL_port.pdf)>. Acesso em: 17 set. 2014.

\_\_\_\_\_. VI Encontro de Cortes Supremas do Mercosul. 20 e 21 de Novembro de 2008. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/encontro6/cms/verTexto.asp?pagina=documento>>. Acesso em: 17 set. 2014.

União Europeia. TJUE. Apresentação. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_6999/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/)>. Acesso em: 13 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_6999/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/)>. Acesso em: 13 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Sítio Oficial. A Declaração Schuman de 9 de maio de 1950. Disponível em: <[http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index\\_pt.htm](http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_pt.htm)>. Acesso em: 12 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Sítio Oficial. Tratados da UE. Principais Tratados. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index\\_pt.htm](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index_pt.htm)>. Acesso em: 13 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Sítio Oficial. Assuntos Econômicos e Monetários. Disponível em: <[http://europa.eu/pol/emu/index\\_pt.htm](http://europa.eu/pol/emu/index_pt.htm)>. Acesso em: 13/09/2014. Acesso em: 13 set. 2014.

\_\_\_\_\_. TJUE. Apresentação. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7024/#jurisprudences](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/#jurisprudences)>. Acesso em: 13 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *Como funciona a UE*. Tribunal de Justiça. Disponível 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: 13 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *Curia*. Tribunal Geral. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7033/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7033/)>. Acesso em: 13 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *Curia*. Tribunal da Função Pública. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7033/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7033/)>. Acesso em: 13 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *Curia*. Tribunal Geral. Apresentação. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7033/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7033/)>. Acesso em: 13 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *Curia*. Tribunal da Função Pública. Apresentação. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/T5\\_5230/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/T5_5230/)>. Acesso em: 13 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *TJUE*. Curia. Tramitação Processual. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7031/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7031/)>. Acesso em: 13 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *TJUE*. Curia. Tramitação processual. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-11/pt\\_extrait\\_cour.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-11/pt_extrait_cour.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *TJUE*. Curia. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_6999/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/)>. Acesso em: 13 set. 2014.

---

## BREVE ANÁLISE SOBRE O SISTEMA DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS NO BRASIL E A REGULAMENTAÇÃO DO MODAL SOB A PERSPECTIVA DO MERCOSUL E DA UNIÃO EUROPEIA

---

*BRIEF ANALYSIS ON THE SYSTEM OF ROAD PASSENGER  
TRANSPORT IN BRAZIL AND THE MODAL REGULATIONS FROM THE  
PERSPECTIVE OF MERCOSUR AND THE EUROPEAN UNION*

*Denise Arêa Leão Barreto*

*Advogada da União lotada na Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O sistema de transporte rodoviário de passageiros no Brasil; 2 O sistema de transporte rodoviário de passageiros sob a perspectiva do Mercosul e da União Europeia; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo propõe-se a expor linhas gerais sobre o sistema de transporte rodoviário de passageiros no Brasil, em virtude de ser tema de bastante relevância para o mercado nacional e por ter sido objeto de recente alteração pela Lei nº 12.996/2014, que teve iniciativa de abrir o setor à livre iniciativa, para, em um segundo momento, analisar a regulamentação do referido modal comparativamente no âmbito dos blocos econômicos Mercosul e União Europeia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Transporte Rodoviário de Passageiros. Lei nº 12.996/2014. Livre Iniciativa. Mercosul. União Europeia.

**ABSTRACT:** This article aims to expose broadly on the system of road passenger transport in Brazil, because the subject is of high relevance for the domestic market and have been the subject of recent amendment by Law nº. 12.996/2014, which took the initiative of opening the sector to free enterprise, to, in a second moment, analyze the regulation of modal referred comparatively within the economic bloc Mercosur and the European Union.

**KEYWORDS:** Road Passenger Transport. Law nº. 12.996/2014. Free Enterprise. Mercosur. European Union.

## INTRODUÇÃO

No Brasil, o direito de ir e vir livremente no território nacional em tempos de paz é garantido pela Constituição de 1988 a todos os cidadãos, tendo sido o transporte rodoviário de passageiros por longos anos o modal mais popular entre os brasileiros, sobretudo por ter sido parte de políticas desenvolvimentistas de sucessivos governos “rodoviaristas”.

Na década de 20, o presidente Washington Luís administrou o país sob o lema “Governar é abrir estradas”, instituindo o que se chamou de “rodoviarismo”. De 1930 a 1945, o movimento ficou estagnado no governo de Getúlio Vargas. Já as décadas de 40 e 50 foram marcadas pela expansão do serviço público de transporte rodoviário. Nesse período, o governo de Juscelino Kubitschek tornou-se conhecido pelo seguinte mote político “Cinquenta anos em cinco”.

Posteriormente, no entanto, a opção política pelo modal rodoviário não teve a continuidade devida, ocasionando a fragilização do setor, notadamente, em virtude do declínio de investimentos públicos e da difícil sustentabilidade na manutenção, exploração e expansão da malha rodoviária em que o serviço era prestado.

Não obstante isso, hoje o transporte rodoviário de passageiros divide espaço sobretudo com o transporte aéreo, mas permanece sendo setor de grande importância para o desenvolvimento nacional, uma vez que, sobretudo em virtude das dimensões continentais do país, muitas pessoas ainda dependem do referido modal para se locomover<sup>1</sup>. Ocorre, no entanto, que o transporte rodoviário vem perdendo demanda no mercado, só que desta vez, somado aos fatores anteriormente mencionados, o declínio deve-se, sobretudo, ao crescimento do setor aéreo, que passou por processo recente de abertura à livre iniciativa, ocasionando a redução tarifária e o aumento efetivo do fluxo de passageiros. Depois da liberalização do mercado da aviação civil, chegou-se à seguinte situação: em um mesmo trecho, uma passagem aérea pode ter tarifa mais barata do que uma passagem rodoviária.

Cenário semelhante a esse se passou com o sistema de transporte rodoviário europeu. Segundo dados da Comissão Europeia<sup>2</sup>, a maior parte do transporte dentro da União Europeia dá-se através de estradas, “sendo este modo responsável por 44% do transporte de mercadorias e cerca de 85% do transporte de passageiros”. Ademais, enquanto, no período de 1994 a 2004, o transporte rodoviário europeu de mercadorias e passageiros,

1 Segundo dados da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, o setor movimentou cerca de 155 milhões de pessoas por ano.

2 Acesso: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/ML/?uri=CELEX:52006DC0314&from=PT>>.

respectivamente, cresceu 35% e 17%, os “transportes aéreos intra-UE cresceram mais de 50% no mesmo período, apesar do declínio que se seguiu aos ataques de 11 de setembro, integrando os efeitos da liberalização que já se tinham iniciado em finais da década de 1980”.

Europa e Brasil, portanto, compartilham de complexidades estruturais. Ambos são dotados de grandes dimensões territoriais, bem como têm o uso de ônibus como um dos meios mais populares de locomoção de passageiros. Em virtude disso e da recente alteração legislativa do sistema de transporte rodoviário de passageiros brasileiro, que, através da Lei nº 12.996/2014, modificou antigas diretrizes protecionistas para abrir o mercado à livre iniciativa, pretende-se com o presente artigo traçar linhas gerais sobre o sistema de transporte rodoviário de passageiros no Brasil, analisando também o modal no âmbito Mercosul em perspectiva ao modelo adotado na União Europeia.

## **1 O SISTEMA DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS NO BRASIL**

O serviço de transporte rodoviário, no Brasil, pode ser internacional, interestadual, estadual e municipal. A União detém competência material apenas sobre o transporte internacional e interestadual, restando aos Estados o transporte estadual ou intermunicipal e aos Municípios, o urbano ou local.

O transporte rodoviário internacional e interestadual de passageiros, também conhecido pela sigla TRIIP, foi eleito pelo Constituinte como atividade de competência da União, cuja prestação pode ser, em tese, direta e indireta, sendo esta mediante delegação à iniciativa privada, de acordo com o que dispõe a alínea ‘e’ do inciso XII do art. 21, da Constituição Federal de 1988.

Fala-se em tese, uma vez que a sua prestação direta, de fato, nunca ocorreu.

A título de curiosidade histórica, a delegação à iniciativa privada é prática antiga na realidade brasileira, que, inclusive, remonta à época do Império. O transporte rodoviário de passageiros é atividade que tem sido integralmente prestada pela iniciativa privada desde 24/10/1850, quando Imperador Dom Pedro II concedeu, por meio do Decreto 720-A, ao cidadão Honório Francisco Caldas o direito de interligar a capital do império e a Vila de Iguassú, da Província do Rio de Janeiro, pelo prazo de 20 anos<sup>3</sup>.

3 GÓMARA, Antônio Rúbio de Barros. *O transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros: um acrescentamento histórico*. Brasília: ABRATI, 1999. p. 46-117.

Dessa forma, vê-se que nunca foi interessante ao Estado brasileiro prestar diretamente o serviço de transporte rodoviário de passageiros.

O transporte rodoviário de passageiros é atividade, via de regra, rentável aos agentes econômicos, de interesse à iniciativa privada, não existindo, logo, fundamentos para o seu enquadramento como monopólio natural, seja por motivos econômicos, seja por motivos técnicos. Normalmente, a sua estrutura operacional é de investimentos de rápida amortização.

Ademais, é argumentável, no máximo, que o transporte rodoviário de passageiros poderia ter sido objeto, por vontade do legislador Constituinte, de monopólio jurídico ou artificial. No entanto, tal possibilidade, acertadamente, não ocorrera, respeitando-se, portanto, a essência da atividade, que é concorrencial, em que predomina a liberdade de preços ante a ausência de barreiras naturais à entrada de agentes no mercado.

No entanto, por mais simples e atraente que possa parecer essa ideia, o legislador por muito tempo manteve um arcabouço legislativo protecionista para o setor, o que pode ter sido fortalecido pelo conservadorismo da doutrina brasileira, que, não raro, relacionava o entendimento de monopólio natural ao conceito de serviço público, como sendo uma barreira à livre iniciativa.

Conceituar certa atividade como serviço público não deve ser um fim em si mesmo. O serviço ao qual o Estado está obrigado a prestar deve ter outro fim, outro interesse público: o seu usuário. Esse deveria ser o foco.

No caso do transporte rodoviário de passageiros, o serviço ora pode ser protegido, ora pode ser lançado à livre iniciativa, em ambos os casos em prol do interesse público, representado pela satisfação do usuário através da melhoria do serviço já existe ou da sua acessibilidade quando precário ou inexistente.

Dessa forma, no setor rodoviário, pode-se afirmar que é possível a coexistência de linhas rentáveis e deficitárias, reguladas por regimes diferenciados.

Fazendo-se as devidas adaptações ao modal rodoviário, é o que sugere Sara Jane de Oliveira Farias, ao defender que existem dois tipos de usuários de serviço público: o usuário efetivo ou de linhas rentáveis, cujo serviço prestado poderia ser submetido a um regime de competição mais flexível a fim de proporcionar maior qualidade na prestação do serviço mediante reduzidas tarifas através de outorga de autorização; o usuário em potencial ou de linhas deficitárias, em que o acesso ao serviço é inexistente ou precário, seja por falta de infraestrutura, seja por falta de demanda, seja por ausência de interesse econômico setorial, razão pela qual seria justificável uma maior intervenção estatal através da outorga de permissão para fins de universalização do serviço.

Os serviços possuem dois tipos de usuário. Primeiramente o usuário efetivo (que somos nós, aqueles que têm acesso ao serviço público) e, de outro lado, o usuário em potencial (aquele que, em tese, teria direito ao serviço público pela Constituição Federal, pelo Código do Consumidor e por várias outras leis, mas ele, infelizmente, não dispõe do serviço público). Para aqueles que já estão usufruindo do serviço é necessário melhorar sua prestação, torná-lo mais barato e mais adequado tecnologicamente. Entretanto, é importante que a política se volte a este serviço para aqueles que não desfrutam dele, a quem não o possui: o serviço.

Ilustrando esta situação, temos: os que já usufruem do serviço telefônico querem ter uma maior oferta para, por exemplo, ter uma segunda linha para ligar a Internet. Porém, o sujeito que está no rincão do Tocantins, se já tivesse à sua disposição um telefone público estaria de bom tamanho. No primeiro caso interessa a introdução da competição, enquanto para o sujeito que está no rincão do Estado de Tocantins é importante ter um serviço que ele nunca teve, isto é, que ocorra a universalização do serviço.<sup>4</sup>

Nesse contexto e com base no artigo 178 da Constituição Federal é que o legislador ordinário alterou a Lei nº 10.233/2001 através da Lei nº 12.996/2014, que, em resumo, instituiu a outorga de autorização como regra para a delegação de serviços regulares, que antes eram prestados através de outorga de permissão, em um mercado fechado regido por forte intervenção estatal.

Logo, a compreensão da referida alteração legislativa envolve perpassar crítico olhar sobre o conceito tradicional de serviço público, tendo em vista que, por muito tempo, o transporte rodoviário de passageiros foi considerado, via de regra, serviço público delegável através de outorga de permissão mediante processo licitatório – frise-se, licitações essas que nunca ocorreram.

Com a Lei nº 12.996/2014, a natureza jurídica o transporte rodoviário de passageiros passou a ser delineada, aparentemente, como serviço privado de utilidade pública, excluído da exigência do art. 175 da Constituição. Em outros termos, o transporte rodoviário de passageiros deixou de ser de titularidade pública para ser atividade de domínio privado, o que na terminologia da doutrina do ex-ministro Eros Grau se denomina de atividade econômica em sentido estrito.

4 FARIAS, Sara Jana Leite de. *Regulação jurídica dos serviços autorizados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 111-112.

Todavia, há quem pense diferentemente da doutrina tradicional de serviço público, que é arraigada à ideia de monopólio natural, no sentido de que não haveria mais espaço para a dicotomia entre serviço de titularidade pública e de domínio privado baseada nos postulados da escola francesa de serviço público, mas sim obrigação estatal, em que a incidência do princípio da livre iniciativa seria uma variável possível. Nesse sentido, é o que defende Vitor Rhein Schirato, cujos fundamentos seguem transcritos:

Em primeiro lugar, não há como se falar em titularidade estatal em uma atividade sujeita ao regime de concorrência, muitas vezes vincado pela liberdade (ainda que condicionada) de entrada de novos agentes do setor. Portanto, em todos os serviços públicos liberalizados, não há como se falar em titularidade estatal (exceto se considerada como obrigação estatal). E, em segundo lugar, sempre houve atividades sujeitas, de forma concomitante, a regimes distintos, aplicáveis conforme a existência ou não de serviço público (uma vez mais, o caso dos serviços públicos de irrigação). Assim, não há como se falar em titularidade estatal de uma atividade que também pode, ao mesmo tempo, ser prestada em regime apenas privado (ou, como preferimos, sem qualquer regime especial).

Em vez de existir uma titularidade estatal sobre os serviços, há uma restrição maior ou menor ao direito fundamental da livre iniciativa, conforme bastante para a satisfação dos direitos fundamentais a que se destina um determinado serviço público<sup>5</sup>.

Acrescentando, ainda, o autor que monopólio natural não é mais uma barreira intransponível à livre iniciativa:

Todavia, com desenvolvimentos tecnológicos mais recentes passou a ser possível que diversos agentes atuem em regime de concorrência mesmo nos setores em que o desempenho das atividades encontra um monopólio natural em qualquer de suas etapas da cadeia produtiva. Novas técnicas de prestação dos serviços públicos e de gestão e operação das redes de suporte dos serviços públicos, tais como a desverticalização de atividades e o compartilhamento de instalações essenciais, fazem com que o monopólio natural deixe de ser um entrave à competição, em muitos casos, tais como os serviços de energia elétrica e telecomunicações.

---

5 SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 130.

Sendo assim, a partir de uma nova postura estatal (regulação), que se destina parcialmente a mitigar os efeitos das falhas de mercado representadas pelos monopólios naturais, pode-se assegurar a concorrência na prestação de determinados serviços públicos. Com isso, muitas das atividades que antes eram consideradas exclusivas por características intrínsecas, agora, podem ser prestadas em regime de competição, fazendo com que nada mais senão o apego a uma noção jurídica de serviço público que nele enxerga a exclusividade como elemento intrínseco possa ser considerada um óbice à concorrência<sup>6</sup>.

Não obstante essa discussão, o fato é que o transporte rodoviário de passageiros brasileiro teve o seu regime aberto à livre iniciativa, muito embora tenha que passar por um período de transição em que haveria uma certa ingerência estatal, conforme se verifica do art. 4º da Lei nº 12.996/2014<sup>7</sup>.

Dessa forma, com essa mudança legislativa, pode-se fazer o seguinte paralelo: antes da Lei nº 12.996/2014, a regra era que o regime de delegação para os serviços regulares de transportes de passageiros desvinculados da exploração de infraestrutura ocorria através da outorga de permissão (semiurbano e rodoviário), estando a autorização reservada aos casos de prestação não regular; após a referida lei, apenas o semiurbano ficou vinculado à outorga de permissão, passando à outorga de autorização as demais hipóteses.

Diante do exposto, o transporte rodoviário de passageiros parece ter tido a sua natureza jurídica radicalmente modificada. O que antes era serviço público, submetido à regra da obrigatoriedade da licitação (art. 175, da CF/88), agora seria uma atividade econômica em sentido estrito, uma espécie de serviço privado de utilidade pública, outorgável por autorização com prazo indeterminado a todos que se submeterem às limitações operacionais a serem regulamentadas pela Agência Nacional de Transportes Terrestres, conforme se vê do art. 47-B da Lei nº 10.233/2001<sup>8</sup>.

6 SCHIRATO, p. 213-214.

7 Art. 4º A ANTT, por um período de até 5 (cinco) anos, contado da publicação desta Lei, poderá fixar as tarifas máximas dos serviços regulares de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, bem como os critérios para seu reajuste.

8 Art. 47-B Não haverá limite para o número de autorizações para o serviço regular de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, salvo no caso de inviabilidade operacional. (Incluído pela Lei nº 12.996, de 2014)

Parágrafo único. Na hipótese do caput, a ANTT poderá realizar processo seletivo público para outorga da autorização, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, na forma do regulamento. (Incluído pela Lei nº 12.996, de 2014)

## O SISTEMA DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS SOB A PERSPECTIVA DO MERCOSUL E DA UNIÃO EUROPEIA

O Mercosul é o principal bloco de integração econômica da América Latina, porém, como se sabe, encontra-se em nível muito inferior no processo de integração econômica se comparado à União Europeia.

Pode-se afirmar que enquanto o Mercosul, apesar de se chamar Mercado Comum do Sul, está longe de alcançar a integração de mercado comum em sua plenitude, uma vez que, no tocante à livre circulação de mercadorias e pessoas, ainda enfrenta problemas aduaneiros e de uniformização legislativa, a União Europeia chegou, oficialmente, à união econômica e monetária.

Na verdade, o Mercosul é, nos termos de Diego Pereira Machado, “uma união aduaneira imperfeita, incompleta”<sup>9</sup>, que acrescenta quanto às possíveis causas dessa incompletude:

Podemos citar o insucesso na harmonização de políticas nacionais ou até mesmo o déficit de incorporação de suas normas aos ordenamentos nacionais, principalmente, por parte do Brasil, como algumas das razões para a imperfeição aduaneira. Porém, o motivo marcante é a grande quantidade de produtos nas listas de exceções à Tarifa Externa Comum do bloco, o que enfraquece a consolidação de uma união aduaneira<sup>10</sup>.

Portanto, em didática síntese, entende-se por união aduaneira, mercado comum e união econômica e monetária, respectivamente:

[...] além de uma zona de livre-comércio, a união aduaneira prevê a adoção das mesmas tarifas e da mesma política comercial para o comércio de produtos originários de fora da região que compõe o bloco econômico entre os Estados-partes. Aqui se fala em uma tarifa externa comum. O MERCOSUL hoje é uma união aduaneira, tida como incompleta, que ainda não atingiu seu objetivo principal, que é o Mercado comum.

[...] engloba as duas fases anteriores e é caracterizado pela livre circulação de todos os fatores de produção: de bens, de trabalhadores (mão de obra), de serviços, de capitais e de concorrência, o que

9 MACHADO, Diego Pereira. *Direito da União Europeia*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 79

10 MACHADO, p. 79.

Carlos Roberto Husek denomina de as ‘as cinco liberdades básicas’. O Tratado de Assunção, de 1991, que criou o MERCOSUL, tem como fim atingir esta Terceira fase, mas só foi alcançada, por enquanto, a segunda. Foi a União Europeia por meio de seus tratados comunitários que incluiu no léxico jurídico a noção de Mercado comum, tanto que o mercado comum europeu está em prática, só que hoje enriquecido pela união econômica e monetária.

[...] Segundo Elisabeth Accioly, constitui mais um estágio da fase integracionista e tem sua origem no Tratado de Maastricht (ou da União Europeia), que criou a moeda única, no caso o euro, emitida por um banco central independente, o Banco Central Europeu. A União Europeia é uma união econômica e monetária<sup>11</sup>.

Assim, dada a fragilidade integratória do Mercosul, pode-se inferir que a regulamentação do seu sistema de transporte rodoviário de passageiros, consequentemente, é tema bastante incipiente se comparado ao modelo vigente na União Europeia, o que é justificável, inclusive, pela diferenciação entre os seus órgãos de função legislativa.

O Parlasul, o parlamento do Mercosul, é menos independente se comparado ao parlamento europeu. Enquanto no Mercosul vige uma ordem jurídica internacional, onde as jurisdições internas prevalecem pelo princípio da recepção, passando as normas do bloco a ter eficácia apenas quando todos os Estados-partes as tiverem incorporado, na União Europeia isso não ocorre, pois há uma soberania compartilhada com base na primazia do direito comunitário, onde um cidadão europeu, até mesmo, pode reivindicar a demora ou não implementação de uma diretriz comunitária.

Até a presente data, no entanto, não existe no âmbito do Mercosul um regulamento específico para o transporte rodoviário de passageiros. O que existe são diversos acordos internacionais celebrados entre os Estados-partes em que o referido tema está inserido e que devem ser recepcionados pelas respectivos ordenamentos internos.

O Brasil mantém acordos internacionais de transporte rodoviário com Argentina, Bolívia, Chile, Paraguai, Peru, Uruguai (Acordo Cone Sul), Venezuela e Guiana, que permitem a circulação, no território dos países signatários, de condutores habilitados e seus respectivos veículos, conforme a legislação do país de origem e respeitadas as regras de trânsito do país correspondente. Tais acordos versam sobre assuntos esparsos, quais sejam: aduaneiros, securitários, aspectos migratórios, infrações,

---

11 Ibid, p. 39-40.

sanções, responsabilidade civil do transportado, de inspeção técnica veicular, exames psicofísicos de condutores, pesos e dimensões de veículos.

No campo do Mercosul, adotou-se o Acordo de Transportes do Cone Sul, conhecido como Acordo Sobre Transporte Internacional Terrestre – ATIT, que foi recepcionado no Brasil pelo Decreto nº 99.704, de 20 de novembro de 1990. Além dele, existem acordos sobre o Transporte Terrestre de Produtos Perigosos e o Transporte Multimodal, que ainda não foi implantado em todos os países.

Assim, para o transporte rodoviário ocorrer dentro dos países do Mercosul, é necessária a implementação normativa interna pelos Estados-partes por se basear a integração do bloco nos princípios da reciprocidade e cooperação.

No tocante à efetivação do Acordo Sobre Transporte Internacional Terrestre – ATIT exige, ainda, dos países signatários, dentre outros requisitos: a celebração de outros acordos bilaterais que especifiquem o itinerário, os pontos de seção e a frequência (art. 20); a concessão de autorização através de licenças originárias e complementares (art. 19) para as empresas de transporte de passageiros trafegarem; a constituição dessas empresas de acordo com a legislação do país a cuja jurisdição pertençam; bem como o estabelecimento de normas de superação e operacionalização das dificuldades de ordem aduaneira e migratória.

Em virtude do conceito tradicional de soberania e do princípio da não intervenção em assuntos internos, no âmbito do Mercosul, tais acordos carecem de eficácia normativa automática. Essa característica está relacionada à ausência de supranacionalidade do referido bloco econômico. O bloco europeu está uma etapa abaixo do processo de integração política, uma vez que não possui uma Constituição única. Contudo, apesar de a União Europeia também não ser dotada de supranacionalidade, há quem defenda que a União Europeia trata essa questão de uma forma diferente, detendo uma espécie de soberania compartilhada. Nesse sentido, é o que argumenta Diego Pereira Machado:

Com a formação da União Europeia, surge um conceito ainda mais avançado, uma maneira de redimensionar com mais afinco o que se compreende por soberania. Os Estados que integram o bloco aceitaram delegar competências às instituições e passaram a se comprometer pelo respeito às decisões emanadas desse poder superior, dessa entidade supranacional. Não se pode, contudo, já classificar a UR como um modelo formal e consolidado de federalismo, mas é importante reconhecer que há nítidos reforços do elemento federativo no Direito da União; isso se comprova pelo referido Tratado de Lisboa.

[...]

A União consagra uma espécie de soberania compartilhada, e o seu sistema político apresenta diferentes níveis de governança, o que vem sendo denominado também de governança multinível<sup>12</sup>.

A União Europeia, por sua vez, em se tratando de bloco de integração mais avançado, naturalmente deve ser composta por estruturas e mecanismos mais robustos. Ao contrário do Mercosul, no âmbito do bloco europeu, o Estado-membro que não cooperar e descumprir o processo de implementação do seu direito comunitário poderá ser responsabilizado civilmente, a título de exemplo disso, há os casos dos acórdãos Francovich, de 1991, no processo C-6/90 e Hans Just, de 1980, no processo 68/79. Trata-se do princípio da cooperação leal. Ademais, há outro mecanismo que distingue a União Europeia do bloco latino-americano, denominado de cooperação reforçada, cuja previsão está no art. 20 do Tratado da União Europeia<sup>13</sup>.

São fontes normativas da União Europeia: as fontes originárias, as complementares e as derivadas. Em apertada síntese, há uma hierarquia entre essas espécies, justificável pela seguinte explicação:

O Direito Comunitário originário é composto pelos tratados institucionais ou comunitários acima já classificados, que são as convenções fundadoras e reformadoras, seus protocolos e anexos e os tratados de adesão de novos membros. O Direito Comunitário complementar é formado pelos tratados celebrados pela EU com outros Estados ou organizações internacionais na condição de sujeito do Direito Internacional. Já o Direito Comunitário derivado consiste nos atos unilaterais que emanam das instituições do bloco europeu, representados por: regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres<sup>14</sup>.

Quanto ao sistema de transporte de passageiros, a União Europeia o disciplina, essencialmente, através do Regulamento nº 1.370/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007, relativo aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros, que

---

12 Ibid, p. 88-89.

13 “Os Estados-Membros que desejem instituir entre si uma cooperação reforçada no âmbito das competências não exclusivas da União podem recorrer às instituições desta e exercer essas competências aplicando as disposições pertinentes dos Tratados, dentro dos limites e segundo as regras previstas no presente artigo e nos artigos 326º a 334º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”.

14 Ibid, p. 122.

revoga os Regulamentos nº 1.191/1969 e 1.170/70, e através da Diretiva nº 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e da Diretiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

Enquanto os regulamentos europeus são fontes derivadas, cujas normas detêm eficácia geral, vinculante e são dotadas de aplicabilidade imediata independentemente de recepção, as diretivas europeias são também fontes derivadas que detêm efeito vinculante ao Estado-membro a que forem dirigidas, ficando, “todavia, à discricção das autoridades nacionais as formas e os meios de atingir o objetivo definido”<sup>15</sup>.

O Regulamento nº 1.370/2007 entrou em vigor 03/12/2009 e faz parte dos objetivos do livro Branco da Comissão Europeia, chamado de “A política europeia de transportes no horizonte 2010: a hora das opções”, que na concorrência regulada encontrou um dos caminhos para melhorar a qualidade do serviço aos usuários das estradas europeias.

Antes do referido regulamento, vigia o Regulamento nº 1.169/1969 que não determinava a celebração obrigatória de contratos de fornecimento de serviço de transporte de passageiros, tampouco especificava os procedimentos para adjudicação dos serviços. Com o Regulamento nº 1.370/2007, torna-se a celebração de contrato público obrigatória, considerando as ressalvas do considerando nº 816, ou seja, é possível existência de serviços de transporte sem contratação pública, o que pode se dá através do que se denominada de modelo desregulamentado, em que não há exclusividade na prestação do serviço.

O referido regulamento traz também um período de transição de 10 (dez) anos, em que se permitirá, por exemplo, uma abertura gradual do mercado através de um regime-regra de concorrência regulada. Todavia, o regulamento não impõe o regime aberto e flexível como único possível, deixando, conforme o considerando nº 917, as autoridades nacionais

---

15 Ibid, p. 124.

16 “Os mercados do transporte de passageiros já desregulamentados e em que não existem direitos exclusivos deverão poder manter as suas características e os seus modos de funcionamento na medida em que sejam compatíveis com os requisitos do Tratado”.

17 “A fim de poderem organizar os seus serviços públicos de transporte de passageiros da forma mais adequada às necessidades dos cidadãos, as autoridades competentes devem poder escolher livremente os seus operadores de serviço público, tendo em conta os interesses das pequenas e médias empresas, nas condições previstas pelo presente regulamento. A fim de garantir a aplicação dos princípios da

livres para escolher o modelo que melhor convier para a organização do seu transporte rodoviário de passageiros – o que permite a coexistência de outros regimes com o modelo de concorrência regulada.

Já as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE versam sobre os procedimentos sobre adjudicação de contratos de serviços de transporte que não o rodoviário de passageiros, como por exemplo, os de transporte por auto-carro e o elétrico, uma vez que aqueles estão submetidos à regência do Regulamento nº 1.370/2007.

A Diretiva 2004/18/CE simplificou e consolidou em um único texto três Diretivas anteriormente em vigor (93/37/CEE, 93/36/CEE e 92/50/CEE). Ela possibilitou a implementação de novos métodos e o desenvolvimento de boas práticas em sede de contratação pública. Para tanto, foram incluídas novas previsões concernentes: aos acordos-quadros; às centrais de compras; aos leilões eletrônicos; e aos sistemas de aquisição dinâmicos. Ademais, um novo procedimento de contratação foi introduzido: o diálogo concorrencial.

Já a Diretiva 2004/17/CE aplica-se aos processos de adjudicação de empreitadas de obras, fornecimentos e serviços nos setores de água, energia, transportes e serviços postais, substituindo, assim, a referida Diretiva 93/38/CEE. Semelhantemente à 2004/18, ela também inclui novas previsões quanto aos acordos-quadro, às centrais de compras, aos leilões eletrônicos e aos sistemas de aquisição dinâmicos<sup>18</sup>.

Diante do exposto, pode-se afirmar que o Regulamento nº 1.370/2007 não disciplina sozinho as regras sobre contratação pública de serviços de transportes, uma vez que deve se coadunar também com as regras das Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, conforme prevê o artigo 5º, parte 1, do Regulamento.

## CONCLUSÃO

Como se viu ao longo do presente artigo, o conceito de serviço público como dever estatal deve passar por um processo de evolução sob

---

transparência, da igualdade de tratamento dos operadores concorrentes e da proporcionalidade, é indispensável, aquando da atribuição de compensações ou de direitos exclusivos, definir num contrato de serviço público celebrado entre a autoridade competente e o operador de serviço público seleccionado a natureza das obrigações de serviço público e as contrapartidas concedidas. A forma e a designação desse contrato podem variar em função do direito interno dos Estados-Membros”.

18 Ibid, p. 128-129.

pena de sacrificar a qualidade na sua prestação e o seu destinatário final, o usuário.

A legislação brasileira deu um grande salto de qualidade ao permitir, através da Lei nº 12.996/2014, a abertura do modal rodoviário à livre iniciativa, muito embora tal mudança dependa da regulamentação da Agência Nacional de Transportes Terrestres e de aprofundamento por parte da doutrina brasileira.

Depreende-se também que o avanço da legislação interna brasileira é essencial para o desenvolvimento do Mercosul, sobretudo, em virtude de se tratar de bloco econômico que tem, por base, uma ordem jurídica internacional, ou seja, com primazia no direito interno dos Estados-partes, ao contrário do que ocorre com a União Europeia, que se fundamenta na ideia de soberania compartilhada, permitindo uma maior coesão do bloco.

Ademais, no tocante à flexibilização de mercados, verificou-se que o Mercosul e o Brasil tem muito a aprender com o exemplo da União Europeia, que traz, inclusive, no art. 16 do Tratado da Comunidade Europeia<sup>19</sup>, como valor comum da União “os serviços de interesse econômico geral”, o que denota uma receptividade diferente do bloco europeu, mais aberto à liberalização de serviços, que no Brasil ainda são considerados pela doutrina nacional e conservadora como serviços públicos incompatíveis com diretrizes da livre iniciativa. Em outros termos, a União Europeia é modelo a ser estudado e talvez seguido pelo Mercosul e Brasil, uma vez que tem demonstrado que é possível a convivência, em um mesmo sistema, de diferentes regimes, desde atividades desregulamentadas e de concorrência regulada até serviços de prestação direta por meio de operadores internos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988 BRASIL. Brasília, DF: Senado 1988.

BRASIL. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a

---

19 “Sem prejuízo do disposto nos artigos 73º, 86º, 87º, e atendendo à posição que os serviços de interesse econômico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a Comunidade e os seus Estados-membros, dentro do limite das respectivas competências e no âmbito de aplicação do presente Tratado, zelam por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões”.

Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 06 jun. 2001.

BRASIL. Lei nº 12.996, de 18 de junho de 2014. Altera as Leis nos 12.715, de 17 de setembro de 2012, que institui o Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores - INOVAR-AUTO, 12.873, de 24 de outubro de 2013, e 10.233, de 5 de junho de 2001; e dá outras providências.. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 jun. 2014.

FARIAS, Sara Jane Leite de. Regulação Jurídica dos Serviços Autorizados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GÔMARA, Antônio Rúbio de Barros. O transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros: um acrescentamento histórico. Brasília: ABRATI, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2012.

MACHADO, Diego Pereira. *Direito da União Europeia*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, Almiro do Couto. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço Público à Brasileira? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 230, out./dez. 2002.

---

## A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA DOS ESTADOS- MEMBROS NA UNIÃO EUROPEIA: ALGUMAS LIÇÕES PARA A CRIAÇÃO DE UMA CONSCIÊNCIA SUPRANACIONAL NA AMÉRICA LATINA

---

*THE RELATIVIZATION OF SOVEREIGNTY OF MEMBER STATES IN  
THE EUROPEAN UNION: SOME LESSONS FOR THE CREATION OF A  
SUPRANATIONAL CONSCIOUSNESS IN LATIN AMERICA*

*Diogo Luiz da Silva*

*Procurador da Fazenda Nacional*

*Especialista em Direito Tributário, Direito Processual Civil e Direito Público*

SUMÁRIO: 1 Conceituação da supranacionalidade. A supranacionalidade no contexto das relações internacionais; 2 A afirmação da supranacionalidade do Sistema Jurídico Europeu; 3 Supranacionalidade e direito comunitário; 4 Supranacionalidade e soberania; 5 Criação de uma consciência supranacional na América Latina; 6 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo realizar uma análise compreensiva do fenômeno supranacional Europeu, tanto do ponto de vista jurídico, à luz das relações internacionais, quanto do ponto de vista político, a partir do qual os pressupostos da integração indicam a relativização da soberania estatal como fator fundamental ao êxito do processo integracionista europeu. Partindo dessa premissa, a pesquisa permeia, sob diversos ângulos, o processo de integração europeu, o qual representa a vanguarda jurídico-institucional que revolucionou toda a história das relações internacionais, o que nos permite sugerir a necessidade de mudanças na concepção de soberania no âmbito da América Latina, em busca de soluções mais harmoniosas das diversas espécies de conflitos existentes dentro e fora de cada Estado, que empacam o progresso de integração dos países que compõem o continente latino-americano, com enfoque especial para o MERCOSUL. Enfim, o fenômeno supranacional europeu é analisado a partir da dimensão teleológica da integração, com vistas à coleta de lições para a criação de uma consciência supranacional na América Latina, não com vistas ao desaparecimento da unidade estatal, mas com o desiderato de priorizar os altos objetivos que circundam o fenômeno comunitário, justificando os métodos jurídicos audaciosos que serão necessários para implementá-los.

**PALAVRAS-CHAVE:** União Europeia. Soberania. Supranacionalidade. América Latina.

**ABSTRACT:** This paper aims to carry out a comprehensive analysis of the supranational European phenomenon, both from a legal point of view, in the light of international relations, as the political point of view, where the assumptions of integration indicate the relativization of state sovereignty as a key factor to success the European integration process. From this premise, the research addresses the process of European integration, which is the legal-institutional vanguard that revolutionized the entire history of international relations, stressing the need for changes in the concept of sovereignty in the context of Latin America, in search of more harmonious solutions of several species of conflicts inside and outside of each State, that balk the progress of integration of the countries that make up the Latin American continent, with special focus on MERCOSUR. Finally, the European supranational phenomenon is analyzed from the teleological dimension of integration, with a view to gathering lessons for the creation of a supranational consciousness in Latin America, not with a view to the disappearance of the state

unit, but with the desideratum to prioritize high goals that surround the community phenomenon, justifying the bold legal methods will be needed to implement them.

**KEYWORDS:** European Union. Sovereignty. Supranationalism. Latin America.

## 1 CONCEITUAÇÃO DA SUPRANACIONALIDADE. A SUPRANACIONALIDADE NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Do ponto de vista etmológico, há autores que preferem a denominação sobreestatal ou supraestatal, uma vez que tais termos trazem uma conceituação mais precisa do fenômeno, sob o ponto de vista do rigor terminológico. Fausto de Quadros adverte que o termo sobreestadualidade é “menos mau” que supranacionalidade, pois parece haver, mais no primeiro do que no segundo, “e ao menos etimologicamente, um denominador comum, que no fundo corresponde à essência mínima que de facto se pretende significar nesta matéria, ou seja, a existência de um poder político superior aos dos Estados [...]”<sup>1</sup>.

O complexo termo já foi alvo de várias conceituações por parte da doutrina especializada na matéria. Entendem alguns que se trataria de soberania divisível, na medida em que os Estados transfeririam parcelas de sua soberania a entes supranacionais.

CAMPINS ERITJA traz à baila em sua obra algumas conceituações interessantes:

Para G. HÉRALD, um dos primeiros a tentar caracterizar esse conceito, a supranacionalidade pode reconhecer-se na forma de designação do órgão supranacional, da sua independência e da existência de um procedimento de deliberação. Acrescentese, ademais, a força jurídica das decisões adotadas pelo órgão supranacional e a incidência material de suas intervenções. Para P. PESCATORE, os elementos essenciais da supranacionalidade são o reconhecimento da existência de um interesse comum e de valores comuns; a criação de um poder efetivo a serviço desses interesses; a autonomia deste poder; e como elementos, assinala a institucionalização, o imediatismo no exercício do poder e sua imperatividade. Segundo F. RIGAUX, há que se verificar a existência de três condições: que os Estados-Membros tenham transferido

1 QUADROS, Fausto de. *Direito das Comunidades e Direito Internacional Público*. Almedina, 1991. p. 136.

de maneira permanente o exercício de competências soberanas à organização; que a organização seja independente de seus membros; que as declarações de vontade da organização possam ser emitidas sem a adesão de todos os Estados-Membros e que produzam seus efeitos diretamente sobre os Estados e as pessoas. J. A CARRILO SALCEDO define a ordem supranacional a partir das seguintes características: a independência frente aos Estados-Membros, a transferência de competências e as relações diretas entre os órgãos da Comunidade e dos particulares.<sup>2</sup>

Nos parece, prima face, que o entendimento dominante é que os Estados-Membros, para participarem de um processo de integração, não precisam renunciar à soberania ou à parte dela. De forma conjunta, conferem poderes a órgãos com jurisdição comum a estes Estados, segundo as conveniências de seus interesses. Verifica-se, portanto, consenso no que se refere à necessidade de submissão conjunta a um regramento único (em determinadas áreas comuns), o qual tem a finalidade de atender aos interesses daquela comunidade.

As conceituações aduzidas anteriormente nos permitem notar que em determinada época da história, alguns Estados começaram a determinar alguns objetivos comuns, originando o nascimento do processo de integração europeu. A partir desses objetivos, começou-se a intensificar a idéia de que uma organização formada por seus representantes teria legitimidade para deliberar a respeito daqueles objetivos comuns outrora determinados. Isto posto, não é possível falar em supranacionalidade sem levantar algumas considerações concernentes à soberania estatal. Com efeito, esta é, de certa forma, relativizada no contexto da União Européia, pois os Estados delegam de forma permanente parcela de sua soberania ao novo ente supranacional, que, naquelas matérias poderá deliberar normativamente vinculando às suas decisões, os próprios Estados e as pessoas.

A limitação sofrida pela soberania estatal não é genérica, vez que não se verifica em todas as matérias, como já citado anteriormente, mas precisamente na consecução dos objetivos de integração previamente determinados (princípios dos poderes limitados). Nesse sentido, fala-se em transferência de parcelas soberanas e, não da soberania em toda a sua essência, pois não fosse assim, a existência do próprio Estado integrante estaria condenada ao próprio desaparecimento. JOANA STELZER, adverte que:

---

<sup>2</sup> CAMPINS ERITJA, Mar. *Proceso de integracion en la Unión Europea*, ed José Maria Bosch, 1966. p. 104.

Ao contrário das organizações internacionais, é preciso ressaltar que não se trata de mera delegação relativa a tarefas técnicas, mas de transferência efetiva para a UE, relativamente a atividades que dizem respeito à própria vida dos Estados com grande área de manobra para alcançar os objetivos propostos.<sup>3</sup>

O alcance dos objetivos comuns far-se-á através de um ordenamento jurídico hierarquicamente superior aos ordenamentos nacionais e, caso necessário, com sacrifício das normas domésticas, sem o que, tornar-se-ia inviável a almejada integração. Por essa razão, no contexto supranacional, não há falar em coordenação de soberanias, característica peculiar de Direito Internacional Público, mas sim em subordinação ao ente supranacional, nas matérias em que lhe fora atribuída competência para tomada de decisões.

A noção de supranacionalidade não pertence à ciência jurídica ou a ciência política com exclusividade e, justamente, por ser resultado das duas, atraiçoa o raciocínio cada vez que se busca rigor na sua conceituação. Para CELSO DUVIVIER DE ALBUQUERQUE MELLO, “*só o aspecto político pode explicar a existência de das normas jurídicas, bem como a ‘relatividade’ existente na sua aplicação [...]*”<sup>4</sup>

No plano interno, a ligação entre a ciência política e a jurídica encontra-se muitas vezes disfarçada, mas no contexto externo, emerge mais transparente e proporciona a necessária visão crítica da matéria. A análise política, em verdade, permite ver o Direito Comunitário em transformação contínua, causa e efeito do processo de integração europeia, resultado dos anseios supranacionalistas.

## 2 A AFIRMAÇÃO DA SUPRANACIONALIDADE DO SISTEMA JURÍDICO EUROPEU

A partir do momento em que uma organização de caráter supranacional tem competência para tomada de decisões dentro do contexto comunitário, fruto da invenção de regras fixadas para a organização de um sistema institucional baseado no consentimento dos Estados-Membros, a Corte de Justiça Europeia (CJE) passa a ser o alvo das nossas análises, porquanto, na prática, a CJE teve um papel de destaque na afirmação da supranacionalidade do sistema jurídico europeu, quando passou a interpretar os Tratados institutivos com vistas

3 STELZER, Joana. *União Europeia e Supranacionalidade: Desafio ou Realidade?* Ed Juruá , 2003. p. 71.

4 MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. v.1, Freitas Bastos, 1979. p. 73.

a garantir a efetividade das normas comunitárias, estabelecendo meios coercitivos para a aplicação e controle do Direito Comunitário.

Foi na prática, de decisão em decisão, que a CJE estabeleceu os princípios políticos da supranacionalidade da Comunidade Européia. Consolidaram-se assim mecanismos coercitivos de aplicabilidade e de controle desta supranacionalidade sobre os atos dos particulares, empresas, governos e instituições judiciárias de qualquer natureza (comum, constitucional ou internacional). A expansão e penetração do direito comunitário europeu nos sistemas políticos e legais nacionais foi fruto de uma contínua aceitação da jurisprudência da Corte. O processo de consolidação da supranacionalidade do sistema jurídico europeu foi lento, mas eficiente. A CJE impôs um novo formato legal e novos fundamentos de justiça para o território da União Européia, de forma que as Cortes nacionais, correspondendo aos ideais integracionistas propostos em determinadas matérias, deram à CJE a oportunidade de expandir seus poderes, passando a agir como atores que constroem os governos nacionais e exigem o cumprimento e aplicabilidade do direito comunitário em instâncias locais. Evidentemente que houve conflitos e casos de resistência ao cumprimento das normas supranacionais, e, no que tange aos conflitos que surgiram entre os tribunais nacionais e a CJE, cabe salientar que a primazia do direito comunitário não encontrou resistência eficaz, porquanto isso era inevitável para a consolidação dos princípios da integração européia.

Por tudo isso é que se pode caracterizar a CJE como:

Uma instituição que exerce um papel político e constitucional fundamental no processo político comunitário. Na medida em que a competência da CJE para interpretar o direito comunitário é constituinte de um novo âmbito de direito supranacional, a Corte tem exercido um poder constitucional originário sem participação popular – tanto na eleição de seus membros quanto na interpretação do interesse comunitário. Isto porque o interesse comunitário se refere à comunidade de Estado” e não a um povo europeu, que não existe como unidade social identificável.<sup>5</sup>

Em suma, a CJE tem a função de aplicar o “interesse comunitário” e realizar o que é “justo” para a comunidade de Estados. As concepções de “interesse comunitário” e de independência dos membros das instituições dos membros das instituições comunitárias sempre estiveram nos

<sup>5</sup> TOSTES, *op cit*, p. 276.

Tratados fundamentais da União, mas as conseqüências da aplicabilidade destes conceitos no processo de integração, na prática, não foram totalmente previstas.<sup>6</sup> O exercício da independência dos membros da instituição judiciária, atribuída de modo legal e democrático por meio de Tratados internacionais, resultou na autonomia do direito comunitário e na submissão dos interesses intergovernamentais e nacionais ao interesse político supranacional.

### 3 SUPRANACIONALIDADE E DIREITO COMUNITÁRIO

Os fatores políticos que influenciaram o fenômeno comunitário impulsionaram a União Européia a passos cada vez mais significativos no sentido da integração<sup>7</sup>. Com efeito, a integração da Europa destaca-se principalmente pelo caráter de uma Comunidade de Direito. Os relacionamentos que se desenvolvem em seu âmbito, de fato, são o resultado de ligações legalizadas entre sujeitos de direito, “especialmente porque, não só os Estados-Membros, mas também os participantes foram reconhecidos como sujeitos relevantes para este direito”.<sup>8</sup>

Por essa razão, a ordem jurídica comunitária constitui um importante fator de unificação e serve de supedâneo para identificar os aspectos supranacionais que revelarão, ao fim, a sua natureza jurídica. A supranacionalidade – referida à comunidade Européia – é uma noção eminentemente jurídica que expressa a estrutura normativa de relação existente entre o ordenamento jurídico comunitário e os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros; estrutura que encontra seu fundamento em uma prévia opção política dos Estados, conferindo à comunidade um poder real de caráter normativo que se impõe aos Estados. Consoante UMBERTO FORTE, o Direito Comunitário pode ser definido como sendo:

O conjunto de normas vinculantes para as instituições comunitárias e para os Estados-Membros, sancionadas principalmente por Tratados, e, de outro, como o conjunto de normas contidas em alguns atos qualificados das instituições comunitárias”.<sup>9</sup>

6 Conforme o entendimento de Ana Paula B. Tostes, os conflitos advindos da nova ordem jurídica estabelecida na União Européia, a medida em que iam sendo solucionados pela CJEU, consolidaram gradativamente os princípios implementados com o processo de integração, fortalecendo o enfoque supraestatal da UE. TOSTES, Ana Paula B. op. cit., ed renovar, 2004. p. 282.

7 Com certeza, ninguém poderia imaginar que o processo integracionista pudesse chegar a um nível de unificação monetária, muito menos de unificação política.

8 DARTOGLU, Prodomos D. Apud STELZER, Joana. op cit. p. 95.

9 FORTE, Humberto. *União Européia*. Malheiros, 1994. p. 31.

Enquanto ordem jurídica, o Direito Comunitário configura um complexo de normas coordenado e hierarquizado entre si, destacando-se pelo seu caráter específico, chegando ao ponto de caracterizar ramo independente da ciência jurídica. Em suma, nessa matéria devemos nos afastar das categorias tradicionais de direito clássico, do direito internacional público e do direito interno, uma vez que a ruptura consiste precisamente na introdução de elemento novo, sendo um conceito que toma empréstimo dados de todos esses campos do direito já referidos, para ordená-los de modo distinto, em vista de objetivos específicos.

#### 4 SUPRANACIONALIDADE E SOBERANIA

Etmologicamente, o termo soberania provém de *superanus*, *supremitas*, *super omnia*, configurando-se definitivamente através da formação francesa *souveraineté*, que expressava, no conceito de Bodin, “o poder absoluto e perpétuo de uma República”. Historicamente, é bastante variável a formulação do conceito de soberania, no tempo e no espaço. No Estado grego antigo, como se nota na obra de Aristóteles, falava-se em *autarquia*, significando um poder moral e econômico, de auto-suficiência do Estado. Já entre os romanos, o poder de *imperium* era um poder político transcendente que se refletia na majestade imperial incontestável. Nas monarquias medievais era o poder de *suserania* de fundamento carismático e intocável. No absolutismo monárquico, que teve o seu clímax em Luiz XIV, a soberania passou a ser o poder pessoal exclusivo dos monarcas, sob a crença generalizada da origem divina do poder do Estado. Finalmente, no Estado Moderno, a partir da Revolução Francesa, firmou-se o conceito de poder político e jurídico, emanado da vontade geral da nação.<sup>10</sup>

Com efeito, é inegável que a soberania, estatal hoje se apresenta de uma forma bastante diversa. Sob o prisma da democracia, ainda abordando questões históricas, podemos dividir a doutrina da soberania em soberania popular e soberania nacional. A primeira, mais democrática, difundia a soberania a todos os membros da comunidade, sendo, por consequência, cada um deles titular de uma parcela da mesma, de modo que todos fossem iguais politicamente. A soberania nacional, de outro lado, ao invés de pulverizar a soberania, absorve-a e delega a um único ente, qual seja, a Nação. A diferença básica entre ambas as doutrinas reside na legitimidade para o sufrágio popular: uma restringe tal legitimidade e a outra concede-a a todos os cidadãos. A soberania

---

10 MALUF, Said. *Teoria Geral do Estado*. Saraiva, 1998. p. 29.

caracteriza-se historicamente, segundo as palavras de Rousseau<sup>11</sup>, como sendo um poder uno, inalienável e indivisível. Este conceito foi revisto e reconstruído ao longo do tempo, como citado na referência histórica do parágrafo anterior, contudo, é salutar salientarmos que na medida em que o fenômeno da globalização e da mundialização do capital começaram a se estabelecer na prática do Direito Internacional, eles impuseram ao Estado a adoção e integração de normas jurídicas oriundas do ordenamento jurídico internacional. Nesse sentido, JOSÉ LUÍS BOLZAN DE MORAES assinala que:

A idéia de soberania, antiga conhecida dos lidadores no campo da teoria do Estado, é um conceito que emerge e se consagra já nos anos 1500 – séc. XVI. De lá para cá o tema tem sofrido transformações significativas, especialmente no que tange ao seu conteúdo, para adaptar-se às novas circunstâncias históricas impostas pelas mutações por que passaram os Estados, bem como pelos novos laços que os unem nas relações interestaduais.<sup>12</sup>

Modernamente, não há como se admitir a soberania Estatal como sendo absoluta e ilimitada, na medida em que as relações entre Estados, integrantes ou não de um mesmo bloco econômico, originam relações jurídicas complexas, as quais, não raramente, acabam por gerar conflitos de interesse entre os Estados. Havendo conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida, surge a necessidade de solucionarem tais conflitos. Embora se constate tal necessidade, somente um órgão com jurisdição sobre todos os Estados do Bloco estaria legitimado a ofertar soluções a tais controvérsias. Esta necessidade de submeter-se à decisão de um organismo com jurisdição sobre o próprio Estado fez com que surgisse o conceito de supranacionalidade, abrandando assim os aspectos que até então integravam o conceito de soberania dos Estados-Membros.

Pode-se buscar argumentação razoável para justificar a supranacionalidade existente na União Européia na Teoria Geral do Estado. Nesse sentido, SAHID MALUF, entende que existem limitações para o exercício da soberania estatal, de modo que:

Limita a soberania o direito grupal, porque sendo o fim do Estado a segurança do bem comum, compete-lhe coordenar a atividade e

11 ROUSSEAU, J. J. O Contrato Social. 1. ed. brasileira, 1989. p.51.

12 MORAES, J. L. B. de. Soberania, direitos humanos e ingerência: problemas fundamentais da ordem contemporânea. In: VENTURA, D. de F. L.(org.). *O Mercosul em Movimento*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 134.

respeitar a natureza de cada um dos grupos menores que integram a sociedade civil. A família, a escola, a corporação econômica ou sindicato profissional, o município ou a comuna e a igreja são grupos intermediários entre o indivíduo e o Estado, alguns anteriores ao Estado, como é a família, todos eles com sua finalidade própria e um direito natural à existência e aos meios necessários para a realização dos seus fins. Assim, o poder de soberania exercido pelo Estado encontra fronteiras não só nos direitos da pessoa humana como também nos direitos dos grupos e associações, tanto no domínio interno como na órbita internacional<sup>13</sup> (grifo nosso).

Isto posto, podemos inferir que a soberania não pode ser considerada um óbice intransponível à integração dos Estados que compõem a América Latina, já que existem objetivos comuns que devem ser perseguidos por todos os países latino-americanos que guardam compromissos básicos para com seu povo, balizados pelo Estado de democrático de Direito.

## 5 CRIAÇÃO DE UMA CONSCIÊNCIA SUPRANACIONAL NA AMÉRICA LATINA

A experiência latino-americana de integração econômica foi instituída em 1991, pelo Tratado de Assunção, pelo processo de integração e cooperação do Mercosul, entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, objetivando acelerar seu processo de desenvolvimento econômico e social, além de estabelecer uma agenda voltada à proteção do meio ambiente.

A agenda inicial do Mercosul tratou da livre circulação de bens, serviços, mercadorias e produtos entre os países, a partir da adoção de uma política comercial comum sob uma coordenação das políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-membros. O Ministério das Relações Exteriores brasileiro traça as seguintes diretrizes sobre o MERCOSUL:

O MERCOSUL caracteriza-se pelo regionalismo aberto, ou seja, tem por objetivo não só o aumento do comércio intrazona, mas também o estímulo às trocas com terceiros países. São Estados Associados do Mercosul a Bolívia (desde 1996), o Chile (desde 1996), o Peru (desde 2003), a Colômbia e o Equador (desde 2004). Ainda que não sejam Estados Associados, em 2012, Guiana e o Suriname passaram a contar com formas de participação nas reuniões do MERCOSUL.

---

13 MALUF, op cit. p. 38.

[...]

Visando ao aprofundamento do processo de integração, o tratamento das assimetrias ocupa posição relevante na agenda interna. De acordo com esse objetivo, o Fundo para a Convergência Estrutural do MERCOSUL (FOCEM), destina-se a financiar programas para promover a convergência estrutural, desenvolver a competitividade e promover a coesão social, fortalecendo o processo de integração. No âmbito da integração produtiva, o Fundo MERCOSUL de Garantias para Micro, Pequenas e Médias Empresas é instrumento relevante, criado para garantir, direta ou indiretamente, operações de crédito contratadas por empresas de menor porte que participem de projetos dessa natureza.

O aperfeiçoamento institucional do bloco e o fortalecimento de sua dimensão jurídico-institucional também têm papel fundamental na agenda. Em consonância com esses objetivos, foi aprovado, em 2002, o Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias entre os Estados Partes. A partir da aprovação desse Protocolo, foi criado o Tribunal Permanente de Revisão com o objetivo de garantir a correta interpretação, aplicação e cumprimento do conjunto normativo do Bloco. Ainda no âmbito institucional, o Parlamento do MERCOSUL, constituído em dezembro de 2006, representa importante avanço, conferindo maior representatividade e transparência ao processo de integração<sup>14</sup>.

O MERCOSUL, a despeito das severas críticas que tem sofrido pela demora na alavancagem dos objetivos comuns dos países que compõem o bloco, tem sido uma das experiências de integração que vem despertando várias sortes de interesses na atualidade, não somente pela extensão geográfica do Bloco, mas por toda as dimensões econômica, social, política e cultural envolvidas. Nesse sentido, o Bloco vem seguindo a tendência de integração regional, visando aproximar seus países membros, sob o enfoque dos efeitos do processo de globalização, tentando relativizar de alguma forma os ditames das soberanias nacionais. Vale salientar que se houver avanço nas negociações entre os Estados-membros para a redução de tarifas alfandegárias, isso poderá facilitar entendimentos comerciais com outros blocos, como a União Europeia, de modo a propiciar uma melhor inserção do Brasil na economia internacional, o que permitiria a retomada de taxas de crescimento a níveis mais razoáveis.

---

14 Excertos retirados da página do Itamaraty na Internet: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-sul-e-integracao-regional/mercosul>>. Acesso em: 11 ago. 2014, 23:15h.

No entanto, nos países do MERCOSUL, existem amplas diferenças quanto ao nível de desenvolvimento, que impactam sobre a promoção de um desenvolvimento igualitário entre todos os países, diante da existência de abissais diferenças sociais, econômicas, políticas e culturais. Essas distinções existentes no processo de exclusão das maiorias da população ao acesso de bens e serviços dificultam o alcance à melhoria da qualidade de vida e, na prática, pode importar o agravamento das desigualdades sociais, econômicas, culturais e políticas para os países mais pobres e o avanço de liderança dos mais ricos, causando rupturas no processo integracionista<sup>15</sup>.

Neste quadrante, exsurge a importância de um ente supranacional no âmbito da América Latina, para salvaguardar os países mais frágeis dos eventuais efeitos colaterais nocivos que poderiam advir do processo de integração, às respectivas economias domésticas.

Convém ressaltar que a supranacionalidade expressa um poder de mando superior aos Estados, sendo o resultado de uma transferência de soberania operada pelas unidades estatais em benefício da organização comunitária, permitindo-lhe a orientação e a regulação de certas matérias, sempre tendo em vista os anseios integracionistas.

Nessa senda, oportuno trazer à baila o entendimento esposado por JOANA STELZER, que entende que:

Três, portanto, são os fundamentos que escoram a idéia de supranacionalidade: transferência de parcelas soberanas dos Estados-Membros para a União Européia, poder normativo da ordem comunitária sobre os sistemas jurídicos nacionais e a dimensão teleológica de integração.<sup>16</sup>

A União Europeia exerceu especial papel na revolução do conceito de soberania ao subordinar todos os Estados-Membros a um ordenamento jurídico comum, no que tange a determinadas questões igualmente de interesse comum. A propósito, esta foi a forma que os Estados europeus encontraram para a solução das controvérsias surgidas a partir das relações decorrentes do processo de integração. Formou-se uma Comunidade de Estados, em prol da qual os Estados renunciaram a sua competência sobre determinadas matérias, que passaram a ser reguladas pelo órgão comum.

15 IZERROUGENE, B. Os Obstáculos à Integração de Economias Desiguais. O Caso do Mercosul. *Cadernos PROLAM/USP* (ano 7 - vol. 2 - 2007), p. 125 - 167. Disponível em: <[http://www.usp.br/prolam/downloads/2007\\_2\\_6.pdf](http://www.usp.br/prolam/downloads/2007_2_6.pdf)>. Acesso em: 04 abr. 2014.

16 STELZER, op cit. p. 119.

Com efeito, a cultura presidencialista do Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, e de modo geral, dos demais países da América Latina, representam um óbice à mudança constitucional para incorporar a supremacia internacional sobre o ordenamento jurídico nacional, ou seja, um novo poder de solução de conflitos entre os países que compõem o MERCOSUL.

Entre os países do MERCOSUL paira sempre um receio de um poder supraestatal que possa ameaçar a soberania dos Estados-Membros, no entanto, é necessário ter em mente a ideia de um conjunto de objetivos comuns que devem ser alcançados a partir da dimensão teleológica de integração.

O processo de criação de grandes espaços de integração econômica e social exige alguns sacrifícios das nações envolvidas, de modo que, inicialmente, surge a necessidade dos Estados transferirem parcela de sua alta autoridade (soberania) para a organização ou ente que se encarregaria da tarefa de enfrentar as dificuldades existentes no palco mundial e viabilizar os projetos nacionais, agora em nível comunitário (dimensão teleológica de integração).

Vale dizer de passagem que, sob o aspecto econômico, o Brasil, fazendo parte do MERCOSUL, teria condições de usufruir profundamente das vantagens de realizar negociações não mais com entes individuais, mas como bloco econômico. Pertencer a um bloco econômico como o MERCOSUL importa, na atualidade, fazer parte de um mercado consumidor com potencial de 270 milhões de habitantes, com a inclusão do mais novo membro, a Venezuela. Ademais, se o Brasil, Argentina e Venezuela, (por serem economias complementares na América do Sul) se empenhassem politicamente em costurar uma aliança entre o MERCOSUL, que tem um PIB de US\$ 2,8 trilhões, e o Bloco do Pacífico (bloco formado há dois anos por Peru, Chile, México e Colômbia,) com um PIB de 2 trilhões de dólares, teríamos um bloco econômico com uma produção de riquezas que representaria mais 70% do total da América Latina.

Em um segundo momento, para garantir a plenitude da consecução deste elevado propósito de criar um grande espaço de integração na América Latina, é necessário que o ente supranacional seja dotado de capacidade de regulação normativa e judicial (poder normativo). Essa possibilidade de transferir parcelas soberanas, no entanto, somente se torna possível a partir da consolidação de uma consciência supranacional, o que pressupõe uma relativização do conceito de soberania.

Necessário dizer também, an passant, que os países que compõem o MERCOSUL, ao consagrarem o primado do respeito aos direitos humanos, como valores máximos preconizados para manter a ordem internacional, sinalizam a abertura do sistema normativo nacional ao

sistema internacional dos direitos humanos, o que já significa um passo importante para a relativização das respectivas soberanias e para que seja possível pensar em um processo de transferência de competências para um ente supranacional, ao menos em matéria de direitos humanos.

Com efeito, a transferência de soberania resulta de um lado, de um processo político inevitável das relações internacionais modernas, pressionando os Estados em direção à ajuda mútua, e, por outro, do permissivo jurídico consubstanciado nas Constituições nacionais. No modo de ver de SOHIER E MEGRET:

Tal transferência de poder não nenhum traz inconveniente no plano político, pelo contrário, oferece vantagens apreciáveis para uma execução rápida, sincronizada, correta e efetiva do direito comunitário.<sup>17</sup>

A transferência de soberania reflete uma marcante característica da União Européia, a ser pensada, cum grano salis, pelos países do Cone Sul, à medida que diz respeito ao estabelecimento, em favor das instituições comunitárias, de competências pertencentes única e exclusivamente aos Estados nacionais. A partir de então, as nações latino-americanas estabeleceriam, por meio de Tratados, a transferência às instituições comunitárias o poder de ditar disposições que obrigariam os Estados a tomarem medidas de execução contra si mesmos, em caso de inobservância daquilo que foi convencionado nos pactos por eles subscritos. Enfim, é necessário que os Estados-membros abram mão do seu poder de apreciação e de uma parcela de competência em certas matérias, em favor do ente supranacional.

## 6 CONCLUSÃO

Com o exponencial crescimento da interdependência estatal no panorama global, tem-se que o modelo de integração europeu pode influenciar; mutatis mutandis, o amadurecimento dos blocos econômicos regionais existentes, principalmente pelo êxito alcançado até o momento, especialmente no tocante à repartição equitativa dos frutos do desenvolvimento econômico, o que permitiu que regiões mais desfavorecidas da União Européia recuperassem o seu atraso. Neste diapasão, a tendência futura aponta para um progressivo ofuscamento do Estado-nação, porquanto se torna cada vez mais tênue o limite entre a

---

<sup>17</sup> SOHIER; MEGRET, Apud STELZER, op cit. p. 120.

sua atuação e a do Direito internacional. Nesse sentido, Hans Kelsen, em sua obra prima intitulada *Teoria Pura do Direito* ensina ao mundo, que

Toda a evolução técnico-jurídica apontada tem, em última análise, a tendência para fazer desaparecer a linha divisória entre Direito internacional e ordem jurídica do Estado singular, por forma que o último termo da real evolução jurídica, dirigida a uma centralização cada vez maior, parece ser a unidade de organização de uma comunidade universal de Direito mundial, quer dizer, a formação de um Estado mundial. Presentemente, no entanto, ainda não se pode falar de uma tal comunidade. Apenas existe uma unidade cognoscitiva de todo o Direito, o que significa que podemos conceber o conjunto formado pelo Direito internacional e as ordens jurídicas nacionais como um sistema unitário de normas – justamente como estamos acostumados a considerar como uma unidade a ordem jurídica do Estado singular.<sup>18</sup>

As considerações de Kelsen acerca do desaparecimento da linha divisória entre Direito internacional e ordem jurídica interna do Estado singular não deixam margem a dúvida de que as relações entre Estados soberanos constituem uma realidade fática, que no futuro apontaria para um caminho irreversível.

A supranacionalidade da União Européia, nesse contexto, constituiu o mecanismo fundamental que mudou sobremaneira o relacionamento interestatal no paradigma internacional, e permitiu que a Europa suplantasse quaisquer outros níveis de integração alcançados pelos blocos econômicos registrados na história da sociedade internacional, em busca da unificação política.

Diante da globalização, o conceito de soberania absoluta arraigado nos países da América Latina representa um óbice na criação de uma consciência supranacional, impossibilitando que, no contexto do MERCOSUL, se inicie um processo de transferência de competências mínimas para a alavancagem do processo de integração dos países-membros e associados desse bloco econômico estratégico.

De forma geral, os textos das Constituições dos países do Mercosul estão fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos, e garantias fundamentais. Ao destacar a Constituição Brasileira, a professora Flávia Piovesan ensina:

Que a partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações internacionais com base na prevalência dos direitos

18 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 364.

humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal, ao modo pelo qual tem sido tradicionalmente concebida, (art. 4º, 5º, 6º, 7º, CF/88).

O entendimento acima esposado acende uma centelha de esperança na integração da América Latina, devendo ser priorizada uma agenda prospectiva de um futuro Mercosul Humano e Social, já que os países que compõem o Mercosul consagram o primado do respeito aos direitos humanos, como valores máximo preconizados para manter a ordem internacional, sinalizando, dessa forma, a abertura do sistema normativo nacional ao sistema internacional dos direitos humanos.

Reforçando a ideia da supranacionalidade, Ekmekdjian (1996) aponta em relação ao tema direitos humanos:

Os pactos para se tornarem aplicáveis no cotidiano dos Estados-Membros do Mercosul, urge a obrigatoriedade da existência de um Tribunal Supranacional de Direitos Humanos, que demandará certamente efeitos sobre o direito interno/nacional quando este violar qualquer direito humano e, for consequente, condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Partindo dessa premissa, nos parece salutar consignar que a transformação efetiva das relações dos países do Cone Sul deve ser norteadas por uma união dos países latinos por um Mercosul Social, tendo como a essência o respeito aos Direitos Humanos para um processo democrático e supranacional de solução de conflitos entre os Estados-membros; sob as bases deste princípio, é mister que os Estados-membros (Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela) e os estados associados (Bolívia, Chile, Peru, Colômbia, Equador) manifestem vontade política para a criação de um tribunal independente para a proteção dos Direitos Humanos, como forma de dar início à concepção de supranacionalidade na América Latina. Por derradeiro, impende arrematar que uma iniciativa desse porte daria um grande plus ao processo de integração da América Latina, sob um viés mais humano, com uma forte motivação baseada no respeito dos direitos humanos nos países do Mercosul.

## REFERÊNCIAS

## LIVROS:

ALMEIDA, José Carlos Moitinho. *Direito Comunitário – a ordem jurídica comunitária, as liberdades fundamentais na CEE*. Centro de Publicações do Ministério da Justiça, 1985.

BOSON, Gerson. *Direito Internacional público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

CAMPOS, João Mota de. *Direito Comunitário: o direito institucional*. 7. ed. Lisboa: Fundação Galouste Gulenkian, 1995.

CAMPINS ERITJA, Mar. *Proceso de integracion en la Unión Europea*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, SL, 1996.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FORTE, Humberto. União Européia. Tradução de Ana Tereza Marino Falcão, São Paulo: Malheiros, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MALUF, Said. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito internacional Público*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

\_\_\_\_\_. *Direito Internacional da integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

\_\_\_\_\_. *Direito Internacional econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

MORAES, J. L. B. de. Soberania, direitos humanos e ingerência: problemas fundamentais da ordem contemporânea. In: VENTURA, D. de F. L.(org.). *O Mercosul em Movimento*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

PEREIRA NETO, Mário. *Direito, política, economia das Comunidades Européias*. São Paulo: Aduneiras, 1994.

PEREIRA, José Gomes Sá. *Direito comunitário institucional*. Porto: Ecla, 1995.

QUADROS, Fausto de. *Direito das Comunidades e Direito Internacional Público*. Lisboa: Almedina, 1991.

REIS, Márcio Monteiro. Mercosul, União Européia e Constituição – A integração dos Estados e os Ordenamentos Jurídicos nacionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

REZEK, José Francisco. Direito Internacional público. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROUSSEAU, J. J. O Contrato Social. brasileira, 1989.

STELZER, Joana. União Européia e Supranacionalidade: Desafio ou Realidade? Curitiba: Juruá, 2003.

TEIXEIRA, Antônio Fernando Dias. A natureza das Comunidades Européias. Lisboa: Almedina, 1993.

TOSTES, Ana Paula B. União Européia: o poder político do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

#### OUTRAS FONTES DE CONSULTA:

Acórdão Costa/Enel, de 15.07.64, Processo 6/64, Col.1964. In Relaciones entre el derecho comunitário y el derecho nacional, p. 58.

COMUNIDADES EUROPÉIAS: COMISSÃO. O mercado interno em ação. Serviços das publicações das Comunidades Européias,1991.

GOMES, Eduardo Biacchi. União Européia e Mercosul - Supranacionalidade versus Intergovernabilidade. Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 46, out. 2007. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2335](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2335)>. Acesso em: 12 ago. 2014.

REIS, M. M. Mercosul, União Europeia e Constituição: a integração dos Estados e os ordenamentos jurídicos nacionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Soberania e Supranacionalidade. In: NOGUEIRA, R. Soberania e Supranacionalidade Rev. Jur., Brasília, v. 7, n. 76, p.42-46, dez. 2005 a jan./2006.

SANTOS, M. A. Para diplomacia e integração regional no Mercosul: uma análise da participação das entidades subnacionais no foro consultivo de municípios, estados federados, departamentos e províncias do Mercosul no período de 2009. Disponível em: <<http://www.paradiplomacia.org/upload/downloads/85068a675b15a42c76c10c9960166a97paradiplomacia%20e%20integra%C3%87%C3%83o>>. Acesso em: 06 set. 2014.

SILVA, M. A. da; ARCE, A.M. O Mercosul e os impactos econômicos e políticos da adesão da Venezuela. 3º Encontro Nacional Abril, 2014.

---

# ADESÃO DO BRASIL AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: IMPLICAÇÕES CONSTITUCIONAIS

*BRAZIL ADHESION TO THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT:  
CONSTITUCIONAL IMPLICATIONS*

---

*Érica Soares Gusmão*

*Procuradora da Fazenda Nacional, especializada em Direito Público pela FADIPA,  
especializada em Ciências Criminais pelo Instituto de Educação Superior UNYHANA  
Professora de direito constitucional em graduação*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Princípios que regem o Estatuto de Roma: responsabilização individual e princípio da complementaridade; 2 Os conflitos com a Constituição Federal; 2.1 Entrega de nacional x extradição; 2.2 Pena de caráter perpétuo; 2.3 Imunidades e prerrogativas em razão do cargo; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo analisa a criação do Tribunal Penal Internacional, previsto no Estatuto de Roma, que foi aderido pelo Brasil em 2002, através do decreto presidencial nº 4.388/2002 e foi constitucionalizado através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. No entanto, existem conflitos entre a previsão do referido Estatuto e a ordem jurídica constitucional. O presente artigo visa analisar os conflitos existentes, principalmente relacionados à previsão no Estatuto de Roma da “entrega de nacional” e a “impossibilidade de extradição” prevista na Constituição, a previsão da “pena perpétua” prevista no Estatuto e as “imunidades e prerrogativas conferidas a integrantes de determinados cargos” pela Constituição, trazendo posições doutrinárias e jurisprudências acerca do tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tribunal Penal Internacional. Princípios. Ordem jurídica interna. Conflitos. Soluções.

**ABSTRACT:** This article examines the creation of the International Criminal Court, institutionalized in the Rome Statute of 1998, which was joined by Brazil in 2002 through the Presidential Decree No. 4388/2002 and was constitutionalized by the Constitutional Amendment No. 45, 2004. However, there are conflicts between certain issues of that Statute and the Brazilian Constitutional Law. This article aims to analyze existing conflicts, mainly related to the definitions in the Roma Statute of the “Surrender of Persons to the Court” and the impossibility of extradition provided in the Constitution, the concept of the “life sentence” provided for in the Rome Statute and the immunities and privileges granted to members of certain positions by the Constitution, bringing doctrinal positions and jurisprudence on the subject

**KEYWORDS:** International Criminal Court. Principles. Domestic Legal Order. Conflictis. Solutions.

## INTRODUÇÃO

O século XX foi marcado por graves violações aos direitos humanos, principalmente com a Segunda Guerra Mundial. Diante das atrocidades cometidas, a comunidade internacional verificou a necessidade de criar uma instância penal internacional de caráter permanente para punir as pessoas responsáveis pelos crimes contra a humanidade.

A ordem jurídica internacional procurou a cooperação dos Estados na busca da paz e na tentativa de punição dos crimes que ofendem os direitos humanos, através de um tribunal com jurisdição permanente, ao contrário dos tribunais anteriormente criados, que foram alvo de inúmeras críticas por ofenderem princípios do direito internacional e do direito penal.

Os tribunais de Nuremberg e Tóquio, criados para julgamento dos crimes cometidos na segunda guerra mundial, e Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia e o de Ruanda criados na década de 90 para o julgamento de crimes contra os direitos humanos ocorridos nestes países, podem ser considerados precursores da criação do Tribunal Penal Internacional.

No entanto, estes tribunais tiveram sua legitimidade questionada, uma vez que foram tribunais *ad hoc*, ou seja, tribunais de exceção, criados *ex post facto*, para julgamento de crimes que já ocorreram, em clara afronta ao princípio do juiz natural e do *nullum crime, nulla poena sine lege* e com a imparcialidade questionada, uma vez que os julgadores foram escolhidos pelos interessados no julgamento.

Assim, surge no cenário internacional a necessidade de criação de uma jurisdição internacional de âmbito penal, com um Tribunal permanente, independente e universal, pondo fim à arbitrariedade de tribunais *ad hoc*, e a necessidade de observância dos princípios de direito internacional e do direito penal.

Dessa forma, em 17 de julho de 1998 foi assinado o Tratado de Roma, que entrou em vigor em 1º de julho de 2002, instituindo o Tribunal Internacional Penal, com sede na cidade de Haia, na Holanda.

O tribunal somente exerce sua jurisdição sobre os Estados que tornaram parte de sua criação e tem competência para julgamento de indivíduos que cometeram crimes de maior gravidade e alcance internacional: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e de agressão.

O art. 5 do Estatuto de Roma dispõe que:

1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

a) O crime de genocídio; b) Crimes contra a humanidade; c) Crimes de guerra; d) O crime de agressão.

O Brasil introduziu o referido tratado em 25 de setembro de 2002, por meio do decreto legislativo nº 112, de 2002 e decreto presidencial nº 4.388 de 2002. A adesão ao Tribunal foi constitucionalizada através da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que introduziu o parágrafo 4º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: §4º O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

No entanto, não obstante à importância do Tribunal Penal Internacional para maior efetividade e proteção de direitos humanos, surgem grandes discussões a respeito da constitucionalidade da adesão ao Estatuto de Roma, tendo em vista os conflitos entre as normas do estatuto e as normas da nossa constituição.

O presente estudo visa analisar, sinteticamente, os princípios da responsabilidade individual e da complementaridade que regem a atuação do Tribunal Penal e ainda os conflitos existentes entre as regras previstas no Estatuto de Roma e nossa Constituição Federal, questionando a constitucionalidade da Emenda Constitucional 45, que constitucionalizou o Tribunal Penal Internacional, mas sem nenhuma ressalva.

## 1 PRINCÍPIOS QUE REGEM O ESTATUTO DE ROMA: RESPONSABILIZAÇÃO INDIVIDUAL E PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIEDADE

Assim como os seus precursores, o Tribunal Penal Internacional possui a característica da responsabilização subjetiva. Ou seja, o TPI é competente o julgamento de indivíduos que cometeram crimes de guerra, genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de agressão. A responsabilização do Estado será feita por outros organismos internacionais, como a Corte Internacional de Justiça.

O professor Valério Muzzuoli, em sua obra “Tribunal Penal Internacional e direito brasileiro”, entende que:

A criação do Tribunal Penal Internacional, por meio do Estatuto de Roma de 1998, representou grande impulso à teoria da responsabilidade internacional dos indivíduos, na medida em que o Estatuto prevê a punição individual àqueles praticantes dos ilícitos nele previstos<sup>1</sup>.

1 apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 740.

O Artigo 25 do Estatuto e seus parágrafos dispõem que o Tribunal tem competência para julgar pessoas físicas, sendo que será responsável e poderá ser punido pela prática do crime quem cometer o crime, ordenar, solicitar ou instigar à prática, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar ou contribuir de algum modo com a prática do crime.

Prossegue o professor Valério Mazzuoli, citando Cachapuz de Medeiros:

A consagração do princípio da responsabilidade penal internacional dos indivíduos é, sem dúvida, uma conquista da humanidade. E, como diz Cachapuz de Medeiros, esta idéia vem sendo sedimentada ‘desde os tempos em que Hugo Grotius lançou bases do moderno direito das Gentes’. Este grande jurista holandês divergiu, ao seu tempo, da noção corrente àquela época – e que ainda mantém alguns seguidores na atualidade – e que o Direito Internacional está circunscrito tão-somente às relações entre Estados, não podendo dizer respeito diretamente aos indivíduos. Daí ter o Estatuto de Roma seguido o que se escreveu em Nuremberg em 1946: ‘Crimes contra o direito internacional são cometidos por indivíduos, não por entidades abstratas, e os preceitos de direito internacional fazem-se efetivos apenas com a condenação dos indivíduos que cometeram esses crimes’<sup>2</sup>.

Importa analisar também, o chamado princípio da complementaridade que pauta a atuação do TPI.

A jurisdição do Tribunal Penal não ofende a soberania brasileira. O conceito de soberania sofreu mudanças ao longo dos tempos, e hoje o constitucionalismo globalizado defende a idéia de complementaridade, pela qual o Tribunal Penal Internacional existe para complementar a jurisdição nacional<sup>3</sup>.

A expansão da proteção internacional aos direitos humanos e os novos conceitos de soberania permite a criação de um sistema internacional que se compatibiliza com a jurisdição nacional, prevendo o prévio esgotamento dos recursos internos como condição para acionamento do Tribunal Internacional.

Assim, o próprio Estatuto de Roma prevê em seu artigo 1º que sua jurisdição possui caráter complementar em relação à jurisdição nacional, *in verbis*:

---

2 MAZZUOLI, op. cit. p. 758.

3 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 706.

Art. 1º: É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional (“o Tribunal”). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.

Tendo em vista o caráter complementar do tribunal, o Estatuto prevê que ele será acionado somente para apreciar os crimes mais graves (genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra ou agressão) e nos casos que se verifique a incapacidade ou inércia do Estado em processar os crimes.

Portanto, os crimes internacionais devem ser inicialmente combatidos pelos Estados. O TPI só poderá agir após serem esgotados os recursos internos estatais ou quando estes se mostrarem ineficazes ou atuarem em desconformidade com os compromissos internacionais dos respectivos Estados<sup>4</sup>.

Dessa forma, o artigo 17 do Estatuto dispõe sobre a admissibilidade dos processos no tribunal, evidenciado o caráter complementar e subsidiário da atuação do Tribunal perante a jurisdição nacional.

É importante ressaltar que a jurisdição do Tribunal protege o princípio da irretroatividade penal, somente podendo atuar contra crimes cometidos após a sua criação, em consonância ao art. 5º, XXXIX da Constituição Federal que dispõe que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Somente após adesão e entrada em vigor do Estatuto no ordenamento interno do Estado membro que o Tribunal poderá exercer sua jurisdição. É o que dispõe o art. 12 do Estatuto.

## 2 OS CONFLITOS COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Com relação aos conflitos existentes entre as previsões do Estatuto de Roma e a nossa Constituição Federal, iremos abordar a questão da entrega de nacional e o aparente conflito com a impossibilidade de extradição de nacionais, prevista no art. 5º, LI da CF, a previsão da pena de caráter perpétuo e o conflito com a proibição do art. 5º, XLVII, da Constituição Federal e a questão das imunidades e prerrogativas conferidas à Constituição aos ocupantes de determinados cargos.

4 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional Público e Privado*. 3. ed. p. 468.

É importante ressaltar que Estatuto de Roma foi introduzido no Brasil em 2002, e foi constitucionalizado em 2004, através da Emenda Constitucional nº 45.

A adesão do Brasil ao Estatuto de Roma se deu sem nenhuma ressalva. No entanto, a doutrina questiona sobre os conflitos entre as normas do Estatuto e nossa Constituição.

Ao analisarmos de forma pontual as críticas doutrinárias concluiremos que algumas situações configuram apenas aparentes conflitos entre as normas, vez que podem ser compatibilizados à luz da interpretação constitucional. Contudo, no caso específico da previsão de pena perpétua, existe um verdadeiro conflito com a nossa Constituição, que demonstra uma inconstitucionalidade latente do Estatuto.

O Ministro Celso de Melo ao analisar no pedido de cooperação internacional e auxílio ao judiciário, formulado pelo Tribunal Penal Internacional, ao governo brasileiro, para detenção e entrega do presidente do Sudão, Omar-Bashir, (Petição 4625-1) gera o questionamento sobre eventuais inconstitucionalidades da adesão do Estatuto de Roma:

Quanto a esse último tópico, cabe assinalar que se registram algumas dúvidas em torno da suficiência, ou não, da cláusula inscrita no § 4º do art. 5º da Constituição, para efeito de se considerarem integralmente recebidas, por nosso sistema constitucional, todas as disposições constantes do Estatuto de Roma, especialmente se examinarem tais dispositivos convencionais em face das cláusulas que impõem limitações materiais ao poder reformador do Congresso Nacional (CF, art. 60, § 4º).

## 2.1 Entrega De Nacional X Extradicação

O primeiro ponto de discussão se refere à previsão do art. 89 do Estatuto que dispõe que o tribunal poderá dirigir pedido de detenção e entrega de uma pessoa, a qualquer Estado em cujo território se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa. Trata-se da previsão de entrega de nacional, ou *surrender/remisse*, e a aparente ofensa ao art. 5º, LI da Constituição Federal, que veda a possibilidade de extradicação de nacionais.

O que existe, *in casu*, é um aparente conflito de normas, uma vez que se trata de institutos diversos.

A extradição é o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo, acusado de um delito ou já condenado como criminoso, à justiça de outro, que o reclama, e que é competente para julgá-lo e puni-lo<sup>5</sup>.

O art. 5º, LI, da Constituição Federal dispõe que:

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.

Assim, é vedada a extradição de nacionais, salvo a exceção do brasileiro naturalizado e que cometeu crime comum antes da naturalização ou envolvimento em tráfico de drogas.

Existe um consenso na doutrina com relação a impossibilidade de extradição de nacionais. Nesse sentido Uadi Lamêgo Bullos entende que: “[...] inextraditabilidade de brasileiros natos – jamais podem ser extraditados. Aqui a regra é absoluta. Não há exceções ao princípio da inextraditabilidade de brasileiros natos<sup>6</sup>”.

O pedido de extradição é formulado pelo governo do Estado estrangeiro ao Presidente da República (art. 84, VII), por via diplomática. Após, como exigência obrigatória, é encaminhado ao Supremo Tribunal Federal que analisará os requisitos constitucionais e legais da extradição<sup>7</sup>.

Já o instituo da entrega relaciona-se aos países que são signatários do Estatuto de Roma. O art. 89 do Estatuto prevê que o Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega a qualquer Estado de uma pessoa a quem se haja imputado a suposta prática dos delitos incluídos na esfera de competência do Tribunal.

Ou seja, o pedido será feito pelo Tribunal, que é um organismo internacional, com personalidade jurídica própria, criado por vontade dos próprios Estados, e não por um Estado a outro.

O professor Paulo Henrique Gonçalves Portela discorre que:

Ainda prevalece certa polêmica no tocante à admissibilidade de que um brasileiro efetivamente possa responder por seus atos perante o Tribunal Penal Internacional. Entretanto, entendemos que não se deve perder de vista que o Brasil é parte do Estatuto de Roma e, portanto, do TPI, tendo se comprometido com suas normas e seus

5 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASTELA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 105.

6 BULLOS, op. cit., p. 651.

7 Ibid., p. 658.

propósitos, nos termos do artigo 86 desse Estatuto, que determina que ‘Os Estados Partes deverão, em conformidade com o dispositivo no presente Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste.’ Com isso, impedir a entrega de um brasileiro ao TPI poderia dificultar o trabalho deste órgão, que está voltado, cabe ressaltar, a contribuir para garantir a primazia dos direitos humanos no cenário internacional e, portanto, é plenamente conforme com o princípio consagrado no artigo 4º, II, da Constituição Federal<sup>8</sup>.

Valério Mazzuoli, citando novamente Chapaduz de Medeiros entende que:

O fundamento que existe para que as Constituições contemporâneas prevejam a não-extradição de nacionais, está ligado ao fato de a justiça estrangeira pode ser injusta e julgar o nacional do outro Estado sem imparcialidade, o que evidentemente não se aplica ao caso do Tribunal Penal Internacional, cujos crimes já estão definidos no Estatuto e Roma, e cujas normas processuais são das mais avançadas do mundo no que tange às garantias da justiça e da imparcialidade dos julgamentos<sup>9</sup>.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Melo, analisou a questão, no pedido de cooperação internacional e auxílio ao judiciário, formulado pelo Tribunal Penal Internacional, (Petição 4625-1/República do Sudão) entendendo que o próprio Estatuto traz clara distinção entre os dois institutos, sendo que a entrega se refere à entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal Penal Internacional e a extradição quanto à entrega de uma pessoa a outro Estado, tendo em vista previsão em tratado, convenção ou direito interno:

Vê-se, daí, que, embora a entrega de determinada pessoa constitua resultado comum a ambos os institutos, considerado o contexto da cooperação internacional na repressão aos delitos, há, dentre outros, um elemento de relevo que os diferencia no plano conceitual, eis que a extradição somente pode ter por autor um Estado soberano, e não organismos internacionais, ainda que revestidos de personalidade

8 PORTELA, op. cit., p. 307.

9 MAZZUOLI, op. cit., p. 762.

jurídica de Direito Internacional Público, como o Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma, Artigo 4º, n. 1)<sup>10</sup>.

## 2.2 Pena De Caráter Perpétuo

Outro ponto que gera muita divergência quanto a constitucionalidade diz respeito à previsão da pena de caráter perpétuo pelo art. 77, §1º, “b” do Estatuto de Roma e a proibição expressa deste tipo de pena pela Constituição Federal, *in verbis*:

Artigo 77 Estatuto de Roma: 1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5º do presente Estatuto uma das seguintes penas:

[...]

b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem

Art. 5º CF:

[...]

XLVII - não haverá penas

[...]

b) de caráter perpétuo;

De acordo com parte da doutrina, principalmente os doutrinadores internacionalistas, a possibilidade de aplicação da pena perpetua pelo TPI em nada afronta a constituição. Eles entendem que a vedação de penas de caráter perpétuo pela Constituição se restringe ao âmbito interno do nosso ordenamento. Significa que internamente, jamais, poderá ser aplicada pena de caráter perpétuo, o que configura, inclusive, uma limitação material ao poder constituinte derivado reformador (art. 60, §4º, “d” da CF).

No entanto, não existiria empecilho de aplicação da pena perpetua fora do nosso país, em tribunal permanente com jurisdição internacional,

10 NOTÍCIAS STF. 30 DE JULHO DE 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/br/portal/cms/vernoticiasdetalhes.asp?idConteudo=111251>>. Acesso em: 06 out. 2014.

de que o Brasil é parte e em relação ao qual deve obediência, em prol do bem estar da humanidade<sup>11</sup>.

Reforçam seu entendimento no sentido de que o próprio Estatuto prevê no art. 110, §§ 3º e 4º que, quando o condenado já tiver cumprido dois terços da pena, ou 25 anos de prisão, no caso da aplicação da pena perpétua, o Tribunal reexaminará a pena para determinar se haverá lugar a sua redução, desde que se verifique alguma das condições previstas nos §4:

- a) A pessoa tiver manifestado, desde o início e de forma contínua, a sua vontade em cooperar com o Tribunal no inquérito e no procedimento;
- b) A pessoa tiver, voluntariamente, facilitado a execução das decisões e despachos do Tribunal em outros casos, nomeadamente ajudando-o a localizar bens sobre os quais recaíam decisões de perda, de multa ou de reparação que poderão ser usados em benefício das vítimas; ou
- c) Outros fatores que conduzam a uma clara e significativa alteração das circunstâncias suficiente para justificar a redução da pena, conforme previsto no Regulamento Processual.

Argumentam, ainda, na premissa de que o STF não impede a concessão da extradição quando há possibilidade de o extraditado vir a sofrer, no Estado requerente, pena de prisão perpétua, desde que exista o compromisso formal do Estado de comutar a pena.

Para Valério Mazzuoli, a extradição para cumprimento de pena perpétua encontra sua justificativa na Lei nº 6.815/80 (estatuto do Estrangeiro), por força do ser art. 91, que não restringe, em nenhuma das hipóteses que disciplina, a extradição em função da pena de prisão perpétua. Portanto, no Brasil, ainda que internamente não se admita a pena de prisão perpétua, isso não constitui restrição para a extradição<sup>12</sup>.

Nesse sentido entende a juíza brasileira Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, membro do Tribunal Penal Internacional desde 2003, discorrendo sobre o Tribunal Internacional, suas funções, característica, composição, princípios:

---

11 STEINER, Sylvia Helena F. apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 764.

12 *Ibidem*. p. 764.

Em nosso meio, grande é o debate sobre a compatibilidade de tal previsão estatutária com a disposição constitucional inscrita no art. 5º, inc. XLVII, 'a', que proíbe a prisão perpétua. Se tal previsão constitucional aplica-se ou não aos delitos internacionais, ou às decisões proferidas por Cortes internacionais, é matéria a exigir o mais sensato exame. Afinal, é também princípio inscrito no texto constitucional o de que o país se rege, no plano internacional, pela prevalência dos direitos humanos. Cogitar-se da hipótese de que a vedação constitucional dirige-se apenas ao legislador interno, não impedindo assim a submissão do país e de seus nacionais às previsões de uma Corte supranacional, não é de ser afastado de plano. As normas de direito penal da Constituição regulam o sistema punitivo interno. Dão a exata medida do que o constituinte vê como justa retribuição. Não se projeta, assim, para outros sistemas penais aos quais o país se vincule por força de compromissos internacionais. Nesse sentido vem se posicionando a Suprema Corte, deferindo a extradição de pessoas para Estados requerentes onde está prevista a pena de prisão perpétua. Ademais, nossa Constituição prevê pena de morte para crimes militares cometidos em tempo de guerra. Essa disposição deixa entrever que, para crimes de maior gravidade, pode-se aplicar pena muito mais grave que a prevista no Estatuto do TPI, que contém inclusive figuras penais semelhantes às previstas em nosso Código Penal Militar, e para as quais pode-se aplicar a pena capital<sup>13</sup>.

No entanto, entendemos que a aplicação da pena perpétua pelo Tribunal Penal ofende diversos princípios constitucionais protetores dos direitos individuais, ofendendo expressamente as limitações materiais à reforma da Constituição previstas nas cláusulas pétreas.

Dentre as violações constitucionais podemos citar o princípio da individualização das penas (art. 5º, XLVI) que diz que a pena deve ser adaptada ao condenado, consideradas o sujeito ativo do crime e o caso concreto.

Viola também o princípio da humanização das penas que assegura que observância da dignidade do acusado (art. 1º, III da CF) e proíbe a aplicação de penas de morte (salvo no caso de guerra declarada), penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados e cruéis. (art. 5º, XLVII).

O argumento de que o Supremo tribunal Federal admite a extradição para países onde existe a previsão de perpétua, no sentido de reforçar a possibilidade da aplicação da pena em âmbito internacional, também não merece prosperar. Isso porque, nestas situações, ao permitir

---

13 Direitos Humanos na Internet. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/tpi\\_steiner.html](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/tpi_steiner.html)>.

a extradição, o STF exige o compromisso formal do Estado em comutar a pena. Ou seja, não será aplicada a prisão perpétua.

Nesse sentido é a jurisprudência do STF manifestada no julgamento da Extradição nº 855, relatada pelo Ministro Celso de Mello:

[...] EXTRADIÇÃO E PRISÃO PERPÉTUA: NECESSIDADE DE PRÉVIA COMUTAÇÃO, EM PENA TEMPORÁRIA (MÁXIMO DE 30 ANOS), DA PENA DE PRISÃO PERPÉTUA - REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM OBEDIÊNCIA À DECLARAÇÃO CONSTITUCIONAL DE DIREITOS (CF, ART. 5º, XLVII, “b”).

A extradição somente será deferida pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de fatos delituosos puníveis com prisão perpétua, se o Estado requerente assumir, formalmente, quanto a ela, perante o Governo brasileiro, o compromisso de comutá-la em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil (CP, art. 75), eis que os pedidos extradicionais – considerado o que dispõe o art. 5º, XLVII, “b” da Constituição da República, que veda as sanções penais de caráter perpétuo – estão necessariamente sujeitos à autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental brasileira. Doutrina. Novo entendimento derivado da revisão, pelo Supremo Tribunal Federal, de sua jurisprudência em tema de extradição passiva.

Seguindo o mesmo entendimento, dispõe o Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal rejeita a concessão de extradição em relação a crimes para os quais se comina pena de morte ou de prisão perpétua, condicionando o deferimento da extradição à conversão da pena.

Nos casos em que há possibilidade de aplicação de prisão perpétua pelo Estado requerente, o pedido de extradição, caso deferido pelo Supremo Tribunal Federal, é feito sob a condição de que o Estado requerente assumira, formalmente, o compromisso de comutar a pena de prisão perpétua em pena privativa de liberdade com prazo máximo de 30 anos<sup>14</sup>.

14 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 518.

E por fim, o principal argumento da inconstitucionalidade da adesão ao Estatuto de Roma, sem ressalvas, por nosso ordenamento, é a proibição expressa de abolição dos direitos individuais pelo art. 60, §4º, da CF, que dispõe não ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes, os direitos e garantias individuais.

Assim, as cláusulas pétreas constituem um verdadeiro núcleo intangível da Constituição. São matérias que não podem ser abolidas do nosso ordenamento jurídico, configurando limitações ao poder constituinte derivado reformador. A proteção à individualização da pena, o princípio da humanização das penas, a proteção à liberdade são princípios protetores de direitos individuais e que não podem sofrer nenhuma restrição.

O professor Luis Flávio Gomes, em artigo sobre pena de morte e pena de prisão perpétua, discorreu que:

O Estatuto de Roma (1998), que criou o Tribunal Penal Internacional (TPI) e entrou em vigor no dia 01.07.02 (mas só começará a funcionar em 2003), prevê a pena de prisão perpétua (art. 77, item 1, letra b). O Brasil, como se sabe, subscreveu esse Tratado e ratificou o TPI. Há conflito entre a norma internacional e a Constituição.

Como poderia ser compatibilizado a norma internacional com a interna? A doutrina (Sylvia Steiner, desde logo) vem salientando que o Tribunal cuidará de crimes graves, não previstos na legislação interna; a vedação constitucional, de outro lado, vale internamente, não nas relações do Brasil com a comunidade internacional.

Para além de se salientar o retrocesso que representa a contemplação da pena de prisão perpétua no Tratado de Roma, todas as vezes que o Brasil tiver que “entregar” (que não se confunde com extraditar) alguém para ser julgado pelo TPI, deve fazer a ressalva da pena de prisão perpétua, salientando que a entrega é condicionada à não aplicação dessa pena (que é vedada pela nossa Constituição). Essa parece ser a solução mais ajustada para compatibilizar os dois sistemas normativos citados<sup>15</sup>.

Luiz Vicente Cernicchiaro em suas conclusões acerca da previsão da prisão perpétua pelo Tribunal Penal Internacional, aduz que:

15 GOMES, Luiz Flávio. *Pena de morte e prisão perpétua, solução ou ilusão?* Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1912. Referência: v. 82, n. 696, p. 315–322, out. 1993.

Considero a criação do Tribunal Penal Internacional um avanço. É a concretização de ideais. Entretanto, essa concretização precisa estar isenta de outros vícios históricos do Direito Penal, e um deles – para garantir-se até outro princípio que está na nossa Constituição – é o da individualização da pena. Por isso, entendo que o Brasil, em ratificando, em dando a sua adesão, deverá fazê-lo com restrição à aplicação da pena de caráter perpétuo<sup>16</sup>.

Dessa forma, não obstante a relevância e importância do tribunal penal Internacional na proteção dos direitos humanos não se pode permitir a adesão, sem ressalvas, a um Tratado que viola a nossa Constituição. Seria um retrocesso de proteção constitucional dos direitos fundamentais.

### 2.3 Imunidades E Prerrogativas Em Razão Do Cargo

Outro conflito aparentemente existente entre as disposições do Estatuto e nossa Constituição são as imunidade e prerrogativas previstas pela Constituição Federal aos ocupantes de determinados cargos públicos, como Presidente da República; deputados, senadores, etc.

É importante ressaltar que grande parte dos que cometem os crimes previstos no Estatuto, são exercentes de cargos que possuem prerrogativas e imunidades, a exemplo dos chefes de Estado.

Dessa forma, o Estatuto previu que ele será aplicado de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Ressalva, de forma específica, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou Parlamento e que as imunidades ou normas de procedimentos especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa nos termos do direito interno ou do direito internacional não obstarão que o Tribunal exerça sua jurisdição.

Para Valério Mazzuoli, as imunidades e prerrogativas previstas na Constituição Federal são de ordem interna e não constituem empecilho para a jurisdição do Tribunal<sup>17</sup>.

O Ministro Celso de Melo ao analisar a Petição 4625-1/República do Sudão, aborda a questão, dispondo que:

16 CERNICCHIARIO, Luiz Vicente. Pena de Prisão Perpétua. *Revista CEJ*, v. 4 n. 11 maio/ago. 2000.

17 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 766.

Impende acentuar, ainda, tendo-se presente a perspectiva da autoria dos crimes submetidos à competência jurisdicional do Tribunal Penal Internacional, que o Estatuto de Roma submete, à jurisdição dessa Alta Corte judiciária, qualquer pessoa que haja incidido na prática de crimes de genocídio, de guerra, contra a humanidade ou de agressão, independentemente de sua qualidade oficial (Artigo 27).

Na realidade, o Estatuto de Roma, ao assim dispor, proclama a absoluta irrelevância da qualidade oficial do autor dos crimes submetidos, por referida convenção multilateral, à esfera de jurisdição e competência do Tribunal Penal Internacional.

Isso significa, portanto, em face do que estabelece o Estatuto de Roma em seu Artigo 27, que a condição política de Chefe de Estado, como sucede no caso em exame, não se qualifica como causa excludente da responsabilidade penal do agente nem fator que legitime a redução da pena cominada aos crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão.

É de observar, neste ponto, que a cláusula de “irrelevância da qualidade oficial” do autor de referidos delitos, inscrita no Artigo 27 do Estatuto de Roma, põe em destaque questão das mais expressivas, considerado o aspecto pertinente à denominada imunidade soberana dos dignitários dos Estados nacionais (como os Chefes de Estado e de Governo, os Ministros de Estado e os membros do Congresso Nacional).

Vale relembrar, quanto a essa matéria, que a Corte Internacional de Justiça – principal organismo judiciário do sistema das Nações Unidas (JOSÉ CRETELLA NETO, “Teoria Geral das Organizações Internacionais”, p. 188/189, item IV.1.6.2, 2a ed., 2007, Saraiva; MARCELO PUPE BRAGA, “Direito Internacional Público e Privado”, p. 137, item n. 7.9, 2009, Método; HILDEBRANDO ACCIOLY, GERALDO EULÁLIO DO NASCIMENTO E SILVA e PAULO BORBA CASELLA, “Manual de Direito Internacional Público”, p. 401/402, item n. 3.1.1.3, 17a ed., 2009, Saraiva, v.g.) –, em julgamento realizado em 14/02/2002, concernente à decretação, por um magistrado belga, da prisão do Ministro das Relações Exteriores congolês, então no pleno exercício de suas funções, reafirmando velho dogma do direito internacional consuetudinário, decidiu que essa ordem de prisão e a sua correspondente “circulação internacional” constituíam violação ao direito internacional, por implicarem desrespeito à inviolabilidade pessoal e à imunidade de

jurisdição penal de que dispunha aquela autoridade estrangeira, em face da jurisdição doméstica do Judiciário do Reino da Bélgica.

Ocorre, no entanto, como precedentemente assinalado, que, de acordo com o Estatuto de Roma, mostra-se irrelevante, para fins de “*persecutio criminis*”, a condição política do agente, que não poderá opor, ao Tribunal Penal Internacional, ainda que se cuide de Chefe de Estado ou de Governo, a denominada “*sovereign immunity*” ou “*crown immunity*”, tal como estipula, expressamente, o Artigo 27 dessa convenção multilateral, que assim dispõe:

#### “Irrelevância da Qualidade Oficial

1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de ‘*per se*’ motivo de redução da pena.

2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.” (grifei)

Não é por outro motivo que o Artigo 27 do Estatuto de Roma tem ensejado controvérsia, notadamente porque há aqueles que, invocando o modelo de Westphalia, implementado a partir de 1648, sustentam a tese do caráter absoluto da soberania estatal (o que inviabilizaria o exercício, pelo Tribunal Penal Internacional, de sua jurisdição), em oposição aos que não só conferem dimensão relativa à noção de soberania do Estado, mas sobretudo justificam referida cláusula convencional (Artigo 27) a partir da idéia, hoje positivada no art. 4o, inciso II, de nossa Constituição, da “prevalência dos direitos humanos”, valendo mencionar, no ponto, as observações de CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ (“O Direito Penal Internacional”, p. 115/116, item n. 4.3, 2009, Del Rey):

“Note-se que os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, de maneira geral, são cometidos por indivíduos que exercem determinada função estatal. Desta forma, a regra do Artigo 27 do

Estatuto de Roma busca evitar que aqueles se utilizem dos privilégios e das imunidades que lhes são conferidos pelos ordenamentos internos como escudo para impedir a responsabilização em face dos crimes internacionais. Por fim, entende-se que o princípio da prevalência dos direitos humanos, insculpido no Artigo 4º, II, da Constituição Federal, ‘permite implicitamente que haja restrições às imunidades usualmente concedidas a funcionários no exercício de sua atividade funcional em casos de violações a direitos humanos, não colidindo, por conseguinte, com o artigo 27 do Estatuto de Roma.’ (grifos no original).

Assim, apesar da Constituição consagrar as imunidades e prerrogativas a determinados ocupantes de cargos públicos entendemos que a previsão do Estatuto não viola a Constituição, uma vez que as imunidades e prerrogativas possuem relevância na atuação de determinadas funções públicas sob a ótica do nosso ordenamento interno, em decorrência de suas atribuições.

Essas imunidades e privilégios são protegidos pela constituição para que os ocupantes de determinados cargos possam exercer suas funções de forma independente e autônoma. Todavia, não podem ser utilizadas para impedir que aqueles que cometem crimes internacionais (e que normalmente exercem funções com prerrogativas) fiquem impunes.

### 3 CONCLUSÃO

A criação do tribunal Penal Internacional pode ser considerada um marco na proteção dos direitos humanos. A existência de um tribunal com jurisdição universal, permanente e independente para julgar os crimes contra a humanidade de forma imparcial representa uma grande evolução ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos.

A adesão pelo Brasil ao Estatuto de Roma consagra a proteção dos direitos fundamentais prevista na nossa Constituição, além da efetivação do art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da nossa Constituição que dispõe que: Art. 7º ADCT: O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos e a previsão da prevalência dos direitos humanos, prevista no art. 4º, II da CF.

Verificamos que existe uma discussão relevante acerca da adesão do Brasil ao Estatuto de Roma. A doutrina e o próprio STF na análise do pedido de cooperação internacional e auxílio ao judiciário, formulado pelo Tribunal Penal Internacional, ao governo brasileiro,

para detenção e entrega do presidente do Sudão, Omar-Bashir, (Petição 4625-1) questionou a constitucionalidade do Estatuto, principalmente quando confrontado com a proteção do art. 60, §4º da Constituição.

Abordamos os pontos de maior polêmica, e concluímos a previsão do instituto da entrega de nacional (*surrender*) não viola a nossa constituição, vez que não se confunde com o instituto da extradição de nacional, que é vedado pelo art. 5º, LI da CF.

Também concluímos que a previsão da cláusula da absoluta irrelevância da qualidade oficial, dispondo que o Estatuto deve ser aplicado de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial, é constitucional. As imunidades e prerrogativas previstas por nossa constituição asseguram aos detentores de determinados cargos o exercício de suas funções de forma independente e autônoma, livre de pressões políticas. No entanto, elas não devem ser utilizadas como escudo protetor para aqueles que cometem os crimes mais graves contra a humanidade.

No que concerne à previsão da pena de caráter perpétuo, concluímos que deve ser feita uma análise mais profunda da sua constitucionalidade.

Ao prever as limitações materiais ao poder de reforma da constituição, instituindo as cláusulas intangíveis do nosso ordenamento constitucional, o constituinte originário pretendeu proteger de forma absoluta os direitos individuais protegidos por nossa constituição.

De maneira que esses direitos jamais podem ser restringidos. A previsão do direito à liberdade, do princípio da individualização das penas, do princípio da humanização das penas e proibição de penas cruéis e desumanas impede que possamos aderir um tratado internacional que viola esses direitos individuais.

Ao prever expressamente a impossibilidade de pena de caráter perpétuo, a nossa Constituição veda a adesão do nosso Estado a institutos que consagram a restrição desses direitos individuais. Admitir tal restrição significa um retrocesso na evolução da proteção dos direitos fundamentais por nossa constituição, além de existir uma verdadeira inconstitucionalidade.

Dessa forma, não obstante a grande importância do Tribunal Penal Internacional para o nosso país e sistema internacional de proteção dos direitos humanos, a questão deverá ser mais bem analisada pelo poder judiciário (pendência de análise da Petição 4625-1) e também pelo poder legislativo ressaltando a adesão ao Estatuto de forma a se coadunar com as proteções constitucionais.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASTELA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. *Presidência da República*. Brasília, 07 set. 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm)>. Acesso em: 07 set. 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CERNICCHIARIO, Luiz Vicente. Pena de Prisão Perpétua. *Revista CEJ*, v. 4 n. 11 maio/ago. 2000.

GOMES, Luiz Flávio. *Pena de morte e prisão perpétua, solução ou ilusão?* Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1912. Referência: v. 82, n. 696, out. 1993.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional Público e Privado*. 3. ed.

---

# COMPARAÇÃO E HARMONIZAÇÃO DE SISTEMAS JURÍDICOS: PRINCÍPIOS DE DIREITO EUROPEU DE RESPONSABILIDADE CIVIL

*COMPARISON AND HARMONIZATION OF LEGAL SYSTEMS:  
PRINCIPLES OF EUROPEAN TORT LAW*

---

*Eugênio Battesini<sup>1</sup>*

*Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
Visiting Research Fellow na Columbia University in the City of New York  
Professor Associado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
Procurador Federal da Advocacia-Geral da União,  
atuante na Procuradoria Regional Federal da 4ª Região*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Fundamentos de Direito Comparado; 2 Harmonização dos sistemas jurídicos; 3 Responsabilidade Civil; 4 Princípios de Direito Europeu de Responsabilidade Civil; 5 Conclusão; Referências.

---

<sup>1</sup> e-mail: eugenio.battesini@agu.gov.br,

**RESUMO:** O direito comparado tem desempenhado relevante papel nos processos de comunicação transnacional entre os estudiosos do direito e de integração gradual dos sistemas jurídicos nacionais. A responsabilidade civil oferece fértil campo para a realização de estudos comparativos. O presente artigo apresenta um breve panorama dos esforços de harmonização normativa realizados pelo European Group on Tort Law, que elaborou os Princípios de Direito Europeu de Responsabilidade Civil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade Civil. Direito Comparado. Harmonização. Europa.

**ABSTRACT:** The comparative law has played an important role in the process of transnational communication among scholars of law and of gradual integration of national legal systems. Tort Law provides fertile ground for comparative studies. This article presents a brief overview of regulatory harmonization efforts undertaken by the European Group on Tort Law, which drafted the Principles of European Tort Law.

**KEYWORDS:** Tort Law. Comparative Law. Harmonization. Europe.

## INTRODUÇÃO

A aproximação entre sistemas jurídicos<sup>2</sup> e o crescente processo de cientificação do direito<sup>3</sup> constituem relevantes fenômenos contemporâneos. O direito comparado, em especial via instrumentos de harmonização normativa, tem desempenhado relevante papel nos processos de comunicação transnacional entre os estudiosos do direito e de integração gradual dos sistemas jurídicos nacionais<sup>4</sup>. O tema da responsabilidade civil oferece fértil campo para a realização de estudos comparativos<sup>5</sup>, entre outros aspectos, pelo fato de que a doutrina jurídica da responsabilidade civil, em qualquer lugar, é realmente focada no estudo do mesmo conjunto de elementos: o nexo de causalidade, o dano e os fundamentos da responsabilidade.

O presente artigo apresenta um breve panorama dos esforços de harmonização normativa realizados no campo da responsabilidade civil (tort Law) pelo European Group on Tort Law, que elaborou os Princípios de Direito Europeu de Responsabilidade Civil.

A exposição está estruturada em quatro partes. A primeira parte apresenta fundamentos de direito comparado, em especial a contribuição de juscomparatistas clássicos como René David, Rodolfo Sacco e Konrad Zweigert/Hein Kötz. A segunda parte é dedicada ao estudo da harmonização dos sistemas jurídicos nacionais, com ênfase para os benefícios proporcionados e para os instrumentos de atuação. Na terceira parte são apresentados os fundamentos doutrinários da responsabilidade civil, apresentando os três elementos tradicionais da teoria jurídica, o dano, o nexo de causalidade e o nexo de imputação. A quarta parte apresenta os Princípios de Direito Europeu de Responsabilidade Civil, elaborados pelo European Group on Tort Law. Na conclusão é realizada a síntese das principais idéias desenvolvidas.

---

2 Veja-se sobre o tema: VICENTE, Dário M. *Direito Comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014. Bibliografia: p. 520-521.

3 Veja-se sobre o tema: ULEN, Thomas. A Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law. *Illinois Law and Economics Working Papers Series*. Working Paper n. LE03-008, University of Illinois Law Review, 2002. 46 p. ([http://papers.ssrn.com/pape.tar?abstract\\_id=419823](http://papers.ssrn.com/pape.tar?abstract_id=419823)). Bibliografia: p. 20.

4 Veja-se sobre o tema: BATTESINI, Eugênio. Breves Considerações sobre a Contribuição da Comparação para o Desenvolvimento da Ciência Jurídica. In: PORTO, Antônio M.; SAMPAIO, Patrícia. *Direito e Economia em Dois Mundos: Doutrina Jurídica e Pesquisa Empírica*. p. 251-261. Rio de Janeiro: FGV, 2013. Bibliografia: p. 252.

5 Veja-se sobre o tema: MATTEI, Ugo. *Comparative Law and Economics*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1998. 288 p. Bibliografia: p. 240.

## 1 FUNDAMENTOS DE DIREITO COMPARADO

Enquanto disciplina científica, conjunto de conhecimentos relativos a certo objeto, obtidos segundo determinado método, o direito comparado pode ser definido como: “o conjunto de diligências e de processos, encadeados de forma racional, destinados a conduzir o jurista a constatar e a perceber, mediante um processo ordenado, metódico e progressivo de confrontação e de comparação entre os sistemas jurídicos, as semelhanças e as diferenças, neles existentes, assim como as suas causas”, isto é, “a comparação consistiria precipuamente em extrair as relações existentes entre as estruturas e as funções dos termos a serem comparados, pertencentes a ordens jurídicas diferentes”<sup>6</sup>.

O caráter científico do direito comparado e a sua utilização como instrumento de comunicação transnacional entre os juristas, a longa data, são questões destacadas pela doutrina juscomparatista. Em 1900, no 1º Congresso Internacional de Direito Comparado, promovido pela Société de Législation Comparée, Raymond Saleilles afirmou o caráter científico da comparação jurídica, proclamando que “a ciência do direito comparado, no sentido jurídico do termo, tem como objeto extrair do conjunto das instituições particulares uma base comum, ou, pelo menos, pontos de contato capazes de trazer à luz a unidade fundamental da vida jurídica universal”<sup>7</sup>. Autor francês contemporâneo a Raymond Saleilles, Édouard Lambert destaca que “os estudos de direito adquirem uma cientificidade autêntica quando se identificam os princípios reais de qualquer sistema jurídico nacional”, sendo “precisamente o direito comparado que permite vislumbrar tais princípios gerais”<sup>8</sup>.

O caráter científico do direito comparado e a necessidade de estabelecer a comunicação transnacional entre os juristas são temas também abordados pela doutrina juscomparatista atual. Emblemática é a manifestação de René David no sentido de que “a ciência do Direito tem, pela sua própria natureza de ciência, um caráter transnacional..., o desenvolvimento dos estudos do direito comparado servirá para este fim, ele situa-se dentro da linha de uma evolução que tende a promover, sobre

---

6 Definição apresentada por Véra Fradera no texto de apresentação da edição em língua portuguesa da obra: SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução de Véra M. J. Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 318 p. Bibliografia: p. 5.

7 Citado por: SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução de Véra M. J. Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 318 p. Bibliografia: p. 29.

8 Citado por: ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introducción al Derecho Comparado*. Tradução de Arturo A. Vázquez. México: Oxford University Press, 2002. 771 p. Bibliografia: p. 5.

todos os aspectos, uma melhor cooperação internacional<sup>9</sup>. Igualmente representativa é a manifestação de Konrad Zweigert e Hein Kötz: “se consideramos que a ciência do direito compreende não apenas as técnicas de interpretação dos textos, princípios, regras e normas de um sistema nacional, mas, também, o descobrimento de modelos para prevenir ou resolver conflitos sociais, então o método de direito comparado pode brindar uma gama de soluções muito mais ampla do que uma ciência consagrada a um só país, pela simples razão de que os diferentes sistemas do mundo podem aportar uma maior variedade de soluções do que poderia conceber em toda uma vida o jurista mais imaginativo e especializado no seu próprio sistema”<sup>10</sup>.

Do ponto de vista operacional, o direito comparado atua no plano microcomparativo e macrocomparativo<sup>11</sup>. No plano microcomparativo, a análise volta-se para a comparação de institutos jurídicos e problemas jurídicos específicos, ou seja, efetiva-se a comparação dos princípios a que se recorre em cada sistema jurídico para resolver situações concretas, tais como; critérios de responsabilização civil, critérios de definição e proteção dos direitos de propriedade, modalidades de contratação e formas de organização da atividade empresarial. No plano macrocomparativo a análise volta-se para a comparação do estilo e espírito dos diferentes sistemas jurídicos, destacando o papel desempenhado pelos agentes jurídicos e os procedimentos utilizados, por exemplo; diferentes técnicas legislativas, diferentes estilos de codificação, métodos de interpretação, a função atribuída aos precedentes judiciais e à doutrina, o papel desempenhado pelos juízes, advogados, legisladores e demais operadores do direito.

Além do que, o direito comparado realiza análise comparativa estática e análise comparativa dinâmica. A análise comparativa estática objetiva verificar identidade e diferença entre os sistemas jurídicos em dado período de tempo, considerando os diversos formantes (legal, doutrinário, jurisprudencial...) e suas combinações. A análise comparativa dinâmica objetiva identificar convergência e divergência, considerando a mútua interação entre sistemas jurídicos no curso da história, centrando

---

9 DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Bibliografia: p. 6-7.

10 ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introducción al Derecho Comparado*. Tradução de Arturo A. Vázquez. México: Oxford University Press, 2002. 771 p. Bibliografia: p. 16-17.

11 Vejam-se sobre o tema: ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introducción al Derecho Comparado*. Tradução de Arturo A. Vázquez. México: Oxford University Press, 2002. 771 p. Bibliografia: p. 5-6; e, PORTALE, Giuseppe B. *Lezioni di Diritto Privato Comparato*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007. Bibliografia: p. 10-11.

o foco no processo de mudança, em especial no transplante de institutos jurídicos e na integração e harmonização dos sistemas normativos<sup>12</sup>.

O direito comparado, em essência, desempenha a função de estabelecer a comunicação transnacional entre estudiosos do direito, de dinamizar o intercâmbio internacional de temas jurídicos, diluindo os prejuízos da nacionalidade e contribuindo para enriquecer o entendimento entre os juristas dos diversos países. De forma sistematizadora, Dário Vicente destaca que o direito comparado desempenha funções epistemológicas, constituindo “fator de enriquecimento cultural do jurista e de reforço do espírito crítico que dele se requer”, e funções heurísticas, “auxiliando o jurista na descoberta de soluções para os problemas postos pela regulação da convivência social”<sup>13</sup>. Dentre as funções heurísticas do direito comparado destaca-se a harmonização dos direitos nacionais, temática objeto de análise na seção seguinte.

## 2 HARMONIZAÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS

A comparação de direitos procurando identificar um núcleo comum revela-se fundamental à harmonização e unificação dos direitos nacionais<sup>14</sup>. Em termos conceituais, a harmonização dos direitos nacionais caracteriza-se pela redução das diferenças que os separam quanto a certas matérias, tendo em vista assegurar certo grau de equivalência funcional entre as soluções neles consagradas, mas sem que se realize a supressão integral da diversidade das respectivas regras. A unificação dos direitos nacionais, por sua vez, tem por objetivo a supressão das diferenças entre os sistemas jurídicos considerados, o que pressupõe a identidade das suas regras jurídicas e porventura mesmo a atribuição a um único órgão da competência para decidir em última instância as questões suscitadas pela respectiva interpretação e integração.

Diversas razões justificam a harmonização e a unificação de direitos nacionais<sup>15</sup>. Destacam-se a certeza do direito aplicável e a segurança jurídica

---

12 Vejam-se sobre o tema: SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução de Véra M. J. Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. 318 p. Bibliografia: p. 69-91; e, MATTEL, Ugo. *Comparative Law and Economics*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1998. 288 p. Bibliografia: p. 27, 102-105

13 VICENTE, Dário M. *Direito Comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014. Bibliografia: p. 21.

14 Veja-se sobre o tema: VICENTE, Dário M. *Direito Comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014. Bibliografia: p. 525.

15 Vejam-se sobre o tema: VICENTE, Dário M. *Direito Comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014. Bibliografia: p. 525; e, BOOM, Willem H. Harmonizing Tort Law: a Comparative Tort Law and Economics Analysis, p. 435-449. In: FAURE, Michael (ed.). *Tort Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. 521 p.

nas transações internacionais proporcionadas pela aplicação de regras uniformes ou harmonizadas. Em contexto de integração de mercados, a harmonização e a unificação proporcionam igualdade de condições jurídico-institucionais entre os agentes econômicos que concorrem entre si. A redução dos custos de transação, em especial dos custos de informação associados à diversidade de sistemas jurídicos nacionais, é outro significativo benefício proporcionado pela aplicação de regras uniformes ou harmonizadas. Além do que, no campo da responsabilidade civil, a harmonização e a unificação permitem melhor atuação frente ao problema dos danos/externalidades transfronteiriços (cross-border torts).

A harmonização e a unificação dos direitos nacionais podem ser realizadas através de diferentes categorias de instrumentos<sup>16</sup>. Exemplos de instrumentos de harmonização são as Leis-Modelo emanadas da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial (CNUDCI ou UNICITRAL) e do Instituto para Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), as quais se destinam a servir como exemplo ou fonte de inspiração aos legisladores nacionais na regulamentação das matérias nelas versadas, e as Diretivas da União Européia, as quais vinculam os Estados-Membros quanto aos resultados a alcançar na disciplina jurídica de determinadas matérias, mas deixando às instâncias nacionais a competência quanto às formas e os meios de o conseguirem. Exemplos de instrumentos de unificação são os tratados de Direito Internacional Público e os Regulamentos da União Européia.

O direito privado desde o final do século XIX, com as Convenções de Paris e Berna, respectivamente para proteção da propriedade intelectual e das obras literárias e artísticas, tem sido palco de diversas iniciativas de harmonização e unificação dos direitos nacionais. No âmbito mundial<sup>17</sup>, as mais ambiciosas tentativas de harmonização e unificação foram conduzidas pelo Instituto para Unificação do Direito Privado - UNIDROIT<sup>18</sup>. Destacam-se os Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais, tentativa de unificação internacional do regime internacional de compra e venda que remonta a 1935 e que contempla disposições relativas à formação, à validade e interpretação dos contratos, à determinação das obrigações deles emergentes e aos direitos de terceiros, ao cumprimento, ao

16 Vaja-se sobre o tema: VICENTE, Dário M. *Direito Comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014. Bibliografia: p. 525.

17 Vajam-se sobre o tema: VICENTE, Dário M. *Direito Comparado*. 3.. ed. Coimbra: Almedina, 2014. Bibliografia: p. 525-535; e, PORTALE, Giuseppe B. *Lezioni di Diritto Privato Comparato*. 2.. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007. Bibliografia: p. 39.

18 O web site do UNIDROIT é <http://www.unidroit.org>.

incumprimento e à cessão do contrato e de direitos dele emergentes. Trata-se de um texto de caráter não vinculativo, soft Law, cuja eficácia deriva da adesão espontânea das partes que a ele aderem.

Iniciativas de harmonização e unificação do direito privado têm sido realizadas na esteira dos movimentos de integração econômica regional<sup>19</sup>. Protagonista em tal processo tem sido a União Européia, que tem desenvolvido esforços com vistas à elaboração de um Código Civil Europeu. Em 1998 foi constituído o Grupo de Estudos sobre um Código Civil Europeu (Study Group on a European Civil Code)<sup>20</sup>, com a tarefa de preparar uma codificação destinada a ser posteriormente incorporada num Regulamento Comunitário. Diversos trabalhos preparatórios têm sido realizados, com destaque para os Princípios Europeus de Contratos, publicados pela Comissão de Direito Europeu dos Contratos entre 1995 e 2003, para o Código Europeu de Contratos, iniciativa da Academia dos Jusprivatistas Europeus publicada em 2004, e para o Draft dos artigos em matéria de Responsabilidade Civil, publicados em 2005<sup>21</sup>.

Especificamente na área da responsabilidade civil, tem se destacado o trabalho realizado pelo Grupo Europeu de Responsabilidade Civil<sup>22</sup> (European Group on Tort Law), o qual, em cooperação com o European Center of Tort Law and Insurance Law<sup>23</sup>, em 2005, publicou os Princípios de Direito Europeu de Responsabilidade Civil (Principles of European Tort Law). A temática da responsabilidade civil e os Princípios de Direito Europeu de Responsabilidade Civil são objeto de análise nos tópicos subseqüentes.

### 3 RESPONSABILIDADE CIVIL

Princípio metodológico básico de direito comparado, enunciado por Konrad Zweigert e Hein Kötz, é a “presunção de semelhança”<sup>24</sup> entre os sistemas jurídicos considerados, ou seja, os distintos sistemas

---

19 Vajam-se sobre o tema: VICENTE, Dário M. *Direito Comparado*. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2014. Bibliografia: p. 525-535; e, PORTALE, Giuseppe B. *Lezioni di Diritto Privato Comparato*. 2ª. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007. Bibliografia: p. 38-39.

20 O web site do *Study Group on a European Civil Code* é <http://www.sgecc.net>.

21 Veja-se sobre o tema: BLACKIE, John. The Torts Provisions of the Study Group on a European Civil Code. In: BUSSANI, Mauro (Ed.). *European Tort Law, Eastern and Western Perspectives*. Berna: Stämpfli Publishers Ltd., 2007. 379 p. Bibliografia: p. 55-80.

22 O website do *European Group on Tort Law* é <http://www.egtl.org>.

23 O website do *European Center of Tort Law and Insurance Law* é <http://www.ectil.org>.

24 Vejam-se: ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introducción al Derecho Comparado*. Tradução de Arturo A. Vázquez. México: Oxford University Press, 2002. 771 p. Bibliografia: p. 44; e, VICENTE, Dário M. *Direito Comparado*. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2014. Bibliografia: p. 43.

jurídicos prescrevem soluções idênticas ou muito semelhantes aos mesmos problemas de vida, apesar das significativas diferenças na história, estrutura conceitual e estilo de operação dos diversos sistemas jurídicos. Nesse sentido, emblemático é o exemplo proporcionado pelo direito de danos, responsabilidade civil ou tort Law.

Compreendendo o conjunto de normas jurídicas que determinam quando a pessoa que causa dano a outrem deve pagar a indenização correspondente, o direito de danos tem origem no instituto romano da Lex aquilia, sendo que ao longo do tempo diferentes institutos jurídicos foram desenvolvidos no âmbito dos sistemas de common Law e de civil Law<sup>25</sup>. No âmbito do civil Law, integrada à categoria jurídica mais ampla, o direito das obrigações, a responsabilização por danos articula-se em torno do conceito de responsabilidade civil, contemplando cláusula geral aplicável às diversas modalidades de inadimplemento de obrigação lesivas a outrem, na tradição francesa (artigo 1382 do Código Civil Francês e congêneres no Código Civil Brasileiro de 2002, artigo 927, combinado com artigo 186), e listando os três tipos de responsabilidade, na tradição germânica (artigos §823, 1 e 2, e §826 do Código Civil Alemão). No âmbito do common Law, a responsabilização por danos constitui categoria jurídica própria denominada tort Law, direito dos ilícitos culposos ou ilícitos civis, categoria que compreende vasta gama de atos ilícitos que causam danos a outrem, sendo a regulação efetivada através de institutos jurídicos como trespass on land, misrepresentation, defamation, nuisance e malicious prosecution.

O direito de danos tem como principal objetivo, Konrad Zweigert e Hein Kötz<sup>26</sup> consignam, “definir, dentre os inúmeros eventos danosos que se verificam quotidianamente, quais deles devam ser transferidos do lesado ao autor do dano, em conformidade com as idéias de justiça e equidade dominantes na sociedade”. De maneira análoga, Hans-Bernd Schäfer e Claus Ott<sup>27</sup> registram que, enquanto método de resolução de conflitos de interesses em atividades que envolvem riscos de acidentes, o direito de danos “tem por missão determinar as posições jurídicas subjetivas e os direitos de atuação dos potenciais causantes e prejudicados”. Em linhas gerais, pois, o direito de danos, o direito da responsabilidade civil ou o tort Law, pode ser definido como o ramo da

<sup>25</sup> Veja-se sobre o tema: BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia, Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*, São Paulo: Editora LTr, 2011. 328 p. Bibliografia: p. 26.

<sup>26</sup> ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introducción al Derecho Comparado*. Tradução de Arturo A. Vázquez. México: Oxford University Press, 2002. 771 p. Bibliografia: p. 660.

<sup>27</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Tradução de Macarena C. Lichterfel de. Madrid: Tecnos, 1991. 371 p. Bibliografia: p. 107.

tecnologia jurídica que se dedica ao estudo dos critérios para a seleção das situações nas quais a ocorrência de danos causados a terceiros deve ser indenizada (quando reparar) e dos critérios para a realização da indenização (de que forma reparar).

De forma perspicaz, Konrad Zweigert e Hein Kötz<sup>28</sup> colocam em evidência o fato de que “se forem deixados de lado aspectos históricos para centrar a análise em aspectos práticos do direito de danos, constata-se que os grupos e tipos de casos que parecem problemáticos são praticamente os mesmos em todos os sistemas jurídicos”. Razão pela qual, “todos os sistemas jurídicos contam com um acervo de doutrinas que permitem ao juiz equilibrar os interesses próprios de cada caso e decidir se deve ou não ser paga uma compensação. Não surpreende ao juscomparatista descobrir que este mesmo processo de valoração se repete em contextos sistemáticos muito diferentes entre si”.

Em tal contexto, com vistas à atribuição da responsabilidade civil, tradicionalmente a doutrina jurídica identifica três elementos ou requisitos básicos<sup>29</sup>, quais sejam: a existência de um nexo de imputação, de uma ação juridicamente qualificada com fundamento na idéia de culpa ou de risco criado; a existência de um dano, de uma lesão ou prejuízo, patrimonial ou moral, a um terceiro; e, a existência de um nexo de causalidade, de um elo que liga a ação ao dano, a relação de causa e efeito entre a ação praticada e o dano verificado.

De forma perspicaz, Cooter e Ulen<sup>30</sup> registram que os três elementos clássicos da teoria jurídica constituem uma “coerente paisagem da vida social”, sendo que, à medida que na vida diária as pessoas impõem riscos umas às outras, “a sociedade tem desenvolvido normas que prescrevem padrões de comportamento para limitar tais riscos”. Assim, quando os indivíduos causam danos, violando tais normas de comportamento, os danos devem recair sobre alguém, de maneira que o Judiciário conecta a causa do dano com a violação da norma e atribui a responsabilidade à parte que incorre em falta ou simplesmente à parte que causou o dano.

Indo além, os três elementos clássicos da teoria jurídica constituem o núcleo analítico básico em torno do qual são edificados os Princípios de

---

28 ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introducción al Derecho Comparado*. Tradução de Arturo A. Vázquez. México: Oxford University Press, 2002. 771 p. Bibliografia: p. 661 e 663.

29 Vejam-se sobre o tema, exemplificativamente: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Bibliografia: p. 35; NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. 710 p. Bibliografia: p. 469; e, AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law Second, Torts*. 2. ed. St. Paul: American Law Institute Publishers, 1965.

30 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 5. ed. Boston: Pearson Education, 2008. 582 p. Bibliografia: p. 334.

Direito Europeu de Responsabilidade Civil, desenvolvidos pelo Grupo Europeu de Responsabilidade Civil (European Group on Tort Law), conforme evidencia o tópico seguinte.

#### 4 PRINCÍPIOS DE DIREITO EUROPEU DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Consistentes estudos desenvolvidos com vistas à harmonização dos direitos nacionais de responsabilidade civil/tort Law têm sido desenvolvidos pelo Grupo Europeu de Responsabilidade Civil (European Group on Tort Law). Estabelecido em 1992, o European Group on Tort Law atua em cooperação com o European Center of Tort Law and Insurance Law, entidade com sede em Viena, fundada em 1999, com o duplo propósito de, por um lado, criar uma base institucional segura para a elaboração de princípios de Direito Europeu de responsabilidade civil e, por outro lado, realizar projetos de pesquisa no campo da responsabilidade civil e do direito securitário.

Conforme previsto em seus estatutos<sup>31</sup>, o European Centre of Tort and Insurance Law tem por objetivo: realizar análise comparativa dos sistemas de responsabilidade civil e securitário de países da Comunidade Européia e de países extracomunitários; realizar estudos voltados para a harmonização e unificação do Direito Europeu de responsabilidade civil; e promover a cooperação entre estudiosos e instituições de pesquisa da responsabilidade civil e de seguros, desenvolvendo projetos conjuntos de pesquisa.

Os estudos comparativos desenvolvidos pelo European Group on Tort Law e pelo European Centre of Tort and Insurance Law são conduzidos por um grupo de destacados doutrinadores que se reúnem regularmente para debater os problemas fundamentais, a evolução recente e as perspectivas futuras do direito da responsabilidade civil. O European Group on Tort Law<sup>32</sup>, é composto por especialistas provenientes de países da União Européia, dentre os quais, Itália, Bélgica, Suécia, Holanda, Grécia, Áustria, Alemanha, França, Espanha, Portugal, Suíça e Inglaterra, além de contar também com a participação de juristas de países não integrantes da União Européia.

O European Group on Tort Law passou mais de uma década realizando estudos comparativos preparatórios para a elaboração dos Princípios de Direito Europeu de Responsabilidade Civil. Durante este tempo, os elementos-chave da responsabilidade civil foram analisados

31 Veja-se <http://www.ectil.org>; STATUTES.

32 Veja-se <http://www.ectil.org>; INTRODUCTION.

separadamente e publicados na série *Unification of Tort Law*<sup>33</sup>: volume 1, *J. Spier* (ed.), *The Limits of Liability: Keeping the Floodgates Shut* (1996); volume 2, *J. Spier* (ed.), *The Limits of Expanding Liability: Eight Fundamental Cases in a Comparative Perspective* (1998); volume 3, *H. Koziol* (ed.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness* (1998); volume 4, *J. Spier* (ed.), *Unification of Tort Law: Causation* (2000); volume 5, *U. Magnus* (ed.), *Unification of Tort Law: Damages* (2001); volume 6, *B.A. Koch/H. Koziol* (eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability* (2002); volume 7, *J. Spier* (ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others* (2003); volume 8, *U. Magnus/M. Martín-Casals* (eds.), *Unification of Tort Law: Contributory Negligence* (2004); volume 9, *W.V.H. Rogers* (ed.), *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors* (2004), e; volume 10, *P. Widmer* (ed.), *Unification of Tort Law: Fault* (2005).

O mais ambicioso projeto desenvolvido pelo European Group on Tort Law foi a realização do “Draft of Principles of European Tort Law” (*Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, 2005, Springer, Vienna/New York). Os Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil<sup>34</sup> estão estruturados em seis títulos: Título I – Disposição Fundamental; Título II – Pressupostos Gerais da Responsabilidade; Título III – Fundamentos da Responsabilidade; Título IV – Exclusão ou Limitação da Responsabilidade; Título V – Pluralidade de Responsáveis; e, Título VI – Direito do Lesado.

O Título I dos Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil, em seu capítulo primeiro, artigo 1:101, contém a norma base segundo a qual aquele a quem for juridicamente imputável um dano sofrido por outrem fica obrigado a repará-lo. Em adição estebelece que um dano pode ser imputado àquele cuja conduta culposa o tenha causado (responsabilidade subjetiva), ou àquele cuja atividade anormalmente perigosa o tenha causado (responsabilidade objetiva pelo risco da atividade), ou àquele cujos auxiliares o tenham causado no exercício de suas funções (responsabilidade por fato de outrem).

O Título II dos Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil apresenta os pressupostos gerais da responsabilidade, o dano, no capítulo segundo, e o nexos de causalidade, no capítulo terceiro. O dano é qualificado como uma lesão material ou imaterial a um interesse juridicamente protegido (artigo 2:101). A extensão da proteção de um interesse depende (artigo 2:102): da sua natureza, de forma que quanto mais valioso e precisa a sua definição e notoriedade, mais

33 Veja-se <http://www.ectil.org>; PUBLICATIONS.

34 Veja-se <http://www.egtl.org>.

valiosa será a sua proteção (a vida, a integridade física ou psíquica, a dignidade humana e a liberdade gozam de proteção mais extensa; aos direitos reais é concedida proteção ampla; e, os interesses puramente econômicos ou as relações contratuais poderão ter menor proteção); da natureza da responsabilidade, de forma a que um interesse possa ser mais extensamente protegido em face de lesões intencionais do que em outros casos; e, do interesse público e dos interesses do agente, considerando-se a sua liberdade de ação e o exercício dos seus direitos. Disposições adicionais estabelecem: que os danos relacionados com atividades ou que advenham de fontes consideradas ilegítimas não são ressarcíveis (artigo 2:103); que as despesas realizadas com vistas a prevenir uma ameaça de dano são consideradas dano ressarcível, desde que se revelem razoáveis (artigo 2:104); e que o dano deve ser provado de acordo com regras processuais gerais, admitindo-se o cálculo por estimativa (artigo 2:105).

O nexo de causalidade tem como regra básica a *conditio sine qua non*, ou seja, uma atividade é considerada causa do dano se, na sua ausência, este não teria ocorrido (artigo 3:101). São considerados também outros encadeamentos causais: as causas concorrentes (artigo 3:102); as causas alternativas (artigo 3:103); as causas potenciais (artigo 3:104); a causalidade parcial incerta (artigo 3:105); e as causas incertas no âmbito da esfera do lesado (artigo 3:106). Quanto à extensão da responsabilidade (artigo 3:201), à medida que o dano deverá ser imputado a uma pessoa depende de fatores como: a previsibilidade do dano para uma pessoa razoável no momento da atividade; a natureza e o valor do interesse protegido; o fundamento da responsabilidade; os riscos normais da vida; e o fim de proteção da norma violada.

O Título III dos Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil apresenta os fundamentos da responsabilidade, a responsabilidade por culpa (subjativa), no capítulo quarto, a responsabilidade objetiva, no capítulo quinto, e a responsabilidade por fato de outrem, no capítulo sexto. A responsabilidade por culpa está associada à violação, intencional ou por negligência, do padrão de conduta exigível (artigo 4:102), correspondente ao de uma pessoa razoável colocada nas mesmas circunstâncias. Com relação à responsabilidade por culpa, é admitida a existência de um dever de prevenção do perigo para terceiros (artigo 4:103), bem como a inversão do ônus da prova em função da gravidade do perigo apresentado por uma dada atividade ou da responsabilidade empresarial por defeito nos produtos ou serviços (artigo 4:202).

A responsabilidade objetiva (artigo 5:101) é atribuída a atividades anormalmente perigosas, ou seja: quando ela cria um risco previsível e bastante significativo de dano, considerando a gravidade

ou a probabilidade do dano, mesmo com a observância do devido cuidado; e quando ela não é objeto de uso comum. Outras categorias de responsabilidade objetiva por atividades perigosas podem ser estabelecidas pelas leis nacionais (artigo 5:102). Quanto à responsabilidade por fato de outrem, são consideradas: a responsabilidade por atos de menores ou incapazes (artigo 6:101) e a responsabilidade por atos de auxiliares (artigo 6:102).

O Título IV dos Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil apresenta as causas de exclusão ou limitação da responsabilidade, sendo no capítulo sétimo as causas de exclusão ou limitação em geral, e, no capítulo oitavo, as causas de conduta ou atividade concorrente. São consideradas causas que justificam a exclusão ou a limitação da responsabilidade, se e na medida em que o agente atuou legitimamente (artigo 7:101): a legítima defesa; o estado de necessidade; o consentimento do lesado ou se este assumiu o risco da lesão; em virtude de um poder legalmente conferido; e, devido à impossibilidade de recorrer em tempo útil ao auxílio da autoridade. A responsabilidade objetiva pode ser excluída ou reduzida se a lesão foi causada por uma imprevisível e irresistível (artigo 7:102): força da natureza (força maior) ou fato de terceiro. A responsabilidade também pode ser excluída ou reduzida levando-se em consideração a culpa do lesado ou quaisquer outras circunstâncias que seriam relevantes para estabelecer a responsabilidade do lesado na produção do dano se fosse ele o lesante (artigo 8.101).

O Título V dos Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil, no capítulo nono, versa sobre a pluralidade de responsáveis. Considerando a relação entre o lesado e os vários responsáveis, a responsabilidade é solidária quando todo ou uma parte determinada do dano sofrido pelo lesado é imputável a duas ou mais pessoas (artigo 9:101). Considerando a relação entre os devedores solidários, o devedor sujeito a responsabilidade solidária tem direito de regresso contra qualquer outra pessoa que responda face ao lesado pelo mesmo dano (artigo 9:102).

O Título VI dos Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil, no capítulo décimo, versa sobre os direitos do lesado com relação à indenização dos danos patrimoniais e não patrimoniais. A indenização pode consistir na reconstituição natural, quando possível ou não demasiadamente onerosa (artigo 10:104), ou numa prestação pecuniária com vistas a compensar o lesado (artigo 10:101), sendo admitido o pagamento numa única prestação global ou em pagamentos periódicos (artigo 10:102), assim como a compensação dos benefícios que o lesado obtiver com o evento danosos (artigo 10:103). Admitindo-se que a indenização desempenha uma função preventiva (artigo 10:101) e que,

excepcionalmente, considerando-se a situação econômica das partes, pode ter o seu valor reduzido (artigo 10:401), são estabelecidas diretrizes para a reparação: dos danos patrimoniais (artigo 10:201); dos danos pessoais, abrangendo a lesão da saúde física e psíquica (artigo 10:202); dos danos causados pela perda, destruição e danificação de coisas (artigo 10:203); e, dos danos não patrimoniais, abrangendo ofensas à dignidade humana, à liberdade e a outros direitos de personalidade (artigo 10:301).

O trabalho realizado pelo European Group on Tort Law, com o apoio do European Center of Tort and Insurance Law, não é, entretanto, voltado unicamente para a elaboração dos Princípios de Direito Europeu de Responsabilidade Civil. O objetivo da ampla pesquisa comparativa é criar a fundação para discutir uma futura harmonização do direito da responsabilidade civil na União Européia, sobretudo no que diz respeito a uma possível codificação do Direito Privado Europeu. Além disso, os Princípios de Direito Europeu de Responsabilidade Civil constituem um estímulo para os acadêmicos e profissionais, podendo servir como um guia para os sistemas jurídicos nacionais, levando à harmonização jurídica gradual.

## 5 CONCLUSÃO

O exemplo proporcionado pelo European Group on Tort Law e pelo European Center of Tort and Insurance Law, ao promover a realização de análise comparativa de sistemas de responsabilidade civil com o objetivo de estabelecer uma base institucional segura para a harmonização e unificação do Direito Europeu de responsabilidade civil, bem evidencia a importância do direito comparado para o progresso da ciência jurídica. A cooperação entre pesquisadores e instituições de pesquisa de diversos países, realizada mediante a utilização do instrumental analítico disponibilizado pelo direito comparado, contribui para o incremento da comunicação transnacional entre os estudiosos do direito e para a integração gradual dos sistemas jurídicos nacionais.

## REFERÊNCIAS

AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law Second, Torts*. 2. ed. St. Paul: American Law Institute Publishers, 1965.

ACQUARONE, Lorenza (eds.). *Sistemi Giuridici nel Mondo*. Torino: G. Giappichelli, 2012. 316 p.

BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia, Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*. São Paulo: LTr, 2011.

\_\_\_\_\_. Breves Considerações sobre a Contribuição da Comparação para o Desenvolvimento da Ciência Jurídica. In: PORTO, Antônio M.; SAMPAIO, Patrícia. *Direito e Economia em Dois Mundos: Doutrina Jurídica e Pesquisa Empírica*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

BLACKIE, John. The Torts Provisions of the Study Group on a European Civil Code. In: BUSSANI, Mauro (Ed.). *European Tort Law, Eastern and Western Perspectives*. Berna: Stämpfli Publishers Ltd., 2007.

BOOM, Willem H. Harmonizing Tort Law: a Comparative Tort Law and Economics Analysis, p. 435-449. In: FAURE, Michael (ed.). *Tort Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2009.

BUSSANI, Mauro (Ed.). *European Tort Law, Eastern and Western Perspectives*. Berna: Stämpfli Publishers Ltd., 2007.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 5. ed. Boston: Pearson Education, 2008.

DAM, Cees Van. *European Tort Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principes du Droit Européen de la Responsabilité Civile*. Paris: Société de Législation Comparée, 2011.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Apresentação do livro de: SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução de Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FAURE, Michael (ed.). *Tort Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2009.

GAMBARO, Antônio; SACCO, Rodolfo. *Sistemi Giuridici Comparati*. 3. ed. Torino: UTET Giuridica, 2008.

GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World*. New York: Oxford University Press, 2000.

KOCH, Bernhard A.; KOZIOL, Helmut (eds.). *Unification of Tort Law: Strict Liability*. The Hague: Kluwer Law International, 2002. Principles of European Tort Law, v. 6, European Centre of Tort Law and Insurance Law.

MAGNUS, Ulrich; MARTIN-CASALS, Miquel. (ed.). *Unification of Tort Law: Contributory Negligence*. The Hague: Kluwer Law International, 2004. Principles of European Tort Law, v. 8, European Centre of Tort Law and Insurance Law. .

MATTEI, Ugo. *Comparative Law and Economics*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1998.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 2. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PORTALE, Giuseppe B. *Lezioni di Diritto Privato Comparato*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2007.

PORTO, Antônio M.; SAMPAIO, Patrícia. *Direito e Economia em Dois Mundos: Doutrina Jurídica e Pesquisa Empírica*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução de Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Tradução de Macarena C. Lichterfelde. Madrid: Tecnos, 1991.

SPIER, Jaap. (ed.). *Unification of Tort Law: Causation*. Cambridge: Kluwer Law International, 2000. Principles of European Tort Law, v. 4, European Centre of Tort Law and Insurance Law.

ULEN, Thomas. *A Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law*. Illinois Law and Economics Working Papers Series. Working Paper n. LE03-008, University of Illinois Law Review, 2002.46 p. ([http://papers.ssrn.com/pape.tar?abstract\\_id=419823](http://papers.ssrn.com/pape.tar?abstract_id=419823)).

VICENTE, Dário M. *Direito Comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introducción al Derecho Comparado*. Tradução de Arturo A. Vázquez. México: Oxford University Press, 2002.

WIDMER, Pierre (ed.) *Unification of Tort Law: Fault*, p. 331-377. The Hague: Kluwer Law International, 2005. *Principles of European Tort Law*, v. 10, European Centre of Tort Law and Insurance Law.

---

## AS CORTES INTERNACIONAIS DE HAIA: UM BREVE PANORAMA SOBRE A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

---

*THE INTERNATIONAL COURTS IN THE HAGUE: A BRIEF  
OVERVIEW OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE AND THE  
INTERNATIONAL CRIMINAL COURT*

*Felícia Carvalho Machado  
Procuradora Federal  
Especialista em Direito Processual Civil pela UnB*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Corte Internacional de Justiça; 1.1 Instituição; 1.2 Composição; 1.3 Competência; 2 O Tribunal Penal Internacional; 2.1 Instituição; 2.2 Composição; 2.3 Competência e requisitos de atuação; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Capital internacional da justiça e da paz, a cidade de Haia, na Holanda, é a sede dos principais órgãos que compõem o que se considera a cúpula da Justiça Internacional. O presente trabalho pretende apresentar duas das principais Cortes Internacionais sediadas em Haia: a Corte Internacional de Justiça e o Tribunal Penal Internacional, abrangendo noções gerais sobre sua instituição, composição e competência. A primeira, principal órgão judiciário das Nações Unidas, busca resolver, de forma pacífica, os conflitos internacionais entre os Estados. A segunda, corte supranacional e permanente instituída por um tratado multilateral firmado em Roma, tem como objetivo a persecução penal dos autores dos crimes considerados de maior gravidade no Direito Internacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Haia. Corte Internacional de Justiça. Tribunal Penal Internacional. Composição. Jurisdição.

**ABSTRACT:** International capital of justice and peace, the city of The Hague, Netherlands, is the headquarters of the major organs that constitute what is considered the summit of International Justice. This work aims to present two of the major International Courts headquartered in the Hague: the International Court of Justice and the International Criminal Court, covering general ideas about their institution, organization and jurisdiction. The first, principal judicial organ of the United Nations, seeks to resolve, peacefully, international conflicts between States. The second, supranational and permanent court established by a multilateral treaty firmmed in Rome, aims to prosecute the individuals that have committed the most serious crimes considered by the international law.

**KEYWORDS:** The Hague. International Court of Justice. International Criminal Court. Organization. Jurisdiction.

## INTRODUÇÃO

A cidade de Haia, na Holanda, é conhecida como a capital internacional da justiça e da paz, por abrigar a cúpula do que hoje se considera como Justiça Internacional<sup>1</sup>.

Sua relação com o Direito Internacional começou no final do século XIX, quando a Holanda, país neutro em conflitos internacionais e pátria de Hugo de Groot, um dos pais do Direito Internacional, foi escolhida para sediar, em 1899, a primeira conferência da paz, que teve, como principal resultado, a criação da Corte Permanente de Arbitragem, pensada como forma de facilitar a criação de um colegiado de julgadores neutros para decidir disputas entre países. Posteriormente, em 1907, foi sede de mais uma convenção para a paz mundial<sup>2</sup>.

Foi, todavia, em 1913, com a construção do Palácio da Paz, para sediar a Corte Permanente de Arbitragem, que o destino da cidade como capital jurídica do mundo foi definitivamente traçado<sup>3</sup>.

No início da década de 1920, o Palácio da Paz tornou-se sede da recém-criada Corte Permanente de Justiça Internacional<sup>4</sup> que, após a 2ª Guerra Mundial, tornou-se, com a fundação da ONU, na Corte Internacional de Justiça<sup>5</sup>.

O destino da cidade como capital da Justiça Internacional continuou nos últimos 20 anos, com a instalação de mais duas cortes internacionais: o temporário Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e o permanente Tribunal Penal Internacional<sup>6</sup>.

A seguir, serão apresentadas duas das principais cortes internacionais sediadas em Haia: a Corte Internacional de Justiça e o Tribunal Penal Internacional, com uma visão geral sobre o seu funcionamento e sobre o papel que desempenham no Direito Internacional.

---

1 PINHEIRO, Aline. Capital Jurídica: A holandesa Haia é sede da justiça internacional. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-16/haia-capital-juridica-internacional>> Acesso em: 19 out. 2014.

2 Idem

3 Idem

4 Órgão judiciário da extinta Liga das Nações

5 PINHEIRO, op. cit.

6 Idem

## 1 A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

### 1.1 Instituição

A Corte Internacional de Justiça – CIJ foi instituída pela Carta da ONU<sup>7</sup>, que a estabelece, em seu art. 7º, como um dos órgãos principais das Nações Unidas, ao lado da Assembleia Geral, do Conselho de Segurança, dentre outros. Constitui, também, o principal órgão judiciário das Nações Unidas, conforme expressamente previsto no art. 92 da Carta de São Francisco<sup>8</sup>.

Tem como objetivo resolver os conflitos internacionais de forma pacífica e, assim, ajudar a ONU a realizar a sua precípua função de mantenedora da paz.

Afinal, conforme art. 1º da Carta de São Francisco, constituem propósitos das Nações Unidas, “manter a paz e a segurança internacionais”, “desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e autodeterminação dos povos”, “conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais para todos” e “ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetos”.

As funções, propósitos, missões e composições dos órgãos internos da CIJ, bem como a disciplina do relacionamento com os Estados-membros, são estabelecidas por seu Estatuto, que constitui um documento anexo à Carta da ONU.

Ao contrário dos outros 5 órgãos principais da ONU, cuja sede fica em localizada em Nova Iorque – EUA, a CIJ funciona no Palácio da Paz em Haia – Holanda.

### 1.2 Composição

A CIJ é composta por 15 juízes, que são eleitos, para um mandato de 9 anos, permitida a reeleição, pela Assembleia Geral da ONU e pelo Conselho de Segurança, em votações simultâneas, mas separadas. Para ser eleito, um candidato precisa obter a maioria absoluta dos votos em ambos os órgãos<sup>9</sup>.

7 A Carta da ONU, também conhecida como Carta de São Francisco, trata-se do acordo internacional firmado pelos 51 Estados membros originais, que criou, logo após a Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas (ONU), em substituição à Liga das Nações. Foi assinada em 26 de junho de 1945 na cidade de São Francisco – EUA.

8 Artigo 92. A Corte Internacional de Justiça será o principal órgão judiciário das Nações Unidas. Funcionará de acordo com o Estatuto anexo, que é baseado no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional e faz parte integrante da presente Carta.

9 Artigos 3 (1), 8, 10 (1), 13 (1), do Estatuto da CIJ.

Os juízes precisam ser eleitos entre pessoas de alto caráter moral e que possuam as qualificações necessárias, em seus respectivos Estados, para os mais altos postos judiciais, ou que sejam juristas de reconhecida competência em direito internacional<sup>10</sup>.

A Corte não pode ter mais de um juiz do mesmo Estado<sup>11</sup>. Além disso, o seu elenco de juízes deve representar as principais formas de civilização e os principais sistemas jurídicos do mundo<sup>12</sup>.

A fim de garantir sua independência, nenhum membro da Corte pode ser dispensado, a menos que a unanimidade dos outros membros decida que ele (ou ela) não mais preenche as condições necessárias para sê-lo<sup>13</sup>. Além disso, nenhum membro da Corte pode exercer outra atividade durante seu mandato, não lhe sendo permitido exercer nenhuma função administrativa ou política, nem atuar como agente, conselheiro ou advogado em nenhum caso<sup>14</sup>.

Os membros da CIJ, quando no exercício de suas funções, gozam das mesmas imunidades e privilégios concedidas aos chefes de missões de diplomática<sup>15</sup>.

### 1.3 Competência

A CIJ possui uma competência contenciosa, em razão da qual, é responsável por dirimir, à luz do direito internacional, as controvérsias jurídicas submetidas pelos Estados-membros; bem como uma competência consultiva em questões jurídicas submetidas pelos órgãos das Nações Unidas ou por agências especializadas autorizadas a tanto.

No âmbito da competência contenciosa, apenas Estados (Estados-membros da ONU ou outros Estados que tenham se tornado partes do Estatuto da CIJ ou que tenham aceitado sua jurisdição sob determinadas condições) podem ser partes<sup>16</sup>.

O exercício da competência contenciosa, todavia, somente pode ser exercida se os Estados envolvidos aceitarem a jurisdição da CIJ por qualquer uma das seguintes formas: a) mediante a celebração de um

---

10 Artigo 2 do Estatuto da CIJ.

11 Artigo 3 (1) do Estatuto da CIJ.

12 Artigo 9 do Estatuto da CIJ.

13 Artigo 18 (1) do Estatuto da CIJ.

14 Artigo 16 (1) do Estatuto da CIJ.

15 Artigo 19 do Estatuto da CIJ.

16 Mesmo nas hipóteses de aplicação do princípio da proteção diplomática, em razão do qual os Estados substituem seus nacionais, exercendo o direito de defendê-los perante a CIJ, quem atua é o Estado e em seu nome a sentença é proferida.

acordo em submeter a disputa à CIJ; b) em virtude de uma cláusula judicial inserta em um tratado do qual façam parte, segundo a qual, em caso de disputa de um determinado tipo ou discordância quanto à interpretação ou aplicação do referido tratado, um deles poderá submeter a disputa à CIJ; c) por meio do efeito recíproco de declarações feitas por eles, nos termos do art. 36, parágrafo 2º, do Estatuto da CIJ, por meio das quais cada um aceitou a jurisdição da CIJ como obrigatória no caso de uma disputa com outro Estado que tenha feito uma declaração similar<sup>17</sup>.

Portanto, aos Estados que não tenham interesse em submeter determinada pretensão à CIJ, basta deixarem de manifestar o seu consentimento. E assim, independentemente, da relevância do objeto a ser julgado, na falta de consentimento de uma das partes litigantes, a CIJ deverá declarar-se incompetente para analisar a questão.

Embora a aceitação da jurisdição da CIJ seja voluntária, um Estado-membro da ONU, ao assinar a Carta de São Francisco, compromete-se a cumprir as decisões da Corte nos casos em que tenha aceitado sua jurisdição. Além disso, o fato de somente pode atuar em determinado caso se as partes envolvidas tiverem consentido, de uma forma ou de outra, a sua jurisdição, tornam raros os casos de descumprimento das decisões da CIJ.

Na hipótese, todavia, de descumprimento, o Estado vencedor deverá submeter o fato ao Conselho de Segurança da ONU, que tem poderes para recomendar ou decidir sobre as medidas a serem tomadas para dar cumprimento ao julgado.

A sentença prolatada pela CIJ não possui efeito erga omnes, só obrigando as partes litigantes<sup>18</sup>, e é, outrossim, definitiva e inapelável, cabendo à própria Corte interpretá-la, a pedido de qualquer das partes, em caso de controvérsia quanto ao seu sentido e ao seu alcance<sup>19</sup>.

Por outro lado, a revisão de uma sentença da CIJ somente é possível, segundo seu art. 61, em razão da descoberta de algum fato suscetível de exercer influência decisiva, o qual, no momento em que a sentença foi proferida, era desconhecido da Corte e também da parte que solicita a revisão, desde que esse desconhecimento não tenha decorrido de negligência.

Ao decidir um caso, a CIJ deve aplicar as seguintes fontes do direito: os tratados e convenções internacionais em vigor; costume internacional; os princípios gerais do direito; jurisprudência e doutrina<sup>20</sup>. Além disso, se

17 Algumas dessas declarações, que devem ser depositadas junto ao Secretário-Geral da ONU, podem conter reservas excluindo certas categorias de disputa.

18 É o que dispõe expressamente o art. 59 do Estatuto da CIJ: "A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão".

19 Artigo 60 do Estatuto da CIJ.

20 Artigo 38 (1) do Estatuto da CIJ.

as partes concordarem, a CIJ pode decidir um caso *ex aequo et bono*<sup>21</sup>, isto é, sem se limitar pelas regras existentes de direito internacional.

A competência consultiva da CIJ, por sua vez, está disponível apenas para cinco órgãos da ONU e a 16 agências especializadas ligadas à ONU.

A Assembleia Geral da ONU e o Conselho de Segurança poderão solicitar pareceres consultivos sobre qualquer questão jurídica. Os demais órgãos da ONU e as agências especializadas que tenham sido autorizadas a proceder uma consulta perante a CIJ somente poderão fazê-lo com respeito a questões jurídicas surgidas dentro da esfera de suas atividades.

As opiniões emitidas pela CIJ, no exercício dessa competência, são essencialmente consultivas, isto é, ao contrário das decisões proferidas nos casos contenciosos, elas não possuem nenhum efeito vinculante. O requerente permanece livre para adotar ou não a opinião emitida pela Corte. Certos instrumentos ou regulamentos, todavia, podem estabelecer, de antemão, que um parecer consultivo emitido pela CIJ tenha caráter vinculante (por exemplo, as convenções sobre privilégios e imunidades das Nações Unidas).

Todavia, mesmo que não tenha caráter vinculante, a autoridade e o prestígio da CIJ fazem com que, quando o requerente acolhe seu parecer, essa decisão seja considerada como se fosse sancionada pelo direito internacional.

## 2 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

### 2.1 Instituição

O Tribunal Penal Internacional – TPI foi instituído em 17 de julho de 1998 pelo Estatuto de Roma, seu tratado constitutivo, que foi aprovado na Conferência Diplomática de Roma, com 120 votos favoráveis, 21 abstenções e 7 votos contra<sup>22</sup>.

O seu processo de formação, todavia, iniciou-se bem antes e desenvolveu-se durante todo o século XX, impulsionado pelo sentimento, sempre crescente, de indignação em face das atrocidades cometidas durante os conflitos armados e pela necessidade de desenvolvimento de um sistema de preservação da paz entre as soberanias dos Estados ante a percepção de que certos crimes possuem repercussão de âmbito internacional, mesmo quando restritos a um determinado território.

Nesse contexto, tem como precursores os Tribunais Militares *ad hoc* de Nuremberg e Tóquio, instituídos após a Segunda Guerra Mundial, para

<sup>21</sup> Artigo 38 (2) do Estatuto da CIJ.

<sup>22</sup> Entre os quais EUA, China e Israel.

juízo dos crimes de guerra, contra a paz e a contra a humanidade, cometidos pelos alemães e seus aliados; e, mais recentemente, os Tribunais Militares ad hoc para a ex-Iugoslávia<sup>23</sup> e para a Ruanda<sup>24</sup>.

É decorrente, também, do processo de valorização dos Direitos Humanos que transcorreu durante o século passado, em razão da qual os indivíduos assumiram uma nova posição no cenário internacional, tornando-se sujeitos de direitos e deveres globais, o que levou ao reconhecimento, no âmbito do direito internacional penal, da responsabilidade internacional do indivíduo e permitiu, por conseguinte, a persecução dos autores de crimes internacionais independentemente de suas responsabilidades perante seus Estados de origem.

A sua instituição busca, portanto, superar a regra de que apenas os Estados eram responsáveis internacionalmente e, assim, responder aos anseios globais contra a impunidade daqueles que se acobertavam de suas posições hierárquicas para escusar-se de qualquer tipo de punição pelos crimes praticados<sup>25</sup>.

O TPI encontra fundamento, ainda, na incapacidade e/ou inércia de determinados Estados em punir os autores de crimes de repercussão internacional.

Seu objetivo, portanto, é pôr fim à impunidade dos autores dos crimes mais graves no âmbito do Direito Internacional Penal, acabando com os julgamentos parciais e a inaplicabilidade das sanções internacionais.

Por essas razões, seu tratado constitutivo o institui com um Tribunal permanente e supranacional, com competência automática<sup>26</sup> sobre os Estados partes, além de admitir o exercício de sua jurisdição sobre os Estados não partes quando o caso for submetido ao Procurador pelo Conselho de Segurança da ONU nas situações previstas no Capítulo VII da Carta da ONU (atentado à paz e segurança internacional)<sup>27</sup>, o que lhe confere uma atuação mais eficiente e com maior autonomia no exercício de sua jurisdição.

---

23 O Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia – TPI foi criado pela Resolução 827, de 25 de maio de 1993, do Conselho de Segurança da ONU, com a finalidade exclusiva de julgar as pessoas responsáveis por graves violações do Direito Internacional Humanitário (incluindo a prática de limpeza étnica), cometidas no território da ex-Iugoslávia entre o primeiro dia de janeiro de 1991 até uma data que seria determinada pelo próprio Conselho de Segurança depois de alcançada a paz.

24 Criado pela Resolução 955, de 8 de novembro de 1994, do Conselho de Segurança da ONU, em resposta ao genocídio e outras violações de leis humanitárias internacionais que haviam sido deflagradas naquele país.

25 LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. *Coleção para entender: o Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 8.

26 Artigo 12 (1) do Estatuto de Roma.

27 Artigo 13 (b) do Estatuto de Roma.

## 2.2 Composição

O TPI é composto por 18 magistrados<sup>28</sup>, eleitos para um mandato de 9 anos, vedada a reeleição, que devem ser escolhidos dentre pessoas de alto caráter moral, imparcialidade e integridade, e que possuam as qualificações exigidas em seus Estados respectivos para os postos judiciais mais altos.

Deve ser composto por juízes de diferentes Estados, a fim de exprimir uma ideia de representação geográfica equitativa e dos principais sistemas jurídicos do mundo.

Todo candidato à eleição para o TPI deve ter conhecimento excelente e ser fluente em, pelo menos, um dos idiomas de funcionamento do Tribunal. Deve ter, ainda, reconhecida competência, em direito processual penal e a necessária experiência como juiz, promotor, advogado ou semelhante em procedimentos criminais, ou ter sabida competência em áreas relevantes de direito internacional, como lei humanitária internacional e direitos humanos, e extensa experiência profissional nos trabalhos de relevância para o Tribunal.

Além dos juízes, também compõe o TPI o Gabinete do Procurador, órgão independente e autônomo, a quem compete recolher as comunicações e qualquer outro tipo de informação, devidamente fundamentada, sobre crimes de competência do Tribunal, a fim de os examinar e investigar e de exercer a ação penal junto ao Tribunal<sup>29</sup>.

O Gabinete do Procurador é composto pelo Procurador e pelos Procuradores-Adjuntos. Todos deverão ter elevada idoneidade moral, elevado nível de competência e vasta experiência prática em matéria de processo penal. Precisam também possuir um excelente conhecimento e serem fluentes em, pelo menos, uma das línguas de trabalho do Tribunal<sup>30</sup>.

O Procurador é eleito pela maioria absoluta dos votos dos membros da Assembleia dos Estados Partes, em escrutínio secreto. Os Procuradores-Adjuntos serão eleitos da mesma forma, de uma lista de candidatos apresentadas pelo Promotor. Salvo se, à época da eleição, foi fixado um período mais curto, o mandato é de 9 anos, vedada a reeleição<sup>31</sup>.

---

28 Nos termos do art. 36, parágrafo 2º, do Estatuto de Roma, a Presidência, agindo em nome do Tribunal, poderá propor o aumento do número de juízes, fundamentando as razões pelas quais considera necessária e apropriada tal medida. A proposta será apreciada pela Assembleia dos Estados Partes e será considerada aprovada se obtiver a maioria de dois terços dos membros da Assembleia.

29 Art. 42 (1) do Estatuto de Roma.

30 Art. 42 (3) do Estatuto de Roma.

31 Art. 42 (4) do Estatuto de Roma.

Não deverão desenvolver qualquer atividade que possa interferir com o exercício das suas funções ou afetar a confiança na sua independência, bem como não poderão desempenhar qualquer outra função de caráter profissional<sup>32</sup>. Afinal, dentre os órgãos que compõem o TPI, o Gabinete do Procurador é o que deve desfrutar de maior independência, autonomia e imparcialidade para o bom desempenho de sua função investigativa.

### 2.3 Competência e requisitos de atuação

De acordo com o art. 5º do Estatuto de Roma, o TPI é competente para a persecução penal dos seguintes crimes: crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão<sup>33</sup>. Essa, portanto, é a competência *ratione materiae*.

Vale ressaltar que a atuação do TPI rege-se pelo princípio da legalidade, em razão do qual um indivíduo somente pode ser punido se, ao tempo de sua prática, o ato incriminado já era assim previsto por lei.

Por essa razão, o Estatuto de Roma contém uma lista tipificada dos delitos sujeitos à jurisdição do Tribunal, constituindo um verdadeiro código criminal internacional, que estabelece um equilíbrio entre os direitos do imputado, as garantias das vítimas e as obrigações sistêmicas de punir, prevenir e perseguir os delitos internacionais<sup>34</sup>.

Subdivide-se no princípio *nullum crimen*, que se encontra contemplado nos arts. 22 e 24 do Estatuto de Roma, estabelecendo que uma pessoa somente pode ser punida por um ato que era codificado pelo Estatuto ao tempo de sua comissão (*lex scripta*), ou que tenha sido cometido após ele ter entrado em vigor (*lex praevia*), ou que tenha sido definido com clareza suficiente (*lex certa*), e não pode ser estendido por analogia (*lex stricta*)<sup>35</sup>; e no princípio *nula poena*, prescrito no art. 23 do Estatuto, estatuindo que ao condenado deve ser aplicada apenas a pena prevista no referido diploma<sup>36</sup>.

O art. 11 do Estatuto de Roma estabelece, por sua vez, a competência *ratione temporis* do TPI, determinando que o Tribunal

---

32 Art. 42 (5) do Estatuto de Roma.

33 O crime de agressão é o único, entre os da competência do TPI, que não teve sua definição e elementos previamente estabelecidos no Estatuto de Roma. Isso se deve às objeções suscitadas tanto nos trabalhos do Comitê Preparatório quanto na própria Conferência de Roma, sendo as principais: divergência quanto à conceituação do crime; individualização da responsabilidade criminal por agressão; e o papel do Conselho de Segurança perante o TPI.

34 LIMA; BRINA, op. cit., p. 97.

35 Ibidem.

36 Ibidem.

somente terá competência relativamente aos crimes cometidos após a sua entrada em vigor, que ocorreu em 1º de julho de 2002<sup>37</sup>.

A competência *ratione personae*, por outro lado, é definida pelo art. 25 do Estatuto de Roma, segundo o qual o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas, consagrando, assim, o princípio da responsabilidade penal individual na esfera internacional.

O princípio da responsabilidade penal individual é o resultado de uma longa evolução da responsabilidade penal no âmbito do Direito Internacional.

Com efeito, tradicionalmente os indivíduos violadores das normas internacionais eram submetidos exclusivamente à jurisdição do Estado onde viviam. A consequência, em razão da inércia do Estado em punir o seu cidadão, limitava-se à responsabilização internacional do Estado, não envolvendo a responsabilidade subjetiva do indivíduo, pois nenhum outro Estado poderia exercer a sua jurisdição sobre o autor do crime.

As atrocidades cometidas nas duas grandes guerras e em outros conflitos armados, todavia, levou à sociedade internacional, na busca por um nível mínimo de ordem pública internacional, a demandar a responsabilização dos indivíduos pelo cometimento de crimes extremamente graves. Essa exigência levou ao reconhecimento da personalidade individual no plano internacional para além da atribuição de direitos, conferindo obrigações aos indivíduos.

Essa responsabilização individual, que se desenhou desde o Tratado de Versalhes, concretizou-se em 1945 e 1946, com a criação e os julgamentos dos Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e de Tóquio, e afirmou-se com a instituição dos Tribunais Penais *ad hoc* para ex-Iugoslávia e Ruanda, consolidou-se efetivamente com a criação do Tribunal Penal Internacional, alcançando, inclusive, os chefes militares e outros superiores hierárquicos.

Com efeito, o art. 28 do Estatuto de Roma aborda a responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos, estabelecendo que o chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar, será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivos ou sob a sua autoridade e controle efetivos, conforme o caso.

---

37 Primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do 60º instrumento de ratificação (que ocorreu em 11 de abril de 2002), conforme exigência do art. 126 do Estatuto de Roma.

Em razão de sua competência *ratione personae*, Schabas<sup>38</sup> leciona que o TPI pode exercer sua jurisdição sobre cidadãos de um Estado parte do Estatuto de Roma que tenham sido acusados de um crime previsto no art. 5º, independentemente do local onde o ato criminoso tenha sido praticado; bem como sobre cidadãos de Estados não partes que tenham ad hoc aceitado sua jurisdição, ou mediante uma decisão do Conselho de Segurança da ONU.

No que tange à competência territorial, o TPI é competente, de acordo com Schabas<sup>39</sup>, para o julgamentos dos crimes previstos no art. 5º que tenham sido cometidos no território dos Estados partes, independentemente da nacionalidade do acusado; bem como sobre crimes cometidos no território dos Estados não partes que tenham aceitado ad hoc sua jurisdição, e ainda quando a jurisdição é conferida pelo Conselho de Segurança da ONU.

Além da competência *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione loci* e *ratione temporae*, a atuação do TPI, segundo o art. 13 do Estatuto de Roma, somente poderá ocorrer se: a) um Estado parte denunciar ao Procurador, nos termos do art. 14, qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários dos crimes previstos no art. 5º; b) o Conselho de Segurança da ONU, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes; e c) o Procurador tiver dado início a um inquérito sobre tal crime, nos termos do disposto no art. 15.

Saliente-se, outrossim, que, em razão do princípio da complementaridade, a atuação do TPI, nos crimes de sua competência, está autorizada apenas quando o Estado em que o crime foi cometido mostrar-se incapaz de processá-lo ou demonstrar a intenção de não o fazer, ou ainda quando o caso for de tamanha gravidade que justifique o exercício da jurisdição do Tribunal.

Pelo princípio da complementaridade, portanto, o TPI não substitui os tribunais locais, apenas atuando subsidiariamente às cortes nacionais, uma vez que estas possuem prioridade no exercício da jurisdição<sup>40</sup>.

Essa prioridade das cortes nacionais no exercício da jurisdição justifica-se por diversos fatores, dentre os quais: a) é no Estado no qual

38 SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*. Fourth Edition. Cambridge: Cambridge University Press, p. 76.

39 *Idem*, p. 81.

40 Diferentemente do TPI, os tribunais internacionais ad hoc possuíam prioridade sobre as jurisdições internas, conforme se vê do art. 9º, parágrafo 1º, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia.

o crime ocorreu que o conjunto probatório mostra-se mais acessível, de modo a facilitar as investigações e o próprio julgamento; b) a busca pela proteção das soberanias estatais o tanto quanto possível; c) o TPI, tendo uma estrutura limitada, não poderia ficar responsável pela maioria dos casos de crimes internacionais.

Ademais, o princípio da jurisdição universal permite a qualquer Estado, com legislação referente ao princípio da extraterritorialidade, julgar um suposto culpado que se encontre em seu território sem precisar remetê-lo a julgamento perante o TPI.

### 3 CONCLUSÃO

Do exposto, verifica-se que as duas principais Cortes Internacionais sediadas em Haia, possuem competências bem distintas.

A primeira, como órgão judiciário das Nações Unidas, é voltada para a solução pacífica dos conflitos internacionais entre Estados, que podem, todavia, aceitar ou não a sua jurisdição, o que constitui um limitador a sua atuação.

A segunda, corte permanente e supranacional, foi concebida para a responsabilização penal individual dos crimes considerados mais graves pela comunidade internacional, e sua jurisdição é obrigatória para todos os signatários do Estatuto de Roma, podendo abranger, ainda, Estados não signatários em hipóteses específicas, o que lhe concede uma atuação bem mais abrangente e eficiente.

Não obstante, pode-se dizer que o objetivo final de ambas seja um só: a paz mundial. E, por esse motivo, não poderiam estar sediadas senão em Haia, capital internacional da Paz.

### REFERÊNCIAS

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). Disponível em: <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em: 17 set. 2014.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (ICC). Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int>>. Acesso em: 17 set. 2014.

LIMA, Renata Mantoveni; BRINA, Marina Martins da Costa. *Coleção para entender: o Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 4. ed. 2011.



---

# O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E NO DIREITO EUROPEU – UMA BREVE COMPARAÇÃO

*THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH IN THE BRAZILIAN LAW AND IN  
THE EUROPEAN LAW - A BRIEF COMPARISON*

---

*Gisela Werneck Moreira Penna de Lima<sup>1</sup>*

*Advogada da União desde 2001.*

*Bacharel em Jornalismo – Comunicação Social pela UFRJ*

*Bacharel em Direito pela PUC-RJ*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Uma visão histórica: Fundamentos Romanos do Direito Privado Internacional – O papel do princípio da Boa-Fé; 2 Período pós Primeira Guerra Mundial; 3 O princípio da boa-fé no direito privado brasileiro - O CDC e os princípios da boa-fé e da função social; 4 Função Social do Contrato e Boa-fé no CCB/02; 5 O Princípio da boa fé objetiva e a interpretação dos contratos; 6 A função social e a boa fé no contrato administrativo; 7 A dicotomia entre o Direito público e o Direito privado; 8 Responsabilidade pré-contratual da Administração Pública e a doutrina italiana; 9 Aplicação

---

1 Pós-graduação em Direito Público pela ESAP – Escola Superior de Administração Pública, da FGV – Fundação Getúlio Vargas, em cooperação com a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro – RJ.

do princípio da boa fé na harmonização do Direito Privado Internacional – Fundamentos Romanos da tradição civil europeia; 10 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A aplicação do princípio da boa-fé no Direito brasileiro decorre não só do princípio da moralidade, insculpido na Constituição Federal, como também de outros princípios jurídicos, como o da probidade, e da sua positivação no ordenamento jurídico como um todo, especialmente no Código Civil/02, onde foi erigido à cláusula geral em matéria contratual e obrigacional. O fundamento último é o respeito ao cidadão, pilar do Estado Democrático de Direito. Aplica-se não só na execução do contrato, como também na fase pré-contratual. A *good faith* é também um princípio geral do direito privado internacional. Por esse princípio, os contratos devem ser equânimes, equilibrados. Percebeu-se, no âmbito da União Europeia, que não haveria a possibilidade de aplicação, em um contrato, de legislações de diferentes países. A melhor forma de harmonizar o direito seria reconhecer os princípios comuns adotados pelos ordenamentos europeus e fazer deles a base para a aplicação dos contratos. No direito interno, o princípio da boa-fé está previsto em diversos ordenamentos europeus, como os da Alemanha e da Itália, e serve para a integração do conteúdo, a definição do que pode ser feito no contrato e é usado, ainda, para corrigir o conteúdo de um determinado ajuste. O artigo procura mostrar a importância do princípio para a integração do Direito, seja o brasileiro, seja o internacional. Em certos casos, apenas o princípio da boa fé pode corrigir o desequilíbrio de um contrato. Não se pode simplesmente ficar preso ao que foi estabelecido no início entre as partes. A boa-fé é a racionalidade do contrato.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípio. Boa-fé . Probidade. Ética. Justiça. Função social. Direito Brasileiro. Direito Internacional. Integração do Contrato. Interpretação da Lei.

**ABSTRACT:** The application of the principle of good faith in the Brazilian law derives not only of the principle of morality, inserted in the Federal Constitution, as well as other legal principles and their positivation in the legal system as a whole, especially the Civil Code/02, where was erected for general clause in contractual matters. The last ground is the respect for citizens, pillar of the Democratic State. Applies not only in the execution of the contract, as well as in the pre-contractual stage. The good faith is also a general principle of international private law. By this principle, contracts should be equitable, balanced. It was noticed within the EU, that there wouldn't be possible to apply, in a same

contract, the laws of different countries. The best way to harmonize the law would be to recognize the common principles adopted by European systems, and make them the basis for the implementation of contracts. In domestic Law, the principle of good faith is provided in several European jurisdictions, such as Germany and Italy, and serves to integrate the content, the definition of what can be done in the contract and it is used, also, to correct the contents of a certain setting. This article tries to show the importance of the principle for the integration of law, Brazilian or international. In some cases, only the principle of good faith can correct the imbalance of a contract. You can not just get stuck to what was established in the beginning by the parties. Good faith is the rationality of the contract.

**KEYWORD:** Principle. Good Faith. Probity. Ethics. Justice. Social Function. Brazilian Law. International Law. Integration of the Contract. Interpretation of the Law.

## INTRODUÇÃO

Princípios de Direito são os postulados fundamentais que inspiram todo um ordenamento jurídico. Podem ser expressos ou simplesmente reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência. De princípio geral de Direito, com raízes no Direito Romano, a boa fé foi, ao longo do tempo, sendo introduzida nos Códigos Civis de diversos países a partir do começo do século XIX, e ganhou força principalmente a partir da Primeira Guerra Mundial.

De início, o enfoque era na boa fé subjetiva, sendo questionado se as partes tinham uma boa ou má intenção ao agirem ou se omitirem de determinada maneira. Com o surgimento do Welfare State e o fortalecimento dos Estados Democráticos de Direito, a novidade passou a ser a concepção da boa fé objetiva, aquela revelada pela conduta e pelo cumprimento dos então chamados deveres “anexos” ao contrato, tais como os deveres *in contrahendo*, impostos aos contraentes durante as negociações que antecedem o contrato e revelados pelos deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade, os deveres de eficácia protetora de terceiros, os deveres *post pactum finitum*, que subsistiriam após a extinção da relação obrigacional, e, ainda, os deveres que subsistem mesmo nas hipóteses de nulidade dos ajustes.

No Brasil, percorremos todas essas fases e, depois do Código Civil de 1916, com cunho subjetivista, passamos pelas inovações trazidas pelo

código consumerista, o primeiro a tratar de forma objetiva a boa fé, e, em 2002, chegamos a definitiva positividade, no nosso Código Civil, da boa fé objetiva, erigida como cláusula geral dos contratos.

No plano internacional, após estar positivada em diversos Codex, assistimos agora à força dada à boa fé como princípio comum de Direito, a ser utilizado na harmonização de diferentes legislações no âmbito da União Europeia.

Uma visão histórica: Fundamentos Romanos do Direito Privado Internacional – O papel do princípio da Boa-Fé.

Os fundamentos do princípio da boa fé remontam à Antiguidade (período que se inicia no século VIII A.C. e vai até a queda do Império Romano no Ocidente, no século V D.C., mais precisamente no ano 476.) e, principalmente, ao Direito Romano.

Em palestra proferida<sup>2</sup> sobre os “Fundamentos Romanos do Direito Privado Europeu: O Papel do Princípio da Boa Fé”, Roberto Fiori, professor titular da Universidade Tor Vergata, sediada em Roma, Itália, explicou que na Antiguidade havia dois tipos de julgamento. No primeiro, o juiz apenas poderia julgar com base no que estava escrito. Aplicava-se o direito estrito. Uma promessa formal (formal promise) estava limitada apenas ao que fora dito e escrito. No segundo tipo, o juiz estava autorizado a ir além do que estava escrito e, com base na “boa-fé”, admitir provas não escritas.

No Direito Romano (aplicado de 753 A.C. até a morte do imperador Justiniano, em 565 D.C) aplicava-se o segundo tipo de julgamento, sendo permitido que o julgador integrasse o contrato com fatos e termos que não faziam parte dele. Consideravam-se princípios e regras que estariam implicitamente incluídos porque naturalmente fariam parte do ajuste. Para os romanos, “contrato” era uma forma de dizer “obligatio contracta”, sendo mais importante manter o equilíbrio entre as partes do que respeitar o acordo inicial. O juiz poderia, por exemplo, reduzir o preço ao que era justo e equilibrado, mesmo que diferente do que fora acordado.

O Direito Romano fixou também o princípio da “equitas” que representava a tradução da ideia do Direito canônico de possibilidade de perdão, desde que a outra parte admitisse o seu erro. A “equitas” era ligada à ética.

Na Idade Média (século V ao XV, em 1453, com a tomada de Constantinopla) conviviam, ainda de acordo com o Professor Roberto Fiori, o Common Law ou Direito comum, utilizado pelos cidadãos, e o Direito Canônico, usado pelos cristãos. Um cristão, pelo Direito

---

2 Em 09 de julho de 2014, durante o curso “European Law, Human Rights and Harmonization of State’s Laws: The role of European and International Courts”, realizado na Universidade Tor Vergata, em Roma, Itália, de 29/06/14 a 12/07/14.

Canônico, deveria manter sempre a sua palavra, sob pena de cometer um pecado. A “boa-fé” encontraria, inclusive, suas bases nessa ideia, embora também seja um princípio legal. O fundamento do princípio da boa-fé é ideológico. O cidadão, por outro lado, pelo Common Law, poderia mudar de pensamento e modificar o que fora dito e escrito.

O confronto entre o princípio romano da boa-fé e o princípio de que deveria sempre ser mantido o acordo inicial, gerou a criação, na Idade Média, de um novo princípio, o do “the rule of the natural contract” (a regra do “contrato natural”, vinculado à boa-fé). O direito canônico e o direito civil emergiram juntos para a criação de um novo Direito. A obrigação já não era mais o “coração” do contrato, e sim o seu efeito. A cláusula *rebus sic stantibus* encontra sua origem nessa nova concepção.

De acordo com ela, o contrato deve ser mantido, a não ser que as condições existentes à época da sua criação sejam alteradas, ou seja, há uma amenização da ideia de que o acordo inicial deve sempre prevalecer.

Um outro fator que influenciou a atual ideia que se tem do que seja um contrato foi o surgimento de novos pensamentos políticos, que diminuíram a importância da lei impositiva, baixada pela realeza, e aumentaram o valor da lei racional. Passou-se a entender que a lei deveria integrar um sistema lógico. As partes e as suas vontades passaram a ser as rainhas do contrato, sendo as obrigações uma consequência. A nova concepção de contrato que surge no século XVII é a base do pensamento adotado atualmente.

No século XIX, a *good faith* foi reduzida a um princípio, uma espécie de conceito aberto, relacionado à justiça, sendo reduzida a uma retórica. E, por isso, foi deixada de lado, sendo esquecida, principalmente em países como a França, onde não havia, àquela época, o uso do princípio da boa-fé na aplicação dos contratos. Uma corte francesa no início do século XIX fixou que o contrato não poderia ser rescindido, a não ser que houvesse um acordo. Os contratos eram tidos como leis para o acordo firmado. Do início do Código de Napoleão até o advento da Primeira Guerra Mundial, a regra do *pacta sunt servanda*, a qual estabelece que o contrato vincula as partes contratantes e traz a ideia de força obrigatória dos contratos, esteve fortemente presente.

É interessante notar que no Código Civil francês, de 1804, mistura-se, em um mesmo dispositivo, a boa-fé objetiva e a célebre assertiva de que o contrato “faz lei entre as partes”:

Artigo 1134: 1. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. 2. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. 3. Elles doivent être exécutées de bonne foi.

Ou seja, pela leitura literal, as convenções legalmente formadas são lei para quem as fez. Podem ser revogadas apenas por mútuo consentimento, ou por causas que a lei permite, e devem ser executadas de boa-fé. Tal norma não foi cumprida, tornou-se letra morta, devido à influência da Escola da Exegese, atrelada em excesso à letra da Lei Napoleônica.

## 1 PERÍODO PÓS PRIMEIRA GUERRA MUNDIAL

Após a Primeira Guerra, os países que perderam a disputa sofreram uma grande crise econômica e os papéis das Bolsas de Valores não possuíam mais qualquer valor. A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu usar o princípio da boa-fé para corrigir a situação, adotando uma solução racional. O conteúdo dos contratos foi modificado em certos casos. Ressurgiram, assim, mecanismos de relativização da força obrigatória dos contratos como forma de reequilibrar as partes contratantes. Dentro desse contexto, podemos destacar o revigoramento da cláusula *rebus sic stantibus*.

Na Alemanha, desde o século XIX, já se lançava mão do princípio da boa fé para resolver litígios, mas foi a partir do século XX que foi dada uma ampla aplicação ao princípio da boa-fé. No Código Civil alemão de 1900, que inspirou o nosso Código Civil de 1916, há 04 artigos sobre a matéria: o 1.134, o 1.135, o 157 e o 242 que tratam, respectivamente, sobre o conceito de boa-fé, os casos de não aplicação da boa-fé, a forma de interpretação da boa-fé e sobre a aplicação dos artigos 1.134 e 1.135. Embora o código civil alemão - BGB trate da boa fé, a elaboração mais aprofundada do seu significado e conteúdo é tarefa para a jurisprudência e a doutrina. Reza o parágrafo 242: *“Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu erbringen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.”*

Em resumo, a norma obriga o devedor (Schuldner) a prestar aquilo que ele deve (Leistung) em conformidade com a boa-fé (Treu und Glauben), levando em conta os costumes do mercado (Verkehrssitte). Uma norma semelhante, consagrada no parágrafo 157 do BGB, aplica-se aos contratos, a saber: *“Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.”*

Ou seja, os contratos devem ser interpretados conforme as imposições da boa-fé, levando-se em conta os costumes do mercado. Essa norma se aplica também aos atos e declarações unilaterais e possui um significado muito além de seu teor literal. Estabeleceu-se a regra básica, através da jurisprudência e doutrina alemãs, da obrigatoriedade da observação da boa-fé no gozo de direitos e cumprimento de deveres por todas as pessoas.

O equivalente da boa-fé no idioma alemão, *Treu und Glauben* é composto de dois elementos, a saber: a fidelidade (*Treu*) e a fé (*Glauben*). Define-se a fidelidade como uma postura subjetiva de confiabilidade, integridade e consideração face ao outro. A fé representa a confiança do outro na presença dessa postura subjetiva.

Seria possível pensarmos, apenas a partir das ideias acima, que a boa fé no Direito alemão é de cunho meramente subjetivo. De fato, não é a letra fria da lei que nos dá a interpretação objetiva, mas sim a jurisprudência. A derrota da Alemanha na Primeira Grande Guerra ocasionou uma grande instabilidade social que foi o pano de fundo para o surgimento da constituição de Weimar, em 1919, pedra fundamental das cartas do estado Social.

É a partir deste quadro de transformações que a jurisprudência alemã viria a revolucionar a interpretação da boa-fé objetiva, principalmente através de uma compreensão mais aberta do artigo 242 do BGB. A doutrina tem atribuído a evolução do princípio da boa-fé objetiva ao direito germânico, pela criação jurisprudencial que se sucedeu à criação da constituição de Weimar.

Um estudioso alemão criou, nos anos 50, uma construção intelectual segundo a qual podemos distinguir três funções do princípio da boa fé:

- a) Integração do conteúdo;
- b) Definição do que pode ser feito em um contrato;
- c) Utilização para correção do conteúdo de um contrato.

Na Itália a situação é complexa. O país traduziu os artigos alemães, gerando grande confusão na interpretação, mas se dá importância à aplicação do princípio. Entende-se que apenas o princípio da boa-fé pode corrigir o desequilíbrio de um contrato. Não se pode simplesmente obedecer ao que foi estabelecido inicialmente. O art. 1375 do Código Civil italiano, de 1942, trata de forma expressa do princípio da boa-fé, nos seguintes termos: *“Art. 1375 – Execução de boa-fé – O contrato deve ser executado segundo a boa-fé (Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede)”*

É necessário saber que, apesar da relevância dada ao princípio da boa-fé, o seu uso na Itália ocorre de forma subsidiária à lei. Se existe um artigo para tratar de uma determinada situação, ele deve ser aplicado. Mas se esse artigo não existe, a vontade do juiz substitui a vontade das partes e ele decide o que é certo ou não com base na boa-fé, cujo

fundamento vem das garantias estabelecidas nos artigos do Código Civil e do artigo segundo da Constituição italiana, que trata do princípio da solidariedade social.

De acordo com o professor Carmelo Di Luca Cardillo<sup>3</sup>, a jurisprudência italiana evoluiu no sentido de utilizar a boa fé objetiva como um parâmetro para avaliar a conduta das partes no contrato, entendendo que ela possui função integrativa, além de orientar a interpretação e a execução do ajuste:

De fato, enquanto a jurisprudência até os anos 80 acreditava que a boa-fé iria operar apenas na fase de execução da relação como uma regra de avaliação posterior da conduta das partes contratantes (mantendo firme a distinção entre os artigos 1374 cc e 1375 cc de pertencentes a diferentes campos), agora afirma que a referência à lei contida no art. 1.374 do Código Civil também se estende à boa-fé, através do disposto no art. 1.375 do Código Civil e de outra regra do art. 1.175 do Código Civil.

A nova jurisprudência interpreta os princípios da equidade e da boa-fé à luz do princípio constitucional da solidariedade social do art. 2º da Constituição. Coloca a autonomia privada não como um valor em si, mas como um meio (com clara evolução do princípio da solidariedade que individualista) para perseguir os interesses das partes que devem respeitar os valores fundamentais que inspiram o ordenamento.

Nesta perspectiva, portanto, os princípios da equidade e da boa-fé interpretados constitucionalmente orientam para que o Tribunal possa intervir de forma mais decisiva nos contratos [...].

Em qualquer caso, a avaliação do juiz não se move a partir da previsão de regras teóricas da justiça, mas, em vez disso, é baseada na consideração real dos conflitos de interesse individual e está ligada diretamente à interpretação do contrato e da reconstrução do relacionamento econômico desejado pelas partes. [...].

É, no entanto, com a sentença n. 3775/1994 que a Suprema Corte desenvolveu o conceito de boa-fé em sentido objetivo, reconhecendo um acordo contratual complementar e corretivo.

---

<sup>3</sup> CARDILLO, Carmelo Di Luca. *Buona Fede*. Altalexpedia, 24/02/2014.

Especificamente, a Suprema Corte declarou que: “O dever de agir de boa fé (art. 1.175 cc) ... ele funciona no sistema como limite interno de cada situação jurídica individual, ativa ou passiva, contratualmente atribuída, contribuindo assim para a sua conformação no sentido ampliativo ou restritivo [...], de modo que o cumprimento da legalidade formal não resulte no sacrifício da justiça substancial e não é, portanto, desconsiderado esse dever (obrigatório) de solidariedade, agora constitucionalizado (art. 2º da Constituição.) e que, quando aplicado aos contratos, integrativamente determina o seu conteúdo ou os seus efeitos (arte. 1,374 cc) e deve, ao mesmo tempo, orientar a interpretação (arte. 1,366 cc), e a execução (artigo. 1,375 cc), de acordo com o bem conhecido princípio de que *cada um dos Contratantes deve salvaguardar o interesse do outro, se isso não causar um sacrifício considerável ao seu próprio interesse*. “A boa-fé em sentido objetivo “... ajuda a criar a regra jurídica da causa ...” e constitui um “princípio cardeal” do ordenamento, indubitavelmente extraído do ... regra do sistema [...] e, portanto, proíbe o abuso”.

A sentença citada acima seria, no entendimento de Cardillo, uma inovação que traz a ruptura do quadro interpretativo anterior sobre o papel, a importância e as limitações do conceito de boa-fé em sentido objetivo. Para ele, os tribunais italianos chegam “a uma definição geral de boa fé... em um sentido ético, como uma exigência de conduta”, um dever legal genuíno que é violado não só quando uma das partes tenha agido com a intenção maliciosa de causar prejuízo a outra, mas também quando o seu comportamento não tenha sido marcado pela justiça diligente e com um sentido de solidariedade social que integra, de fato, o conteúdo de boa fé”.

De acordo com o professor, a boa-fé torna-se o limite interno da autonomia privada, que não pode ir além dos limites do princípio da solidariedade, que exige o cumprimento de um comportamento com base na cooperação entre as partes e que proíbe situações de abuso de direito.

## **O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO - O CDC E OS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL**

Enquanto que nos contratos em geral o princípio da boa-fé apenas passou a ser explicitado com a inclusão do artigo 422 ao novo Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) tal princípio já se achava inserido desde a sua edição, em 1990.

O art. 51, IV do CDC, considera nulas de pleno direito as cláusulas contratuais, relativas ao fornecimento de produtos e serviços, que

estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. Trata-se da boa-fé objetiva, isto é, “a conduta adequada, correta, leal e honesta que as pessoas devem empregar em todas as relações sociais”<sup>4</sup>, inexigindo-se condições especiais para o reconhecimento da sua existência.

José Augusto Delgado, ex-Ministro do STJ e professor de direito público (em artigo publicado na Revista Jurídica 263 – set./1999, sobre a “Interpretação dos Contratos Regulados pelo Código de Defesa do Consumidor”, p. 61) afirma que “esse princípio da boa-fé se sobrepõe a qualquer outro, especialmente ao de que as cláusulas contratuais devem (sempre - grifo nosso) ser respeitadas”. Isso porque, nele se prestigia o atuar da pessoa que “agindo com todo o critério, foi conduzida a erro escusável, a uma determinada posição”. “Muitas vezes, no conflito entre essas duas soluções, o legislador, embora fuja à lógica do sistema, opta pela última, para dar validade ao ato praticado de boa fé”<sup>5</sup>.

O CDC foi pioneiro, portanto, ao introduzir um novo enfoque para os contratos. Sem se desvincular das normas e valores adotados pelo direito privado, visou coibir os abusos gerados pelo posicionamento, em um dos polos, de uma parte mais favorecida, seja economicamente, seja pela sua posição no contrato em si mesma.

O direito contratual de consumo funda-se, assim, em três princípios basilares: o da autonomia da vontade, o da supremacia da ordem pública e o da obrigatoriedade ao que foi ajustado, excetuando-se as hipóteses de força maior e caso fortuito. Com consequência, entende-se que “se deve aceitar o Estado intervir na limitação da autonomia da vontade, em razão da necessidade do contrato se constituir em instrumento capaz de produzir efeitos que sejam aceitos pela sociedade e que contribuam para fixar uma solidariedade mais intensa entre os homens quando do trato dos seus negócios jurídicos”<sup>6</sup>.

O CDC é elucidativo a respeito do que pode representar o não cumprimento da função social, ao definir, no art. 51, parágrafo primeiro, que a “desvantagem exagerada”, passível de causar a nulidade de uma cláusula contratual é aquela que “ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; restringe direitos e obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar o seu objeto ou o equilíbrio contratual ou se mostra excessivamente onerosa

4 FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade civil*. 4. ed. p. 168.

5 RODRIGUES, Silvio. *Direito das Obrigações*. v. 2, Saraiva, 1993. p. 138.

6 DELGADO, José Augusto. *Interpretação dos contratos Regulados pelo código de Defesa do Consumidor*. RJ263 set. 1999. p. 55.

para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso”.

Em outras palavras, a ideia de função social do contrato já se achava implícita no Código de Defesa do Consumidor. Vale lembrar os ensinamentos de Sílvio Rodrigues<sup>7</sup>, no sentido de que a limitação imposta à livre manifestação de vontade no contrato “sacrifica a amplitude dos seus princípios básicos em favor das restrições que almejam fazê-lo mais justo e humano”.

O CDC trouxe uma amenização ao princípio da autonomia da vontade ao fixar que as cláusulas contratuais são lei entre as partes, mas desde que “não violem regra ou princípio legal postos no ordenamento jurídico”, como ressaltou José Delgado no seu já citado artigo. O antigo Código Civil já vedava o abuso de direito e desde a entrada em vigor do atual (Lei 1.406/02) ainda mais afinado está o CDC com o ordenamento jurídico.

É sabido haver a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações entre os usuários e as concessionárias e permissionárias de serviços públicos. Os princípios reinantes no citado codex aplicam-se, assim, aos chamados “contratos de adesão”. Levando-se em consideração que o usuário firmará com as concessionárias contratos em relação aos quais pouco ou nenhum poder de influência possui, o Poder Público e as agências reguladoras devem estar atentas para a proteção do cidadão. E, se o contrato firmado entre o poder concedente e a concessionária vai gerar efeitos na relação desta com os usuários, claro está que o poder público não pode estabelecer em comum acordo com a iniciativa privada cláusulas que venham a comprometer a prestação de um serviço adequado.

Em brilhante voto, no julgamento proferido no âmbito do Resp. nº 45.511-1-SP, 4ª T., j. 28/11/94, in Ver. Dir. Consumidor, RT, nº 16, p. 176, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar salientou que nas relações de consumo o primado não é o da vontade, mas sim o da justiça:

Os princípios fundamentais que regem os contratos deslocaram seu eixo do dogma da autonomia da vontade e do seu corolário da obrigatoriedade das cláusulas, para considerar que a eficácia dos contratos decorre da lei, a qual os sanciona porque são úteis, com a condição de serem justos. Nessa ótica, continua-se a visualizar o contrato como uma oportunidade para o cidadão atuando no âmbito da autonomia privada, dispor de seus interesses, de acordo com a sua vontade, mas essa manifestação de vontade não pode só por isso prevalecer, se dela resultar iniquidade ou injustiça. O primado não é o da vontade, é o da justiça, mesmo porque o poder de vontade de uns é maior que o dos outros e nos contratos de adesão, como é o

7 RODRIGUES, Sílvio. *Curso de Direito Civil*. p. 24, 22. ed. Saraiva.

caso dos autos, é mínimo o componente de vontade do aderente para estabelecer o conteúdo da avença.

Adriana M. Theodoro de Mello considera que atualmente “nota-se a evidente intenção do sistema jurídico de abrandar a máxima *pacta sunt servanda*, permitindo que permeiem o direito privado noções e valores tipicamente públicos: [...], função social, publicização das relações privadas [...]”<sup>8</sup>.

### **FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E BOA-FÉ NO CCB/02**

Não podem pairar dúvidas, por conseguinte, de que os princípios da função social e da boa-fé, insculpidos nos artigos 421 e 422 do Código Civil brasileiro, trazem uma limitação ao princípio da autonomia da vontade, que sempre foi erigido como princípio básico da liberdade de contratar. Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que a socialização do contrato foi implementada por uma cláusula geral, aplicável, dessa forma, como já afirmado, a qualquer contrato. A limitação dessa liberdade seria justificada pelas necessidades sociais de um determinado momento em uma determinada sociedade.

O respeito à função social do contrato não significa, todavia, a destruição do interesse privado, mas, antes, a conjugação desse interesse com um outro maior, que é o da sociedade. Adriana Mandim T. de Mello<sup>9</sup> assim afirma:

É no equilíbrio entre direitos e liberdades individuais e interesse públicos e sociais que se obtém, com maior eficiência, o que se pode chamar de relação jurídica justa e economicamente equilibrada, preservando-se, ao mesmo tempo, os valores erigidos na Constituição Federal, tais como a propriedade privada e a livre iniciativa.

Vale aqui a transcrição do art. 421 do CC/02, *in verbis*:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Arnold Wald exprime a mesma ideia de Adriana Mandim, mas com outras palavras, ao afirmar que:

---

8 MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *Revista Jurídica* n. 294, abr. 2002 – Doutrina Cível, p. 35.

9 *ibidem*, p. 37.

Deve-se, entretanto, ponderar que *a função social do contrato não deve afastar a sua função individual, cabendo conciliar os interesses das partes e da sociedade*. Assim, os direitos contratuais, embora exercendo uma função social, constituem direitos adquiridos (art. 5, XXXVI, da CR/88) e gozam, nos termos da CF, da proteção do devido processo legal substantivo (art. 5LIV, da CR/88), em virtude do qual ninguém pode ser privado de seus bens – e dos seus direitos, que também se incluem entre os bens – sem o devido processo legal. Com essa interpretação, que é a única aceitável em nosso regime constitucional, a inovação do Projeto não põe risco à sobrevivência do contrato, como manifestação de vontade individual e acordo entre as partes interessadas para alcançar um determinado objetivo, por elas definido em todos os seus aspectos<sup>10</sup>

O princípio insculpido no art. 421 do CC deve nortear não só a elaboração dos contratos, impedindo que sejam firmadas obrigações contrárias à função social, como também, e acima de tudo, inspirar a interpretação dos ajustes.

De fato, a restrição à autonomia da vontade apenas cede, em seara judicial, em face do interesse público e nos termos da lei, de acordo com Adriana Mandim:

*Só a deformidade, o absurdo e o teratológico exercício do direito de contratar; que atentem contra a regularidade das ações privadas e levem a aviltar os próprios fundamentos, as garantias e os valores sociais que sustentam e protegem a liberdade, é que serão passíveis de invalidação por intervenção do juiz*<sup>11</sup>

O importante é que o contrato não seja dissociado do seu contexto social. A sua interpretação deve ser conduzida no sentido da investigação da ligação entre a “necessidade econômica, correspondente à prestação que se efetiva, e a utilidade que se visa colher da prestação a receber”<sup>12</sup>.

Apenas os valores inseridos na observância do princípio da função social do contrato conseguem justificar deveres que são atribuídos às partes, antes e após a celebração do ajuste, e que são fundamentais para o equilíbrio entre os dois lados da relação obrigacional.

---

10 WALD, Arnold. *Um Novo Direito para a Nova Economia: A Evolução dos Contratos e o Código Civil*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, v. 12, jul./ago. 2001. p. 45.

11 MELLO, op. cit.

12 PINTO, Carlos Alberto Coelho da Mota. *Cessão de Contrato*. Saraiva, 1985. p. 260.

Não restam dúvidas, para Adriana Mandim, de que atualmente a autonomia contratual encontra-se limitada por interesses tais como “a livre concorrência, o equilíbrio das relações de consumo, a preservação do meio ambiente, do patrimônio histórico, artístico e cultural e pelas exigências da política econômica e financeira nacional”, entre outros.

## O PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA E A INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS

Quase como corolário da função social do contrato, que se erige como instrumento cujo fim é a realização de operações econômicas guiadas por um sinalagma (reciprocidade de obrigações), surge o dever das partes se orientarem com boa-fé ao longo de toda a execução pré e pós contratual. O princípio da boa-fé surge “como reflexo do fenômeno geral de eticização jurídica”<sup>13</sup>.

O dever de guardar a boa-fé nas mais diversas situações da vida privada permeia todo o antigo Código Civil. A novidade do novo codex se resume, portanto, à explicitação no direito positivo, como cláusula geral aplicável aos contratos, do que já era aplicado como princípio geral de direito: a necessidade de observância da boa-fé nas diversas fases de formação e execução do contrato. O novo Código Civil disciplina nos artigos 422 e 113, *in litteris*:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Surge a boa-fé objetiva como impositora de limites à liberdade de qualquer contrato, e não apenas os firmados em sede de relação de consumo. O conceito de boa-fé inserido no art. 422 do Código Civil é “objetivo” porque independe do questionamento da intenção da parte da agir ou não com boa-fé. Leva-se em conta se a sua conduta pode ser tida como reveladora de probidade e lealdade. Na opinião do professor Paulo Lôbo<sup>14</sup>, a boa fé e a função social do contrato, na verdade

13 OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios Fundamentais do Sistema de Direito Privado: a Autonomia da Vontade e a Boa-Fé Objetiva. *Revista De Direito do Consumidor*, São Paulo. Ver. Dos Tribunais, n 23, jul./dez. 1997. p. 70.

14 LÔBO, Paulo. Deveres Gerais de Conduta nas Obrigações Civis. artigo, datado de 2005, publicado no site *Jus Navigandi*.

engendram deveres gerais de conduta a qualquer obrigação e não apenas aos contratos, pois têm sede constitucional, como desdobramento dos princípios da solidariedade social e da justiça social (arts. 3º, I, e 170 da Constituição Federal/88), que transformaram profundamente o paradigma individualista do Código Civil anterior. O art. 422 do Código Civil de 2002 associou ao princípio da boa-fé o que denominou de princípio da probidade (“... os princípios da probidade e boa-fé”). Lôbo afirma<sup>15</sup> que no direito público a probidade constitui princípio autônomo da Administração Pública, previsto explicitamente no art. 37 da Constituição, como “princípio da moralidade” a que se subordinam todos agentes públicos. No direito contratual privado, todavia, a probidade seria qualidade exigível sempre à conduta de boa-fé ao lado dos princípios da confiança, da informação e da lealdade. Para ele pode dizer-se que não há boa fé sem probidade, mas talvez possa se dizer também que não há probidade sem boa fé, ou seja, uma não prescinde da outra.

As partes devem, assim, se conduzir de acordo com a finalidade econômica ou social do ajuste em questão. Essa premissa leva a duas conclusões. A primeira, é a de que “todas as condutas que, independentemente de não terem sido impostas pela lei ou pelo contrato, são indispensáveis ao alcance desse fim social ou econômico, justificam-se pelo princípio da boa-fé”<sup>16</sup>. E a outra premissa é a de que, inversamente, a boa-fé “impede o exercício arbitrário do direito de estipular livremente as cláusulas e condições do contrato”<sup>17</sup>.

A boa fé guarda similitude com a atitude que se espera de cada indivíduo na vida social em geral: que todos ajam com lealdade a fim de que possam nutrir uma confiança mútua, respeitando os interesses dos outros. Em sendo assim, deve-se manter na relação contratual uma conduta proba em relação ao outro polo da relação obrigacional. Tal dever, no contrato administrativo e, especialmente no contrato de concessão de serviços públicos, gera para a Administração Pública a obrigação de não impor unilateralmente cláusulas de forma arbitrária sem promover um reequilíbrio econômico financeiro e, por outro lado, para o particular, o de não lançar mão de subterfúgios ou intenções não declaradas no instrumento. Todas as partes, sejam elas de um contrato administrativo ou de um contrato privado, hão de guardar em relação à outra os deveres de cuidado, de aviso e de esclarecimento, de informação, de prestar contas,

15 LÔBO, op. cit.

16 OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios Fundamentais do Sistema de Direito Privado: a Autonomia da Vontade e a Boa-Fé Objetiva, *Revista De Direito do Consumidor*. São Paulo. Ver. Dos Tribunais, n 23, jul./dez. 1997. p. 40.

17 Op. Cit., p. 40.

de colaboração e cooperação, de confidencialidade, entre outros. São os chamados “deveres acessórios ou laterais, ou, ainda, instrumentais ou anexos” que evoluíram mais recentemente para deveres gerais de conduta.

De acordo com o Doutor em Direito Civil pela USP, Paulo Lôbo, a evolução do Direito fez despontar deveres de conduta que se revestiram da dignidade de princípios normativos, de caráter constitucional e infraconstitucional, que deixaram de ter “caráter secundário, complementar, do autêntico dever de adimplemento”. Ele explica, no artigo intitulado “Deveres Gerais de Conduta nas Obrigações Cíveis”, publicado em 2005 no site do *Jus Navigandi*, que:

Os deveres de conduta, convertidos em princípios normativos, não são simplesmente anexos ao dever de prestar adimplemento. A evolução do direito fê-los deveres gerais de conduta, que se impõem tanto ao devedor quanto ao credor e, em determinadas circunstâncias, a terceiros. Esses deveres não derivam da relação jurídica obrigacional, e muito menos do dever de adimplemento; estão acima de ambos, tanto como limites externos ou negativos, quanto como limites internos ou positivos. Derivam diretamente dos princípios normativos e irradiam-se sobre a relação jurídica obrigacional e seus efeitos, conformando e determinando, de modo cogente, assim o débito como o crédito. Os deveres gerais de conduta exigem uma interpretação de seus efeitos e alcances diretamente conjugada aos princípios de onde emanam. A compreensão de uns implica na dos outros.

Adriana Mandim<sup>18</sup> cita Judith Martins Costa e alerta que o princípio da boa fé deve ser avaliado conforme o caso concreto, de acordo com critérios técnico-jurídicos e não apenas morais. A finalidade social e econômica do contrato, que “orientará a identificação das regras de conduta limitadoras da autonomia da vontade, é aquela inerente e interna ao vínculo contratual [...]”<sup>19</sup>.

A boa fé pode operar tanto na interpretação dos contratos, como também como limite ao exercício dos direitos subjetivos (inclusive a liberdade de contratar), ou como fonte de direitos secundários que integram a relação contratual. Quando o aplicador do direito não encontra, nem no contrato, nem na lei, a solução para o caso concreto que se impõe, deve lançar mão de uma “interpretação integrativa”, isto é, utilizar a boa

18 MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um sistema de construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro, p. 413 apud Mello, Adriana Mandim Theodoro de, “A Função Social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil Brasileiro”, in: *Revista Jurídica*, n 294 – abril/12.

19 MELLO, op. cit. p. 43.

fé para suprir as lacunas e restringir a autonomia da vontade, indicando qual a conduta correta a ser esperada do contratante. Nesse sentido, o juiz – e também o árbitro, o conciliador – poderá traduzir e delimitar as obrigações advindas do contrato, à luz dos princípios da função social e da boa fé. O fim último será a busca de evitar qualquer conduta oposta aos lícitos interesses econômico sociais buscados com o ajuste, a fim de que o contrato não seja desvirtuado para atingir finalidade diferente daquela para a qual foi criado.

Ao juiz caberá, portanto, se acaso provocado, interpretar o contrato de forma a manter o equilíbrio econômico financeiro, segundo o que se espera social e economicamente daquele tipo de ajuste em questão e de acordo com o que as partes legitimamente e licitamente ajustaram. Elucidativo o acórdão a seguir, datado de 2013, que já cita o art. 422 do Código Civil como amparo para a aplicação da boa fé objetiva, e não apenas o Código de Defesa do Consumidor:

RESP - RECURSO ESPECIAL - 1324712

Relator(a): LUIS FELIPE SALOMÃO

Sigla do órgão: STJ

Órgão julgador: QUARTA TURMA

Fonte: DJE DATA:13/11/2013 DTPB:

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Ementa

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATENDIMENTO POR PLANO DE SAÚDE. COBRANÇA OU ADMISSÃO, POR PARTE DO HOSPITAL, DE QUE SEJA COBRADO POR EMPREGADO E/OU PREPOSTO, EM TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR COBERTO POR PLANO DE SAÚDE, DE ADICIONAL REFERENTE

À SUPLEMENTAÇÃO DOS HONORÁRIOS MÉDICOS, RELATIVA À ALEGADA MAJORAÇÃO IMPOSTA PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EM DETERMINADOS HORÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. CUSTO QUE DEVE ESTAR PRESENTE NO PREÇO COBRADO, NA AVENÇA MERCANTIL, PELO HOSPITAL DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE. DESCABIMENTO DE SUA IMPOSIÇÃO, EM PREVALECIMENTO SOBRE A FRAGILIDADE DO CONSUMIDOR. EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO PARA ATENDIMENTOS EMERGENCIAIS. INVIABILIDADE. CONDUTA VEDADA PELOS ARTS. 1º E 2º DA LEI N. 12.653/2012. 1. "O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios". (REsp 586316/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2007, DJe 19/03/2009) 2. Independentemente do exame da razoabilidade/possibilidade de cobrança de honorários médicos majorados para prestação de serviços fora do horário comercial - desnecessário para a solução da demanda e sequer discutida pelas instâncias ordinárias -, salta aos olhos que se trata de custos que incumbem ao hospital. Estes, por conseguinte, deveriam cobrar por seus serviços diretamente das operadoras de plano de saúde, e não dos particulares/consumidores. 3. Com efeito, cuida-se de iníqua cobrança, em prevahecimento sobre a fragilidade do consumidor, de custo que está ou deveria estar coberto pelo preço cobrado da operadora de saúde - negócio jurídico mercantil do qual não faz parte o consumidor usuário do plano de saúde -, caracterizando-se como *conduta manifestamente abusiva, em violação à boa-fé objetiva e ao dever de probidade* do fornecedor, vedada pelos arts. 39, IV, X e 51, III, IV, X, XIII, XV, do CDC e 422 do CC/2002 (grifo nosso). 4. Na relação mercantil existente entre o hospital e as operadoras de planos saúde, os contratantes são empresários - que exercem atividade econômica profissionalmente -, não cabendo ao consumidor arcar com os ônus/consequências de eventual equívoco quanto à gestão empresarial. 5. Omissis. 6. Recurso especial provido para restabelecer a sentença.

Data da Decisão: 24/09/2013

Data da Publicação: 13/11/2013

A interpretação do contrato ganha, em outras palavras, um novo fim com a aplicação do princípio da boa fé, transmudando-se de busca da verdadeira intenção das partes, para descoberta do “sentido total da regulação”, que é a inserção e a validade do ajuste como instrumento de criação de riquezas para a sociedade”. Nessa busca, servem como parâmetros e como limites a vedação ao enriquecimento ilícito e ao abuso de direito, ambos abarcados sob o conceito maior da boa fé objetiva. O novo CC é expresso ao tratar da boa fé também como limitadora ao exercício de direitos, prevendo a responsabilidade pelo abuso, como se conclui da leitura do art. 187:

Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes (sem correspondência no Código Civil de 1916).

Podemos citar ainda como artigos inovadores do novo Código Civil diretamente inspirados nas concepções da boa fé e da função social:

- os artigos 156 e 157, que estatuem sobre o estado de perigo e a lesão, como causas atenuadoras da força obrigatória do pactuado, em relação à proteção das partes contratantes;
- os arts. 423 e 424, que consagram a interpretação mais favorável ao aderente, nos contratos de adesão, em presença de cláusulas ambíguas ou contraditórias (ampliando, assim, para os contratos civis em geral, a previsão dos arts. 47 e 54 do Código de Defesa do Consumidor);
- o art. 478, que aplica o justo corretivo aos contratos em que se configure a onerosidade excessiva para uma das partes contratantes, levando em consideração a ocorrência de fatos extraordinários e imprevisíveis, para justificar a resolução do contrato ou a modificação equitativa de suas condições originárias;
- o art. 884, que consagra, no direito posto, o princípio geral de direito universal do enriquecimento sem causa, há longo tempo aplicado por nossa jurisprudência, bem como em vários dispositivos da legislação específica dos contratos administrativos.

Adriana Mandim ressalta que:

Excepcionadas estas limitações, oriundas da ordem pública, das leis imperativas e da boa fé, tem-se a autonomia da vontade como fonte soberana das obrigações, as quais vinculam as partes na mesma medida que a lei. É também a obrigatoriedade do contrato outra decorrência da boa fé e da exigência social de se tutelarem a segurança e o dinamismo das relações contratuais. A declaração expressa gera legítima confiança na outra parte de que o prometido será cumprido<sup>20</sup>

E ela prossegue afirmando que:

As regras emergidas do poder dos contratantes de criarem o próprio direito não de ser respeitadas como se leis fossem, obrigatórias, cogentes, irretatáveis em princípio, a menos que ofendam às normas de ordem pública, aos direitos ditos indisponíveis, à função social do tipo ou modelo contratual firmado. [...] Somente a quebra do sinalagma contratual, que proporcione vantagens desarrazoadas a uma das partes em detrimento da outra, autorizará a intervenção do Estado, para retirar a força do vínculo<sup>21</sup>.

A obrigatoriedade de cumprimento do contrato não impede que ele seja interpretado da forma mais consonante ao cumprimento da sua função social. De fato, o descumprimento imotivado do contrato deve ser coibido e penalizado. Questão totalmente diferente é a manutenção de cláusulas ou a sua interpretação de forma a impedir, ainda que parcialmente, o fim social ou econômico traçado pela lei e pela sociedade. Nesses casos, o contrato é passível de revisão, a fim de que seja ajustado ao que dele socialmente se espera, com base em limites técnico-jurídicos. O que deve ser preservado, em última instância, não é o contrato em si; este é apenas um instrumento das operações econômicas visadas ao final.

### **A FUNÇÃO SOCIAL E A BOA FÉ NO CONTRATO ADMINISTRATIVO**

O novo Código Civil, como já foi dito, trouxe mais força a princípios que já existiam no ordenamento jurídico, como o da função social do contrato, e positivou, em mais um artigo, a boa fé, erigida em norma a ser observada quando da execução e da elaboração dos ajustes em geral. Tendo em vista que são aplicáveis aos contratos administrativos

---

20 Op. cit, p. 44.

21 Idem, p. 47.

as normas gerais dos contratos, não se pode negar que foi reforçado pelo CCB que os princípios da boa fé e da função social devem nortear as contratações realizadas pela Administração Pública.

Se em qualquer ajuste não se admitirá sua execução de modo a contrariar os interesses e os fins que a sociedade vislumbrou, no caso dos contratos administrativos, nos quais releva o interesse público, fica ainda mais evidente que a interpretação de suas cláusulas deve levar em conta o seu fim social.

Pode-se dizer que o contrato administrativo em sua essência cumpre uma função social, qual seja, a de efetivar os interesses supremos do Estado e da sociedade na administração da coisa pública com lisura. Enquanto que para a esfera privada, a função social do contrato pode significar uma limitação à liberdade de contratar, no âmbito do Direito Administrativo essa liberdade já nasce limitada, ou seja, a tônica do contrato administrativo é o cumprimento de sua função social. Se uma das partes desse tipo de contrato é sempre integrada por uma pessoa de direito público, ou por uma pessoa de direito privado da qual o Estado participa, há sempre uma função social a cumprir pois o Poder Público deve se nortear pelo atendimento ao bem comum.

O art. 37 da nossa Constituição Federal estabelece que um dos princípios pelos quais a Administração Pública deve se reger é o da moralidade. Sem dúvida, a moralidade administrativa guarda estreita relação com a boa fé, que possui o poder de impor condutas ou restringir a liberdade de auto imposição de direitos e obrigações. Uma não sobrevive sem a outra. Não existiria, assim, à primeira vista, em relação à Administração, nenhuma grande novidade quanto ao dever das partes de se guiarem com boa fé antes, durante e após o contrato ser realizado. Tanto em relação à função social do contrato, como em relação à boa fé, devemos nos lembrar, no entanto, que no outro polo do contrato administrativo está um particular para o qual o reforço trazido pela positivação dos princípios da função social e da boa fé traz, de forma mais evidente, algumas novidades. Se o particular que contrata com o Poder Público já estava, por força de lei, obrigado a respeitar as cláusulas exorbitantes e tinha a sua autonomia de vontade limitada, com o reforço ao princípio da boa fé, a interpretação dos contratos, principalmente na fase de execução, ganha um novo olhar.

Almiro do Couto e Silva teria sido, segundo José Guilherme Giacomuzzi, o primeiro a afirmar que o Estado também se sujeita ao princípio da boa fé<sup>22</sup>. E Celso Antônio Bandeira de Mello o primeiro a, após

22 Princípio de Buona Fede e Attività delle Amministrazioni Pubbliche, 1995, p. 24-25, apud Giacomuzzi, op. cit., p. 247.

a CR/88, a estabelecer uma ligação entre moralidade e a bona fides ao aduzir que a moralidade administrativa compreendia em seu âmbito os princípios da lealdade e da boa fé. Mesmo antes do novo Código Civil ser aprovado, o professor José Guilherme Giacomuzzi já avistava a possibilidade de “se aproveitar os estudos do direito privado sobre a boa fé e, principalmente, dos institutos a ela correlatos, no âmbito do direito público”<sup>23</sup>.

Germana de Oliveira Moraes (in *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, São Paulo, Dialética, 1999, págs. 119 e 120, apud Giacomuzzi, *op. cit.*, p. 239) indica três dimensões do princípio da moralidade no Direito Público: boa-fé (tutela da confiança); probidade administrativa (deveres de lealdade e honestidade) e a razoabilidade (conduta razoável que se espera do agente público). Para a professora cearense, a boa fé que integra o conteúdo da moralidade estaria ligada à confiança, à honestidade, à lealdade e à veracidade, características em princípio relacionadas à boa fé objetiva, mas que carregam um conteúdo subjetivo. Percebe-se, assim, que, no seu entendimento, não existiria uma divisão muito definida entre a boa fé objetiva e a boa fé subjetiva.

O posicionamento do professor Yvon Loussouarn durante as Journées Louisianaises realizadas na Suíça, em 1992, também é no mesmo sentido. Ele alertou que “em todo objetivismo há uma parte de subjetivismo e reciprocamente”. E que, na apreciação da boa e da má-fé, os dois métodos interpenetram-se e completam-se necessariamente.

O professor Guilherme Giacomuzzi<sup>24</sup> também possui raciocínio semelhante e não consegue ver ausência de subjetividade na noção de “honestidade”, um dos componentes ou ideais germânicos da boa fé dita como “objetiva”. Ele enxerga uma faceta objetiva e outra subjetiva no conteúdo da “moralidade”, erigida a princípio da Administração Pública no art. 37 da Magna Carta, por entender que ela “tem cariz subjetivo na probidade e objetivo na boa fé”. Por outro lado, o professor explica que “ajuda muito, na busca do conteúdo da norma, a distinção entre a boa fé objetiva e a buona fede subjetiva”. É que, ao invocarmos aquela – a objetiva – algo de essencial à compreensão do tema exsurge: a desnecessidade de investigação do eventual elemento psicológico do agente; ou seja, prescinde-se de qualquer consideração subjetiva ou intencional do agente. O ato administrativo que fere a boa fé objetiva é ato da Administração, pouco importando de quem partiu e quais suas

23 GIACOMUZZI, J. G., “A Moralidade Administrativa e a Boa Fé da Administração Pública”, Malheiros, 2002, p. 228 e 229.

24 GIACOMUZZI, *op. cit.* p. 241.

intenções. O comportamento administrativo, impessoal, deve ser conforme à boa fé objetiva. É nesse sentido que Giacomuzzi aceita a distinção entre “objetivo” e “subjetivo”.

O professor gaúcho chama a atenção para o fato de que no nosso ordenamento a boa fé, no campo do direito público, é veiculada pelo princípio da moralidade do art. 37 da Constituição Federal de 1988 – posição que veio, no seu entender, a ser ratificada pela LPA - Lei do Processo Administrativo (artigos 2º, parágrafo único, IV, e 4º, II), mas que pode decorrer, em países que ainda não a legalizaram, de outros princípios jurídicos que não o da moralidade<sup>25</sup>.

Com a positivação no nosso Código Civil, o princípio da boa fé, erigido como cláusula geral dos contratos, é, portanto, de indiscutível aplicação aos contratos administrativos. Como bem observa Giacomuzzi, “ao menos nos países de direito legislado, a positivação – da boa fé, no caso, mas também de qualquer noção ou conceito jurídico, em verdade – atribui uma inegável maior força normativa”.

#### **A DICOTOMIA ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO**

Boa parte das resistências à aplicação do princípio da boa fé ao direito público deve-se à velha separação entre o “público” e o “privado”. A doutrina europeia considerava que era irrelevante ao direito público a consideração da existência da boa fé e que até iria contra o seu espírito, uma vez que em matéria de direito público não haveria espaço para lacunas. Ainda hoje existem correntes doutrinárias europeias que defendem que um ato administrativo ou é legal ou é ilegal. “A noção de boa fé, não estando inscrita na lei, não constando dos princípios gerais do direito administrativo e mais, não sendo uma condição de legalidade dos atos administrativos, não tem função alguma no direito administrativo belga”<sup>26</sup>.

Na Bélgica, de acordo com Lagasse, a boa fé é concebida no direito privado eventualmente como corolário da autonomia da vontade, mas não no direito administrativo, porque neste a liberdade de ação não forma um “princípio”, uma vez que “não se pode exercer seu poder senão no interesse geral e na medida permitida pela lei”. A doutrina belga apresentaria apenas uma exceção à inaplicabilidade da noção de boa fé, que seria o desvio de poder, noção essa, no entanto, desprovida de conteúdo objetivo e carregada de subjetivismo e que, portanto, não

25 Idem, p. 246 e 249.

26 GIACOMUZZI, citando Lagasse, in: *A Moralidade Administrativa e a Boa Fé da Administração Pública*. Malheiros, 2002. p. 256.

serviria para apontar uma flexibilização em relação à admissão da boa fé no campo do direito público.

O professor Giacomuzzi procura rebater aqueles que considera como os principais obstáculos à utilização da boa fé no Direito Administrativo: a existência de uma relação de subordinação (e não de coordenação) entre o Poder Público e o administrado, e a dependência da boa fé à autonomia de vontade. Para ele, se estamos tratando da aplicação da boa fé objetiva, não há que se perquirir quanto à exigência de autonomia da vontade. A relação de subordinação e não de coordenação, por sua vez, não constitui empecilho nenhum, pois foi no campo das relações entre desiguais que se desenvolveu a *fides* no Direito Romano.

No que se refere à argumentação de Lagasse de que o princípio da legalidade impediria que se questionasse quanto à boa fé, pode-se contra argumentar que só o exame da legalidade não basta às sociedades que se pretendem Estados Democráticos de Direito. Sem dúvida, os atos administrativos e os contratos administrativos não podem deixar de levar em conta a legitimidade que só existe quando há moralidade, quando há boa fé.

Resta, ainda, ponderar, mais uma vez, que inexistente a propalada divisão estanque entre o público e o privado. Do Estado Liberal passou-se ao Welfare State e chega-se, hoje, à concepção de que existe entre eles – o público e o privado – diversos pontos de convergência, apontando para o fim último da justiça social. Não mais se pode conceber apenas o direito privado como relacionado à autonomia de vontade e aos interesses particulares, e o direito público como ligado ao interesse público e a uma relação de subordinação. Giacomuzzi<sup>27</sup> observa que:

A boa fé, enquanto corolário da autonomia da vontade ou tendente a influenciar somente relações de coordenação, perde, assim, suas referências exclusivamente jusprivatistas [...] com as transformações recentes do Estado, ela ganha, atualmente, no seu aspecto objetivo, muito mais força.

São particularmente interessantes, para o que se busca demonstrar com este artigo, as conclusões de Giacomuzzi, citando Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no sentido de que, atualmente, “ênfase maior há de ser colocada na participação popular, democrática e consensual na condução das decisões administrativas, sejam elas tomadas pelo Estado, enquanto pessoa de direito público interno, ou pela pessoa jurídica de

---

27 Op. cit. p. 263.

direito privado que, concessionária, gestora ou outra figura que se lhe atribua, deverá centrar o foco no cidadão”.

Destarte, a boa fé no direito público decorre não só do princípio da moralidade, insculpido na Constituição da República, como também de outros princípios jurídicos e da sua positivação no ordenamento jurídico como um todo, especialmente no Código Civil, onde foi erigido à cláusula geral em matéria contratual. O fundamento último é o respeito ao cidadão, pilar do Estado Democrático de Direito.

### **RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A DOUTRINA ITALIANA**

A boa fé é aplicável não apenas na execução do contrato como “em sua conclusão”, isto é, na fase pré-contratual. Assim ficou positivado no novo Código Civil, segundo o art. 422, que estabelece que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa fé”.

Mesmo ante a existência nos contratos administrativos de cláusulas exorbitantes, não existe nenhum óbice, pelo contrário, há o dever, de que a Administração e os contratados ou concessionários guardem entre si os deveres de boa fé, respondendo, ainda na fase pré contratual, por eventuais atos de deslealdade e quebra de confiança.

O professor Giacomuzzi relata que desde a década de 70 a doutrina italiana já admitia a responsabilidade pré contratual da Administração, seja quando ela age como particular, seja quando se encontra investida da sua supremacia. A questão se centra na possibilidade dessa atribuição de responsabilidade implicar, ou não, numa sindicância da discricionariedade administrativa.

Tradicionalmente, na Itália considerava-se que a Administração Pública não podia responder por culpa in contrahendo porque o particular tinha apenas uma expectativa e não um direito à contratação. A Administração só passava a se obrigar quando estivesse resolvido e aprovado o contrato, pois se mantinha na esfera da discricionariedade do administrador as decisões quanto às formas de conduzir e concluir a contratação.

A doutrina italiana mudou a sua posição ao longo do tempo, passando a considerar que o art. 1.337 do Codice Civile (de 1942) se constitui em um princípio informador de todo o ordenamento jurídico. O dispositivo é no sentido de que no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem os contratantes comportar-se segundo a boa-fé.

Art. 1337: *Trattative e responsabilità precontrattuale* — Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.

Na Itália “é, portanto, configurável a responsabilidade pré contratual da Administração Pública no caso de algum órgão dessa, nas tratativas e nas relações com terceiros, ter obrado (seja em ação, seja em omissão) em contraste com princípios de lealdade, correção e boa fé”<sup>28</sup>. O mestre Giacomuzzi afirma que “tal comportamento pode ser examinado pelo juiz sem que isso importe numa sindicância acerca do bom uso dos poderes discricionários da autoridade administrativa”.

No Brasil, deve ser adotado raciocínio semelhante. O art. 422 do CCB/02 aplica-se também à Administração Pública, inclusive no que se refere à responsabilidade pré contratual e tal entendimento protege os cidadãos do abuso de direito.

Em decisão do STJ – Superior Tribunal de Justiça de 14/11/95, portanto bem antes da alteração do nosso Código Civil, o Min. Relator Ruy Rosado de Aguiar Jr. Já alertava que a Administração Pública deve atuar com lealdade, com base na boa fé:

No direito civil, desde os estudos de Jhering, admite-se que do comportamento adotado pela parte, antes de celebrado o contrato, pode decorrer efeito obrigacional, gerando a responsabilidade pré contratual. O princípio geral da boa fé veio realçar e deu suporte jurídico a esse entendimento, pois as relações humanas devem pautar-se pelo respeito à lealdade. O que vale para a autonomia privada vale ainda mais para a Administração Pública e para a direção das empresas cujo capital é predominantemente público, nas suas relações com os cidadãos [...].

A admissão dessa responsabilidade pré contratual em nada fere os poderes de revisão unilateral dos contratos, quando se verificaram as hipóteses previstas em lei. O que se quer prestigiar é a possibilidade de indenização em caso de não correspondência, pela Administração, da confiança e dos investimentos feitos pelo contratado ou administrado.

Ressalte-se que a Lei 8.666/93 já prevê, por exemplo, a possibilidade da Administração, no caso de declaração da nulidade do contrato administrativo, indenizar o contratado, com base no parágrafo único do art. 59, limitando o valor àquilo que tiver sido executado,

---

28 GIACOMUZZI, op. cit. P. 281

além de ressarcir por outros prejuízos regularmente comprovados. A nulidade, é claro, não pode ser imputável ao contratado.

O princípio da moralidade previsto no art. 37 da Magna Carta seria o fundamento essencial e inspirador para o dever de boa fé objetiva que impõe à Administração a responsabilidade pré contratual e gera o direito à indenização, mas o art. 422 do CCB/02 traz força suplementar e definitiva para a aplicação aos contratos administrativos do deveres de lealdade e confiança.

Não se deve esquecer ainda que ao princípio da boa fé deve ser conjugado outro, já mencionado, que é o da função social do contrato. De fato, se a liberdade de contratar deve ser exercida, como define o art. 421 do CCB, “em razão e nos limites da função social”, temos aí um referencial para o que se pode entender como boa fé. Terá boa fé o contratante que pautar a sua conduta pré e pós contratual pela função social do ajuste. Isso se aplica tanto à Administração como ao contratado, sendo que a tutela do comportamento de boa fé é muito mais necessária no direito administrativo que no direito privado, porque a Administração, por exercer um poder mais amplo do que os dos outros sujeitos participantes do procedimento, deve ser submetida a maiores regras.

Vale lembrar ainda que o Código Civil Brasileiro estabelece, em seu artigo 2035, parágrafo único, que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”, permitindo, assim, que seja feita uma revisão de todo ajuste que ameçar o cumprimento da finalidade social, uma vez que a boa fé é aplicável não só na conclusão do contrato, como também na sua execução.

#### **APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA FÉ NA HARMONIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO INTERNACIONAL – FUNDAMENTOS ROMANOS DA TRADIÇÃO CIVIL EUROPEIA**

Riccardo Cardilli, professor titular de Direito Romano da Universidade Tor Vergata, em palestra proferida<sup>29</sup> sobre os “Fundamentos Romanos da Tradição Civil Europeia: Princípios comuns aos países europeus” (Roman Foundations of the European Civilian Tradition – Common Principles of European Countries) afirmou que na Europa não há harmonização de leis no que tange ao direito privado. Os países europeus concordam sobre alguns tópicos tais como saúde, mas

29 Em 09/07/14, durante o curso “European Law, Human Rights and Harmonization of State’s Laws: The Role of European and International Courts”, realizado de 29/06/14 a 12/07/14, na Universidade *Tor Vergata*, em Roma, Itália.

não sobre leis contratuais. Mesmo que seja firmado um acordo sobre comércio internacional, esse ajuste não irá interferir no direito privado.

O direito privado internacional implica na resolução de um problema específico e não é possível a aplicação conjunta de legislações de diferentes países. O princípio da boa fé, entre outros princípios gerais de direito, auxiliam, assim, na interpretação que deva ser dada a acordos, convenções e contratos.

Em 1980, foi firmada a convenção UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional). Trata-se de um organismo da ONU, criado para a modernização e harmonização das regras de comércio internacional. Foi firmada em Viena, na Áustria. Assim dispõe o artigo sétimo da Convenção:

Na interpretação dessa Convenção ter-se-á em consideração o seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformização na sua aplicação e de assegurar a observância da boa fé no comércio internacional.

A bona fides na lei internacional significa apenas que o contrato deve ser equânime, equilibrado. O equilíbrio é o mais importante. De acordo com o professor Riccardo Cardilli, não há na Convenção UNCITRAL, portanto, a aplicação da boa fé no sentido que a entendemos no direito interno. Embora não seja aceita como um princípio contratual, para a elaboração dos contratos, é considerada como um princípio a ser utilizado na interpretação dos ajustes.

A fim de tentar uma harmonização da legislação, os intérpretes das leis internacionais tentaram fixar princípios comuns. Segundo o *Common Law*, o sistema do contrato é pleno, ou seja, qualquer regra deve vir do próprio contrato, que é a lei do ajuste. Releva o princípio do *“pacta sunt servanda”*, ou seja, o contrato deve prevalecer porque nele tudo está e pode ser disposto, de acordo com a liberdade contratual. Aproximadamente 90% do Direito na Europa, no entanto, são baseados no *“Civil Law System”* (sistema do direito civil). Para os europeus, o contrato não precisa prever tudo. O conteúdo essencial de um ajuste, tal como a garantia técnica do bem ou a obrigação de entrega da mercadoria, está implícito. A teoria da imprevisão, por exemplo, é aplicável.

Dos anos 80 até o início do segundo milênio, os europeus tentaram unificar princípios comuns de Direito, elegendo como um dos *“European Principles of Contract Law”* (Partes I e II revistas em 1998, Part III datada de 2002), a good faith (boa fé), da qual decorrem os deveres de lealdade e de

cooperação (fair dealing and cooperation) Assim dispõe o artigo primeiro do acordo firmado pelos países membros da União Européia:

Artigo 1:202 (Article 1:201 (ex art. 1.106)) – Boa Fé e Justo Comércio (Good Faith and Fair Dealing)

(1) Cada uma das partes deve agir em conformidade com a boa-fé e a lealdade (Each party must act in accordance with good faith and fair dealing).

(2) As partes não podem excluir ou limitar esses deveres. (The parties may not exclude or limit this duty).

Artigo 1:202 (Article 1:202 (ex art. 1.107)) - Dever de cooperar (Duty to Co-operate)

Cada parte deve à outra o dever de cooperar, a fim de garantir a plena eficácia do contrato. (Each party owes to the other a duty to co-operate in order to give full effect to the contract).

Ou seja, o princípio da boa fé e os deveres dela decorrentes são colocados como obrigações gerais – general obligations – e regras gerais de contratos – general rules of contract law – a serem seguidas por todos os países membros da União Européia, além de servirem de elementos integradores dos ajustes. Os princípios estabelecidos no acordo serão obrigatoriamente aplicados ou quando as partes acordarem em incorporá-los ao contrato ou que o ajuste será por eles regido e poderão ser aplicados, ou quando as partes acertarem que o ajuste deve ser governado pelos princípios gerais de direito ou quando não elegeram a legislação específica para reger o contrato, ou, ainda, supletivamente, em caso de conflito, para ajudar a solucionar uma controvérsia quando a própria legislação eleita para tal não for suficiente para resolver a questão. Os artigos abaixo assim preveem:

Article 1:101 (ex art. 1.101) – Aplicação dos Princípios (Application of the Principles)

(1) Estes princípios destinam-se a serem aplicados como normas gerais do direito dos contratos em Comunidades Européias. (These Principles are intended to be applied as general rules of contract law in the European Communities).

(2) Estes princípios se aplicam quando as partes tenham acordado para incorporá-los em seu contrato ou que seu contrato será por eles regido. (These Principles will apply when the parties have agreed to incorporate them into their contract or that their contract is to be governed by them).

(3) Estes princípios podem ser aplicados quando as partes: (These Principles may be applied when the parties):

(a) concordaram que o seu contrato será regido por “princípios gerais de direito”, a “lex mercatoria” ou semelhantes; ou (have agreed that their contract is to be governed by “general principles of law”, the “lex mercatoria” or the like; or)

(b) não tiverem escolhido qualquer sistema ou regras de direito para reger o seu contrato ( have not chosen any system or rules of law to govern their contract).

(4) Estes princípios podem ser uma solução para a questão levantada onde o sistema ou as regras do direito aplicável não derem essa solução (These Principles may provide a solution to the issue raised where the system or rules of law applicable do not do so).

A liberdade de contratar existe, mas é limitada pelos princípios da boa fé e do justo comércio e pelas regras obrigatórias - mandatory rules - que decorrem desses mesmos princípios:

Artigo 1<sup>o</sup>: 102 (Article 1:102) – Liberdade de contratar (Freedom of contract)

(1) As partes são livres para celebrar um contrato e determinar o seu conteúdo, sem prejuízo das exigências de boa fé e de lealdade, e das regras obrigatórias estabelecidas por esses princípios. (Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles).

(2) As partes podem excluir a aplicação de qualquer dos Princípios ou derogar ou modificar os seus efeitos, salvo disposição em contrário dada por esses mesmos princípios. (The parties may exclude the application of any of the Principles or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided by these Principles).

Os membros da União Europeia acordaram também que os princípios devem ser interpretados de forma a promover a segurança nas relações contratuais e a uniformidade de aplicação das regras. Apenas as questões que não sejam resolvidas pelos princípios ou pelas regras a eles subjacentes é que serão resolvidas pelo regime jurídico aplicável segundo as regras do direito internacional privado, o que dá a medida da importância do princípio da boa fé para a interpretação das regras de contratos internacionais:

Article 1:106 (ex art. 1.104) - Interpretação e Suplementação  
Interpretation and Supplementation

(1) Estes princípios devem ser interpretados e desenvolvidos de acordo com os seus propósitos. Em particular, deveria ser considerada a necessidade de promover a boa fé, a lealdade, a segurança nas relações contratuais e a uniformidade de aplicação das regras. (These Principles should be interpreted and developed in accordance with their purposes. In particular, regard should be had to the need to promote good faith and fair dealing, certainty in contractual relationships and uniformity of application).

Importante destacar também o que foi estabelecido no acordo, firmado pelos países membros da União Europeia, acerca do que acontece se o contrato infringir os princípios fundamentais previstos nas legislações dos estados membros da EU: será de nenhum efeito:

Article 15:101 Contratos contrários aos princípios fundamentais  
(Contracts Contrary to Fundamental Principles).

Artigo 15: 101 - Um contrato é de nenhum efeito na medida em que é contrário aos princípios reconhecidos como fundamentais nas legislações dos Estados-Membros da União Europeia. (A contract is of no effect to the extent that it is contrary to principles recognised as fundamental in the laws of the Member States of the European Union)

De acordo com o Professor Cardilli, a União Europeia já chegou à conclusão, portanto, de que para harmonizar o direito privado europeu, mais importante do que elaborar “drafts”, como o “European Principles of Contract Law”, é o reconhecimento dos princípios comuns adotados pelos ordenamentos europeus, fazendo deles a base para a aplicação dos

contratos. Um desses princípios é a boa fé, prevista em diversos códigos civis europeus.

No artigo 340 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (2010) é estabelecido que os contratos firmados por países membros são regidos pela “lei interna” aplicável ao ajuste em questão, ou seja, pelas regras estabelecidas no bojo do contrato. No caso de responsabilidade extracontratual (non contractual liability), a União Europeia deve, de acordo com os “princípios comuns gerais às leis dos estados membros da EU”, dar solução a qualquer dano causado por suas instituições ou por seus servidores no desempenho das suas funções.

Como exemplo de “princípio comum geral” podemos citar o “não crie danos aos outros” (don’t create dangers to others). Esse princípio está fixado em todos os Códigos Civis da Europa e, ao lado, do princípio da boa fé, se constitui em regra geral para a interpretação de contratos<sup>30</sup>.

## CONCLUSÃO

A partir das considerações expostas neste trabalho podemos concluir que:

1. Existem diversos pontos de convergência entre o direito público e o direito privado. Os fins da justiça social e da proteção ao cidadão determinam que princípios como o da boa fé devem ser observados por todos os ramos do Direito e por todas as pessoa jurídicas, sejam elas de Direito Público ou de Direito Privado.

---

30 Como exemplo de aplicação do princípio da boa fé, o professor Riccardo Cardilli citou, na palestra já referida, o caso suscitado pela troca da capital da Nigéria. A União Europeia-UE decidiu que os países europeus deveriam construir uma única embaixada. No acordo internacional, a UE apontou os países que deveriam participar. A Grécia concordou em participar, mas depois desistiu. Em 2000, a UE decidiu que a Grécia deveria pagar pelo que devia até a data da desistência e, assim, devolveu ao país apenas parte do que havia sido investido. A Corte Europeia decidiu que a UE estava certa, com base no princípio da boa fé. A Grécia contra argumentou dizendo que não seria aplicável ao caso o princípio da boa fé, em função do princípio do *pacta sunt servanda*. Em suma, alegava a Grécia que a boa fé não poderia ser levada em conta para determinar as obrigações, já que não poderia haver a imposição desse princípio a um Estado que não o subscreveu, devendo apenas ser levado em conta o contrato firmado. Os advogados da Comissão Europeia, porém, argumentaram que o princípio da boa fé é previsto no direito interno grego e se constitui em princípio geral de direito internacional e que, portanto, não poderia ser deixado de lado. A conclusão da corte de primeira instância foi no sentido de que mesmo não tendo a Grécia assinado o “memorando adicional”, deveria reembolsar a UE dos custos. Isso, porque a Grécia não fez objeções às ordens de pagamento e isso levou os outros países a, de boa fé, acreditarem que a Grécia cumpriria com todos os pagamentos. Ao final, prevaleceu a idéia de que o dever de respeito à boa fé está implícito em todos os contratos de Direito internacional.

2. Equidade e boa fé não se confundem. Equidade é o princípio pelo qual o direito positivo se adapta à realidade da vida sócio-jurídica, conformando-se com a ética e a razoabilidade. O juízo de equidade é aquele segundo o qual se deve dar a cada um o que é seu de direito, segundo um ideal de justiça. É princípio de integração da norma jurídica.
3. O princípio da boa fé deve ser aplicado a todo e qualquer contrato, seja administrativo ou privado. Os contratantes devem pautar a sua conduta pelo cumprimento da função social do ajuste, revelando probidade e lealdade.
4. A boa fé deve ser avaliada objetivamente, em função de condutas que são reveladoras da sua existência ou inexistência, sem se perquirir sobre a intenção das partes. Terá boa fé aquele que não ameaçar o equilíbrio contratual, restringindo direitos e obrigações inerentes à natureza do contrato e que não ofender os princípios fundamentais do direito, além das regras específicas aplicáveis ao tipo de ajuste em questão.
5. A boa-fé objetiva preconizada no artigo 422 do Código Civil ganha contornos distintos da que foi consagrada no CDC e na jurisprudência brasileira anterior ao Código Civil, qual seja: proteção dos consumidores, devido à desigualdade das partes contratantes, visando ao reequilíbrio contratual.
6. Nas relações jurídicas paritárias reguladas pelo Código Civil, a boa-fé objetiva visa não a proteger uma das partes, mas, a *exigir de ambas as partes*, uma atuação honesta e leal, conforme os valores e preceitos consagrados pelo ordenamento civil-constitucional, impondo funções e deveres de conduta, decorrentes da própria natureza do vínculo assumido, que são condicionados e limitados pela função social e econômica do negócio jurídico celebrado.
7. O princípio da boa fé pode ser utilizado como fundamento para que uma das partes não se locuplete sobre a outra. O contrato pode ser ajustado (judicialmente ou extrajudicialmente), de forma a manter equilibrada a relação entre os encargos e a remuneração.

8. Não mais pairam dúvidas de que nos contratos privados flexibiliza-se o princípio *pacta sunt servanda* face à aplicação do princípio da boa fé e da teoria da imprevisão (art. 317, do CCB/02). Nos contratos administrativos ainda é mais evidente a característica da mutabilidade, sendo aplicável a regra *rebus sic stantibus*. Havendo modificação das condições em que se deu o ajuste, pode e deve ser adaptado o contrato, de forma judicial ou amigável, a fim de se evitar ou corrigir o desequilíbrio que afronte a norma da boa fé.
9. A função social e a boa fé contratual, positivadas no CCB/02, são reflexos de um fenômeno maior de eticização jurídica, devendo ser observadas durante todo o iter contratual: antes, durante e depois do ajuste ser firmado, surgindo como elemento de interpretação contratual e vedando o enriquecimento ilícito e o abuso de direito, tanto por parte da Administração Pública, como por qualquer contratante ou contratado.
10. No “European Principles of Contract Law”, os princípios tem natureza dispositiva ou supletiva, podendo as partes integrá-los ou não ao contrato. No direito brasileiro, o princípio da boa fé tem caráter normativo cogente, com primazia sobre a convenção das partes e integração necessária ao ato ou negócio jurídico, sendo cláusula geral contratual.
11. É necessário que o intérprete, através da hermenêutica, preencha o conteúdo da referida cláusula geral, seja nas relações paritárias ou não paritárias, no intuito de se determinar os contornos dogmáticos do princípio da boa-fé objetiva, notadamente, suas funções, deveres anexos e limites, viabilizando assim sua aplicação diante do caso concreto.
12. Para harmonizar o direito privado europeu, o importante é o reconhecimento dos princípios comuns adotados pelos ordenamentos europeus, fazendo deles a base para a aplicação dos contratos. Um desses princípios é a boa fé, prevista em diversos códigos civis, mas também aceita pelos países que adotam o Common Law como modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade,

probidade. “Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo” 31. Cumpre salientar que a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, resolução 3.281/74 da ONU, estabelece, no seu preâmbulo, que um dos princípios que deve reger as relações políticas e econômicas dos Estados é a execução, de boa fé, das obrigações internacionais.

13. O CC/02 veio se alinhar aos Códigos civis alemão e italiano, passando a tratar da boa fé objetiva, como cláusula geral. Resta agora aguardar para percebermos, ao longo do tempo, qual será o tratamento dado pelos nossos tribunais na aplicação prática da boa fé objetiva, não apenas nas relações consumeiristas, mas em qualquer contrato de direito privado ou público. Por enquanto, a jurisprudência tem sido tímida, embora respaldos não faltem para que sejam coibidos os desvios do abuso de direito, tendo por fundamento os valores e princípios consagrados pelo ordenamento civil-constitucional, sobretudo os da justiça social, da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

CARDILLI, Riccardo. *Roman Foundations of the European Civilian Tradition – Common Principles of European Countries*. Palestra proferida no dia 09/07/14, na Universidade Tor Vergata, Roma Itália.

DELGADO, José Augusto. Interpretação dos Contratos Regulados pelo Código de Proteção do Consumidor. *Revista Jurídica n. 263*, Assunto Especial, Rio de Janeiro, set. 1999.

FILHO, José Cavaliere. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIORI, Roberto. *Roman Foundations of the European Private Law: the Tolr of Good Faith*. Palestra proferida no dia 09/07/14, na Universidade Tor Vergata, Roma Itália.

---

31 MARTINS COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 411.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A Função Social do Contrato e o Princípio da Boa-fé no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista Jurídica*, n. 294, abr./02, Doutrina Cível, Nota Dez.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios Informadores do Sistema de Direito Privado: A Autonomia da Vontade e a Boa-Fé Objetiva. *Revista de Direito do Consumidor*; São Paulo. Revista dos Tribunais, n. 23-24, jul./dez. 1997.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito das Obrigações*. v. 02, São Paulo: Saraiva, 1993.

WALD, Arnold. Um Novo Direito para a Nova Economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v. 12, jul./ago. 2001.



Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional  
SIG, Quadra 6, Lote 800 - 70610-460, Brasília – DF  
Tiragem: 1.500 exemplares