Coordenação
Arno Dal Ri Junior

Organização
Ana Luiza Becker Salles
Lucas Carlos Lima
Paulo Potiara de Alcântara Veloso

ANAIS Congresso de Direito Internacional *Ius Gentium*

A JURISPRUDÊNCIA NOS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO: União Europeia e Mercosul

Editora Fundação Boiteux
ISSN 1983-8638

Florianópolis
2011

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresentamos os Anais de mais um Congresso de Direito Internacional, realizado entre os dias 31 e 01 de novembro de 2011. Neste ano o tema abordado foi "A Jurisprudência nos Processos de Integração: União Européia e Mercosul", oportunidade em que se discutiu uma vasta gama de assuntos relacionados à construção jurisprudencial de conceitos prementes ao contexto comunitário e integracional, podendo citar: propriedade intelectual, meio ambiente, direito internacional privado, dentre outros.

Aprofundando a produção internacionalista da Universidade Federal de Santa Catarina, os artigos aqui presentes refletem as discussões e perspectivas teóricas desenvolvidas no seio do Grupo de Pesquisas em Direito Internacional

O volume destes anais está dividido em duas partes: na primeira, constam as conferências de renomados juristas europeus bem como grandes nomes do direito internacional brasileiro. Nesta edição contamos com a visita e grata comunicação dos professores Manlio Frigo, Roberta Clerici e Naiara Posenato, da *Università degli Studi di Milano*, fuguras de destaque dentro dos estudos Europeus acerca do Direito Internacional Privado e Jorge Fontoura, Presidente do Tribunal de Revisão do Mercosul, um dos mais relevantes internacionalistas brasileiros hodiernos. O evento também conta com a produção acadêmica local, com as conferências dos professores do grupo de pesquisa.

A segunda parte do volume consta com as comunicações acadêmicas realizadas por estudantes, desde doutores até os trabalhos de jovens internacionalistas em iniciação na pesquisa científica de várias universidades, possibilitando o diálogo entre as pesquisas, o que reforça a convicção de que iniciativas como a que se desenlaçam são fundamentais para o fortalecimento do estudo da área no cenário acadêmico nacional e internacional.

Enfim, reiteramos nossos agradecimentos aos conferencistas, palestrantes, participantes, à equipe de organização, parceiros institucionais, em especial o Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC e a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior que possibilitaram a realização do congresso e desta publicação.

Ilha de Santa Catarina

Arno Dal Ri Júnior
Comitê Organizador

SUMÁRIO

CONFERÊNCIAS

1. OS STANDARDS DE TUTELA DA UNIÃO EUROPEIA EM CONFRONTO COM OS STANDARDS INTERNACIONAIS: A PROPRIEDADE INTELECTUAL
   Manlio Frigo

2. AS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NA JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES EUROPÉIAS
   Roberta Clerici

3. TRADUTOLOGIA JURÍDICA E INTERPRETAÇÃO DE TEXTOS LEGISLATIVOS MULTILÍNGUES PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA
   Naiara Posenato

4. PREÇOS PREDATÓRIOS, DESCONTOS E ABATIMENTOS DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DA UE: ASPECTOS COMPARATIVOS
   Laíse Da Correggio Luciano

COMUNICAÇÕES ACADÊMICAS

5. A (DES)NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS NO BRASIL: ENFOQUE JURISPRUDENCIAL
   Marcelo Markus Teixeira

6. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA
   Patricia Grazziotin Noschang

7. O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE APÓS O TRATADO DE LISBOA: PERSPECTIVAS DE FORTALECIMENTO SUBNACIONAL NA UNIÃO EUROPÉIA
   Fernanda Vieira Kotzias

8. AS NOVAS INCUBÊNCIAS DO CONTINGENTE MILITAR FRENTE AO INSTITUTO DAS OPERAÇÕES DE PAZ MULTIDIMENSIONAIS DAS NAÇÕES UNIDAS.
   Javier Rodrigo Maidana

9. A JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL NA CONSTRUÇÃO DA AUTONOMIA JURÍDICA E POLÍTICA DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS.
Túlio Di Giácomo Toledo

10. O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA NA AFIRMAÇÃO DA COOPERAÇÃO JURÍDICA EM MATÉRIA PENAL
Henrique Lago da Silveira

11. MÚLTIPLA NACIONALIDADE: REPENSANDO A RELAÇÃO ENTRE SUJEITO E ESTADO NO MUNDO GLOBALIZADO
Cássio Eduardo Zen

12. APONTAMENTOS PRÁTICO-TEÓRICOS ACERCA DA PROIBIÇÃO DO CRIME DE TORTURA NO ÂMBITO DO SISTEMA EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS
Gabriela Werner Oliveira

13. A CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS E O CONCEITO DE PROSELITISMO: O CASO KOKKINAKIS CONTRA GRÉCIA
Chiara Antonia Sofia Mafrica Biazi

14. AS CONVENÇÕES DA PAZ DE HAIA DE 1899 E 1907 E SUA CONTRIBUIÇÃO AO MODELO ARBITRAL DE JURISDIÇÃO INTERNACIONAL
Lucas Carlos Lima

15. INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS DIRETOS: REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL E O CASO BRASILEIRO
Ana Luiza Becker Salles

16. O DIREITO BRASILEIRO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS: CASOS EMBLEMÁTICOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Leonardo Bruno Pereira de Moraes

17. O JUSPOSITIVISMO KELSENIANO E SUA TEORIA DO ESCALONAMENTO DAS NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONAIS
Guilherme Bedin

18. CASO VAN DER WALLE: ANÁLISE DO CONCEITO DE RESÍDUO E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR NA JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPÉIA
Mariana Clara de Andrade

OS STANDARDS DE TUTELA DA UNIÃO EUROPEIA EM CONFRONTO COM OS STANDARDS INTERNACIONAIS: A PROPRIEDADE INTELECTUAL

Manlio Frigo [**]

1 O ARTIGO 17.2 DA CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA NOVA BASE JURÍDICA PARA A ATIVIDADE DA UNIÃO EUROPÉIA EM MATÉRIA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL?

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa e a eficácia vinculante por este conferida à Carta dos Direitos Fundamentais através do artigo 6.1 do Tratado da União Européia (TUE), se põe o problema de determinar se o quadro normativo modificado produza algum tipo de efeito no que se refere à legislação da propriedade intelectual. Como é notório, de fato, o artigo 17.2 da Carta estabelece que "A propriedade intelectual está protegida". Deve ser observado a respeito que não só a fórmula é totalmente inédita, mas também que, de um modo geral, é a primeira vez que uma norma primária da União Européia (UE) faz própria de modo assertivo uma declaração de princípios de um setor que, até agora, era objeto de atenção prevalentemente instrumental, a respeito da finalidade de diferente caráter, e mais diretamente tuteladas por outras normas comunitárias.

Sob este aspecto, duas questões preliminares serão brevemente confrontadas. Trata-se de verificar, em primeiro lugar, qual a noção de propriedade intelectual que é compreendida pela norma. Em segundo lugar, pode-se perguntar se seria lícito compreender que o artigo 17.2 da Carta configura uma nova base jurídica sobre a qual fundamentar a tutela da propriedade intelectual. Na espera que o Tribunal de Justiça elabore uma noção autônoma de propriedade intelectual, é possível, portanto, considerar que a noção comunitária compreenda o direito de autor, as marcas, as patentes, as indicações geográficas, o design, as topografias, os semicondutores, as informações reservadas.

No que se refere ao primeiro aspecto, deve ser salientado que, na ausência de uma definição precisa de caráter geral, a própria práxis normativa comunitária se refere a uma noção ampla de propriedade intelectual, baseada na definição do artigo 2, § (viii),

[**] Professor Catedrático de Direito da União Européia na Universidade Estatal de Milão, na Itália.

da Convenção de Estocolmo que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), ou do artigo 1, § 2 do acordo TRIP's.

No que concerne à segunda questão, parece ser possível facilmente excluir a hipótese de que o artigo 17.2 da Carta possa verdadeiramente constituir uma nova base jurídica autônoma, mesmo porque o novo artigo 6.2 do Tratado da União Européia, após ter equiparado o valor da Carta aquele dos tratados, específica também que "As disposições da Carta em nenhum modo estendem as competências da União definidas nos tratados". Tal fenômeno, naturalmente, significa que a base jurídica das normas colocadas para proteger a propriedade intelectual pode ser extraída exclusivamente de outras normas primárias do direito na União, não podendo ser tomadas em consideração as normas da Carta para a atribuição de competências diferentes daquelas já presentes nos tratados.

Se, portanto, sob o aspecto aqui examinado, a afirmação da eficácia vinculante da Carta não parece aportar novidades clamorosas, vale a pena, ao contrário, questionar qual seja a amplitude da proteção garantida à propriedade intelectual no âmbito do direito da União, à luz da evolução normativa e jurisprudencial destes anos, sem com isso subestimar a dimensão do que é afirmado pelo artigo 17.2 da Carta.

2. A AMPLITUDE DA PROTEÇÃO E A DEFINIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS COMUNITÁRIAS EM MATÉRIA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

A intenção de determinar a amplitude da tutela garantida à propriedade intelectual implica a necessidade de afrontar o tema das competências atribuídas à União em matéria pelos tratados.

A tal propósito, deve ser imediatamente salientado como o exame da práxis comunitária mostre uma notável riqueza de manifestações às quais falta uma clareza de fundo e, sobretudo, uma univocidade de indicações justamente no que se refere à questão que nos diz respeito.

De fato, já a Diretiva n. 2004/48 sobre o respeito dos direitos de propriedade intelectual parece atribuir um relevo considerável à proteção proclamada pela Carta, se é verdade que o seu considerando 32 apela ao respeito à Carta e, em particular, ao seu artigo 17.2, mesmo que se tratasse, na época, de uma norma despida de eficácia vinculante.

O Tribunal de Justiça, além disso, já no Parecer n. 01/94 e, após, com o acórdão Países Baixos contra Parlamento Europeu, de 2001, reiterou não somente que "é em função do objeto principal de um ato que é necessário determinar a base jurídica sobre o qual fundamento este deve ser adotado", mas também que a Comunidade, em matéria de propriedade intelectual, dispõe de uma competência de harmonização das legislações nacionais em virtude do artigo 94 (antigo artigo 100) – atualmente 115 do Tratado sobre o Funcionamento da União Européia (TFUE) – e pode basear-se no artigo 305 (antigo 235) – atualmente 352 do TFUE – para criar novos títulos que se sobrepõem aos nacionais.

Todavia, já o Regulamento n. 40/94, sobre a marca comunitária – comentado pelo Tribunal no acórdão acima citado – nos seus "considerandos", por um lado expressa a função social do próprio regulamento e o seu caráter instrumental em relação aos objetivos comunitários (em particular o bom funcionamento do mercado interno), enquanto por outro lado denuncia a insuficiência da aproximação das legislações como método para remover "o obstáculo da territorialidade dos direitos que as legislações nacionais dos Estados-membros conferem aos titulares das marcas" e identifica no artigo 235 (atualmente 352 do TFUE) a base jurídica na ausência de "específicos poderes de ação".

Não faltam na práxis normativa e jurisprudencial comunitária, manifestações de caráter quase oposto, no sentido de uma apreciação da dimensão e do papel que deve ser reconhecido aos direitos de propriedade intelectual no âmbito do direito comunitário. Assim acontece, por exemplo, na citada Diretiva n. 2004/48, sobre o respeito dos direitos de propriedade intelectual, que afirma a necessidade de assegurar na Comunidade a aplicação efetiva do "direito substancial em matéria de propriedade intelectual, hoje amplamente parte do acquis comunitário", enquanto o Tribunal de Justiça, no acórdão Productores de Música de España (Promusicae) e Telefònica de España, de 2008, salienta, também na linha da sua jurisprudência anterior, o caráter de princípio geral do direito comunitário que deve ser atribuído aos direitos de propriedade intelectual por encontrarem-se encontram-se no âmbito do "direito fundamental de propriedade".

Mesmo na presença de tais movimentos e contraditórias manifestações da práxis deve ser observado como, na realidade, a doutrina evidenciou não só a falta de um sistema completo de direito industrial comunitário, mas também a ausência de uma

verdadeira política comunitária específica. A respeito, foi salientado o caráter fragmentário, ainda que certamente não episódico, das intervenções no âmbito normativo, caracterizados por uma multiplicidade de disposições voltadas a buscar diferentes finalidades nem sempre homogêneas.

De fato, a ausência de uma competência específica e de uma norma geral de tutela em via autônoma que atribua tal competência é confirmada justamente pela pluralidade das normas primárias citadas e daquelas identificadas como base jurídica colocada como fundamento da atividade normativa derivada. Deste modo, é possível afirmar que a proteção da propriedade intelectual se coloca de vez a vez como indireta e instrumental na realização de outras finalidades de caráter geral, tais quais a instauração do mercado interno, a livre circulação de mercadorias, a tutela da concorrência, a pesquisa científica, a política agrícola, o progresso da indústria, a difusão da cultura, etc.... A própria base jurídica varia, de vez a vez, indo – segundo a numeração atual em vigor – do artigo 207 do TFUE, sobre política comercial comum, ao artigo 114 do TFUE, sobre aproximação das legislações, ao artigo 53 do TFUE até o frequente recurso ao artigo 352 do TFUE.

O caráter tradicionalmente ancilar dos direitos de propriedade intelectual a respeito das finalidades e das políticas buscadas pela Comunidade e hoje pela União, parece bem representado pelo princípio do "esgotamento comunitário" elaborado pelo Tribunal de Justiça e voltado a limitar possíveis restrições à livre circulação de mercadorias. Tal princípio, como é notório, consiste na proibição, para o titular de um direito de propriedade intelectual, de invocar a aplicação da legislação do País que lhe concedeu tal direito visando impedir a importação no território de um Estado-membro de um produto colocado no comércio em um outro Estado-membro pelo próprio titular ou com o seu consenso.

Definitivamente, não parece que a afirmação de princípio contida no artigo 17.2 da Carta altere em medida sensível a situação anterior, mas possa constituir, muito mais, uma barreira ulterior para a dimensão aplicativa das normas estatais ou da União, cuja amplitude continuará a ser avaliada, de vez em vez, no resultado de uma verificação das posições jurídicas subjetivas a serem tuteladas à luz dos princípios de subsidiariedade e de proporcionalidade.

3. O APELO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PAPEL DO ARTIGO 6.1 DO TRATADO DA UNIÃO EUROPÉIA (TUE)

Passando agora a um confronto com os standards internacionais de tutela, deve ser recordado como a proteção da propriedade intelectual seja já frequentemente analisada à luz dos princípios e das normas em matéria de tutela dos direitos fundamentais.

Um primeiro cruzamento com os standards de tutela garantidos pelo ordenamento internacional sobre direitos fundamentais pode ser identificado no velho artigo 6.2 do TUE, em virtude do apelo à Convenção Européia para a salvaguarda dos direitos humanos, além das tradições constitucionais comuns dos Estados-membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário. É considerado totalmente pacífico o fato que, em virtude do apelo à Convenção, seja aplicado o artigo 1 do Primeiro Protocolo adicional da Convenção em tema de tutela do direito de propriedade, no qual deve ser inserida também a propriedade intelectual.

Naturalmente, hoje não só – como há pouco recordávamos –, o novo artigo 6.1 do TUE determina de modo inequívoco o valor jurídico da Carta dos Direitos Fundamentais, cujo artigo 17.2 estabelece que a propriedade intelectual esta protegida. Deve-se, ainda, somar o fato de que o seu artigo 52.3, em tema de dimensão e interpretação dos direitos e dos princípios, no equiparar o significado e a dimensão dos direitos fundamentais aos concedidos pela Convenção Européia, é interpretado no sentido de prescrever a análise não somente do texto da Convenção (e dos respectivos protocolos), mas também nomeadamente, da "jurisprudência da Convenção Européia dos Direitos Humanos e do Tribunal de Justiça da União Européia".

Por outro lado, é o caso de recordar como, ao menos a partir da metade dos anos setenta, o Tribunal de Justiça, antecipando o teor do próprio artigo 6 do TUE, e ao menos até a jurisprudência Tocai, de 2005, tenha se pronunciado em relação a pretensas violações do direito de propriedade advindos de atos comunitários afirmando ao menos três princípios fundamentais.

Em primeiro lugar, segundo o Tribunal, os direitos fundamentais, entre os quais o de propriedade, são parte integrante dos princípios gerais de direito comunitário, cujo Tribunal garante a observância.

Em segundo lugar, para tutelar tais direitos, o Tribunal considera que deve se inspirar nas tradições constitucionais comuns dos Estados-membros, assim como aos tratados internacionais relativos à tutela dos direitos humanos cujos Estados-membros cooperaram ou aderiram, e, em particular, à Convenção Européia sobre os Direitos Humanos (CEDH) e o artigo 1 do seu Primeiro Protocolo Adicional.

Em terceiro lugar, as exigências que advém da tutela dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário vinculam as instituições e os Estados-membros, já que estes agem em setores que entram no âmbito de aplicação do direito comunitário.

A este fenômeno deve ser somado o fato de o próprio Tribunal de Justiça ter tido a oportunidade de afirmar que a propriedade intelectual é parte integrante do direito de propriedade tutelado pelo artigo 1 do Primeiro Protocolo Adicional da CEDH, coerentemente com o que várias vezes foi sustentado pela Corte Européia de Direitos Humanos quando aplica a mesma norma.

Justamente o apelo à assimilação entre propriedade intelectual e propriedade em sentido tradicional e a sua reconduzibilidade ao núcleo dos direitos fundamentais – à luz do artigo 1 do Primeiro Protocolo Adicional – permite evidenciar como a própria jurisprudência citada tenha por mais vezes salientado o caráter não absoluto de tal direito, suscetível a sofrer limitações e compressões devido a interesses superiores de direito público.

4. OS STANDARDS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A PROPRIEDADE INTELECTUAL: O TEMA DA COMPATIBILIDADE COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A LIBERDADE DE PESQUISA CIENTÍFICA

No que concerne a vertente internacional, e antes de tomar em análise as fontes sobre a tutela dos direitos fundamentais, deve ser recordado que a própria União Européia é parte, algumas vezes também junto com seus Estados-membros, de alguns acordos internacionais relevantes em matéria de propriedade intelectual que enriquecem o quadro normativo. Podemos pensar, em primeiro lugar, no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados (TRIPs) – que recebe expressamente nos artigos 1, 2, 3 e 9 o regime de tratamento contido nas principais convenções em matéria de propriedade intelectual na versão mais recente das mesmas – em cujo âmbito seria aprofundado o relevo do artigo 27, sobre a faculdade dos contratantes no que se

refere à exclusão da patenteabilidade de invenções por motivos de interesse público, de métodos de diagnose e terapêuticos, de animais e vegetais, assim como outros acordos iniciados no âmbito da Organização Mundial para a Propriedade Intelectual.

Nesta perspectiva, todavia, deve ser ao menos levado em consideração que o acordo TRIP's apresenta, para os fins aqui mencionados, algumas peculiariedades que não devem ser subestimadas.

Em primeiro lugar, contrariamente ao GATT de 1947, que continha uma menção da propriedade intelectual somente enquanto exceção à proibição geral de introduzir e manter obstáculos ao comércio internacional (artigo XX, letra "d"), o acordo TRIPs é voltado a chamar novamente à atenção sobre a importância das limitações às trocas que advém da inadequada tutela da propriedade intelectual e a conceder-lhe ao menos uma "igual dignidade" no âmbito das normas internacionais relativas às trocas comerciais.

Em segundo lugar, o acordo TRIPs, mais do que ter como objeto a tutela e a uniformização internacional dos direitos de propriedade intelectual, é voltado a garantir a liberalização das trocas no que concerne as obras da criatividade através da redução das barreiras que são obstáculos a tal liberalização. Sob outro aspecto, podemos pensar na Convenção de Rio de Janeiro, de 5 de junho de 1992, sobre a diversidade biológica, objeto, entre outros, de uma importante pronuncia do Tribunal de Justiça sobre a compatibilidade da diretiva comunitária da proteção jurídica das invenções biotecnológicas através de tal convenção.

É, todavia, aos instrumentos internacionais que fazem a tutela dos direitos fundamentais, que convém agora voltar a atenção para, por um lado, confirmar a inclusão da propriedade intelectual no núcleo dos direitos fundamentais, mas também, por outro, confirmar a mencionada suscetibilidade a sofrer as limitações que sejam justificadas por motivos de público interesse, de igual com outros direitos de conteúdo econômico.

De fato, ainda do exame dos principais textos normativos internacionais relevantes emerge – tendo uma forte analogia com a impostação assinalada na jurisprudência "européia" – uma concepção da propriedade intelectual como direito fundamental inerente à pessoa, mas cuja exigência de tutela deve ser ligada a um interesse da coletividade que, em algum momento, pode até mesmo se tornar prevalente. Basta analisar, neste sentido, além do já citado artigo 1 do Primeiro Protocolo Adicional

da Convenção Européia de Direitos Humanos, o artigo 15 do Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966.

Mas existe um segundo aspecto de interesse que emerge da análise da práxis convencional internacional e que ecoa na identificação das funções que os diferentes grupos de normas absorvem em nível estrutural. Trata-se da circunstância em que as garantias predispostas no que se refere ao respeito dos direitos de propriedade intelectual encontram um limite a mais na compatibilidade com alguns valores cuja Comunidade internacional – e, por sua parte, também a União Européia – se faz portadora. Trata-se de valores relativos à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico.

Referimo-nos, aqui, à constatação do interesse próprio da Comunidade Internacional em garantir o livre desenvolvimento da pesquisa científica, tutelando a posição jurídica do indivíduo não somente enquanto beneficiário, mas também como objeto da própria pesquisa. Além de uma proteção da ciência e da pesquisa, deve ser falado a propósito da exigência de garantir uma proteção da ciência e da pesquisa, das quais se entende, em todo caso, tutelar a liberdade de desenvolvimento. Como temos já observado anteriormente, se trata de um objetivo articulado que postula um balanço de interesse nem sempre buscado de modo linear no âmbito interno e internacional, mesmo devido a objetiva dificuldade de encontrar uma síntese de posições, entre elas bastante distantes.

Basta pensar na bioética e nas biotecnologias e na relação com os direitos humanos e com os direitos de propriedade intelectual (além de que com as normas colocadas para tutelar o meio ambiente). A ligação entre tais temáticas e a tutela internacional dos direitos da pessoa encontra uma expressão eficaz na Declaração Universal sobre o Genoma Humano, adotada pela Conferência Geral da UNESCO, em 11 de novembro de 1997, e posteriormente aprovada pela Assembléia Geral da ONU, em 9 de dezembro de 1998, justamente no âmbito das celebrações para o cinquentenário da Declaração Universal. A tais exemplos deve ser somado a já citada Convenção sobre a Diversidade Biológica, concluída no Rio de Janeiro, em 5 de junho de 1992, que toca, como é notório, o problema do reconhecimento de direitos de propriedade intelectual sobre plantas, animais e recursos genéticos e que, entre outros, contém, no artigo 22, uma disposição que insere o princípio da prevalência das suas disposições a respeito das contidas em outras convenções.

5. CONFLITO OU COEXISTÊNCIA ENTRE TUTELA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O caráter "necessariamente" conflitual entre garantias colocadas para tutelar os direitos fundamentais e direitos de propriedade intelectual constitui, como é notório, um elemento que não somente é, de modo muito frequente, dado por descontado, mas que vem assumido até mesmo como pressuposto na investigação voltada a explorar os seus respectivos âmbitos. Não só, de fato, os esforços de harmonização em nível internacional até aqui não produziram resultados homogêneos, em particular se são colocados em confronto os resultados bem mais desenvolvidos na disciplina dos direitos de autor a respeito daquela relativa aos direitos de propriedade industrial. Ademais, são notórias as divergências em nível internacional sobre a definição do que seja suscetível de patenteabilidade ou não, como testemunha o próprio teor do artigo 27.3 do Acordo TRIPs e as numerosas exceções por este colocadas como princípio geral que estabelece a patenteabilidade de qualquer invenção; nem podem ser escondidas, sempre no âmbito da TRIPs, as divergências sobre questões como a patenteabilidade dos recursos genéticos, os problemas concernentes ao acesso aos medicamentos patenteados ou, o grau de tutela a ser dado aos conhecimentos e aos saberes tradicionais.

Nos limites em que seja permitido afrontar em termos globais tal discurso – e que nos seja, portanto, justificado tratar os direitos de propriedade intelectual e os direitos fundamentais sem mencionar as respectivas, profundas diferenças no interior deles – parece que seja oportuno escapar de contraposições tão imediatas quanto simplórias.

De fato, uma representação em termos de contraposição exclusiva entre uma tutela de situações "por definição" de exclusivo relevo individual que visam somente a maximização dos benefícios econômicos como o direito de autor, ou a patenteabilidade de um produto, e a tutela de outros e diferentes interesses individuais e coletivos, parece verdadeiramente pouco ou por nada justificada. Sobretudo hoje não parece seriamente sustentável uma visão substancialmente maniquéia segundo a qual, de um lado, se colocariam os direitos de propriedade intelectual voltados à tutela de interesses egoístas e, do outro lado oposto, se encontrariam os direitos fundamentais ao menos potencialmente prejudicados pelos primeiros.

Em primeiro lugar seria talvez oportuno especificar quais seriam as linhas de irremediável conflito. E, de fato, na doutrina, foi proposto um verdadeiro catálogo de direitos de propriedade intelectual (essencialmente direito de autor, marcas e patentes) e dos direitos fundamentais em conflito, assim como com a finalidade de negar que tal conflitualidade exista mesmo. Parece-nos que também esta segunda abordagem "otimista", segundo a qual, na realidade propriedade intelectual e direitos humanos fundamentais devem "aprender a conviver" parta de premissas não totalmente compartilháveis.

Negar o papel da propriedade intelectual como potente fator de desenvolvimento e de progresso, mesmo em virtude dos benefícios econômicos que ganha quem investiu no trabalho e na pesquisa, assim como não reconhecer tais efeitos problemáticos e iníquos aos quais pode conduzir uma surda defesa dos direitos de privativa – pensemos ao caso do acesso aos medicamentos essenciais ou da tutela dos métodos tradicionais de cultivo dos recursos naturais à luz das exceções dispostas no artigo 27, parágrafo 3, da TRIPs– é o fruto de visões verdadeiramente antecipadas e preconceituosas dos problemas em jogo. E, de resto, uma abordagem doutrinal menos superficial permitiu evidenciar a potencialidade do acordo TRIPs que, mesmo tendo sido inspirado em critérios de livre troca e, melhor, tendo sido concebido como instrumento de liberalização comercial, apresenta interessantes aberturas devido ao reconhecimento da função social da propriedade intelectual.

O exemplo da Convenção da UNESCO de 2003 sobre a proteção do patrimônio cultural intangível mostra como algumas vezes seja muito difícil satisfazer a exigência de equilibrar a tutela de interesses dignos de proteção, mas dificilmente conciliáveis como os conhecimentos e os saberes tradicionais frequentemente objeto de formas de apropriação e de usurpação de direitos (pensemos à apropriação dos conhecimentos biomédicos, a biopirataria, na linguagem da OMPI) que pertenceriam a "comunidade" da quais, todavia, a própria Convenção não fornece nem mesmo uma definição.

E, por outro lado, sem por isso pecar por relativismo, não é possível deixar de recordar como a própria noção universalista da categoria dos direitos humanos fundamentais, assim como emerge dos principais atos internacionais a partir da Declaração universal de 1948, seja objeto de críticas e de reflexões. O sucesso de instrumentos como a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, de 2011, a Convenção sobre a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Intangível, de 2003, a

Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade Cultural de 2005, impõem que seja levado em consideração o modo como a diversidade se ponha pela primeira vez como uma categoria contraposta à universalidade.

O tema da relação entre tutela da propriedade intelectual e salvaguarda dos direitos fundamentais nos parece deve ser impostado de um modo mais simples não somente à luz do enquadramento em tais direitos fundamentais, mas ainda mais em particular considerando seja a exigência de tutela da esfera puramente individual dela, seja a função social de instrumento de inovação e de progresso em benefício da coletividade. Tal duplo caráter, como justamente emerge da jurisprudência das duas Cortes européias, induz a salientar como, analogamente a outras formas de propriedade, a tutela da esfera individual encontre necessariamente o próprio limite na salvaguarda dos interesses da coletividade. Mas, como se dirá a pouco, os mesmos standards de tutela de propriedade intelectual extraíveis da práxis internacional e comunitária a respeito da disciplina material concernem tanto à esfera individual, quanto àquela da sua função social. De resto, dado que é próprio da propriedade intelectual garantir ao titular também a exploração econômica da própria atividade criativa com o direito de dela excluir os terceiros, corresponde a um interesse também reconhecido em garantia de uma difusão adequada das invenções e dos conhecimentos em benefício da coletividade.

6. OS STANDARDS INTERNACIONAIS SOBRE PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E A RELAÇÃO COM OS STANDARDS DE TUTELA DA UNIÃO EUROPÉIA

A proteção e o respeito da propriedade intelectual são fundamentais para a capacidade dos sujeitos econômicos da União Européia de concorrerem no âmbito de uma economia globalizada. Levando em consideração o fato que a capacidade competitiva européia se baseia na inovação e no valor agregado aos produtos advindos de elevados níveis de criatividade, o crescimento e a manutenção dos níveis ocupacionais podem sofrer graves prejuízos pelas práticas de pirataria e de contrafação que ainda possuem o efeito de atingir a segurança e a saúde dos cidadãos europeus. Portanto, os direitos de propriedade intelectual e a exigência de tutela das marcas, patentes, desenhos, direitos de autor, indicações geográficas, é sempre mais importante para os inventores e os operadores econômicos europeus; tais direitos permitem a eles impedir uma exploração não autorizada das obras da sua criatividade e dos seus sinais

de distinção ou, ao menos, permitem a exploração fazendo com que eles tenham condições de obter em troca uma idônea remuneração econômica.

É a própria Comissão Européia que, ao ilustrar a importância dos direitos de propriedade intelectual em uma ótica eminentemente concorrencial, usa tons análogos aos acima sintetizados para salientar as iniciativas no âmbito internacional do acordo TRIPs e no desenvolvimento das negociações relativas à celebração do "Anti Counterfeiting Trade Agreement", em favor da tutela dos interesses europeus.

Todavia, a despeito de tal abordagem relativamente agressiva, de resto justificada pelo âmbito de integração regional e pela finalidade evidentemente promocional da atividade institucional, é oportuno uma breve verificação dos standards de tutela europeus e internacionais em matéria de propriedade intelectual, que será realizada em termos de recíproca relação mais do que de um verdadeiro conflito.

Certamente, em um confronto com a amplitude da legislação em nível internacional, a doutrina não deixou de salientar o caráter hiper-protetivo da legislação comunitária, ao menos no que se refere a alguns setores da propriedade intelectual, assim como, no que se refere à disciplina das denominações geográficas de qualidade e de marcas, se observou como a União Européia distingue as duas disciplinas, salvo oferecer uma maior proteção às primeiras em confronto ao acordo TRIP's, que tende mais que outro a tutelá-las em função da sua relevância comercial. Na realidade, mais que fazer um confronto entre standards europeus e standards internacionais, nos poderíamos interrogar sobre o papel que a União Européia e os Países-membros exercitam sobre a cena internacional nas circunstâncias em que está em jogo a relação entre direitos fundamentais e proteção da propriedade intelectual. De fato, não se tem dúvida que a União Européia, age em tais âmbitos antes de tudo como organização regional empenhada a defender direitos, interesses e prerrogativas dos seus Estados-membros, dos seus operadores econômicos e dos seus cidadãos-consumidores, algumas vezes também violando as normas internacionais.

Um primeiro ponto de reflexão concerne o tema do justo equilíbrio entre interesses a serem tutelados e, em particular, entre direitos fundamentais abstratamente meritórios de tutela, mas também de recíproca limitação, tema que se faz presente, como é notório, na jurisprudência internacional, em particular no que se refere à Corte Européia de Direitos Humanos. Deste ponto de vista, bem entendido, uma sínteses mais precisa de tal exigência de contemporização pode ser encontrada na já citada

jurisprudência Tocai, em que foi reiterado de modo eficaz como o direito de propriedade (intelectual), longe de ser uma prerrogativa absoluta, encontra um limite na sua função social.

Sob este aspecto, é possível salientar que o Tribunal de Justiça, na sua jurisprudência recente sobre o "keyword advertising" demonstrou um ponto de apoio decisivo quando se trata de interpretar a primeira Diretiva n. 89/104, sobre a aproximação das legislações em matéria de marcas de empresa, e o Regulamento n. 40/94, sobre a marca comunitária. O Tribunal, de fato, considerou proibida a atividade publicitária de uma empresa que insira propaganda na internet, a qual a partir de uma palavra-chave idêntica a uma marca registrada por um terceiro, faça publicidade a produtos ou serviços idênticos aqueles pelos quais a marca foi registrada sem o consenso do titular e fazendo com que seja impossível ou muito difícil ao utente médio saber se os produtos ou serviços provém do titular da mesma marca.

A tarefa se apresentou como mais difícil quando, na interpretação da Diretiva n. 90/220, sobre a emissão deliberada no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, o Tribunal foi avaliar as finalidades gerais de aproximação das legislações para a tutela da saúde humana e do meio ambiente. Isso em relação, de um lado, à obrigação para os Estados-membros de tornar acessíveis ao público informações sobre todas as emissões de OGM no seu território e, por outro, pelo imposto pelo artigo 25 da diretiva à Comissão, ou seja, a proibição de comunicar a terceiros as informações confidenciais notificadas ou trocadas tendo por base a diretiva, recebidas em observância ao dever de tutelar a propriedade intelectual. A Corte não hesitou ao garantir a proteção aos direitos de propriedade intelectual relativos aos dados em questão e tutelados pelo artigo 25 da diretiva enquanto prevalente sobre a geral obrigação/direito de informação.

O tema do conflito entre direitos fundamentais e da escolha inspirada ao critério do "justo equilíbrio" entre os diferentes direitos fundamentais tutelados pelo ordenamento comunitário e confiado a uma solução no âmbito da interpretação por obra das jurisdições nacionais individuais foi, de resto, afrontado e assim resolvido pelo Tribunal com referência específica ao conflito entre direitos fundamentais como o direito de propriedade (intelectual, o direito à tutela jurisdicional efetiva e, de novo, o direito à tutela dos dados pessoais. No caso em questão, concernente a Diretiva n. 2001/31, sobre o comércio eletrônico, em relação a outras diretivas que se referem ao

respeito dos direitos de propriedade intelectual e a vida privada e as comunicações eletrônicas, o Tribunal salientou como tais nomes não imponham aos Estados-membros instituir uma obrigação de comunicar dados pessoais para garantir a efetiva tutela do direito de autor, mas que todavia os mesmos Estados, no transpor tais diretivas "tenham o cuidado de se fundamentar em uma interpretação das mesmas que garanta um justo equilíbrio entre os diferentes direitos fundamentais tutelados pelo ordenamento jurídico comunitário. Além disso, no âmbito de aplicação das medidas de recepção das ditas diretivas as autoridades e juízes dos Estados-membros devem não somente interpretar o seu direito natural de modo conforme a tais diretivas, mas também evitar que se fundem em uma interpretação destas que entre em conflito com os citados direitos fundamentais ou com os outros princípios gerais do direito comunitário como, por exemplo, o princípio da proporcionalidade".

Um segundo motivo de reflexão diz respeito à tendência à homogeneização dos standards mediante a transferência de valores jurídicos entre ordenamentos diferentes. Trata-se, neste caso, de uma troca bi-unívoca que é possível verificar tomando em análise alguns exemplos extraíveis da práxis normativa e jurisprudencial.

De fato, já foi mencionada a sintonia entre jurisprudência do Tribunal de Justiça e da Corte Européia de Direitos Humanos em matéria de tutela da propriedade intelectual, que conduziu, como se viu, ao comportamento substancial de abertura do Tribunal de Justiça acerca a dimensão atribuída através da interpretação ao artigo 1 do Primeiro Protocolo Adicional da Convenção Européia, em ampla parte coincidente com o da Corte Européia de Direitos Humanos, fazendo com que se possa falar de verdadeira transferência de valores de um a outro contexto.

A tal propósito deve ser também levado em consideração a passagem de valores do sistema do Acordo TRIPs ao da União Européia. Tal fenômeno se verificou, após a aproximação no olha tímido da jurisprudência Dior, que, de qualquer modo, tinha afirmado a competência do Tribunal a interpretar os acordos da OMC, na pronuncia posterior, referente ao caso Merck Genéricos, de 2007, no que se refere ao tema da duração da tutela da patente e á direta aplicabilidade por parte do juiz nacional das normas da TRIPs (em especial o artigo 33) na ausência de normas de direito comunitário.

Outros traços de comunicação de modelos (ou mesmo de valores) ainda podem ser extraídos sempre do sistema do TRIPs ao ordenamento comunitário, como

testemunha a definição de exceção da ordem pública, disposta na Diretiva n. 98/44, de julgo de 1998, sobre a proteção jurídica das invenções biotecnológicas, substancialmente nos mesmos termos do artigo 27, parágrafo 3 do acordo TRIPs.

Mas uma análoga transferência de valores pode ser dita realizada, para o ordenamento da União Européia, também pela Convenção da União Internacional para a proteção das variedades vegetais (UPOV) cujos conteúdos desembocaram no Regulamento 2100/94, de 27 de julho de 1994, concernente a privativa comunitária por vegetais re-encontrados. Justamente em relação à atividade de tal organização e ao papel da União Européia na cena internacional na matéria em análise, é interessante salientar a posição contrária expressa devido às propostas de modificação do artigo 27, parágrafo 3 do acordo TRIPs, com a finalidade de torná-lo mais favorável à possibilidade para os Estados de prever outras limitações voltadas a favorecer tais prática agrícolas tradicionais.

Existe ainda um terceiro aspecto que vale a pena salientar, consistente na verificação de uma tendência que vê alguns standards internacionais se tornarem até mesmo parâmetro de compatibilidade e de legitimidade da ação comunitária. Nesta perspectiva, tal tendência constitui até mesmo uma superação daquela há pouco referida.

A doutrina salientou e examinou este caráter identificando em particular no comportamento até então delineado pelo Tribunal de Justiça como o intento de ir além de uma mera leitura da norma comunitária à luz da norma internacional (em particular, se tratava de normas do acordo TRIPs), para atingir a uma verdadeira verificação de compatibilidade da primeira em relação à segunda. Tal tendência, devida à preocupação de evitar formas de responsabilidade internacional à cargo da União e/ou dos Estados-membros, é também identificável, no âmbito da produção normativa, como pode ser evidenciado pelo apelo ao respeito e à aplicação das normas do acordo TRIPs, em particular pela Diretiva n. 2004/48, sobre o respeito dos direitos de propriedade intelectual, mas também pela própria Diretiva n. 2004/24, relativa à tutela jurídica dos programas para elaborador, no que se refere à aplicação da Convenção de Berna sobre a tutela das obras literárias e artísticas. Na verdade pode ser dito que a própria jurisprudência do Tribunal de Justiça forneceu mais exemplos do comportamento indicado quando se levar em consideração que, em várias ocasiões, esta salientou como as normas comunitárias que regulam o setor da propriedade intelectual, na medida do

possível, devem ser interpretadas à luz dos artigos 41, 42 e 47 do acordo TRIPs que disciplinam a matéria.

No que concerne o conteúdo material da tutela oferecida no âmbito do ordenamento da união Européia, deve ser afirmar ainda que se é verdadeira a análise daquela parte da doutrina que salientou a tendência na práxis convencional dedicada especificamente à propriedade intelectual a concentrar a proteção sobre os aspectos patrimoniais (no que se refere em particular ao direito de autor), enquanto a tutela dos interesses e dos direitos morais deve ser encontrada quase exclusivamente nos instrumentos tradicionais, isso significa que justamente o ordenamento da União Européia está em condições de oferecer uma tutela completa graças ao apelo de ambos os tipos de fontes. De fato, mesmo prescindindo do valor atual do artigo 17, parágrafo 2, da Carta de Direitos Fundamentais, enquanto os aspectos normativos seriam aplicados graças ao apelo às convenções internacionais da qual também a Comunidade é parte (e hoje a União), os aspectos não patrimoniais encontrariam aplicação no âmbito europeu em virtude do apelo às tradições constitucionais comuns e aos tratados em matéria de direitos humanos que tutelam expressamente os direitos morais.

Todavia existe um último ponto, o qual podemos aqui somente mencionar, que concerne a amplitude da tutela oferecida no âmbito do ordenamento da União Européia. Os standards de tratamento garantidos no seio da União Européia atuam, de fato, seja em nível material, seja em nível processual. De modo mais preciso, deve ser especificado que a tutela oferecida cobre também o âmbito da determinação da lei aplicável e, no espaço jurídico europeu, a identificação da competência jurisdicional e o reconhecimento das decisões em matéria civil e comercial.

No que se refere ao primeiro aspecto, basta pensar, no âmbito das obrigações contratuais, à regulamentação do direito internacional privado contida no Regulamento n. 593/2008, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), assim como no que concerne às obrigações extracontratuais, aquela referente ao Regulamento n. 864/2007, de 11 de julho de 2007, sobre a lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II) e, nomeadamente, ao artigo 8, em matéria de lei aplicável à violação dos direitos de propriedade intelectual, ao artigo 14, em matéria de liberdade de escolha, e ao artigo 15, acerca do âmbito da lei aplicável.

Sob o segundo aspecto, deve ser ao menos mencionado o Regulamento n. 44/2001, que concerne à competência jurisdicional, o reconhecimento e a execução das

decisões em matéria civil e comercial, cujo artigo 22, parágrafo 4, que determina qual foro de competência exclusiva em matéria de registro ou de validade de patentes, marcas, desenhos e modelos e de outros direitos análogos, aquele do juiz do Estado-membro cujo território o depósito ou o registro foram solicitados, e o artigo 5, parágrafo 3, sobre o foro alternativo a respeito daquele geral da parte citada no processo, são apoiados pela disposição geral do artigo 6, parágrafo 1, relativo à escolha da jurisdição competente na hipótese de pluralidade de partes citadas em juízo.

O teor destas normas e a interpretação fornecida pelo Tribunal de Justiça, no que se refere em particular à dimensão do artigo 16, n. 4, da Convenção de Bruxelas (correspondente ao citado artigo 22, parágrafo 4 do Regulamento n. 44/2001) e do artigo 6, parágrafo 1, da Convenção (correspondente ao artigo 6, parágrafo 1, do Regulamento), não obstante as críticas que receberam sob outros aspectos, não podem deixar de ser analisadas ao menos como um ponto a favor da afirmação do princípio de segurança jurídica em âmbito processual. Esta autêntica rara avis – por mais vezes evocada como objetivo das normas européias e de modo muito frequente sendo na pratica traída – além de entrar no âmbito dos princípios gerais de direito do ordenamento comunitário constitui um caráter irrenunciável do direito fundamental ao équo processo. A despeito do difuso pessimismo que às vezes emerge à luz dos movimentados eventos do processo de integração européia, não é possível deixar de se expressar, ao menos a este respeito, uma nota de (cautelosa) satisfação.

AS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NA JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES EUROPÉIAS*

*Roberta Clerici***

1. O CONTEÚDO E AS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Antes de adentrar no tema da minha conferência, me parece oportuno recordar brevemente as características e as funções das normas pertencentes ao direito internacional privado. De fato, este ramo do direito não é estudado em todas as Universidades, muito embora seja cada vez mais aplicado em um mundo globalizado onde são sempre mais frequentes as trocas de mercadorias ou de serviços, as migrações ou as transferências dos indivíduos ou das sociedades de um Estado para outro.

O direito internacional privado é composto principalmente por duas categorias de normas jurídicas: as normas de direito processual civil internacional e as normas de direito internacional privado em *strictu sensu*, também conhecidas, inadequadamente, como normas de conflito (*conflict os law rules, règles de conflit, reglas de conflito*).

A primeira categoria de normas se coloca em uma perspectiva litigiosa das relações jurídicas, uma vez que se move no âmbito do processo civil e compreende as normas sobre competência jurisdicional, as quais impõem os *critérios de jurisdição* (por exemplo, o domicílio no território do demandado) em base ao qual o juiz de um Estado pode decidir controvérsias que apresentam um elemento estranho ao país (por exemplo, a nacionalidade estrangeira do demandado), assim como as normas sobre o reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras.

A segunda categoria de normas, aquelas de direito internacional privado *strictu sensu*, são aplicáveis às relações jurídicas em geral, independentemente de um

---

* Tradução da língua italiana de Aline Beltrame de Moura, doutoranda em Direito Internacional na *Università degli Studi di Milano*, Itália. Bolsista CAPES Doutorado Pleno no Exterior.

** Professora Ordinária de Direito Internacional Privado na *Università degli Studi di Milano*, Itália.

processo judicial, como ocorre como as normas do código civil. Contudo, tais normas são aplicadas somente para disciplinar as situações dotadas de pelo menos um elemento estranho: por exemplo, um matrimônio entre uma brasileira e um estrangeiro ou um contrato celebrado na Itália entre dois italianos, mas que deve ser executado no Brasil. São normas que possuem uma estrutura particular, na medida em que não disciplinam de modo imediato a situação ou a relação jurídica, mas contém adequados critérios de conexão que indicam o ordenamento jurídico estatal do qual retirar as regras a serem aplicadas: por exemplo, o domicílio, a nacionalidade, o lugar de constituição ou a sede de uma sociedade, assim como a lei escolhida pelas partes.

Desse modo, conforme o direito internacional privado brasileiro, as condições para o matrimônio entre dois nacionais de Estados diferentes será regulado pelo lei do Estado em que estão domiciliados, mas se considerarmos a lei italiana, será regulado pela lei nacional dos cônjuges. Tal exemplo demonstra como cada ordenamento estatal possa estabelecer normas diferentes, mesmo no que diga respeito aos critérios de jurisdição e aos requisitos para o reconhecimento de sentenças. As diferenças entre os ordenamentos frequentemente causam dificuldades à circulação de mercadorias, de serviços ou de pessoas, já que, dependendo das diversas normas e dos inúmeros critérios de jurisdição ou de conexão, é possível que ocorram casos nos quais dois juízes estatais tenham contemporaneamente jurisdição ou que o mesmo contrato tenha validade de acordo com um sistema jurídico, mas seja considerado inválido segundo um outro.

Todavia, as mencionadas diferenças dos ordenamentos podem também ser utilizadas de forma muito vantajosa pelo indivíduo ou por uma empresa que tenha a sua disposição os conselhos de um bom (e caro) advogado. Através de um '*surfing*' nos diferentes ordenamentos envolvidos, é possível levar a causa perante um juiz estatal que, baseado nas próprias regras de conflito, acabe por aplicar a norma mais favorável aos interesses de determinada pessoa física ou jurídica.[1]

[1] Sobre estes aspectos, em particular com referência às normas italianas ver (Lei n. 218, de 31 de maio de 1995), F. Mosconi e C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, V ed., Torino, 2010, pp. 44 ss., 343 ss., 153 ss.

2. OS DIFERENTES FENÔMENOS DO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO EUROPEIA E O PAPEL DAS CORTES SUPRANACIONAIS

No tocante à Europa, os dois principais tratados de cooperação regional que podem assumir relevância para o direito internacional privado, muito embora em graus diferentes, são a Convenção Europeia para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, assinada em Roma em 1950, e os Tratados da União Europeia, cuja última versão foi adotada em Lisboa em 2007, mas entrada em vigor em 1° de dezembro de 2010.

Os objetivos destes tratados são bem distintos, mesmo que algumas vezes se interconectem. Ambos os sistemas foram fortemente desenvolvidos graças à atividade de controle efetuada pelas duas Cortes por estes criadas: de um lado, a Corte Europeia dos direitos do homem e, de outro, a Corte de Justiça da União Europeia (antes das Comunidades Europeias). Considerando os efeitos persuasivos atribuídos às decisões de ambas as Cortes nos ordenamentos jurídicos dos Estados partes, não nos resta outra alternativa que a de analisar sobretudo a sua jurisprudência, a qual os magistrados nacionais devem se submeter.

Com efeito, no tocante à Corte Europeia dos direitos do homem, o art. 41 do Protocolo n. 11 prevê que, em caso de violação de tais direitos por parte de um Estado contraente, este é obrigado a "eliminar as consequências de tal violação" que normalmente consiste em um ressarcimento de natureza pecuniária. Além disso, segundo o art. 46, tais sentenças são vinculantes e o Comitê dos Ministros do Conselho da Europa "fiscaliza sua execução".[2]

3. A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM NO CAMPO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Com relação à jurisprudência da Corte Europeia dos direitos do homem, podemos nos questionar, inicialmente, se as normas de direito internacional privado podem ser submetidas a um controle de conformidade com os direitos humanos tutelados pela Convenção Europeia de 1950 (CEDU). Em realidade, principalmente as

[2] Para una análise também comparada com a Corte Interamericana dos direitos do homem, ver T. Treves, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, p. 202 ss.

chamadas normas de conflito foram consideradas normas "neutras", uma vez que, como mencionado, não disciplinam um caso de modo imediato, mas se limitam a invocar, através de critérios de conexão, um ou outro ordenamento cujo conteúdo varia de acordo com cada situação.

Na verdade, as Cortes Constitucionais alemã e italiana acabaram por negar este caráter neutro, quase acético, demonstrando que, por exemplo, as normas sobre relações familiares que previam a aplicação da lei nacional do marido ou do pai, ainda que pudessem levar à aplicação de um ordenamento jurídico mais favorável à esposa ou à mãe, criavam uma discriminação enquanto refletiam um princípio contrário à igualdade entre os sexos.[3]

A Corte de Estrasburgo jamais teve a oportunidade de controlar a compatibilidade dos direitos humanos com as normas de conflito, apesar de o art. 14 da Convenção Europeia vetar as discriminações de qualquer gênero e o art. 8, dedicado ao respeito à vida privada e familiar, tenha assumido em via interpretativa uma ampla relevância. A Corte, porém, pôde se ocupar das normas de direito internacional privado sob outro viés: o do reconhecimento e da execução de sentenças estrangeiras.[4]

Os juízes de Estrasburgo não hesitaram em estender o âmbito de aplicação do art. 6, dedicado ao princípio do processo "justo" e "équo" (especialmente no campo penal), também às sentenças que concedem ou negam o *exequatur* das decisões civis emitidas em um Estado estrangeiro; portanto, aos procedimentos que não tem como objeto a tutela dos direitos substanciais (já garantida no processo estrangeiro), mas que são diretos a dar eficácia às sentenças externas que contenham a mencionada tutela.

Nesse sentido, podemos recordar, a título exemplificativo, dos acórdãos nos casos *Sylvester c. Austria* e *Hohenzollern c. Romania*,[5] nos quais a Corte condenou a excessiva duração dos procedimentos de *exequatur* que tinham por finalidade dar

---

[3] Faz-se referência aos acórdãos do Budesverfassungsgericht de 4 de maio de 1971, 22 de fevereiro de 1983 e 8 de janeiro de 1985, assim como aos da Corte Constitucional italiana de 5 de março de 1987 e de 10 de dezembro de 1987 n. 477, sobre os quais cfr. A. Giardina, *La Corte Costituzionale ed i rapporti personali tra i coniugi nel diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 1987, p. 209 ss.; E. Corrao, Il giudizio sulla legittimità costituzionale delle norme di conflitto*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1988, p. 303 ss.; e ainda o acórdão da Corte Costituzionale italiana de 4 de julho de 2006, n. 254, com o comentário de R.T. Bonanzinga, *Rapporti patrimoniali tra coniugi, diritto internazionale privato e illegittimità costituzionale dell'art. 19, 1° co., disp. prel. c.c.*

[4] O. Lopes Pegna, *L'incidenza dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto all'esecuzione di decisioni straniere,*in *Rivista di diritto internazionale*, p. 33 ss.

[5] Acórdão de 9 de outubro de 2003 (n. 2) e de 20 de maio de 2010.

eficácia a uma decisão de divórcio do Estado de Nova Iorque e uma decisão portuguesa que tinha reconhecido o recorrente como filho do Príncipe Carlo II da Romênia.

Em outros casos, a Corte foi mais longe, chegando a investigar as modalidades com as quais havia sido desenvolvido o processo estrangeiro, vindo a condenar, posteriormente, o Estado no qual a sentença estrangeira havia sido reconhecida, uma vez que não havia impedido o *exequator*. Podemos recordar o célebre caso *Pellegrini c. Italia*,[6] sobre uma sentença italiana que concedia eficácia a uma decisão emitida ao final de um processo canônico de nulidade de matrimônio, no qual não haviam sido respeitados os direitos de defesa da esposa demanda em juízo; e o acórdão sobre o caso *Krombach*, no qual foi censurada uma sentença francesa que havia negado ao réu contumaz o direito de defender-se em juízo.[7]

Noutras oportunidades, ainda, a Corte europeia constatou a violação do art. 8 da CEDU (sobre o respeito da vida familiar, em regra sem ingerência da autoridade pública) por parte dos Estados em que os magistrados haviam negado a execução da sentença estrangeira que reconhecia a existência de determinados laços familiares. No caso *Wagner*,[8] o Estado de Luxemburgo foi condenado porque havia negado o *exequatur* a uma sentença peruana de adoção em favor de um nacional seu, enquanto o ordenamento luxemburguês não contemplava a adoção de menores por pessoas solteiras. Da mesma forma, o caso *Négrépontis-Giannisis* [9] dizia respeito a uma adoção, mas desta vez tratava-se de um procedimento norte-americano que havia declarado a adoção de um indivíduo maior de idade por um tio materno, monge da Igreja Greco-ortodoxa, já falecido. O juiz grego tinha negado a execução do procedimento estrangeiro sob o fundamento de que era contrário a ordem pública e moral do país, já que era vetado aos monges gregos a aquisição de obrigações de natureza laica.

Em conclusão, a Corte Europeia submeteu ao seu controle de conformidade com os direitos humanos também as decisões dos Estados, partes contraentes da CEDU, que se limitavam a atribuir ou a negar eficácia à sentenças provenientes de outros Estados. Cumpre salientar que este controle foi, algumas vezes, precedido daquele

---

[6] Acórdão de 20 de julho de 2001.
[7] Cfr. B. Nascimbene, *Riconoscimento di sentenza straniera e "ordine pubblico europeo"*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, p. 659 ss.
[8] Acórdão de 28 de junho de 2007.
[9] Acórdão de 3 de maio de 2011.

efetuado pela Corte de Justiça da União Europeia, como ocorreu no caso *Krombach*, em aplicação da Convenção de Bruxelas de 1968.[10]

4. O PAPEL DA CORTE DE JUSTIÇA NA CONSTRUÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO DA UNIÃO EUROPEIA

Desde os Tratados instituidores das três Comunidades Europeias, a Corte de Justiça, no exercício das suas amplas competências, assumiu um papel fundamental na construção do ordenamento jurídico comunitário, enunciando os princípios e as suas características fundamentais, mesmo porque o mecanismo de tutela previsto pelos Tratados não possui precedentes (nem mesmo seguidores) nos sistemas de integração regional.

À Corte foram atribuídas duas funções: o *controle direto* sobre o comportamento dos Estados-membros acusados de terem violado uma obrigação derivada do Tratado ("recurso por infração", atualmente disciplinado pelos artigos 258-259 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) ou sobre a legitimidade dos atos de direito derivado (regulamentos, diretivas, decisões, etc) de outros órgãos, ("recursos de anulação" do art. 263) ou ainda sobre omissões que recaiam sobre as Instituições ("recurso de carência" do art. 265) e os recursos por ressarcimento em relação à responsabilidade extracontratual das Instituições (art. 268).

Porém, assume aqui relevância o *controle indireto*, exercitado mediante o procedimento do reenvio prejudicial (art. 177 do Tratado CEE, art. 234 do Tratado CE e hoje art. 267 do TFUE e art. 19, par. 3 do Tratado UE)[11], em particular com referência à interpretação de uma norma do direito da União.[12] Tal procedimento é ativado pelo juiz estatal com a finalidade de resolver uma questão interpretativa que surja durante o processo nacional e prevê a faculdade, ao órgão jurisdicional que analisa o mérito, ou a obrigatoriedade, para as órgãos de última instância, de suspender o processo e submeter tal questão à Corte de Luxemburgo. Estabelece-se, dessa forma, uma utilíssima

[10] Acórdão de 28 de março de 2000, caso C-7/98. Também da Corte de Justiça pronunciou-se sobre a tutela das relações familiares: cfr. A. Adinolfi, *Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 5 ss.

[11] Sobre outras pequenas modificações introduzidas pelo art. 267 TFUE, que não assumem aqui relevância ver A. Adinolfi, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 45 ss., a p. 58 ss.

[12] Tal procedimento pode ter como objeto também o eventual controle sobre a validade de um ato da União.

cooperação entre o juiz nacional e a Corte de Justiça, fato este constatado seja pelo grande número de acórdãos pronunciados com base nesta competência (muito maior se comparado aos outros tipos) seja pelo seu papel "histórico" na construção e no desenvolvimento dos princípios fundamentais do ordenamento comunitário. Além disso, os acórdãos da Corte de Justiça prolatados com base nesta competência não apenas possuem eficácia obrigatória para o juiz estatal que investiu a Corte da questão prejudicial, mas também para os juízes de todos os Estados membros, tendo, portanto, eficácia *erga omnes*.[13]

Enfim, esta competência também é frequentemente exercitada para valorar leis ou atos administrativos ou até a práxis dos Estados-membros. A Corte, mesmo negando dispor de uma competência deste gênero no art. 267 (recordo que os artigos 258 e 259 já previam o recurso por infração), reformula a questão prejudicial em base a uma norma dos tratados ou de direito derivado e depois declara se esta norma "é contrária" ou "não é contrária" a uma lei ou a uma práxis de um Estado.[14]

5. AS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NO SISTEMA JURÍDICO DA UNIÃO EUROPEIA

Uma feliz intuição foi aquela de ter inserido, desde 1951 no Tratado instituidor da Comunidade Econômica Europeia, o art. 220, com o qual se convida os Estados-membros a elaborar uma convenção internacional sobre o reconhecimento e a execução das sentenças estrangeiras em matéria civil. De fato, mediante este instrumento era possível facilitar as liberdades de circulação dos trabalhadores, mercadorias, capitais e serviços, consentindo aos indivíduos de obter mais facilmente no interior do mercado comum a plena satisfação dos seus direitos, mesmo que a sentença garantidora destes houvesse sido prolatada em outro Estado-membro.

Mais louvável, ainda, foi a decisão, tomada ao início dos trabalhos preparatórios, de redigir um tratado que contivesse não apenas normas sobre o *exequatur* das decisões estrangeiras, mas que disciplinasse também critérios de

[13] Estes efeitos foram reconhecidos também pela Corte Constitucional italiana, por exemplo no acórdão de 19 de abril de 1985 n. 113 e de 13 de julho de n. 284.
[14] Assim, por exemplo, com relação às normas alemãs de prestação de serviço, acórdão de 3 de outubro de 2000, causa C-58/98, *Corsten*. Para detalhes ver U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, II ed., Bari, 2010, p. 352 ss., a p. 355 ss.

jurisdição uniformes. Isto é demonstrado pelo sucesso obtido pela Convenção sobre a competência, o reconhecimento e a execução das decisões em matéria civil e comercial, assinada em Bruxelas no dia 27 de setembro de 1968. O seu modelo serviu de base para a posterior Convenção de Lugano de 16 de setembro de 1988, celebrada entre os Estados-membros e os Estados da Associação de Livre Comércio, em razão da solicitação destes últimos. O mesmo modelo deveria inspirar uma convenção multilateral em nível mundial, junto à Conferência de Haia de direito internacional privado, porém, após anos de negociações, não foi alcançado o resultado desejado.

À Convenção de Bruxelas se seguiu a Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, assinada em Roma, 19 de junho de 1980, e entrada em vigor em 1991. Por sua vez, outras Convenções derivadas igualmente da cooperação intergovernamental dos Estados-membros procuravam, ao contrário, encontrar o número de consensos necessários a sua entrada em vigor.

A partir de 1997, graças ao Tratado de Amsterdã, as matérias de direito internacional privado não são mais objeto de cooperação intergovernamental, pois passaram a ser de competência comunitária (art. 61, letra *c* e 65 do Tratado). Inicia-se, dessa forma, a construção de um sistema de direito internacional privado de origem comunitária: além da transformação das Convenções de Bruxelas e de Roma em regulamentos (regulamento n. 44/2001, conhecido como Bruxelas I, e regulamento n. 593/2008, chamado Roma I), a cada ano se agregam novos atos seja no campo do direito processual civil internacional seja no campo do direito internacional privado *stricto sensu*. Contudo, muito antes da emanação destas novas normas já havia sido formado o "espaço judiciário europeu" (entendido como o único território em que se aplicam as mesmas normas processuais internacionais), assim denominado pela Corte de Justiça que contribuiu de maneira determinante para a sua criação.

6. A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE DE JUSTIÇA NO CAMPO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

A construção do espaço judiciário europeu teve início com a entrada em vigor, em 1973, da Convenção de Bruxelas de 1968 e, principalmente, com os primeiros acórdãos interpretativos proferidos pela Corte de Justiça em momento sucessivo. Observa-se que os Estados-membros, conscientes da necessidade de uma interpretação

uniforme da Convenção, haviam providenciado a celebração de um oportuno Protocolo em 1971, o qual atribuía à Corte a mesma competência que já exercitava mediante o reenvio prejudicial, previsto pelas normas do Tratado da Comunidade Econômica Europeia.

Existem atualmente incontáveis pronúncias interpretativas emitidas pela Corte sobre esta Convenção e sobre os atos comunitários de direito internacional privado. Procuraremos aqui tentar ilustrar as suas principais linhas diretivas.

Inicialmente, os juízes de Luxemburgo salientaram com vigor a exigência de uma interpretação objetiva, por eles definida como "autônoma", das noções de direito civil e processual contidas na Convenção de Bruxelas, sempre recordando que o escopo da Convenção é de tornar uniforme a aplicação das respectivas regras ao interno dos Estados-membros. Além disso, este princípio é sancionado pelos artigos 31-33 da Convenção de Viena de 23 de maio de 1969 sobre o direito dos tratados, apesar de que, frequentemente, os magistrados nacionais não o levem em consideração e prefiram utilizar noções e conceitos extraídos do próprio ordenamento nacional mesmo para uma interpretação de normas supranacionais.

Com relação aos três critérios tradicionais de interpretação (literal, lógico-sistemático e teleológico), a Corte mostra preferir o último, chegando a ampliar o conteúdo das normas fundamentais da Convenção de Bruxelas, sempre com a finalidade de garantir a aplicação uniforme das suas normas. É isto que demonstra o acórdão *Industrie Tessili* de 1976,[15] segundo o qual o critério de jurisdição especial para as controvérsias em matéria contratual, relativo ao "lugar onde a obrigação que serve de fundamento ao pedido foi ou deva ser cumprida" (art. 5, n. 1), seja interpretado por meio da aplicação das normas de direito internacional privado do juiz investido na causa; ou mesmo o acórdão *Gubisch*[16] no qual os requisitos de identidade de título e de objeto contidos no art. 21 da Convenção (atuais art. 27 do regulamento n. 44/2001) foram inevitavelmente ampliados para impedir, no maior número de hipóteses, a existência de procedimentos paralelos no espaço judiciário europeu.

Ambos os acórdãos produziram normas interpretativas constantemente aplicadas pelos juízes nacionais. A primeira de fato coagiu o legislador comunitário a

[15] Acórdão de 6 de outubro de 1976, caso C-12/76.
[16] Acórdão de 8 de dezembro de 1987, caso C-144/86.

integrar o art. 5, n. 1 com disposições ulteriores dedicadas aos contratos de venda e aos de prestação de serviços, uma vez que tais contratos não se adaptavam corretamente ao cânone hermenêutico elaborado pela Corte de Justiça (cfr. o art. 5 n. 1 let. *b* e let. *c* do regulamento n. 44/2001).

Os acórdãos da Corte acabaram também por influenciar o conteúdo de outros regulamentos emanados em diferentes matérias. Faz-se referência ao acórdão *Fonderie Meccaniche Tacconi*,[17] que originou a inserção de uma norma específica sobre a "culpa na contratação" no art. 12 do regulamento (CE) n. 864/2007, dedicado às obrigações não contratuais, uma vez que na mencionada decisão a Corte eliminava do art. 5, n. 1 da Convenção de Bruxelas as controvérsias sobre a responsabilidade pré-contratual; tal responsabilidade foi excluída também pelo regulamento n. 593/2008 sobre as obrigações contratuais.

Influência análoga foi exercida pelos acórdãos proferidos acerca de controvérsias em matéria de obrigações alimentares nos casos *Farrell e Freistaat Bayern*.[18] De fato, a definição de credor de alimentos contida no art. 2, par. 1 do regulamento (CE) n. 4/2009, referente à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões, bem como à cooperação em matéria de obrigação alimentar, reflete exatamente o conteúdo destes dois acórdãos: de um lado, entende-se por credor também aquele que alega pela primeira vez uma ação de alimentos e, de outro lado, exclui-se de tal noção os entes que agem em regresso contra o devedor, com a finalidade de recuperar a soma paga a título de ajuda ao credor.[19]

Ainda mais importante revela-se a incidência dos acórdãos interpretativos comunitários nos setores do direito internacional privado subtraídos a competência normativa das Instituições comunitárias: tais acórdãos mostram-se realmente em condição de modificar algumas normas dos sistemas nacionais. Trata-se das decisões tomadas nos casos *Garcia Avello* e *Grunkin e Paul*,[20] referentes ao direito ao nome dos cidadãos europeus. A Corte declarou o direito ao sobrenome primeiramente registrado, mesmo se obtido segundo normas estrangeiras, como um direito à identidade pessoal,

[17] Acórdão de 17 de setembro de 2002, caso C-334/00.
[18] Acórdão de 20 de março de 1997, caso C-295/95 e 15 de janeiro de 2004, caso C-433/01.
[19] O art. 2 par. 1 ponto 10 do regulamento refere-se "qualquer *pessoa física* à qual são devidos ou *se alega serem devidos* alimentos."
[20] Acórdão de 2 de outubro de 2003, no caso C-148/02 e de 11 de outubro de 2008, caso C-353/2006.

tutelado em função da liberdade de circulação de pessoas sem discriminação. O primeiro acórdão não apenas introduziu implicitamente novas regras sobre a transcrição dos sobrenomes nos registros de estado civil dos Estados-membros, mas também levou à inaplicação das normas estatais que (como o art. 19, n. 2 da lei italiana n. 218/1995) estabelecem a prevalência das respectivas nacionalidades quando se encontrem em concurso com uma nacionalidade estrangeira. Atualmente, tal prevalência é válida somente em relação à nacionalidades de Países extracomunitários.

7. O DIÁLOGO ENTRE AS DUAS CORTES EUROPEIAS

Verificamos o diferente teor do controle exercitado pela Corte Europeia de direitos do homem e pela Corte de Justiça. Todavia, não se pode olvidar que a própria Corte de Justiça interveio de modo constante também no campo do direito internacional privado a fim de garantir o respeito à CEDU e à Carta de direitos fundamentais da União Europeia. Na verdade, muitas vezes as duas Cortes tiveram oportunidade de pronunciar-se em paralelo, como ocorreu no já citado caso *Krombach*.[21] Com efeito, frequentemente já foi evocado, neste como em outros setores do direito comunitário, o conceito de "diálogo entre as duas Cortes".

Precisamente nas matérias referentes ao direito internacional privado prevê-se, porém, o risco que tal diálogo possa ser interrompido. Isto pode vir a acontecer no campo das normas sobre a rapto internacional de menores, fenômeno cada vez mais frequente no caso de casais com nacionalidades diferentes. Por essa razão, o regulamento (CE) n. 2201/2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução das decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, previu uma disciplina mais detalhada e mais severa sobre o retorno do menor ilicitamente raptado (artigos 10-11, 42 ss.) em relação aquela prevista pela Convenção de Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de menores.

[21] *Supra*, par. 3.

Por sua vez, a Corte de Justiça velou com igual severidade a aplicação do regulamento, declarando, por exemplo, obrigatória a restituição do menor mesmo quando já houvesse transcorrido mais de um ano do seu rapto.[22]

A Corte europeia dos direitos do homem, que se ocupou frequentemente de tais casos em base ao art. 8 da CEDU e à Convenção de Haia de 1980, em modo contrário, assumiu recentemente um comportamento favorável a permanência do menor no Estado em que tenha sido ilicitamente transferido após o decurso de certo período de tempo do seu rapto.[23] A Corte acolheu, assim, a tese de que a ordem de restituição do menor possa vir a constituir, em determinadas circunstâncias, uma indevida ingerência na vida privada e familiar do menor e do genitor autor do rapto.

Este *revirement* da Corte de Estrasburgo pode criar sérias dificuldades na atuação dos acórdãos da Corte da Justiça todas as vezes em que as duas Cortes se pronunciarem em sentido oposto no mesmo caso. É verdade que a adesão à Convenção europeia dos direitos humanos, prevista pelo art. 6, par. 2 do Tratado da União Europeia, deveria impor a prevalência dos acórdãos da Corte de Estrasburgo em detrimento daqueles proferidos pelos juízes de Luxemburgo. Todavia, tal situação acabaria por comprometer em parte a construção do espaço judiciário europeu, do qual a Corte de Justiça é a principal artífice.

[22] Ver, a titulo exemplificativo, o Acórdão de 23 de dezembro de 2009, caso C-403/09 PPU, *Deticek* e o acórdão de 1 de julho de 2010, caso C-211/10 PPU, *Povse.*
[23] Acórdão de 6 de julho de 2010 (*Neulinger II*).

TRADUTOLOGIA JURÍDICA E INTERPRETAÇÃO DE TEXTOS LEGISLATIVOS MULTILÍNGUES PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA

1. Introdução ao tema; 2. (*segue*) Principais problemas e possíveis soluções; 3. O multilinguismo europeu e as suas principais manifestações; 4. O Tribunal de Justiça da União Européia (TIUE) e a interpretação dos textos em diversas línguas; a. Do direito de basear-se em uma única versão linguística; b. Do dever de confrontar as várias versões linguísticas; c. Os critérios interpretativos adotados pelo TJUE para a solução de divergências e conflitos entre as várias versões linguísticas dos textos jurídicos comunitários; 1. O critério literal; 2. O critério teleológico ou sistemático (metalinguístico); 4. Conclusão.

1. A tradutologia jurídica é um tema de grande atualidade e interesse para o jurista. A partir das últimas décadas do século passado as questões relativas a esta matéria têm sido objeto de um constante aprofundamento, identificação de problemas e formulação de soluções[24]. As escolas tradicionalmente mais voltadas ao estudo de tais questões encontram-se em ordenamentos bi ou multilíngues e bi ou multijurídicos como o Canadá, a Suíça, a África do Sul e a Bélgica, entre outros. A Itália também tem se destacado pela qualidade dos resultados científicos obtidos nesse campo, através do trabalho de diversos estudiosos[25].

Os problemas relacionados a esta matéria podem se apresentar tanto a nível nacional quanto internacional. Todavia, sua recente expansão deve-se a fatores de natureza sobretudo internacional, como a predisposição, sempre mais comum, de textos legislativos internacionais em várias línguas. Da mesma forma, o fenômeno do chamado direito transnacional, que surge a partir da praxe do comércio internacional, põe problemas de grande incidência prática relacionados, dentre inúmeras outras questões, com a tradução jurídica: um exemplo é fornecido pelos chamados contratos alienígenas, identificados pelo prof. DE NOVA[26]. Os contratos alienígenas são contratos não somente atípicos, mas pensados e redigidos em função de um direito estrangeiro – normalmente de matriz anglo-americana, cujo estilo é extremamente analítico – e ignoram o direito local ou o direito objetiva ou subjetivamente aplicável segundo as normas de direito internacional privado[27].

---

[24] A *Académie Internationale de Droit Comparé* dedicou-se ao estudo de temas relacionados à tradutologia jurídica durante o XII° e o XV° *Congrés International de Droit Comparé*, realizados respectivamente em 1986 a Sidney (Austrália) e em 1998 a Bristol (Reino Unido).

[25] Como, por exemplo, Rodolfo Sacco, Antonio Gambaro, Barbara Pozzo, Silvia Ferreri, Gianmaria Ajani, Elena Ioriatti Ferrari, dentre outros.

[26] DE NOVA, R., *Il contratto alieno*, Torino: Giappichelli, 2008.

[27] *Idem*, pp. 48-49. Dentre os vários problemas que podem surgir de um contrato redigido segundo o estilo anglo-americano e submetido a um direito romanista, pode-se citar o das chamadas *merger clauses*

Dentre as principais causas do incremento de interesse pela tradutologia jurídica sobressai a política do multilinguismo europeu que, sobretudo nos últimos anos e com a expansão das línguas oficiais da União Européia, é fonte de constantes desafios para o jurista.

De fato, os interesses da tradutologia jurídica (que podem ser relacionados tanto à fase de redação quanto de interpretação e de tradução de textos jurídicos em línguas diversas) potencialmente revestem grande complexidade, porque pressupõem a relação entre língua e direito[28] que, por sua vez, pode ser declinada em questões como língua jurídica e língua vulgar, língua histórica e língua moderna, a filosofia da linguagem, entre muitas outras. Mas, sobretudo, a tradutologia jurídica nos leva a descobrir os problemas ligados às especificidades das línguas *e das experiências jurídicas de diversos ordenamentos*. De fato, o estudioso desta matéria deve fazer as contas com duas variantes: *entre língua e língua e entre direito e direito*.

Deixando de lado a questão da redação e da interpretação de textos jurídicos em línguas diversas e focalizando-se, pelo momento, na tradução jurídica, o principal dilema do tradutor pode ser sintetizado no fato que certos conceitos e categorias jurídicas criadas, elaboradas e utilizadas por um legislador e/ou um jurista de um determinado sistema jurídico não correspondem necessariamente a conceitos e categorias jurídicas elaboradas no âmbito de outro sistema[29]. Surgem, então, relevantes obstáculos à tradução de termos jurídicos, não somente entre aqueles ordenamentos que, à primeira vista, apresentam-se como profundamente diversos, como os pertencentes respectivamente à família de *Common Law* e de *Civil Law*[30], mas inclusive entre os pertencentes à mesma tradição jurídica. O exemplo clássico trazido por diversos autores evidencia a diferença substancial existente entre o *contrat* francês e o *contract* inglês:

---

ou *entire agreement clauses*, que limitam a atividade de interpretação do contrato exclusivamente ao sentido literal dos termos nele contidos, inclusive em detrimento da real intenção dos contratantes. Sobre a validez de tais cláusulas segundo o direito italiano v. *idem*, pp. 51-56 e pp. 95-101.

[28] As relações entre o direito e a língua constituíram objeto de interesse para muitos, importantes, interlocutores, desde Von Savigny até os dias atuais. Sobre a questão no âmbito da Escola Histórica, que dedicou-se sobretudo aos pontos comuns existentes na formação e evolução do direito e da língua, vide DUFOUR, A., *Droit et Langage dans l'École historique du droit*, in *Archives de Philosophie du Droit*, 1974, n. 19; abordagem diversa a adotada por BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, p. 342 ss.; ou FIORELLI, *Storia giuridica e storia linguistica*, 1957, *passim*. Uma ótima síntese encontra-se em SACCO, R., *Langue et droit*, in Idem, (sous la direction de), *L'interprétation des textes juridique rédigés dans plus d'un langue*, ISAIDAT, Torino: L'harmattan Italia; Paris: L'harmattan, 2002, p. 163 ss.

[29] SACCO, R., item *Traduzione giuridica*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile. Aggiornamento,* Torino: UTET, 2000, p. 725.

[30] Cf., entre outros, FLETCHER, G., *The language of law: common and civil*, in POZZO, B. (a cura di), *Ordinary language and legal language*, Milano: Giuffré, p. 83 ss.

enquanto que, para este, a relação deve necessariamente basear-se sobre a existência da "consideration", elemento sinalagmático, aquele prescinde da mesma (a doação, para o direito francês – mas não para o direito inglês – é um contrato) e, portanto, o *contrat* compreende uma gama muito mais ampla de atos bilaterais, inclusive voltados à transferência da propriedade imobiliária, por sua vez excluídos da noção de *contract*. Desta constatação derivaria, portanto, a falácia da tradução do termo/conceito *contrat* mediante o termo/conceito *contract*.

Esta complexidade levou certos estudiosos da matéria a afirmar que o conteúdo jurídico de um texto, justamente porque é estreitamente ligado a uma cultura e a uma tradição nacionais, não poderia ser traduzido em uma língua diversa[31]. Ao nosso ver, todavia, essa é uma posição extrema, assim como pode ser considerada extrema a posição de doutrinadores que traduziam toda e qualquer expressão jurídica estrangeira. A doutrina já superou tais extremismos, alcançando uma certa maturidade a respeito, e pôde formular algumas premissas para auxiliar o tradutor jurídico.

Em primeiro lugar, não existe uma tradução perfeita; GÉMAR ensina que não é possível pensar em uma identidade, conceito de igualdade matemática absoluta entre o termo traduzido do texto de origem e do texto de destino ("*source language*" ou "*texte de départ*" e o da "*target language*" ou "*texte d'arrivé*"), pois tal conceito não é aplicável às ciências humanas ou sociais. O máximo grau de equivalência ao qual pode-se aspirar é o da "*near equivalence*", que verifica-se quando dois termos apresentam em comum as equivalências semânticas essenciais e grande parte das equivalências secundárias pois, "*come ogni atto linguistico, una traduzione, in particolare una traduzione giuridica, è solo un'approssimazione*"[32].

Em segundo lugar, é fundamental considerar o fenômeno conhecido como "estratificação dos significados", ou seja, a constatação de que os conceitos jurídicos são o resultado de uma evolução que as diversas traduções jurídicas desenvolvem ao longo dos anos. Assim, as diferenças semânticas que se manifestam entre sistemas

---

[31] MOREAU, M., *L'avenir de la traduction juridique*, in *Français juridique et science du droit*, Bruxelles: Buylant, 1995, p. 266 ss. Outra posição conhecida, neste mesmo sentido, é a do jurista francês P. LEGRAND, manifestada em diversos estudos, entre eles *Le droit comparé*, Paris: P.U.F., 1999.

[32] Cfr. GÉMAR, J.-C., *L'interprétation du texte juridique ou le dilemme du traducteur*, in SACCO, R. (sous la direction de), *L'interprétation des textes juridique rédigés dans plus d'un langue*, ISAIDAT, Torino: L'harmattan Italia; Paris: L'harmattan, 2002, p. 115 ss.; Idem, *Ciò che la traduzione giuridica è o non è – all'interno e al di fuori dall'Unione Europea*, in POZZO, B.; JACOMETTI, V. (a cura di), *Le politiche linguistiche delle istituzioni comunitarie dopo l'allargamento*, Milano: Giuffrè, 2006, p. 117.

jurídicos que possuem línguas diversas, também acontecem no âmbito de ordenamentos que compartilham a mesma língua, ou até em um mesmo sistema jurídico[33].

Enfim, as línguas jurídicas podem conter termos jurídicos que são enriquecidos com conotações favoráveis ou desfavoráveis para a descrição conceitual da categoria. Por exemplo, no direito brasileiro, a expressão "poder familiar" em substituição a "pátrio poder". O jurista deve considerar este eventual aspecto.

2. Como vimos anteriormente com o exemplo do termo contrato, algumas categorias que apresentam assonâncias aparentes, na realidade escondem várias dificuldades. Isso demonstra o perigo intrínseco à tradução literal e, contemporaneamente, a necessidade de (a) identificar as categorias jurídicas, verificando a sua função de demarcação no contexto de referência, antes de realizar qualquer atividade de tradução jurídica; (b) constatar as diferenças entre o termo expresso e o termo mais próximo a ele dentre os que oferece a língua em que será traduzido o texto, e traduzir somente quando (b1) houver correspondência semântica ou (b2) as circunstâncias e as diferenças sejam irrelevantes aos fins da pesquisa específica ou não prejudiquem a precisão do texto jurídico. É necessário encontrar o termo equivalente, do ponto de vista funcional, ou seja, que desempenha um papel similar em diversos ordenamentos. Todavia, quando não for possível identificar uma equivalência funcional, o tradutor jurídico pode, adotando uma abordagem analítica aos conceitos jurídicos, utilizar a noção chamada metapositiva da categoria, ou o seu genótipo conceitual, que pertence à teoria geral do direito e da qual descendem os fenótipos, que são conceito de direito positivo. O genótipo reduz a noção jurídica aos seus elementos indispensáveis, enquanto que o fenótipo acrescenta ao genótipo um elemento que uma escolha determinada pelo direito positivo estabelece como necessária à eficácia jurídica do fato[34]. Todavia, tal solução nem sempre é suficiente, pois podem existir mais do que um genótipo ao qual é possível

---

[33] Como exemplo, podemos pensar aos diferentes significados que pode assumir um termo – no caso *Eigentum* (propriedade) – no contexto do direito civil e do direito constitucional alemão: no Código civil daquele ordenamento (BGB), o § 903, interpretado em consonância com o disposto pelo § 90 do mesmo texto, dispõe que podem compor o direito de propriedade somente coisas corporais, excluindo-se, portanto, qualquer relevância aos chamados bens imateriais (marcas, patentes, etc.). Diversamente, o art. 14 da Constituição atual sempre foi interpretada pelo Tribunal constitucional alemão, o *Bundesverfassungericht*, no sentido de compreender tal categoria de direitos. Cf. CANDIAN, A.; GAMBARO, A.; POZZO, B., *Property – Proprieté – Eigentum*, Padova, 1992, p. 316 ss. Sobre a estratificação dos significados v. POZZO, B., *Multilinguismo, Terminologie giuridiche e problemi di armonizzazione del diritto privato europeo*, in POZZO, B.; JACOMETTI, V. (a cura di), *Le politiche linguistiche delle istituzioni comunitarie dopo l'allargamento*, Milano: Giuffrè, 2006, pp. 8-9.

[34] SACCO, R., *op. cit.*, pp. 727-728.

conduzir o conceito jurídico, como afirma SACCO em relação aos vários genótipos do contrato[35].

Se nem mesmo o recurso ao genótipo é possível, o operador pode e deve renunciar a traduzir, utilizando o nominalismo jurídico; ou seja, deve manter inalteradas as palavras que indicam categorias ou conceitos que possuem um significado estreitamente ligado ao ambiente de origem. Por exemplo, Common Law, Equity, Estoppel, etc. O nominalismo jurídico nem sempre é negativo, pelo contrário, pode ser oportuno utilizá-lo mesmo em situações em que o texto de origem pode ser traduzido, como em relação a termos que passaram a fazer parte do nosso léxico mas possuem uma clara matriz estrangeira, assim como termos cuja tradução privaria da própria potencialidade expressiva. Enfim, o tradutor jurídico pode também, quando for necessário, criar um neologismo e, portanto, uma palavra ou uma expressão *ad hoc* para expressar o conceito na própria língua.

As dificuldades apontadas anteriormente são ainda mais acentuadas no âmbito da União Européia, onde temos um legislador multilíngue mas que não possui uma terminologia jurídica comum completa a nível europeu. Além da questão da tradução jurídica que, neste âmbito, é afrontada com a adoção de técnicas específicas atuadas na fase de redação das normas[36], outro aspecto de grande interesse é a interpretação de textos multilíngues. Em primeiro lugar, ressalta-se que tais atividades devem ser conciliadas com dois princípios jurídicos fundamentais: o Princípio do multilinguismo e o Princípio da prevalência do direito europeu[37].

As razões que levaram à afirmação do Princípio do multilinguismo no âmbito europeu são diversas, de natureza política, cultural e jurídica: em primeiro lugar, reconhecer o mesmo valor ao direito europeu primário e secundário redigidos nas línguas de todos os Estados-membros demonstra o igual peso de tais Estados na União;

---

[35] *Idem, ibidem*.

[36] Cf. Acordo Interinstitucional de 22 de Dezembro de 1998 sobre as diretrizes comuns em matéria de qualidade de redação da legislação comunitária (1999/C 73/01) e *Guia Prático Comum do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão para as pessoas que contribuem para a relação de textos legislativos nas instituições comunitárias*, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 2003 (disponível em http://eur-lex.europa.eu/pt/techleg/index.htm).

[37] Sobre o Princípio do Multilinguismo na União Européia a bibliografia é bastante ampla. Vide, entre outros, BRUHA, T. (Hrsg.), *Die Europäische Union und ihre Sprachen*, Baden-Baden: Nomos, 1998; BERTELOOT, P., *Le droit à la langue de l'Union Européenne*, in JAYME, E. (ed.), *Langue et Droit, Xe Congrés International de Droit Comparé*, *Bristol, 1998*, Bruxelles, 1999, p. 345 ss; LOPES SABINO, A., *Les langues dans l'Union européenne enjeux, pratiques et perspectives*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, n. 2, 159, 1999, p. 161 ss. KJÆR, A. L.; ADAMO, S. (ed.), *Linguistic diversity and European democracy*, Conference on Language, Rights and European Democracy, Copenhagen, 2009, Farnham: Ashgate, 2011.

do ponto de vista jurídico, garantir a todos os cidadãos europeus o direito de dirigir-se às instituições européias na própria língua e de receber resposta nesta mesma língua[38], assim como de poder entender os próprios direitos e deveres, derivados do direito europeu, na própria língua, constitui uma garantia de certeza jurídica, além de ser visto como um direito fundamental. Essa última garantia, porém, foi limitada na prática pela jurisprudência do TJUE, como explicado a seguir[39].

Com relação ao Princípio da prevalência do direito europeu, interessa-nos em particular o corolário segundo o qual os conceitos e institutos jurídicos europeus possuem autonomia com relação aos previstos pelo direito dos Estados-membros. É fácil imaginar que, tal corolário pudesse ser plena e efetivamente atuado, ou seja, se de fato todos os institutos postos pelo direito europeu fossem realmente sustentados por um conjunto comum de princípios, conceitos e regras, muitos problemas que derivam da atuação prática da política de multilinguismo europeu seriam evitados. Todavia, essa realidade ainda não se verificou – ou pelo menos não completamente – na UE. Até quando o direito europeu centrou-se sobretudo no setor do direito econômico e aduaneiro, todavia, os problemas relacionados à ausência deste *corpus* ou à divergência entre direito europeu e direito nacional eram menos frequentes e o direito europeu enriquecia o cabedal jurídico do ordenamentos estatais fornecendo novos conceitos (mercado comum, tarifa mínima, processo de co-decisão, etc.). Diversamente, com a crescente europeização do direito privado, ou seja, com a introdução de normas de direito privado através do legislador europeu, tornaram-se mais frequentes os problemas derivados, justamente, da ausência deste conjunto comum de normas e princípios europeus e da coordenação com os direitos nacionais.

Ademais, muitas vezes a redação dos atos legislativos europeus agrava tal situação, verificando-se, na prática, a ausência de definições de institutos jurídicos nos textos comunitários[40]; a presença de definições a-técnicas e a ausência de coerência

---

[38] *Tratado que institui a Comunidade Européia*, art. 21, § 3: "*Qualquer cidadão da União se pode dirigir por escrito a qualquer das instituições ou órgãos a que se refere o presente artigo ou o artigo 7 numa das línguas previstas no artigo 314 e obter uma resposta redigida na mesma língua*."

[39] Vide *infra*, "b"; e DERLÉN. M., *Multilingual Interpretation of European Union Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law Intern., 2009, pp. 50-58.

[40] A não definição de "dano" no âmbito da Diretiva 90/314/CEE relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados, que pode implicar diversas possíveis noções relativas aos danos morais e às perdas econômicas. (ROSSI, P., *L'impatto del multilinguismo sull'armonizzazione del diritto privato europeo*, in POZZO, B.; TIMOTEO, M. (a cura di), *Europa e linguaggi giuridici*, Milão: Giuffré, 2008, p. 375).

Da mesma forma, a Diretiva 93/13/CEE relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores não fornece uma definição do termo "contrato" – essa lacuna levou com que alguns dos

interna e de coerência entre textos que tratam da mesma disciplina[41]. Mas os problemas relacionados à interpretação do direito comunitário podem surgir mesmo em casos de atos legislativos que, a primeira vista, parecem redigidos de forma adequada, porém que se revelam discordantes com outras versões linguísticas[42].

3. Qual é a posição adotada pelo Tribunal de Justiça da União Européia quando, no âmbito das atribuições que lhe confere o artigo 220 do Tratado que institui a Comunidade Européia, é chamado a resolver questões de interpretação de atos comunitários cujas diversas versões linguísticas são divergentes ou contraditórias? Sobre esta questão debruça-se a última parte da presente exposição, com base na evolução do *case law* deste Tribunal. A importância de tal jurisprudência, vale ressaltar, também deriva da influência que a mesma exerce sobre os tribunais nacionais[43].

A questão da interpretação de textos internacionais multilíngues não é de todo nova: como é notório, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 disciplina de forma específica o problema no seu art. 33[44]. Este artigo estabelece que "*quando a comparação dos textos autênticos revela uma diferença de sentido que a aplicação dos artigos 31 e 32 não elimina, adotar-se-á o sentido que, tendo em conta o objeto e a finalidade do tratado, melhor conciliar os textos*."[45] Os critérios postos por

---

contratos considerados mais insidiosos ao consumidor, como os contratos para o fornecimento de água, luz e gás, não fossem qualificados como contratos e, portanto, não fossem submetidos às regras de proteção previstas pela própria diretiva.

[41] A Diretiva 85/577/CEE relativa à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais e a Diretiva 97/7/CE relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância utilizam, respectivamente, os termos "comerciante" e "fornecedor", sem qualquer concordância com o texto da norma de aplicabilidade geral, posta pela Diretiva 93/13/CEE relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, que utiliza o termo "profissional". Em alguns ordenamentos essa divergência pode gerar incertezas quanto à aplicabilidade das diretivas de 85 e de 97 aos profissionais liberais, por exemplo. Vide ROSSI, P., *op. cit.*, p. 374.

[42] Sempre a Diretiva 93/13/CEE relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, estabelece, na versão em inglês, a diretiva é relacionada a "goods", enquanto que naquela em francês à "biens", que são conceitos jurídicos bem diferentes: "goods" é relacionado à bens móveis, enquanto que "biens" pode compreender a categoria de bens móveis e imóveis. Cf. DERLÉN, M., *op. cit.*, p. 6.

[43] Sobre o tema, veja-se CALZOLAIO, E., *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di Giustizia*, in *The Cardozo Eletronic Law Bulletin*, vol. 15, 2009, passim. (disponível em http://www.jus.unitn.it/cardozo/home.html)

[44] Sobre o problema veja-se BARIATTI, S., *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova: Cedam, 1986, p. 224 ss., e bibliografia indicada.

[45] "*Artigo 31- Regra Geral de Interpretação*

1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.

2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:

a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;

tal regra não respondem às necessidades específicas do multilinguismo europeu e, por essa razão, não são imediatamente transponíveis em tal âmbito[46]. De fato, ao longo dos anos, o TJUE tem dado uma atuação peculiar a diversos critérios hermenêuticos[47], coincidindo somente em parte com o disposto pelo art. 33 da Convenção de Viena de 1969 e não sempre fornece uma guia útil ao intérprete.

a. *Do direito de basear-se em uma única versão linguística*

Os critérios hermenêuticos gerais desenvolvidos pelo TJUE a partir da sentença *Van Gend en Loos* de 1963 são bem conhecidos: para a interpretação das normas comunitárias é necessário basear-se não exclusivamente no seu texto, mas no espírito e na estrutura do Tratado, nos seus objetivos, assim como no escopo e no contexto da normativa da qual tal regra faz parte.

Com relação especificamente aos critérios desenvolvidos pelo Tribunal para a interpretação de textos jurídicos redigidos em diversas línguas, a primeira pronúncia a ser considerada é a sentença pronunciada no processo *van der Vecht* (Processo 19/67), destinado a obter uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação dos artigos 12 e 13 do Regulamento n.° 3 do Conselho da CEE, relativo à segurança social dos trabalhadores migrantes. O Tribunal estabeleceu que a "*necessidade de que os regulamentos comunitários sejam interpretados de forma uniforme exclui que o texto da norma seja considerado isoladamente e impõe a obrigação de que o mesmo, em caso de*

---

b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.
3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:
a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;
b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;
c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.
4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.
Artigo 32 - Meios Suplementares de Interpretação
Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31:
a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou
b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado."

[46] VISMARA, F., *Il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità Europee nell'interpretazione dei testi multilingue*, in POZZO, B.; JACOMETTI, V., *Le politiche linguistiche delle istituzioni comunitarie dopo l'allargamento*, Milano: Giuffré, 2006, pp. 99-100.

[47] "*Although it uses the traditional methods of interpretation, the special multilingual dimension of Comunity law has led the ECJ to develop a distinctive style of interpretation, which has enabled it to accommodation the growing number of authentic texts*." Cf. SARCEVIC, S., *Problems of interpretation in a enlarged European Union*, in SACCO, R. (sous la direction de), *L'interprétation des textes juridiques rédigés dans plus d'une langue*, ISAIDAT, Torino: L'harmattan Italia; Paris: L'harmattan, 2002, p. 247.

dúvida, seja interpretado e aplicado à luz do disposto nas outras três versões linguísticas" (tradução livre). Deduz-se que seria possível basear-se em uma única versão linguística, exceto em caso de ambiguidade daquela mesma versão.

Nessa mesma linha coloca-se o acórdão proferido em *Cricket St. Thomas* (Processo 372/88), em que as partes apresentaram interpretações divergentes do Regulamento aplicável baseando-se fundamentalmente nas diferentes versões linguísticas do mesmo. O Tribunal afirma que "*se é certo que a regulamentação comunitária na matéria foi elaborada para tomar em consideração a situação especial dos Milk Marketing Boards no Reino Unido, o Regulamento n.° 1421/78, como indica o seu terceiro considerando, não se refere exclusivamente a este Estado-membro*", e prossegue "*Como foi sublinhado pelo Tribunal no acórdão de 5 de Dezembro de 1967, Van der Vecht (19/67, Recueil, p. 445), a necessidade de uma interpretação uniforme dos regulamentos comunitários exclui que se considere isoladamente o texto de uma disposição e exige, em caso de dúvida, que ele seja interpretado e aplicado à luz das versões oficiais nas outras línguas*." Nesse caso, o Tribunal faz explícita referência à decisão do caso "van der Vecht" e mantém o mesmo critério de interpretação: ele primeiramente examina a versão em língua inglesa e somente após ter constatado que a mesma não utilizava as mesmas expressões de forma constante, mas que assumiam um significado diverso ao longo do texto, examina outras versões linguísticas.

Alguns anos mais tarde, em 1995, o Tribunal decidiu o caso *Konservenfabrik Lubella* (Processo C-64/95), relativo à interpretação do Regulamento n. 1932/93, sobre a importação de cerejas. Nesse caso, a versão em alemão do texto continha um erro material, pois enquanto a descrição do produto referia-se a cerejas doces, o relativo código referia-se à cerejas ácidas, assim como as demais versões em outras línguas. O Tribunal reiterou mais uma vez o critério adotado nas outras decisões, que estabelece o direito de basear-se em uma só versão linguística do ato legislativo comunitário, salvo em caso de dúvida. Somente nesse caso, seria necessário analisar as demais versões linguísticas[48].

---

[48] "*17 Tal como o Tribunal de Justiça já o indicou em várias ocasiões, a necessidade de uma interpretação uniforme dos regulamentos comunitários exclui que se considere isoladamente um texto determinado e exige, em caso de dúvida, que ele seja interpretado e aplicado à luz das versões estabelecidas nas outras línguas oficiais (acórdãos de 12 de Julho de 1979, Koschniske, 9/79, Recueil, p. 2717, n. 6, e de 27 de Março de 1990, Cricket St Thomas, C-372/88, Colect., p. I-1345, n. 19).*
18 No caso em apreço, à excepção da versão alemã, todas as versões linguísticas do regulamento em litígio se reportam apenas às ginjas. Resulta claro que, como sustentam a Comissão e o Governo espanhol, a versão alemã do regulamento comportava, de início, pelo emprego do termo "Suesskirschen" em vez do termo "Sauerkirschen", um erro material que foi posteriormente rectificado. Todavia,

b. Do dever de confrontar as várias versões linguísticas

Esta tendência jurisprudencial começou a se transformar em 1997, com a decisão *Ebony Maritime* (Processo C-177/95), concernente à interpretação de um Regulamento relativo ao comércio entre a CEE e a República Federativa da Iugoslávia (Sérvia e Montenegro) e a medidas de embargo e confisco de bens transferidos em violação de tais normas. Em síntese, um navio suspeito de manter comércio com a ex República Federativa da Iugoslávia foi bloqueado em Brindisi, na Itália e teve a sua carga confiscada. Todavia, as versões italiana e finlandesa de tal regulamento não continham menção à possibilidade de, justamente, confiscar a carga do meio de transporte apreendido em caso de violação do Regulamento, em contraste com as demais versões linguísticas, que o previam expressamente[49]. O tribunal, em pedido de decisão prejudicial, mais uma vez utilizou o critério da dúvida de interpretação, estabelecida no caso "van der Vecht", e afirmou que em caso de dúvida sobre o texto de uma versão seria necessário interpretá-la com base no estabelecido nas demais versões. A diferença, nesse caso, é que as demais versões em diversas línguas foram consultadas *antes*, justamente para determinar a existência de uma dúvida na interpretação do texto que, ao contrário, não seria perceptível.

Com a decisão do caso *Ferriere Nord SpA* (Processo C-219/95), o Tribunal, embora cite os casos previamente elencados no próprio acórdão, na realidade distancia-se dos mesmos no que concerne o direito das partes de basearem-se em uma única versão linguística do ato e de confrontá-la com as demais versões, buscando esclarecimento, somente em caso de dúvida. De fato, neste processo, relativo à interpretação do art. 85, n. 1, do Tratado, a versão em língua italiana era a única a prever que o acordo tivesse por objeto e por efeito impedir, restringir "e" falsear a concorrência

---

mencionando essa versão os códigos NC aplicáveis às ginjas, tal ambiguidade podia portanto perfeitamente ser eliminada pela referência às outras versões linguísticas do regulamento."

[49] "*29 Convém salientar antes de mais que a versão italiana do artigo 10., segundo parágrafo, do regulamento não dispõe que os Estados-Membros podem confiscar a carga.*

30 Todavia, como o Tribunal de Justiça indicou várias vezes, a necessidade de uma interpretação uniforme dos regulamentos comunitários exclui que se considere isoladamente um texto determinado e exige, em caso de dúvida, que ele seja interpretado e aplicado à luz das versões estabelecidas nas outras línguas oficiais (acórdão de 17 de Outubro de 1996, Lubella, C-64/95, Colect., p. I-5105, n.17).

31 Ora, com excepção das versões italiana e finlandesa, todas as versões linguísticas do artigo 10, segundo parágrafo, do regulamento prevêem que, quando se prove a violação do regulamento, as cargas podem ser confiscadas pelo Estado-Membro em causa. Esta redacção corresponde à do n. 25 da Resolução 820 (1993), citado no n. 20 do presente acórdão. Além dos meios de transporte, este número menciona expressamente as cargas como bens susceptíveis de ser confiscados em caso de violação das medidas adoptadas pelas resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Afigura-se assim claramente que a versão italiana do regulamento, que menciona os termos «aeromobili e aerei da carico», em vez dos termos «aeromobili e carichi», contém um erro material."

e continha, portanto, uma condição cumulativa e não alternativa, enquanto que as demais versões previam uma condição alternativa ("impedir, restringir "ou" falsear a concorrência"). Assim, a parte afirmava o próprio direito de basear-se na versão italiana que em si não apresentava nenhuma dúvida e o Tribunal, diversamente, entendeu que as normas comunitárias devem ser interpretadas e aplicadas de modo uniforme à luz das versões redigidas nas outras línguas comunitárias[50].

Naturalmente, essa posição gera problemas: decorre logicamente dos princípios de certeza jurídica e de respeito pelas expectativas legítimas das partes, ambos reconhecidos pela jurisprudência do TJUE, a faculdade dos particulares de basear-se na versão da legislação comunitária redigida na própria língua. Todavia parece ser legítimo deduzir com base na leitura dada TJUE das normas européias, que o princípio do respeito ao multilinguismo deva prevalecer sobre os princípios, citados anteriormente, da certeza jurídica e da legítima expectativa das partes.

c. *Os critérios interpretativos adotados pelo TJUE para a solução de divergências e conflitos entre as várias versões linguísticas dos textos jurídicos comunitários*

Os principais critérios utilizados pelo TJUE para dirimir conflitos que surgem de diferentes versões linguísticas dos atos jurídicos comunitários são o literal e o teleológico ou sistemático, também conhecido como "metalinguístico"; algumas vezes, ainda, o Tribunal adota um método misto construído com base na interação destes dois critérios.

1. *O critério literal*

Através deste critério, o tribunal realiza uma atividade de microcomparação entre as diversas versões linguísticas, reconciliando sucessivamente o seu sentido. Esse método, sob alguns aspectos considerado positivo[51], ainda hoje é utilizado pelo TJUE;

---

[50] "*15 Importa, com efeito, recordar, que, como o Tribunal de Primeira Instância justamente decidiu, resulta de jurisprudência constante que as normas comunitárias devem ser interpretadas e aplicadas de modo uniforme à luz das versões redigidas nas outras línguas comunitárias (acórdão já referido Van der Vecht, Cilfit e Lanificio di Gavardo, n.18). Esta conclusão não pode ser infirmada pelo facto de, no caso em apreço, a versão italiana do artigo 85, vista isoladamente, ser clara e inequívoca uma vez que todas as outras versões linguísticas mencionam expressamente o carácter alternativo da condição visada no artigo 85, n. 1, do Tratado*".

[51] "*Interpretation criteria based on the comparison of different linguistic texts solves the problem of legislative multilingualism and transforms it into an advantage for the interpreter. I shall call this the hermeneutically positive aspect of legislative multilingualism. In terms of interpretation techniques, this is akin to the principle of the "minimum common denominator, already used in international law.*" Cf. GAMBARO, A., *Interpretation of Multilingual Legislative Texts*, in BOELE-WOELKI, K.; VAN ERP,

todavia, a sua utilidade foi progressivamente reduzida com o ingresso de novas línguas oficiais na UE. De fato, trata-se de um método que apresenta maior utilidade em casos mais simples, ou seja, em que apenas uma ou poucas versões apresentam um significado discordante. Naturalmente, essa possibilidade foi reduzida com o alargamento da União, pois as hipóteses em que havia antinomias difusas entre as várias versões aumentaram[52].

Como foi observado em passado, sendo que as várias versões linguísticas dos atos legislativos europeus são igualmente autênticas, a atuação da interpretação literal em caso de discrepância entre as mesmas não levaria a nenhum resultado; salvo, e esta é a abordagem em que o TJUE, que uma delas não possa ser privada de tal caráter de autenticidade a favor de outra ou outras versões[53].

Por exemplo, além da causa *van der Vecht* acima analisada, em diversas outras ocasiões o Tribunal seguiu o mesmo critério, como no caso *Schwarze* (Processo 16/65) e *Stauer* (Processo 29/69). Em ocasiões mais recentes – *FEOGA - Apuramento das contas - Exercício financeiro de 1995 - Ajuda à produção de cânhamo* (Processo C-132/99)[54] e o já citado caso *Ebony maritime* e *Finanzamt Gross Gerau* (Processo C-305/01)[55] – tal orientação também foi adotada.

S., (ed.), *General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Bruxelles: Bruylant, 2007, p. 64.

[52] SARCEVIC, S., *op. cit.*, p. 249; POZZO, B., *L'interpretazione della Corte del Lussemburgo del testo multilingue: una rassegna giurisprudenziale*, in POZZO, B.; TIMOTEO, M. (a cura di), *Europa e linguaggi giuridici*, Milano: Giuffré, 2008, pp. 415-146.

[53] PESCATORE, P., *L'interprétation des lois et conventions plurilingues dans le Communauté Européenne*, in *Les cahiers du droit*, vol. 25, 1984, p. 1000.

[54] "*25. A este propósito, forçoso é observar que a versão neerlandesa do artigo 4.°, alínea a), do Regulamento n.° 1164/89 alterado se distingue das outras versões linguísticas desta disposição na medida em que se refere, no início do primeiro período, apenas ao linho e não ao cânhamo, enquanto as outras versões linguísticas são formuladas de forma geral e não referem expressamente nem uma nem outra dessas plantas. O mesmo se passa relativamente ao terceiro travessão, excepto no que se refere à versão alemã. Em contrapartida, na frase dessa disposição que se segue imediatamente ao terceiro travessão, a versão neerlandesa refere, bem como todas as outras versões linguísticas, um máximo diferente para a altura de corte do linho e para a do cânhamo.*

26. Forçoso é igualmente observar que o Regulamento n.° 1164/89 se refere, tanto no título como na quase totalidade das suas disposições, da mesma forma às duas plantas e institui um tratamento amplamente paralelo. Nos casos em que se impõe um tratamento diferente, isso resulta, como nos artigos 2.° e 3.° do referido regulamento, expressamente do texto.

27. Nestas circunstâncias, como o advogado-geral também observa no n.° 33 das suas conclusões, a referência que é feita apenas ao linho no primeiro período e no terceiro travessão do artigo 4.°, alínea a), da versão neerlandesa do Regulamento n.° 1164/89 alterado constitui um erro que podia ser facilmente detectado. Assim, o Governo neerlandês não pode invocar uma interpretação que se baseia apenas nessa versão."

[55] "*73. Em conformidade com todas as versões linguísticas, a cobrança de dívidas é uma excepção às isenções enumeradas no artigo 13.°, B, alínea d), ponto 3, da Sexta Directiva.*

74. No que respeita às versões inglesa e sueca da referida disposição, mencionam também a este propósito, em pé de igualdade com a cobrança de dívidas, o factoring.

75. Ora, tendo em conta a exigência de uma interpretação ampla destas excepções a uma disposição derrogatória, que tem como efeito que as operações a que se referem estão sujeitas à tributação que

Muitas vezes, o TJUE tentou reconciliar o sentido da versão ou das versões ambíguas dando preferência ao sentido revelado pela maior número de versões linguísticas[56]. Assim, por exemplo, nos processos C-306/98[57] e C-253/99[58]. Todavia, essa abordagem nem sempre prevalece, como no processo *EMU Tabac SARL* (Processo C-296/95)[59], em que o Tribunal deu preferência a versões linguísticas, como a dinamarquesa e a grega, que apresentavam uma terminologia mais detalhada. Nesse mesmo processo, o Tribunal rejeitou a alegação que sugeria não fosse seguido o sentido derivado destas duas versões linguísticas devido ao fato de que as mesmas referiam-se a Estados-membros cuja população correspondia somente 5% da população européia total

---

constitui a regra de princípio na base da Sexta Directiva, por um lado, o factoring referido nas versões inglesa e sueca do artigo 13.°, B, alínea d), ponto 3, in fine, da referida directiva deve ser entendido no sentido de que se refere tanto ao factoring em sentido próprio como ao factoring em sentido impróprio.
76. Como já se concluiu no n.° 54 do presente acórdão, não existe, com efeito, qualquer razão que possa justificar um tratamento diferente, do ponto de vista do IVA, destas duas categorias de factoring.
77. Por outro lado, nas outras versões linguísticas, o conceito de «cobrança de dívidas» deve ser interpretado no sentido de que abrange todas as formas de factoring. Com efeito, pela sua natureza objectiva, o factoring tem por finalidade essencial a cobrança e o encaixe de créditos de um terceiro. Por conseguinte, o factoring deve ser considerado como uma simples variante do conceito mais amplo de «cobrança de dívidas», quaisquer que sejam, aliás, as modalidades segundo as quais é praticada.
78. Diga-se de passagem que a noção de «cobrança de dívidas» se refere a operações financeiras claramente circunscritas, destinadas a obter o pagamento de uma dívida em numerário, que são de natureza claramente diferente da das isenções enumeradas na primeira parte do artigo 13.°, B, alínea d), ponto 3, da Sexta Directiva.
79. Daí resulta que as versões linguísticas diferentes da inglesa e da sueca não são de forma nenhuma incompatíveis com uma interpretação que englobe o factoring, designadamente o factoring em sentido próprio, entre as excepções às isenções previstas no artigo 13.°, B, alínea d), ponto 3, da Sexta Directiva."

[56] GIUGGIOLI, P., *Lingua e diritto: problemi e prospettive della traduzione*, in GARZONE, G.; SANTULLI, F. (a cura di), *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari*, Milano: Giuffré, 2008, pp. 172-173.

[57] Processo *The Queen e Minister of Agriculture, Fisheries and Food, Secretary of State for the Environment, contra Monsanto plc, com intervenção de: I Pi Ci SpA, Clayton Plant Protection Ltd e British Agrochemicals Association Ltd (BAA)*, decisão a título prejudicial sobre a interpretação do artigo 8.°, n.os 2 e 3, e 13.°, n.° 6, da Directiva 91/414/CEE do Conselho, de 15 de Julho de 1991, relativa à colocação dos produtos fitofarmacêuticos no mercado.
"*A este propósito, importa reconhecer que tal interpretação é compatível com todas as versões linguísticas do artigo 8.°, n.° 3, da Directiva 91/414. Pelo contrário, a interpretação proposta pela Monsanto e pela Comissão, que exclui a existência de um nexo funcional necessário entre a fase da reanálise e a fase que a precede, tais como são referidas no artigo 8.°, n.° 3, da Directiva 91/414, não se harmoniza, designadamente, com as versões dinamarquesa [«...»], alemã [«...»], italiana [«...»] e neerlandesa [«...»] dessa disposição*."

[58] Processo *Bacardi GmbH contra Hauptzollamt Bremerhaven*, destinado a obter uma decisão a título prejudicial relativa à interpretação dos artigos 236.° e 239.° do Regulamento (CEE) n.° 2913/92 do Conselho, de 12 de Outubro de 1992, que estabelece o Código Aduaneiro Comunitário (JO L 302, p. 1): "*Ora, segundo jurisprudência constante, a necessidade de uma interpretação uniforme dos regulamentos comunitários exclui que, em caso de dúvida, o texto de uma disposição seja considerado isoladamente, mas exige, pelo contrário, que seja interpretado e aplicado à luz das versões redigidas noutras línguas oficiais*."

[59] Processo *The Queen contra Commissioners of Customs and Excise, ex parte EMU Tabac SARL, The Man in Black Ltd, John Cunningham*, pedido de decisão prejudicial: Court of Appeal, London - Reino Unido. - Diretiva 92/12/CEE do Conselho, relativa ao regime geral, à detenção, à circulação e aos controles dos produtos sujeitos a impostos especiais de consumo.

naquele momento histórico, afirmando que "*a todas as versões linguísticas deve, por princípio, ser reconhecido o mesmo valor, que não pode variar em função da importância da população dos Estados-Membros que se exprime na língua em causa*."[60]

2. O critério teleológico ou sistemático (metalinguístico)[61]

Este critério sempre foi seguido pelo Tribunal, que lhe reconhece uma importância progressiva sobretudo a partir do acórdão *CILFIT* (Processo 283/81)[62]. Dentre as várias conclusões que emergem desta histórica decisão, encontra-se a reafirmação da natureza multilinguística das normas européias e do seu equivalente valor, assim como da autonomia dos conceitos jurídicos comunitários com relação ao direito interno dos Estados-membros[63]. Ademais, sustenta-se que toda disposição comunitária deve ser colocada no seu próprio contexto e interpretada com base no conjunto de disposições de tal corpo normativo, das suas finalidades e do seu estado de evolução no momento da sua concreta aplicação.

Como já referido, a adoção do critério teleológico também foi consequência do agravar-se das situações de antinomia derivadas do aumento das línguas comunitárias e dos relativos problemas de interpretação. Em síntese, mediante tal critério o Tribunal busca a solução para conflitos ou discrepâncias entre as várias versões linguísticas dos atos comunitários não mais através da coordenação das mesmas, mas analisando o escopo da norma e o contexto onde a mesma encontra-se inserida. Baseando-se na presunção da existência de uma vontade coerente na emanação do ato legislativo, eventualmente falseada na fase de redação e/ou tradução em diversas línguas utiliza, porém, a sua vez, uma terminologia não uniforme, que alude, por vezes, à "vontade real do legislador", ao "espírito do texto", a sua "economia", ao seu "sentido", à noção de "sistemática", entre outros[64].

Constitui exemplo da aplicação deste método o acórdão pronunciado em *North Kerry Milk Products Ltd. contra Minister for Agriculture* (Processo 80/76), onde o Tribunal afirmou que em determinados casos, a eliminação de discordâncias linguísticas pode ser desfavorável à certeza do direito quando uma ou mais versões de uma certa

---

[60] *The Queen contra Commissioners of Customs and Excise, cit.*, ponto 36.
[61] A expressão é de PESCATORE, P., *op. cit.*, p. 996, p. 1000.
[62] *SRL CILFIT e Lanificio di Gavardo contra Minstero della Sanità*.
[63] *SRL CILFIT e Lanificio di Gavardo contra Minstero della Sanità*, cit., respectivamente pontos 18 e 19.
[64] Cf. PESCATORE, P., *op. cit.*, p. 1001; POZZO, B., *L'interpretazione della Corte del Lussemburgo*, cit., p. 417.

norma são interpretadas em modo não conforme ao sentido normal e natural das palavras; nesses casos, é preferível buscar uma solução dos pontos controvertidos sem dar preferência à uma ou outra versão linguística[65]. No mesmo sentido, *Federal Republic of Germany contra Commission of the European Communities* (Processo 18/76), *Regina contra Pierre Bouchereau* (Processo 30/77), *Elefantem Schuh GmbH contra Pierre Jaqmain* (Processo 150/80), *W. N. contra Staatssecretaris van Financiën* (Processo C-420/98) entre muitos outros. Alguns exemplos da aplicação do método teleológico apresentam um interesse particular enquanto o Tribunal foi levado a aplicá-lo para forjar institutos jurídicos europeus autônomos do momento que tais conceitos divergiam de forma relevante no direito interno dos Estados-membros. É o caso do processo 135/83 *HBM Abels contra Direção da Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie*, em que se elaborou uma definição comum de cessão contratual[66], e do processo 449/93 *Rockfon A/S* contra *Specialarbejderforbundet I Danmark*, onde reafirmou a autonomia da noção de estabelecimento para fins comunitários[67].

---

[65] *North Kerry Milk Products Ltd. contra Minister for Agriculture and Fisheries*, ponto 11.

[66] "*11. Un examen comparativo de las diferentes versiones lingüísticas de la mencionada disposición pone de manifiesto las divergencias terminológicas entre estas versiones, en lo que respecta a la transmisión que resulta de una cesión. Mientras las versiones alemana («vertragliche Übertragung»), francesa («cession conventionnelle», helénica («συμβατική εκχώρηση»), italiana («cessione contrattuale») y neerlandesa («overdracht krachtens overeenkomst») sólo se refieren claramente a las cesiones efectuadas en virtud de un contrato, que permiten de este modo sacar la conclusión de que están excluidas otras modalidades de cesión, tales como las que resulten de un acto administrativo o de una decisión judicial, las versiones inglesa («legal transfer») y danesa («overdragelse») parecen indicar un ámbito de aplicación más amplio.*
12 Además, procede señalar que el contenido del concepto de cesión contractual difiere en el Derecho concursal de los Estados miembros, como así lo deja traslucir el presente asunto. Mientras algunos Estados miembros consideran, en determinados supuestos, que la venta efectuada en el marco de un procedimiento de quiebra es una venta contractual normal, si bien la intervención de la autoridad judicial es previa a la celebración de tal contrato, otros sistemas jurídicos, en determinados supuestos, parten del concepto de que la venta se produce en virtud de un acto de autoridad pública. 13 Ante estas divergencias, el alcance de la disposición controvertida no puede apreciarse sólo con arreglo a la interpretación literal. Por lo tanto, puede esclarecer su significado habida cuenta del sistema de la Directiva, del lugar que ocupa en el sistema jurídico comunitario en relación con los regímenes concúrsales, así'como de su finalidad."

[67] "*25 Convém realçar a este propósito que o conceito de "estabelecimento", para efeitos da directiva, é um conceito de direito comunitário que não pode definir-se por referência às legislações dos Estados-Membros.*
26 As diferentes versões linguísticas da directiva utilizam termos ligeiramente diferentes para designar o conceito em causa, (...).
27 Ora, resulta da comparação dos termos utilizados que estes têm uma conotação diferente: isto é, segundo os casos, estabelecimento, empresa, centro de trabalho, unidade local ou local de trabalho.
28 Resulta do acórdão de 27 de Outubro de 1977, Bouchereau (30/77, Recueil, p. 1999, n. 14) que as diferentes versões linguísticas de um texto comunitário devem ser interpretadas de modo uniforme e, portanto, em caso de divergência entre essas versões, a disposição em causa deve ser interpretada em função da economia geral e da finalidade da regulamentação de que constitui um elemento."

4. Apesar da reconhecida importância[68], a tradutologia jurídica, tema intrinsecamente transnacional e comparatístico, é praticamente desconhecida na academia brasileira. Assim, a presente exposição propôs-se inicialmente a apresentar, de forma quase didática e necessariamente sintética, algumas dentre as principais dificuldades enfrentadas pela tradução jurídica e das relativas soluções que essa fornece para superá-las.

Sobredita introdução revelou-se, portanto, funcional para a ilustração, sempre forçosamente condensada, de outro tema relevante para a matéria: a interpretação de textos jurídicos redigidos em diversas línguas. A ocasião apresentava-se especialmente oportuna para analisar as orientações adotadas pelo TJUE a propósito, orientações estas que, por sua peculiaridade e ampla incidência, são relevantes tanto em termos científicos quanto práticos.

Tal peculiaridade deriva da diversa abordagem adotada pelo Tribunal com relação, por exemplo, aos critérios postos pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados para a solução de eventuais divergências ou conflitos entre diversas versões linguísticas. Como visto, em Luxemburgo muitas vezes segue-se uma virtuosa abordagem de tipo microcomparatístico, que busca interpretar os termos com base na busca de um mínimo denominador comum entre as culturas jurídicas dos Estados-membros. Da mesma forma, partindo de uma perspectiva metalinguística busca-se construir, verticalmente, significados europeus autônomos e evita-se, desta forma, que a interpretação do direito comunitário seja veículo de reflexos jurídico-nacionalistas. Naturalmente, se trata de *work in progress*.

O ponto dolente da atual construção jurisprudencial, porém, é a posição do cidadão europeu. A solução jurídica que prevalece em casos de conflito entre diversas versões linguísticas dos atos legislativos comunitários significa, na prática, que não é possível basear-se somente em uma ou em algumas línguas para entender os próprios deveres e direitos. Com a progressiva comunitarização e harmonização das disciplinas jurídicas de setores sempre mais amplos da vida civil, é possível que tal orientação seja fonte, no futuro, de graves problemas.

---

[68] V. a recente SACCO, R. (a cura di), *Le nuove ambizioni del sapere del giurista: antropologia giuridica e traduttologia giuridica*, Accademia Nazionale dei Lincei, 2009.

PREÇOS PREDATÓRIOS, DESCONTOS E ABATIMENTOS DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DA UE: ASPECTOS COMPARATIVOS.

Laíse Da Correggio Luciano, MSc, PhD[69]

Esta apresentação tratará de duas condutas que constituem abusos de posição dominante; quando uma empresa que domina o mercado relevante utiliza o seu poder de mercado para poder praticar condutas que excluem ou causam danos a concorrentes e a consumidores, sendo que essas condutas não seriam possíveis se a empresa não possuísse uma posição dominante.

Existem vários tipos de condutas abusivas e, sendo que esta apresentação tratará de apenas duas condutas: preços predatórios e descontos e abatimentos.

A primeira conduta a ser discutida será a de preços predatórios. Preços predatórios ocorrem quando uma empresa dominante estabelece preços abaixo dos custos, com o objetivo ou efeito de eliminar a concorrência e cobrar preços mais altos no longo prazo. Um dos casos mais importantes para compreender o desenvolvimento da jurisprudência de preços predatórios na UE é AKZO[70]. A AKZO era uma empresa dominante no mercado de peróxidos orgânicos utilizados pro branqueamento de farinha, e também no mercado da produção de certos plásticos. Quando um competidor, ECS, que já estava estabelecido no mercado de farinha branqueada decidiu começar a produção de plásticos, a AKZO ameaçou reduzir seletivamente os preços no mercado de branqueamento de farinha. Justificando essa prática, a AKZO alegou que seus preços estavam acima dos seus custos variáveis médios. Aqui eu abro um parenteses para explicar, brevemente, quais são os tipos de custos de que estamos falando. Os custos variáveis médios são os custos variáveis da empresa, por exemplo a eletricidade, a mão de obra, etc. divididos pela quantidade da produção. Já o custo total médio se refere ao custo total, que é a soma dos custos fixos, que não mudam, e os custos variáveis, divididos pela quantidade de produção.

---

[69] Professora de Direito da Concorrência de Tecnologia Informática e Telecomunicações CCLS – Queen Mary, University of London. E-mail: l.dacorreggio@qmul.ac.uk.
[70] *AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities - Case C-62/86.*

A Comissão afirmou que o caráter seletivo da redução de preços e a estratégia de longo prazo eram elementos importantes a serem levados em conta na análise da conduta. O Tribunal de Justiça da UE confirmou que a conduta era proibida porque fazia parte de uma estratégia de exclusão. Então, parece que o propósito do comportamento estratégico é muito importante, o que corresponde com uma política de pluralismo de mercado e de proteção ao mercado único que faz parte dos pilares do direito da concorrência na UE.

Pode parecer sem sentido que uma empresa venda abaixo de seus custos variáveis médio, mas isso poderia ter o propósito de excluir competidores, sendo que as perdas podem ser subsidiadas por lucros em outros mercados relevantes. Este foi o caso da decisão Tetra Pak II,[71] onde a Tetra Pak foi responsabilizada pela prática de preços predatórios. Nessa decisão foi estabelecido que, quando uma empresa dominante vende produtos abaixo do custo possibilitando a exclusão de concorrentes, essa conduta constitui preços predatórios. A única menção feita nessa decisão sobre a necessidade de recuperação das perdas ocasionadas pela conduta foi a menção de que ela era provável por causa de ganhos em outros mercados, mas essa prova da indenização não foi considerada necessária para estabelecer a responsabilidade da empresa dominante.

De fato, O Tribunal Geral da União Européia na decisão do caso Tetra Pak II declarou claramente que ao determinar se uma empresa tem praticado preços predatórios, uma distinção tem que ser traçada em relação aos preços que estão abaixo do custo variável médio, que sempre devem ser considerados abusivos, e os preços que estão abaixo do custo total médio, mas acima do custo variável médio, os quais só devem ser considerados abusivos, se o objetivo de eliminar concorrentes pode ser demonstrado. Além disso, o Tribunal Geral declarou que não seria adequado exigir a prova de que a empresa teve uma chance real de recuperar as suas perdas e que deve ser possível punir a prática de preços predatórios sempre que há um risco de eliminação de concorrentes. O Tribunal de Justica da Uniao Européia também rejeitou a necessidade de demonstrar a possibilidade de recuperação das perdas da empresa dominante.

[71] *Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities - Case C-333/94.*

Esse entendimento do Tribunal de Justiça tem sido seguido em decisões mais recentes na UE. Por exemplo, em 2009, na decisão do caso *France Télécom*[72] o Tribunal de Justiça declarou que o entendimento do Tribunal não requer que a possibilidade de recuperação das perdas causadas pela prática de preços abaixo do custo deva ser demonstrada. O Tribunal inclusive especificamente dispensou tal prova quando um objetivo de eliminar competidores do mercado poderia ser presumido por causa da prática pela empresa dominante de preços abaixo do custo variável médio.

Na decisão *France Télécom* o Tribunal de Justiça declarou que a Comissão Européia poderia entender que a possibilidade de recuperação das perdas fosse importante, mas que esse tipo de análise seria apenas circunstancial e não necessária.

Essa é uma abordagem muito diferente do modelo dos Estados Unidos, onde a Supreme Court considerou, no caso *Brooke Group*,[73] que era necessário demonstrar a perigosa possibilidade de recuperação das perdas da empresa dominante. Como é possível imaginar, essa prova pode ser difícil de ser obtida e a recuperação das perdas pode na realidade ser a dissuasão em si da entrada de concorrentes potenciais no mercado, o que efetivamente é impossível medir.

Pode-se dizer que o CADE - órgão responsável por decidir, administrativamente, questões de direito da concorrência no Brasil - adotou a abordagem norte-americana com relação a preços predatórios, pois no Brasil a prova da provável recuperação das perdas é necessária, sendo que a dificuldade de provar tal provável possibilidade de recuperação resulta em um padrão elevado de prova. Esse elemento não é requerido pela Lei 8.884/94. Na realidade, ele foi introduzido pela Resolução do CADE n. 20. Isso é um problema, porque o Brasil é um país de tradição civilista, onde a legislação secundária deve integrar, mas não modificar os parâmetros estabelecidos pela legislação primária, ou seja, pela Lei 8.884/94.

---

[72] *France Télécom SA v Commission of the European Communities - Case C-202/07.*
[73] *Brooke Group Ltd v Brown & Williamson Tobacco Corp.*

Em *Merck/M.B. Bioquímica*,[74] uma empresa chamada Labnew apresentou uma denúncia contra a Merck e a sua subsidiária MB Bioquímica por supostamente venderem tubos de vácuo para a coleta de amostras de sangue a preços abaixo dos custos. Nesta decisão, foi sugerido que, mesmo quando uma conduta resulta em efeitos de exclusão, esta seria permitida, a não ser que a empresa dominante fosse capaz de aumentar os preços de forma abusiva em um segundo momento. Além disso, foi afirmado que a alegada conduta poderia ser justificada, porque as eficiências aumentariam e os consumidores beneficiariam-se de preços mais baixos. O Conselheiro Felsky, Relator nessa decisão, citou a exigência do teste da recuperação das perdas com base na contestabilidade do mercado prevista pela Supreme Court dos EUA em *Brooke Group*. Nesta decisão, foi determinado que a recuperação dos prejuízos seria improvável quando o mercado fosse altamente difuso e competitivo, barreiras à entrada fossem baixas e os supostos predadores não teriam excesso de capacidade para absorver a quota de mercado de seus rivais.

As dificuldades em provar a recuperação das perdas e prováveis efeitos da conduta no Brasil resultam em uma abordagem *laissez-faire* em relação a preços predatórios. Isso é confirmado pelo fato de que o CADE nunca decidiu que uma empresa fosse responsável por preços predatórios.

Não está claro, porém, a partir da jurisprudência brasileira, se a adoção da abordagem dos EUA em relação a preços predatórios resultou de uma decisão política consciente dos membros do SBDC. Foram feitas entrevistas com membros do SBDC e percebi que, às vezes, há uma falta de conhecimento sobre as diferenças entre as leis e políticas da concorrência dos EUA e da UE, especialmente em relação aos padrões da prova, sendo que, como eu acabei de explicar, quando se trata de preços predatórios, as diferenças entre os entendimentos das cortes dos EUA e da UE resultam numa maior dificuldade em punir empresas nos Estados Unidos pela prática de preços predatórios, então essas diferenças são muito importantes.

A outra conduta a ser analisada é aquela de descontos e abatimentos.

---

[74] *Labnew Indústria e Comércio Ltda v Merck SA Indústrias Químicas e M.B. Bioquímica Ltda - 08000.013002/1995-97*, 3167-68.

Na União Européia, quando descontos e abatimentos são analisados, o elemento-chave é o efeito que a conduta pode ter no mercado. Por exemplo, no caso *Irish Sugar,*[75] a Comissão considerou que as reduções seletivas de preços praticados pela Irish Sugar, um monopolista de açúcar de beterraba na Irlanda do Norte, eram abusivas. O raciocínio era baseado no fato de que a *Irish Sugar* era uma empresa dominante que estava tentanto excluir a concorrência praticando cortes seletivos e direcionados de preços como uma resposta ao aumento das importações provenientes de outros Estados-Membros. Nesta decisão, a Comissão demonstrou uma preocupação com os efeitos dos comportamentos de exclusão e com a criação de barreiras à entrada.

O entendimento da jurisprudência da UE sobre descontos e abatimentos difere do entendimento norte-americano, especialmente no que diz respeito à relevância do prejuízo aos consumidores para que a conduta seja considerada abusiva. Essa divergência fica clara quando se estuda o caso *British Airways*.[76] A Virgin Airways entrou com uma ação contra a British Airways nos EUA e fez uma reclamação na UE ao mesmo tempo. O caso envolveu bônus retrospectivos aos agentes de viagens ligados ao crescimento das vendas de passagens da British Airways. Nos EUA, o Tribunal Federal do Segundo Circuito decidiu que os acordos sobre os descontos poderiam afetar as vendas ou a qualidade no mercado, mas que havia justificativas pró-competitivas em termos de recompensar consumidores fiéis e a requerente não sugeriu um programa alternativo, que fosse capaz de alcançar os mesmos efeitos pró-competitivos. Diversamente, na UE, a conduta foi proibida por causa dos efeitos de exclusão criados pelo programa de fidelidade.

O tribunal dos EUA parecia estar mais interessado nos efeitos pró-competitivos que a conduta teria para os consumidores, enquanto o Tribual de Justiça da União Européia parecia estar mais preocupado com a exclusão de empresas do mercado que poderia resultar em prejuízo para os consumidores. Isso demonstra que diferentes entendimentos da prática de descontos e abatimentos podem ter consequências importantes para as empresas que operam nesses mercados.

---

[75] Comissão Européia, *Commission Decision of 14 May 1997 relating to a proceeding pursuant to Article 86 of the EC Treaty (IV/34.621, 35.059/F-3 - Irish Sugar plc)*, vol. 258.
[76] *British Airways plc v Commission of the European Communities - Case C-95/04. Virgin Atlantic Airways Limited v British Airways PLC.*

No caso *AmBev,*[77] em uma decisão unânime do CADE, a AmBev foi condenada por abusar de sua posição dominante. Um dos elementos-chave da decisão foi o alcance anticompetitivo do programa de fidelidade da AmBev, que consistia em oferecer descontos e abatimentos em troca de compromissos de exclusividade de pontos de venda. A AmBev recebeu a maior multa já aplicada em relação a um abuso de posição dominante: 352.693.696,58 reais.

A AmBev alegou que tinha o direito de proteger seus interesses comerciais e que o seu programa de fidelidade era pró-competitivo, porque programas de fidelidade semelhantes foram criados por seus concorrentes após o início da sua conduta.

O CADE citou vários casos da UE, como *Hilti,*[78] *AKZO,*[79] *Michelin II*[80] e *Van den Berg Foods*[81] para apoiar os seus argumentos de modo a rejeitar as alegações da AmBev e também destacou os três pontos seguintes: (1) embora as empresas dominantes tenham o direito de proteger seus interesses comerciais, descontos e abatimentos devem ser justificados em termos de eficiência econômica que são consistentes com os interesses dos consumidores, o que segue o entendimento da União Européia em *Irish Sugar* (2) sistemas de descontos de fidelização devem resultar em ganhos de eficiência justificados por economias de escala; e (3) a estratégia de desconto não deve criar incertezas em relação ao preço final do produto ou serviço, nem pode resultar na dependência do revendedor ou comprador. Esses últimos dois pontos seguem a jurisprudência da UE na decisão *Michelin II.*

De acordo com esse entendimento, descontos e abatimentos podem ser justificados no Brasil se eles beneficiam os consumidores, resultam em ganhos de eficiência econômica e não são discricionários.

O Conselheiro Furlan reconheceu que seu julgamento foi inspirado pela jurisprudência da UE, segundo a qual descontos acima do custo podem ser ilegais se produzem o

---

[77] *Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes SA v Companhia de Bebidas das Américas - Ambev - 08012.003805/2004-10.*
[78] Ver *88/138/EEC: Commission Decision of 22 December 1987 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty (IV/30.787 and 31.488 - Eurofix-Bauco v Hilti)*, vol. 065.
[79] *AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities - Case C-62/86*,
[80] *Manufacture française des pneumatiques Michelin v Commission*, vol. 2003 e *Van den Bergh Foods Ltd v Commission of the European Communities - Case T-65/98.*
[81] *Van den Bergh Foods Ltd v Commission of the European Communities - Case T-65/98.*

fechamento do mercado através de fidelidade ao produto. Os documentos encontrados na inspeção daas dependências da AmBev forneceram evidências não só da existência da conduta, mas também de que ela era destinada a excluir concorrentes e aumentar barreiras à entrada.

Nos termos da decisão *AmBev*, se o preço efetivo dos descontos é definido abaixo do custo total médio, seria considerado difícil, senão impossível, para empresas eficientes competirem com a empresa dominante. Além disso, o Conselheiro Furlan afirmou que a AmBev ainda poderia ter excluído ou limitado a concorrência se o preço efetivo cobrado estivesse acima do custo total médio porque os concorrentes não só teriam que oferecer descontos superiores, mas também teriam que compensar os pontos de venda pelas perdas sofridas por deixarem o programa de fidelidade.

O fato de que concorrentes igualmente eficientes teriam que oferecer seus produtos abaixo de um valor viável de custos da AmBev foi um dos principais fatores para a proibição da conduta. Esta é uma abordagem similar àquela realizada pela Comissão Européia no caso da *Intel*,[82] que também foi mencionado na decisão da AmBev. A Intel foi responsabilizada devido aos descontos concedidos a fabricantes de computadores e à Media Market, uma das maiores lojas de informática da UE. Apesar de os preços mais baixos gerados pelos descontos terem beneficiado os consumidores, a prática prejudicou a principal concorrente da Intel, ou seja, a Advanced Micro Devices, assim como os consumidores, por causa da redução da possibilidade de escolha. No caso *Intel,* a Comissão concluiu que, se para compensar um Fabricantes de Equipamentos Originais pela perda do desconto da Intel, um concorrente tão eficiente tivesse que oferecer seus produtos abaixo uma medida viável dos custo da Intel, então isso significaria que o desconto seria capaz de excluir um concorrente igualmente eficiente.

Com relação à jurisprudência antitruste americana e a sua relevância para o caso *AmBev*, o Conselheiro Furlan, relator da decisão *AmBev,* afirmou que os EUA tem gradualmente demonstrado uma maior preocupação com descontos e abatimentos. Essas declarações sugerem que o entendimento jurisprudencial da UE sobre os descontos e

[82] European Commission, *Case COMP/C-3/37.990 - Intel*, vol. 227.

abatimentos foi considerado mais adequado para o contexto brasileiro do que o entendimento dos EUA.

O entendimento do CADE em relação a casos de descontos e abatimentos contrasta com a análise de preços predatórios. Quando o CADE analisa preços predatórios os preços são considerados predatórios apenas quando eles estão abaixo do custo variável médio e existe prova da possibilidade de recuperação das perdas. Isto sugere uma discrepância no tratamento dado a essas condutas, sendo que ambas as condutas constituem ofensas de abuso de posicao dominante e são reguladas pelo mesmo artigo da Lei 8.884/94.

Então, como pôde-se ver, a jurisprudência brasileira sobre preços predatórios tende a seguir a jurisprudência americana, inclusive exigindo prova de uma provável recuperação das perdas decorrentes da conduta. Já em relação à prática de descontos e abatimentos, a jurisprudência brasileira tende a seguir a jurisprudência da União Européia. É possível ver, então, que a jurisprudência brasileira, pelo menos a respeito das condutas tratadas nesta apresentação, tem sofrido influência de ambos os lados do Atlântico. Portanto é preciso que mais estudos sejam feitos a respeito da influência desses modelos de regulação do mercado sobre a nossa jurisprudência para que se possa não só compreender melhor como a lei da concorrência é aplicada no Brasil, mas também para procurar entender qual a direção que a política antitruste brasileira tomará nos próximos anos.

A (DES)NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS NO BRASIL: ENFOQUE JURISPRUDENCIAL

Marcelo Markus Teixeira[83]

INTRODUÇÃO

O reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras sem motivação sempre foi um tema polêmico e controvertido no Brasil, sobretudo na doutrina brasileira. Este pequeno artigo tem como escopo avaliar a posição jurisprudencial brasileira antes e depois da entrada em vigor da nossa lei de arbitragem (Lei n° 9.307/96) e assim descobrir como os nossos tribunais de homologação[84] – primeiro o Supremo Tribunal Federal e posteriormente o Superior Tribunal de Justiça – trataram esse tema na prática.

1. A PRÁTICA DO RECONHECIMENTO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS ANTES DA LEI 9.307/96

Antes da entrada em vigor da Lei 9.307/96 existiram três importantes casos, em que o Supremo Tribunal Federal discutiu essa temática. Essa três decisões são oriundas da Bélgica, França e Grã-Bretanha.

A primeira decisão a ser analisada é a sentença estrangeira n° 2912[85], da Bélgica. Essa sentença transitou em julgado em 02.02.1983. A requerente era uma empresa suíça e a requerida uma empresa brasileira de importação/exportação. Objeto da demanda foi um contrato de compra e venda de café entre as duas empresas.

Do referido contrato surgiu uma lide que foi decidida pela Câmara Arbitral para o Café, de Antuérpia, na Bélgica. Posteriormente a sentença arbitral foi homologada pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Antuérpia.

---

[83] Doutor em Direito Internacional Privado pela Uiversität zu Köln, Alemanha.
[84] As palavras homologação e reconhecimento vêm tratadas neste artigo como sinônimas.
[85] Sentença estrangeira n° 2912, Relator: Ministro Néri da Silveira. Acesso eletrônico: http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP=AC&docID=265626, Acesso em 12.12.2010.

Já no processo de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira no Brasil, no Supremo Tribunal Federal, a requerida baseou sua defesa parcialmente na, segundo ela, ausência de motivação da sentença arbitral belga. Ela afirmou que segundo o Art. 458, II do Código de Processo Civil brasileiro, a sentença arbitral não possuiria o padrão mínimo de motivação. A requerida questionou ainda, sob qual diploma internacional a decisão belga teria se baseado. O Supremo Tribunal Federal decidiu então esse processo de homologação, embora sempre será lembrado que, antes da entrada em vigor da Lei 9.307/96 o objeto da homologação era a sentença estatal que reconhecia a sentença arbitral no país de origem, ou seja, nunca a própria sentença arbitral.

Na decisão afirmou o Ministro Néri da Silveira (Relator), que o direito brasileiro não tolera uma decisão desmotivada, embora no presente caso, tal afirmativa não tenha se configurado. Assim sendo, afirmou o Relator que a presente decisão comportaria todos os pré-requisitos de uma sentença brasileira. A alegação da requerida, no qual a motivação da sentença seria muito curta, não foi acatada. Pois segundo o Relator, apesar da curta motivação da sentença, ela comportaria todos os pressupostos de uma sentença sob o prisma do direito brasileiro (relatório, fundamentação e dispositivo).

O segundo caso a ser analisado é oriundo da França. O processo de reconhecimento traz o número 3977[86] e teve como Relator o Ministro Francisco Rezek. A presente decisão transitou em julgado no Brasil em 26.08.1988. As partes do presente processo de reconhecimento foram uma empresa brasileira de importação/exportação e uma empresa síria. A lide foi desencadeada em razão de uma pretensa dívida oriunda de uma quebra de contrato pela empresa brasileira. O ponto central da análise deste caso pelo Supremo Tribunal Federal não foi, desta vez, a motivação da sentença estatal, mas sim a motivação da sentença arbitral. Tanto a sentença estatal, que reconheceu a sentença arbitral, quanto à própria sentença arbitral tinham desta vez também somente uma pequena motivação. O conteúdo da sentença arbitral não tinha mais do que seis linhas. Em razão disso o Relator baseou sua decisão no Art. 458, II do Código de Processo Civil brasileiro. O principal argumento acatado pelo STF foi o fato de que a possibilidade de defesa da requerida brasileira foi muito prejudicada, pois ela não teria

[86] Sentença Estrangeira n° 3977, Relator: Ministro Francisco Rezek. Acesso eletrônico: http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=265664. Acesso em 12.12.2010.

como defender-se sem uma detalhada análise da sentença. Em razão disso o reconhecimento da sentença arbitral francesa foi denegado pelo STF por unanimidade.

O terceiro caso a ser analisado é a sentença estrangeira contestada oriunda da Grã-Bretanha, que tem como identificação o n° 38978. Como requerente aparece uma empresa argentina e como requerida uma cooperativa brasileira. A lide foi primeiramente decidida pelo tribunal arbitral da FOSFA (*Federation of Oils, Seeds und Fats Association Ltd*). Posteriormente foi esta sentença arbitral homologada pela "*High Court of Justice – Queen´s Bench Division – Commercial Court"* em Londres.

Na decisão de reconhecimento foi apenas mencionado que a lide baseou-se numa quebra de contrato da empresa brasileira. Entre os temas que foram debatidos em sede de reconhecimento, além de uma falta de motivação da sentença, estão à dupla-homologação ou duplo-exequatur e a obrigatoriedade da sentença. A sentença arbitral britânica possuía apenas duas páginas, na qual apresentava apenas um curto relatório do caso e a decisão, sem, no entanto, apresentar uma detalhada fundamentação. O aspecto essencial do caso repousava no fato de que essa decisão preenchia todos os pressupostos do Regimento interno do STF e do Código de Processo Civil brasileiro. Além disso, deve-se atentar sempre para o fato de que os processos de homologação de sentenças estrangeiras no Brasil orientam-se há muito tempo pelo sistema de delibação, no qual o princípio da proibição da *Révision au fond* é garantido. Segundo o referido princípio é proibido o exame da sentença estrangeira (seja estatal, seja arbitral) fora dos limites do exame de um possível atentado à ordem pública.

Por conseguinte a sentença estrangeira contestada n° 38978, oriunda da Grã-Bretanha foi reconhecida por unanimidade.

Em razão do sistema de delibação, que prevê somente um exame muito restrito da sentença estrangeira pelos tribunais brasileiros de homologação, existe para o juiz de homologação no Brasil a grande dificuldade para se determinar quais os critérios mínimos formais e materiais que a sentença estrangeira deva possuir para que venha a ser homologada. Com segurança pode-se apenas afirmar que o critério varia de caso para caso. As regras que disciplinam a necessidade de motivação das sentenças no Brasil encontram o seu limite no Art. 93, IX da Constituição brasileira. De acordo com

o referido artigo constitucional todas as decisões do poder judiciário brasileiro devem ser públicas e motivadas.[87] A doutrina especializada no Brasil desenvolveu acerca do tema duas posições. De acordo com a primeira posição essa exigência prevaleceria apenas para decisões emanadas no Brasil. Consequentemente estariam todas as decisões estrangeiras obrigadas somente às exigências da sua Lex fori, onde não importaria ser essa decisão arbitral ou estatal.[88]

Já a segunda posição basear-se-ia no argumento de que toda a ausência de motivação caracterizaria uma violação à ordem pública brasileira. Essa interpretação teria como fundamento o Art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro.[89]

Antes da entrada em vigor da lei brasileira de arbitragem, em 1996, prevaleceu no STF a posição de que uma decisão estrangeira completamente desmotivada não poderia ser aceita de forma nenhuma. Um exemplo se deu com o voto do Ministro Francisco Rezek na sentença estrangeira n° 3977, proveniente da França, no qual foi por ele afirmado que o reconhecimento de uma sentença estrangeira desmotivada seria insuportável. Também em outras decisões fora do campo da arbitragem comercial foram sentenças estrangeiras denegadas sob o argumento de uma violação à ordem pública brasileira.[90]

O dispositivo da Constituição Federal de 1988, que exigiria a fundamentação das decisões não foi previsto na antiga Constituição brasileira de 1969. A posição para o reconhecimento de decisões estrangeiras sem motivação foi defendida pelo eminente jurista brasileiro Jacob Dolinger em sua obra sobre a ordem pública no Direito internacional privado.[91] Pela posição do professor seria a motivação da decisão somente uma questão de ordem pública interna e, assim, completamente fora do domínio da ordem pública internacional. A necessidade de motivação das sentenças é garantida, como dito anteriormente, no Art. 93, IX da Constituição brasileira. Entretanto, essa garantia é estendida expressamente apenas às sentenças estatais. A pergunta que surge é: Essa garantia constitucional abrangeria também as sentenças arbitrais estrangeiras?

---

[87] DOLINGER/TIBURCIO, Jacob/Carmen. **Direito Internacional Privado-Arbitragem Comercial Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 296
[88] DOLINGER/TIBURCIO, Jacob/Carmen. p. 296.
[89] DOLINGER/TIBURCIO, Jacob/Carmen. p. 296.
[90] Sentença estrangeira n° 2521, Relator: Ministro Antonio Neder, 12.08.1980, RTJ 95/34.
[91] DOLINGER, Jacob. **A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado**. Essa tese foi publicada em 1979.

A exigência de motivação das sentenças, depois da entrada em vigor da Constituição brasileira em 1988, foi interpretada por uma parte da doutrina brasileira de uma maneira bem diferente. A posição, então, seria de que qualquer incompatibilidade com as regras constitucionais brasileiras viria a caracterizar uma ofensa à ordem pública brasileira.[92] De acordo com essa posição todas as sentenças estrangeiras desmotivadas teriam como fim a denegação de sua homologação no Brasil.

Outro motivo para a necessidade de motivação nas sentenças estrangeiras seria também o fato, de que a Justiça Federal brasileira, que possui a competência no Brasil para a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, também possui um procedimento contencioso, no qual a parte contrária à execução necessitaria da decisão motivada para basear a oposição.[93] Um interessante exemplo seria um hipotético caso de prescrição: Sem a presença de uma motivação na sentença, seria muito difícil para a parte requerida, conhecer a natureza da condenação e, com isso saber, qual o prazo prescricional seria o adequado, sobretudo em razão dos inúmeros prazos prescricionais que existem no Brasil.[94]

O processo de homologação no Brasil tem como escopo principal a "nacionalização" da decisão estrangeira. Se existe internamente a exigência de motivação das decisões – e essa garantia está, além disso, expressa na Constituição brasileira – nos parece razoável que essa garantia seja estendida às sentenças estrangeiras. A Lei brasileira de arbitragem também prevê no seu Art. 26 a motivação da sentença arbitral nacional como *conditio sine qua non* para a eficácia da sentença arbitral nacional.

Outrossim, o exame de uma possível ofensa à ordem pública – que deve ser verificada de ofício pelo magistrado em fase de reconhecimento – que é obrigatória nos dois principais diplomas em sede reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil (Convenção de Nova Iorque de 1958 e a Lei brasileira de arbitragem de 1996), estaria na prática muito prejudicada.

---

[92] Sobretudo Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso. Vide DOLINGER/TIBURCIO, Jacob/Carmen. p. 298 e BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 48.
[93] DOLINGER/TIBURCIO, Jacob/Carmen. p. 298.
[94] DOLINGER/TIBURCIO, Jacob/Carmen. p. 298.

2. A PRÁTICA DO RECONHECIMENTO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS DEPOIS DA LEI 9.307/96

Depois da entrada em vigor da lei brasileira de arbitragem em 1996, existem dois processos de reconhecimento em que a motivação da sentença estrangeira foi tema de discussão. Primeiramente será analisada uma sentença da Grã-Bretanha e posteriormente uma sentença proveniente dos Estados Unidos.

A sentença proveniente da Grã-Bretanha foi caracterizada no STF como a sentença estrangeira contestada n° 6.885.[95] As partes do referido processo de reconhecimento eram uma empresa russa como requerente e uma empresa brasileira como requerida. O objeto da lide era um contrato de transporte marítimo entre o Brasil e a Europa. A lide foi decidida por um tribunal arbitral britânico. A empresa brasileira foi condenada em US$ 124.812, 18, mais adicionais como juros de mora e custas processuais.

A requerente alegou no processo de reconhecimento, entre outras coisas, que a sentença arbitral não possuiria a necessária motivação. Segundo a requerida, a sentença arbitral apresentava no relatório apenas uma menção ao contrato e a escolha do tribunal arbitral britânico, afirmava também a presença dos respectivos advogados das partes e a observação, de que alguns documentos foram apresentados pelas partes. Posteriormente vinha já a decisão, onde os árbitros afirmavam que as alegações trazidas pela parte russa eram procedentes, mas não na sua totalidade, o que acabou por condenar a parte brasileira em US$ 124.812, 18. Na verdade, apresentava essa sentença arbitral uma curta descrição dos fatos e imediatamente após, a condenação. Com a entrada em vigor da nossa lei brasileira de arbitragem em 1996 foi equiparada a sentença arbitral a uma sentença estatal. Com isso, é defendida aqui a posição de que tanto a sentença arbitral estrangeira quanto a nacional deve ser motivada, em consonância com o Art. 93, IX da Constituição brasileira de 1988. Até por isso exige a lei brasileira de arbitragem que a sentença arbitral deverá ser apresentada como documento escrito (Art. 24 da Lei 9.307/96). Dessa maneira, somente a sentença motivada pode ser objeto de uma análise

[95] Sentença Estrangeira Contestada n° 6.885, Relator: Ministro Ilmar Galvão. Acesso eletrônico: http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=265797, Acesso em 12.12.2010.

pelo tribunal de reconhecimento.[96] Outro ponto importante seria a obrigação dos árbitros em mencionar se a sentença foi decidida por equidade.

Com a análise das sentenças arbitrais até o momento foi averiguado que, tanto antes quanto depois da entrada em vigor da Lei brasileira de arbitragem, o STF manteve uma mesma posição: Sentenças estrangeiras – arbitrais ou estatais, não importa – sem motivação não tiveram nenhuma chance de homologação pelo STF.[97]

O segundo caso é proveniente dos Estados Unidos e foi caracterizado como sentença estrangeira contestada n° 760.[98] As partes do processo de reconhecimento eram uma empresa estadunidense como requerente e uma empresa brasileira como requerida. O objeto da arbitragem era um contrato de compra e venda de substâncias químicas. A sentença arbitral foi decidida na *American Arbitration Association* (AAA).

A parte brasileira foi condenada em US$ 60.010,87, mais juros anuais de 9% ao ano no valor da condenação. Em sede de reconhecimento no Brasil a parte brasileira alegou, entre outras coisas, que a sentença arbitral estadunidense não apresentava a devida motivação e, em razão disso, não poderia ser homologada. A pretensa denegação só poderia ocorrer então se fosse caracterizada uma ofensa à ordem pública brasileira. No seu voto o Relator afirmou que, de acordo com o Art. 26, I, II da Lei brasileira de arbitragem, o relatório e a fundamentação seriam requisitos indispensáveis da sentença arbitral, embora tal regra seja direcionada para as arbitragens internas e não para sentenças arbitrais estrangeiras que, em capítulo à parte (Art. 34 a 40) não expressa essa exigência. Como casos precedentes têm novamente a afirmação do antigo Ministro Francisco Rezek, que confirma que uma sentença estrangeira que meramente condena uma parte sem nenhuma posterior fundamentação/motivação por parte do árbitro não pode ser homologada.[99]

---

[96] BULHÕES/JACCOUD, A Nabor A., D´Allembert J. **Contestação de Pedido de Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira – Comentários à SEC n° 6885**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 329.

[97] [97] BULHÕES/JACCOUD, A Nabor A., D´Allembert J. **Contestação de Pedido de Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira – Comentários à SEC n° 6885**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 331.

[98] Sentença Estrangeira Contestada n° 760, Relator: Ministro Félix Fischer. Acesso eletrônico: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=633593&sReg=200501239482&sData=20060828&formato=HTML. Acesso em 12.12.2010

[99] Trecho do Voto do Ministro Francisco Rezek na SEC n° 3.977 no Supremo Tribunal Federal.

Novamente então decidiu o Relator, que mesmo a sentença arbitral tendo uma curta fundamentação, isso bastaria para ensejar a homologação. Na tradução oficial feita para a língua portuguesa a decisão contava com não mais do que dez linhas, o que bastou para ensejar o reconhecimento. Em outras palavras, a fundamentação mostrou-se nesse caso razoável, segundo o Relator, preenchendo os requisitos mínimos de aceitação. Posteriormente foi a decisão estrangeira reconhecida por unanimidade.

Entretanto existem alguns pontos controversos na referida decisão. Primeiramente, a decisão homologatória não foi totalmente fundamentada da maneira correta. O Relator baseou a sua análise nos Art. 38 e 39 da lei brasileira de arbitragem, que são as causas de denegação de uma sentença arbitral estrangeira. Entretanto, segundo o Art. 34 da lei brasileira de arbitragem, tratados internacionais ratificados pelo Brasil têm primazia sobre a lei brasileira de arbitragem no tocante ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. A presente decisão tem como data 04.05.2005 e a Convenção de Nova Iorque, desde 2002 entraram em vigor no Brasil. Tais erros de interpretação não são toleráveis, mesmo que o resultado prático não mude. Como foi averiguado, pode-se afirmar que a jurisprudência brasileira, tanto do STF quanto do STJ, conservou uma mesma posição através dos tempos em relação a decisões estrangeiras desmotivadas.

Assim, foram desenvolvidas pela doutrina duas diferentes posições com relação a esse tema. De acordo com a primeira posição seria necessária a motivação da sentença somente para as decisões arbitrais nacionais. Já a segunda posição afirma como anteriormente mencionada, que uma sentença arbitral desmotivada sempre caracterizaria uma ofensa à ordem pública brasileira, sobretudo, porque a Constituição brasileira garante este princípio de forma expressa. Consequentemente, para os defensores da segunda posição, toda dissonância de uma sentença estrangeira com as regras constitucionais brasileiras seriam uma ofensa à ordem pública.

CONCLUSÕES

No presente trabalho foi então averiguado que a linha jurisprudencial dos nossos dois tribunais de homologação seguiu e segue uma mesma linha., ou seja, uma decisão estrangeira desmotivada tem, até então, nenhuma chance de ser reconhecida.

Importante reconhecer que a caracterização de uma ofensa à ordem pública brasileira, nos casos aqui analisados, foi feito dentro de uma linha correta. O que não poderia acontecer é a prática reiterada de nossos tribunais de homologação em fundamentar todas as denegações de reconhecimento de sentenças estrangeiras como uma ofensa à ordem pública. O problema é que o princípio da ordem pública dentro do Direito internacional privado é um princípio de exceção, que deve ser usado muito esporadicamente. Mas, esse é outro tema que esta curta análise não comportaria.

Outro importante aspecto reside no princípio da autonomia da vontade, que tem uma importância enorme dentro da arbitragem comercial. Assim, se as partes prevêem expressamente na convenção de arbitragem, que o(s) árbitro(s) pode(m) decidir uma lide de maneira desmotivada, caracterizaria isso uma ofensa à ordem pública? A nosso ver não, pois a principal característica da arbitragem é a liberdade das partes em determinar as regras do "jogo'. Igualmente, o país de reconhecimento não teria poder para isso em razão do princípio de proibição da *Révision au fond*. Então, restariam para uma possível denegação somente as causas expressas na Convenção de Nova Iorque e na lei de arbitragem brasileira.

Alguns autores afirmam[100] que a exigência dos tribunais brasileiros de reconhecimento seria muito rígida, pois a necessidade de fundamentação das sentenças previstas na Constituição brasileira teria como endereço somente os juízes brasileiros de tribunais estatais. Ou seja, para casos internos. Assim, segundo essa linha de pensamento, essa garantia não poderia ser exigida aos tribunais internacionais quando essa exigência não existisse lá fora.

Enquanto é claro, que todas as decisões brasileiras devem ser motivadas, isso não é tão pacífico no que se diz respeito às decisões estrangeiras. Sobretudo os países da Europa continental exigem a garantia das sentenças motivadas. O mesmo não se passa com os países da *Common Law*. Outros países que também aceitam decisões sem motivação são

[100] DOLINGER, Jacob. **Brazilian Confirmation of Foreign Judgements**. The International Lawyer. 1985. p.853 s. e FERNANDES, Micaela Barros Barcelos . **Laudos Arbitrais Estrangeiros – Reconhecimento e Execução**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 230 e s.

os países escandinavos e a Áustria. Também em outros países essa prática é aceita parcialmente.[101]

Como antes já mencionado, seria completamente aceitável o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras desmotivadas, quando isso fosse expressamente acordado pelas partes. Outro argumento para esta posição seria o fato de que a emanação de uma sentença seria um ato processual e consequentemente sua validade deveria ser avaliada através da sua *Lex fori*.

Como consequência prática deveriam todos os árbitros que decidem processos que guardam alguma conexão com o Brasil sempre atentar para o fato de que, até agora, uma sentença arbitral estrangeira desmotivada conduz sempre a uma ofensa à ordem pública brasileira.

Um motivo para esta posição do STF e do STJ reside no fato de que o Código Bustamante[102] ainda continua em vigor no Brasil. E é ele que determina que nos casos de homologação de sentença estrangeira que toda desconformidade com regras constitucionais caracterizariam uma ofensa à ordem pública do país de reconhecimento.[103] A questão da sentença arbitral estrangeira desmotivada deve ser vista, entretanto, de uma maneira diferente. O argumento, no qual a Constituição brasileira garante a defesa do Brasil contra a incompatibilidade de sentenças arbitrais estrangeiras num processo de reconhecimento, é correta. Entretanto a arbitragem caracteriza-se como um método alternativo de solução de controvérsias privadas. Isso significa que ela está precipuamente ligada a interesses privados. Os árbitros possuem também somente caráter privado. Se as partes celebram uma convenção de arbitragem com previsão de uma sentença arbitral desmotivada, surge a pergunta: Deveria o país do reconhecimento, denegar a homologação de uma sentença arbitral estrangeira, que diz respeito somente a interesses privados? Na realidade o nosso tribunal de reconhecimento não deveria ter uma posição tão rígida.

---

[101] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. São Paulo: Atlas. 2007. p. 379 e s.
[102] Art. 4° do Código Bustamante.
[103] DOLINGER/TIBURCIO, Jacob/Carmen. **Direito Internacional Privado-Arbitragem Comercial Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 298.

É certo que o Brasil, em razão do sistema de delibação e do princípio de proibição da *Révision au fond* , é vedado ao nosso magistrado analisar a sentença estrangeira em pormenores. Entretanto ele deve sempre agir de ofício no que diz respeito à análise de uma possível ofensa à ordem pública brasileira. Assim, é defendida nesta curta análise a posição de que seria impossível a obrigatória análise de ofensa à ordem pública numa sentença arbitral desmotivada. Como antes dito, existiria uma única exceção, a saber, a hipótese em que as partes expressamente prevêem a possibilidade de uma sentença arbitral desmotivada. Sobretudo teria essa prática íntima ligação com o princípio da autonomia das partes, pois as partes possuem grande liberdade na composição de uma arbitragem.

Contudo permanece a mesma posição no STF antes e agora no STJ, de que uma sentença arbitral desmotivada não tem chances de ser homologada no Brasil. Outro fato interessante é que sentenças arbitrais estrangeiras com fundamentação muito curta foram reconhecidas sem demais problemas, só as desmotivadas não. Portanto devem os árbitros estrangeiros sempre dedicar especial atenção à jurisprudência brasileira, para evitar eventuais problemas num possível futuro processo de reconhecimento no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BULHÕES/JACCOUD, A Nabor A., D´Allembert J. **Contestação de Pedido de Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira – Comentários à SEC n° 6885**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. São Paulo: Atlas. 2007.

DOLINGER, Jacob. A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado. 1979. Tese de Habilitação.

DOLINGER, Jacob. **Brazilian Confirmation of Foreign Judgements**. The International Lawyer. 1985.

DOLINGER/TIBURCIO, Jacob/Carmen. **Direito Internacional Privado-Arbitragem Comercial Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos . **Laudos Arbitrais Estrangeiros – Reconhecimento e Execução**. Curitiba: Juruá, 2008.

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Patricia Grazziotin Noschang[104]

RESUMO

O princípio da precaução tem importância fundamental para o desenvolvimento sustentável. Esse princípio começou a fazer parte dos tratados sobre meio ambiente na década de 80, e ingressou nos tratados da União Europeia em 1992 através do Tratado de Maastricht. Desde então também faz parte da política ambiental europeia. O objetivo desse trabalho e fazer uma breve evolução histórica do principio da precaução em âmbito europeu, num primeiro momento. Posteriormente analisar-se-á a aplicação do referido principio pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Palavras-chave: Jurisprudência; Principio da Precaução; União Européia.

ABSTRACT

The precautionary principle is fundamental to sustainable development. This principle has become part of environmental treaties in the 80´s, and entered the European Union in 1992 through the Treaty of Maastricht. Since then it is also part of the European environmental policy. The objective of this work is making a brief historical evolution of the precautionary principle within Europe, at first. Thereafter it will examine the application of that principle by the Court of Justice of the European Union.

Key-words: European Union; Jurisprudence; Precaution Principle.

INTRODUÇÃO

Os princípios são considerados fontes primárias de Direito Internacional, juntamente com os costumes e os tratados. Os princípios de direito ambiental da União Européia possuem uma relação muito próxima aos princípios de direito ambiental internacional. Essa afinidade ocorre segundo alguns doutrinadores, porque o Direito Comunitário Europeu teria sua origem no Direito Internacional Público. No entanto, atualmente o direito europeu já adquiriu sua autonomia.

Desde o primeiro tratado que deu origem à Comunidade Europeia, foram estabelecidos

[104]Mestre em Direito e Relações Internacionais CPGD/UFSC, Especialista em Comércio Exterior e Negócios Internacionais - FGV e Direito Internacional Público, Privado e da Integração - UFRGS. Professora e pesquisadora da Universidade de Passo Fundo- UPF.

princípios a serem seguidos. Os princípios norteadores do Direito Ambiental possuem um papel relevante para a efetivação da política europeia sobre meio ambiente. Como por exemplo, o princípio da precaução, prevenção, poluidor-pagador, integração, cooperação, e ainda o princípio da proteção elevada.

Os princípios de Direito Ambiental expresso nos tratados da União Europeia são, na maioria, originários de tratados internacionais sobre meio ambiente, tais como a Declaração de Estocolmo e a Declaração do Rio. Pode-se dizer que são princípios universais de Direito Ambiental, uma vez que os mesmos estão previstos nos principais tratados sobre meio ambiente e, estão incluídos no ordenamento jurídico interno da maioria dos Estados preocupados em preservar o meio ambiente.

Para Krämer, os princípios presentes nos tratados da União referem-se à política ambiental europeia geral e não individual, pois o Tratado de Amsterdã prevê uma política enquanto Maastricht previa uma ação. Mesmo quando são vistos como linhas que direcionam a política, ainda assim possuem "[...] certo significado jurídico indireto, sendo que identifica um elemento em que a Comunidade deve basear a sua própria política, suas ações e medidas."[105]. Na opinião de Paolo Fois[106], a previsão dos princípios nos tratados constitutivos da União Europeia, representa o respeito aos princípios de direito ambiental internacional, previstos nos tratados sobre a matéria e reconhecidos em escala mundial. A inclusão desses nos tratados constitutivos da União traz segurança jurídica na sua aplicação.

Se a origem vem do direito ambiental internacional, ou da União, pouco interessa no momento. O que realmente importa é o valor de todos os princípios e em especial o da precaução, objeto desse trabalho, bem como a aplicação desse pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

1 O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NA EVOLUÇÃO DA POLÍTICA AMBIENTAL EUROPEIA

[105]KRÄMER, Ludwig. *Manuale di direitto comunitário per l'ambiente.* Milano: Giuffrè, 2002. p.81. *[...] perché individuano un elemnto sul quale la Comunità deve fondare e pianificare la propria politica, le propei azioni e misure."*. (Tradução livre).

[106]FOIS, Paolo. La protezione dell'ambiente nei sistemi internazionale regionali. In: DEL VECCHIO, Angela; DAL RI JUNIOR, Arno. *Il diritto internazionale dell'ambiente dopo il vertice di Johannesburg.* Napoli: Scientifica, 2005. p.356-357.

O princípio da precaução começou a integrar os tratados a partir da década de 80, e tem como objetivo servir como guia na aplicação e desenvolvimento do direito internacional ambiental, em casos que não há certeza científica para limitar a ação do homem contra a natureza.[107] Na Declaração do Rio, o Princípio número 15[108], determina

> De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.[109]

Observa-se que o princípio da precaução deverá ser aplicado sempre de acordo com realidade legislativa e de conhecimento ambiental de cada Estado. Todavia, a omissão do Estado por desconhecimento do risco não o isenta da responsabilidade pelo dano ambiental ocorrido. Uma das formas de constatar o nível de proteção ambiental do Estado pode ser verificando se este assinou ou comprometeu-se em cumprir os princípios contidos na Declaração do Rio. Através desse documento já se pressupõe que existe o dever em contribuir para o desenvolvimento sustentável, bem como respeitar os princípios nele contidos, através da boa-fé e da *pacta sunt servanda.*

Interessante a visão do princípio abordada por Cristiane Derani[110], pois, segundo a autora, é com base no princípio da precaução que "[...] a política ambiental desenvolve-se em normas não rigidamente divididas em uma determinada ordem do direito ambiental. Normas que denotam uma prática sustentável de apropriação de recursos naturais [...]" irão necessariamente integrar o planejamento da política e prática econômica. Sendo assim, "*precaução ambiental é necessariamente modificação do modo de desenvolvimento da atividade econômica.*".

---

[107]SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law.* 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 266.

[108] Ver análise sobre o princípio da precaução na esfera do Direito Ambiental Internacional partindo, também do Princípio 15 da Declaração do Rio em: BIRNIE, Patricia., BOYLE, Alan. *International Law and the Environment.* New York: Oxford University Press, 2009. p.154-164. FERRARA, Rosario. I principi comunitari della tutela dell'ambiente . In: FERRARA, Rosario. *La tutela dell'ambiente.* Torino: G.Giappichelli, 2006. p.19-26.

[109] Declaração do Rio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Org.). *Coletânea de Direito Internacional.* – 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.1115.

[110] DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico.* 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.150. (grifo da autora)

Philippe Sands[111] afirma que, o princípio da precaução além de ser incluído na maioria dos tratados internacionais, também começou a ser previsto nos tratados regionais[112], "[...] um número crescente de outras convenções – ambas regionais e globais – também deram efeito para aproximar a precaução em relação a uma gama de diferentes assuntos." A União Europeia, em 1992, no Tratado de Maastricht incluiu o princípio da precaução alterando o Tratado das Comunidades Europeias. Segundo o autor, a Comissão Europeia publicou o Comunicado 400/2000 estabelecendo orientações para sua aplicação e objetivos para desenvolver uma avaliação da gestão de risco em face da incerteza científica. De acordo com esse comunicado, a Comunidade Europeia reconheceu o princípio da precaução como um dos princípios gerais do direito internacional. No entanto, o autor ressalta que, "[...] não há um entendimento claro e uniforme, entre os Estados e outros membros da comunidade, sobre o significado do princípio da precaução." [113].

O entendimento geral é que o princípio tenta evitar ou proibir utilização de substâncias que possam causar dano ao meio ambiente. Porém, é importante observar que a concepção europeia do princípio da precaução é originária da Convenção de proteção ao meio marinho no Atlântico Norte (OSPAR- *Convention on the protection of the marine environment in the North-East Atlantic*).[114]

O princípio da precaução ingressa no ordenamento jurídico comunitário em 1992, pelo Tratado de Maastricht. Seguiu a tradição do sistema da *civil law* que geralmente aborda o princípio de acordo com a eficiência. Tal sistema, também foi utilizado como fonte de inspiração para chegar ao nível elevado de proteção

---

[111]SANDS, Philippe. *Principles of International Environmental Law.* 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 271. *A growing number of the other conventions – both regional and global – also give effect to a precautionary approach in relation to a range of different subject and matter.*

[112]Sobre o meio ambiente no Mercosul ver: DAL RI JUNIOR, Arno. Commercio e Tutela dell´Ambiente nel Mercosur. In: DEL VECCHIO, Angela; DAL RI JUNIOR, Arno. *Il diritto internazionale dell'ambiente dopo il vertice di Johannesburg.* Napoli: Editoriale Scientifica, 2005. p.255-269.

[113] SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law***.** p.272. *There is no clear and uniform of the meaning of the precautionary principle among states and other members of the international community.* (Tradução livre).

[114] *OSPAR-Convention: (The precautionary principle is a principle) by virtue of which measures are taken when there are reasonable grounds for concern that substances or energy introduced directly or indirectly into the environment may bring about damage to human health, harm living resources,..even where there is no conclusive evidence of a causal relationship between the inputs and effects".* O princípio da precaução é um princípio pelo qual as medidas devem ser tomadas quando existir um grau razoável de que substâncias ou energia empregadas diretamente ou indiretamente no meio ambiente e essas possam trazer danos a saúde humana, dano aos recursos vivos, e ainda quando não há evidência conclusiva sobre a relação entre causa e efeito, entre elas. In: KRÄMER, Ludwig. The Genesis of EC Environmental Principles. *Research Papers in Law.* Brussels: College of Europe, 2003. p. 11. (Tradução livre).

ambiental.[115] Segundo Arne Bleeker[116], o princípio da precaução admite uma série de formas: primeiramente assume o papel de princípio norteador da política europeia ambiental e da legislação atuando principalmente nos Programas de ação da UE em matéria ambiental e, num segundo momento aparece como base jurídica suportando ampla legislação através do art. 192 do Tratado de Lisboa.

Em 2000, a Comissão emitiu o Comunicado sobre o princípio da precaução com o objetivo de: determinar a abordagem da Comissão ao utilizar tal princípio, estabelecer orientações para aplicação do mesmo, construir um entendimento comum de como administrar e comunicar os riscos que a ciência ainda não foi capaz de determinar e evitar que se recorra de forma irregular ao princípio da precaução como forma disfarçada de protecionismo pelos Estados-membros.[117] Hernán Lopez[118], afirma que o Comunicado determinou uma estrutura com foco na análise do risco, e da gestão do mesmo, além de determinar que a União Europeia defina qual é o nível de risco aceito por ela constituindo uma responsabilidade política para os Estados-membros e a UE.

Alexandra Aragão[119] ressalta que o ano 2000 foi marcante para o princípio da precaução na União Européia, pois, além do Comunicado acima referido, o Conselho Europeu aprovou uma Resolução, na qual formulou um convite aos Estados-membros para reforçarem o conhecimento e promoverem o esclarecimento do princípio e o Tribunal de Primeira Instância julgou um processo contra a empresa multinacional farmacêutica *Pfizer* (T-13/99 - acórdão publicado em 2002), analisando o risco de transferência da resistência aos antibióticos dos animais, para o Homem, de acordo com o princípio da precaução. A autora afirma que atualmente, tal princípio está presente em 76 atos jurídicos da União (com referência expressa ao mesmo) e, pelo menos, outros 255 mencionam a precaução ou estratégias precaucionais. "Um numero total de 301 documentos oficiais europeus em vigor, com referência directas à precaução, fazem dele

---

[115] BLEEKER, Arne. Dos the Polluter Pays? The Polluter-Pay Principle in the Case Law of the European Court of Justice. *European Energy and Environmental Law Review.* 2009. p.292.
[116]Ibidem.
[117] UNIÃO EUROPÉIA. *Comissão.* Communication form the Commission on the precautionary principle. COM (2000) 1. JO, 2001. C 232/345.
[118] LOPEZ, Hernán. La regulación del desarrollo sustentabel em el Derecho Intenacional y el Derecho Comparado: El fin del Derecho Ambiental y el nacimiento del Derecho de la sustentabilidad. In: WALSH, Juan Rodrigo (Org.). *Ambiente, Derecho y Sustentabilidad.* Buenos Aires: La Ley, 2000. p. 481.
[119]ARAGÃO, Alexandra. Princípio da Precaução: Manual de Instruções. *RevCEDOUA*. n°.22. Ano XI. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p.10.

um princípio fundamental não apenas do Direito Ambiental, mas de Direito Europeu, em geral. [...]".

2 A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

O princípio da precaução começou a ser referido pelo Tribunal de Justiça europeu[120] em relação à saúde dos consumidores de determinados produtos em que havia incerteza científica sobre a utilização dos mesmos, principalmente os geneticamente modificados (OGMs) [121], o caso *Monsanto*[122] é um exemplo. Num pedido de decisão prejudicial do *Tribunale amministrativo regionale del Lazio,* Itália, com o objetivo de entender a interpretação e a validade dos artigos 3.°, n.° 4, primeiro parágrafo, e 5.°, primeiro parágrafo, do Regulamento (CE) n.° 258/97 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo a novos alimentos e ingredientes alimentares, e sobre a interpretação do artigo 12.° deste regulamento,

> Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, resulta do princípio da precaução que quando subsistam incertezas quanto à existência ou ao alcance de riscos para a saúde das pessoas, podem adoptar-se medidas de protecção sem ter de esperar que a realidade e a gravidade de tais riscos sejam plenamente demonstradas.[123]

---

[120] Sobre a evolução jurisprudencial do princípio da precaução no Tribunal de Justiça europeu, ver: SADELEER, Nicolas de. The precautionary Principle as a Device for the Greater Environmental Protection Lessosns form EC Courts. *Review of European Community International Environmental Law.* v.18, n.1. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2009.p.3-10.

[121] Sobre o tratamento dos OGMs na União Européia, ver: WINTER, Gerd. *Desenvolvimento Sustentável, OGM e Responsabilidade Civil na União Européia.* Campinas/SP: Millenium, 2009. p.26-62.

[122] C-236/01. «Regulamento (CE) n.° 258/97 - Novos alimentos - Colocação no mercado - Avaliação da inocuidade - Procedimento simplificado - Equivalência substancial a alimentos existentes – Alimentos produzidos a partir de linhagens de milho geneticamente modificado - Presença de resíduos de proteínas transgénicas - Medida de um Estado-Membro que limita provisoriamente ou suspende, no seu território, a comercialização ou a utilização de um novo alimento». "Parágrafo 133. No que respeita ao princípio da precaução, importa recordar (v. n.° 110 do presente acórdão) que a cláusula de salvaguarda prevista no artigo 12.° do Regulamento n.° 258/97 constitui uma expressão especial deste princípio e que, assim, este princípio deve, eventualmente, fazer parte integrante do processo de decisão que conduz à adopção de toda e qualquer medida de protecção da saúde humana baseada nos artigos 12.° e 13.° deste regulamento. De resto, o referido princípio deve também ser tido em consideração, eventualmente, no âmbito do procedimento normal, designadamente, a fim de se decidir se, perante as conclusões relativas à avaliação dos riscos, a colocação no mercado pode ser autorizada sem perigo para o consumidor." In:UNIÃO EUROPÉIA. *Tribunal de Justiça.* Caso C- C-236/01.

[123] UNIÃO EUROPÉIA. *Tribunal de Justiça.* C-236/01. Parágrafo 111.

A confusão iniciou porque a *Monsanto* colocou no mercado grãos de milho geneticamente modificados, resistentes a insetos e, com uma tolerância maior a um tipo de herbicida. Ou seja, sem certeza científica de que esses organismos poderiam causar dano ou risco à saúde da população. Nesse ínterim, o Tribunal aplicou o princípio da precaução, até mesmo para garantir um nível de proteção elevado para todos[124].

Em outro caso, os processos C- 14/06[125] e 295/06[126] tratavam sobre a Diretiva 2002/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Janeiro de 2003, relativa à restrição do uso de determinadas substâncias perigosas em equipamentos elétricos e eletrônicos, por esse motivo foram julgados conjuntamente, em grau recursal[127], pelo Tribunal de Justiça. Segundo Nicolas de Sadeleer[128], "nesse julgamento, o princípio da precaução não foi aplicado pelo Tribunal em grau de anulação, mas como um princípio interpretativo suportando uma interpretação rígida sobre as obrigações básicas determinadas pelos legisladores comunitários".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se perceber que o princípio da precaução está contido em diversos documentos que formam a política, não apenas ambiental, da União Europeia. Logicamente, que para haver aplicação efetiva de tal princípio, pelo Tribunal de Justiça da UE o mínimo necessário é o respaldo legal, ou seja, a previsão nos tratados, regulamentos e diretivas do arcabouço jurídico europeu. Somente assim as decisões dos tribunais, incluindo os nacionais, terão segurança jurídica e nesse sentido garantirão a saúde dos consumidores europeus.

---

[124]"Parágrafo 45. O princípio da precaução tem igualmente por objetivo um elevado nível de proteção. Nesse sentido outros casos podem ser citados além da *Monsanto* (parágrafo 128 e 133), *National Farmer's Union* e, C-157/96 (parágrafo 63 e 64). C-06/99 também contra a *Monsanto* «Directiva 90/220/CEE - Biotecnologia - Organismos geneticamente modificados - Decisão 97/98/CE - sementes de milho», nesse caso a empresa foi demandada pelo *Greenpeace*." In: UNIÃO EUROPÉIA. *Tribunal de Justiça.* C-41/02

[125]. «Directiva 2002/95/CE – Equipamentos eléctricos e electrónicos – Limitação da utilização de determinadas substâncias perigosas – DecaBDE – Decisão 2005/717/CE da Comissão – Isenção do decaBDE da proibição de utilização – Recurso de anulação – Competências de execução da Comissão – Violação da disposição de habilitação». UNIÃO EUROPÉIA. *Tribunal de Justiça*.C-14/06.

[126] C 295/06. UNIÃO EUROPÉIA. *Tribunal de Justiça.* 295/06. Ibidem.

[127] Ibidem.

[128] SADELEER, Nicolas de. The precautionary Principle as a Device for the Greater Environmental Protection Lessons from EC Courts. *Review of European Community & International Environmental Law*. v.18, n.1. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2009. p.8 – "*In this judgment, the precautionary principle was not applied by the ECJ as a ground for annulment, but as an interpretative principle supporting a strict interpretation of the basic obligations laid down by the EC law-maker.* (Tradução livre)."

Nesse sentido, os dois casos acima referidos, levaram o Tribunal a uma interpretação abrangente do princípio da precaução. Os juízes consideraram que a União Européia deveria assegurar um elevado nível de proteção à saúde, ao definir e executar de todas as suas políticas e ações, pois a política ambiental européia tem como objetivo atingir o nível de proteção elevado através dos princípios da precaução e da ação preventiva[129]. Alexandra Aragão resume que o princípio da precaução é racional e cientificamente fundado de "responsabilidade para o futuro." [130]

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandra. Princípio da Precaução: Manual de Instruções. *RevCEDOUA*. n°.22. Ano XI. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

BIRNIE, Patricia., BOYLE, Alan. *International Law and the Environment.* New York: Oxford University Press, 2009.

BLEEKER, Arne. Dos the Polluter Pays? The Polluter-Pay Principle in the Case Law of the European Court of Justice. *European Energy and Environmental Law Review.* 2009.

DAL RI JUNIOR, Arno. Commercio e Tutela dell´Ambiente nel Mercosur. In: DEL VECCHIO, Angela; DAL RI JUNIOR, Arno. *Il diritto internazionale dell'ambiente dopo il vertice di Johannesburg.* Napoli: Editoriale Scientifica, 2005. p.255-269.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico.* 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERRARA, Rosario. I principi comunitari della tutela dell'ambiente . In: FERRARA, Rosario. *La tutela dell'ambiente.* Torino: G.Giappichelli, 2006. p.19-26.

FOIS, Paolo. La protezione dell'ambiente nei sistemi internazionale regionali. In: DEL VECCHIO, Angela; DAL RI JUNIOR, Arno. *Il diritto internazionale dell'ambiente dopo il vertice di Johannesburg.* Napoli: Scientifica, 2005. p.356-357.

KRÄMER, Ludwig. *Manuale di direitto comunitário per l'ambiente.* Milano: Giuffrè, 2002.

KRÄMER, Ludwig. The Genesis of EC Environmental Principles. *Research Papers in Law.* Brussels: College of Europe, 2003.

[129] Segundo Leite e Ayala: "[...] a precaução objetiva prevenir já uma suspeita de perigo ou garantir uma suficiente margem de segurança da linha de perigo. Seu trabalho é anterior à manifestação de perigo e, assim, prevê uma política ambiental adequada a este princípio.". LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 52.

[130] ARAGÃO, Alexandra. Princípio da Precaução: Manual de Instruções. *RevCEDOUA*. n°.22. Ano XI. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p.15.t

LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOPEZ, Hernán. La regulación del desarrollo sustentabel em el Derecho Intenacional y el Derecho Comparado: El fin del Derecho Ambiental y el nacimiento del Derecho de la sustentabilidad. In: WALSH, Juan Rodrigo (Org.). *Ambiente, Derecho y Sustentabilidad.* Buenos Aires: La Ley, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Org.). *Coletânea de Direito Internacional.* – 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.1115.

SADELEER, Nicolas de. The precautionary Principle as a Device for the Greater Environmental Protection Lessosns form EC Courts. *Review of European Community International Environmental Law.* v.18, n.1. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2009.p.3-10.

SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law.* 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

UNIÃO EUROPÉIA. *Comissão.* Communication form the Commission on the precautionary principle. COM (2000) 1. JO, 2001. C 232/345.

UNIÃO EUROPÉIA. *Tribunal de Justiça.* C-236/01.

UNIÃO EUROPÉIA. *Tribunal de Justiça.* C-41/02

UNIÃO EUROPÉIA. *Tribunal de Justiça*.C-14/06.

UNIÃO EUROPÉIA. *Tribunal de Justiça.* C-295/06.

WINTER, Gerd. *Desenvolvimento Sustentável, OGM e Responsabilidade Civil na União Européia.* Campinas/SP: Millenium, 2009.

O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE APÓS O TRATADO DE LISBOA: PERSPECTIVAS DE FORTALECIMENTO SUBNACIONAL NA UNIÃO EUROPEIA

Fernanda Vieira Kotzias[131]

RESUMO

O presente artigo visa analisar o princípio da subsidiariedade no contexto da União Européia, bem como a sua importância enquanto bandeira em prol da atuação dos governos subnacionais dentro do processo de integração europeu, a fim de que se possa compreender qual a sua contribuição e de que forma ela é materializada. Para isso, pretende-se visitar as origens da subsidiariedade, no intuito de compreender de que forma esta idéia foi trazida para o quadro normativo do bloco. A partir disso, buscou-se relacionar a questão da descentralização política, a partir do texto deste princípio, com temas atuais e de grande relevância para a União Européia, como a questão do déficit democrática e da governança, bem como, as implicações trazidas com as inovações do Tratado de Lisboa.

Palavras-chave: União Européia, Subsidiariedade, Governos Subnacionais, Tratado de Libsoa.

INTRODUÇÃO

A questão da subsidiariedade é bastante antiga, apesar de ter ganhado uma nova roupagem e importância a partir de sua institucionalização no quadro normativo da União Européia. Sua idéia central é desenvolvida a partir da noção de descentralização política, na qual, caberá aos níveis inferiores as tarefas, na medida em que possam efetivá-las com destreza. Neste sentido, as esferas hierarquicamente superiores terão o papel de auxílio, na proporção e medidas necessárias a cumprir as necessidades da sociedade.

A subsidiariedade ganhou especial atenção nas duas últimas décadas em função do aparecimento de novas doutrinas e teorias que buscavam dar novos rumos à governança européia, trazendo à baila projeto como a governança de múltiplas camadas, dando especial ênfase no papel dos governos subnacionais e nas instituições próximas aos cidadãos, focando em uma descentralização do processo de decisão do bloco.

Etimologicamente, a origem da subsidiariedade derivada do latim *subsidium*, que apresenta dois significados: o primeiro está relacionado à idéia de "ajuda", estímulo

[131] Professora do Curso de Relações Internacionais e Direito da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e da Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Mestre em Direito Internacional pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito (UFSC) e Relações Internacionais (UNISUL). Contato: *fekotzias@hotmail.com*.

ou encorajamento; enquanto o segundo traz a idéia de algo acessório, complementar. Na língua latina, usa-se ainda a expressão *subsidiarius*, nome dado às tropas de apoio que eram enviadas pelas autoridades superiores para reforçar os exércitos locais quando necessário.[132]

Se semanticamente o conceito parece claro, dogmaticamente falando, ou seja, a subsidiariedade enquanto princípio, a questão já não é mais tão precisa, e há muito tempo gera grandes discussões por parte da doutrina no que diz respeito a sua natureza, conteúdo e objetivos.

Sendo assim, para entender a importância e a aplicação deste princípio no ordenamento europeu e, principalmente, como advoga em favor da atuação subnacional, é mister visitar os desdobramentos históricos que o permeiam, bem como trabalhar as motivações do bloco europeu para formalizá-lo em seu arcabouço normativo, como a questão do déficit democrático e da governança européia.

1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA NOÇÃO DE SUBSIDIARIEDADE

Apesar da questão da subsidiariedade ter ganhado especial distinção a partir do Tratado de Maastricht, suas raízes são bastante antigas, fazendo com que haja uma linha histórica a ser percorrida a fim de se entender toda a construção filosófica e dogmática que permeiam esta idéia.

Fala-se em "idéia" pela razão que, em detrimento da demora em se alcançar uma fundamentação dogmática, a subsidiariedade já é percebida enquanto regra da filosofia social há muitos séculos, sendo o seu embrião encontrado nas obras de Aristóteles.

Na visão aristotélica, a sociedade era composta por grupos sociais – tais quais as famílias, as corporações, os vilarejos e as Cidades-Estado –, uma vez que o homem era entendido como uma criatura social e, portanto, dependente da organização social para satisfazer as suas necessidades. Sendo que estes grupos sociais eram hierarquizados e respondiam às necessidades de seus membros na medida em que o grupo menor não era capaz de fazê-lo.[133]

---

[132] PEDESCU, Bianca. The Subsidiarity – A fundamental principle of the European Construcion. *Revista de Stiinte Juridice*, Craiova, n.3-4, 2005. pp.206-210. Disponível em <http://drept.ucv.ro/RSJ/Articole/2005/RSJ34/0301>. Acesso 25 mar. 2011. p.207.
[133] ARISTÓTELES. *Política.* Martin Claret: São Paulo, 2009.

Ainda que Aristóteles só considerasse o nível mais alto, as Cidades-Estado, por serem auto-suficientes, tivessem prioridade sobre os agrupamentos sociais que a compõem, a contribuição deste pensador para a questão da subsidiariedade reside no reconhecimento dos indivíduos e de grupos sociais como elementos constitutivos da sociedade, prevendo a necessidade do diálogo entre os diversos níveis, de modo que houvesse um relacionamento entre as camadas inferiores e superiores em busca da satisfação das necessidades de seu fim máximo, o indivíduo.[134]

Outro estudioso que teve papel decisivo no desenvolvimento e disseminação da idéia de subsidiariedade foi S. Tomás de Aquino, aproximando-a do conceito de justiça social e bem comum, trazendo o conceito para uma matriz cristã.

Desta feita, Tomás de Aquino imprime à sua visão valores espirituais e éticos, que vão fazer parte da constituição deste corpo social, que em sua teoria é denominada *civitas*. Este nível mais alto da sociedade possui diversos pontos em comum com as Cidades-Estado, todavia, Aquino analisa uma sociedade medieval, e para ele, a *civitas* não deve intervir nos níveis inferiores a menos que se faça necessário para garantir a satisfação das necessidades dos indivíduos, imprimindo os primeiros contornos da base que, modernamente, vai formar o princípio da subsidiariedade.[135]

A partir destes ensinamentos, a idéia de subsidiariedade passa a ser invocada por diversos pensadores – ainda que de forma bastante superficial e sem contornos muito definidos -, como Locke, Tocqueville, Stuart Mill, Kant, Von Mohl e Georg Jellinek.[136] No entanto, é só a partir da Doutrina Social da Igreja Católica que se passa a perceber uma construção dogmática sobre a idéia da subsidiariedade.[137]

Com efeito, a doutrina católica imprime a esta idéia delineações mais específicas e atinentes à configuração sócio-política do Estado contemporâneo, sobretudo em fins do século XIX e início do século XX. Reputa-se, como marco inicial da versão moderna da formulação de subsidiariedade, à Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII, publicada

---

[134] MEMIRCI, Bengi. *The Principle of Subsidiarity in the European Union Context*. Dissertação (Mestrado). Middle East Technical University, Turquia, 2003. p.8.
[135] MEMIRCI, Bengi. *The Principle of Subsidiarity in the European Union Context*. Dissertação (Mestrado). Middle East Technical University, Turquia, 2003. p.9.
[136] Ver TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A democracia na América*. 2 ed. São Paulo: Edusp, 1998; MILL, John Stuart. *Princípios de Economia Política*. São Paulo: Nova Cultura, 1996; QUADROS, Fausto. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Européia*. Coimbra: Almedina, 1995.
[137] QUADROS, 1995. p.13.

em 1891, que despertou todo um processo revisional de reestruturação da sociedade da época e pôs a Igreja Católica Romana no movimento pela concreção da justiça social.[138]

No entanto, é na Encíclica de Pio XI, *Quadragesimo Anno*, de 1931, em que este pensamento encontra sua melhor expressão, elevando a noção de subsidiariedade a um "solene princípio da Filosofia Social". Em seu parágrafo 79, lê-se:

> Assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efetuar com a própria iniciativa e trabalho, para o confiar à comunidade, do mesmo modo passar para uma comunidade maior e mais elevada o que comunidades menores e inferiores podem realizar é uma injustiça, um grave dano e perturbação da boa ordem social. O fim natural da sociedade e da sua ação é coadjuvar os seus membros, e não destruí-los nem absorvê-los.

A partir de então, diversos documentos da Igreja passaram a adotar a bandeira da subsidiariedade, aprimorando-a e ampliando o seu alcance para além da questão econômica, a exemplo da Encíclica *Pacem in Terris* do Papa João XXIII, de 1963.

Não obstante a idéia de subsidiariedade estampar diversos documentos católicos e sua idéia ter sido largarmente difundida, é curioso observar que até então não se utiliza formalmente a sua denominação atual, fato que só ocorrerá sessenta anos mais tarde, pelas mãos do Papa João Paulo II na Encíclica *Centesimus Annus*, no parágrafo 48[139].[140]

Por influência das publicações católicas sobre os pensadores da época, o princípio foi sendo adotado por doutrinadores do Direito Público, como Robert Von Mohl e Georg Jellinek, sendo laicizado e ampliado com o passar do tempo.[141]

Sobre a sua importância, Fausto de Quadros ensina que:

> (...) Parece não ser possível negar-se, atendendo às próprias raízes do seu conceito na História, que o princípio da subsidiariedade vem a levar a cabo uma repartição de atribuições entre a comunidade maior e a comunidade menor, em termos tais que o principal elemento componente do seu conceito consiste na descentralização (...). Assim entendido, o princípio da subsidiariedade é, desde logo, um princípio fundamental da Ordem Jurídica do moderno Estado Social de Direito, na medida em

---

[138] ALMEIDA JUNIOR, Vitor; CAMPELLO, Lívia. O Princípio da Subsidiariedade e a efetividade jurídica das normas ambientais: Repercussões e convergências no Estado Brasileiro. XVII Congresso Nacional CONPEDI: Salvador, 2008. p. 667.

[139] "(...) também neste âmbito, se deve respeitar *o princípio de subsidiariedade:* uma sociedade de ordem superior não deve interferir na vida interna de uma sociedade de ordem inferior, privando-a das suas competências, mas deve antes apoiá-la em caso de necessidade e ajudá-la a coordenar a sua ação com a das outras componentes sociais, tendo em vista o bem comum." VATICANO. *Encíclica Centesimus annus.* 1991. Disponível em <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus_po.html>. Acesso 25 mar. 2011.

[140] ALMEIDA JUNIOR, CAMPELLO, 2008, p.670.

[141] JELLINEK, Georg. Teoria General Del Estado. Cidade do México: FCE, 2002.

> que conduz à aceitação da prossecução do interesse público pelo indivíduo e por corpos sociais intermédios, situados entre ele e o Estado.[142]

2. A SUBSIDIARIEDADE E O DÉFICIT DEMOCRÁTICO

Dentre os grandes desafios enfrentados hodiernamente pela União Européia no seu intuito de avanço rumo a uma integração cada vez mais completa e abrangente está a questão do déficit democrático, que se caracteriza pela dificuldade de aproximação entre os cidadãos – fim máximo de todo sistema político – e a esfera supranacional.

Tal paradoxo traz grandes incertezas sobre o futuro do bloco e, principalmente, coloca em cheque a legitimidade de todo o sistema comunitário. Entre os motivos que levam os cidadãos e muitos estudiosos a contestarem o sistema político europeu, destaca-se o fato de que o mesmo não é participativo, tendo em vista que não são disponibilizados mecanismos que permitam acesso por parte dos cidadãos ao processo de decisão, sendo o Parlamento o grande representante popular; mas que, por sua vez, não ocupa um papel categórico no processo decisional.[143]

Neste sentido, Follesdal e Hix apontam que a integração européia significou um aumento dos poderes do Executivo em detrimento do controle antes exercido pelos parlamentos nacionais. Diferente do que ocorre na arena doméstica, onde a estrutura representativa de governo é acessível aos cidadãos através do voto, o projeto da União Européia sugere um sistema de formulação de políticas dominado por atores executivos, o que implica em dizer que suas ações fogem ao controle dos parlamentos nacionais, o que pode, por vezes, conduzir a decisões que colidam com as crenças dos parlamentares nacionais.[144]

Arno Dal Ri Jr retrata este quadro quando enfatiza que:

> (...) O grande problema deste contexto reside na impossibilidade de o cidadão europeu influenciar diretamente no processo de decisão da União Européia. (…) Pode-se notar, então, a total ausência de um 'espaço público' europeu[145], fruto de um modo de

---

[142] QUADROS, 1995, p.17-18.

[143] FOLLESDAL, Andreas; HIX, Simon. Why there is a Democratic Deficit in the EU: A response to Majone and Moravcsik. European Governance Papers (EUROGOV). 2005. Disponível em <http://www.connex-network.org/eurogov/pdf/egp-connex-C-05-02.pdf>. Acesso 3 nov. 2010. p.4.

[144] Idem.

[145] A idéia de um "espaço público europeu" ganha relevância a partir dos estudos desenvolvidos por Jürgen Habbermas que, tendo em vista a falta de transparência do processo decisório e a hegemonia exercida pela organização burocrática da União Européia, centralizada em Bruxelas, e a conseqüente eliminação de suas deficiências democráticas, propõe a necessidade de se construir um espaço público político europeu para a discussão e deliberação de temas de relevância comum. Esse espaço público seria o lugar de formação da opinião pública e preencheria uma função ideal: a transformação de problemas

> comunicação efetivo entre os cidadãos e os seus representantes e de um contexto político onde se manifeste um verdadeiro poder de deliberação.[146]

Neste sentido, um terceiro fator que deve ser levado em consideração está relacionado com as eleições para o Parlamento europeu. É certo que há um processo eleitoral com o intuito de legitimar as decisões comunitárias e permitir a participação dos cidadãos através de seus representantes. No entanto, o que se observa é que o índice de abstenção nas últimas eleições tem sido bastante alto, reforçando a questão da falta de participação e comunicação entre a estrutura organizacional européia e seus representados. Neste sentido, Giddens destaca que:

> A União Européia tornou-se cada vez mais importante nas vidas dos cidadãos, ao mesmo tempo em que está perdendo apoio popular. Ela é responsável por 75% da legislação econômica através de seus Estados-membros, e por 50% de toda a legislação interna. No entanto, levantamentos mostram que na maioria dos países-membros há menos entusiasmo pela União Européia do que antes – como duas ou três sociedades fazendo o movimento oposto. As razões normalmente apresentadas são a falta de democracia na União Européia e seu distanciamento das preocupações das pessoas comuns.[147]

Tendo em vista o paradoxo entre o objetivo da União Européia, enquanto uma forma de resolução de grandes problemas do continente europeu e a falta de credibilidade com que este mesmo sistema é visto pelos seus cidadãos, já há algum tempo vem sendo desenvolvidos mecanismos e estratégias que visem construir uma verdadeira ponte entre os cidadãos e as instituições comunitárias.

Entre os esforços, pode-se citar o já trabalhado Comitê das Regiões, mas principalmente, a sua principal bandeira: o princípio da subsidiariedade, tendo em vista que traz consigo a premissa da descentralização ao nível mais próximo dos cidadãos, e com isso, busca uma maior interação com os mesmos, propiciando uma maior satisfação de suas necessidades, ao passo que permite a implementação de decisões mais participativas e transparentes, refletindo no avanço do processo europeu de forma democrática.

---

relevantes comuns em núcleos cristalizadores de discursos, permitindo que os cidadãos se refiram simultaneamente aos mesmos temas relevantes e se posicionem em relação a temas controverso, positiva ou negativamente. Essa tomada de posição pode se cristalizar em discursos influentes e depositar-se, no longo prazo, em enfoques a eleições democráticas. Ver HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.140.

[146] DAL RI JUNIOR, Arno. A Cidadania na União Européia e a livre circulação de pessoas. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de. *Cidadania e Nacionalidade*: *efeitos e perspectivas nacionais, regionais, globais*. Ijuí: Unijuí, 2002. p. 314.

[147] GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre impasse político e o futuro da social-democracia*. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 154.

A este respeito, salienta que:

> O problema do "déficit democrático" foi outra questão importante, que fez o princípio da subsidiariedade um ponto de referência para a Comunidade Européia, esta que foi ganhando mais e mais poderes a cada novo tratado, desde o Ato Único Europeu. Enquanto a Comunidade foi adquirindo novas competências, o processo de integração não foi acompanhado de mecanismos de participação necessários para integrar os povos europeus ao rápido processo de unificação. A expansão das competências da Comunidade causou uma insatisfação pública séria. O povo europeu estava aflito com este sistema em rápida expansão, que interferia altamente em suas práticas quotidianas, sem ter o seu consentimento direto.[148]

O princípio, que ganhou guarida no ordenamento europeu a partir do Tratado de Maastricht, traz em seu bojo a idéia de descentralização, e "(...) recusa, portanto, o monopólio da administração na prossecução do interesse público e leva à concretização do princípio da participação, que consiste numa manifestação da idéia de Democracia" sendo, portanto, a grande aposta dos estudiosos da integração em favor da desconstrução do déficit democrático no sentido de construção de um ambiente europeu mais próximo aos seus cidadãos, e portanto, mais participativo.

Em resumo, a participação popular direta e com voz ativa não é o fim máximo da subsidiariedade, tendo em vista a sua complexidade de execução, entretanto, a partir do momento em que mecanismos como este permitem que a realidade do cidadão seja observada de perto, e que seus representantes eleitos possam interferir neste processo, entende-se que assim forma-se um diálogo, uma observação apurada da realidade e das necessidades destes indivíduos, favorecendo com que as decisões tomadas a partir daí passem a considerar centro e periferia e as necessidades permeadas nestes cenários.

Sendo assim, passa-se a um próximo ponto, propondo a análise do real peso da subsidiariedade no ordenamento europeu e a forma como vem influenciando a execução das políticas e decisões comunitárias através dos diversos tratados e documentos que o perfectibilizam e integram ao ordenamento europeu.

3. O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E O ORDENAMENTO COMUNITÁRIO

---

[148] *"The problem of "democratic deficit" was another important issue that made the subsidiarity principle a point of reference for the European Community which was gaining more and more powers with the each new Treaty since the Single European Act. While the Community was getting on new powers, the integration process was not accompanied by the necessary participation mechanisms that would integrate the European people into this rapid process of unification. The expansion of the competences of the Community caused a serious public dissatisfaction. European people were anxious about this rapidly expanding system, which was highly intervening in their everyday life practices without taking their direct consent."* DEMIRCI, 2003, p.55.

Apesar de ter seu acolhimento normativo apenas em 1992, a idéia da subsidiariedade já é evocada no processo europeu desde a sua formação. Jean Monnet defendia que "a Europa não se fará sem os Estados e muito menos contra os Estados", de forma a imprimir a visão de que a integração não tinha como objetivo a supressão dos Estados e de suas identidades.[149]

Para Fausto de Quadros, a primeira manifestação legislativa em favor da efetivação do princípio da subsidiariedade está na redação do art. 235 do Tratado da Comunidade Econômica Européia[150], que autoriza o Conselho a adotar as disposições adequadas apenas quando "o presente Tratado (não) tenha previsto os poderes de ação necessários", ou seja, sua aplicação é feita de forma subsidiária, sendo, conseqüentemente, uma forma de consagração da idéia de subsidiariedade.[151]

No entanto, a primeira tentativa de formalização do princípio deu-se através do Relatório Tindemans, no projeto do Tratado sobre a União Européia, aprovado pelo Parlamento Europeu em fevereiro de 1984, que em seu preâmbulo já trazia a noção de "confiar a órgãos comuns, de harmonia com o princípio da subsidiariedade, só os poderes necessários ao bom desempenho das tarefas que eles podem realizar de forma mais satisfatória do que os Estados considerados isoladamente".[152]

No entanto, é claro o limite dado à subsidiariedade neste primeiro momento, restringindo-a à relação nacional-supranacional, excluindo da sua abrangência a questão subnacional. Questão que volta a se repetir no art. 25 do Ato Único Europeu.

Apesar da presença sucessiva da questão da subsidiariedade nos acordos da União Européia, a sua consagração dentro do arcabouço normativo comunitário deu-se através do Tratado de Maastricht, em 1992, no segundo parágrafo do inciso 3b do artigo 5º, o qual coloca que:

> Nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas a Comunidade intervém apenas, de acordo com o princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objetivos da ação encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-membro, e possam, pois, devido à dimensão ou aos efeitos da ação prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário.

A partir deste momento, os estudiosos entendem que houve um significante avanço em termos de democratização e segurança jurídica aos níveis inferiores de

---

[149] QUADROS, Fausto de. *Recordando Jean Monnet*. Lisboa: Ed. Autor, 1989. p.14.
[150] Que teve seu texto absorvido pelo art. 95 do Tratado da CECA e pelo art. 203 da CEEA.
[151] QUADROS, 1995, p.25.
[152] QUADROS, 1995, p.27.

governo, ainda sim a discussão permaneceu, tendo em vista que não era unânime o entendimento de qual seria a comunidade "menor" da relação de subsidiariedade.

A este respeito, destaca-se os ensinamentos de Udo Bullmann, ao afirmar que:

> De acordo com o Tratado de Maastricht, este princípio [subsidiariedade] é interpretado como indicando a necessidade de retornar os poderes até o nível nacional, mas não além disso. As autoridades subnacionais, no entanto, são as únicas aptas a fazer pleno uso de suas capacidades de modernização e desenvolvimento se forem providas das competências e recursos adequados.[153]

Se de um lado o Comitê das Regiões (CR) e seus membros procuravam uniformizar o entendimento de que o nível subnacional deveria ser o real receptor da norma, os Estados afirmavam que eles seriam o nível descentralizado, evitando um maior envolvimento de suas unidades no processo de integração.[154]

A esse respeito, é oportuno analisar as hipóteses de aplicação do princípio da subsidiariedade à luz do Tratado da União Européia para que se entenda qual é o nível mais descentralizado. Neste sentido, Fausto de Quadros entende que existem três hipóteses básicas: (a) a preponderância das diretivas sobre as decisões e regulamentos, tendo em vista que preserva a liberdade de escolha de métodos aos Estados; (b) a questão da harmonização sobre a uniformização, desde que aquela se mostre suficiente para o progresso da integração; e (c) o aprofundamento da participação do Comitê das Regiões no processo de decisão, e o incentivo de novas formas de participação das regiões no mesmo.[155]

Sendo assim, a partir desta análise, pode-se entender que, apesar de não estar explicitamente colocado no texto do Tratado, a "comunidade menor" implícita na noção do princípio da subsidiariedade abrange os governos subnacionais, questão que pode ser comprovada com a criação, pelo mesmo Tratado, do CR, que utiliza abertamente esta tese como bandeira.

Para Ana Maria Stuart:

---

[153] *"According to the Maastricht Treaty this principle [subsidiarity] is interpreted as indicating a need to pass powers back to national governments but not further. Sub-national authorities, however, are only able to make full use of their modernization and development capacities if they are supplied with adequate resources and competences."* BULLMANN, Udo. The politics of the Third Level. Regional & Federal Studies, London, v.6, n.2, 1996, pp. 3-19. p.18.

[154] STUART, Ana Maria. Regionalismo e democracia: o surgimento da dimensão subnacional na União Européia. In: VIGEVANI, Tullo; et al. *A dimensão subnacional e as relações internacionais*. São Paulo: Educ, 2004. p.129.

[155] QUADROS, 1995, p.55-56.

> O princípio da subsidiariedade tem como corolário o conceito de autonomia, já que este último aparece como conseqüência inevitável da aplicação do primeiro. Como conclusão, é possível dizer que esse princípio define um ideal que atende aos objetivos de autonomia das coletividades territoriais dentro do Estado, tenham eles estrutura unitária ou federal, como princípio estruturante de um novo modelo de organização do Estado, fundado na possibilidade de colaboração e harmonia das suas múltiplas dimensões. Em relação aos poderes supranacionais, garante a realização da unidade com respeito à diversidade.[156]

No que tange o Tratado de Amsterdã, de 1999, o principal avanço está relacionado com o Protocolo anexo sobre a Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade. Entre as principais vantagens trazidas pelo protocolo, destaca-se a maneira pela qual se estabelece um procedimento para a aplicação do princípio da subsidiariedade, articulando uma série de medidas concretas que as instituições, em especial a Comissão, devem adotar para garantir que os princípios estabelecidos no art. 5 (3b) permeiem a ação comunitária – subsidiariedade e proporcionalidade.

Neste sentido, estabelece também formas de aproximação dos dois princípios, a fim de procurar utilizá-los conjuntamente, como é o caso da idéia de que a "Comunidade deve legislar somente na medida do necessário", que diz respeito à questão da proporcionalidade, mas que conjuntamente dão base para a questão da subsidiariedade.

Além disso, ressalta-se a busca por uma clara demarcação política entre os diferentes níveis de governo, de forma a adotar diretrizes capazes de articular e normatizar o compartilhamento da autoridade e moldar ações adequadas a cada nível. No entanto, o intuito não é a individualização de políticas e a incomunicabilidade de competências, pelo contrário, a partir da delimitação dos diversos níveis de ação, busca-se favorecer a cooperação, de modo que sejam criadas políticas comuns, através de uma autoridade compartilhada – idéia trazida pela questão da solidariedade, expressa no art. 10.[157]

Por último, o protocolo traz três procedimentos que devem ser adotados pela Comissão no sentido de garantir a aplicação da subsidiariedade, a saber: justificativa, consulta e relatórios. Na prática, estas três etapas dizem respeito ao fato de que, para que as políticas européias fossem aprovadas a partir de então, deveriam justificar todos os gastos feitos – comprovando que foram realmente necessários, e desta forma,

---

[156] STUART, 2004. p.132.

[157] BÚRCA, Gráine de. Reappraising Subsidiarity's Significance after Amsterdam. Cambridge: Harvard Law School, 2000. p.25.

justificando que o assunto era de relevância para o bloco e não feria a competência de outra instância inferior -; bem como consultar os outros níveis de governo (nacionais ou subnacionais) de acordo com a relevância ou impacto em sua realidade, e por último, produzir relatórios anuais, submetidos ao Parlamento e Conselho, e encaminhado paralelamente ao Comitê das Regiões e ao Comitê Econômico e Social, que dessem publicidade a estes fatos e que viessem a reforçar o comprometimento com a idéia da subsidiariedade.

Apesar de haver certo sentido na adoção destes critérios, há muitas críticas que permeiam a sua aplicação, com as advindas do próprio parlamento, no sentido em que

> (...) reflete a preocupação de que o princípio da subsidiariedade está sendo diluído e transformado em algo diferente de um critério supostamente objetivo para determinar quando uma ação comunitária sobre uma questão particular é clara e forte, podendo ser aprovada pelo processo legislativo clássico envolvendo todas as instituições.[158]

Com efeito, pode-se concluir que o Tratado de Amsterdã, através do protocolo relativo à subsidiariedade e à proporcionalidade, incorpora uma abordagem mais fluida e pragmática sobre a aplicação destes princípios. O foco passa a ser a possibilidade de compartilhamento de autoridade, entre diferentes níveis políticos, enfatizando a necessidade de análise e justificação antes da tomada de decisão à nível comunitário. É certo que muitas questões ainda ficaram pendentes, como por exemplo, o papel do Tribunal de Justiça Europeu na gestão e imposição do princípio da subsidiariedade, ou mesmo, a questão da relação entre os diversos níveis de governo, mas, de maneira geral, Amsterdã consegue evoluir as bases lançadas em Maastricht, levando à diante a importância da subsidiariedade, e enfatizando a questão da governança de múltiplas camadas no processo de decisão europeu.

Após Amsterdã, vieram o Tratado de Nice, que não trouxe mudanças substanciais à questão aqui pertinente, e as negociações em prol de uma "Constituição" para a União Européia, que, por sua vez, trazia avanços visíveis, tanto no que tange a postura do Tribunal de Justiça, quanto o avanço do Comitê das Regiões, no sentido de utilizar a subsidiariedade como meio de efetivação da governança de múltiplas camadas e legitimação do processo político europeu, mas que infelizmente, não saiu do papel.

---

[158] BÚRCA, 2000, p.35.

4. O TRATADO DE LISBOA E A EFETIVAÇÃO DA SUBSIDIARIEDADE À NÍVEL SUBNACIONAL

Após o Tratado de Nice e o Livro Branco sobre Governança Européia, houve o lançamento da Constituição Européia, assinada em 29 de outubro de 2004. Todavia, a despeito das concretas modificações e avanços que trazia em seu bojo para o processo de integração, a Constituição não conseguiu ser ratificada, muito em função da falta de credibilidade das instituições européias, em especial da Comissão, em melhorar a comunicação com os seus cidadãos. Com efeito, os cidadãos franceses e holandeses foram contrários a ratificação, impedindo que o novo tratado entrasse em vigor.[159]

Em função deste episódio, e do medo de que a União Européia ficasse estagnada, ou até de que se iniciasse um movimento de evasão no bloco, todas as energias foram focadas na construção de um novo Tratado, que deveria manter os avanços propostos pela Constituição, mas que fosse simpático aos cidadãos europeus – fato conseguido não somente através de uma nova redação, mas também de um marketing intenso, a fim de tornar acessíveis questões-chave do Tratado, e de familiarizar os cidadãos com o processo de integração.

Neste contexto nasceu o Tratado de Lisboa, o qual modifica os Tratados da União Européia e o da Comunidade Européia, cujo texto busca construir uma Europa mais transparente e democrática. Assinado em 13 de dezembro de 2007, e ratificado pela maioria dos Estados membros, enfrentou particulares dificuldades na Irlanda – onde teve que passar por dois referendos e diversas negociações –, para então entrar em vigor, na data de 1º de dezembro de 2009.[160]

Entre as principais mudanças trazidas pelo Tratado de Lisboa, também chamado de Tratado Reformador, está a questão relativa ao princípio da subsidiariedade. Neste sentido, e com base nas proposições do projeto da Constituição Européia, o Tratado dispõe uma nova redação para o inciso 3b do artigo 5º, aumentando o alcance do princípio da subsidiariedade, a saber:

> 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

[159] LORENTZ, Adriane. *O Tratado de Lisboa.* Ijuí: Unijuí, 2008, p.38.
[160] MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. O novo regime do princípio da subsidiariedade e o papel reforçado dos parlamentos nacionais. In: QUADROS, Fausto de. *Jornadas sobre o Tratado de Lisboa*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2010. p.7.

> dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União. (*grifo nosso)*

Em outras palavras, como bem pode se observar em seu texto normativo, pela primeira vez, os governos subnacionais são mencionados e têm sua legitimidade reconhecida dentro da divisão de competências da União Européia, ainda que o texto do artigo dê um maior destaque aos Estados nacionais. Como resultado, a partir deste momento, toda a discussão travada sobre qual seria o nível mais próximo aos cidadãos perde seu objeto.

Outra alteração de substancial importância diz respeito às demandas judiciais pela correta aplicação do referido princípio. Também neste quesito, o Tratado de Lisboa busca trazer uma maior especificidade, na tentativa de sanar as lacunas deixadas pelo Tratado da União Européia. A este respeito dispõe o art. 8º do Protocolo anexo sobre a Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade:

> O Tribunal de Justiça da União Européia é competente para conhecer dos recursos com fundamento em violação do princípio da subsidiariedade por um ato legislativo que sejam interpostos nos termos do artigo 230º do Tratado sobre o Funcionamento da União Européia por um Estado-Membro, ou por ele transmitidos, em conformidade com o seu ordenamento jurídico interno, em nome do seu Parlamento nacional ou de uma câmara desse Parlamento. Nos termos do mesmo artigo, **o Comitê das Regiões pode igualmente interpor recursos desta natureza relativamente aos atos legislativos para cuja adoção o Tratado sobre o Funcionamento da União Européia determine que seja consultado.** (*grifo nosso)*

Neste mesmo texto, salta aos olhos outra mudança substancial, a legitimidade ativa do Comitê das Regiões em recorrer ao Tribunal de Justiça nos casos de violação do princípio da subsidiariedade, fato considerado no meio acadêmico como a coroação do Comitê enquanto o "guardião do princípio da subsidiariedade". A partir de então, o CR passa a ter o direito de apelar para o Tribunal de Justiça em dois casos: para proteger as suas prerrogativas institucionais e para solicitar a anulação de nova legislação que considere violar o mencionado princípio nos domínios políticos em que a sua consulta seja obrigatória segundo o Tratado da União Européia.[161]

Deve-se destacar ainda o importante papel conferido ao Tribunal de Justiça da União Européia neste terreno. Desde a inserção do referido princípio no ordenamento

---

[161] Comitê das Regiões. *O Tratado de Lisboa dota o Comitê das Regiões de novos poderes para defender a subsidiariedade*. Disponível em <http://www.cor.europa.eu/pages/PressTemplate.aspx?view=detail&id=decfa388-ecd6-4cc0-9d0d-dc9ae2584112>. Acesso 13 jan. 2010.

comunitário, houve a necessidade de mobilização do Tribunal na aplicação e interpretação da subsidiariedade, seja pelo fato de seu conteúdo ser altamente subjetivo, seja porque sempre houve intenso debate sobre os limites da descentralização.

No tocante ao Tratado de Lisboa não foi diferente. Apesar da coroação ter sido conferida ao Comitê das Regiões, cabe ressaltar que uma vez mais ampliou-se a margem de atuação do Tribunal. A prerrogativa de denúncia e investigação é das autoridades locais e regionais, entretanto, caberá ao Tribunal fixar o entendimento e tomar as medidas cabíveis na correição das políticas do bloco.

Em adição, o mesmo Tratado prevê outras mudanças, como a extensão do direito de consulta ao Comitê das Regiões para o Parlamento – além da Comissão e do Conselho -, bem como ampliou os domínios do CR para matérias relacionadas à energia e à mudanças climáticas.[162]

Tal evento é interpretado por Margarida Martins da seguinte forma:

> O Tratado de Lisboa reforça o papel do Comitê das Regiões, introduzindo na subsidiariedade, que até então qualificaríamos como subsidiariedade horizontal, no sentido de repartir competências entre a União Européia e os Estado-Membros, uma dimensão vertical, em que a intervenção dos níveis regional e local também conta para os testes da subsidiariedade.[163]

Com efeito, constata-se que o Comitê deixou de ser um mero órgão passivo dentro do processo de decisão europeu, para adquirir um papel ativo, com prerrogativas próprias e não mais precisando esperar ser provocado. A partir deste avanço, se renovam as perspectivas sobre a evolução e a importância dessa instituição dentro do bloco, valorizando a participação regional e revestindo de maior legitimidade e democracia o processo de decisão da União Européia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de globalização implicou em uma série de mudanças, em sua maioria bastante conhecidas, no cenário internacional, proporcionando o surgimento de novos atores e agendas, bem como, forçando uma reformulação no conceito de

---

[162] Barlavento online. *Tratado de Lisboa dota o Comitê das Regiões de novos poderes para defender a subsidiariedade*. Disponível em <http://www.barlavento.pt/index.php/noticia?id=38204>. Acesso 10 dez 2010.
[163] MARTINS, 2010, p.7.

soberania clássica, que devido às novas dinâmicas, não consegue mais se mostrar suficiente.

Nestes termos, não mais se idealiza um modelo Vestfaliano de Estado, mas sim, um Estado mais enxuto, descentralizado e administrador. Se antes suas autoridades locais e regionais exerciam questões simples e menos importantes, com esta nova concepção, os governos subnacionais passam a receber maior importância, não só pelo fato de serem a esfera mais próxima aos cidadãos, mas por constituírem um nível estratégico em termos econômicos e de efetivação de políticas advindas dos governos superiores.

Gradualmente estes governos foram aprimorando suas formas de governar e garantir as demandas de suas populações, questões que muitas vezes não eram supridas devidamente pelo Estado central, obrigando a esfera subnacional a procurar mecanismos alternativos para a satisfação de suas necessidades, sejam elas políticas, culturais ou econômicas.

Neste contexto, a última década foi pautada pelo esforço subnacional em contribuir e se inserir no processo de decisão da União Européia. No entanto, apesar dos significativos avanços, a participação subnacional ainda é tema polêmico e não completamente consolidado. Prova disso é a grande desconfiança que existe por traz da governança de múltiplas camadas, enquanto forma de exclusão do Estado Nacional e formação de uma "Europa das Regiões", ou de uma "Federação Européia".

Em verdade, o que se defende é a inserção destes atores locais e regionais na construção de políticas conjuntas, baseadas no princípio da subsidiariedade, no sentido de que somente atuariam nas discussões referentes a questões de seu interesse, não ultrapassando os limites impostos pelas suas áreas de competência. O que se sublinha é que pelo importante papel dos governos locais e regionais na implementação e sucesso das políticas européias, nada mais justo que a sua participação na criação das mesmas, fato que contribuiria para a economia de recursos e para decisões mais bem sucedidas, tendo em vista que contariam com a experiência prática destes governos.

A questão da subsidiariedade, que vem de longa data se configurando como grande bandeira subnacional, está sendo utilizada como ponto a favor da inserção das regiões, fato comprovado através do Tratado de Lisboa, que de forma inovadora

colocou o Comitê das Regiões como seu guardião, e garantindo a ele a prerrogativa de se dirigir ao Tribunal de Justiça europeu nos casos de violação do referido princípio.

Em outras palavras, através da aplicação do princípio da subsidiariedade, os governos subnacionais têm conseguido majorar sua autonomia e expandir suas competências dentro da arena institucional, contribuindo para o avanço do bloco em termos democráticos e de representação, agregando às decisões o *know-how* e a perspectiva das autoridades locais e regionais européias.

Por último, salientou-se a importância do Tribunal de Justiça da União Européia, responsável por analisar e remediar as denúncias e casos apontados pelo Comitê das Regiões. O que leva a conclusão de que, novamente, a figura da jurisprudência da corte se destaca como ferramenta essencial e expressiva na condução das normas da União Européia, bem como no progresso do bloco.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BULLMANN, Udo. The politics of the Third Level. *Regional & Federal Studies*, London, v.6, n.2, 1996, pp. 3-19.

BÚRCA, Gráine de. *Reappraising Subsidiarity's Significance after Amster*dam. Cambridge: Harvard Law School, 2000.

DAL RI JUNIOR, Arno. A Cidadania na União Européia e a livre circulação de pessoas. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de. *Cidadania e Nacionalidade*: *efeitos e perspectivas nacionais, regionais, globais*. Ijuí: Unijuí, 2002.

FOLLESDAL, Andreas; HIX, Simon. Why there is a Democratic Deficit in the EU: A response to Majone and Moravcsik. European Governance Papers (EUROGOV). 2005. Disponível em <http://www.connex-network.org/eurogov/pdf/egp-connex-C-05-02.pdf>. Acesso 3 nov. 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JELLINEK, Georg. Teoria General Del Estado. Cidade do México: FCE, 2002.

MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. O novo regime do princípio da subsidiariedade e o papel reforçado dos parlamentos nacionais. In: QUADROS, Fausto de. *Jornadas sobre o Tratado de Lisboa*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2010.

MEMIRCI, Bengi. *The Principle of Subsidiarity in the European Union Context*. Dissertação (Mestrado). Middle East Technical University, Turquia, 2003.

MILL, John Stuart. *Princípios de Economia Política*. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

QUADROS, Fausto de. *Recordando Jean Monnet*. Lisboa: Ed. Autor, 1989.

_____. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Européia*. Coimbra: Almedina, 1995.

STUART, Ana Maria. Regionalismo e democracia: o surgimento da dimensão subnacional na União Européia. In: VIGEVANI, Tullo; et al. *A dimensão subnacional e as relações internacionais*. São Paulo: Educ, 2004.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A democracia na América*. 2 ed. São Paulo: Edusp, 1998.

AS NOVAS INCUBÊNCIAS DO CONTINGENTE MILITAR FRENTE AO INSTITUTO DAS OPERAÇÕES DE PAZ MULTIDIMENSIONAIS DAS NAÇÕES UNIDAS.

Javier Rodrigo Maidana[164]

RESUMO

O presente trabalho procura abordar, em linhas breves, a nova realidade enfrentada pelos contingentes militares cedido às Nações Unidas para a execução de suas operações de paz. Busca ressaltar, igualmente, as conseqüências desse aumento no espectro de atuação do exército devido a nova realidade enfrentada pelos mesmos, além da questão da preparação das unidades nacionais por parte dos Estados-membros antes de enviá-los à operação. Mencionando rapidamente o processo de treinamento do exército brasileiro, quer se demonstrar as medidas adotadas pelo Brasil com relação a essa expansão além das implicações decorrentes de sua participação nesse tipo de operação internacional para o próprio exército brasileiro.

***Palavras-chaves*:** Exército Brasileiro, Operações de Paz, Nações Unidas, Atividades Militares.

ABSTRACT

This paper attempts to bring in short lines, the new reality faced by military contingents assigned to the United Nations for the implementation of its peacekeeping operations. It stresses, also, the consequences of the increased spectrum of activity took by the army since the new reality faced by them, adding the topic of the preparation of national units by the Member-States before sending them to the operation. It mentions briefly the training process adopted by the Brazilian army to demonstrate the steps taken by Brazil in order to follow this expansion as well as the implications for them related to their participation in this kind of international operation.

***Key Words*:** Brazilian Army, Peacekeeping Operations, United Nations, Military Activities

INTRODUÇÃO: AS OPERAÇÕES DE PAZ MULTIFUNCIONAIS DAS NAÇÕES UNIDAS

A participação brasileira em operações de paz das Nações Unidas já é algo consolidado. O principal exemplo dessa atuação se da no campo da Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti (MINUSTAH), além da constante procura do país

[164] Mestrando em Direito em Relações Internacionais pelo do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina e membro do Grupo de Pesquisa de Direito Internacional Ius Gentium do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. O presente trabalho foi realizado com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES-Brasil.

em se firmar como um membro influente e participativo na Comunidade internacional. Com esses intuitos, o governo brasileiro tem procurado ser cada vez mais presente nessas questões, principalmente no que concerne à manutenção da paz.

Não obstante tais objetivos, já se sabe pela experiencia prática da Organização das Nações Unidas (ONU) nesses mais de 60 anos de atuação, que não basta enviar tropas para um local em que se tem um processo de paz. O próprio sucesso da missão e a imagem que esta terá, tanto da ONU como dos países partícipes, dependerá do desempenho desses contingentes em campo e a sua relação tanto entre as unidades da própria missão. Não somente entre eles, como também com os demais atores em campo, ou seja, com as outras organizações internacionais e Organizações Não Governamentais (ONGs) atuantes no local onde o processo de paz se realiza. Isto porque as funções desempenhadas atualmente por uma operação é muito mais complexa e abrangente daquelas primeiras experiências durante o período de Guerra Fria (1947-1991)[165].

Para tanto, cada vez mais a organização vem defendendo a necessidade de treinamento prévio dos efetivos que participarão de uma operação de paz a fim de que se familiarizem com a estrutura e os procedimentos próprios das operações. Cabe esclarecer que o treinamento para operações de paz não se confunde nem se assemelha aos procedimentos para a guerra em que os militares são usualmente formados[166]. Com isso, os efetivos poderão atuar com maior efetividade, já que terão mais claros os conceitos e intuitos pertencentes ao instituto das operações de paz. Dessa forma, será mais fácil discernir, em situações práticas, a melhor atitude a ser tomada preservando o intuito e a imagem da própria missão.

Nessa comunicação se abordará, de forma sucinta, as mudanças ocorridas nas funções militares dentro das operações de paz decorrentes da igual modificação de contexto em que estas começam a atuar no período pós Guerra Fria. Fortalece, assim, a

---

[165] O período de Guerra Fria é o momento histórico em que a as duas grandes potências mundiais à época, Estados Unidos e a União Soviética, influenciavam conflitos periféricos com o intuito de alargar as áreas sob seu controle. Nesse contexto as ações de segurança coletiva próprias do Conselho de Segurança da ONU encontravam-se paralisada devido as divergências e o poder de veto dos Estados mencionados. É nesse meio que surgem as primeiras operações de paz como uma forma de atuação internacional com o beneplácito das potências, pois desempenhavam atividades simples como observar as fronteiras, controlar as passagens por elas, garantir o respeito a um acordo de cessar fogo assinado pelas partes. Como bem mencionam Focarelli e Conforti "*Si tratta, in effetti, di operazioni che hanno corrisposto all'exigenza tipica della guerra fredda di interporre forze militari in conflitti locali o minori laddove le due superpotenze non potevano affrontarsi direttamente.*" CONFORTI, Benedetto; FOCARELLI, Carlo. *Le Nazioni Unite*. (8ª ed.) Milão: CEDAM, 2010, p. 267.

[166] CAMPOS, Marcio Teixeira de. *Missões de Paz e preparação de pessoal no Brasil.* p. 9. Disponível em: http://www.abed-defesa.org/page4/page8/page9/page19/files/marciocampos.pdf Acesso em 24 out. 2011.

necessidade dos países contribuintes de tropas (TCC do inglês *Troop Contributing Country*) em adotarem iniciativas de formulação de centros de treinamentos nacionais para a preparação de suas tropas. Igualmente sucinta menção será feita às medidas adotadas pelo governo brasileiro no que se refere a promoção desse treinamento militar específico para agirem dentro de uma operação de paz e o que acarreta essas ações.

1. MUDANÇAS NO CONTEXTO DAS OPERAÇÕES DE PAZ

O número de atividades as quais podem ser desempenhadas pelas operações é amplo e depende principalmente das diretivas gerais dadas pela resolução do Conselho de Segurança da organização. No que tange ao âmbito militar, nas operações conhecidas como Multidimensionais[167] ou de Segunda Geração, o corpo militar formado pelos efetivos cedidos dos exércitos dos Estados-membros tem de familiarizar-se e preparar-se para a execução de funções outras que as meramente de observação e relatoria dos fatos. Membros mais experientes dos exércitos podem, inclusive, ter participações em atividades mais burocráticas que só aquelas em campo.

Porquanto, atividades outras das de mera observação e monitoramento são a grande inovação do instituto multidisciplinar das operações de paz. Pelas experiências pretéritas se observou que, para atingir a finalidade da missão, em alguns contextos, essas atividades não eram o suficiente. Fazia-se necessária a reformulação ou até mesmo a incorporação de outras atividades e ações que garantissem, por exemplo, o retorno seguro às pessoas deslocadas de suas regiões pelos conflitos (as denominadas *Internal Displaced Persons* – IDP), prover auxílio humanitário, manter o respeito aos direitos humanos, entre outras tantas atividades que presentemente englobam as operações.

---

[167] Os termos multidimensional, multifuncional e multidisciplinares são equivalentes, visto que todos referem-se ao advento de missões com uma natureza diversa daquela unicamente militar e com a presença de funções e unidades civis e policiais. A primeira é utilizada pelas Nações Unidas em que "*These operations [...] may employ a mix of military, police and civilian capabilities to support the implementation of a comprehensive peace agreement.*" UNITED NATIONS. *United Nations Peacekeeping Operations: Principals and Guidelines*. New York: United Nations, 2008, p. 22. Na mesma linha segue a segunda denominação adotada por Cellamari e assim conceitua as missões quando "[...] *i compiti di natura civile, politice e di assistenza umanitaria assumono um rilievo equivalente e tavolta prevalente rispetto ai pur importanti compiti militari.*" CELLAMARI. Giovanni. *Le operazioni di peace-keeping multifunzionali.* Torino: G. Giappichelli Editore, 1999, p.60. O terceiro é usado por Fontoura ao se referir essas missões quando estas apresentam um "[…] aumento do papel das Nações Unidas na manutenção da paz e da segurança internacionais." FONTOURA, Paulo Roberto Campos Tarrisse da. *O Brasil e as Operações de Manutenção de Paz das Nações Unidas.* Brasilia: FUNAG, 1999.

O instituto passa de mera solução dada para lidar com situações de conflitos ou de tensões internacionais do período da Guerra Fria, para ganhar novas perspectivas. Na sua fase pós União Soviética, o instituto das operações de paz abarca verdadeiramente a questão de reestabilizar regiões assoladas por conflitos. Num primeiro momento, essa ingerência nos Estados poderia configurar uma intervenção em assuntos internos, segundo o que se depreende do art. 2º §7 da Carta das Nações Unidas, que refere-se ao Princípio da Não Intervenção[168]. No entanto, tendo as operações de paz como um princípio formador a necessidade do consenso das partes envolvidas para que possa ser lançada, essa problemática da intervenção internacional se desfaz[169].

Além dessas mudanças, a organização teve de lidar com o "como" realizar essas ações. Percebe-se a constante procura desta e seus departamentos específicos na profissionalização dos contingentes, observando de maneira especial as situações de sucessos ou não das operações passadas, com o intuito de consolidar cada vez mais o instituto em estudo.

É oportuno mencionar, também, que esses aprimoramentos se dão não apenas na criação dos novos componentes das operações multidimensionais[170]. As atividades a

---

[168] O tema que gira em torno do citado artigo refere-se ao Princípio da Não Intervenção. É um tema vasto que impossibilitaria maior aprofundamento nesta comunicação. Para uma visão mais detalhada vide: MAIDANA, Javier Rodrigo. *Intervenções internacionais: possibilidade de coexistência com o Princípio da Não Intervenção.* 2009. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso). Universidade Federal de Santa Catarina.

[169] As operações de paz apóiam-se em três princípios basilares: "1) imparcialidade significa que os *peacekeepers* não são desdobrados para ganhar a guerra em nome de uma das partes, mas antes para ajudá-las a chegar à paz. Não se confunde com a neutralidade, porque não pode haver omissão em vista de atos que contrariem os mandatos; 2) consentimento das partes é a necessidade de que os grupos em conflito concordem com a presença das Nações Unidas. Nos atuais conflitos, pode ser difícil identificar quem são as partes legítimas, mas isso não exclui a necessidade de que se obtenha algum tipo de acordo para o desdobramento das missões. Em última instância, a definição de quem é parte caberá ao CSNU e ao Secretariado; 3) uso da força somente em legítima defesa é o compromisso de que os *peacekeepers* evitarão ao máximo o uso da força, o que não significa que deverão se deixar agredir pelas partes em conflito e podem agir preventivamente." UZIEL, Eduardo. *O Conselho de Segurança, as Operações de Manutenção da Paz e a Inserção do Brasil no Mecanismo de Segurança Coletiva das Nações Unidas.* Brasilia: FUNAG, 2010, p.22-23.

[170] Dentro das atividades que podem ser desempenhadas pelas operações, têm-se o advento da policia civil da ONU, e com os programas de estabelecimento de um Estado de Direito e de programas eleitorais. Há outras típicas da categoria de consolidação da paz (*peacebuilding*). São, em geral, de médio e longo prazo que, através do componente militar e policial, procuram transformar a realidade de pós-conflito em um cenário de paz estável. Entre elas estariam: a) as ações de Desarmamento, Desmobilização e Reintegração de combatentes (DDR); b) as ações de minas, para localizá-las e desarmar as possíveis; c) as de Reforma do Setor de Segurança (Security Sector Reform – SSR) e outras ligadas à manutenção da lei e da ordem; d) ações de proteção e promoção dos direitos humanos; e) assistência eleitoral; f) apoio à restauração e extensão da autoridade do Estado; e g) ações voltadas para a realização de eleições no país hóspede. Vale recordar que é cada vez menos observada essa divisão entre as categorias de ação na prática, tanto que já se realizam tais atividades em missões que se enquadrariam na categoria de manutenção da paz (*peacekeeping*) em caráter preparatório para a posterior etapa de consolidação. Para maiores informações vide: UNITED NATIONS, *United Nations Peacekeeping Operations: principles*

serem realizadas demandam uma adaptação do próprio contingente militar presente desde as primeiras operações como observado a seguir. Porquanto, vem a justificar a necessidade dos TCC oferecerem um treinamento prévio além daquele da organização ao receberem as tropas participantes da operação.

2. APRIMORAMENTO DAS ATIVIDADES MILITARES

O elemento militar das operações de paz precisou se adaptar às novas realidades de atuação das operações de paz da ONU, abraçando modificações significativas. Atribuem-se mais responsabilidades e atividades além daquelas clássicas, promotoras de um clima de segurança como monitoramento de cessar-fogo, retirada de tropas estrangeiras da região, vigilância das fronteiras. Essas atividades comuns as primeiras operações serviam muito bem em questões entre Estados e situações típicas da Guerra Fria.

Após a expansão do número de operações de paz, o contingente militar depara-se com novas funções, além de fornecer apoio em vários outros programas de atividades que aquelas costumeiras. Num rol exemplificativo podemos encontrar: a) a localização e desarmamento de minas terrestres; b) o desarmamento de antigas milícias e sua reincorporação à sociedade; c) a garantia da segurança e da existência de corredores humanitários; d) o auxílio na formulação de nova força armada nacional; e) o acompanhamento em ações de desmantelamento de comandos e forças paralelas às do Estado; f) acompanhamento e segurança em procedimentos eleitorais, entre outras[171].

O efetivo militar, portanto, diversifica-se em responsabilidades militares prestando, juntamente, apoio à execução de tarefas de outras unidades. Como denomina Cedric de Coning, para o contingente militar:

> O principal papel [...] é garantir um ambiente seguro em que o resto dos atores internos e externos possam atuar. Um papel secundário da componente militar é fazer seus recursos disponíveis para os atores externos e internos em apoio aos objetivos globais da missão.[172]

---

and guidelines. p.26 ss; UNITED NATIONS, *Handbook on United Nations Multidimensional Peacekeeping Operations*. New York: United Nation, 2003, disponível em: <http://www.peacekeepingbestpractices.unlb.org/Pbps/library/Handbook%20on%20UN%20PKOs.pdf> Acesso em 20 maio de 2011.

[171] No material intitulado *Handbook on United Nations Multidimensional Peacekeeping Operations* de 2003, há uma seção completa destinada às ações militares e as transformações por eles recebidas.

[172] "*The primary role* […] *is to ensure a safe and secure environment within which the rest of the external and internal actors can operate. A secondary role of the military component is to make its resources available to external and internal actors in support of the overall mission objectives*." CONING, Cedric de. Civil-military coordination practices and approaches within United Nations peace operations. In:

Isso quer significar uma divisão em dois ramos das funções exercíveis pelo exército: a) o primeiro que mantém as antigas ações das operações tradicionais mais de caráter militar (observação e segurança local); e b) começa a incorporar outras atividades sob suas responsabilidades dependendo da missão lançada, podendo contribuir com veículos, com efetivo humano na execução de atividades a cargo dos demais contingentes interagindo mais nas outras atividades da operação.

Somando-se a essa diversificação das atividades em campo, outra área de aproveitamento é a utilização da experiencia militar, ou seja, da inteligência militar. Membros seniores do exército podem participar de fases de negociações como nas categorias de promoção da paz (*peacemaking*)[173], oferecendo suporte técnico e logístico para que os intercessores melhor conduzam as negociações de paz, dando uma previsão prática do que está para ser acordado e o que poderia ser melhor ajustado. Esses aconselhamentos também podem ser requisitados para a elaboração de outros planos como, por exemplo, os dos programas de Reforma do Setor de Segurança (*Security Sector Reform* – SSR) analisando as prioridades de acordo com a situação específica em campo e a experiência anterior.

3. SEPARAÇÃO ENTRE ATIVIDADES MILITARES E A COOPERAÇÃO MILITAR

Para se efetivar essas novidades, percebeu-se a necessidade de mais ações conjuntas para se atingir as finalidades globais dentro do processo de paz. A unidade militar, nessa expansão, passa a trabalhar com outras sendo necessário, no entanto,

---

Journal of Military and Strategic Studies. Vol. 10, Issue 1. 2007, p. 13. Disponível em: <http://www.jmss.org/jmss/index.php/jmss/article/view/36> Acesso em 15 set. 2011.

[173] Promoção da paz ou *peacemaking* é uma das categorias de ação exercidas durante uma operação de paz. Existem outras que podem ser tomadas em conjunto ou sucessivamente a esta. De maneira resumida temos: a) a mencionada promoção da paz/*Peacemaking* que consiste em trazer as partes para um acordo pelos meios pacíficos elencados no capítulo VI da Carta; b) manutenção da paz/*Peacekeeping* sendo a presença das forças da ONU levemente armadas, apenas para autodefesa, responsáveis pela observação e monitoramento do respeito devido aos acordos de cessar-fogo, de áreas de segurança em conflitos, dos Direitos Humanos, entre outros pontos; c) imposição da paz/*Peace-enforcement* que seria uma ação militarmente mais agressiva da organização que consiste em dar apoio aos responsáveis pelas ações naquela região indo ao socorro de uma operação de paz já existente em vias de falir ou já falida ou ainda responder uma agressão sofrida por parte da operação da ONU; d) e a consolidação da paz/*Peace-building* que é o apoio dado à programas voltados para ações que visem a recuperação da região no período de pós-conflito, procurando auxílio internacional por meio de doações ou investimentos, destacar possíveis omissões nos processos pós-conflitos que possam ameaçar a paz, ou seja, auxiliar ao Estado a se reerguer.

manter clara a separação das funções mais apropriadas para o exército daquelas mais adequadas para as unidades civis.

Isso devido a alguns fatores que envolvem essa colaboração, pois ainda que esta exista, as especificidades de cada unidade devem ser consideradas. São preocupações paralelas que influenciam no desempenho das atividades conjuntas, visto que há ações em que o exército é mais adequado e capacitado para executar uma ação. Em outras palavras, ainda que se queira utilizar o efetivo militar para dar apoio nas distintas atividades que compõem uma operação de paz, faz-se imperioso utilizá-los em atividades em que suas aptidões sejam úteis. Por exemplo, em ações de DDR de antigos grupos armados locais, o efetivo militar é mais aproveitável principalmente na fase de desarmamento e como suporte na fase de desmobilização dos grupos combatentes. Já na última fase, a de reintegração dos indivíduos à sociedade, a responsabilidade recai ao componente civil da operação, por ser mais bem qualificado para essas ações.

Outro fator é o impacto que as atividades, ainda que não militares, contudo por eles executadas, possui perante a população e governo local. Essa questão também deve ser levada em consideração, devido ao fato de provocar maior ou menor colaboração destes para o andamento do processo de paz. Pode-se citar a cooperação militar nas ações de suporte humanitário. Ainda que provisoriamente, o contingente militar possa ser responsável pelas ações humanitária da operação. Isso pode assumir a forma de garantia de liberdade de movimento, escoltas de comboios, a proteção de grupos humanitários e dos locais de armazenamento dos suprimentos humanitários (alimentos, remédios, doações), entre outras formas de assistência.[174] Esse apoio é dado tanto para as atividades de dentro da missão como em outras parcerias envolvendo ONGs e estruturas locais.

No entanto é nesse tipo de atividade conjunta que se pode vislumbrar o ponto mencionado. Quando os militares atuam em conjunto com organizações humanitárias, a preocupação da distinção entre os grupos das organizações humanitárias e dos militares se torna ainda mais importante para garantir a imagem de imparcialidade e neutralidade das ações[175]. Isso quer significar a necessidade da parte militar agir nesse contexto

---

[174] "*This may take the form of ensuring freedom of movement, convoy escorts, protection of humanitarian personnel and storage sites, among other assistance.*" UNITED NATIONS, *Handbook on United Nations Multidimensional Peacekeeping Operations*, p. 64.

[175] A própria Cruz Vermelha e Crescente Vermelho é ciente dessa necessidade, visto que com os militares a receptividade da população local é diminuida. Como observa Peter Rehse, "*The ICRC has few reservations regarding the involvement of the military in humanitarian tasks in post-conflict situations. Since the threat of being associated with one of the warring parties has diminished, even the delivery of*

priorizando os princípios que norteiam as atividades humanitárias retromencionados em detrimento de alguns estritamente militares, visto que as finalidades das atividades humanitárias e militares são distintas.

Outras relações também ocorrem dentro da operação com a polícia civil da operação, durante o apoio dado na restauração e na manutenção da lei e da ordem local, típica atividade da unidade da polícia civil da ONU. Devido à falta ou a dissolução das forças nacionais tanto militares quanto policiais, o contingente militar poderá executar o papel de policiamento da região. No entanto, como essa execução não é própria dos militares e requer um treinamento especializado e certa experiência, "a manutenção da lei e da ordem será uma tarefa para os militares apenas em circunstâncias excepcionais, com o objetivo de retornar ao policiamento civil o mais rápido possível."[176] Em outras palavras, assim que o governo local dispor de um efetivo policial ou que seja enviadas unidades de policia das Nações Unidas, as atividades para o estabelecimento de um Estado de Direito local deve ser transferido para este ou para aquele. Isso devido, novamente à questão da diferenciação das atividades próprias das unidades e da impressão que se quer passar à população local.

Dessa forma, a diversificação das atividades militares gera duas consequencias visíveis dignas de destaque: a) primeiro, a necessária separação das atividades dos militares e das demais unidades, e b) segundo, a relação de cooperação entre o efetivo militar e de outros efetivos, tendo-se, em especial, a relação com o contingente policial devido as atividades de segurança local. Isso, pelo frequente envio prévio de tropas militares para se garantir a segurança e a estabilidade da região para, posteriormente, serem expedidas as outras unidades das Nações Unidas. Como já aludido, ainda que a unidade militar se preste a auxiliar outras funções, este deve ficar restrito ao apoio a ser dado e relegar a execução as unidades específicas.

Nessa mesma cooperação militar-policial, além de ressaltar a questão da unidade militar estar mais bem preparada para executar esta ou aquela tarefa, o fator dos diferentes impactos que essas unidades causam na população local também é presente.

---

direct aid by the military is not ruled out. However, the ICRC points out that in the case of renewed hostilities humanitarian work closely linked to the military can cause problems." Mesmo que a situação permaneça a mesma o risco de comprometer a imagem das atividades outras que não a militar permanece. REHSE, Peter. *CIMIC: Concepts, Definitions and Practice.* Hamburg: Universität Hamburg und des IFSH, 2004, p. 41. Disponível em: <http://www.ifsh.de/pdf/publikationen/hb/hb136.pdf> Acesso em 15 set. 2011;

[176] "[…] *maintenance of law and order will be a task for the military only in exceptional circumstances, with the goal of returning to civilian policing as soon as possible.*" UNITED NATIONS, *Handbook on United Nations Multidimensional Peacekeeping Operations*, p. 63.

Essa variável não pode ser desconsiderada, sendo um exemplo claro a questão das atividades de polícia executadas por policiais e militares da ONU. A necessidade de um perfil distinto da polícia [frente à militar] é importante para deixar clara a natureza civil do policiamento, o que auxilia a manter a autoridade moral e a confiança pública necessária para um efetivo policiamento.[177] Isso já não ocorreria da mesma forma se fosse com os militares.

É inevitável a resistência da população local a efetivos com trajes de exército realizando a patrulha da região, pois a presença de militar nas ruas lhes causa um impacto mais agressivo que a presença de policiais. Essa situação deixa incerta a relação e a colaboração da população local com a missão instalada no que se refere à manutenção da lei e da ordem interna. Sem essa colaboração popular tanto essas funções como outras serão comprometidas, ameaçando o resultado final da operação de paz.

Como se observou o ramo militar no momento conta com uma gama de atividades principais e secundárias muito mais abrangente que quando imaginada no período de Guerra Fria, com operações mais de monitoramento de uma situação que propriamente de ações efetivas para resolver o episódio. Tornaram-se apenas mais uma das componentes dos atuais processos de paz nas ações para garantir uma transição pacífica de um estado de conflito para um de paz.

4. A QUESTÃO DO TREINAMENTO DOS EFETIVOS NO BRASIL E SUAS VANTAGENS

Como ilustrado acima, o componente militar das operações de paz das Nações Unidas apresenta um espectro de atividades muito abrangente. Também se denota que para exercê-las, o treinamento militar costumeiro dado pelo exército aos seus batalhões não é o suficiente a fim de prepará-los para a realidade que enfrentarão dentro desse tipo de operação da ONU.

No Brasil, essa questão já é observada desde os primeiros contingentes brasileiros cedidos às operações de paz. Num primeiro momento, os treinamentos eram

[177] "*The need for a distinct police profile is important to make clear the civilian nature of policing, which helps to maintain the moral authority and public trust needed for effective policing.*" UNITED NATIONS, *Handbook on United Nations Multidimensional Peacekeeping Operations*, p. 92-93.

realizados pelos próprios membros do exército criando-se, posteriormente, uma divisão responsável por todo esse processo.

> Em decorrência desses eventos e em face da crescente mobilização internacional no sentido de criar estruturas que possibilitem a prática e a disseminação dos procedimentos e normas vigentes nas missões de paz, o Exército Brasileiro, maior tributário no âmbito das Forças Armadas brasileiras neste tipo de missão, criou, em 12 de março de 2001, o Centro de Preparação e Avaliação de Missões de Paz do Exército Brasileiro – CEPAEB, orgânico do Comando de Operações Terrestres (COTER), em Brasília/DF. Através deste órgão, o Exército Brasileiro participou, a convite da ONU, da padronização de módulos de treinamento para militares e policiais civis especialistas, designados para as missões de paz, colaborando no desenvolvimento dos conteúdos curriculares de um projeto multinacional e tomando a seu encargo os assuntos referentes aos oficiais de Estado-Maior, desde o nível batalhão até o comando das forças – o *Force Commander.* A título de exemplo, na MINUSTAH essa função vem sendo desempenhada, desde seu início, por um oficial general brasileiro[178].

Além dessa divisão, atualmente o centro encarregado pelo treinamento de oficiais do exército para participação em operações é o Centro Conjunto de Operações de Paz do Brasil (CCOPAB)[179] situado na cidade do Rio de Janeiro. Este oferece cursos específicos para o citado treinamento de comandantes e sargentos, além de cursos e estágios em outras áreas como a de preparação de jornalistas que desejem trabalhar em áreas de conflitos.

O CCOPAB é um órgão do governo federal composto por membros não unicamente do exército, também fazendo parte membros de outras forças nacionais como, por exemplo, da Marinha do Brasil, das Forças Aéreas Brasileiras, do corpo de bombeiros, da polícia militar. É um órgão responsável por unificar as diretrizes determinadas pelo Estado Maior do Exército Brasileiro[180] (EME), pelas Nações Unidas incluindo o mandato da operação de paz e pelo COTER. É a partir desse organismo que se inicia o processo de treinamento e preparação dos contingentes brasileiros que servirão numa missão.

Em linhas gerais, O CCOPAB inicia o processo de treinamento, ao unificar as determinações dos três órgãos – EME, ONU, COTER – em uma diretiva única que

---

[178] CAMPOS, *Missões de Paz e preparação de pessoal no Brasil.* p.10.
[179] Site oficial: http://www.ccopab.eb.mil.br/ Acesso em 24 de out. 2011.
[180] O Estado-Maior do Exército (EME) é o Órgão de Direção Geral (ODG) responsável pela elaboração da Política Militar Terrestre, pelo Planejamento Estratégico e pela orientação do preparo e do emprego da Força Terrestre, visando ao cumprimento da destinação constitucional do Exército Brasileiro (EB). A fim de permitir o cumprimento da missão do Exército: estudar, planejar, orientar, coordenar e controlar, no nível de direção geral, as atividades da Força, em conformidade com as decisões e diretrizes do Comandante do Exército. Site oficial: < http://www.eme.eb.mil.br/> Acesso em 24 out. 2011.

guiará as ações do contingente em campo. Ela será passada em cursos para os comandantes de batalhão do exército, responsáveis por coompreendê-las e repassá-las para seus respectivos pólos de instrução e treinamento espalhados pelos estados brasileiros. O mesmo ocorre nos níveis de capitães e tenentes, sendo dado no CCOPAB outro curso de nivelamento direcionado a essas posições.

Em Santa Catarina[181], por exemplo, após essa primeira etapa, os comandantes retornam aos seus respectivos pólos de treinamento, sendo os principais localizados nas cidades de Blumenau, Joinville, São Miguel D´Oeste, Florianópolis. Em seguida, os citados membros trazem as diretivas e repassam aos grupos selecionados para a formação do contingente que será enviado a uma operação de paz. Posteriormente a esse período de treinamento nos respectivos pólos, todas as unidades são reunidas em Florianópolis para um período de três semanas para uma etapa final, visando nivelá-los e garantir uma interpretação única da diretiva por todos os membros. A última fase se dá com a inspeção final realizada por uma comissão formada por membros da CCOPAB nas unidades treinadas, a fim de verificar se estão realmente aptas para fazer parte da operação de paz em questão.

Essa preparação é fundamental para o bom desempenho do contingente brasileiro na operação e na imagem que este passará do país, refletindo na da organização como um todo. Também é uma forma de consolidar as políticas defendidas pela diplomacia brasileira ao longo desses anos. Além dessas questões, o treinamento e a experiência prática das unidades em campo qualificam ainda mais os soldados para futuras atividades tanto dentro quanto fora do país.

Por esse ângulo, as operações de paz se apresentam como uma excelente oportunidade para o exercício contínuo e necessário as tropas do exército brasileiro. Este último ponto é salientado no artigo da *The Economist* de 23 de setembro de 2010, intitulado "Brasil e operações de paz: Política, não altruismo"[182]. A reportagem traz alguns pontos de interesse para a participação do país nas operações além daqueles mais nobres normalmente defendidos por sua política externa. Somando-se ao treinamento e à experiência prática ganha pelos participantes, o texto afirma que esse tipo de

---

[181] A questão do treinamento dos efetivos em Santa Catarina e seus procedimentos foram informados através de uma conversa informal com o Major Jair Pereira do 63º Batalhão de Infantaria da cidade de Florianópolis no dia 24 de outubro de 2011. Foi uma explanação geral auxiliando no entendimento do processo, visto a falta de literatura sobre o tema nos meios acadêmicos. Fica registrado o agradecimento pela contribuição para a confecção dessa parte do trabalho.

[182] THE ECONOMIST, *Brazil and peacekeeping: Policy, not Altruism.* Artigo completo disponível em: <http://www.economist.com/node/17095626?story_id=17095626> Acesso em 01 de nov. 2010.

engajamento também ajuda "a modernizar o exército, que mudou muito pouco desde que comandou o país em uma ditadura que durou de 1964 a 1985"[183].

Essa modernização se refere não somente a idéia de estratégia militar de combate e sim de outras posturas que aquelas rígidas comuns ao período ditatorial. Em outras palavras, o exército brasileiro passa de uma mentalidade de preparação meramente militares para uma abordagem mais conjunta que leva em consideração interesses não só militares como também civis, visto que é com esse tipo de realidade que trabalharão nas operações multidimensionais. Isso reflete também numa mudança de postura, de preparação de uma força voltada somente para combates e guerra em uma que lida com aspectos mais de prevenção dessas últimas para que não se chegue ao combate alargando a visão do militar para questões como direitos humanos, direito humanitário, atividades de assistência e de apoio a outras esferas da sociedade.

Em que pese o caráter critico e realista da reportagem, não há como negar esses fatores positivos para o efetivo brasileiro. Dá ainda mais razões para que o exército brasileiro procure meios de se qualificar cada vez mais para desempenhar essas novas atividades provenientes das operações de paz multifuncionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode denotar a função dos contingentes militares dentro de uma operação de paz há a muito não se limita as ações clássicas de observação. Juntamente com as mudanças no contexto de atuação das operações de paz multidimensionais, as unidades militares também foram obrigadas a observar e a elas se adaptar.

Não somente as atividades militares em si tiveram que ser revistas, como outras atividades de participação em órgão de inteligencia e de coordenação da operação. Também trouxe à baila a necessária cooperação com outras unidades, moldando-se as necessidades, princípios e finalidade das atividades apoiadas. Porquanto, cada vez mais os TCC devem adotar as recomendações da ONU no intuito de já oferecerem um treinamento aos seus efetivos, para que estes possam compreender o universo em que se inserem.

---

[183] "[…] *modernise the army, which has changed surprisingly little since it ran the country in a dictatorship lasting from 1964 to 1985.*" THE ECONOMIST, *Brazil and peacekeeping: Policy, not Altruism.*

Questões como as atividades próprias do exercito, a noção de que poderão executar ou apoiar atividades daquelas que lhes são habituais, saber diferenciar as finalidades de ações militares e humanitárias, são exemplos dessa abertura. Todas essas questões devem ser trabalhadas, pois influenciarão no desempenho futuro da operação de paz como um todo.

O Brasil já vem fazendo a sua parte tendo o CCOPAB para auxiliar na preparação dos seus batalhões destinados às operações. O órgão oferece treinamento não só para militares como também para outras áreas através de cursos e estágios ministrados na sede ou à distância. Além de garantir uma experiência prática às suas unidades, auxilia na visão de um novo momento, um novo tipo de conflito, uma nova realidade em que a antiga visão e forma de agir e pensar dos militares não é mais suficiente para lidar com os episódios atuais. Ter um exército com essas noções já presentes é deixá-los melhor preparados para eventualidades futuras tanto fora como dentro das fronteiras.

Tendo em vista os objetivos brasileiros e o aprimoramento discorrido neste trabalho sobre as funções militares nas operações de paz, é de fundamental importância a questão da promoção de um treinamento específico oferecido pelo país. Com uma melhor formação de nossos oficiais e a experiência por eles angariada na participação em missões tornará cada vez mais eficaz e efetiva a atuação brasileira nessas atividades internacionais. Dessa maneira se garantirá a preservação do bom nome do Brasil frente aos demais participes da Comunidade internacional ao se mencionar o comprometimento do mesmo com as questões de manutenção da paz ainda que não seja de todo um altruísmo.

REFERÊNCIAS

CAMPOS, Marcio Teixeira de. *Missões de Paz e preparação de pessoal no Brasil.* p. 9. Disponível em: http://www.abed-defesa.org/page4/page8/page9/page19/files/marciocampos.pdf Acesso em 24 out. 2011;

CELLAMARI. Giovanni. *Le operazioni di peace-keeping multifunzionali.* Torino: G. Giappichelli Editore, 1999;

CONFORTI, Benedetto; FOCARELLI, Carlo. *Le Nazioni Unite*. (8ª ed.) Milão: CEDAM, 2010;

CONING, Cedric de. Civil-military coordination practices and approaches within United Nations peace operations. In: *Journal of Military and Strategic Studies.* Vol. 10,

Issue 1. 2007, p. 13. Disponível em: <http://www.jmss.org/jmss/index.php/jmss/article/view/36> Acesso em 15 set. 2011;

FONTOURA, Paulo Roberto Campos Tarrisse da. *O Brasil e as Operações de Manutenção de Paz das Nações Unidas.* Brasilia: FUNAG, 1999;

REHSE, Peter. *CIMIC: Concepts, Definitions and Practice.* Hamburg: Universität Hamburg und des IFSH, 2004, p. 41. Disponível em: <http://www.ifsh.de/pdf/publikationen/hb/hb136.pdf> Acesso em 15 set. 2011;

THE ECONOMIST, *Brazil and peacekeeping: Policy, not Altruism.* Artigo completo disponível em: <http://www.economist.com/node/17095626?story_id=17095626> Acesso em 01 de nov. 2010;

UNITED NATIONS, *Handbook on United Nations Multidimensional Peacekeeping Operations*. New York: United Nation, 2003, disponível em: <http://www.peacekeepingbestpractices.unlb.org/Pbps/library/Handbook%20on%20UN%20PKOs.pdf> Acesso em 20 maio de 2011;

_____. *United Nations Peacekeeping Operations: Principals and Guidelines*. New York: United Nations, 2008;

UZIEL, Eduardo. *O Conselho de Segurança, as Operações de Manutenção da Paz e a Inserção do Brasil no Mecanismo de Segurança Coletiva das Nações Unidas.* Brasilia: FUNAG, 2010.

A JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL NA CONSTRUÇÃO DE UMA AUTONOMIA JURÍDICA E POLÍTICA DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Túlio Di Giácomo Toledo[184]

RESUMO

As organizações internacionais apresentam-se como um fenômeno recente e de grande impacto na sociedade internacional contemporânea. Os novos desafios globais e o surgimento de assuntos internacionais têm feito com que os Estados fossem compelidos a se integrar em Organizações Internacionais. Do ponto de vista político, tais organismos têm se mostrado, tradicionalmente, como meros instrumentos das vontades de seus Estados membros, estando fortemente vinculados e submissos à estes. Contudo, a prática vinha observando recorrentes casos em que as OIs praticavam atos muitos vezes contrários aos interesses de seus Estados membros. Analisando tais fenômenos do ponto de vista jurídico, conclui-se pela autonomia jurídica das OIs frente a seus Estados membros, com base em parecer de 1949, do Tribunal Internacional de Justiça. Ademais, verifica-se que as OIs gozam de autoridades junto à sociedade internacional, dando a elas poderes para atuarem de forma autônoma frente, inclusive, a seus Estados membros, desde que observado os preceitos de seus respectivos tratados constitutivos.

Palavras-chaves: Organizações internacionais. Personalidade jurídica internacional. Autoridades. Autonomia política.

[184] Mestrando em Direito e Relações Internacionais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bacharel em Direito pela UFSC. Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Membro da Comissão de Relações Internacionais da OAB/SC. Membro do Grupo de Pesquisas em Direito Internacional Ius Gentium – UFSC/CNPq. Advogado na Mosimann, Horn & Advogados Associados. Contato: tmdigiacomo@gmail.com

INTRODUÇÃO

O fenômeno das organizações internacionais (OIs) significou um marcante fenômeno do direito internacional e das relações internacionais contemporâneas, as quais se transformaram em importantes foros de discussões internacionais nas mais variadas temáticas. Além disso, constituíram verdadeiros centros de tomadas de decisões para os grandes problemas da humanidade e órgãos de legitimação das mais diversas ações globais perpretadas pelos Estados.

A consolidação desses novos atores e sujeitos trouxe uma nova configuração para as relações internacionais e o direito internacional, aumentando a complexidade da sociedade internacional, constituída de uma rede complexa de vínculos que, no âmbito político, atravessa as relações entre os próprios Estados. Atualmente, os Estados têm se organizado por meio das OIs, de forma sucinta, com o fim de alcançar objetivos comuns, sejam eles econômicos, sociais ou políticos.

Contudo, se observa na prática que as atitudes de algumas OIs têm adotado posições de contrariedade de seus Estados membros, esvaziando a teoria funcionalista que vislumbrava as OIs como meros instrumentos dos interesses de seus Estados membros. Tais comportamentos têm se tornado uma constante em algumas OIs, esboçando uma verdadeira autonomia política destes órgãos.

Conforme se verá, tal autonomia está diretamente relacionada à jurisprudência internacional, destacadamente ao parecer de 1949 do Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) referente ao caso Bernardotte, o qual reconheceu a personalidade internacional das organizações internacionais e reforçou a sua condição de entidade autônoma, não só jurídica, como também política, frente aos Estados.

Partindo de tais pressupostos, o presente estudo privilegiará uma leitura da autonomia política das organizações internacionais e os reflexos do parecer de 1949 do TIJ na construção da referida autonomia. Para tanto, será realizado um histórico das organizações internacionais, de modo a entender a natureza dessa entidade que se tornou característica da sociedade internacional durante o século XX. Em seguida, serão tecidos comentários à condição atual das organizações internacionais, com o fim de problematizar a questão de uma pretensa autonomia política frente aos seus Estados

membros para, em seguida, a partir da fundamentação jurídica, em especial jurisprudencial, entender esse fenômeno jurídico que repercutiu na esfera política internacional.

1. HISTÓRICO DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

As semelhanças institucionais entre sociedades políticas são antigas e tem nas Anfictionias ou Ligas da Grécia antiga, alguns exemplos de antepassados das organizações internacionais contemporâneas. No entanto, somente após a consagração do Estado como forma fundamental de organização das sociedades humanas é que as organizações internacionais, em seu sentido moderno do termo, começaram a desenvolver-se[185].

Os apelos a favor de uma organização entre Estados estruturada no plano das relações internacionais mantiveram-se durante muito tempo no domínio da doutrina ou da propaganda[186]. As primeiras iniciativas visaram, nesse momento[187], a melhoria dos processos tradicionais de cooperação[188]. No final do século XIX e no decorrer do século XX, os Estados conscientizavam-se de que muito de seus problemas não mais podiam ser resolvidos em um marco estritamente nacional, e sua solução passava necessariamente pela cooperação entre eles. Efetivamente, numerosos aspectos da vida cotidiana[189], ao transcender suas fronteiras, exigiam uma ação concertada dos Estados, para o que a técnica tradicional do acordo bilateral resultava insuficiente. Ao que se unia, ademais, o fato de que na vida internacional estavam afirmando progressivamente uma série de interesses coletivos frente a problemas mundiais como a paz, o

---

[185] PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc. **Direito Internacional Público**. 2 Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 588. Traduzido por Vitor Marques Coelho.

[186] PELLET, Alain; *et al.* 2003.p. 71.Traduzido por Vitor Marques Coelho.

[187] Cita-se, como um marco determinante do surgimento das Organizações Internacionais na concepção moderna, o período entre 1851-1914 – caracterizado pela paz que sucedeu a reorganização europeia depois da queda de Napoleão, conjugado com o progresso das técnicas e dos meios de comunicação – que viu nascer duas espécies de organizações internacionais: as *Comissões Fluviais* (Comissão Central do Reno prevista no Ato Final do Congresso de Viena e criada pela Convenção de Mogúncia de 1831; Comissãao Europeia do Danúbio, estabelecida pelo Tratado de Paris de 1856) e as *Uniões Administrativas* encarregadas de facilitar a cooperação nos domínios técnicos (União Telegráfica Internacional, 1865; Secretariado Internacional de Pesos e Medidas, 1875; União Postal Universal, 1878; União para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, 1883, etc.). *In:* PELLET, Alain; *et al.* 2003. p. 588. Traduzido por Vitor Marques Coelho.

[188]PELLET, Alain; *et al.* 2003. p. 71.Traduzido por Vitor Marques Coelho.

[189]Como o tráfego postal, as telecomunicações, transporte ferroviários, navegação fluvial, circulação de pessoas ou o comércio internacional.

desenvolvimento ou o meio ambiente, cuja satisfação transbordava as possibilidades de um só Estado[190]. Não obstante, na concepção de Alain Pellet, a ideia de organizar politicamente a sociedade internacional nasceu como reação à anarquia que resulta dos conflitos internacionais e à insuficiência da doutrina do equilíbrio[191].

Frente a estes imperativos de solidariedade e interdependência, os Estados se viram, pois, compelidos a cooperar[192]. A fim de realizar esta cooperação, e ante as carências institucionais da sociedade internacional, os Estados, em um primeiro momento, utilizaram os recursos próprios de uma sociedade de justaposição de sujeitos soberanos, isto é, a celebração de conferências internacionais e a adoção de tratados multilaterais[193]. Mas logo foram conscientes da insuficiência destas técnicas para coordenar e gerir uma cooperação que se fazia cada vez mais necessária. Isso os levou à criação de mecanismos institucionalizados de cooperação permanente e voluntária, dando vida assim a alguns entes independentes dotados de voluntariedade própria destinados a alcançar objetivos coletivos[194]. Nesse contexto, Diez de Velasco destaca o surgimento, na cena internacional, das primeiras Organizações Internacionais (OIs), cuja existência e atual proliferação constitui uma das características mais sobresalientes da vida internacional contemporânea[195].

O número de OIs supera, hoje em dia, a cifra de trezentas Organizações[196] e se tem convertido, em especial a Organização das Nações Unidas (ONU), no símbolo de uma comunidade política institucionalizada. A multiplicação de OIs, o incremento de suas competências, não podia deixar de afetar a ordem jurídica internacional, e, neste sentido, no modo de adaptar ao direito internacional clássico[197]. De fato, as OIs passaram a representar uma importante constante no cenário da sociedade internacional, sendo que o Século XX foi o grande momento de afirmação dessa entidade como um destacado ator das relações internacionais contemporâneas.

Não por menos, as OIs têm passado progressivamente a ocupar um lugar significativo na vida internacional, sem que tenha deposto, não obstante, no

---

[190]DIEZ DE VELASCO, Manuel. 1998, p. 36. Tradução livre.
[191]PELLET, Alain; *et al.* 2003.p. 71.Traduzido por Vitor Marques Coelho.
[192]DIEZ DE VELASCO, Manuel. 1998, p. 36. Tradução livre.
[193]DIEZ DE VELASCO, Manuel. 1998, p. 36. Tradução livre.
[194]Idem.
[195]DIEZ DE VELASCO, Manuel. **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 7 ed. Madrid, 1990. p. 33. Tradução livre.
[196]DIEZ DE VELASCO, Manuel. 1998, p. 36. Tradução livre.
[197]DIEZ DE VELASCO, Manuel. 1998, p. 36. Tradução livre.

desfazimento do Estado que continua sendo, como disse Cassesse, a espinha dorsal da sociedade internacional[198]. Nenhuma delas, nem mesmo a Organização das Nações Unidas ou a União Europeia, possuem competências comparáveis a de um Estado. Mas o que se tem feito é abrir fissuras no monopólio que até então eram privativas dos Estados em matéria de subjetividade internacional.[199]

2. AUTONOMIA POLÍTICA DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Inicialmente, cumpre destacar que poucas teorias da atualidade ajudam a compreender a participação das OIs na política internacional, pois a maioria delas são teorias de Estados e de comportamento de Estados[200]. No geral, as OIs são tratadas como estruturas de regras, princípios, normas, e procedimentos para tomadas de decisão pelos quais os seus membros (normalmente Estados), agem entre si[201]. Problematizando a questão, Barnett e Finnemore afirmam que:

> a maioria das teorias simplesmente assumem que as OIs fazem o que os Estados querem. [...] Estados criam OIs para resolverem problemas de informação incompleta, custos de transação, e outras barreiras para melhorar o bem estar para seus membros. Esse funcionalismo é apenas uma suposição dessas teorias, todavia, e tendem a focar as atenções dos estudiosos nos motivos que levam os Estados ao criar OIs para preencher certas funções ao invés de se, de fato, o comportamento ulterior das OIs é funcional como presumido. A pretensão dessas teorias – seus Estatismos e funcionalismos – merecem uma análise, e a preocupação com a criação em detrimento do comportamento merece correção. A noção de que OIs simplesmente fazem o que os Estados querem rapidamente perde razão por conta das variadas instâncias em que as OIs desenvolvem as suas próprias ideias e seguem suas próprias agendas. Similarmente, a suposição de funcionalismo se esvazia nas anomalias empíricas. OIs frequentemente produzem resultados ineficientes, autodestrutivos e viram suas costas àqueles a quem elas supostamente deveriam servir.[202]

---

[198]CASSESSE, Antonio. **Le droit International dansun Monde divisé**. Paris, 1986. p. 73. Tradução livre.
[199]DIEZ DE VELASCO, Manuel. 1998, p. 36. Tradução livre.
[200]BARNETT, Michael; FINNEMORE, Martha. **Rules For The World**: international organizations in global politics. New York: Cornell University Press, 2004. p. 2. Tradução livre.
[201] KRASNER, Stephen. **International Regimes**. Ithaca: Cornell University Press, 1983. Tradução livre.
[202] "*most theories simply assume that OIs do what states want. [...] States create IOs to solve problems of incomplete information, transaction costs, and other barriers to welfare improvement for their member. This functionalism is only an assumption of these theories, though, and tends to focus scholars' attention on why states create IOs to fulfill certain functions rather than on whether, in fact, subsequent IO behavior is as functional as assumed. The assumptions of these theories – their statism and functionalism – deserve scrutiny, and the preoccupation with creation at the expense of behavior needs correction. The notion that IOs simply do what states want quickly runs afoul of the many instances in which IOs develop their own ideas and pursue their own agendas. Similarly, the functionalist assumption runs into a sea of empirical anomalies. IOs often produce inefficient, self-defeating outcomes and turn their backs on those whom they are supposed to serve.*".*In:* BARNETT; FINNEMORE. 2004. p. 2. Tradução livre.

O ponto inicial do debate deve se dar na análise jurídica da natureza das OIs como entidade autônoma. Do ponto de vista jurídico, deve-se atentar às seguintes considerações: toda organização é dotada de personalidade jurídica, sendo este um dos elementos de sua definição[203]. Via de regra, tal disposição está prevista expressamente em seu tratado constitutivo ou em instrumentos colaterais. Ainda que os atos de criação disponham a existência de uma personalidade jurídica, Alain Pellet dispõe que tal fato não permite colocar em dúvida a existência de tal atribuição. Nas palavras do autor, *"[e]sta resulta implícita mas inevitavelmente das necessidades expressas pelos Estados fundadores por ocasião do estabelecimento da organização internacional."*[204].

A personalidade jurídica das OIs deriva de sua "funcionalidade"[205], a qual deriva da vontade dos Estados, mais precisamente dos objetivos que eles atribuiram a cada organização.

Tal raciocínio foi exposto inicialmente no parecer do Tribunal Internacional de Justiça, em seu parecer de 1949 sobre a *Reparação de Danos*[206], ao dispor que a entidade (OI) não poderia corresponder às intenções de seus Estados membros se tivesse desprovida de personalidade internacional[207]. A funcionalidade das OIs, para Pellet, deve encontrar uma tradução jurídica simultênea na ordem jurídica internacional e nas ordens jurídicas nacionais, "*com vista a garantir o exercício dos seus direitos e o respeito do direito internacional*"[208].

Frente a essa condição, Pellet alerta que, ao conferir personalidade internacional às OIs, concede-se a estas uma autonomia face aos Estados que, na visão do autor, pode parecer-lhes perigosa[209]:

> [p]ois permite basear exclusivamente no direito internacional a definição e o exercício das capacidades jurídicas das organizações. Em última instância, as organizações tornar-se-iam entidades comparáveis aos Estados, cujo duplo monopólio de sujeitos de direito internacional e de membro ativo da comunidade internacional destruiriam.[210]

---

[203] PELLET, Alain; *et al.* 2003. p. 607.Traduzido por Vitor Marques Coelho.
[204] PELLET, Alain; *et al.* 2003. p. 607-608.Traduzido por Vitor Marques Coelho.
[205] PELLET, Alain; *et al.* 2003. p. 608. Traduzido por Vitor Marques Coelho.
[206] Também conhecido como Caso *Bernardotte.*
[207] CIJ. **Réparation des Dommages Subis au Service des Nations Unies**: avis consultatif du 11 avril 1949. Leyde: A.W. Sijthoff. 1949. Tradução livre.
[208] PELLET, Alain; *et al.* 2003. p. 608. Traduzido por Vitor Marques Coelho.
[209] PELLET, Alain; *et al.* 2003. p. 610. Traduzido por Vitor Marques Coelho.
[210] PELLET, Alain; *et al.* 2003. p. 610. Traduzido por Vitor Marques Coelho.

Por tais razões, as mais expressivas organizações internacionais da atualidade (ONU, União Europeia, Organização dos Estados Americanos, etc.) toleram uma desvantagem[211].

No momento da criação das OIs, são lançados as regras gerais e os princípios em seus tratados constitutivos de acordo com os interesses dos Estados. Porém, a prática tem nos mostrado que as organizações internacionais têm se comportado mediante ações não previstas e nem sempre respaldadas por seus Estados membros[212]. Isso é, ainda não está clara a razão de algumas OIs atuarem em divergência aos interesses de seus Estados membros.

Procurando analisar tais indagações mediante uma perspectiva teórica, Barnett e Finnemore propõem a análise das OIs como "burocracias"[213], a qual abre uma alternativa de visão com relação às fontes da autonomia das OIs e o que as mesmas fazem com essa autonomia[214]. Segundo os autores, "*burocracias não são apenas servos dos delegatários dos Estados. Burocracias são também autoridades no seu próprio direito, a essa autoridade dá a ela autonomia frente aos Estados, indivíduos, e outro ator internacional*"[215]. Dentro da noção de "autoridade" citada pelos autores, os mesmos entendem ser "*a habilidade de um ator em usar recursos institucionais e discursivos para provocar respeito de outros*"[216]. Contudo, ao entender que as OIs possuem autoridade, os autores afirmam que tal entendimento estaria colocando os mesmos contra grande parte dos estudiosos de Relações Internacionais, os quais entendem que somente os Estados têm a prerrogativa de possuir autoridade, pois a soberania seria a única base para a autoridade[217]. Entretanto, rebatem os autores:

> Nós sugerimos de outra forma. Quando sociedades conferem autoridade ao Estado, elas não fazem desse modo exclusivamente. Sociedades domésticas contém uma série de autoridades, distintas em grau e tipo. O Estado é uma autoridade, mas acadêmicos, profissionais e especialistas, chefes de organizações não governamentais, líderes religiosos e empresariais também podem possuir autoridade. Então, também, a autoridade, na vida

[211] PELLET, Alain; *et al.* 2003. p. 610. Traduzido por Vitor Marques Coelho.
[212] BARNETT; FINNEMORE. 2004. p. 2. Tradução livre.
[213] Termo original: *Bureaucracies*. *In:* BARNETT; FINNEMORE. 2004. p. 5. Tradução livre.
[214] BARNETT; FINNEMORE. 2004. p. 5. Tradução livre.
[215] "*Bureaucracies are not just servants to whom states delegate. Bureaucracies are also authorities in their own right, and that authority gives them autonomy vis-à-vis states, individuals, and other international actor". In*: BARNETT; FINNEMORE. 2004. p. 5. Tradução livre.
[216] "*By 'authority' we mean the ability of one actor to use institutional and discursive resources to induce deference from others" In.* BARNETT; FINNEMORE. 2004. p. 5. Tradução livre.
[217] BARNETT; FINNEMORE. 2004. p. 5. Tradução livre.

> internacional, é conferida, em diferentes graus e tipos, aos atores distintos dos Estados. Proeminente entre esses são as OIs.[218]

OIs são poderosas não tanto porque elas possuem material e recursos de informação mas, fundamentalmente, porque elas usam sua autoridade para orientar ação e criar realidade social[219].

Como autoridades, OIs podem usar seu conhecimento para exercer poder em dois modos. Primeiramente, elas podem regular o mundo social, alterando o comportamento dos Estados e dos atores não Estatais, ao modificar os incentivos por suas decisões[220]. Em segundo lugar (e visualizando as OIs como burocracias), as OIs exercitam poder enquanto elas usam seus conhecimentos e autoridades não apenas para regular o que existe atualmente, mas também para constituir o mundo, criando novos interesses, atores e atividades sociais[221]. Quanto ao papel político das OIs, Barnett e Finnemore discorrem que:

> OIs são frequentemente os atores a quem nós recorremos quando se deve definir significados, normas de bom comportamento, a natureza de atores sociais, e categorias de legítima ação social no mundo. OIs são frequentemente os atores com poderes para decidir sobre a existência real de um problema, e sobre que tipo de problema se trata, e de quem é a responsabilidade para resolve-lo. OIs também ajudam a determinar o tipo de mundo que será governado e define a agenda para a governança global. [...] OIs modelam tanto o modo como o mundo é constituído, como também nossas agendas para agir nele.[222]

Finalmente, os mesmos autores concluem que:

> […] as demandas dos Estados são somente um componente do comportamento das OIs. OIs não são simplesmente servas dos Estados. Elas

---

[218] "*We suggest otherwise. When societies confer authority on the state, they do not do so exclusively. Domestic societies contain an array of authorities, differing in degree and kind. The state is and authority, but academics, professionals and experts, heads of nongovernmental organizations, and religious and business leaders can also be conferred authority. So, too, in international life authority is conferred in differing degrees and kinds on actors other than states. Prominent among these are IOs." In:* BARNETT; FINNEMORE. 2004. p. 5. Tradução ivre.

[219] HOLZNER, Burkhart; MARX, John. **Knowledge Application**: the knowledge system in society. Boston: Allyn and Bacon, 1979.

[220] Segundo os autores, "*The UN Human Rights Commission publishes information about states' torture practices, thus creating incentives for states to comply with human rights norms. IOs have a range of tools to regulate state and nonstate behavior. In.* BARNETT; FINNEMORE. 2004. p. 7.

[221] BARNETT; FINNEMORE. 2004. p. 7. Tradução livre.

[222] "*IOs are often the actors to whom we defer when it comes to defining meanings, norms of good behavior, the nature of social actors, and categories of legitimate social action in the world. IOs are often the actors empowered to decide if there is a problem at all, what kind of problem it is, and whose responsibility it is to solve it. IOs thus help determine the kind of world that is to be governed and set the agenda for global governance. […] IOs shape both how the world is constituted and our agendas for acting in it." In:* BARNETT; FINNEMORE. 2004. p. 7. Tradução livre.

> são atores políticos em seus próprios direitos, tendo seus próprios recursos particulares para moldar a ação política e ser moldada pelos outros.[223]

Como se vê, os principais assuntos políticos da sociedade internacional contemporânea não só aceitam a participação das OIs, como também demandam a sua resposta e atuação frente aos temas emergentes colocados perante à comunidade internacional. Nesse cenário, as OIs atuam em conjunto com os Estados, mas não vinculados à vontade destes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Seja atuando como foros de discussão e de regulação do comércio internacional (OMC); de ajudas humanitárias (ONU); ou da segurança internacional (Conselho de Segurança da ONU), as Organizações Internacionais têm assumido um papel na sociedade internacional contemporânea que a sua exclusão das grandes discussões dos problemas da humanidade seria impensável, consolidando a sua condição de ator internacional na atualidade. E, com o fim de alcançar os seus objetivos para os quais foram criadas, as OIs devem gozar de capacidades e autonomias necessárias para garantir o necessário desempenho de suas funções, conforme entendimento do Tribunal Internacional de Justiça, de 1949.

Em suma, pôde-se verificar que as OIs gozam de autonomia jurídica em relação a seus Estados membros, ao terem reconhecida a sua personalidade jurídica internacional a qual, indubitavelmente, deriva de seus Estados membros. Também conforme citado ao longo do presente artigo, tal disposição pode conceder um grau de autonomia que pode parecer perigoso para os Estados, pois estar-se-ia quebrando o duplo monópolio destes: de sujeitos de direito internacional; e membros ativos da sociedade internacional, razão pela qual é comum que os Estados busquem um desequilibro na sua relação com as OIs das quais são membros. Nessa linha de pensamento, reforça-se o caráter funcionalista das OIs, que enxerga estas como um mero instrumento dos Estados para alcançar seus objetivos.

---

[223] *"[...] states demands are only one component of IO behavior. IOs are not simply passive servants of states. They are political actors in their own right, having their own particular resources for shaping political action, and both shaping and being shaped by others."In:* BARNETT; FINNEMORE. 2004. p. 12. Tradução livre.

Por outro lado, observou-se que, no plano político internacional, as OIs atuam como efetivos atores políticos, deixando de ser consideradas como meros instrumentos funcionais dos Estados. Pelo contrário, as OIs, dentro de sua concepção de "burocracias" e possuidoras de "autoridades", atuam, muitas vezes, em descompasso aos interesses de alguns de seus Estados membros em favor dos princípios lançados por estes em seus respectivos tratados constitutivos.

REFERÊNCIAS

AGO, Roberto. Communauté Internationale et Organisation Internationale. *In:* **Manuel sur les Organisations Internationales** (A Handbook on International Organizations). 2 ed. Dordrecht;Boston;Londres: Martinus Nijhoff Publisheres; Kluwer Law International. 1998.

BARNETT, Michael; FINNEMORE, Martha. **Rules For The World**: international organizations in global politics. New York: Cornell University Press, 2004.

BASTID, Suzanne. **Cours de Droit International Public**: Problèmes juridiques posès par les Organisations internationals (1971-1972). Paris, 1971.

BRIERLY, J. L. **The Outlook for International Law.** Oxford: Clarendon Press, 1944.

CASSESSE, Antonio. **Le droit International dansun Monde divisé**. Paris, 1986.

CIJ. **Réparation des Dommages Subis au Service des Nations Unies**: avis consultatif du 11 avril 1949. Leyde: A.W. Sijthoff. 1949.

DORMOY, Daniel. **Droit des Organisations Internationales**. Paris: Dalloz, 1995.

DIEZ DE VELASCO, Manuel. **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 7 ed. Madrid, 1990.

KRASNER, Stephen. **International Regimes**. Ithaca: Cornell University Press, 1983.

PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc. **Direito Internacional Público**. 2 Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. Traduzido por Vitor Marques Coelho.

RIDRUEJO, José A. Pastor. **Derecho Internacionao Público y Organizaciones Internacionales**. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1996.

WILHELMY, Manfred. **Política internacional. Enfoques y realidades**. Buenos Aires: GEL, 1988.

O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA NA AFIRMAÇÃO DA COOPERAÇÃO JURÍDICA EM MATÉRIA PENAL

Henrique Lago da Silveira[224]

RESUMO

A instituição do mandado de detenção europeu, por meio da decisão-quadro 2002/584/JAI, adotada pelo Conselho, foi a experiência mais factível acerca dos modos pelos quais uma normativa comunitária voltada para a promoção da cooperação jurídica em matéria penal pode causar problemas de compatibilidade constitucional nos Estados-Membros. É na jurisprudência, seja no âmbito comunitário, seja no seio do direito interno, que as discussões acerca da viabilidade jurídica da instituição de tais medidas serão travadas. Nesse sentido, o presente artigo busca evidenciar de eu maneira a atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia contribuiu para a afirmação da cooperação jurídica em matéria penal como elemento-chave do processo de integração e de que forma este desafio, contemporaneamente, se desloca para a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros.

Palavras-chave: Regionalismo, Cooperação Jurídica Internacional, Jurisprudência.

ABSTRACT

The institution of European arrest warrant, towards the framework decision 2002/584/JHA, adopted by the Council, was the most feasible experience about the ways a communitarian norm, turned to improve the juridical co-operation in criminal matters, can cause problems of constitutional compatibility in the Member-States. It is in the jurisprudence, is at the communitarian sphere, or at the national law extent, that the discussions towards the juridical viability of the institution of such measures will be performed. In this sense, the present article seeks to show in which manner the European Union Court of Justice contributed to the statement of juridical co-operation in criminal matters as a key-element of the integration process and how this challenge, contemporaneously, shifts to the jurisprudence of the Constitutional Courts of Member-States.

Keywords: Regionalism, International Juridical Co-operation, Jurisprudence.

[224]Advogado e consultor associado à Bornhausen & Zimmer Advogados, atuante nas áreas de Direito Tributário, Ambiental e Administrativo. Mestrando em Direito e Relações Internacionais junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – CPGD/UFSC. Pesquisador e colaborador do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional e Integração Regional IUS Gentium. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, e cursos de Ciência Política Internacional, Direito Internacional Público e Direito Comunitário Europeu junto à Università Degli Studi di Padova (UNIPD), Itália. Contato: henrique@baz.adv.br

INTRODUÇÃO

O grande desafio para implementação de um regramento jurídico destinado a trazer efetividade à cooperação jurídica internacional em matéria penal é compatibilizar seus instrumentos com as garantias fundamentais de cidadãos sujeitos a regimes constitucionais de Estados distintos, quais sejam, aqueles que fazem parte de determinado tratado ou acordo.

Isso porque a partir do momento em que se opera, concomitantemente, com dois ordenamentos jurídicos distintos, que, pela natureza da matéria, são arraigados à legalidade estrita, resta inevitável a confrontação de conceitos e a o suscitar de incertezas – o que é, também, incompatível com a própria essência do Direito Penal.

Essa dificuldade foi experimentada no âmbito da União Europeia quando o primeiro mecanismo que tocou de maneira mais patente algumas garantias individuais dos cidadãos – aqui referida a cidadania estatal, e não europeia - foi implementado: o mandado de detenção europeu, por meio da Decisão-Quadro nº 2002/584/JAI, tomada, à época, pelo Conselho, no âmbito das competências do então 3º pilar da União Europeia[225], com o claro objetivo de obstaculizar o avanço e a perpetuação da impunidade das ações criminosas organizadas transfronteiriças, notadamente ações terroristas.[226]

Por meio da instituição deste mecanismo, visou-se à criação de uma ferramenta que permitisse tornar mais ágil o processo de entrega de um procurado, de modo a facilitar que criminosos fossem processados e julgados (ou, eventualmente, cumprissem penas) sem que pudessem se valer das dificuldades jurídicas impostas à

---

[225] Faz-se referência, especificamente, à dita base jurídica das decisões-quadro atinentes à matéria, disposta nas alíneas "a" e "b" do art. 31 e "b", nº 2 do art. 34, ambos do TUE, antes de reformado pelo Tratado de Lisboa. Nesse sentido é a lição de Alessandra Lang, "a cooperação judiciária em matéria penal é um dos setores nos quais se articula o Espaço de segurança e justiça, objetivo da União, e encontra sua base jurídica no art. 31 do TUE. Em particular, segundo a definição de Espaço de liberdade, segurança e justiça elaborada pelo Conselho e pela Comissão, tal cooperação contribui para realizar seja a dimensão' justiça' seja a dimensão 'segurança'". LANG, Alessandra. *Il mandato d'arresto europeo nel quadro dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*. *In* PEDRAZZI, Marco (AC). *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona.* Milano: Giuffrè, 2004. p.19.

[226] Com efeito, estamos com Raquel Catillejo Manzanares quando esta afirma que "neste marco, cuja raiz está nos ataques terroristas perpetrados em 11 de setembro de 2001 contra o povo dos Estados Unidos, os chefes de Estado e de Governo da União Europeia, a Presidenta do Parlamento Europeu, o Presidente da Comissão Europeia sugeriram "*a criação de um mandado europeu de detenção e extradição com base nas conclusões de Tampere, e destinado ao reconhecimento mútuo das decisões judiciais"*. *In* ACUÑA, Eduardo Rozo (AC). *Il mandato di arresto europeo e l'estradizione*. Padova: CEDAM, 2004. p. 104-105.

persecução penal pela existência de fronteiras e pelos óbices constitucionais de cada Estado membro relativos à entrega de pessoas. Em síntese, tornar o processo de extradição menos burocrático e mais célere.

Essa ferramenta, oriunda do Direito Comunitário, gerou diversas polêmicas, ao relativizar algumas garantias individuais (fundamentais) que as Constituições dos Estados-Membros conferiam a seus cidadãos em prol da efetivação de um dos princípios daquele ordenamento, qual seja, atingir um amplo espaço de segurança e justiça, sendo um dos instrumentos a cooperação jurídica em matéria penal.

O mecanismo se ampara em um princípio adotado pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, o mútuo reconhecimento das decisões judiciais em matéria penal, previsto no art. 82, item 1, do TFUE. A partir desse reconhecimento, elenca uma lista de 32 crimes, para os quais a entrega do procurado será obrigatória, vale dizer, independentemente de haver disposições na legislação (constitucional ou infraconstitucional) em contrário.

Restou à jurisprudência, portanto, responder à seguinte questão: é possível que uma normativa de direito comunitário relativize, ainda que potencialmente, garantias fundamentais constitucionais para a finalidade de atingir os objetivos daquele sistema jurídico?

Nesse momento, destacou-se o papel do Tribunal de Justiça da União Europeia na afirmação da cooperação jurídica comunitária em matéria penal como elemento fundamental do processo de integração regional, referendando juridicamente o instituto do mandado de detenção europeu.

Essa decisão criou novos desafios para os Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros, nos quais se deposita esperanças para o caminhar do processo de integração, também na esfera penal.

1. A DECISÃO C-303/05 DA GRANDE SEÇÃO DO TJUE E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O FUTURO DA COOPERAÇÃO JURÍDICA EM MATÉRIA PENAL NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPEIA

Consoante já salientado, uma das novidades instituídas pelo mandado de detenção europeu foi o estabelecimento de um rol de 32 crimes nos quais a entrega da pessoa procurada se tornou obrigatória, prescindindo da existência de dupla

incriminação do delito, vale dizer, independentemente de o fato imputado se constituir crime no Estado emissor e no Estado executor da ordem de entrega, nos casos previstos pelo art. 2, §2º da referida decisão-quadro.

Cumpre referir, contudo, que muito embora a decisão-quadro 2002/584/JAI estabeleça um sistema de lista fechada e objetiva, não há uma definição clara e objetiva, comum a todos os Estados-Membros, do que se pode entender como condutas típicas, vale dizer, de quais ações ou omissões humanas podem ser consideradas como elementos subjetivos para a caracterização do delito. [227]

Da mesma forma, verifica-se que não há uma indicação que permita inferir, sem dúvidas, os próprios elementos objetivos do tipo penal, como o conceito de "arma", "terrorista" ou "substância entorpecente". Ou seja, não há uma definição legislativa comunitária sobre elementos do tipo penal.

Por essa razão, a questão assume contornos mais complexos. Isso porque a renúncia à dupla incriminação, para incrementar a cooperação jurídica em matéria penal, não pode implicar, automaticamente, uma ab-rogação do princípio da legalidade[228] e segurança jurídica[229], ínsitos não só a ordem constitucional dos Estados membros, como também às Cartas de Direitos Fundamentais que integram o Direito da União Européia. [230]

Não poucas são as dificuldades deixadas pela letra da decisão-quadro para aferir a tipificação do fato, uma vez que as condutas ali descritas são demasiado

---

[227] Nesse particular, ressalte-se a exceção da conduta de terrorismo, segundo a qual há posições comuns adotadas no âmbito da PESC que permitem inferir o que se entende por grupo e ato terrorista. Registra-se a adoção das Posições Comuns 2001/931/PESC e 2001/930/PESC.

[228] Na percepção de Gunther Jakobs, "a vinculação à lei de que trata o princípio da legalidade penal deve garantir objetividade: (...) Os efeitos do princípio são: (1) a determinação da punibilidade deve ser feita pela lei; (2) a lei deve determinar a punibilidade (*lex certa*) entendendo-se por punibilidade o 'se' e o 'quanto' da pena; o intérprete está vinculado à determinação (*Lex stricta*); (2) a determinação deve ser *anterior ao fato* (*lex praevia*); a exposição dessa *proibição de retroatividade* tem lugar em relação à eficácia temporal". JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade.* Belo Horizonte:Del Rey, 2008. p. 106-110.

[229] A segurança jurídica funciona como uma vedação de alterar as regras do sistema em meio a uma situação concreta. Os cidadãos tem a ciência de que há uma legislação positivada e que esta deve ser aplicada de maneira coerente não só com o próprio Direito Penal, mas, e sobretudo, sob a ótica constitucional – tem, assim, segurança jurídica de que não haverá alterações nessas normas sem a sua ciência, razão pela qual pratica atos de maneira deliberada. Na prática, verifica-se que pode haver uma relativização dos pressupostos da segurança jurídica tão somente se em contraste com outros mandamentos constitucionais de igual quilate. Para uma análise crítica sobre a relação entre segurança jurídica e o direito penal, faz-se referência a ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

[230] Faz-se referência, especificamente, à Carta de Direitos Fundamentais de Nice, de 2002, bem como à Declaração Européia dos Direitos do Homem.

genéricas, repletas de tipos penais abertos[231] e normas penais em branco[232], como, acertadamente, registra Roberta Calvano. [233]

Diante dessa situação, as Cortes Constitucionais dos Estados-Membros passaram a se deparar com uma questão bastante peculiar. Havia previsão legal nos ordenamentos internos para que uma pessoa fosse detida com base em um mandado de detenção – em decorrência da lei de recepção da decisão-quadro em apreço, que, notadamente, alterou os Códigos de Processo Penal -, mas não se podia afirmar se a conduta descrita no respectivo mandado preenchia, ou não, os elementares do tipo penal daquele Estado executor da ordem.

Ou seja, a insegurança advinha do seguinte: em tese, havia, de um lado, uma legislação autorizando a prender um cidadão por um fato que não se sabia se naquele Estado correspondia (ou não) a uma conduta prevista (e, pois, criminalizada) pela lei penal.

Nesse sentido, imprescindível tratar da questão prejudicial submetida à apreciação do Tribunal de Justiça Europeu pela *Cour d'Arbitrage* belga[234], notadamente

---

[231] "há casos em que o tipo não individualiza totalmente a conduta proibida, exigindo que o juiz o faça, para o que deverá recorrer a normas ou regras gerais, que estão fora do tipo penal. Quando a lei reprime o homicídio culposo, está exigindo do juiz que, frente ao caso concreto, determine qual era o dever de cuidado que o autor tinha a seu cargo, e, com base nele, 'feche' o tipo, passando depois a averiguar se a conduta concreta é típica deste tipo 'fechado' pelo juiz mediante uma norma geral de cuidado, que necessitou 'trazer' ao tipo, vinda de outro contexto. Estes tipos chamam-se *tipos abertos*, por oposição aos *tipos fechados*, em que a conduta proibida pode ser perfeitamente individualizada sem que haja necessidade de recorrer-se a outros elementos além daqueles fornecidos pela própria lei penal no tipo". ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 424-425.

[232] "chamam-se leis penais em branco, ou normas penais em branco, as que estabelecem uma pena para uma conduta que se encontra individualizada em outra lei (formal ou material). (...) A lei formal ou material que completa a lei penal em branco integra o tipo penal, de modo que, se a lei penal em branco remete a uma lei que ainda não existe, o tipo não terá vigência até que a lei que a complete seja sancionada". ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 426-427.

[233] CALVANO, Roberta. Legalità Costituzionale e Mandato d'Arresto Europeo. Napoli: Jovene, 2007. p. 29.

[234] Trata-se da Causa C-303/05, submetida à Grande Seção do Tribunal de Justiça da União Européia e decidida em 3 de junho de 2007. A fim de se compreender o objeto da questão prejudicial submetida ao TJUE, oportuna é a lição de Federico Sorrentino, "a questão prejudicial nasceu de um juízo interno de constitucionalidade cujo objeto era a lei belga de atuação do mandado de detenção europeu, no âmbito do qual os questionamentos de legitimidade da lei nacional acabaram por ser transferidos à decisão quadro: tratou-se, de fato, de uma hipótese de 'ilegitimidade derivada' na qual a pretensa inconstitucionalidade da lei descendia de maneira automática da dúbia validade da decisão-quadro à qual se dava vazão. (...) Dessa maneira, tendo em vista que houve questionamentos acerca da compatibilidade de um ato normativo comunitário com os tratados institutivos, fez-se necessário o a utilização da questão prejudicial, remetendo o juízo ao Tribunal de Justiça da União Européia. As duas questões postas ao exame do Tribunal foram, guardada sua diversidade, extremamente conexas. De um lado, se censurou a idoneidade do instrumento (decisão-quadro) para possibilitar, em um setor regulado por tratados internacionais de extradição, uma modificação dos mecanismos de entrega entre os Estados membros, quando se deveria adotar o instrumento clássico da convenção. De outra banda, questiona-se a ilegítima supressão, por parte

no segundo quesito, o qual questionava o TJUE acerca da validade, do ponto de vista do conteúdo, da disciplina do art. 2, §2º, da decisão quadro 2002/584/JAI, frente aos princípios da tipicidade[235] e segurança jurídica.

Isso porque, como expunha a Corte belga, o fato de o artigo estabelecer um rol de condutas vagas sem especificação dos tipos penais traria enorme insegurança jurídica aos cidadãos e aos próprios Estados-Membros quanto à aplicação do direito, violando, também, o princípio da estrita legalidade penal – tipicidade.

Todavia, a interpretação do TJEU sobre o tema, por meio da Decisão C-303/05, foi distinta, entendendo que o fato de as condutas serem genéricas não violava o princípio da tipicidade, mas que era algo inerente a qualquer instituto que versasse sobre tipos penais. Negar essa possibilidade, para o Tribunal, equivaleria a esvaziar o conteúdo de um dos (então) pilares da União, a cooperação jurídica em matéria penal. Sobre esse ponto, como anota Roberta Calvano:

> O juiz comunitário não hesitou ao afirmar, em substância, que a legalidade estrita não é uma questão da qual deva se ocupar uma decisão-quadro, uma vez que essa não pretende designar fatispécies de crimes nem as penas respectivas, remetendo as mesmas às legislações penais nacionais. Ocupa-se, de outro norte, a dar vazão e aplicação à própria disciplina da cooperação jurídica em matéria penal, o que, segundo o Tribunal, ocorreu por meio da edição da aludida legislação.[236]

Dessa sorte, pode-se afirmar que a decisão do juiz comunitário referendou a própria posição do legislador europeu, prezando pela celeridade do procedimento e pela segurança coletiva, em detrimento da liberdade individual e, talvez, da própria justiça. [237]

Dessa sorte, pela decisão do TJUE, privilegiou-se a integração e seus objetivos, ainda que postos em cheque outros dois valores muito caros tanto ao Direito

---

da decisão-quadro, do requisito da dupla incriminação para alguns crimes, sem que relativamente a esses se tenha atingido qualquer homogeneidade de tipificação das condutas, a qual só seria atingida de maneira eficaz por meio da aproximação de legislações; aqui, portanto, fez-se referência à violação aos princípios da estrita legalidade em matéria penal, segurança jurídica e igualdade". *In* CALVANO, Roberta (Org.). *Legalità Costituzionale e Mandato d'Arresto Europeo*. Napoli: Jovene, 2007. p. 18.

[235] "tipicidade é a característica que tem a conduta em razão de estar adequada a um tipo penal, ou seja, individualizada como proibida por um tipo penal. O tipo penal, por sua vez, e conforme já salientado, é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes" ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 422.

[236] Op. cit. p. 31.

[237] No mesmo sentido, como, inclusive, já exposto, é a opinião de Rita Dedola e Giuseppe Frigo, além de Marco Pedrazzi, obras já citadas.

quanto ao Processo Penais: a segurança jurídica e a legalidade, expressa pelos princípios da tipicidade e taxatividade da lei.

Em nosso sentir, apoiado pela perspectiva de Annalisa Ciampi, a decisão do TJUE frente à questão prejudicial tratou não só de permitir a relativização de garantias constitucionais, penais e processuais penais, como também acabou por colocar as próprias Constituições dos Estados Membros em um segundo plano frente ao Direito Comunitário derivado. [238] Esta situação acabou por ocasionar inúmeras dificuldades para a aplicação judicial do instituto, conforme aponta Raquel Catillejo Manzanares:

> Para dar alguns exemplos das dificuldades do instituto, foram incluídos os delitos de "terrorismo", quando suas modalidades de comissão são muito variadas. Menciona-se o "tráfico ilícito de armas, munições e explosivos", deixando de fora o porte ilegal desses instrumentos e, sobretudo, não existe definição comunitária alguma do que se pode entender por arma. Faz-se referência à corrupção, mas também sem especificar se se trata somente de condutas de delitivas cometidas por funcionários públicos ou se estão incluídas aquelas por particulares, por exemplo. Enfim, uma série de dificuldades de aplicação que somente a experiência prática dará meios de solução adequados.[239]

Ou seja, muito embora a entrega dos procurados pelo cometimento dos delitos constantes na lista seja obrigatória e o entendimento do TJUE não entenda que os princípios da tipicidade e segurança jurídica foram violados, as próprias Constituições nacionais impõem a observância a estes cânones, sob pena de inconstitucionalidade, de modo que se torna difícil a aplicação da decisão-quadro por meio de uma lei interna sem que haja muita cautela.

Há, assim, duas correntes distintas acerca do modo pelo qual resolver o impasse, de modo a viabilizar a aplicação do mandado de detenção europeu. Para a primeira delas, representada por Alessandra Lang, para harmonizar a interpretação do TJUE com os ordenamentos constitucionais pátrios o juiz executor do mandado deve realizar um exercício de hermenêutica, de sorte que não pode se limitar em proceder a entrega sem valorar, ao menos, a compatibilidade entre o fato ocorrido e sua tipificação.[240]

---

[238] *In* FILIPPI, Leonardo (Org). *Equo processo – normativa italiana ed europea a confronto.* Padova: CEDAM, 2007, p.98.

[239] *In* ACUÑA, Eduardo Rozo (Org.). Op. cit. p. 118.

[240] "Segundo a doutrina que se debruçou sobre o mandado de detenção, o juiz executor da norma não deve executar o mandado de maneira acrítica e automática simplesmente porque o crime que constitui seu objeto é previsto na lista do art. 2º, §2º. Tendo em vista a necessidade de respeito à segurança jurídica e à legalidade, a ele compete valorar a correta qualificação dos fatos, efetuada pelo juiz requerente, fazendo um constante exercício de hermenêutica" (Op. cit. p. 39). Ainda, ler PANEBIANCO, Massimo. *Il*

Há problemas práticos para a aplicação da interpretação dessa corrente, como anotam Roberta Calvano[241] e Gaetano De Amicis[242]. Isso porque autorizaria, por exemplo, que um juiz naturalmente incompetente para o julgamento do fato delituoso se manifestasse sobre a compatibilidade de uma conduta com um tipo, subsumindo o fato à norma de outro Estado por meio da hermenêutica. Poder-se-ia, assim, haver aplicação extraterritorial da lei penal, violação à segurança jurídica e à própria legalidade, estes princípios constitucionais de qualquer Estado Democrático de Direito.

A segunda corrente pode ser identificada na posição mais legalista de López Ortega, para quem a única maneira eficaz de solucionar o impasse seria a adoção de uma normativa que vinculasse todos os Estados-Membros da União Européia, fazendo com que houvesse uma harmonização legislativa dos tipos penais, garantindo a segurança jurídica. [243]

Atualmente, ante a recente comunitarização da disciplina da cooperação judicial em matéria penal pelo Tratado de Lisboa, notadamente o disposto no art. 83, uma solução legislativa se afigura parcialmente viável, mas restrita aos crimes que

---

mandato d'arresto europeo. *In* ACUÑA, Eduardo Rozo. *Il mandato d'Arresto Europeo e l'Estradizione.* Padova: CEDAM, 2004.

[241] "a possibilidade de delegar aos juízes nacionais o papel de adequar os fatos aos tipos penais, afirmando que é viável deixar indeterminada a descrição das hipóteses de aplicação do instituto do mandado de detenção europeu, afigura-se num permissivo para que o magistrado se transforme, dependendo da maneira em que vier interpretada a conduta e a norma, em um potencial assassino, por permitir a indiscriminada supressão das garantias do indivíduo frente a ameaça de restrição a sua liberdade". Op. cit. p. 32.

[242] "Nessa perspectiva, é certo que a legalidade penal não pode tolerar, como já se sublinhou, sobreposições e contrastes jurisprudenciais entre as Cortes dos Estados-Membros, aceitando o risco conexo de leituras divergentes e contraditórias, ulteriormente complicadas pela sucessiva intervenção dos juízes nacionais sobre questões problemáticas de interesse e relevo comuns, de vital importância para a complexa tentativa de construção futura de um direito penal em termos europeus". DE AMICIS, Gaetano. Cooperazione Giudiziaria e Corruzione Internazionale – verso um sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie. Milano: Giuffrè Editore, 2007. p. 20.

[243] A lição do doutrinador, *verbis*: "somente quando, por meio de instrumentos específicos, em que forem parte todos os membros da União Européia, houver delimitação do âmbito de tipicidade de todas as condutas puníveis o sistema de listas pode se considerar completo com a normativa e, desta forma indireta, respeitar os princípios da legalidade e da segurança jurídica. Eram possíveis duas opções: uma de manter o princípio da dupla incriminação tal qual era entendido quando da vigência do mecanismo de extradição, vale dizer, superar a pretendida equivalência com o princípio da identidade normativa; a outra, prescindir, pura e simplesmente, da exigência de dupla incriminação, aceitando que as diversas legislações da União Européia compartilham um mesmo sistema de valores jurídicos que se expressa nos diversos ordenamentos nacionais. Em vez de optar por qualquer delas, a solução adotada compromete seriamente o princípio da segurança jurídica, substancial à exigência da legalidade em matéria extradicional." ORTEGA, López. *El futuro de la extradición en Europa*, *en Derecho Extradicional*. Madrid: 2003, 327-332.

possuírem dimensões transfronteiriças, portanto, nem todos os 32 constantes da lista fechada da Decisão-Quadro. [244]

Dessa forma, verifica-se que - ao menos até que a normativa seja editada, para os crimes transfronteiriços, e, permanentemente aos outros - caberá à jurisprudência dos Estados-Membros todo o esforço para adequar os fatos ocorridos aos tipos penais previstos na lista fechada, àqueles tipificados tanto no Estado de emissão do mandado quanto no Estado executor, tal qual salienta Gaetano De Amicis. [245]

Tem a magistratura dos Estados-Membros, e do próprio TJUE, portanto, diante de si, grandes desafios para compatibilizar as iniciativas comunitárias destinadas à efetivação da cooperação jurídica em matéria penal, como o mandado de detenção europeu, e as garantias individuais asseguradas pelas Constituições dos próprios membros da U.E.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dificuldade enfrentada pela União Europeia para a implementação do instituto do mandado de detenção europeu - instituto mais significativo da cooperação

---

[244] Isso porque a recente "comunitarização" da matéria da cooperação judiciária em matéria penal, realizada por obra do Tratado de Lisboa, trouxe no artigo 83 do Tratado sobre o Funcionamento da União Européia a possibilidade de Art. 83. 1. O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de diretivas adoptadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infracções, ou ainda da especial necessidade de as combater, assente em bases comuns.

[245] Sobre o tema, Gaeatano De Amicis observa que, na história, já houve passagens similares: "o papel assumido pelo juiz penal no atual sistema Europeu é, ao mesmo tempo que novo, 'antigo', devendo ele chegar à norma aplicável ao caso utilizando-se de depósitos de conhecimento alimentados por uma complexa relação entre as esferas de conhecimento: se, por um lado, é uma circunstância facilmente perceptível a de que convivem, na Europa, ordenamentos extremamente diversos entre si, com uma especificidade e riqueza de tradições e experiências por vezes dificilmente conciliáveis, é também verdade, de outro lado, que as próprias Cortes judiciais desenvolveram, no passado, um papel 'unificante' no processo histórico de desprendimento da lenta transição da época feudal àquela dos Estados Modernos, quando as Cortes Régias conseguiram progressivamente erodir os poderes dos juízes locais, preparando, dessa forma os pressupostos para a instituição de um sistema e de um modelo processual uniformes. A 'soberania de um tempo é, assim, transformada em interdependência ou dependência', e a abertura da jurisprudência a essas relações, como restou afirmado, não compromete a identidade da própria e não se constitui tampouco um modismo, mas é parte do processo multifacetado de 'universalização do direito', um fenômeno característico de nosso tempo jurídico". Op. cit. p. 26.

jurídica em matéria penal – no seio dos Estados-Membros foi e ainda é, de fato, tormentosa.

Isso porque, com a instituição de uma lista fechada de crimes, desacompanhada dos respectivos tipos penais (até porque a U.E. sequer detinha competência para estabelece-los à época da edição da normativa), relativiza-se garantias asseguradas pelas Constituições dos Estados-Membros.

Cria-se, com a operação, pois, um conflito entre a necessidade de adimplência a uma obrigação de Direito Comunitário - que tem primazia em face do Direito Interno pelas normas Constitucionais – e determinadas garantias asseguradas pela própria Constituição dos Estados-Membros. Qual deve preponderar? Esta a difícil questão que se apresentou para a jurisprudência europeia.

Nesse sentido, verifica-se que foi determinante o papel do TJUE, notadamente a Decisão C-303/05, ao indicar qual escolha deve ser feita: aquela em prol da segurança coletiva, aquela em prol do processo de integração. Isso porque, para o Tribunal Comunitário, a relativização de alguns pressupostos é algo necessário à própria efetivação da cooperação jurídica em matéria penal, para a qual todos os Estados-Membros assentiram quando da firma dos Tratados Institutivos, bem como quando da edição da Decisão-Quadro nº 2002/584/JAI, sob pena de esvaziar o instituto.

Colocou-se, portanto, sob os ombros dos Tribunais Constitucionais dos Estados Membros, o grande desafio de compatibilizar a necessária primazia de que goza o Direito Comunitário em face dos Direitos Internos de cada um com as garantias fundamentais previstas em cada Constituição específica. Desafio este que se confunde, tal qual salientou o TJUE, com a própria efetivação ou esvaziamento da disciplina da cooperação jurídica em matéria penal.

Assim como esteve a cargo do Tribunal de Justiça da União Europeia a afirmação deste como elemento necessário à integração regional efetiva, está, agora, na alçada dos Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros, decidir se é desejo prosseguir no processo de ampla integração e efetivação de um "amplo espaço de segurança e justiça", ou colocar-lhe freios.

Aquilo que já foi escolha eminentemente política de ilustres estadistas, como Jean Monnet, incumbe no atual estágio de evolução da integração, ainda que em parte, ao Poder Judiciário, à magistratura.

REFERÊNCIAS

ACUÑA, Eduardo Rozo (Org.). *Il mandato di arresto europeo e l'estradizione*. Padova: CEDAM, 2004.

CALVANO, Roberta. *Legalità Costituzionale e Mandato d'Arresto Europeo.* Napoli: Jovene, 2007.

DE AMICIS, Gaetano. *Cooperazione Giudiziaria e Corruzione Internazionale – verso um sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie.* Milano: Giuffrè Editore, 2007.

FILIPPI, Leonardo (Org). *Equo processo – normativa italiana ed europea a confronto.* Padova: CEDAM, 2007.

IUZZOLINO, Gabriele (AC). *Diritto Penale Europeo e Ordinamento Italiano.*Milano: Giuffrè Editore, 2005.

JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade.* Belo Horizonte:Del Rey, 2008

MONNET, Jean. *Cittadino d'Europa*. Prima edizione, Napoli: Guida, 2007;

ORTEGA, López. *El futuro de la extradición en Europa*, *en Derecho Extradicional*. Madrid: 2003

PEDRAZZI, Marco (AC). *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona.* Milano: Giuffrè, 2004.

PISANI, Maria Mercedes. *Problemi Costituzionali Relativi All'Aplicazione del Mandato d"Arresto Europeo Negli Stati Membri*. Disponível em *http://www.federalismi.it/federalismi/document/27072005055220.pdf*, acesso em 28/11/2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MÚLTIPLA NACIONALIDADE: REPENSANDO A RELAÇÃO ENTRE SUJEITO E ESTADO NO MUNDO GLOBALIZADO

Cássio Eduardo Zen[246]

RESUMO

Este artigo irá trabalhar a situação atual a qual estão sujeitos os indivíduos com mais de uma nacionalidade, com especial foco nas mudanças ocorridas neste âmbito após a aceleração da globalização e a remodelação dos aparatos militares (e como consequência a elaboração de novas e diferentes estratégias de guerra). Em especial, trataremos da mudança do posicionamento contrário a múltipla nacionalidade por receio de criar-se um possível traidor entre os nacionais de um estado para um pensamento tolerante aos múltiplo nacionais, inclusive quanto a obrigações militares. Esta mudança de pensamento, como iremos explorar, obriga um repensar de toda a relação entre o sujeito "súdito" de um estado e o próprio papel deste no mundo globalizado.

Palavras chave: Múltipla Nacionalidade; Obrigações Militares; Globalização.

ABSTRACT

This paper will study the current situation of the individuals with two or more nationalities, with special focus on main changes that took place after the new rhythm of globalization and the reshaping of the military forces (and as a consequence, the elaboration of new and different war strategies). We shall focus on the changing from a position contrary to the multiple nationality towards a more tolerant approach to the question, including regarding military obligations. This change of position, as we are about to explore, demands a re-thinking of the whole relationship between the individual, "subject" to a state and the very role of the latter in the global world.

Keywords: Multiple Nationality; Military Obligations; Globalization.

1 A NACIONALIDADE: DO VÍNCULO TRADICIONAL ENTRE SOBERANO E SUJEITO AO RELACIONAMENTO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO

[246] Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestrando em Direito das Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Participa do Grupo de Estudos em Direito Internacional Ius Gentium, da Universidade Federal de Santa Catarina. Contatos: cassioz@yahoo.com. Artigo elaborado durante período de pesquisa junto a Università degli Studi di Milano – Milão, Itália, através de convênio com a UFSC. Dedica-se este artigo a memória de Erico Zen, o qual infelizmente não viveu para ver reconhecida sua condição de italiano brasileiro.

1.1 O VÍNCULO TRADICIONAL, O SUJEITO SUBMETIDO AO ESTADO

Como primeiro passo em nosso estudo iremos tratar da concepção tradicional da nacionalidade, a qual sujeita determinados indivíduos a autoridade de determinado estado, que atribui a estas o status de nacional. Amélie DIONISI-PEYRUSSE define o coração do conceito tradicional de nacionalidade, como o estado[247]. A soberania de tal estado é clara em sua prerrogativa, reconhecida por diferentes instrumentos legais internacionais, que cabe a cada estado, com exclusividade, determinar quem são seus nacionais. Segundo DIONISI-PEYRUSSE:

> "o fato que cada Estado determina soberanamente seus nacionais pode causar conflitos de nacionalidades, uma vez que deste principio deriva uma impossibilidade de exigir-se uma harmonização. Deste fato, um individuo pode ser considerado como nacional por diferentes Estados ou pelo contrário, por nenhum, sem aparentemente obstáculo jurídico algum. Como efeito, a criação de normas na matéria remeteria necessariamente a questionar-se o princípio da determinação da nacionalidade em função da vontade soberana do Estado[248]"

Durante a fase absolutista, a relação sujeito-estado atingiu considerável grau de verticalização, o indivíduo, conforme Gerardo ZAMPAGLIONE e Paolo GUGLIELMAN, era considerado como pertencente ao soberano[249]. Segundo Paolo CAVANA, a noção de cidadania tradicionalmente acompanhou a ideia e afirmação histórica do Estado-Nação[250]. Neste sentido, o duplo nacional era tido como um anormal, como alguém a ser evitado, um possível traidor, um estrangeiro com poder de voto e de ser votado.

---

[247] DIONISI-PEYRUSSE, Amélie. *Essai Sur Une Nouvelle Conception De La Nationalité*. Paris: Defrénois, 2008. Doctorat et Notariat (Collection de Thèses dirigée par Bernard Beignier), tome 31, p.21.

[248] _____. _____, p.43. Traduzimos o original em francês : "Le fait que chaque État determine souverainement ses nationaux peut etraîner des conflits de nationalités puisque de ce príncipe découle une impossibilite d´exiger une harmonisation. De ce fait, um individu peut être considere comme national par plusieurs États, ou au contraire par aucun, ans aucun obstacle juridique envisageable. En effet, la création de normes en la matière remettrait nécessairement en question le principle de détermination de la nationalité en fonction de la volonté souveraine de l´État."

[249] ZAMPAGLIONE, Gerardo; GUGLIELMAN, Paolo. *Diritto e Pratica Consolare (volume terzo) La Cittadinanza*. Roma: Casa Editrice Stamperia Nazionale, 1995, p.2.

[250] CAVANA, Paolo. Nuove Dimensioni Della Cittadinanza e Pluralismo Religioso. Premesse Per Uno Studio. In: DALLA TORRE, Giuseppe; D´AGOSTINO, Francesco. *La Cittadinanza. Problemi e dinamiche in una società pluralistica.* Torino: Giappichelli, 2000. Collana della Facoltà di Giurisprudenza Lumsa. p.59-150, p.68

O caso de Michaëlle Jean, nomeada Governadora Geral[251] do Canadá causou polêmica pois Jean tinha na época a nacionalidade francesa, além da canadense e as disposições legais francesas autorizavam a retirada da nacionalidade da futura chefe de estado, que acabou renunciando a nacionalidade francesa, apesar das autoridades da França terem afirmado que não retirariam a nacionalidade, devido ao caráter cerimonial do cargo. Ainda envolvendo o Canadá, John Turner, antigo primeiro ministro, manteve sua dupla nacionalidade britânico-canadense, mostrando uma reação diferente em dois casos no mesmo país. Em escala menor, ocorreu certa polêmica quando a então primeira dama brasileira, Marisa Letícia teve reconhecida a nacionalidade italiana.

De uma maneira geral, esta inimizade geral contra os múltiplo nacionais tem sua base compartilhada na nacionalidade, a qual, segundo Joseph RYKWERT, tem suas raízes no separar[252]. No mesmo sentido, Waldemar SKROBACKI afirma que as normas de nacionalidade foram criadas com base em divisões entre "'nós' contra 'eles'"[253]. A separação entre nacional e estrangeiro é a base da nacionalidade. É por esta razão que na concepção tradicional da cidadania, somente os cidadãos tem participação política, somente os cidadãos tem direito a proteção consular, somente certos indivíduos tem garantidos certos direitos enquanto outros são excluídos desta relação privilegiada. Ter um indivíduo estrangeiro com os direitos considerados por muitos como um privilégio, causa desconforto nestes, tomando como ponto de partida o conceito tradicional de nacionalidade.

Arno DAL RI JÚNIOR, tratando da concepção da cidadania na época moderna, afirma que: "A relação entre o soberano e cidadão baseia-se em uma série de obrigações de um em relação ao outro: o cidadão deve ao soberano obediência e fidelidade, enquanto o soberano deve ao cidadão justiça, conselho, conforto e ajuda e proteção."[254] Estas obrigações do sujeito perante o estado eram exigidas até pouco tempo (e em certos casos até hoje) este em caráter de exclusividade, não aceitando a duplicidade de nacionalidades. Isto era evidente até mesmo no título das Convenções Internacionais, como a de 1963 visando reduzir o numero de casos de múltipla

---

[251] Um cargo eminentemente cerimonial.

[252] RYKWERT, Joseph. *L´idea di città. Antropologia della forma urbana nel mondo antico.* Torino: Enaudi, 1981, p.219.

[253] SKROBACKI, Waldemar. Dual Citizenship, European Identity and Community Building in Europe. In: FAIST, Thomas; KIVISTO, Peter (eds.) . *Dual Citizenship in Global Perspective. From Unitary to Multiple Citizenship*. Houndmills, Basingstoke, Hampshire: Palgrave MacMillan, 2007, p.227-246, p. 231. Traduzimos o original em ingles: "'us' vs 'them'"

[254] DAL RI JÚNIOR, Arno. *História do Direito Internacional; Comércio e moeda; Cidadania e nacionalidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p.226.

nacionalidade, como se o múltiplo nacional fosse uma doença. Esta perspectiva muda recentemente, como coloca Thomas FAIST:

> "Nas últimas décadas, estados soberanos mostraram uma crescente tolerância a dupla nacionalidade, em alguns casos chamada nacionalidade multipla ou plurima. Isto é surpreendente quando consideramos que algumas décadas atrás nacionalidade e lealdade política eram consideradas como uma unidade inseparável.[255]

Acreditamos que a maior aceitação da múltipla nacionalidade esteja ligada a valores democráticos, aos direitos de caráter universal e a aceleração da globalização. Passamos agora a analisar como é este novo relacionamento sujeito estado.

1.2 O RELACIONAMENTO DEMOCRÁTICO E O RESPEITO AOS MÚLTIPLO NACIONAIS

Rainer BAUBÖCK descreve a mudança da nacionalidade no sistema da Paz da Vestfália para a situação atual de maneira sintética:

> "No sistema Westfaliano de estados, estados soberanos são considerados a única comunidade política relevante e a sua soberania exclui filiações sobrepostas de seus cidadãos com outros estados. O que vemos emergir, ao contrário, é uma proliferação de múltiplas cidadanias que são verticalmente situadas em acordos federativos ou sobrepõe-se horizontalmente em relações transnacionais"[256] (traduzimos)

FAIST continua o raciocínio a respeito da soberania dos estados e a múltipla nacionalidade, questionando se a múltipla nacionalidade seria mesmo um algoz

---

[255] FAIST, Thomas. Introduction: The Shifting Boundaries of the Political. In: FAIST, Thomas; KIVISTO, Peter (eds.) . *Dual Citizenship in Global Perspective. From Unitary to Multiple Citizenship*. Houndmills, Basingstoke, Hampshire: Palgrave MacMillan, 2007, p.1-23, p.1. Traduzimos o original em ingles: Over the last few decades, sovereign states have shown an increasing tolerance of dual citizenship, sometimes also called multiple or plural citizenship. This is astonishing when one considers that a few decades ago citizenship and political loyalty to a state were still considered to form an inseparable unity."

[256] BAUBÖCK, Rainer. The Trade-off Between Transnational Citizenship and Political Autonomy. In: FAIST, Thomas; KIVISTO, Peter (eds.) . *Dual Citizenship in Global Perspective. From Unitary to Multiple Citizenship*. Houndmills, Basingstoke, Hampshire: Palgrave MacMillan, 2007, p.69-91, p.85. Traduzimos o original em língua inglesa: "In the Westphalian state system, sovereign states are considered as the only relevant political communities and their sovereignty excludes overlapping affiliations of their citizens to other states. What we see emerging instead is a proliferation of multiple citizenships that are either vertically nested within each other in federal arrangements or overlap horizontally in transnational relations."

dessa[257]. Ainda a respeito da diminuição da soberania dos estados e das pessoas, FAIST aponta para outros culpados mais explícitos:

> "Pelo contrário, o enfraquecimento tanto da soberania estatal quanto da popular deve ser entendido com referência a outras cadeias causais. Fatores muito mais relevantes que a liberalização da cidadania podem ter contribuído para a erosão da soberania estatal bem como da popular, podem ser encontrados na dinâmica do capitalismo global, como a 'lei sem estados', a expansão de políticas do medo no pós 11 de setembro e as justificativas para intervenções militares para combater o terrorismo transnacional"[258]

Então não há o menor cabimento em culpar os múltiplo nacionais pela decadência do ente estatal, como acabamos de apontar, os culpados são outros. Mas então, o que estaria acontecendo com a nacionalidade hoje? Para José ITZIGSOHN, o que estaria ocorrendo seria um "embaçamento" e sobreposição da nacionalidade, dos direitos de cidadania e estados ao passo no qual o pertencimento nacional é redefinido pelas migrações em massa e a múltipla nacionalidade e a múltipla cidadania se tornam as regras[259]. Já Peter Spiro tratando da consolidação da múltipla nacionalidade, afirma que:

> "Enquanto a nacionalidade foi estabelecida a tempo, normativamente e legalmente, como um vincula exclusive, os vínculos nacionais múltiplos são cada vez mais tolerados, aceitados ou ainda abraçados. Na medida em que as migrações transnacionais aumentam, o número de indivíduos com mais de uma nacionalidade continuará a aumentar. A dupla nacionalidade está prestes a se tornar o lugar comum."[260]

---

[257] FAIST, Thomas. Introduction: The Shifting Boundaries of the Political. In: FAIST, Thomas; KIVISTO, Peter (eds.) . *Dual Citizenship in Global Perspective. From Unitary to Multiple Citizenship*, p.7.

[258] _____. _____, p.9. Traduzimos o original em língua inglesa: "Instead, the weakening of both state and popular sovereignty has to be understood with reference to very different causal chains. Much more relevant factors than the liberalization of citizenship which may have contributed to the erosion of both state and popular sovereignty can be found in the dynamics of global capitalism, such as 'law without states', the spread of the politics of fear in the wake of 11 September and the justifications for military interventions to combat terrorism operating transnationally"

[259] ITZIGSOHN, José. Migration and Transnational Citizenship in Latin America: The Cases of Mexico and the Dominican Republic. In: FAIST, Thomas; KIVISTO, Peter (eds.) . *Dual Citizenship in Global Perspective. From Unitary to Multiple Citizenship*. Houndmills, Basingstoke, Hampshire: Palgrave MacMillan, 2007, p.113-134, p.113.

[260] SPIRO, Peter J. *Dual Citizenship: A Postnational View.* In: FAIST, Thomas; KIVISTO, Peter (eds.). *Dual Citizenship in Global Perspective. From Unitary to Multiple Citizenship*. Houndmills, Basingstoke, Hampshire: Palgrave MacMillan, 2007, p.189-202, p.189. Traduzimos o original em ingles: Where nationality had been long established, normatively and legally, as an exclusive tie, multiple national attachments are increasingly tolerated, accepted, even embraced. As transnational migration increases, the number of individuals holding more than one citizenship will continue to grow. Dual citizenship is well on the way to becoming a commonplace.

SPIRO discorda da ideia que a dupla nacionalidade necessariamente causaria uma diluição de uma das nacionalidades. Segundo o autor:

> "É possível um indivíduo adquirir nacionalidade em estados perante os quais tenha vínculos subordinados ou ainda nominais, sem sacrificar seu vínculo primário. Isto significa que alguns nacionais irão sustentar um vinculo a outra organização política, em termos de suas identidades e comprometimentos. Esta possibilidade pode não ser diluidora da identidade, pelo menos enquanto identidade e comprometimento sejam uma conta de soma zero; um indivíduo pode continuar significativamente vinculado a um estado ao mesmo tempo que ele ou ela mantém vínculos mais significativos com outros."[261]

A múltipla nacionalidade é uma concepção mais democrática do vínculo sujeito/estado, pois permite ao indivíduo exercício pleno de seus direitos assegurados em lei, além de permitir que imigrantes sejam aceitos em sua comunidade de acolhimento enquanto mantém vínculos originários, especialmente por questões de identidade. O reconhecimento dos múltiplo nacionais como sujeitos de direito e não mais como anomalias é visível no nome de convenções internacionais mais recentes. Em 1997, não se fala mais em "prevenção dos casos de múltipla nacionalidade", como ocorreu em 1963, mas em encontrar soluções adequadas para as consequências da múltipla nacionalidade, em especial quanto a direitos e deveres dos múltiplo nacionais."[262] A questão militar, foco desta convenção, coloca-se como problema fundamental dos múltiplo nacionais, como veremos a seguir.

2 CONSIDERAÇÕES MILITARES

Entre os principais deveres de um nacional perante seu estado está a obrigação militar, a obrigação de conscrição. Tão forte é esta obrigação que muitos países, dentre os quais o Brasil, tipificam a traição, a tomada de armas contra o próprio país, como crime punível com a morte. Segundo a configuração tradicional da nacionalidade, ambos os países podem exigir por parte de seus nacionais a prestação de serviços militares. Aram KARAMANOUKIAN destaca a íntima ligação entre leis de

---

[261] _____. _____, p.195. Traduzimos o original em inglês: "One can acquire citizenship in states to which one has subordinate, or even nominal, ties, without sacrificing one´s primary attachment. This means that some citizens will sustain a substantial tie to another polity, in terms of their identity and commitments. That possibility may not be identity-dillutive, at least to the extent that identity and commitment are non-zero-sum quantities; an individual can still be meaningfully attached to one state at the same time as he or she holds more significant attachments to others."

[262] COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on Nationality*, Strasbourg, 1997, preambule. Traduzimos o original em ingles: "finding appropriate solutions to consequences of multiple nationality and in particular as regards the rights and duties of multiple nationals."

nacionalidade e leis de serviço militar[263], destacando que se a situação dos múltiplo nacionais já é complicada em tempos de paz, no caso de guerras, os inconvenientes serão maiores[264], pois o individuo pode ser forçado a lutar contra um de seus países, podendo ser punido com a morte.

O caso de Alexander Tellech é emblemático ao refletir os problemas dos múltiplo nacionais a respeito das obrigações militares. Tellech, duplo nacional austríaco e estadunidense, reclamou perante a Comissão Tripartite Áustria-EUA-Hungria, por ter sido obrigado a prestar serviço militar na Áustria. A Comissão decidiu contra o pleiteante, afirmando que como o autor tinha morado 28 de seus 33 anos na Áustria, estava sujeito as leis desta e não poderia se escusar das obrigações militares austríacas[265].

No entanto, como coloca Triadafilos TRIADAFILOPOULOS, após a Segunda Guerra Mundial, ocorreu uma alteração nas estratégias militares:

> "Por mais que preocupações militares e assuntos estratégicos certamente não tenham desaparecido das agendas de políticos e fazedores de política – uma impossibilidade dadas as exigências da Guerra Fria – eles eram vistos com nova luz e não mais definidos pelas concepções tradicionais de soberania e nacionalismo que tão marcaram o crescimento do estado de guerra."[266]

As forças armadas tiveram seu tamanho reduzido ao mesmo tempo em que ocorreu uma profissionalização das organizações militares, o que ganhou em tempos recentes uma aceleração considerável com a expansão das companhias militares privadas, as quais atuam no eufemístico ramo da securitização, constituindo na realidade verdadeiros exércitos mercenários. Como resultado, a conscrição obrigatória entrou em declínio, o que segundo TRIADAFILOPOULOS "retirou um dos mais

---

[263] KARAMANOUKIAN, Aram. *La Double Nationalité et le Service Militaire*. Revue Générale de Droit International Public, Paris : A. Pedone, t.78, n.2, p.459-484, avril/juin. 1974, p.470.
[264] _____._____. p.471.
[265] TRIPARTITE CLAIMS COMMISSION. Estados Unidos da América, Áustria e Hungria. Tellech Case. Estados Unidos da América e Áustria. Julgamento em 25.05.1928.
[266] TRIADAFILOPOULOS, Triadafilos. Dual Citizenship and Security Normas in Historical Perspective. In: FAIST, Thomas; KIVISTO, Peter (eds.) . *Dual Citizenship in Global Perspective. From Unitary to Multiple Citizenship*. Houndmills, Basingstoke, Hampshire: Palgrave MacMillan, 2007, p.27-41, p.33. Traduzimos o original em ingles: "While military concerns and strategic affairs certainly did not disappear from the agendas of politicians and policy-makers – an impossibility given the exigencies of the Cold War – they were seen in new light and were no longer defined by traditional conceptions of sovereignty and nationalism that had so marked the rise of the warfare state."

importantes argumentos contra a dupla nacionalidade, libertando os cidadãos de sua longínqua relação as funções militares do estado."[267]

Com a globalização acelerada e a consequente expansão das agendas internacionais para outros assuntos além do militar, as próprias razões da guerra, se é que se pode falar em razão em algo tão bruto, mudaram, como coloca Michael HOWARD:

> "Populações civis, as quais no início do século eram tidas como reservatórios de força militar (…) passaram a ser nada mais que reféns. Guerras entre estados poderiam continuar, mas – ao menos no mundo desenvolvido – não poderiam mais ser consideradas guerras entre povos"[268]

Deste pensamento, podemos extrair que o indivíduo não era mais um elemento da força militar do estado, mas um refém de leis que autorizavam o seu assassinato judicial[269], caso o indivíduo, obrigado a alistar-se, fosse contrário a matar numa guerra que não era mais sua ou de seu povo, mas por interesses por vezes escusos, como petróleo e recursos naturais, interesses muitas vezes nem mesmo de estados, mas de *lobbys* políticos corporativos. Por esta razão, a queda na conscrição oficial faz sentido, embora seja preocupante[270].

Não se travam mais guerras com exércitos nacionais, por razões nacionais[271], mas guerras profissionais, de exércitos por vezes corporativos, com interesses corporativos, matando pessoas nacionais e cometendo crimes internacionais. A guerra se tornou um negócio, onde armas são vendidas para quem pagar o preço maior, onde a maior parte das forças combatentes é formada por mercenários ou por indivíduos sequestrados por grupos criminosos como o Exército de Salvação do Senhor[272]. Em resumo, a guerra é cada vez menos um assunto dos estados e muito menos assunto de

---

[267] TRIADAFILOPOULOS, Triadafilos. Dual Citizenship and Security Norms in Historical Perspective, p.35. Traduzimos o original em ingles: "has removed one of the most important arguments against dual citizenship, freeing citizens from their long standing relation to the state´s military function."

[268] HOWARD, Michael. The invention of Peace: Reflections on War and International Order. London: Profile Books, 2001, p.78. Traduzimos o original em inglês: "Civilian populations, which at the beginning of the century had been regarded as reservoirs of military manpower (…) were now no more than hostages. Wars between states might continue, but – at least in the developed world – they could no longer in any sense be regarded as wars between peoples"

[269] Também conhecida como pena de morte.

[270] Preocupante pois muitas empresas militares tem hoje mais poder que exércitos nacionais e não são submetidas a controle algum por parte dos estados. Se Howard falou em sujeitos como reféns dos estados, preocupamo-nos que em breve estejamos falando de estados reféns das corporações.

[271] E aqui usamos o termo nacional nos referindo a nação, não ao estado.

[272] Lord Resistance Army, grupo com atuação em Uganda e países vizinhos, supostamente liderado por Joseph Kony, acusado perante o Tribunal Penal Internacional por crimes internacionais.

nações, restando diminuído o alistamento militar e, sendo assim, não caberia falarmos em múltiplo nacionais traidores da pátria, mas em funcionários em quebra de contrato de prestação de serviços[273].

Por fim, são estandarte da tendência de desmobilização de múltiplo nacionais, as diversas convenções, bilaterais ou multilaterais, prevendo que os múltiplo nacionais terão obrigações militares somente em um dos estados, normalmente após ter prestado serviços militares em um estado, fica isento do serviço no outro. Isto demonstra que o foco não é mais em diminuir os casos de potenciais traidores da pátria, mas de reconhecer a situação jurídica desconfortável que poderia ocorrer com múltiplo nacionais no tocante a suas obrigações militares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A maior aceitação da sociedade global e dos estados dos múltiplo nacionais, inclusive abrindo mão de potencial contingente militar (e por consequência de seu valor máximo da auto preservação) demonstra que devemos repensar o fenômeno do estado atual, um estado cujos próprios elementos formativos, como fronteiras e pessoas se mesclam com elementos de outros estados. Destaca-se a emergência de um verdadeiro nacional de vários países, não nacional de um só, nem de nenhum, mas um cidadão mundial, um cidadão cujos relacionamentos ultrapassam, transbordam as fronteiras de um estado.

Desta maneira, cabe aos estados, como principal fonte emanadora de normas jurídicas, adotar regras que não mais limitem os múltiplo nacionais ou tornem a vida destes mais difícil, mas, pelo contrário, que emanem normas que aceitem e reconheçam a condição particular humana destes sujeitos que se identificam com mais de uma organização nacional. Queiram os estados ou não, os indivíduos não restringem suas

[273] Por exemplo, um duplo nacional de Bangladesh e do Paquistão, que a serviço de uma empresa estadunidense, se recusasse a efetuar determinada operação militar, não seria punido por nenhum de seus estados por traição, mas seria processado pela companhia militar por quebra de contrato, ou quando muito processado criminalmente pela potência que contratou a empresa. De uma forma ou de outra, cai a figura do potencial traidor

atividades a um território somente e a tendência é aumentar os casos de polipatridia, por mais esforços normativos[274] que possam existir para tentar barrar tal fenômeno.

O mundo já não é mais o mesmo, as guerras não são mais as mesmas, está mais do que na hora da nacionalidade não ser mais considerada a mesma nacionalidade exclusivista militarista e de subordinação, como havia no passado. Não podemos esquecer que os múltiplo nacionais são pessoas, indivíduos humanos como outros nacionais, não podendo ocorrer discriminação ou desrespeito aos direitos destes, assegurados em leis e convenções internacionais. Neste sentido os estados não são mais soberanos absolutos, eles estão sujeitos ao direito internacional e as suas próprias normas nacionais.

REFERÊNCIAS

BAUBÖCK, Rainer. The Trade-off Between Transnational Citizenship and Political Autonomy. In: FAIST, Thomas; KIVISTO, Peter (eds.) . *Dual Citizenship in Global Perspective. From Unitary to Multiple Citizenship*. Houndmills, Basingstoke, Hampshire: Palgrave MacMillan, 2007, p.69-91.

BRADLEY, Anthony W; EWING, Keith D. *Constitutional and Administrative Law*. London; New York: Addison Wesley Longman, 1993, 11ª edição, 6ª impressão.

CAVANA, Paolo. Nuove Dimensioni Della Cittadinanza e Pluralismo Religioso. Premesse Per Uno Studio. In: DALLA TORRE, Giuseppe; D´AGOSTINO, Francesco. *La Cittadinanza. Problemi e dinamiche in una società pluralistica.* Torino: Giappichelli, 2000. Collana della Facoltà di Giurisprudenza Lumsa. p.59-150.

COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on Nationality*, Strasbourg, 1997.

DAL RI JÚNIOR, Arno. *História do Direito Internacional; Comércio e moeda; Cidadania e nacionalidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

DIONISI-PEYRUSSE, Amélie. *Essai Sur Une Nouvelle Conception De La Nationalité*. Paris: Defrénois, 2008. Doctorat et Notariat (Collection de Thèses dirigée par Bernard Beignier), tome 31.

FAIST, Thomas. Introduction: The Shifting Boundaries of the Political. In: FAIST, Thomas; KIVISTO, Peter (eds.) . *Dual Citizenship in Global Perspective. From Unitary*

[274] Infelizmente não poderemos aprofundar este tópico pela brevidade característica de um artigo científico, mas acreditamos que as normas restritivas a dupla nacionalidade são prejudiciais a direitos fundamentais dos indivíduos, discriminatórias e, por esta razão, não tem validade jurídica.

to Multiple Citizenship. Houndmills, Basingstoke, Hampshire: Palgrave MacMillan, 2007, p.1-23.

HOWARD, Michael. The invention of Peace: Reflections on War and International Order. London: Profile Books, 2001

ITZIGSOHN, José. Migration and Transnational Citizenship in Latin America: The Cases of Mexico and the Dominican Republic. In: FAIST, Thomas; KIVISTO, Peter (eds.) . *Dual Citizenship in Global Perspective. From Unitary to Multiple Citizenship*. Houndmills, Basingstoke, Hampshire: Palgrave MacMillan, 2007, p.113-134.

KARAMANOUKIAN, Aram. *La Double Nationalité et le Service Militaire*. Revue Générale de Droit International Public, Paris : A. Pedone, t.78, n.2, p.459-484, avril/juin. 1974.

RYKWERT, Joseph. *L´idea di città. Antropologia della forma urbana nel mondo antico.* Torino: Enaudi, 1981.

TRIADAFILOPOULOS, Triadafilos. Dual Citizenship and Security Normas in Historical Perspective. In: FAIST, Thomas; KIVISTO, Peter (eds.) . *Dual Citizenship in Global Perspective. From Unitary to Multiple Citizenship*. Houndmills, Basingstoke, Hampshire: Palgrave MacMillan, 2007, p.27-41

TRIPARTITE CLAIMS COMMISSION. Estados Unidos da América, Áustria e Hungria. Tellech Case. Estados Unidos da América e Áustria. Julgamento em 25.05.1928.

SKROBACKI, Waldemar. Dual Citizenship, European Identity and Community Building in Europe. In: FAIST, Thomas; KIVISTO, Peter (eds.) . *Dual Citizenship in Global Perspective. From Unitary to Multiple Citizenship*. Houndmills, Basingstoke, Hampshire: Palgrave MacMillan, 2007, p.227-246.

SPIRO, Peter J. *Dual Citizenship: A Postnational View.* In: FAIST, Thomas; KIVISTO, Peter (eds.). *Dual Citizenship in Global Perspective. From Unitary to Multiple Citizenship*. Houndmills, Basingstoke, Hampshire: Palgrave MacMillan, 2007, p.189-202.

ZAMPAGLIONE, Gerardo; GUGLIELMAN, Paolo. *Diritto e Pratica Consolare (volume terzo) La Cittadinanza*. Roma: Casa Editrice Stamperia Nazionale, 1995.

APONTAMENTOS PRÁTICO-TEÓRICOS ACERCA DA PROIBIÇÃO DO CRIME DE TORTURA NO ÂMBITO DO SISTEMA EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

Gabriela Werner Oliveira[275]

RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar a proibição da prática de tortura no sistema europeu de direitos humanos, tanto de um ponto de vista teórico como prático. Em razão da amplitude do tema, optou-se por restringir a análise aos conceitos teóricos de tortura, sua codificação internacional e a responsabilidade dos Estados signatários da Convenção Europeia de Direitos Humanos de não expulsar ou deportar um indivíduo que possa ser submetido à tortura no Estado acolhedor, tendo como pano de fundo a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos relativa a casos envolvendo tortura e terrorismo.

PALAVRAS-CHAVE: Corte Europeia de Direitos Humanos. Responsabilidade estatal. Tortura

ABSTRACT

This paper has the scope of analyzing the prohibition of torture in the European system of human rights, both from a theoretical and practical point of view. Because of the breadth of the subject, it was decided to restrict the analysis to the theoretical concepts of torture, its international codification and the responsibility of the signatories States of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms of not to expel or deport an individual that can be submitted to torture in the receiving State, with the backdrop of the jurisprudence of the European Court of Human Rights on cases involving torture and terrorism.

KEY WORDS: European Court of Human Rights. State responsibility. Torture.

INTRODUÇÃO

[275] Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2010). Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (2011).

A proibição da prática de tortura é questão pacífica no âmbito da comunidade internacional, sendo que o direito a não ser submetido a tal prática tem status de norma *jus cogens*. Desse modo, à primeira vista, poderia se concluir que o debate acerca desta temática estaria esgotado e ultrapassado, mas essa seria uma impressão apressada e superficial. Na verdade, o tema é renovado constantemente, seja por meio de novas previsões contidas em instrumentos internacionais, seja em função dos novos desafios enfrentados pelos Estados relacionados à segurança nacional e internacional, por exemplo.

Não obstante tamanha regulação verifica-se que o discurso em prol dos direitos humanos e da inadmissibilidade da prática de tortura mesmo em caso de interesse coletivo maior, não é acompanhado pela prática cotidiana de alguns Estados, que fazem uso de tal recurso como método investigativo ou simplesmente visando a punição dos prováveis criminosos. Em face de tal situação, faz-se importante analisar a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e modo como a qual vem enfrentando tal questão. Em função do enorme número de casos envolvendo tortura, optou-se pela análise dos principais casos envolvendo tortura e terrorismo, visto ser este um crime que ameaça a segurança nacional e que tem originado escusas para a implementação dos mais diversos regimes estatais de exceção.

1. O CRIME DE TORTURA INTERNACIONAL E SUA PREVISÃO EM DOCUMENTOS INTERNACIONAIS

Desde 1948, quando a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi criada, a prática de tortura tem sido uma das formas mais combatidas de violação dos direitos humanos, representando um dos "valores fundamentais das sociedades democráticas"[276]. O disposto no artigo V da Declaração de que "Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante", é

[276]CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Soering x Reino Unido*, 1989. Parágrafo 88. Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=soering&sessionid=80901115&skin=hudoc-en>. Acesso em: 20 nov. 2007.

universalmente proclamado por documentos legais de aplicação geral[277] e regional[278], bem como por documentos específicos sobre tortura[279].

Isso significa que referida proibição é defendida em todos os sistemas regionais (europeu, interamericano e africano) de direitos humanos. Dentro desse quadro, o artigo ora apresentado se restringe à análise da proibição da tortura no sistema europeu de direitos humanos, por ser notadamente mais consolidado em relação aos demais sistemas. Importante notar, primeiramente, que a proteção dos direitos humanos passou a ser amplamente regulamentada no pós Segunda Guerra Mundial, sendo o respeito à dignidade da pessoa humana tido como um direito intrínseco[280]. Tal entendimento passou a gerar diversos deveres aos Estados, entre os quais se encontram os de prevenir e considerar como não tolerada a prática de tortura[281]. Esta é injustificável em qualquer circunstância, por mais grave que seja e mesmo ameaçando a coletividade, como estado ou ameaça de Guerra, instabilidade política interna ou emergência pública[282], sendo que tal dever se mantém inclusive se a pessoa sob custódia é suspeita de ter cometido o crime de terrorismo[283]. Percebe-se, portanto, que a proibição da tortura é um direito não derrogável.[284]

No que tange ao conceito da tortura no direito internacional, o mesmo é pacífico e consta do artigo 1° da Convenção contra Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes:

---

[277] Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo 7; *Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas* Sujeitas a *Qualquer forma* de Detenção *ou Prisão*, princípio 6. Declaração de Berlim, princípio 5; Convenção de Genebra relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra, artigo 3(1)(a).

[278] Declaração Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, artigo 3; Carta Europeia de Direitos Fundamentais, artigo 4; Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 5(2); Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, artigo 5;

[279] Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, Convenção Europeia para Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumano ou Degradante, Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

[280] Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo 10(1).

[281] Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, artigo 3.

[282] CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Irlanda x Reino Unido,* 1978. Parágrafo 163. Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=18&portal=hbkm&action=html&highlight=torture%20%7C%20terrorism&sessionid=80653629&skin=hudoc-en>. Acesso em: 20 nov. 2007; CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Tomasi x França*, 1992. Parágrafo 115. Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=45&portal=hbkm&action=html&highlight=torture%20%7C%20terrorism&sessionid=80653629&skin=hudoc-en>. Acesso em: 20 nov. 2007.

[283] CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Chahal x Reino Unido*, 1996. Parágrafo 79. Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=torture%20%7C%20terrorism&sessionid=80653629&skin=hudoc-en>. Acesso em: 20 nov. 2007.

[284] CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Soering x Reino Unido*, 1989. Parágrafo 88.

> **Artigo 1º.** Para fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de Ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam conseqüência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.
> O presente artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo.[285]

Interessante observar o uso do adjetivo "agudos" para qualificar as dores ou sofrimentos infligidos, que poderão ser tanto físicos quanto mentais, e também a restrição do sujeito ativo do crime, que deverá ser "funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência". Nesse sentido, julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos fizeram referência ao limite do nível de severidade permitida, sendo que este não seria igual em todos os casos, devendo-se levar em consideração as circunstâncias especiais dos mesmos.[286]

De se notar que o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional que entrou em vigor em 2002 e do qual grande parte dos Estados europeus é parte, traz uma definição de tortura diversa da apresentada, uma vez que exclui a necessidade da condição de funcionário público ou pessoa no exercício de funções públicas. Para fins do Estatuto, basta que a pessoa tenha a custódia ou controle da vítima, não importando sua qualidade oficial. De todo modo, tal previsão diz respeito apenas aos casos em que a

---

[285] Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, artigo 1°.

[286] CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Ocalan x Turquia,* 2005. Parágrafo 180. Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=4&portal=hbkm&action=html&highlight=torture%20%7C%20terrorism&sessionid=80653629&skin=hudoc-en>. Acesso em: 20 nov. 2007; CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Irlanda x Reino Unido,* 1978. Parágrafo 162; CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Soering x Reino Unido*, 1989. Parágrafo 100; CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Assenov e outros x Bulgária, 2005. Parágrafo 94. Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=assenov%20%7C%20others&sessionid=80901003&skin=hudoc-en>. Acesso em: 20 nov. 2007.

tortura é considerada como crime contra a humanidade ou crime de guerra, e não como um crime autônomo.[287]

Ressalta-se, contudo, a existência de uma ressalva em relação às sanções legais que possam causar tais dores ou sofrimentos, visto que restam excluídas do conceito de tortura, desde que "sejam especificadas por lei ou regulamentos legais e devidamente publicadas"[288], cabendo à autoridade nacional prever os tipos e duração de tais punições.[289] Ainda, somente quando o sofrimento ou humilhação conectados com um tratamento ou punição legítimos ultrapassarem o elemento inevitável, é que serão considerados "desumanos" ou "degradantes".[290]

Ademais, a tortura pode configurar tanto crime contra a humanidade, quando sua prática for sistemática ou disseminada, também podendo ser crime de guerra, se perpetrada em conflito armado, mesmo sendo um ato isolado[291]. Nessa última hipótese, a tortura é considerada como uma das "infrações graves" previstas na Terceira Convenção de Genebra[292], sendo que o direito de não ser submetido a qualquer violência contra a vida, saúde e bem estar físico ou mental[293], punições coletivas[294], e ultraje contra a dignidade pessoal[295] são garantias fundamentais.

No âmbito do sistema europeu de direitos humanos[296], destaca-se a previsão contida no artigo 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades

---

[287] Artigo 7, parágrafo 2(e).

[288] *Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas* Sujeitas a *Qualquer forma* de Detenção *ou Prisão*, princípio 30(1).

[289] **Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, artigo 29(b).**

[290] CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Saadi x Itália, 2008*. Parágrafo 135. Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=6&portal=hbkm&action=html&highlight=torture%20%7C%20terrorism&sessionid=80653629&skin=hudoc-en>. Acesso em: 10 out. 2011.

[291] CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford University Press, 2008, p. 149.

[292] Convenção de Genebra relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra, artigo 130. Disponível em: <http://www.icrc.org>. Acesso em 20 dez. 2007.

[293] II Protocolo Adicional das Convenções de Genebra, artigo 4(2)(a). Disponível em: <http://www.icrc.org>. Acesso em 20 dez. 2007.

[294] Ibid, artigo 4(2)(b).

[295] Ibid, artigo 4(2)(e).

[296] De acordo com Accioly e Silva: "o sistema europeu funciona dentro da estrutura do Conselho da Europa e tem por fundamento a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, adotada em Roma em 1950, com os acréscimos da Carta Social Européia de 1961, bem como de diversos Protocolos adicionais à Convenção de 1950. O sistema europeu de direitos humanos conta com corte especializada, a Corte Européia de Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo, para a qual toda vítima de violação de direitos humanos pode propor ações contra os estados-membros do Conselho da Europa responsáveis pela violação. Tal acesso direto do indivíduo à Corte Européia de Direitos Humanos é fruto de reforma do sistema efetuada pelo Protocolo nº 11, de 1998, que, ademais, extinguiu a antiga Comissão Européia de Direitos Humanos." ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*. 17 ed.

Fundamentais, segundo a qual "Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes". Desse modo, cabe à Corte Europeia de Direitos Humanos analisar petições individuais bem como casos inter-estatais de seus membros com relação a qualquer alegada violação da Declaração, sendo que seus julgamentos finais são obrigatórios[297].

Entretanto, a adesão da Comunidade Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos revelou ser tema contraditório na época em que o Conselho solicitou parecer do Tribunal de Justiça (1994). Dal Ri Junior observa que

> Através deste mecanismo, a adesão da Comunidade à Convenção, submetendo-se à jurisdição da Corte Européia, poderia, principalmente, vir a romper o princípio da unicidade do juiz no direito comunitário — até aqui desenvolvido pelo Tribunal de Justiça. Como conseqüência direta de tal ato, a Corte Européia seria habilitada a interpretar o direito comunitário e, sobretudo, a declarar a sua invalidade ou a sua ilegitimidade.
> [...]
> A idéia da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia com certeza nasce das frustrações obtidas nestas tentativas de legalmente vincular a esfera jurídica comunitária (primeiro pilar da União) à Convenção Européia dos Direitos Humanos. [298]

Contudo, apenas com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, quase dez anos mais tarde, a Carta de Direitos Fundamentais passou a vincular juridicamente todos Estados membros da União Europeia. Oportunamente, a proibição da tortura e outros tratamentos ou penas desumanos ou degradantes é prevista no artigo 4° do referido documento. Há que se observar, porém, que a sociedade contemporânea vem se defrontado com dificuldades crescentes em matéria de segurança nacional, principalmente no com relação ao crime de terrorismo.

2. CONSIDERAÇÕES PRÁTICAS SOBRE A PROIBIÇÃO DO CRIME DE TORTURA

---

rev. e atual. por Paulo Borba Casella. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 458/458. Atualmente, 47 países europeus são membros do Conselho da Europa.

[297] BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford University Press, 2003, p. 543.

[298] DAL RI JÚNIOR, A. O Dilema dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais no Sistema Jurídico Comunitário e da União Européia. *Seqüência*, 2002, v. 43, p. 155-159.

Embora a violação da abstenção do crime de tortura tenha ganhado destaque nos noticiários internacionais com as investigações de acusados por crime de terrorismo após os atentados terroristas ao World Trade Center, fato é que o sistema europeu de direitos humanos se defronta com essa realidade desde as primeiras décadas de sua existência. Inúmeros são os casos que envolvem a prática de tortura, especificamente quando a vítima é suspeita de ter ligação com o crime de terrorismo. De um lado, portanto, tem-se a violação de um direito humano fundamental, ao passo que por outro, tem-se o suposto risco a que corre a coletividade pelos atos desses indivíduos. A prática demonstra que alguns Estados tem preferido violar seu dever de prevenir e abster-se do cometimento do crime de tortura em detrimento do risco coletivo. Nesse contexto, Cernic afirma que "O combate ao terrorismo se tornou uma prioridade para a comunidade internacional desde os atos terroristas do 11 de setembro de 2001. Nessa batalha, alguns governos parecem ter negligenciado suas obrigações de proteger os direitos humanos fundamentais"[299].

Esse aspecto de extrema relevância foi posto em destaque em 2005 e diz respeito aos centros de detenção secretos dos Estados Unidos em território europeu, nos quais o crime de tortura teria sido praticado. Após investigação feita pelo Comitê para Assuntos Jurídicos e Direitos Humanos do Conselho da Europa, este concluiu que de fato tais centros existiam e contavam com a participação, ativa ou passiva, de 14 Estados europeus. Investigações também foram conduzidas pela chamada "Comissão de Veneza" que, em relatório publicado em março de 2006, afirmou que a entrega de indivíduos a esses centros mostrava-se inconsistente com os artigos 3º e 5(1) da Declaração Europeia de Direitos Humanos, ressaltando a responsabilidade dos Estados-membros pela não violação de tais dispositivos em seu território e espaço aéreo, uma vez que as aeronaves usadas para transportar detidos são consideradas aeronaves estatais e, portanto, necessitam de autorização do país sobre o qual voam ou fazem pouso. Novo relatório foi emitido em janeiro de 2007 pela Comissão Temporária sobre a *alegada utilização* pela *CIA* de *países europeus* para o *transporte e a detenção ilegal*

[299] "Countering terrorism has become a priority for the international community since the terrorist acts of September 11 2001. In this struggle, some governments appear to have neglected their obligations to protect fundamental human rights" (tradução livre). CERNIC, Jernej Letnar. National Security and Expulsion to a Risk of Torture, *Edinburgh Law Review*, Volume 12, N° 3, Set. 2008, p. 486.

de *prisioneiros, no qual 15 países europeus e a Turquia foram advertidos pelo auxílio ao Serviço Secreto Americano ou pela falta de cooperação nas investigações.* [300]

Outro ponto que merece destaque diz respeito à responsabilidade dos Estados de não deportar ou expulsar um individuo que se encontre em seu território quando haja um risco real de que ele possa ser submetido à tortura em outro Estado, mesmo que este último não seja signatário da Convenção. Em julgamento proferido em 2008 no caso Saadi x Itália, a Corte Europeia de Direitos Humanos reafirmou sua posição de que a deportação nas referidas circunstâncias constituiria uma violação do Artigo 3º da Convenção. A Corte observou que nem a Convenção nem seus protocolos adicionais preveem o direito de asilo político, porém, quando existem evidências substanciais de que o individuo a ser deportado corre um "risco real" de ser submetido à tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante, há a obrigação por parte do país de não deportá-lo tendo em vista o citado artigo 3º. A Corte também reiterou a importância das informações sobre a situação no país de acolhimento fornecidas por relatórios de organizações internacionais de direitos humanos e de fontes governamentais, sendo que uma violação do artigo em análise não pode ter origem apenas tendo em consideração a mera possibilidade de maus-tratos pela situação de instabilidade no país. Ademais, as alegações específicas do Demandante devem ser confirmadas por outras provas sempre que as fontes disponíveis fazem uma descrição de uma situação geral.[301]

Temporalmente, deve-se analisar a existência do risco com relação a fatos que deveriam ser conhecidos pelo Estado Contratante ou de fato o eram no momento da expulsão ou, no caso de o Demandante não ter sido extraditado ou deportado quando da análise do caso pela Corte (em função de medida provisória adotada com base no artigo 30 do Regulamento da Corte, por exemplo), o momento presente será o relevante para avaliar a existência do risco.[302]

A Corte rejeitou o argumento apresentado pelo Reino Unido, que atuou como terceiro interventor no presente caso, de que deveria ser feita uma distinção entre Estados signatários e o tratamento dado por parte de outro Estado, bem como, que a

---

[300] BARNETT, Laura. *Extraordinary Rendition*: International Law and the Prohibition of Torture. Library of Parliament, 2008. Disponível em: <http://www2.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/prb0748-e.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2010. p. 29-30.

[301] CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Saadi x Itália*, 2008. Parágrafos 124-131. Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=6&portal=hbkm&action=html&highlight=torture%20%7C%20terrorism&sessionid=80653629&skin=hudoc-en>. Acesso em: 10 out. 2011.

[302] Ibid., parágrafo 133.

proteção prevista pelo artigo 3º deveria ser ponderada levando-se em consideração o interesse coletivo, uma vez que a proibição contida em referido artigo é absoluta e não derrogável. Nesse contexto, não importa o quão indesejável ou perigosa seja a conduta do Demandante.[303] Ainda, a Corte observa que não se pode conduzir um critério de equilíbrio dos conceitos de risco e periculosidade, uma vez que a determinação dos mesmos só pode se dar de maneira independente um do outro e que o risco de maus-tratos não é reduzido pelo fato do indivíduo representar uma séria ameaça para a comunidade. Desse modo, a Corte rejeitou a outra linha argumentativa do Reino Unido de que evidências mais fortes seriam requeridas para provar o grau de risco quando o Demandante representa uma ameaça para a segurança nacional tendo em vista que a determinação de tal risco é feita independentemente desse teste.[304]

Entretanto, algumas questões são colocadas no que tange o que seria um "risco real" e que tipos de critérios probatórios deveriam ser levados em consideração em tal circunstância. Sobre o assunto, ao comentar a decisão da Suprema Corte do Canadá no caso Suresh x Canadá, onde a mesma não rejeitou categoricamente a hipótese em discussão, Cernic ressalta que:

> Dada a importância dos interesses conflitantes, uma exceção em circunstâncias extremas pode parecer um critério apropriado que também poderia ser empregado no contexto europeu. Para esse fim, parece que a Corte terá que desenvolver uma posição mais elaborada no que se refere a que tipo de critério probatório é requerido em tais casos. Esse exercício de potencial equilíbrio teria então que ser empregado apenas na fase de aplicar as regras legais aos fatos.[305]

A visão doutrinária que aceita a possibilidade de exceção é escassa e assim deve continuar sendo, pelo menos entre os doutrinadores internacionalistas. Na verdade verifica-se que a Corte evoluiu a ponto de decidir em unanimidade no caso Saadi, ao passo que anos antes alguns juízes manifestaram suas opiniões dissidentes no caso Chahal. Quanto aos critérios probatórios, é necessário não olvidar que a Corte analisa casos concretos e que diferentes circunstâncias exigem soluções diversas.

---

[303] Ibid., parágrafo 138.
[304] Ibid., parágrafo 139-140.
[305] "Given the importance of competing interests, an extreme circumstances exception may appear an appropriate standard which could also be employed in the European context. To this end, it seems that the Court will have to develop a more elaborate position on what kind of standard of proof is required in such cases. This potential balancing exercise would then have to be employed only at the stage of applying legal rules to the facts" (Tradução livre). CERNIC, Jernej Letnar. National Security and Expulsion to a Risk of Torture, *Edinburgh Law Review*, Volume 12, N° 3, Set. 2008, p. 488.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que as dificuldades em relação à manutenção da segurança nacional aumentaram consideravelmente nas últimas décadas, sendo que uma das principais ameaças tem é representada pelo crime de terrorismo. Nesse contexto, embora a proibição da prática de tortura seja bem codificada internacionalmente e a jurisprudência confirme reiteradamente o caráter absoluto de tal proibição, alguns Estados ainda incorrem em referida violação. Além da prática direta de tortura, defronta-se com a responsabilidade indireta por omissão de um Estado signatário da Convenção Europeia de Direitos Humanos quando tortura é cometida por outro Estado em seu espaço aéreo ou terrestre, como visto acima. Outra possibilidade analisada foi a responsabilidade de não expulsão ou deportação de um individuo que possa ser submetida à tortura pelo Estado acolhedor, mesmo que este não seja signatário da Convenção e o individuo em questão represente um risco à segurança nacional.

Não constitui surpresa que a Corte Europeia de Direitos Humanos mantenha a posição de responsabilizar os Estados signatários da Convenção, mesmo com toda a argumentação em contrário levantada por importantes potências como o Reino Unido. Se por um lado observa-se uma tendência dos Estados de tentar atenuar de todas as formas as suas obrigações em relação às normas de proteção aos direitos humanos por conta de situações que ameaçam – entre outros - a segurança nacional, por outro tem-se a Corte Europeia de Direitos Humanos como um instrumento a ser utilizado pelos indivíduos para a garantia de seus direitos ou para a obtenção de justa reparação em caso de violação. De todo modo, mister se faz continuar o debate acerca do tema, objetivando aperfeiçoar os mecanismos internacionais já existentes e, no caso da Corte analisada, dar maior clareza e concretude a suas decisões, visto que enfrentam a árdua tarefa de conformar a prática à teoria, mesmo em situações extremas e de desigual poder.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS:

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*. 17 ed. rev. e atual. por Paulo Borba Casella. São Paulo: Saraiva, 2009.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Sixth Edition. Oxford University Press, 2003.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford University Press, 2008.

ARTIGOS:

BARNETT, Laura. *Extraordinary Rendition*: International Law and the Prohibition of Torture. Library of Parliament, 2008. Disponível em: <http://www2.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/prb0748-e.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2010.

CERNIC, Jernej Letnar. National Security and Expulsion to a Risk of Torture, *Edinburgh Law Review*, Volume 12, N° 3, Set. 2008, pp.486-490.

DAL RI JÚNIOR, A. O Dilema dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais no Sistema Jurídico Comunitário e da União Européia. *Seqüência*, 2002, v. 43, p. 147-164.

CASOS:

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Irlanda x Reino Unido,* 1978. Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=18&portal=hbkm&action=html&highlight=torture%20%7C%20terrorism&sessionid=80653629&skin=hudoc-en>. Acesso em: 20 nov. 2007.

_____. Caso *Soering x Reino Unido*, 1989. Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=soering&sessionid=80901115&skin=hudoc-en>. Acesso em: 20 nov. 2007.

_____. Caso *Tomasi x França*, 1992. Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=45&portal=hbkm&action=html&highlight=torture%20%7C%20terrorism&sessionid=80653629&skin=hudoc-en>. Acesso em: 20 nov. 2007.

_____. Caso *Chahal x Reino Unido*, 1996. Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=torture%20%7C%20terrorism&sessionid=80653629&skin=hudoc-en>. Acesso em: 20 nov. 2007.

_____. Caso Assenov e outros x Bulgária, 2005. Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=assenov%20%7C%20others&sessionid=80901003&skin=hudoc-en>. Acesso em: 20 nov. 2007.

_____. Caso *Ocalan x Turquia,* 2005. Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=4&portal=hbkm&action=html&highlight=torture%20%7C%20terrorism&sessionid=80653629&skin=hudoc-en>. Acesso em: 20 nov. 2007.

_____. Caso *Saadi x Itália*, 2008. Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=6&portal=hbkm&action=html&highlight=torture%20%7C%20terrorism&sessionid=80653629&skin=hudoc-en>. Acesso em: 10 out. 2011.

A CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS E O CONCEITO DE PROSELITISMO: O CASO KOKKINAKIS CONTRA GRÉCIA

*Chiara Antonia Sofia Mafrica Biazi**

RESUMO

Pretende-se, por meio deste trabalho, efetuar uma análise crítica em torno do conceito de proselitismo - dentro da questão mais abrangente da liberdade religiosa- assim como esse último é concebido e tutelado pela jurisprudência do sistema europeu de proteção dos direitos humanos. Para tais fins, efetuar-se-á o estudo do acórdão Kokkinakis contra Grécia. Na abertura do trabalho, mencionar-se-á brevemente em que consiste o direito à liberdade religiosa e, portanto, analisar-se-á o conteúdo do artigo 9 da CEDH nos seus dois incisos. Em seguida, será examinada a jurisprudência da Corte Europeia dos direitos humanos no caso Kokkinakis para demonstrar, através da descrição da abordagem do órgão jurisprudencial para com essa questão, a tendência do mesmo a conceder uma margem de apreciação aos Estados, em muitos casos, demasiado ampla e resultando assim em uma tutela pouco incisiva do disposto pelo artigo 9 CEDH.

Palavras-chave: Convenção Europeia dos Direitos Humanos, Corte Europeia dos direitos humanos, liberdade religiosa, proselitismo.

ABSTRACT

By means of this article, it is meant to realize a critical analysis of the concept of proselytism- within the more comprehensive matter of religious freedom - as it is conceived and protected by the jurisprudence of the european system of human rights protecton. For such purposes, it will be realized a survey on the court decision Kokkinakis vs. Greece. At the beginning of the article, it will be briefly mentioned in what consists the right to religious freedom and, therefore, it will be analysed the content of article 9 of the European Convention of Human Rights (ECHR) in its two paragraphs. Afterwards, it will be examined the jurisprudence of the European Court of Human Rights (echr) in the court decision Kokkinakis vs. Greece, in order to demonstrate, through the description of the approach of the echr towards this issue, its inclination to grant a margin of appreciation, in many cases far too wide, to the States member of the European Counsil of Human Rights, thus resulting in a scarcely incisive protection of article 9 of ECHR.

Keywords: European Convention of Human Rights, European Court of Human Rights, religious freedom, proselytism.

INTRODUÇÃO

No panorama internacional existem numerosos tratados que disciplinam e tutelam a liberdade religiosa. Sob a perspectiva universal, podem ser citados o Pacto das Nações Unidas sobre os Direitos Civis e Políticos[306] adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 19 de dezembro 1966, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos[307], essa última desprovida de valor vinculante. No panorama regional, destacam-se a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH) e a Convenção Americana dos Direitos Humanos[308]. A CEDH, assinada pelos Estados-membros do Conselho da Europa em 1950, é um tratado internacional plurilateral que institui um ordenamento dotado de um órgão jurisdicional próprio, a Corte Europeia dos direitos humanos (Cedh).

Antes de esboçar o aporte proporcionado pela Corte ao conceito de proselitismo, convém acenar brevemente àquelas normas da CEDH que se ocupam com a proteção do direito à liberdade religiosa: em primeiro lugar o artigo 9[309] CEDH, a seguir o artigo 14[310] e enfim o artigo 2 do Protocolo n°1[311]. O artigo 9 tutela a liberdade religiosa, de pensamento e de consciência, apontando o conteúdo da mesma, as faculdades permitidas e os limites que podem ser postos à própria liberdade. Segundo doutrina já consolidada, o artigo 9 abrangeria na sua proteção: a) liberdade de consciência, concebida como liberdade garantida a cada pessoa de se portar conforme a sua consciência; b) liberdade de religião, concebida como a liberdade individual de realizar

---

[*] Bacharel em Direito pela Università degli Studi di Trento e membro do Grupo de Pesquisa de Direito Internacional da UFSC.

[306] Instrumento que cuida dos direitos humanos relacionados à liberdade individual, à proteção da pessoa contra a ingerência estatal em sua orbita privada, bem como à participação popular na gestão da sociedade.

[307] Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Esse documento tecnicamente não possui alguma força jurídica. Os valores pelos quais é permeada a declaração são aqueles da Revolução francesa, isto é, os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade entre os seres humanos.

[308] As referências reportadas são extraídas da obra de Conforti, CONFORTI, Benedetto. La tutela internazionale della libertà religiosa. In: *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, II, 2002, p.269.

[309] O artigo 9 assim recita: "O artigo 9, intitulado liberdade de pensamento, de consciência e de religião assim afirma: "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."

[310] O artigo 14 assim dispõe "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".

[311] O qual recita que "A ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas".

comportamentos conformes as indicações de natureza espiritual advindas da própria consciência; c) a liberdade de modificar, em qualquer momento, a sua própria pertença confessional, as suas próprias convicções de natureza religiosa e manter inalteradas as próprias convicções espirituais e a adesão a uma qualquer fé religiosa; d) a liberdade, seja individual seja coletiva, de manifestar, pública ou privadamente, a sua própria fé religiosa; e) a liberdade de exercício, seja público seja privado, das práticas culturais relativas à religião de pertença; f) a liberdade de difusão e manifestação das próprias convicções religiosas, também por meio da atividade de ensino e proselitismo.

O artigo 2 do Protocolo n°1 estabelece que o Estado, quando exercita as funções assumidas no campo da educação e do ensino, deve respeitar o direito dos pais de que tal atividade seja providenciada conforme as convicções religiosas e filosóficas deles. Enfim o artigo 14 afirma que os direitos reconhecidos pela CEDH devem ser garantidos sem alguma discriminação com respeito às diferentes situações pessoais.

O inciso 2 do mesmo artigo 9 prevê a possibilidade de um Estado poder estabelecer limitações ao exercício da liberdade religiosa desde que essas sejam necessárias para garantir a segurança pública, a ordem pública, a saúde e a moral públicas, assim como para assegurar a tutela dos direitos e das liberdades alheias. Os três parâmetros que permitem aos Estados limitar o exercício da liberdade religiosa são os seguintes: previsão da restrição feita por lei, necessariedade em uma sociedade democrática das medidas restritivas e enfim a busca de um objetivo legítimo que justifique a limitação da liberdade. É nesse âmbito, que a Corte Europeia dos Direitos Humanos desenvolveu a assim chamada doutrina da margem de apreciação dos Estados[312]. Tal doutrina visa encontrar um equilíbrio entre garantia internacional dos direitos humanos e respeito das peculiaridades próprias de todo ordenamento nacional.

O ACÓRDÃO KOKKINAKIS CONTRA GRÉCIA

[312] Para um estudo mais aprofundado da doutrina da margem da apreciação, ver no que diz respeito ao direito internacional em geral, o artigo de SHANY, Yuval. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?. In: *The European Journal of International Law n°5, vol. 16*, 2006. Para um estudo da questão no âmbito da CEDH, ver a obra de ARAI-TAKAHASHI, Yutaka. *The margin of appreciation doctrine and the principle of proporcionality in the jurisprudence of the ECHR*. New York: Intersentia, 2002 e a obra de HUTCHINSON, Michael R. The margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights. In: *International and Comparative Law Quarterly*, 48, p.638-650, 1999.

A jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos Humanos sobre a liberdade religiosa não é muito abundante. As limitadas intervenções da Corte quanto à liberdade religiosa são devidas a uma interpretação fortemente não extensiva das normas da CEDH.

Deve-se ressaltar que, ao examinar a jurisprudência europeia, parece evidente que o artigo 9 CEDH é aplicado em maneira subsidiária em comparação aos demais artigos da CEDH[313].

Uma das primeiras pronúncias da Corte europeia dos direitos humanos que enfrenta o tema da liberdade religiosa é o caso *Kokkinakis c. Grécia*. Tal acórdão lida pela primeira vez com alguns aspectos fundamentais do âmbito de tutela da disposição contida no artigo 9 CEDH, por exemplo o do limite que um Estado pode legitimamente por à manifestação de uma crença. O acórdão *Kokkinakis* é uma referência relevante não somente por ter discutido sobre questões quais ensino religioso e proselitismo, mas também por sua discussão acerca da liberdade religiosa em geral[314]. A importância dessa pronúncia é notável mesmo porque, além de trazer inovações quanto às condições dos Testemunhos de Jeová na Grécia, deu à Corte o ensejo de esclarecer, por meio da sua atividade interpretativa, uma norma que apresenta numerosos pontos controvertidos, sobretudo no que diz respeito aos limites que um Estado pode legitimamente estabelecer à manifestação de uma crença.

O recurso foi apresentado contra a Grécia, pais onde a religião grego-ortodoxa é considerada predominante e onde a tutela do pluralismo religioso nem sempre é plenamente desenvolvida[315]. A constituição grega prevê no seu artigo 3[316] o

---

[313] Assim affirma MARTINEZ TORRON, Javier. La giurisprudenza degli organi di Strasburgo sulla libertà religiosa. In: AA.VV. *Rivista internazionale dei diritti umani,* 1993, p.341.

[314] Assim aponta HATZIS, Nicholas, Neutrality, Proselytism, and Religious Minorities at the European Court of Human Rights and the U.S. Supreme Court. In: *Harvard International Law Journal*, vol 49, 2002, p. 120.

[315] "Por razões de natureza histórica a partir do período da ocupação otomana, a identidade helênica fundiu-se com a pertença à Igreja Ortodoxa e esse reconhecimento peculiar à religião predominante foi contemplado em todas as constituições do país a partir da guerra de independência." Inciso extraído de PANTELIS, Antoine M, *Les grands problèmes de la Nouvelle Constitution Hellénique.* Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. In: R. Pichon et R. Durand- Auzias. 1979, p. 188.

[316] O artigo 3 da Constituição grega afirma o seguinte: "1. A religião predominante na Grécia é a da Igreja Ortodoxa de Cristo. A Igreja Ortodoxa da Grécia reconhece nosso Senhor Jesus Cristo como seu chefe, está indissoluvelmente unida em sua doutrina com a Grande Igreja de Cristo, em Constantinopla e com cada outra Igreja de Cristo da mesma doutrina, observando-se sem hesitação, como elas fazem, os santos cânones sinodais e apostólicos e tradições sagradas. É autocéfala e é administrada pelo Santo Sínodo dos Bispos, compostos por todos os bispos em função e pelo Santo Sínodo Permanente que advém dele, conforme especificado na Carta oficial da Igreja, em conformidade com as disposições do Tomé Patriarcal de 29 junho de 1850 e da Lei Sinodal de 04 de setembro de 1928. 2. O regime eclesiástico existente em certos distritos do Estado não deve ser considerado contrário às disposições do parágrafo anterior. 3. O texto da Sagrada Escritura deve ser mantido inalterado. Tradução oficial do texto em

reconhecimento explícito da religião grego-ortodoxa como religião dominante. Duas modificações foram trazidas à Constituição, e agora o artigo 13, 2° inciso[317], prevê a proibição do proselitismo contra todas as religiões e não apenas contra a religião grego-ortodoxa.

O crime de proselitismo ao qual foi condenado Kokkinakis é também previsto pelo artigo 4 da lei grega 1363/1938, modificado pelo artigo 2 da lei 1672/1939[318]. Deve-se salientar que o crime de proselitismo não aparece na legislação penal de nenhum outro Estado membro da CEDH. Como afirmado antes somente com a Constituição de 1975 proibiu-se o proselitismo contra todas as religiões, já com as precedentes o proselitismo era proibido apenas contra a religião grego-ortodoxa.

O recurso tinha sido apresentado perante a Comissão Europeia dos Direitos Humanos, por parte do senhor Minos Kokkinakis, uma testemunha de Jeová grego, contra o seu próprio Estado. Durante cinquenta anos, ele tinha sido preso mais de sessenta vezes e tinha sofrido alguns períodos de detenção por crimes ligados à sua fé religiosa, mais detalhadamente, pelo crime de proselitismo. O senhor Kokkinakis queixava-se de que a Grécia tinha violado os artigos 7, 9 e 10 da CEDH no exercício das funções jurisdicionais de alguns tribunais gregos. Ele e sua mulher em seguida absolvida pelo tribunal de apelação, foram julgados culpados pelo crime de proselitismo. O casal foi acusado de ter aproveitado a inexperiência e ingenuidade da senhora Kyriakaki a fim de minar as convicções religiosas dela com a tentativa de fazê-la se converter à fé dos Testemunhos de Jeová. O casal foi denunciado pelo marido da senhora, o qual tinha acabado de chegar em casa. Isso foi o que aconteceu concretamente: Kokkinakis tinha pedido à senhora Kyriakaki para poder entrar em sua casa, falando para ela que trazia boas notícias. A senhora é descrita no acórdão, apesar

---

qualquer outra forma de linguagem, sem a aprovação prévia por parte da Igreja Autocéfala da Grécia e da Grande Igreja de Cristo, em Constantinopla, é proibida".

[317] O artigo 13, 2° inciso da Constituição grega recita o seguinte: "Todas as religiões conhecidas devem ser gratuitas e seus ritos de adoração devem ser realizados sem impedimentos e sob a proteção da lei. A prática de ritos de adoração não pode ofender a ordem pública ou os bons costumes. O proselitismo é proibido."

[318] O qual recita o seguinte: "1 Aquele que dedica-se ao proselitismo incorre em uma pena detentiva e em uma sanção pecuniária de 1000 a 50.000 dracmas; além disso, ele é submetido à vigilância policial por uma durada que varia de seis meses a um ano, a ser determinada no juízo de condenação. A pena detentiva não pode ser convertida em uma sanção pecuniária. 2. Com a palavra proselitismo, deve-se entender, em peculiar, toda tentativa direta o indireta a penetrar na consciência religiosa de uma pessoa de confissão diferente a fim de mudar o conteúdo, seja através cada tipo de prestação o promessa de prestação o de socorro moral o material, seja através de meios fraudulentos, seja abusando da sua inexperiência o sua confiança, seja aproveitando da sua necessidade, sua fraqueza intelectual o sua ingenuidade. 3. Praticar tal ato em uma escola o em um outro instituto educativo o filantrópico constitui uma circunstancia particularmente agravante."

de ter a maioridade e de ter a capacidade de entender e querer, como uma pessoa ingênua e intelectualmente fraca.

Kokkinakis foi condenado em todos os graus de julgamento internos e o tribunal de última instância o condenou a três meses de prisão. Após ser condenado, ele apresentou recurso à Corte de Estrasburgo, sustentando não apenas que a disposição da norma grega tinha sido aplicada ilegitimamente contra ele, mas pedindo também para que as disposições da lei grega sobre a proibição do proselitismo fossem avaliadas na sua legitimidade por parte da própria Corte.

Eis que nessa situação a Corte tinha uma boa ocasião para melhor esclarecer o alcance do artigo 9, ao definir o âmbito de aplicação do direito à liberdade religiosa[319]. A Corte, chamada a intervir, confirmou a importância que a liberdade religiosa reveste entre os princípios fundamentais de uma sociedade democrática e limitou-se a dizer que a manifestação da sua própria fé "inclui principalmente o direito de tentar convencer o seu próprio vizinho, por exemplo, através do ensino". A Corte sustentou que o proselitismo não pode ser condenado em termos absolutos, diversamente se poria em risco o reconhecimento da liberdade de consciência, pois essa última para melhor se desenvolver concretamente, precisa de manifestações das convicções seja em público seja em privado, também através do ensino. Segundo os juízes europeus, o proselitismo não pode ser proibido visto que ele pode ser incluído entre os instrumentos que melhor põem em pratica a disposição do artigo 9 da CEDH, ou seja a liberdade de mudar de religião o convicção. Contudo, é preciso apontar as hipóteses em que o proselitismo torna-se crime.

A fim de defender a tese da falta de violação da CEDH, o Governo grego afirmou que o proselitismo era proibido em termos absolutos pela lei grega sem fazer nenhuma distinção entre testemunho de fé e proselitismo não respeitável. Mesmo assim, as pretensões do Governo grego acerca da importância histórica da religião grego-ortodoxa e o desejo de manter proteção para essa última não foram aceitas como motivos suficientes para a condenação de Kokkinakis[320].

---

[319] Assim afirma Claudia Mordivucci: "Permanecem abertos também muitos problemas que dizem respeito à delimitação desse direito assim como aos limites que podem ser previstos pelas legislações nacionais ao seu exercício". In: MORDIVUCCI, Claudia. La protezione della libertà religiosa nel sistema del Consiglio d'Europa. In: AA.VV. *La tutela della libertà di religione. Ordinamento internazionale e normative confessionali.* In: SCOVAZZI, Tullio. Padova: Cedam, 1988, p.42.

[320] EVANS, Caroline; THOMAS, Christopher A. Church-State Relations in The European Court of Human Rights. In: *Brigham Young University Law Review*, 2006, p.708.

A Corte, no caso *Kokkinakis,* sustentou que a Grécia tinha violado o artigo 9 CEDH visto que não conseguiu-se provar que os juízes gregos tinham averiguado se o cidadão grego tivesse utilizado meios abusivos para convencer a senhora Kyriakaki. A Corte confirmou que o proselitismo é um tipo de manifestação da fé e, portanto, o Estado pode limitá-lo acatando os objetivos e as condições previstas pelo inciso dois do artigo 9.

Kokkinakis contestava a disposição da lei grega dado que ela continha palavras extremamente vagas e suscetíveis de serem estendidas pelos juízes, não permitindo dessa forma que uma pessoa não ortodoxa pudesse orientar a sua conduta conforme o texto legislativo. Os juízes europeus lhe responderam afirmando que a jurisprudência grega em matéria, publicada e acessível, era idônea para completar a letra do artigo 4 da lei grega e, portanto, era apta para permitir-lhe a orientação da sua própria conduta. Portanto, os juízes concluíram que a medida estatal era estabelecida pela lei, acatando dessa maneira o inciso 2 do artigo 9 da CEDH[321]. A Corte, em seguida, examinou a questão da legitimidade dos objetivos da lei grega: foi reconhecido que as finalidades da lei grega eram legitimas, e, portanto necessárias, visto que se pretendia tutelar a liberdade religiosa alheia, ao defendê-la contra qualquer tipo de coação.

Em seguida, referiu-se à distinção entre "testemunho cristão" e "proselitismo impróprio" elaborada em um relato do Conselho Ecumênico das Igrejas em 1956. Enquanto o testemunho cristão envolvia "verdadeiro evangelismo", o último implicava pressão indevida e até mesmo o uso da violência e lavagem cerebral[322]. Tal distinção, de qualquer maneira, não aparecia no artigo 9 CEDH e levantava dúvidas dado que não estava claro como o conceito de testemunho cristão pudesse dizer respeito aos não cristãos, que eles também são beneficiários da norma que tutela a liberdade religiosa. A Corte, utilizando tal raciocínio, estabeleceu que os critérios adotados pela lei grega nas duas normas penais eram legitimamente postos para tutelar a liberdade religiosa alheia somente na medida em que punissem o proselitismo impróprio. Esse critério vem sendo utilizado pela Corte para distinguir as manifestações da sua própria religião que sejam legitimas do proselitismo impróprio, o qual viola o direito do outro à liberdade religiosa.

---

[321] Como é noto, o exercício das liberdades tuteladas na CEDH pode ser sujeito a limitações que respeitem os parâmetros seguintes: os limites devem ser postos por lei; os limites devem perseguir objetivos legítimos, quais a tutela da segurança pública, da ordem pública, da sanidade e da moral públicas, e para tutelar os direitos e liberdade alheios; enfim as medidas que limitam o exercício dos direitos devem ser necessárias, ou melhor, devem corresponder a uma exigência social imperativa.

[322] Como aponta PARKER, Todd. The freedom to Manifest Religious belief: An analysis of the Necessity Clauses of the ICCPR and the ECHR. In: *Bepress Legal Series*, Paper 1107, 2006, p.14.

Uma solução mais aceitável teria sido alcançada pela Corte se, ao invés de efetuar tal distinção pouco convincente, tivesse recorrido aos princípios gerais do direito, levando em conta o fato de que em todos os ordenamentos jurídicos nacionais existem crimes que tutelam a boa fé e a liberdade alheia, como o de plágio, de estelionato, o abuso de incapazes e violação de domicílio[323]. Uma vez averiguado que a conduta de aquele que tenta fazer prosélitos não integra os extremos de um desses crimes, pode-se afirmar que o proselitismo não pode ser sancionado, dado que é legítima manifestação da sua própria religião através do ensino.

A Corte afirmou que, não conseguindo os tribunais gregos provar que o imputado tinha utilizado meios ilícitos de coação para convencer a senhora Kyriakaki, consequentemente a Grécia tinha violado o artigo 9 da CEDH. Dito em outra maneira, não resultava que a condenação recorrente nas circunstâncias do caso justificava-se por uma "necessidade social imperativa" [324]. Ademais, a Corte sustentou que era difícil conseguir fazer uma distinção, seja pelo aspecto lógico que jurídico, entre proselitismo e a "liberdade de mudar de religião ou crença individual ou coletivamente, seja em publico seja no privado".

O Estado grego defendia-se, afirmando a existência da diferença entre testemunho Cristão e proselitismo de menor relevo, mas, ao ler as normas incriminadoras, pode-se constatar a definição muito ampla do crime de proselitismo, que pode ser atribuído a qualquer pessoa que tente influenciar de qualquer maneira a consciência religiosa de uma pessoa de fé diferente. Mesmo que fosse prevista pela lei, parecia que a norma penal punia qualquer sujeito que apenas explicasse a uma pessoa de fé diferente o valor da sua própria religião.

O Estado grego, por não ter demonstrado que a condenação do recorrente nas circunstâncias justificava-se para tutelar uma necessidade social imperativa, foi condenado pela Corte de Estrasburgo por ter violado o artigo 9, dado que a medida tomada por esse último não era proporcional ao objetivo legítimo buscado nem sequer era necessária em uma sociedade democrática para a proteção dos direitos e das liberdades alheias.

---

[323] Assim também sustenta Marco Parisi, o qual refere-se também aos princípios gerais de direito que tutelam a boa fé, PARISI, Marco. Orientamenti della giurisprudenza della corte europea dei diritto dell'uomo in temadi liberta religiosa em: MACRÌ, Gianfranco (a cura di). *La libertà religiosa in Italia, in Europa e negli ordinamenti sovranazionali.* Salerno: Dipartimento di teoria e storia delle Istituzioni giuridiche e politiche nella società moderna e contemporanea, 2003, p.130.

[324] Assim aponta Andrea Cannone em CANNONE, Andrea. Gli orientamenti della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo in matéria religiosa" in materia religiosa. In: *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1996, p. 271.

A Corte Europeia declarou por maioria a violação do artigo nove com seis votos favoráveis e três contrários, excluindo também a violação do artigo sete e considerando à unanimidade que não precisava examinar a questão sob o ponto de vista do artigo 10.

Devem ser apontadas algumas opiniões dissidentes dos juízes, parcialmente concordantes ou não com os motivos do acórdão. O juiz Pettiti, por exemplo, salientou o perigo de excluir o próprio proselitismo da proteção que o artigo 9 CEDH proporciona, ao realizar a distinção feita pela Corte entre proselitismo próprio e impróprio e dessa forma deixando muita margem de interpretação às autoridades nacionais. A norma, tão genérica, poderia atribuir ao Estado a possibilidade de "reivindicar o direito de julgar a fraqueza de uma pessoas a fim de condenar um prosélito, ingerência que poderia se tornar perigosa se viesse a ser utilizada por um Estado autoritário".

No caso específico, tratava-se não apenas de reconhecer o direito de Kokkinakis de fazer proselitismo, mas, também de tutelar a senhora Kyriakakis: ela, pelo menos até o dia em que teria sido julgada interditada, tinha o direito de receber livremente informações sobre temas religiosos, sem ser perturbada nem pelo Estado nem pelo marido dela. O juiz Pettiti afirmou que "o proselitismo é ligado à liberdade de religião também para com os crentes daquela que é por tradição histórica Igreja de Estado ou religião dominante" [325].

O juiz Martens, em sua opinião parcialmente dissidente, afirmou que:

> O Estado não é justificado a usar o seu poder de proteger alguém que é submetido a uma ação de proselitismo e que também a argumentação da ordem pública não pode justificar a utilização por parte do Estado do poder de coação em um setor onde a tolerância exige que a livre discussão e o debate deveriam ser decisivos.

O próprio juiz Martens, em relação à previsão de lei do crime de proselitismo, ressaltou a extrema generalidade do texto da lei n° 1672/1939. Ele explicou que a presença no texto do artigo dois dessa lei, de palavras como "em particular", que introduzem a exemplificação do conceito de proselitismo, o como "tentativa de se intrometer nas crenças religiosas" tornariam tal norma, em uma atmosfera de intolerância religiosa, um instrumento ideal e perigoso para reprimir minorias de religião diferentes.

---

[325] O juiz propõe, a fim de proteger os menores de idade, a adoção de especificas disposições penais, enquanto para a proteção dos adultos é preciso utilizar a legislação fiscal e social e o direito comum em matéria de publicidade enganosa. Isso é quanto relatam LUGLI, Matteo; CERIOLI, Jlia; PISTOLESI, Ingrid. *Elementi di diritto ecclesiastico europeo, principi, modelli, giurisprudenza*. Torino: Giappichelli, 2008, p. 83.

Por último, deve-se também mencionar a opinião dissidente do juiz Valticos, o qual recomendou ao Governo grego eventualmente recorrer a procedimentos penais não por conversões fracas, mas apenas na presença de ações sistemáticas e insistentes que implicam condutas que podem beirar a violação de domicílio. Valticos concluiu que o artigo 9 CEDH não tinha sido violado devido à presença nessa hipótese de uma tentativa sistemática de conversão.

A Corte ressaltou como nem toda repressão do proselitismo religioso pode ser justificada mesmo se a sua finalidade seja a de tutelar a consciência religiosa dos indivíduos das ingerências externas: é necessário que exista uma proporção entre o objetivo buscado e as medidas restritivas aplicadas a algumas condutas, e apenas nesse caso tais medidas poderiam ser qualificadas "*necessárias em uma sociedade democrática*". Deve-se destacar o feito de que nesse caso *Kokkinakis* tentava converter uma pessoa através de uma conversação acolhida pela pessoa destinatária da tentativa de conversão, não se justificando assim a sanção que lhe foi imposta[326].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância desse acórdão da Corte de Estrasburgo é inegável: de fato, pela primeira vez, foi discutido o âmbito das manifestações da liberdade religiosa perante a Corte e contribuiu-se notavelmente para mudar a tendência das autoridades gregas a uma política para com as Testemunhas de Jeová que muitas vezes tinha levado a acusações e prisão, ao estabelecer que apenas o discutir sobre a sua própria religião assim como a intenção de convencer o interlocutor a se converter, sem que seja comprovada a ingenuidade ou incapacidade dele, não poderá mais ser considerado crime[327]. Contudo, para levantar uma crítica para com o posicionamento da Corte nessa questão, deve se mencionar que, não apontando essa última o fato de que as normas gregas sobre o proselitismo baseavam-se sobre motivações históricas não mais subsistentes, ela perdeu a oportunidade de fornecer um impulso para ultrapassar uma legislação antiquada e incompatível com a maneira atual de entender os direitos humanos. Ademais, a existência de diferentes sistemas de relacionamento entre os

[326] MARTINEZ TORRON, Javier. *Opus cit.,* p.368.
[327] Assim aponta no seu artigo DELL'UOMO, Paola. Un nuovo profilo della protezione della liberta di religione in un pronunciamento della corte europea dei diritti umani. In: *Rivista internazionale dei diritti umani*, 1993, II, p.203.

Estados e as confissões religiosas presentes no território do Estado que participa da CEDH bem como a diferente importância histórica e demográfica de algumas religiões não podem constituir uma válida justificação para uma tutela regional diversificada diversamente se arrisca a frustrar todo o aparado dos direitos predispostos pela CEDH[328]. A posição minoritária de uma determinada crença e a sua consequente vulnerabilidade religiosa requerem a "consideração de um aspecto de igual proteção". No acórdão *Kokkinakis,* esse elemento é conspicuamente ausente observando as considerações expressas pela maioria dos juízes. De fato, embora Kokkinakis tivesse apresentado evidências sobre a ausência de neutralidade na conduta da Grécia para com as Testemunhas de Jeová e sobre a clara hostilidade e persecução contra os membros dessa crença religiosa, a maioria dos juízes não consideraram isso relevante para julgar a compatibilidade da lei grega com a liberdade religiosa. Pode-se frisar, portanto, que a Corte perdeu a oportunidade de superar uma normativa, nesse caso aquela grega, ultrapassada, incompatível com o atual modo de perceber os direitos humanos, deixando-a intacta e desperdiçaram a possibilidade de interpretar mais extensivamente o artigo 9 da CEDH, reconhecendo em termos gerais, o direito de todas as confissões religiosa ao proselitismo, sem alguma distinção.

REFERÊNCIAS

ARAI-TAKAHASHI, Yutaka. *The margin of appreciation doctrine and the principle of proporcionality in the jurisprudence of the ECHR*. New York: Interesentia, 2002.

CANNONE, Andrea. Gli orientamenti della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo in materia religiosa" in materia religiosa. In: *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, n° 2, 1996.

CONFORTI, Benedetto. La tutela internazionale della libertà religiosa. In: *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, II, 2002.

DELL'UOMO, Paola. Un nuovo profilo della protezione della liberta di religione in un pronunciamento della corte europea dei diritti umani. In: *Rivista internazionale dei diritti umani*, 1993, II.

EVANS, Caroline; THOMAS, Christopher A. Church-State Relations in The European Court of Human Rights. In: *Brigham Young University Law Review*, 2006.

[328] Assim como aponta PARISI, Marco. La sentenza Larissis della Corte europea dei diritti dell'uomo e la tutela della libertà di religione. In: *Diritto ecclesiastico*, 1999, II, p.280-281.

HATZIS, Nicholas. Neutrality, Proselytism, and Religious Minorities at the European Court of Human Rights and the U.S. Supreme Court. In: *Harvard International Law Journal*, vol 49, 2002.

HUTCHINSON, Michael R. The margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights. In: *International and Comparative Law Quarterly*, 48,1999.

LUGLI, Matteo; CERIOLI, Jlia; PISTOLESI, Ingrid. *Elementi di diritto ecclesiastico europeo, principi, modelli, giurisprudenza*. Torino: Giappichelli, 2008.

MARTINEZ TORRON, Javier. La giurisprudenza degli organi di Strasburgo sulla libertà religiosa. In: *Rivista internazionale dei diritti umani*, 1993.

MORDIVUCCI, Claudia. La protezione della liberta religiosa nel sistema del Consiglio d'Europa. In: AA.VV, *La tutela della libertà di religione. Ordinamento internazionale e normative confessionali*. In: SCOVAZZI, Tullio. Padova: Cedam, 1988.

PANTELIS, Antoine M. *Les grands problèmes de la Nouvelle Constitution Hellénique.* Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand- Auzias. 1979.

PARISI, Marco. La sentenza Larissis della Corte europea dei diritti dell'uomo e la tutela della libertà di religione. In: *Diritto ecclesiastico*, 1999, II.

PARISI, Marco. Orientamenti della giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo in tema di liberta religiosa. In: Macrì Gianfranco (a cura di). *La libertà religiosa in Italia, in Europa e negli ordinamenti sovranazionali*. Salerno: Dipartimento di teoria e storia delle Istituzioni giuridiche e politiche nella società moderna e contemporanea, 2003.

PARKER, Todd. The freedom to Manifest Religious belief: An analysis of the Necessity Clauses of the ICCPR and the ECHR, *Bepress Legal Series*, Paper 1107, 2006.

SHANY, Yural. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?. In: *The European Journal of International Law* n°5, vol. 16, 2006.

AS CONVENÇÕES DA PAZ DE HAIA DE 1899 E 1907 E SUA CONTRIBUIÇÃO AO MODELO ARBITRAL DE JURISDIÇÃO INTERNACIONAL

Lucas Carlos Lima[329]

RESUMO
O presente ensaio analisa o modelo arbitral de jurisdição internacional existente no final do século XIX e início do século XX, sob a ótica das Convenções da Paz de Haia de 1899 e 1907. Busca-se evidenciar, desta forma, as características que a arbitragem internacional ganha no período e as tentativas (exitosas ou não) das Convenções em estabelecer uma jurisdição internacional permanente através da Corte Permanente de Arbitragem (1899) e a Corte de Justiça Arbitral (1907). Através dessa análise, é possível identificar quais foram as contribuições das Conferências de Haia para o suprareferenciado modelo.

Palavras-Chave: História do Direito Internacional; Arbitragem Internacional; Convenções de Haia;

ABSTRACT
The present paper analyzes the arbitral model of international jurisdiction that took place by the end of the 19th century and the beginning of the 20th, according to the Hague Peace Conventions of 1899 and 1907. It intends to evidence, thus, the aspects that international arbitration acquired during the mentioned period and the attempts (whether successful or not) of such Conventions to establish a permanent international jurisdiction through the Permanent Court of Arbitration and the Court of Arbitral Justice. It will be possible, therefore, to identify which were the contributions made by the Conferences of Hague towards the aforementioned model.

Keywords: International Legal History; International Arbitration; Hague Conventions

RIASSUNTO
Il presente saggio fa un'analisi il modelo arbitrale di giurisdizione internazionale che c'era nel finale del ottocento e all'inizio del novecento, sotto il profilo delle Convenzione della Pace dell'Aja di 1899 e 1907. Si ricerca di dimonstrare, in tale modo, le carattere che l'arbitrato internazionale aveva in questo periodo e le tentative (exitose o no) delle Convenzione in stabilire una giuridizione internacionale permanente atraverso la Corte Permanente di Arbitrato e la Corte di Giustizia Arbitrale. Attraverso questa analisi, è possibile identificare i contributi delle Conferenze di Aja a tale modelo giurisdizionale.

---

[329] Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Foi bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) nos anos de 2008-2010. É monitor do Ius Gentium – Grupo de Pesquisa em Direito Internacional UFSC/CNPq, coordenado pelo professor Arno Dal Ri Júnior. Possui sua linha de pesquisa voltada para a história dos tribunais internacionais.

Parolechiave: Storia del diritto internazionale; arbitrato internazionale; Convenzione dell'Aja

INTRODUÇÃO

A contemporaneidade assiste, no âmbito da comunidade internacional, a um rico proliferar de tribunais internacionais permanentes para solução de controvérsias entre Estados[330]. A idéia de uma instância permanente para o deslinde de litígios está intimamente ligada com as experiências jurídicas que floresceram no século XX, em especial à instauração da Corte Permanente de Justiça Internacional e a Corte Internacional de Justiça.

Contudo, num momento imediatamente anterior à presença de tribunais internacionais permanentes para solução de litígios no seio da sociedade de Estados, observa-se que a "função jurisdicional" na comunidade internacional vem ocupada por um instituto de grande maleabilidade e que vem ganhando prestígio no período: a arbitragem internacional[331].

Com julgadores e normas escolhidas pelas partes, a arbitragem internacional encontrou relativo sucesso ao longo do século XIX para colocar fim a controvérsias Estatais que tinham como ponto nevrálgico alguma divergência acerca do direito internacional. Este sucesso e profícuo desenvolver culminou na positivação de normas arbitrais nas Convenções da Paz de Haia de 1899 e 1907, ocasião na qual se tentou, sem sucesso, realizar a instituição de um tribunal de justiça arbitral.

O objetivo do presente trabalho, ante o contexto que se delineia, é a compreensão desta infrutífera tentativa e tentar dela depreender elementos que perseveraram no debate das jurisdições internacionais permanentes. Sob a égide de tal proposta, num primeiro momento analisar-se-á brevemente o desenvolvimento que a arbitragem internacional encontrou ao longo do século XIX correlacionando-o às Convenções da Paz de Haia de 1899 e 1907. Visitado este movimento propagandista e

---

[330330] Sobre a proliferação de tribunais internacionais, importante é o trabalho de ROMANO, Cesare P.R., The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle, 31 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 709, 1999.

[331] Nesse sentido, é funcional o conceito de Lassa Oppenheim, em 1921: "*Arbitration is the name for the determination of differences between States through the verdict of one or more umpires chosen by the parties. As there is no central political authority above the sovereign States, and no such international court as could exercise jurisdiction over them, State differences, unlike differences between private individuals, cannot as a rule be obligatorily settled in comets of justice*". (OPPENHEIM, 1921, p.17)

apologético do instituto, buscar-se-á compreender o significado da proposta de Tribunal de Justiça Arbitral e as razões de seu insucesso.

1. FATOS PRELIMINARES: A EVOLUÇÃO DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL, A PRIMEIRA CONVENÇÃO DA PAZ DE HAIA DE1898 E A CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM.

O século XIX foi extremamente profícuo para o desenvolvimento do instituto em comento[332]. Motivado pelo uso da arbitragem no fim de conflitos entre Estados Unidos e Grã-Bretanha[333], o desenvolvimento do comércio internacional[334], a revolução industrial e o ideal de justiça advindo da Revolução Francesa[335], tal desenvolvimento foi um dos grandes fenômenos jurídicos internacionais do século.

Ademais, do ponto de vista das relações internacionais as nações européias encontravam-se num processo de relativa pacificação[336]. As grandes potências européias equilibraram as forças e apaziguaram as hostilidades num equilíbrio de poder que tornava igualmente propício uma metodologia pacífica para dirimir litígios que surgiam exatamente deste aumento de acordos firmados entre Estados (WATSON, 2004, p.352).

O crescente uso da arbitragem internacional ao longo Século XIX foi bem fotografo pelo belga Henri Marie La Fontaine[337], que em sua obra *Pasicrie: Histoire Documentaire des Arbitrages Internationaux* (1902) realiza um levantamento das arbitragens internacionais e das cláusulas arbitrais[338] inseridas nos tratados do período. Nesta obra, La Fontaine percebe um gradativo aumento no número de arbitragens

---

[332] Sobre a temática, ver LIMA, L. C. ; DAL RI JUNIOR, A. O desenvolvimento da arbitragem internacional ao longo do século XIX como movimento precursor das convenções da paz de Haia de 1899 e 1907. In: 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2011, Brasília. Anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2011. v. 1. p. 734-742

[333] Faz-se referência aqui ao Tratado Jay, firmado em 1794, no qual Estados Unidos e Reino Unido concordam em submeter suas divergências acerca da Independência das Treze Colônias a comissões mistas de arbitragem, prevendo a obrigatoriedade da decisão proferida pelas comissões e o Tratado de Washington de 1871, relativo ao Caso Alabama, no qual Estados Unidos acusavam o Reino Unido de romper seu dever de neutralidade, ao apoiar e fornecer recursos aos estados do Sul na Guerra de Secessão Americana (1861-1865).

[334] Cf. VERDROSS, Alfred. Derecho Internacional Publico. 4°. Ed. Madrid: Ed. Aguilar, 1961. Tradução: Antonio Truyol y Serra, p. 12.

[335] Cf. POLITIS, Nicolas. La Justice Internationale. Paris: Librairie Hachette, 1924.p.30.

[336] Nesse sentido, a lição do internacionalista Adam Watson: *"de 1871 até o fim do século foi novamente um período de paz. (...) O século XIX foi um período de crescente sucesso e prosperidade na Europa."*. (WATSON, 2004, p.341)

[337] Prêmio Nobel da Paz de 1913 e Professor de Direito Internacional da Universidade de Bruxelas, presidente do *International Peace Bureau.*

[338] Cláusulas arbitrais são as cláusulas contidas em tratados e contratos internacionais que prevêem o uso da arbitragem como meio de solução de litígio.

internacionais. Se na primeira metade do século foram 28 casos arbitrais, na segunda o número galgou a cifra de 134 litígios resolvidos (LA FONTAINE, 1907, p.3).

Desta forma, a literatura jurídica pacifista do período inicia um movimento de contraposição da idéia de guerra a de arbitragem internacional[339]. Chega-se a afirmar que, para resolver as questões entre os Estados "é necessário escolher entre o direito e a força: a força é a guerra, é o processo das crianças, das feras, dos selvagens, é o processo dos homens de hoje. O outro processo é o direito; e o direito é recorrer a um tribunal árbitro"[340] (RICHET, 1899, p. 80).

Nota-se, pois, a associação de direito, justiça, lei, com a arbitragem internacional e também a força que este movimento ganha no coração de cada Estado, seja na seara política dos parlamentos[341], seja na seara dos pensadores políticos e dos internacionalistas.

A arbitragem internacional, neste período, é compreendida pela ciência jurídica como um sistema jurídico, uma instituição internacional (BARCLAY, 1917, p.40). Numa comunidade internacional que começa a se organizar, a arbitragem internacional torna-se uma realidade e um sistema (POLITIS, 1927, p.151) Ela é, no âmbito do direito internacional e de suas contingências, o sistema judiciário internacional do período, daí o intenso advogar acerca de sua maior regulamentação.

Ao se analisar em específico o final do século XIX com uma lente mais apurada, pode-se verificar que o período é extremamente fértil no que tange aos debates acerca da arbitragem internacional. O historiador do direito internacional neerlandês, Jan Verzijl (1888-1987), ao analisar a história das arbitragens classifica o período de 1875 a 1899 como um período frutífero de recurso dos Estados à arbitragem não apenas do ponto de vista de surgimento de tribunais, mas igualmente de grande proliferar de cláusulas arbitrais inseridas em tratados submetendo eventuais litígios a conflitos.

A presença de tais normas nos tratados e nas práxis entre os Estados apontam uma tendência identificada por Nicolas Politis, em sua obra "*Les Nouvelles Tendances*

---

[339] Com descrença, o internacionalista alemão Otfried Nippold (1923, p.21) comenta: *"It was doubtless a delusion when it was hoped in pacifistic circles, especially in earlier years, that a more or less absolute palladium against war was to be found in courts of arbitration"*.

[340] Do original: *"Per risolverele bisogna scegliere tra il diritto e la forza: la forza è la guerra, è il processo dei fanciulli, delle bestie, dei selvaggi; è il processo degli uomini dell'oggi. L'altro processo è il diritto; e il diritto è il ricorrere a un tribunale arbitro"*.

[341] Em julho de 1873, Henry Richard trouxe ao parlamento inglês uma proposta de convidar à negociação governos estrangeiros no intuito de criar um sistema universal de arbitragem. Movimento este que foi seguido pelos parlamentos italiano , holandês, belga e pelo senado dos Estados Unidos (ARNOLDSON, 1892, p. 14). As propostas realizadas nessas câmaras legislativas envolviam o estímulo ao uso da arbitragem, buscando também idéias para a formação de um sistema de arbitragem permanente .

du Droit International" (As Novas Tendências do Direito Internacional), de 1927. Para Politis, a partir do último quarto do século XIX, a arbitragem internacional começa a ser marcada pela tendência a se tornar obrigatória (POLITIS, 1927, 142).

Esta concepção doutrinal colocando em evidência a arbitragem internacional, somada aos debates parlamentares e a relativa pacificação européia do período vão fazer com que a arbitragem internacional ganhe especial enfoque num grande acontecimento que surge ao final do século: a Convenção da Paz de Haia de 1899.

Em agosto de 1898, o Czar Nicolau, através de seu ministro das relações exteriores, conde Moraviev, emitiu um documento imperial afirmando que aquele momento era "muito favorável para buscar, através da discussão internacional, os meios mais eficazes para assegurar a todos os povos os benefícios de uma paz real e durável"[342].

Reunidas em Haia em 1899, as 26 delegações[343] firmaram em 29 de julho daquele ano a Convenção para a Solução Pacífica de Conflitos Internacionais. Tal documento versava sobre questões gerais de manutenção da paz, mas também acerca de bons ofícios, mediação e comissões internacionais de inquérito. Além disso, a partir do seu artigo 15, a Convenção versa acerca da arbitragem internacional, conferindo-lhe fundamental valor em seu artigo 16:

> Nas questões de caráter jurídico e em primeiro lugar nas questões de interpretação e aplicação das convenções internacionais, reconhecem as Potências signatárias a arbitragem como o meio mais eficaz e simultaneamente mais eqüitativa para dirimir os litígios que não houverem sido resolvidos pelas vias diplomáticas.

Entretanto, muito embora existisse um debate acerca do uso obrigatório da arbitragem internacional[344], o dispositivo destacado confere um caráter de recomendação ao uso da arbitragem, não constituindo, pois, uma obrigação das partes[345].

---

[342] Do original: "(…) very favorable for seeking, by means of international discussion, the most effectual means of assuring to all peoples the benefits of a real and durable peace", Cf. BARCLAY, 1917 p.38.

[343] Assinaram a Convenção da Paz de Haia de 1899: Alemanha, Áustria, Bélgica, China, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos da América, Estados Unidos Mexicanos, França, Grã-Brestanha, República Helênica, Itália, Japão, Luxemburgo, Montenegro, Países Baixos, Pérsia, Portugal, Romênia, Rússia, Sérvia, Sião, Suécia e Noruega, Suiça, Império Otomano, Bulgária.

[344] Havia uma forte proposta americana no sentido de constituir um Tribunal Arbitral Permanente com força obrigatória. Neste sentido, ver WILSON, George Grafton. Handbook of International Law. St. Paul: West Publishing Company, 1910.

[345] Cf. BARCLAY, 1917, p. 52

Não bastando reconhecer à arbitragem um posicionamento de destaque no cenário internacional, a Convenção também previa a criação de um tribunal permanente de arbitragem no seu artigo 20:

> No intuito de facilitar o recurso imediato à arbitragem para as pendências internacionais que não tiverem podido ser reguladas pela via diplomática, as Potências signatárias obrigam-se a construir um tribunal permanente de arbitragem acessível em qualquer tempo e funcionando, salvo estipulação das Partes em contrário, em conformidades das regras de processo inseridas na presente Convenção.

A Corte Permanente de Arbitragem (CPA), em realidade, trata-se de uma lista de árbitros apontados pelos países, sendo por isso alvo de severas críticas. Lassa Oppenheim (1921, p.42) chama de "eufemismo" o nome que ganhou a Corte, e o internacionalista francês Georges Scelle (1919, p.75) trata-a por "pseudo-Corte", haja vista possuir apenas alguns elementos de caráter permanente, como a sua secretaria, por exemplo. Verzijl (1976, p. 344) afirma que o próprio nome é uma indicação que as potências signatárias estavam ainda relutantes em subscrever uma idéia de uma genuína corte de justiça designada a resolver litígios entre os Estado, por isto esta "alcunha híbrida". Nicolas Politis, ligeiramente mais ácido, afirma que "privada de todo caráter de obrigação de permanência, a Corte nada mais é que uma simples jurisdição fantasma" (POLITIS, 1927, p. 102).

É inegável a sua importância ao direito internacional, entretanto. Entre 1900 e 1920 a CPA foi a maior organização de arbitragem. Não uma corte, mas um maquinário para a composição de tribunais arbitrais (BROWNLIE, 1998, 705).

Além de reafirmar a importância da arbitragem internacional como método de solução pacífica de litígios[346] e a implementação de uma instância permanente de recurso à arbitragem, as Convenções de Haia possuem o mérito de circunscrever em sua redação as normas procedimentais de arbitragem internacional[347].

A compilação de normas de procedimento arbitral é realizada com base nas experiências arbitrais que se desenvolveram no XIX[348]. Desta maneira, pode-se concluir

---

[346] Arts. 15 ao 19 da Convenção de 1899; Artigos 37 ao 40 da Convenção de 1907; com poucas diferenciações entre as redações de ambos.

[347] Arts. 30 a 57 da Convenção de 1899; Arts. 51 a 90 da Convenção de 1907.

[348] Em sua obra *The Two Hague Conferences and their contributions to international law,* de 1908, William Hull descreve com precisão esta evolução do processo arbitral e sua compilação: *The few rules of 1899 for the procedure of international commissions of inquiry were so developed and increased in 1907 that a complete code of ready-made rules is available at all times for the guidance of those commissions, no matter how suddenly they may be called upon to operate, or how important and delicate the questions which they may be asked to investigate. These rules are based upon experience in the case of the Hull Fishermen, or the Dogger Bank, and are confidently expected to facilitate a resort to commissions of inquiry as a means of avoiding warfare*. (HULL, 1908, p. 492)

que os trabalhos realizados na Convenção tiveram como arcabouço jurídico toda a prática arbitral desenhada no século que se passara. As Convenções de Haia foram um verdadeiro processo de codificação internacional (HUDSON, 1943, p.5) em matéria de solução de controvérsias, bons ofícios, mediação e arbitragem[349] que lançou mão de toda experiência anterior para sua concreção.

As críticas esboçadas pelos internacionalistas à época (sobretudo aquela de que a Corte não era um órgão permanente verdadeiramente) restaram claras aos Estados no período imediatamente posterior. A experiência obtida na primeira Convenção de Paz de 1899 galgou relativo sucesso, um resultado inesperado do previsto, incisivamente criticado, mas indubitavelmente positivo. Era hora de retomar a experiência.

2. A CONVENÇÃO DE HAIA DE 1907: A RETOMADA DO PROJETO ARBITRAL NA INEXITOSA CORTE DE JUSTIÇA ARBITRAL

A Convenção de Haia de 1899 tinha como escopo último a manutenção da paz através do desarmamento e de metodologias pacíficas de controvérsias. A Segunda Guerra dos Bôeres (1899-1902) e a Guerra Russo-Japonesa (1904-1905) puseram fim a esta ilusão de concórdia. A Alemanha inicia um longo processo de militarização, seguido por Japão, Estados Unidos e outras grandes nações.

Diante da influência incessante da União Interparlamentar[350], o Presidente Theodore Roosevelt toma a iniciativa de organizar uma nova Conferência de Haia no ano de 1904, quando escreve uma missiva através do seu secretário de Estado Elihu Root. Tendo a Paz de Portsmouth colocado fim à guerra, o Czar Russo retoma a iniciativa, por conta de seu papel histórico na primeira conferência (LANGE, 1919, p.45).

---

[349] Nesse sentido: *"The work in international law at these conferences concerned the normalization of the procedure of international law. The most important of the Hague Conventions deals with the peaceful settlement of international disputes"*. (NIPPOLD, 1923, p.14)

[350] A União Interparlamentar é uma organização internacional criada em 1889 criada por parlamentares do Reino Unido e França para buscar o diálogo parlamentar em busca da paz e da cooperação. Entre seus objetivos principais estava a promoção da paz e da arbitragem internacional. O belga Henri Marie de La Fointaine, autor do estudo referenciado nesse trabalho, compunha a União. Em seu website (http://www.ipu.org), a União Interparlamentar informa que *"the IPU was also instrumental in setting up what is now the Permanent Court of Arbitration in The Hague"*. Nesse sentido, em texto da época: *"the Interparliamentary Union, a voluntary organization of members of the national legislative bodies of the nations, having for its object the promotion of international arbitration, at its meeting in Holland in 1894, adopted a declaration in favor of a permanent court of arbitration"* (FOSTER, 1904, p.58)

Desta vez, a questão do desarmamento não veio à baila. Outro assunto razoavelmente bem sucedido e que ganhava mais atenção da opinião pública ganhou o papel de protagonista:

> A idéia mais importante na mente de todos era arbitragem. O Imperador Russo propôs o programa para a segunda conferência como fez na primeira. Nesta, contudo, não faz menção ao tema do desarmamento. Sua primeira proposta foi para a discussão da arbitragem e da Corte Permanente[351] (MORRIS, 1911, p.130).

A importância que a arbitragem internacional ganha nesta Convenção é inconteste[352]. Se na primeira seu estudo e discussão foram relegados a uma terceira comissão onde dividiria a atenção com outras metodologias pacíficas de solução de conflitos, nesta o trabalho se organizará em quatro comissões, sendo que a primeira delas é sobre arbitragem. A primeira subcomissão busca aperfeiçoar e melhorar o Título IV da Convenção (LÉMONON, 1908, p. 186), o qual versa sobre a arbitragem internacional.

Se na primeira Convenção vinte e seis foi o número de potências signatárias, na segunda os participantes foram quarenta e quatro[353]. Desta vez, as potências latino-americanas também foram convidadas. Pela delegação Brasileira foram enviados Rui Barbosa, Eduardo Lisboa, Coronel Trompovski, Coronel de Almeida e Capitão Burlamaqui.

As modificações no que tangem à arbitragem internacional não foram de grande significado. Para Politis (1924, p.98), em verdade, foram bastante "modestas"[354], principalmente no que tange à interpretação dos laudos e do recurso ao tribunal. Foram construídas com base nas críticas na experiência adquirida pelos Estados no período entre as conferências. Contudo, a inovação mais importante cinge à criação de uma procedimento arbitral sumário[355], consagrado nos artigos 86 a 90 da Convenção, compondo um novo capítulo da Convenção[356].

---

[351] Do original: "*The idea foremost in everybody's mind was arbitration. The Russian Emperor proposed the program for the second conference as he had for the first. In this, however, he did not mention the subject of disarmament. His first proposition was for the discussion of arbitration and the Permanent Court*".

[352] Segundo Sir H. Erle Richards (1891, p.15): *"The ratification of that Convention was in itself a striking proof of the increased desire of the Powers to refer their differences to arbitration, and equally striking are the facts that after the ratification more than a hundred treaties of arbitration were signed between the Powers, and that since that time such treaties have become almost a matter of course."*

[353] A Convenção entrou em vigor em 1909, com a ratificação de 11 dos 43 signatários. Na atualidade são 122 membros signatários das Convenções.

[354] Ernest Lémonon realiza um estudo de cada pontual modificação na sua obra La Seconde Conférence de la paix. Paris: Librarie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1908.

[355] Diz o artigo 86 da Convenção de 1907: *"Para facilitar o funcionamento da justiça arbitral, quando se tratar de controvérsias de natureza tal que permita um procedimento sumário, as Potências contraentes*

O objetivo deste procedimento arbitral sumário era tornar ainda mais célere o processo de escolha de árbitros, em casos de maior simplicidade, que não houvesse a necessidade de uma longa discussão de cada árbitro pelas partes. Trata-se de verdadeiro aprimoramento técnico dos trabalhos da Corte, sobretudo respondendo às necessidades de alguns Estados[357].

A importância desta inovação encontra-se não apenas nesta especialização técnica que a arbitragem internacional desenvolve, mas igualmente porque demonstra a necessidade, a vontade dos Estados de celeridade no resolver suas disputas. O processo de escolha de árbitros é moroso, e mesmo o procedimento sumário possui certa lentidão, vez que cada parte indica um árbitro e estes então chegarão ao nome do terceiro[358]. Essa ainda presente morosidade no processo arbitral fará com que os Estados anseiem uma instância verdadeiramente permanente, disponível a qualquer tempo, para submissão dos litígios, elemento caracterizador de um tribunal internacional.

Desse modo, mais significativa que as inovações trazidas no corpo da Convenção para Solução Pacífica de Controvérsias, as Conferências de 1907 aportaram ao debate internacionalista a proposta de uma Corte de Justiça Arbitral. Uma Corte verdadeiramente permanente que reacendia o debate acerca da arbitragem obrigatória e de um órgão de permanência no âmbito da comunidade internacional.

A primeira proposta da criação da Corte de Justiça Arbitral veio por parte dos Estados Unidos, onde se tentava projetar uma versão internacional da Suprema Corte Americana[359], com seu modelo federalista. Tal proposta reunia os intentos de um tribunal arbitral permanente[360], sempre pronto a agir, representando os sistemas jurídicos de todo o mundo, compondo uma jurisprudência internacional contínua, que não substituiria a Corte Permanente de Arbitragem.

Ansiada por todos os Estados presentes, o óbice que a Corte de Justiça arbitral encontrou para sua efetiva criação foi a nomeação dos juízes. A proposta americana

---

estabelecem as seguintes regras que serão observadas na ausência de estipulações diferentes e, dado o caso, sobre a reserva da aplicação das disposições do capítulo III que não as contrariem".

[356] Capítulo IV do Título IV.

[357] Cf. Politis, 1924, p.102.

[358] Nos termos do art. 87 da Convenção de 1907.

[359] *"We wish to see a permanent international court which, like our United States Supreme Court, will have a status, a procedure, traditions, and precedents of its own. We wish to see international law declared and established as well as individual differences composed"* (BUTLER, 1912, p.12).

[360] Nicolas Politis (1924, p.134-35) fala que a proposta americava visava *"une Cour permanente, toujours prête, fonctionnant aux frais de tous, représentant lês divers systèmes juridiques, assurant la continuité de la jurisprudence internationale, avec des juges inamovibles et à caractere professionel, avec des sessions régulières; elle ne remplaçait pas la Court permanente d'arbitrage de 1899, elle la doublait, lui laissant lês litiges de caractère plus ou moins politique, pour se réserver ceux d'ordre juridique".*

falava de um número restrito de representação: 17 juízes, sendo oito permanentes indicados pelas grandes Potências e nove cadeiras rotativas designada pelos outros 36 estados (POLITIS, 1924, p.136). Esgrimindo pela igualdade dos Estados, sejam eles grandes ou pequenos, a delegação brasileira através de Rui Barbosa[361] opôs-se ferrenhamente à proposta, sendo seguido pela maioria dos pequenos Estados.

Rui preparou uma contra-proposta, arguindo um tribunal arbitral permanente composto de quarenta e quatro juízes permanentes, divididos alfabeticamente. Sua proposta não galgou apoio[362]. Em seguida, outras propostas foram seguidas, mas não subsistiu o consenso necessário para que fosse aprovada a criação desta Corte. Para não perder o fruto do trabalho, foi anexado o projeto de criação à Convenção.

Segundo Manley O. Hudson, o projeto publicado anexo às Convenções, muito embora mal sucedido, serviu de ponto de partida para a elaboração do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional em 1920 (HUDSON, 1943, p.84). Isto porque versava basicamente sobre todas as questões necessárias à atenção de um tribunal permanente: partes, juízes, procedimentos, norma aplicável e obrigatoriedade do acórdão.

Outro projeto de tribunal que não logrou êxito na Convenção de 1907 foi o Tribunal Internacional de Presas[363], que funcionava como um tribunal de apelação internacional aos tribunais de presas nacionais[364]. A falta de consenso relativa ao tribunal de presas não era quanto à sua composição, mas sim quanto à lei aplicável na solução dos litígios marítimos (VERZJIL, 1976, p.324).

O trabalho nas conferências de Haia se encerra remodelando o sistema de arbitragem internacional que ganhou contornos ao longo do século XIX. Sua influência indubitavelmente desaguou na criação do primeiro tribunal permanente de justiça

---

[361] *"M. Barbosa's influencewas not only that of a delegate of Brazil, but of a representative of Latin-America. He voiced their sentiments, and proclaiming the equality of the States under international law, the equality of right, not merely in theory but in its exercise, he made himself the mouthpiece against real or fancied aggression. He also made himself the spokesman of the various States that claim an equal influence as well as an equal vote in the regulation of international affairs"* (SCOTT, 1909, p.170).

[362] *"The Brazilian proposition was designed to constitute a workable tribunal in accordance with the requirements of juridical equality, not merely in right, but in the exercise of the right"* (SCOTT, 1909, p.439)

[363] Presas marítimas são a as preensões, em tempo de guerra, de um navio ou de sua carga pertencente ao inimigo, ou de navio neutro que infringiu a neutralidade.

[364] Sobre a temática: *"The International Prize Court was created to act as a Court of Appeal from decisions of the national Prize Courts in cases concerning neutral property and persons, enemy goods on board neutral vessels, etc.—in fact, in all cases which are regarded in international practice as within the Prize Court jurisdiction*"(BARCLAY, p.89).

internacional: A Corte Centro-Americana de Justiça[365]. Contudo, por não ser um tribunal dotado de vocação Universal, não se dará maiores destaques a esta entidade no corpo desse trabalho.

Todavia, muito embora exista grande euforia em abordar as inovações trazidas pelas Convenções de Haia, há também certa dose de ceticismo e realismo no seu recebimento pelos internacionalistas. Neste sentido cabe pontualmente a análise do historiador italiano Stefanno Mannoni:

> "É claro que a força da arbitragem – a sua agilidade – era também a sua fraqueza, na medida que nunca os Estados teriam de bom grado aceitado submeter-se preventivamente a formas vinculantes de jurisdição. A demonstração vem dada pelas convenções de Haia de 1899 e de 1907, que assinalam o início da parábola descendente de uma prática destinada a permanecer em baila dos caprichos das chancelarias. Assombrados pela insegurança e alvos de fácil suspeita, os diplomatas que na capital holandesa discutem a paz arquivam rapidamente as propostas de arbitragem obrigatória. Estas conhecerão ainda um momento de efêmera glória nos anos vinte graças a alguns renomados tratados, mas somente para serem descartadas pela práxis"[366] (MANNONI, 2002, p.223)

A leitura que aporta Mannoni quanto ao período é bastante realista. Em verdade, traça um esboço da reticência vivenciada pelos Estados, em contraposição à leitura pacifista da época anteriormente explorada. Sobretudo quanto à debatida idéia de arbitragem obrigatória[367], que não encontra um verdadeiro respaldo no agir dos diplomatas.

Uma das mais fortes críticas que se faz às festejadas Convenções é que, muito embora tenha sido tratada como um fim possível às guerras através da paz, não havia um caráter verdadeiramente cogente e obrigatório em sua admissão. "Estas convenções

---

[365] Após uma série de conflitos regionais, no ano de 1907 El Salvador, Honduras, Nicarágua, Guatemala e Costa Rica, influenciados pelos trabalhos realizados para a composição de um tribunal internacional permanente em Haia, assinam um tratado que visava a composição desta Corte de Justiça Regional. A derrocada da Corte se deu no ano de 1918 quando encerrou suas funções e considerou extintos os seus poderes jurisdicionais após dez casos julgados. Tal fato ocorreu devido à não aceitação da Nicarágua da sentença proferida em caso em que este país litigava com El Salvador a permanência de uma base naval no Golfo da Fonseca promovida pelo tratado Bryan-Chamorro, entre Nicarágua e Estados Unidos. Para mais, ver, SORTO, Fredys Orlando. Considerações sobre a Primeira Corte Internacional de Justiça. In: MERCADANTE, Aramita de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos (Orgs). Solução e Prevenção de Litígios Internacionais.Vol. II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

[366] Do original: *"È chiaro che la forza dell'arbitrato - la sua agilità - era anche la sua debolezza, in quanto mais gli Stati avrebbero di buon grado accettato di sottoporsi preventivamente a forme vincolanti di giurisdizione. La dimostrazione ne viene data dalle convenzione dell"Aja del 1899 e 1907, che segnano l'inizio della parabola discendente di una pratica destinata a rimanere in balia del capriccio delle cancellerie. Assilati dall'insicureza e facili prede del sospetto, i diplomatici che nella capitale olandese discutono di pace archiviano subito un momento di effimera gloria negli anni Venti grazie ad alcuni rinomati trattati, ma solo per essere scartado dalla prassi".*

[367] Em igual sentido: "*Universal obligatory arbitration, that is, obligatory arbitration for all classes and cases of dispute, was considered by the conference entirely impossible under the existing circumstances, and no delegation even proposed I"* (HULL, 1908, 454).

limitavam-se a platônicas recomendações ou puramente a obrigações de fundamentação moral apenas"[368] (NIPPOLD, 1923, p.16).

Resta claro, portanto, que o referenciado remodelamento empregado pelas Convenções não vem através de uma verdadeira forma de arbitragem obrigatória ou na criação de uma instância permanente. Contudo, suas transformações podem ser sentidas na prática influenciando alguns movimentos posteriores à sua ratificação. Sob este recorte teórico, Jan Verzijl trata o período de 1899 a 1925 como um período característico para a arbitragem internacional influenciado pelas grandes Convenções:

> Este segundo periodo rendeu um fluxo crescente de tratados gerais de arbitragens, inspirados pelos promissores resultados da Convenção da Paz de Haia de 1899, incluindo a criação da Corte Permanente de Arbitragem como uma central arbitral disponível, e de sua sucessora de 1907. De qualquer modo, de 1899 em diante a diversidade nas matérias dos Tratados também aumentou[369]. (VERZIJL, 1976, p.138)

A informação aportada por Verzijl demonstra outro desdobramento importante acerca do alcance das arbitragens. Se no passado as matérias de direito internacional abordadas restringiam-se quase que exclusivamente a fronteiras, domínios territoriais e questões comerciais, o aumento das matérias abordadas em tratados faz com que a arbitragem comece também a tocar essas temáticas.

Ademais, o insucesso das Convenções em manter absolutamente a paz levou os próprios internacionalistas e pacifistas a refletirem sobre o papel da arbitragem no sistema jurídico em que inserido. A conclusão da ciência jurídica quanto à arbitragem, desta maneira, foi considerá-la mais apropriada para dirimir determinados casos, que não versassem sobre questões fundamentais da prática dos países[370]. Concluiu-se que as arbitragens possuem um escopo e um fim próprio, estando aptas e sendo melhor adaptadas a determinados tipos de controvérsias (BROWN, 1917, p.89).

Dessa maneira, pode-se falar que as Convenções de Haia são o maior indicativo do papel de preponderância que ganhou o instituto da arbitragem internacional durante século XIX. Comparada em relação a algumas gerações anteriores, "a arbitragem foi

---

[368] Do original: *"These conventions confine themselves to a platonic recommendation or to a purely fundamental obligation of moral significance only"*.

[369] Do original: *"This second period yielded an increasing stream of general arbitration treaties, inspired by the promising results of the Peace Conference of the Hague of 1899, including the creation of the Permanent Court of Arbitration as available central arbitral tribunal, and of its successor of 1907. However, from 1899 onward diversity in the substantive contents of the treaties also increased"*

[370] *"These Arbitrations have been hailed by many as great triumphs for peace under the assumption that they removed just so many possible causes of war. A closer study of the facts does not tend to confirm this point of view. It rather confirms the impression that Arbitration is essentially limited in its scope and functions"(*BROWN, 1917, p.89).

uma força estabelecida que ganhou diariamente mais força e influência"[371] (OPPENHEIM, 1921, p.26).

Contudo, no início do século os anseios pela mudança do sistema no seio da ciência jurídica internacional continuam fortes. Há quem afirme a necessidade de desenvolver o direito internacional através de decisões. E somente seria possível o desenvolvimento do direito internacional através de um severo sistema de reformas do "atual sistema de arbitragem internacional" (WEHBERG, 1918, p.41).

Em 1910 inicia-se uma iniciativa dos EUA com Alemanha, França e Grã-Bretanha numa conferência não oficial em Paris, apoiada pelo *Institut de Droit International* com o intuito de trabalhar nos projetos anteriores de um tribunal arbitral permanente. Se não seria possível chegar num consenso com os pequenos, a estratégia era desenvolver o tribunal através dos grandes Estados. Contudo, a terceira reunião do grupo que aconteceria em 1914 não logrou êxito, O eclodir da Guerra impediu o processo, cessando também os trabalhos para uma Corte Permanente de Justiça Internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo arbitral internacional de jurisdição internacional ganhou êxito e relativa apoteose ao longo do século XIX de maneira que assumiu o papel de protagonista nas Convenções da Paz de Haia de 1899 e 1907. No corpo destes textos convencionais reflete-se a construção teórica que por décadas foi se sedimentando no seio da comunidade internacional através da prática arbitral e também da construção dos juristas.

Nesse contexto, não somente com a criação da Corte Permanente de Arbitragem, a contribuição fundamental das Convenções de Haia é igualmente corroborada no debate aportado acerca da obrigatoriedade da arbitragem internacional e na criação de uma Corte de Justiça Arbitral.

Contudo, outra importante consideração exalta-se clara: o direito internacional do período é ainda um direito das chancelarias, envolto em grandes potências e em tratados de amizade para estabilizar a efêmera sensação de paz. Não estranha, portanto,

[371] Do original: *"compared with some generations before, arbitration was an established force which daily gained more power and influence"*.

que esse direito não permita a existência de um órgão capaz de julgar as nações e que haja alguma refração por parte dos Estados à uma vinculação efetivamente permanente.

Ademais, a inexitosa Corte de Justiça Arbitral demonstra igualmente a dinâmica de poder entre os Estados. Seja a tentativa de uma Corte com assentos permanentes proposta pelos Estados Unidos, seja a Corte equitativa promovida pelos Estados pequenos demonstram que nenhuma das propostas encontrava um adequado equilíbrio de forças para se consolidar. As grandes potências não aceitariam se filiar a um tribunal permanente que não tivessem sempre um juiz à disposição, bem como os pequenos Estados não desejavam vincular-se a uma justiça forjada pelos maiores.

Por este viés, pode-se afirmar que as Convenções de Haia serviram como um laboratório para as futuras experiências de jurisdição permanente (seja o modelo arbitral, seja o modelo jurisdicional), estimulando o debate e levantando as problemáticas que adviriam numa jurisdição internacional. Apesar de não ter influenciado de maneira definitiva a concretização de um tribunal permanente, indubitavelmente contribuiu para a discussão acerca da jurisdicionalização (sobretudo no que tange às normas processuais da Corte) das controvérsias internacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNOLDSON, Klas Pontus. Pax Mundi: A concise account of the progress of the movement for peace by means of arbitration, neutralization, international law and disarmament. London: Swan Sonnenschein & Co, 1892.

BARCLAY, Sir Thomas. New Methods Of Adjusting International Disputes And The Future. London: Constable & Company Ltd, 1917.

BROWN, Philip Marshall. International Realities. New York: Charles Scribner's Sons, 1917

BROWNLIE, Ian. Principles of Public International Law. 5.ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

BUTTLER. Nicholas Murray. The international mind: an argument for the judicial settlement of international disputes. New York: Charles Scribner's Sons, 1912.

FOSTER. John. W. Arbitration and The Hague Court. London: Cambridge University Press, 1904.

HUDSON, Manley O. The Permanent Court of International Justice 1920-1942. New York: The Macmillan Company, 1943.

HULL, William I. The Two Hague Conferences and their contributions to international law. Boston, Ginn & Company, 1908.

LA FONTAINE, H. Pasicrie: Histoire Documentaire des Arbitrages Internationaux. Berne: Imprimerie Stampeli & Cie, 1902

LANGE. Christian L. Histoire de l'Internationalisme. Vol. III. New York: G.P. Putnams Sons, 1919.

LÉMONON, Ernest. La Seconde Conférence de la paix. Paris: Librarie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1908.

LIMA, L. C. ; DAL RI JUNIOR, A. O desenvolvimento da arbitragem internacional ao longo do século XIX como movimento precursor das convenções da paz de Haia de 1899 e 1907. In: 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2011, Brasília. Anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2011. v. 1. p. 734-742

MANNONI, Stefano. Potenza e Ragione la scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo. Milão. Giuffrè Editore. 1999.

MANNONI, Stefano. Relazioni Internazionali. In: FIORAVANTI, Maurizio. Lo Stato moderno in Europa: Istituzioni e diritto. Roma: Laterza, 2002, p. 206-245.

NIPPOLD, Otfried. The Development of International Law After the World War. Oxford: Clarendon Press, 1923.

OPPENHEIM, Lassa. International Law, a Treatise, New York: Longmans Green and Co, 1921.

OPPENHEIM. Lassa. The Future of International Law. Oxford: Clarendon Press, 1921.

POLITIS, Nicolas. La Justice Internationale. Paris: Librairie Hachette, 1924.

POLITIS, Nicolas. Les Nouvelles Tendances Du Droit International. Libraire Hachette: Paris, 1927

RICHARDS, Sir Erle. The Progress of International Law and Arbitration. Oxford: Clarendon Press, 1911.

RICHET, Charles. Le guerre e la Pace. Studi sull'arbitrato internazionale. Napoli: Colonnese editore, 1899.

ROMANO, Cesare P.R., The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle, 31 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 709, 1999.

SCELLE, Georges. Le Pacte des Nations et sa liaison avec Le Traité de Paix. Paris: Recueil Sirey, 1919.

SCOTT, James Brown. The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907. Vol. 1. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1909.

SCOTT, James Brown. The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907. Vol. 2 - Documents. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1909.

SORTO, Fredys Orlando. Considerações sobre a Primeira Corte Internacional de Justiça. In: MERCADANTE, Aramita de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos (Orgs). Solução e Prevenção de Litígios Internacionais.Vol. II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

VERDROSS, Alfred. Derecho Internacional Publico. 4°. Ed. Madrid: Ed. Aguilar, 1961. Tradução: Antonio Truyol y Serra.

VERZIJL, J.H.W. International Law in Historical Perspective: Vol. IV, Inter-State Disputes and their Settlement.. Leyden: A.W.Sijthiff, 1976.

WATSON, Adam. A evolução da sociedade internacional: uma análise histórica comparativa. Brasília: Editora UNB, 2004.

WEHBERG, Hans. The Problem of an International Court of Justice. Oxford: Clarendon Press, 1918.

WILSON, George Grafton. Handbook of International Law. St. Paul: West Publishing Company, 1910.

INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS DIRETOS: REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL E O CASO BRASILEIRO

Ana Luiza Becker Salles[372]

RESUMO

No cenário capitalista neoliberal que nos encontramos na atualidade, nenhum país sobrevive sem estar inserido na globalização econômica. Resultantes dessa mundialização do capital são os fluxos de investimento. Objetiva-se através deste trabalho, realizar uma análise da realidade dos investimentos diretos no Brasil. Para tanto, observar-se-á brevemente a origem dos fluxos de capital em âmbito internacional a partir da constatação da mobilidade dos fatores do produção, a definição de investimento e sua regulação internacional.

Palavras-Chave: Brasil; Globalização Econômica; Investimentos Estrangeiros Diretos.

INTRODUÇÃO

Com a decadência da URSS, que levou ao término da Guerra Fria e ao consequente fim da bipolaridade econômica mundial, tornou-se possível o reinado individual das ideias capitalistas liberais ao redor do globo. Resultando em um modelo único de desenvolvimento econômico: o capitalismo neoliberal, importante responsável pelo advento da Globalização Econômica.

Nesse contexto, os órgãos internacionais, como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial, passam a ditar as regras financeiras globais. Possuindo políticas para os países em desenvolvimento, diretamente relacionadas à quantidade de investimentos estrangeiros que cada país é capaz de atrair. A regra para o desenvolvimento é baseada em medições de potencial de investimentos. A visão dominante é a de que sem investimento não há crescimento econômico e sem crescimento econômico não há a possibilidade de existência de uma política econômica

[372] Graduanda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, bolsista de Iniciação Científica do CNPq. Graduanda em Relações Internacionais, pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Membro do Grupo de Estudos *Ius Gentium* da Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: aninha_salles@hotmail.com.

sustentável.[373]

Como consequência, as últimas décadas foram palco de um movimento de privatizações de empresas em toda parte. Dando indícios de que os empréstimos internacionais funcionam tanto quanto o comércio internacional, no sentido de oferecer um bem-estar econômico ao país que os recebe.[374]

Devido à importância do tema, o presente trabalho se propõe a definir o investimento estrangeiro, sua origem, regulação e utilização no Brasil.

1. ORIGEM DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

Para se tratar de investimentos estrangeiros é preciso observar sua origem resultante do movimento dos fatores de produção: distribuição de riquezas, trabalho e população.

No mundo existe uma desigual distribuição de riquezas decorrentes de características geográficas distintas. A distribuição natural dos recursos ou sua capacidade de transformação é o que leva aos países comercializarem entre si.

Da mesma forma, o trabalho e suas diferentes características locais comportam classificações conforme: exigência, capacidade diferente na execução de tarefas e distribuição da propriedade de produção, o que leva a remunerações diferenciadas em países diferentes.

A diferença na estrutura das populações se refere principalmente em relação à idade. Um país em que a maior parte da população é jovem tem uma força de trabalho futura mais significativa do que um com maioria mais próxima da aposentadoria. Então, tem-se capital e sua distribuição desigual entre os países.

Ademais, é denominado "capital real" a infraestrutura destinada a melhorar o sistema produtivo, as mercadorias-capital e os bens empregados na produção e na melhoria de suas condições. Concluem Brum e Heck:

> A posse, sua melhor utilização e a capacidade de absorvê-los corretamente dentro de um processo de deslocamento internacional cada vez mais amplo, fazem desses fatores um ponto central de

[373] VELOSO, Paulo Potiara De Alcântara. *Investimentos estrangeiros diretos face à ética da responsabilidade de hans jonas:* os paradoxos das políticas de atração. 2006. 143 f. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

[374] STERN, Brigitte. *O Contencioso dos Investimentos Internacionais*. Manole: Barueri, 2003, 150 p.

> diferenciação qualitativa, e mesmo quantitativa, entre os diferentes países do mundo, tanto mais quanto suas fronteiras se abrem para o comércio.[375]

Nemê[376] traz a análise de três ordens para a mobilidade dos fatores de produção, admitidas pela teoria econômica. De acordo com abordagem neoclássica, essa mobilidade ocorre devido a diferença dos preços e salários para os trabalhadores, as taxa de lucro e de juros para o capital. Segundo a abordagem keynesiana, seria devido a diferença das rendas, o desemprego e penúria dos trabalhadores e a insuficiência de poupança para o capital. E de acordo com a marxista, seria a diferença de nível de desenvolvimento que leva a trocas de desiguais.

Independente da teoria abordada é uma constatação a mobilidade dos fatores de produção. E com ela a noção de internacionalização dos fatores, de mundialização do capital e de globalização econômica. De acordo com Brigite Stern (2003, p. 2):

> A Globalização econômica apresenta três aspectos principais: a internacionalização das trocas econômicas de mercadorias, em outras palavras, a internacionalização do comércio, a globalização de empresas que tendem, todas, a se tornarem "empresas globais", por causa de fusões e aquisições, e a globalização dos fluxos de capitais por meio do sistema financeiro internacional." E ainda que: "A globalização só é uma realidade se considerarmos as trocas econômicas de bens, de fluxos financeiros e de estratégias das empresas multinacionais.[377]

Como é possível observar, o movimento dos capitais ganha um papel relevante nesse contexto. E os empréstimos internacionais funcionam bem e dão o mesmo tipo de satisfação aos países que o comércio internacional. Porém a crise mundial de pagamentos (1992) adveio da constatação pelos países receptores dos empréstimos que o pagamento em dia não garantia novas entradas de fundos, o que levara-os a repudiar

---

[375] BRUM, Argemiro Luis; HECK, Cláudia Regina. . *Economia internacional:* uma síntese da análise teórica. Ijui: UNIJUI, 2005. P. 198.

[376] Apud BRUM, Argemiro Luis; HECK, Cláudia Regina. . *Economia internacional:* uma síntese da análise teórica. Ijui: UNIJUI, 2005. P. 199.

[377] STERN, Brigitte. *O Contencioso dos Investimentos Internacionais*. Manole: Barueri, 2003, 150 p.

as dívidas para evitar a saída de recursos.[378] Como solução os credores passaram a ligar os empréstimos a ativos, permitindo que, em caso de não pagamento, o credor os assumisse. Isso aliado a privatização dos bens públicos, ocorrida em grande escala nos países em desenvolvimento, deriva dos empréstimos internacionais o papel das sociedades multinacionais e a análise de investimento externo direto.

2. DEFINIÇÃO DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO.

De acordo com Pucci[379] "A noção de investimento estrangeiro é de origem econômica e implica a afetação de bens de nacional de um país ao exercício de uma atividade econômica, de caráter duradouro e com objetivo de lucro, a ser desenvolvida em país estrangeiro". E, de acordo com Chesnais[380], é uma das dimensões da internacionalização do capital.

A internacionalização do capital consiste em três dimensões. A primeira delas é o comércio internacional, a segunda, o investimento produtivo no exterior e a terceira, os fluxos de capital monetário ou financeiro. O investimento estrangeiro possui características como: falta de liquidez imediata, a dimensão intertemporal e a transferência de direitos patrimoniais, que o privilegia frente aos outros dois. Ele divide-se em duas categorias principais: investimento estrangeiro direto (IED) e investimento de portfólio.

A definição trazida pelo Fundo Monetário Internacional[381] sobre os investimentos estrangeiros diretos é no sentido de que eles são uma categoria de investimento internacional realizado por parte de uma entidade residente de uma economia, pessoa física ou jurídica, cujo objetivo é obter uma participação duradoura em uma empresa residente de outra economia. Para caracterizar o interesse duradouro deve vir a existir entre o investidor e a empresa na qual investe uma relação a longo prazo e um importante grau de influência do investidor na gestão desta empresa. E, além

---

[378] BRUM, Argemiro Luis; HECK, Cláudia Regina. . *Economia internacional:* uma síntese da análise teórica. Ijui: UNIJUI, 2005. 364p.

[379] COSTA, Larissa Maria Lima. *A Arbitragem do centro internacional de resolução de disputas sobre investimentos (CIRDI):* uma análise sobre a autonomia do consentimento. 2006. 223 f. p.24.

[380] CHESNAIS, François. *A mundialização do capital.* São Paulo: Xamã, 1996.

[381] apud MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Centro de Solução de Controveersias de Investimento (ICSID)*. In: BARRAL, Welber. Tribunais Internacionais**:** mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias. Florianópolis: Boiteux, 2004. Cap. 1, p. 14-30

das transações inicias, serão consideradas investimento direto as transações realizadas entre investidor e empresa, e entre estes e empresas filiadas, incorporadas ou não[382].

Os investimentos de portfólio, também chamados de carteira de investimentos, são os aqueles que buscam unicamente a obtenção de rendimentos, não há participação ativa do investidor na empresa, que não se preocupa com a administração do negócio no qual são investidos os fundos[383]. De acordo com o FMI consiste em "aplicações financeiras sob a forma de títulos públicos e privados, inclui ações, bônus, *debêntures*, títulos de dívida publica".[384]

O primeiro possui especial ênfase por ser considerado um importante mecanismo de crescimento econômico, e o meio utilizado pelas empresas transnacionais para construção de suas cadeias globais.

3. REGULAÇÃO DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS.

A regulação dos investimentos é realizada por intermédio de convenções internacionais, podendo estas serem multilaterais, regionais ou bilaterais.

Os acordos bilaterais são comumente celebrados entre os países que originam e os países que recebem os investimentos. Eles são fundamentais para encorajar o investimento dos nacionais de um dos Estados contratantes na economia do outro. Para tanto, fixam-se mecanismos de proteção ao investidor, os quais: garantem o tratamento nacional não discriminatório justo e equitativo; concedem garantias relacionadas à repatriação do capital e do lucro; protegem o investimento de expropriações e nacionalizações e preveem a solução de controvérsias por meio da arbitragem internacional[385].

Os acordos regionais (ou multilaterais de âmbito regional) objetivam a criação de áreas de cooperação e integração econômica. No que tange aos investimentos, como nos acordos bilaterais, possuem definições amplas, que facilitam a circulação de capitais

---

[382] COSTA, Larissa Maria Lima. *A Arbitragem do centro internacional de resolução de disputas sobre investimentos (CIRDI):* uma análise sobre a autonomia do consentimento. 2006. 223 f.

[383] MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Centro de Solução de Controvérsias de Investimento (ICSID)*. In: BARRAL, Welber. Tribunais Internacionais**:** mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias. Florianópolis: Boiteux, 2004. Cap. 1, p. 14-30.

[384] COSTA, Larissa Maria Lima. *A Arbitragem do centro internacional de resolução de disputas sobre investimentos (CIRDI):* uma análise sobre a autonomia do consentimento. 2006. 223 f. P.25

[385] COSTA, Larissa Maria Lima. *A Arbitragem do centro internacional de resolução de disputas sobre investimentos (CIRDI):* uma análise sobre a autonomia do consentimento. 2006. 223 f. P.25

e são voltados para a realização de atividades econômicas a longo prazo no âmbito do bloco.

Em âmbito multilateral, não existe um acordo generalizado sobre investimento que abarque de modo amplo o tema, embora tenha se tentado elaborar um Acordo Multilateral de Investimentos na Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico (OCDE). De acordo com Kleinheisterkamp[386]:

> Já em paralelo aos trabalhos do Banco Mundial para a Convenção de Washington, a OCDE intentou – sem sucesso- promover em 1967, uma convenção para uniformizar os direitos materiais conferidos aos investidores, que aparentemente também previa a solução de controvérsias via arbitragem.

Desta forma, os acordos multilaterais existentes sobre investimentos são específicos. É caso da Convenção de Washington de 1965 que instituiu, junto ao Banco Mundial, o Centro Internacional de Solução de Disputas sobre Investimentos (ICSID), que é destinado à resolução de conflitos envolvendo investidores e Estados hospedeiros, por meio de arbitragem e conciliação. Da Convenção de Seul de 1985, que instituiu a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA), que destina-se a proteger contra riscos políticos, os investimentos de longo prazo, realizados em países em desenvolvimento. E do Acordo sobre Medidas de Investimentos Relacionadas ao Comércio (TRIMS)[387] que objetiva impedir a restrição à livre gestão do investimento em matérias vinculadas ao comércio.[388]

4. INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS NO BRASIL

Ao se tratar de países em desenvolvimento encontra-se uma constante quanto a problemas nos âmbitos político, econômico e estrutural. O que costuma resultar no impedimento de prover sua infraestrutura de forma autônoma. Então, face à grande liquidez internacional em função da formação dos mercados europeus e dos petrodólares, a partir da década de 60, até meados de 80, muitos países em

[386]KLEINHEISTERKAMP, Jan. *O Brasil e as disputas com investidores estrangeiros.* In: Di Sena Júnior, Roberto and Costa Sousa Cherem, Mônica Teresa, (eds.) Comércio internacional e desenvolvimento: uma perspectiva Brasileira. São Paulu: Saraiva, 2004, p. 156-187. P.169

[387] Integra os acordos que instituíram a Organização Mundial do Comércio (OMC).

[388] COSTA, Larissa Maria Lima. *A Arbitragem do centro internacional de resolução de disputas sobre investimentos (CIRDI):* uma análise sobre a autonomia do consentimento. 2006. 223 f.

desenvolvimento realizaram empréstimos internacionais em grandes somas. Surgindo, nessa época, as grandes dívidas externas dos países em desenvolvimento.[389]

E assim, com intuito de honrar suas obrigações externas, o país devedor passa a constantemente buscar moeda forte. Inicialmente, o país endividado saldava as dívidas com novos empréstimos. Porém, com as alterações nas políticas das instituições financeiras internacionais, os países devedores passam a reservar o equivalente a grande parte de seu PIB para o pagamento dessas obrigações, o que de acordo com Veloso acarreta duas consequências:

> i) o país necessita comprar moeda forte com essa grande previsão orçamentária, e para isso, necessita da entrada de novos investimentos estrangeiros; ii) com essa reserva orçamentária, o governo não tem como investir em infraestrutura, o que acaba ficando a cargo do setor privado, abrindo então, oportunidades para novos investimentos de empresas estrangeiras, consequentemente Empresas Transnacionais.[390]

Com o Brasil não foi diferente. Desde sua independência que entradas de investimentos estrangeiros são uma constante no país. Seja para o financiamento de obras de infraestrutura, como estradas de ferro, iluminação pública, etc., seja em investimentos de plantas produtivas, como é o caso de empresas que atuam no país há muito tempo.

Então, é possível afirmar que hoje o Brasil possui uma economia internacionalizada. E de acordo com Brum e Heck[391], "tem sido o segundo país, após a China a mais receber investimentos externos entre os países emergentes." O quadro nacional é de dependência do capital externo. Administram-se as dívidas externa e pública com a observância desses recursos.

Todavia, inexiste no país uma regulação a altura da importância que os Investimentos Externos Diretos representam. A legislação brasileira sobre o assunto é esparsa e pouco objetiva, pode ser dizer que "não há um interesse patente pelo seu

---

[389] VELOSO, Paulo Potiara. *Investimentos Estrangeiros Diretos Face à Ética da Responsabilidade de Hans Jonas:* Os Paradoxos das Políticas de Atração. 2006. 143 f.

[390] VELOSO, Paulo Potiara. *Investimentos Estrangeiros Diretos Face à Ética da Responsabilidade de Hans Jonas:* Os Paradoxos das Políticas de Atração. 2006. 143 f. p. 21

[391] BRUM, Argemiro Luis; HECK, Cláudia Regina. . *Economia internacional:* uma síntese da análise teórica. Ijui: UNIJUI, 2005. P. 319

tratamento efetivo, o que dá face a incapacidade legislativa à negligência dos poderes públicos e aos fundamentos históricos da política nacional."[392]

E quanto à regulação internacional, também é superficial a vinculação brasileira. Em muitos casos o país assina o acordo ou convenção, porém ela não é posteriormente ratificada pelo Congresso nacional. E isso se observa em acordos bilaterais de investimento direto[393] e em acordos regionais, como nos protocolos de Colônia e Buenos Aires do Mercosul sobre tratamento de IEDs no Mercosul. E em acordos mais amplos, multilaterais, como é o caso da Convenção de Washington, que sequer foi firmada pelo país.[394]

De acordo com Kleinheisterkamp, essa resistência brasileira justifica-se por dois fatores: o reativamento do projeto da OCDE, de elaborar um acordo global sobre investimentos, que ao ser levado a público gerou uma onda global de protestos, principalmente por ONGs que defendiam o desenvolvimento sustentável; e a crise econômica na década de 90 na América Latina, pontualizada no México em 1997, quando todo o capital estrangeiro volátil foi retirado do país, levando-o a uma catástrofe financeira, a desvalorização radical do real brasileiro em 1999 e a bancarrota da Argentina, que converteu-se no país mais levado à arbitragem internacional por investidores estrangeiros.[395]

Entretanto o que se observa a partir dessa livre recepção de IEDs em território nacional é que, sem planejamento público, o que se busca no Brasil é quantidade de investimento e não qualidade. Devendo o país nortear sua política para atrair investimentos que gerem renda e oportunidades à população e que, assim, contribuam para melhorar sua qualidade de vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

[392] VELOSO, Paulo Potiara. *Investimentos Estrangeiros Diretos Face à Ética da Responsabilidade de Hans Jonas:* Os Paradoxos das Políticas de Atração. 2006. 143 f. p. 74

[393] BITs : Bilateral Investment Treaties, Acordos Bilaterais de Investimentos.

[394] VELOSO, Paulo Potiara. *Investimentos Estrangeiros Diretos Face à Ética da Responsabilidade de Hans Jonas:* Os Paradoxos das Políticas de Atração. 2006. 143 f.

[395] KLEINHEISTERKAMP, Jan. *O Brasil e as disputas com investidores estrangeiros.* In: Di Sena Júnior, Roberto and Costa Sousa Cherem, Mônica Teresa, (eds.) Comércio internacional e desenvolvimento: uma perspectiva Brasileira. São Paulu: Saraiva, 2004, p. 156-187.

Dada a importância do tema discorrido no presente trabalho e sua tamanha complexidade, é preciso considerar que, não se pretendeu aqui definir parâmetros, mas apenas descrevê-los.

Sabe-se que, em um mundo globalizado, a entrada e saída de dinheiro de um local para outro é realizada de forma quase que volátil. Todavia, não há nação que sobreviva hoje sem o capital circulante dos investidores externos. Sendo então, necessário a todos aprendermos a conviver com seus ônus e bônus.

REFERÊNCIAs BIBLIOGRÁFICAs

BRUM, Argemiro Luis; HECK, Cláudia Regina. . *Economia internacional:* uma síntese da análise teórica. Ijui: UNIJUI, 2005. 364p.

CHESNAIS, François. *A mundialização do capital.* São Paulo: Xamã, 1996.

COSTA, Larissa Maria Lima. *A Arbitragem do centro internacional de resolução de disputas sobre investimentos (CIRDI):* uma análise sobre a autonomia do consentimento. 2006. 223 f. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Direito, UFSC, Florianópolis, 2006.

KLEINHEISTERKAMP, Jan. *O Brasil e as disputas com investidores estrangeiros.* In: Di Sena Júnior, Roberto and Costa Sousa Cherem, Mônica Teresa, (eds.) Comércio internacional e desenvolvimento: uma perspectiva Brasileira. São Paulu: Saraiva, 2004, p. 156-187.

MENDES, C. Cronemberger; TEIXEIRA, J. Rodolpho. Desenvolvimento Econômico Brasileiro: uma releitura das contribuições de Celso Furtado. Brasília: IPEA, 2004.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Centro de Solução de Controvérsias de Investimento (ICSID)*. In: BARRAL, Welber. Tribunais Internacionais**:** mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias. Florianópolis: Boiteux, 2004. Cap. 1, p. 14-30.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org). *A Globalização e as Ciências Sociais*. São Paulo: Cortez, 2002.

VELOSO, Paulo Potiara. *Investimentos Estrangeiros Diretos Face à Ética da Responsabilidade de Hans Jonas:* Os Paradoxos das Políticas de Atração. 2006. 143 f. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Direito, UFSC, Florianópolis, 2006.

O DIREITO BRASILEIRO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS: CASOS EMBLEMÁTICOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Leonardo Bruno Pereira de Moraes[396]

RESUMO

Os tratados internacionais sofreram ao longo das décadas diversas alterações em seu grau de importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro. O Supremo Tribunal Federal (STF) foi o principal responsável pelas alterações de interpretação da hierarquia desses acordos, sendo as decisões do Recurso Extraordinário 80.004/SE, proferida em 1977, e do Recurso Extraordinário 466.343-1/SP, de 2008, os principais casos da jurisprudência brasileira sobre o assunto. Nesse sentido, importante frisar a distinção entre os tratados sobre Direitos Humanos dos demais pactos e do significado desta diferença pelo seu viés constitucional. O presente artigo busca destacar os argumentos utilizados em 1977 pelo STF para equiparar os acordos internacionais às leis nacionais, bem como as razões pela qual este mesmo tribunal no ano de 2008 ressaltou o aspecto supralegal dos pactos sobre Direitos Humanos, conhecendo que a eficácia desses tratados deve prevalecer até mesmo sobre leis nacionais posteriores.

Palavras-Chave: Tratados Internacionais, Supremo Tribunal Federal, Direitos Humanos.

ABSTRACT

The international treaties have suffered many changes over the past decades in their levels of importance in the Brazilian legal system. The Supreme Federal Court has been the main responsible for the changes of interpretation about the hierarchy of these agreements. The decisions of the Extraordinary Appeal 80.004/SE, 1977, and the Extraordinary Appeal 466.343-1/SP, 2008, are the leading cases on this subject in Brazil. In this regard, it is important to note the distinction between international human rights treaties and other agreements, analyzing the difference under a constitutional point of view. The following article aims to highlight the arguments used by the Supreme Federal Court in 1977 to equate the international agreements to the national laws, as well as the reasons why the same court gave a supra-legal aspect to the international human rights treaties in 2008.

Keywords: International Treaties, Supreme Federal Court, Human Rights.

INTRODUÇÃO

[396] Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Membro do Ius Gentium – Grupo de Pesquisa em Direito Internacional UFSC/CNPq, coordenado pelo professor Arno Dal Ri Júnior.

Os tratados internacionais ocupam uma posição extremamente importante dentre as fontes do Direito Internacional utilizadas na atualidade. Essa forma de construção de relações jurídicas entre os Estados possibilita uma maior clareza e precisão a respeito dos compromissos firmados entre as partes, reduzindo a dificuldade na aplicação de normas provenientes do Direito Internacional. Os pactos realizados dessa maneira apresentam-se como uma alternativa para a constituição de responsabilidades em curto prazo, uma vez que permitem que as regras acordadas entrem em vigor assim que os Estados pactuantes aceitem tais compromissos. Os tratados internacionais podem ser conceituados como os acordos formais concluídos entre pessoas jurídicas de Direito Internacional Público, e destinados a produzir efeitos jurídicos[397]. Esses compromissos são, portanto, a maneira pela qual os Estados expressam seus acordos de vontade, a respeito dos mais variados temas, através de um ato jurídico formal que resulta na construção de uma norma a ser respeitada pelas partes[398].

Inicialmente, torna-se importante compreender como os tratados internacionais adentram o ordenamento interno brasileiro, analisando rapidamente o papel dos poderes Executivo e Legislativo nesse trânsito. A finalidade deste enfoque é conhecer por quem os acordos passam antes de fazerem parte oficialmente do direito interno, a fim de entender as origens dos conflitos entre as leis nacionais e os tratados, ou seja, o que permite que normas conflitantes façam parte de um mesmo ordenamento. O título a seguir, *internalização dos tratados internacionais*, demonstrará a baixíssima participação do Judiciário nesse processo e as restrições impostas ao Legislativo, o que acaba por resultar em uma fragilidade do instituto do tratado internacional, ficando a sua celebração e entrada em vigor vinculada praticamente ao Executivo.

O objetivo principal deste breve estudo é demonstrar, através de casos práticos, como o Supremo Tribunal Federal vem se posicionamento a respeito dos tratados internacionais e sua aplicabilidade dentro do direito brasileiro. Dentro desse campo, ressalta-se principalmente a dúvida sobre o grau de hierarquia dos tratados na ordem jurídica brasileira e a legitimidade de se atribuir diferentes classes hierárquicas para os casos pertinentes aos Direitos Humanos e ao direito tributário. A jurisprudência brasileira tem como principais marcos dois julgados do STF, o primeiro de 1977 sobre

[397] REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar.* São Paulo: Saraiva, 2005. p. 11-117.
[398] ibidem, p. 18.

os tratados de maneira genérica e o segundo de 2008 referente aos Direitos Humanos. O RE 80.004/SE, 1977, resultou em uma mudança basilar no entendimento a respeito da categoria dos tratados internacionais, colocando-os no mesmo grau de hierarquia das leis nacionais, ao contrário da posição que vigorava até então no Brasil, que defendia um status superior para os acordos externos. Enquanto isso, o RE 466.343-1/SP, 2009, juntamente com a Emenda Constitucional nº 45, foi responsável por assegurar aos pactos sobre Direitos Humanos uma equivalência às Emendas Constitucionais, assegurando a eficácia desses até mesmo quando em conflito com leis nacionais posteriores.

1. INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Os tratados internacionais apresentam diversos efeitos para os sujeitos de direito interno dos países envolvidos na negociação, pois alteram a ordem jurídica nacional a partir da sua entrada em vigor. Para que isto ocorra, faz-se necessária a recepção do tratado pelo ordenamento jurídico do Estado-parte, sendo este processo elemento essencial para que a norma internacional adquira vigência dentro do país e consequentemente possa ser aplicada pelos juízes e tribunais. O Direito Internacional não estabelece um procedimento padrão para a realização da recepção, havendo casos de Estados signatários da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) que não realizam qualquer forma de promulgação dos tratados, entrando estes em vigor sem necessidade de um ato interno. O Brasil, contudo, define critérios mais rígidos para a introdução de uma norma de direito internacional dentro da sua ordem jurídica nacional.

No Brasil, o sistema jurídico aponta a constituição como responsável por regulamentar a competência a respeito da celebração de tratados internacionais, bem como os responsáveis por permitir a sua admissão ao ordenamento interno. A Constituição Federal de 1988 possui a seguinte redação sobre o assunto:

> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
>
> VII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.
>
> Art. 49. É de competência exclusiva do Congresso Nacional:

> I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

A Constituição brasileira adota um modelo de distribuição de competências[399] relativo à promoção das relações exteriores do país e a internalização dos tratados internacionais. Entretanto, este modelo não se apresenta de modo paritário, sendo o Poder Executivo o principal encarregado por realizar essas ações, enquanto o Poder Legislativo exerce uma função apenas fiscalizadora dos atos realizados pelo primeiro, tendo pouca influencia no conteúdo dos acordos. Ao Congresso Nacional é permitido rejeitar o texto do tratado, em todo ou em parte, e sugerir alterações, porém estas últimas não possuem um caráter obrigacional, podendo o Poder Executivo acatá-las apenas se considerar conveniente[400]. Outra forma utilizada por este último para evitar os conflitos com o Legislativo são os acordos executivos[401], entretanto estes e as demais formas não tradicionais de compromissos externos não serão objeto de estudo deste trabalho, que visa somente a análise dos tratados clássicos.

2. OS TRATADOS INTERNACIONAIS E O DIREITO INTERNO BRASILEIRO

Uma das maiores discussões relacionadas com os tratados internacionais faz referência ao nível hierárquico pelo qual estes devem entrar no ordenamento nacional. Durante muito tempo a jurisprudência brasileira foi adepta do Direito Internacional[402], defendendo a primazia dos acordos externos às leis internas pela importância dada ao princípio do *pacta sunt servanda*, o qual obrigaria os estados a cumprirem seus compromissos internacionais e os impediriam de criarem leis contrárias a tais convenções até que estas fossem dissolvidas. Esse posicionamento é extremamente defensável ao analisarmos que a falta de instrumentos coercitivos obriga aos estados depositarem a manutenção da sociedade internacional justamente na confiança do adimplemento das obrigações firmadas pelos seus iguais. O privilégio hierárquico dos

[399] GODINHO, Thiago José Zanini. *Elementos de Direito Internacional Público.* São Paulo: Atlas, 2010. p. 45.
[400] REZEK, Francisco. op. cit., p. 64-69.
[401] Os acordos executivos não precisam da aprovação do Congresso Nacional, são normalmente de estilo mais simples, fazem referência a tratados vigentes ou a atos da diplomacia ordinária, sendo considerados válidos diante do sistema jurídico brasileiro. Cf. REZEK, Op. cit., p. 60-64.
[402] VALLADÃO, Haroldo, apud. Voto Ministro Xavier de Albuquerque. *STF. RE 80.004*. Julgamento em 31/05/1977. Publicação DJ 29/12/1977.

tratados internacionais seria uma forma de garantir maior segurança jurídica ao direito das gentes.

O estado brasileiro adota um modelo paritário no que se refere aos tratados internacionais, estes adentram o ordenamento jurídico interno com as mesmas características das leis federais. Nestes casos, não há divergência doutrinárias ou jurisprudenciais no que tange às leis em vigor anteriormente à incorporação do tratado, podendo este revogar legislações infraconstitucionais com base no princípio *lex posteriori derogat priori*[403]. Contudo, a grande questão abrange as leis infraconstitucionais criadas após a entrada em vigor de um tratado internacional de conteúdo conflitante. A Constituição Federal de 1988 silencia sobre o assunto, cabendo ao Supremo Tribunal Federal os pronunciamentos relacionados com esse tema. O entendimento que permanece até os dias atuais foi assentado através do Recurso Extraordinário 80.004/SE, referente ao conflito entre a Convenção de Genebra de 1930 sobre letra de câmbio e o Decreto-Lei nº 427 de 22/01/1969. Neste caso, o Ministro Cunha Peixoto analisa as dificuldades de alteração dos acordos internacionais caso fosse atribuído a eles uma distinção em relação ao restante do ordenamento.

> "Com efeito, se a Lei Uniforme[404] transformou-se em direito positivo brasileiro, evidente que pode ser modificada ou revogada, como qualquer outro diploma legal. Do contrário, transformar-se-ia qualquer lei que precedesse de algum tratado em super lei, em situação superior à própria Constituição Brasileira[405]."

Sob esta perspectiva hermenêutica, o Min. Leitão de Abreu também realiza sua explicação sobre a eficácia e vigência dos tratados internacionais quando em contraponto com uma legislação interna posterior, abandonando a visão tradicional do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

> "A lei posterior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico, o tratado, senão que lhe afasta a aplicação. A diferença está em que,

[403] REZEK, Francisco. op. cit., p. 98.
[404] Outra nomenclatura utilizada para se referir à Convenção de Genebra de 1930.
[405] Voto Ministro Cunha Peixoto. *STF. RE 80.004*. Julgamento em 31/05/1977. Publicação DJ 29/12/1977.

> se lei revogasse o tratado, este não voltaria a aplicar-se, na parte revogada, pela revogação pura e simples da lei revogatória. Mas como, a meu juízo, a lei não o revoga, mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis, voltará ele a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas[406].”

A interpretação consolidada pelos ministros, apesar da divergência em alguns conceitos, afirma que os tratados internacionais carecem de aplicabilidade no sistema jurídico nacional após a entrada em vigor de uma lei nacional posterior que venha a contrariá-lo. A aplicação do princípio *lex posteriori derogat priori* nos dois casos parece lógica, entretanto tal decisão contraria o Artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados[407]. Apesar do Brasil não ter oferecido reservas com relação a esse artigo ao ratificar a convenção em 2009, a jurisprudência proveniente do Supremo Tribunal Federal indica que tal dispositivo não vem sendo aplicado no país. Todavia, existe uma forte corrente doutrinária liderada pelo professor Valério Mazzuoli que defende uma análise sistêmica entre a Constituição Federal e a CVDT, indicando que os tratados internacionais estariam em uma classe intermediária, abaixo das normas constitucionais e acima das tradicionais leis infraconstitucionais, de forma a possibilitar a aplicação do artigo supracitado no Brasil[408].

O Brasil possui um regime hierárquico diferente para aqueles tratados cuja matéria faz referência aos Direitos Humanos. A Constituição da República Federativa do Brasil indica esta diferenciação no rol de direitos e garantias elencados pelo seu Art. 5º:

> § 2º - 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.

---

[406] Voto Ministro Leitão de Abreu. *STF. RE 80.004*. Julgamento em 31/05/1977. Publicação DJ 29/12/1977.

[407] Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1969, Art. 27: *“Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46”.*

[408] Neste sentido, ver MAZZUOLI, Valério. *A opção do judiciário brasileiro em face dos conflitos entre tratados internacionais e leis internas.*

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

A jurisprudência brasileira durante muito tempo foi contrária à interpretação de que os tratados relativos aos Direitos Humanos devessem ser distinguidos dos demais, todos assumindo o caráter de lei ordinária[409]. Entretanto, o enunciado do parágrafo segundo sempre levantou dúvidas quanto a possibilidade de inclusão de novos direitos fundamentais através de tratados internacionais, podendo esses adentrar o ordenamento jurídico nacional no mesmo nível hierárquico dos já elencados no momento da constituinte. O ponto de maior crítica nessa interpretação fazia referência ao processo parlamentar concernente à inclusão de tratados no ordenamento interno, muitíssimo simples para dar-se ares eminentemente constitucionais a tais declarações. Coube ao legislativo sanar esse problema através da aprovação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que incluiu o supracitado parágrafo terceiro do art. 5º na Constituição, implementando um regime de aprovação diferenciado para os tratados internacionais de Direitos Humanos, semelhante ao das Emendas Constitucionais, e, consequentemente, equiparando-os a normas constitucionais.

Outro caso que merece uma análise especial são os tratados internacionais sobre Direito Tributário, uma vez que o Código Tributário Nacional estabelece em seu art. 98 que os tratados "revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha". A segunda parte do artigo indica que os legisladores nacionais devem ter em conta os tratados anteriores ao produzir novas normas de direito interno, fazendo-se necessária uma leitura hierarquizante dos tratados internacionais sobre Direito Tributário, colocando-os acima da legislação nacional, para que esse artigo tenha sentido dentro do ordenamento[410]. O maior questionamento diz respeito à legitimidade do Código Tributário Nacional em definir uma hierarquização de normas infraconstitucionais, tendo em vista que a própria Constituição Federal não se pronunciou a respeito do assunto. O entendimento majoritário da doutrina é de se tratar

---

[409] Voto Ministro Gilmar Mendes. *STF. RE 466.343-1*. Julgamento em 03/12/2008. Publicação DJE 05/06/2009.
[410] REZEK, Francisco. op. cit., p. 100-101.

de uma hipótese *sui generis* de inconstitucionalidade, quando a lei não infringe diretamente a Constituição Federal, mas se opõe a uma exclusividade legislativa apontada por esta, no caso, a competência da lei complementar, CTN, para regulamentar as normas gerais sobre este ramo do direito[411].

O Brasil acabou por adotar, após 1977, um posicionamento bastante controverso à vista de uma análise jurídica internacional. A equiparação dos tratados internacionais regulares com as leis nacionais tornou esses muito suscetíveis de perda de eficácia, criando uma insegurança jurídica no plano das relações internacionais, uma vez que o Brasil concedeu a si mesmo o direito de realizar ilícitos internacionais amparado na possibilidade de criação de normas internas contrárias a compromissos firmados com outras nações. Os ramos de Direito Tributário e Direitos Humanos são exceções à regra, garantindo uma maior confiança em áreas importantes do Direito Internacional, demonstrando as preocupações do estado brasileiro na defesa dos direitos e garantias fundamentais, consagrados na Constituição Federal, e na estabilidade de normas relativas aos tributos, propiciando uma maior segurança jurídica para as relações econômicas internacionais. Contudo, o direito brasileiro permanece sujeito a eventuais mudanças de interpretações procedentes do Supremo Tribunal Federal, que assim como alterou seu entendimento em 1977, pode voltar a fazê-lo no futuro.

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS DIREITOS HUMANOS

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) tem como base a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, e possui como principal objetivo consolidar a união dos países americanos na busca pela liberdade pessoal e justiça social[412]. A convenção também é conhecida pelo nome de Pacto de San José da Costa Rica, por ter sido escrita em 1969 durante uma conferência da Organização dos Estados Americanos (OEA) no respectivo país. Assim como os principais tratados internacionais, a CADH somente entrou em vigor anos após a sua confecção, mais especificamente em 1978, quando foi atingida a cota mínima de 11 ratificações pelos países signatários. Entretanto, o Brasil só passou a adotar oficialmente o texto da convenção quando depositou a sua carta de

[411] idem.
[412] Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969, Preâmbulo.

adesão em 25 de setembro de 1997, sendo posteriormente incorporada ao ordenamento interno mediante Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1997.

Dentre os inúmeros direitos garantidos neste tratado internacional, destaca-se, para os efeitos deste estudo, o inciso VII do Artigo 7 da convenção:

> Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

O texto do Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, é bastante claro quando proíbe qualquer tipo de prisão civil, exceto o caso de obrigação alimentar. Entretanto, esse dispositivo possuía, *a priori*, matéria conflitante com o texto constitucional brasileiro, que no inciso LXVII do art. 5º disserta sobre as possibilidades de prisão por dívida:

> Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

A aparente divergência entre as duas normas possibilitou que houvesse o retorno do debate a respeito do status normativo dos tratados internacionais, mais especificamente os referentes aos Direitos Humanos. Nesse sentido, importante ressaltar o papel da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que atribuiu um caráter especial a esses tratados ao diferenciar-lhes a entrada no ordenamento brasileiro. Os efeitos da nova EC não incidiram apenas nos tratados que vieram a ser promulgados posteriormente, mas positivaram a importância de todos os acordos anteriores sobre o tema, apesar de não conceder-lhes imediatamente os mesmos privilégios hierárquicos[413], nesta última categoria encontra-se o Pacto de San José da Costa Rica.

O *leading case* brasileiro sobre o tema de Direitos Humanos é o RE nº 466.343-1/SP, no qual o Min. Gilmar Mendes aborda, em seu voto, diversos assuntos sobre a relação entre o Direito Internacional e o direito interno, ressaltando a importância da alteração de entendimento da jurisprudência brasileira sobre o papel das relações

[413] Voto Ministro Gilmar Mendes. *STF. RE 466.343-1*. Julgamento em 03/12/2008. Publicação DJE 05/06/2009.

internacionais na sociedade contemporânea. Um dos fatores críticos apontados diz respeito ao processo de incorporação de tratados internacionais de Direitos Humanos na ordem interna, procedimento demorado que dificulta a aplicabilidade destas normas, como pode ser visto no lapso temporal da confecção à ratificação do Pacto de San José da Costa Rica. O Min. Gilmar Mendes também realiza uma análise sistemática da Constituição Federal, que possui como uma de suas principais diretrizes a proteção e ampliação do rol dos direitos humanos, e defende que seja necessária uma visão privilegiada dos tratados internacionais sobre estes direitos. Os acordos que versam sobre Direitos Humanos não devem ser analisados como meras normas provenientes do direito das gentes, mas como instrumentos para alcançar um dos principais objetivos traçados pela Constituição brasileira, qual seja, a proteção da liberdade dos indivíduos.

> "Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante[414]."

A concepção do Min. Gilmar Mendes estende-se também a legislação infraconstitucional posterior, pois o carácter supranacional dos tratados impediria que houvesse aplicabilidade dessas normas, tais como o próprio Código Civil de 2002 que mantém em seu texto a prisão do depositário infiel, mesmo após a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O Min. Celso de Mello, por sua vez, defende que a Constituição e a norma internacional em análise devem ser consideradas para que ocorra a máxima eficácia dos direitos fundamentais, ressaltando que o Poder Judiciário é responsável por concretizar, aos cidadãos, os tratados e acordos internacionais firmados pelo Brasil, não podendo se esquivar de função social tão importante, a de garantir os direitos individuais assumidos pelo estado brasileiro no âmbito externo[415].

---

[414] Idem.
[415] Voto Ministro Celso de Mello. *STF. RE 466.343-1*. Julgamento em 03/12/2008. Publicação DJE 05/06/2009.

A importância do direito internacional e das relações internacionais parece ter voltado à corte suprema brasileira através do RE 466.343-1/SP, finalmente compreendendo que o estado constitucional não deve se restringir ao aspecto interno, mas também deve cumprir seu papel perante as outras nações, em vias de alcançar seus objetivos comuns.

> "A prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos[416]."

O julgamento a respeito do conflito entre o Pacto de San José da Costa Rica e o ordenamento interno brasileiro consolidou uma nova posição dentro da jurisprudência brasileira. A análise sistêmica realizada pelos ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello colocou os Direitos Humanos em um patamar dificilmente encontrado na história do país. Atualmente, os direitos e garantias individuais devem ser considerados de maneira extensiva, na qual os tratados internacionais sobre o assunto podem até mesmo retirar a eficácia de normas posteriores, conforme foi demonstrado pelo Supremo Tribunal Federal no caso acima. Sobre as leis anteriores o entendimento jurisprudencial é pacífico, concedendo aos acordos externos o poder de suprimir os efeitos das cláusulas que estiverem em desacordo com estes. No que tange à legislação posterior, o RE 466.343-1/SP traz um excelente precedente para que futuras ações sejam julgadas em favor dos tratados internacionais, quando estes buscarem expandir os direitos dos cidadãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No direito brasileiro, atualmente, é possível separar os tratados internacionais em três categorias, no que refere aos seus conteúdos. Os acordos sobre matéria tributária possuem um caráter de aplicação supralegal, estando acima das legislações nacionais,

[416] Voto Ministro Gilmar Mendes. *STF. RE 466.343-1*. Julgamento em 03/12/2008. Publicação DJE 05/06/2009.

mas abaixo de todos os enunciados contidos na Constituição Federal. Os tratados a respeito de Direitos Humanos encontram-se, por sua vez, em um patamar equivalente às Emendas Constitucionais, podendo retirar a eficácia da legislação anterior e posterior, através de meios judiciais, e expandir direitos aos cidadãos alterando a interpretação de artigos da própria Constituição. O restante dos tratados internacionais permanece com o entendimento proferido em 1977, que os equiparam às leis nacionais, podendo esses perder eficácia mediante nova criação do Legislativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos, 1969.

CONVENÇÃO de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1969.

GODINHO, Thiago José Zanini. *Elementos de Direito Internacional Público*, 1ª ed., São Paulo: Atlas, 2010.

MAZZUOLI, Valério. *A opção do judiciário brasileiro em face dos conflitos entre tratados internacionais e leis internas.* Revista Meio Jurídico, São Paulo, p. 36-41, 31 jan. 2011.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*, 2ª ed. rev., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*, 10ª ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário 80.004/SE*, 1977.

_____. *Recurso Extraordinário 466.343-1/SP*, 2008.

O JUSPOSITIVISMO KELSENIANO E SUA TEORIA DO ESCALONAMENTO DAS NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONAIS

Guilherme Bedin[417]

RESUMO

No presente trabalho, apresentar-se-á uma abordagem descritiva da teoria do direito internacional proposta por Hans Kelsen em sua obra "Princípios do Direito Internacional". Inicialmente, expor-se-ão os principais conceitos necessários a compreensão da obra, posteriormente, as características da sanção no direito internacional e a doutrina da *Bellum Justum*, finalmente, as fontes do direito internacional e sua relação hierárquica.

Palavras-chave: Hans Kelsen, hierarquia, direito internacional

ABSTRACT

This paper will present a descriptive approach of the theory of international law proposed by Hans Kelsen in "Principles of International Law". Initially, will expose the key concepts necessary for understanding of the study, posteriorly, the characteristics of the sanction in international law and the doctrine of *Bellum Justum*, finally, the fonts of international law and their hierarchical relation.

Key Words: Hans Kelsen, hierarchy, international law

INTRODUÇÃO

Objetivando comentar o pensamento positivista kelseniano no direito internacional, apresentar-se-ão, em um primeiro momento, alguns elementos basilares para a compreensão da teoria do direito proposta por Kelsen, tendo como base sua obra Princípios do Direito Internacional, publicada em 1952.

Posteriormente, será descrita e analisada a proposta de uma estrutura escalonada do direito (e de suas fontes) dentro do cenário internacional, com comentários a respeito da sua adequação.

---

[417] Graduando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Membro dos grupos de pesquisa CNPq-UFSC, *Ius Gentium* em Direito Internacional, e *Ius Commune* em História da Cultura Jurídica.

Ressalva-se que não se pretende demonstrar pormenorizadamente todos os aspectos da teoria kelseniana, tampouco abordar profundamente seus institutos, o objetivo é uma apresentação do que se julga serem os principais elementos da sua teoria, como suporte a uma pesquisa inicial a respeito do pensamento do autor no direito internacional.

1 PRINCÍPIOS BÁSICOS DO DIREITO INTERNACIONAL: ORDEM JURÍDICA, DOMÍNIO DE VALIDADE, RAZÃO DE VALIDADE E SOBERANIA

Em sua Obra Princípios do Direito Internacional, publicada em 1952, Hans Kelsen busca definir o que é Direito, tendo como ponto de partida princípios de direito interno e, posteriormente, verificar se estas mesmas características se encontram no Direito Internacional.

Nesse sentido, Direito é, antes de tudo, uma ordem social, tendo por função obstar, determinar ou induzir determinado comportamento; posteriormente, é definido como uma ordem normativa coercitiva, ou seja, um conjunto de normas que compõe uma unidade e se utilizam de sanções como atos coercitivos[418]. Isto posto, é possível proceder a análise, verificando a adequação dessas características ao Direito Internacional.

Em um primeiro momento, afirma-se que "Direito Internacional geral é Direito consuetudinário válido para todos os Estados pertencentes à comunidade internacional" (KELSEN, 2010, p.47-48) e, posteriormente, que o mesmo possui o caráter de um Direito primitivo, por não possuir uma ordem centralizada, formada por órgãos competentes para estabelecer e executar sanções, fazendo prevalecer o "princípio da autoajuda", em que cada sujeito é responsável por realizar a justiça (KELSEN, 2010, p. 52).

Retornando ao direito interno, é apresentada a problemática envolvendo os domínios de validade das ordens jurídicas, segundo o autor: "Ao descrever uma ordem jurídica devemos distinguir o domínio de validade territorial, temporal, pessoal e material de suas normas. A questão decisiva para todos esses domínios de validade é se são limitadas ou ilimitadas." (KELSEN, 2010, p. 135). Com isso, é defendido que o

[418] KELSEN, 2010, p. 29-32

Direito Internacional não possui normas que limitem seu domínio de validade e, por isso, a mesma é ilimitada e suprema[419].

Apesar do Direito Internacional ser destinado a toda comunidade internacional, é sob os Estados que ele possui maior funcionalidade, ao delimitar os seus domínios de validade. Em especial o territorial, que define o território de um Estado como coincidente com o seu domínio de validade territorial, sendo limitado pela fronteira, que seria a região geográfica em que a norma nacional é "plenamente obedecida e aplicada" (KELSEN, 2010, p. 268-274).

Nesse sentido, é apresentada uma distinção entre a ordem jurídica nacional e internacional, em que esta é superior àquela; e mais que isso, é uma função do direito internacional limitar a validade do direito interno e, assim, permitir a coexistência dos diversos Estados e direitos nacionais. Vale ressaltar, que além de ilimitadas no critério territorial, as normas de direito internacional também o são sob o aspecto material e temporal, embora isso, obviamente, não impeça que sejam modificadas. Entretanto, o fato de possuir validade não significa que as normas possuam eficácia[420].

Nesse último aspecto é questionável até que ponto pode-se afirmar que uma ordem normativa eminentemente consuetudinária, como é o direito internacional geral, pode ser considerada não apenas válida, mas existente[421] não estando presente o elemento eficácia. É uma constatação lógica que no costume, como fonte do direito, a eficácia surge cronologicamente antes que seja "constatada" sua validade. Isso porque, o costume surge no plano fático, que é justamente o da eficácia, de modo que parece impensável a existência de um "costume não praticado"[422]. Isto se torna especialmente relevante quando se considera, como será visto posteriormente, que a ordem jurídica internacional estrutura-se através do costume.

Vistos os âmbitos de validade territorial, temporal e material, parte-se para a análise do pessoal, com a exposição dos sujeitos de direito internacional. Nesse

---

[419] *Ibid.*, p. 136

[420] *Ibid.*, p. 136-138, 249

[421] A seguinte citação se refere à relação entre os planos de existência e validade: "A validade é, pois, a qualidade, que o negócio deve ter, ao entrar no mundo jurídico, consiste em estar de acordo com as regras jurídicas ('ser regular'). Validade é, como o sufixo da palavra indica, qualidade de um negócio existente. 'Válido' é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas." (AZEVEDO, 1986, p. 52); embora o autor esteja se referindo a categoria "negócio jurídico", ainda assim é adequada para outros ramos do direito, bastando substituir a palavra "negócio" por "norma"

[422] "O Costume é o curso usual ou habitual de uma ação, uma prática há muito estabelecida; nas relações internacionais, o costume é uma prática de Estados de longa data." (KELSEN, 2010, p. 380); a própria definição de costume, como sendo uma prática reiterada, permite observar que a eficácia é condição de existência do mesmo, afinal, se um costume deixa de ser praticado, não será mais uma prática reiterada, logo, frustra a sua própria definição.

momento, a teoria clássica de que os Estados são o único sujeito de Direito Internacional é apresentada e refutada. Isso porque, como uma pessoa jurídica, este não passa de uma ficção[423], os efeitos das normas – direitos, obrigações e responsabilidades – irão sempre recair sobre os indivíduos que o compõe e representam. O Estado representa, desse modo, uma comunidade que se une por meio de uma mesma ordem jurídica, não sendo tão relevante o fato de ser centralizada, mas sim o de possuir o monopólio da força[424].

Kelsen nega a possibilidade que alguns direitos possam ser postulados como fundamentais, com base no caráter consuetudinário do Direito Internacional, que não permitiria propor direitos materiais como integrantes da ordem jurídica, mas que estes dependeriam de uma análise positiva dos atos praticados pela comunidade internacional. Somente seriam postuláveis princípios formais relativos aos métodos de criação, ou seja, as fontes do Direito[425] – sendo elas a legislação, o costume, os tratados[426].

Outro conceito necessário para a compreensão da teoria kelseniana é a razão de validade de uma ordem jurídica. "Diversas normas pertencem à mesma ordem jurídica quando sua validade deriva de uma mesma norma fundamental" (KELSEN, 2010, p. 501); é essa construção que, se aceita como verdadeira, permite determinar se Direito Nacional e Internacional são uma unidade ou um pluralismo jurídico.

Sustenta-se que há um princípio estático, em que as normas retiram tanto a validade, quanto o conteúdo de uma norma superior que se demonstra – sendo "evidente e válida" – por si mesma. Já as de caráter dinâmico, apenas sua validade é derivada da norma fundamental, ela tem por função "apenas" delegar o poder de emanar normas. Essas duas normas fundamentais podem, ainda, co-existir harmonicamente. Determina-se, contudo, que uma ordem jurídica é um sistema dinâmico, por regular sua própria criação. Reforça-se que essa norma não é uma norma positiva (posta), mas sim

---

[423] Kelsen apresenta mais detalhadamente seu entendimento sobre Pessoa Jurídica, na obra Teoria Pura do Direito (1988, p. 122-133). Esta se caracteriza, dentre outros fatores, por possuir direitos e deveres que não se confundem com aqueles das pessoas naturais que a compõe, mas que surtem efeito sobre elas e o fato desses direitos e obrigações poderem ser tanto de ordem interna – decorrem da própria pessoa jurídica – quanto externa.

[424] KELSEN, 2010, p. 139-146

[425] "*são fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas*." (BOBBIO, 1995a, p. 161, grifo do autor)

[426] KELSEN, 2010, p. 207-211, 203

pressuposta[427], é "a condição essencial a partir da qual nossas proposições jurídicas são possíveis" (KELSEN, 2010, p. 501-505).

Ainda quanto às normas, temos que a eficácia é pressuposto, porém não condição, de validade de uma norma, isso implica dizer que uma norma que não pode ser aplicada não possui validade, mas ainda assim possui existência[428].

É, contudo, com base no princípio de que: "as pessoas devem apresentar conduta conforme a ordem coercitiva que, como um todo, é efetiva em termos gerais" (KELSEN, 2010, p. 508), traduzida pelo princípio da eficácia, que o Direito Internacional oferece tanto as esferas quanto o fundamento de validade do Direito Nacional[429]. Com isso, percebe-se que o direito nacional e internacional, no limite, retiram seu fundamento de validade na mesma norma fundamental, que, associada ao dogma da unidade do ordenamento jurídico[430], torna o monismo uma posição muito mais defensável que o pluralismo[431].

Em que pese a sua apreciação doutrinária e prática, é inegável que a norma fundamental – e com ela, toda teoria positivista kelseniana – não difere, nem em essência tampouco em conteúdo, de outros postulados puramente abstratos – e mesmo metafísicos – como o Direito Natural, bem como teorias "personalistas" do Estado.

No tocante a Soberania, esta é definida como "autoridade suprema"; autoridade, por sua vez, é apresentada como "o direito ou poder de estabelecer comandos compulsórios" (KELSEN, 2010, p. 539). Essa autoridade, contudo não pode ser

---

[427] Com relação a este aspecto: "a norma fundamental é um pressuposto do ordenamento: ela, num sistema normativo, exerce a mesma função que os postulados num sistema científico. (...) Os postulados são colocados por convenção ou por uma pretensa evidência destes" (BOBBIO, 1995b, p. 62) "A única resposta que se pode dar a quem quiser saber qual seria o fundamento do fundamento é que para sabê-lo seria preciso sair do sistema. Assim, no que diz respeito ao fundamento da norma fundamental, pode-se dizer que ele se constitui num problema não mais jurídico, cuja solução deve ser procurada fora do sistema jurídico, ou seja, daquele sistema que para ser fundado traz a norma fundamental como postulado." (idem, p. 63)

[428] KELSEN, 2010, p. 507

[429] *Ibid.*, p. 509

[430] "Como a norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade destas normas." (KELSEN, 1998, p. 143)

[431] Isso é observável nas seguintes passagens: "Esta visão monista do Direito Internacional revela sua ligação com o Direito Nacional e, em conseqüência, permite verificar que as duas ordens jurídicas formam uma ordem jurídica universal" (KELSEN, 2010, p. 494); "O Direito Internacional e o Direito Nacional não podem ser sistemas jurídicos distintos e mutuamente independentes se as normas forem consideradas válidas para o mesmo espaço e ao mesmo tempo. É impossível logicamente supor que as normas simultaneamente válidas pertençam a sistemas diferentes, mutuamente independentes." (*Ibid*., p. 495) e "A unidade do Direito Nacional e do Direito Internacional é um postulado epistemológico. (...) dois conjuntos de normas podem ser partes de um mesmo sistema normativo porque um, sendo ordem inferior, deduz sua validade do outro, a ordem superior. (...) sendo ordens coordenadas, deduzem sua validade de uma só terceira ordem que, enquanto ordem superior, determina não apenas as esferas, mas também o fundamento de sua validade, e isso significa – se for um sistema dinâmico – a criação de duas ordens inferiores." (*Ibid*., p. 319-320)

titularizada por nenhum sujeito de direitos ou obrigações, sendo ela uma característica exclusiva de uma ordem normativa, no contexto da obra, o Direito Internacional é repetidas vezes citado como ordem normativa soberana ou suprema[432].

2 AS SANÇÕES NO DIREITO INTERNACIONAL E A GUERRA JUSTA (*BELLUM JUSTUM*)

Inicialmente, ao tratar das sanções no Direito Internacional, Kelsen demonstra que a partir de um delito surge uma obrigação substitutiva de reparação (em função do dano material e moral sofrido), mas esta não se confunde com a sanção, pois falta seu principal elemento caracterizador, qual seja a coercitividade (2010, p. 49-51).

As sanções entre Estados se manifestam como Represálias que podem ser limitadas ou ilimitadas – violação de determinados interesses ou todos eles – sendo definidas como ações que, embora ilegais, são excepcionalmente permitidas, em função de uma violação do direito por parte de outro Estado. Contudo, as medidas coercitivas devem ser proporcionais ao delito praticado. A resistência as represálias impostas permitiriam o uso da força física[433].

Por interferir de maneira ilimitada nos interesses de outro Estado, a mais elevada sanção existente no direito internacional é a guerra, que é tratada (juridicamente) como ação, não como estado, não dependendo, portanto de um contra-ataque, tampouco da "aceitação" do Estado agredido[434]. Com relação aos objetivos da guerra[435], estes são variados, podendo ser "vencer o oponente e de lhe impor as condições de paz" ou tão somente "debilitar o inimigo" (KELSEN 2010, p.65).

A seguir, é apresentada a doutrina da Guerra Justa (*Bellum Justum*), na qual, a guerra é, a princípio, considerada proibida (ilícita) sendo permitida somente em casos determinados[436]. Trata-se, brevemente, da construção histórica da *Bellum Justum*, e,

---

[432] KELSEN, 2010, p. 538-540
[433] *Ibid*., 53-55
[434] *Ibid*., p. 55-58
[435] Além da passagem em que se define a guerra como: "o próprio ato ou maneira de perseguir seu direito pela força." (VATTEL, 2008, p. 649), Vattel afirma que "o objetivo ou a finalidade legítima de toda guerra, que é vingar ou prevenir a agressão." (*Ibid*., p. 669); apontando, ainda, como razões de uma guerra justa a "tríplice finalidade legítima: 1° fazer com que seja devolvido aquilo que nos pertence ou que nos é devido; 2° providenciar por nossa segurança a seguir, punindo o agressor ou o ofensor; 3° defender-nos ou garantir-nos contra uma agressão, rechaçando uma violência injusta." (*Ibid*., p. 669-670)
[436] A respeito da relação da doutrina *Bellum Justum* ao tratar do pensamento de Francisco de Vitoria, constata Ferrajoli: "uma nova doutrina de legitimação da guerra justa (e por seu trâmite, da conquista), redefinida como reparação das *iniuriae* e, portanto, como instrumento de atuação do direito. Disso resulta

então, parte-se para uma análise desse princípio no direito positivo, utilizando-se alguns tratados que se referem ao tema, tenta-se demonstrar que o mesmo estava presente nos principais tratados multilaterais realizados após a Primeira Guerra Mundial, expressando por meio da proibição da guerra.[437]

Kelsen então se aprofunda em uma análise da Carta das Nações Unidas[438] da qual se extraem duas conclusões de maior relevância, primeiro, que ao proibir o uso – e também a ameaça de uso – da força como regra geral, a doutrina *Bellum Justum* teria sido "recepcionada" pela comunidade internacional. Segundo, que a ordem jurídica internacional havia realizado um processo de concentração (e centralização) do uso legítimo da força.

Outro indício dessas conclusões surgem na tentativa de combinar o Art. 2º, §4º da Carta das Nações Unidas[439], com os conceitos de contra-ataque e guerra de defesa e de agressão, partindo de uma análise do direito interno, em que resistir a uma sanção é ilícito, busca-se aplicar o mesmo para as sanções internacionais, em que uma guerra, se aplicada como sanção legítima, retira da outra parte o direito de defesa, fazendo com que um contra-ataque seja ilícito[440].

2 FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL E SUA RELAÇÃO HIERÁRQUICA

Enquanto a norma fundamental determina quais são as fontes do direito, a "Constituição" da comunidade jurídica internacional, em seu caráter lógico-jurídico[441], tem por função determinar quais os métodos para que as fontes aceitas pela norma

---

uma configuração jurídica da guerra como sanção voltada a assegurar a efetividade do direito internacional, que permanecerá inalterada até o século XX e chegará até Kelsen." (FERRAJOLI, 2002, p. 12-13)

[437] KELSEN, 2010, p. 65-78

[438] *Ibid*., p. 78-88

[439] "Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas." Texto introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 19.841 de 22 de Outubro de 1945

[440] KELSEN, 2010, p. 58-62

[441] A distinção entre norma fundamental e constituição no Direito Internacional não compartilha das mesmas características do direito nacional, como demonstra a passagem: "(...) norma fundamental que institui o costume dos Estados como fato produtor de Direito, O seu teor é: os Estados, quer dizer, os governos dos Estados, devem conduzir-se nas suas relações mútuas em harmonia com um dado costume dos Estados, ou: a coação de um Estado contra outro deve ser exercida sob os pressupostos e pela forma correspondentes a um dado costume dos Estados. E esta a constituição – lógico-jurídica – do Direito internacional." (KELSEN, 1988, p. 151). Nota-se que a norma fundamental quase se confunde com a própria Constituição, pois ambas são complementares para definir apenas requisitos formais para a validade das normas e atos jurídicos.

fundamental sejam reconhecidas como direito válido e aplicável à comunidade internacional[442].

É, todavia, questionável o porquê de um postulado formal ser aceitável (ou mesmo necessário) e um material inadmissível[443]. Determinar a forma como se pode produzir o Direito não deixa de ser, de certo modo, um meio de influir no seu conteúdo[444], assim sendo, postular que apenas algumas fontes são válidas, implica afastar ou dificultar a regulação e, conseqüentemente, a apreciação jurídica de determinadas condutas, fatos e/ou valores.

A seguir, Kelsen apresenta um processo escalonado, em que uma norma superior regula a criação de outra inferior, sendo fonte da norma assim gerada[445]. As normas inferiores acabam tendo por função possibilitar a aplicação das superiores, nesse sentido, o Direito regula, concomitantemente, sua elaboração e aplicação[446].

Tratando especificamente do Direito Internacional, os procedimentos pelos quais ele é gerado são o costume – Direito Internacional consuetudinário – e os tratados – Direito Internacional convencional. É defendida então a teoria de que não haveria lacunas no Direito Internacional, ou seja, aquilo que não fosse regulado gera a faculdade do Estado (e dos demais sujeitos) em agir livremente. Sob essa lógica, estabelecer competência a tribunais para criar o direito no caso concreto, no caso de "omissão" das fontes convencionais ou consuetudinárias seria desnecessário, devendo-se apenas considerar não haver obrigatoriedade de conduta. É ainda ressaltado que esse procedimento gera poder excessivo aos tribunais[447].

Retomando as fontes do direito, o costume decorre da prática repetida de uma conduta no decorrer do tempo, somente constitui fonte do Direito quando combinado a "sensação" de cumprimento de obrigatoriedade ou de um dever, em outras palavras,

---

[442] Outra concepção de constituição é apresentada por Touscoz, como demonstra a passagem: "A ordem jurídica internacional foi dotada de uma Constituição material, composta pelo conjunto dos princípios gerais do Direito Internacional, que asseguram a sua coesão." (1994, p. 56), vale ressaltar que Kelsen não menciona os "princípios gerais do direito" como fonte do mesmo.

[443] "Os princípios jurídicos nunca podem ser pressupostos por uma ordem jurídica; podem apenas ser criados em conformidade com essa ordem (...). O único princípio que pode e deve ser pressuposto é o princípio fundamental determinando a primeira constituição da ordem jurídica, 'constituição' aqui significando as normas que determinam os métodos pelos quais o Direito deve ser criado." (KELSEN, 2010, p. 203)

[444] A "escolha" dos sujeitos e meios capazes de produzir o Direito e determinar seu significado torna, inevitavelmente, alguns resultados mais prováveis que outros, refletindo de forma mais ou menos significativa em seu conteúdo.

[445] É esta característica, juntamente com o "fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas" que faz da ordem jurídica uma ordem normativa dinâmica (KELSEN, 1988, p. 137-138)

[446] KELSEN, 2010, p. 375-376

[447] *Ibid*., p. 337-380

deve ser cogente. As principais distinções entre costume e legislação é o fato do primeiro ser "inconsciente e não intencional" e a segunda ser "consciente e deliberada"; e que a legislação é criada por órgão específico, enquanto o costume é criado pelos próprios sujeitos sobre o qual este se aplica (KELSEN, 2010, p. 380-381). Parece, contudo, ilógico algo ser, concomitantemente, obrigatório e não intencional[448].

Outra fonte do Direito Internacional (dessa vez, o convencional) são os tratados, definidos como sendo o acordo de vontades entre dois ou mais Estados, no qual são gerados direitos e obrigações recíprocos entre as partes. Os tratados retiram sua validade jurídica da norma consuetudinária *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), que garante a aplicação de uma sanção se o mesmo for descumprido[449].

A última fonte do Direito Internacional são as decisões dos órgãos internacionais, em especial os tribunais, os quais podem, como visto, criar normas para atender ao caso concreto. Contudo, em função da descentralização da ordem jurídica internacional, devem os próprios Estados executar as sentenças. Para que estas tenham efetividade, faz-se necessária a assinatura de tratados multilaterais, que visem a criar um ambiente com maior concentração da força[450].

Observadas as fontes do direito internacional, pode-se agora proceder à análise da estrutura escalonada[451] proposta por Kelsen, na qual a validade do direito criado pelos organismos internacionais (legislação) e pelos tribunais (jurisprudência) é derivada dos tratados firmados pelos Estados membros, por sua vez, esses tratados retiram sua validade da norma consuetudinária *pacta sunt servanda*, deste modo, o direito consuetudinário representa "o patamar supremo na estrutura hierárquica da ordem jurídica internacional" (2010, p. 451).

Ao propor esse sistema, Kelsen baseou-se na configuração da comunidade internacional então existente. Assim sendo, é questionável se esta estrutura (hierárquica)

---

[448] Nesse aspecto, pode-se sustentar que os costumes acabam surgindo de outras ordens normativas não jurídicas, vindo a integrá-la por meio de uma "constatação" dos próprios sujeitos ou de autoridade competente para tal.

[449] KELSEN, 2010, p. 393-395

[450] *Ibid.*, p. 449-452

[451] Há autores que negam a existência de tal hierarquia entre as fontes, como segue: "O fato de as fontes formais não serem hierarquizadas não leva a concluir que não exista *hierarquia entre as normas* jurídicas. Essa hierarquia não poderá evidentemente deduzir-se do fundamento destas fontes, porque se trata de fontes formais (que não são hierarquizadas)." (PELLET; DAILLIER; DINH, 2003, p. 117, grifo do autor); na seqüência: "O único caso em que se pode, com efeito, aplicar o princípio hierárquico é o de um conflito entre uma norma «imperativa» (*jus cogens*) e uma outra norma" (*ibid.*, p. 117, grifo do autor)

seria válida em outros tempos[452] (em se tratando de direito internacional, não faz sentido limitações espaciais), uma vez que se propõe a fornecer uma teoria da interpretação[453], esta parece limitar-se a comunidade internacional contemporânea.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se notar que o sistema hierárquico proposto por Kelsen consegue representar coerentemente apenas um determinado momento histórico, que, recortado e "congelado" no tempo, possui algumas fontes que (por fatores não apenas jurídicos) obtêm um maior reconhecimento dos sujeitos do direito internacional.

Isso ocorre porque, diferentemente do direito interno, em que existe uma norma máxima do ponto de vista formal e material – a Constituição – no sistema internacional, não há uma norma (ou conjunto de normas) permanentemente superior aos demais. O resultado é um caráter obscuro da Norma Fundamental no Direito Internacional, uma vez que a eficácia não é observável por não haver uma autoridade (ou instituição) permanentemente competente para produzir e/ou identificar normas.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: Existência, Validade e Eficácia. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1986

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues; São Paulo: Ícone, 1995a.

___. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos; 6ª ed. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995b.

[452] Ou mesmo no período em que foi elaborada, conforme Touscoz: "a própria ordem jurídica internacional não define com precisão a hierarquia das suas normas. (...) As relações entre tratados, costume e princípios gerais de Direito ainda não estão definidas com uma exactidão satisfatória." (1994, p. 58)

[453] Aqui, parte-se do pressuposto que na obra "Princípios de Direito Internacional", Kelsen mantém os pressupostos da "Teoria Pura do Direito", nesse sentido: "A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo - do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação." (KELSEN, 1998, p. 1)

BRASIL, Decreto N. 19.841 de 22 de Outubro de 1945, Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-19841-22-outubro-1945-470723-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em: 27 de outubro de 2011

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**: Nascimento e crise do Estado nacional. Tradução: Carlo Coccioli; Márcio Lauria Filho – São Paulo: Martins Fontes, 2002

KELSEN, Hans. **Princípios do Direito Internacional**. Tradução: Ulrich Dressel; Gilmar Bedin; Revisão da tradução: Arno Dal Ri Júnior. Ijuí, RS: Ed. Unijuí, 2010.

___. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc. **Direito Internacional Público**. Tradução: Vítor Marques Coelho. 2ª ed. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

TOUSCOZ, Jean. **Direito Internacional**. Tradução: Nuno Canas Mendes – Lisboa: Europa-América, 1994.

VATTEL, Emmerich de. **O Direito das Gentes**. Ijuí: Editora Unijuí, 2008

CASO VAN DER WALLE: ANÁLISE DO CONCEITO DE RESÍDUO E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR NA JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPÉIA

Mariana Clara de Andrade[*]

RESUMO
O Tribunal de Justiça da União Européia possui, atualmente, uma política ambiental bastante referenciada dentro do contexto internacional. Entendendo o estudo de caso como uma forma válida de analisar o tratamento comunitário perante o Direito Ambiental, o artigo contextualiza o desenvolvimento da gestão do meio ambiente dentro do bloco europeu e, a partir daí, dentro da jurisprudência do dito tribunal, analisa o caso Van de Walle, cuja decisão foi norteada pela diretiva Quadro dos Resíduos de 1975, bem como o papel do princípio poluidor-pagador na interpretação do caso.

Palavras-chave: Direito Internacional Ambiental; União Européia; caso Van de Walle; Diretiva Quadro dos Resíduos; princípio poluidor-pagador.

ABSTRACT
The European Court of Justice is currently acknowledged worldwide for its environmental policy. Understanding the case study method as a valid manner to analyze the european treatment towards Environmental Law, the present paper contextualizes the development of environmental management in the European Union and, accordingly, grounded on the jurisprudence of the mentioned court, investigates the Van de Walle case, whose decision was directed by the Waste Framework Directive (1975), as well as the role of the polluter-pays principle when interpreting the case.

Keywords: International Environmental Law; European Union ; Van de Walle case ; Waste Framework Directive; polluter-pays principle.

INTRODUÇÃO

A busca pela proteção do meio ambiente é um fenômeno relativamente recente, em especial nas dimensões que se tem atualmente – foi apenas a partir de meados da década de 1960 que tal comportamento começou a tomar força. Por conseguinte, este movimento foi integrado dentro do âmbito jurídico, ou seja, passou a ser abordado em conferências, tratados e legislações. Tal fortalecimento foi positivamente recebido pela União Européia, que atualmente é considerada um bloco particularmente avançado em termos de política ambiental.

---

[*] Acadêmica da 3ª fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional UFSC/CNPq *Ius gentium,* membro do Grupo de Pesquisa em Direita Ambiental da UFSC e bolsista PIBIC voluntária em Direito Ambiental com o professor José Rubens Morato Leite.

O presente artigo traz, assim, um breve panorama do desenvolvimento do Direito Ambiental dentro do bloco europeu, desde o primeiro até o sexto (e atual) Programa de Ação para o Meio Ambiente. Em seguida, faz-se um estudo de caso dentro da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Européia (antigo Tribunal de Justiça das Comunidades Européias), com o intento de se analisar como a corte interpretou (e inseriu novas interpretações) da legislação comunitária.

Para realizar essa análise, escolheu-se um caso dentro da matéria *resíduos*, sendo seu estudo feito em especial a partir do princípio poluidor-pagador – o caso Van de Walle (C-1/03 TJUE). Tal caso, cujo acórdão foi proferido em 2004, foi objeto de análise de diversos autores devido aos seus controversos resultados. Para a melhor compreensão do episódio e da interpretação dada pela corte, inicialmente será feita uma breve explanação da legislação que norteou o litígio; em seguida, uma descrição dos fatos que levaram o caso ao Tribunal de Justiça da União Européia e, finalmente, os argumentos deste, bem como suas conclusões. Assim, será possível esclarecer a importância do caso escolhido dentro da jurisprudência comunitária.

1. UNIÃO EUROPÉIA E O MEIO AMBIENTE

O Direito Ambiental dentro da União Européia cresceu significativamente nas décadas subseqüentes ao "nascimento" do pensamento verde. Os motivos que levam a comunidade européia a adotar uma política ambiental reconhecidamente bem sucedida são diversos, podendo-se apontar dois fundamentais. O primeiro é a vasta diversidade ecológica dentro do espaço de funcionamento da União Européia – as divisões políticas não coincidem com as respectivas divisões impostas geograficamente no continente, e o desenvolvimento de uma legislação que melhor regule a dinâmica entre os Estados faz-se necessária (BARNES e BARNES, 1999, p. 9)[454]. A necessidade de se adequar empecilhos geográficos com um mercado integrado (fim último da instituição do bloco europeu) foi, afinal, o motivador do Primeiro Programa de Ação Ambiental (1972)[455].

[454] Para Barnes e Barnes: "The development of an EU policy enables a more coherent approach to be adopted to the protection of physical regions which cross national boundaries. It provides a firm basis for pollution controls to avoid the problems of damages which originates in one state but affects another, for example wind-borne sulphur deposition".

[455] Ainda sobre o tema, Barnes e Barnes (1999) p. 10: "The link between the increased economic integration of the evolving market and the type of environmental policy which would be required to counterbalance its impact was the impetus for the First Environmental Action Programme in 1972. The objective was to avoid barriers to trade between the member states created by the existence of nation environmental policy".

Em um segundo momento, então, o efetivo funcionamento do bloco econômico em si, bem como suas práticas coercitivas, que se mostram de exemplar eficácia[456].

A partir dessa breve elucidação, deve-se adentrar em uma perspectiva histórica, recordando que o Tratado de Roma, constituinte da União Européia, foi firmado no ano 1957. A idéia da sustentabilidade e da necessidade de atenção às demandas ambientais dentro do contexto internacional, no entanto, só é consolidada na década de 1970. Como resultado, não há, no aparato legal inicial da legislação comunitária, um engajamento significativo com as questões do meio ambiente – apenas dez documentos legais (dentre os quais 9 diretivas) foram adotados de 1957 a 1972 (BARNES e BARNES, 1999, p. 25)[457]. Mesmo os dispositivos que versavam no sentido de uma proteção ambiental interestadual tinham seu escopo enfaticamente voltado o lado econômico e a concretização de um mercado comum. Assim, é de se inferir que qualquer regulamentação ambiental seria apenas incidental, como uma conseqüência aos reais objetivos do tratado.

O artigo 36 do Tratado de Roma[458] impele uma relativa necessidade de preservação ambiental, mas nota-se, ainda no texto de tal artigo, a íntima relação dessa necessidade e do ímpeto ao desenvolvimento comercial ensejado. Ademais, tal limitação mostra-se subordinada ao caráter econômico do tratado por não contar com maiores reforços ao longo do texto (com isoladas exceções como os artigos 100[459] e 235, os quais constituíram, até o maior firmamento de uma legislação ambiental, o arcabouço legal para a política ambiental comunitária).[460]

---

[456] Macrory (2008, p. 439) afirma que a UE dispõe de "distinctive enforcement mechanisms against Member States who fail to implement Community obligations (...) and the European Court of Justice remains the only supra-national court in the world which can directly impose financial penalties on states that fail to comply with its judgments". Estudos mais detalhados sobre as referidas formas coercitivas na parte 6 da mesma obra.

[457] "The impetus for the legislation was not environmental protection; rather it came from a need to deal with trade- or safety-related trading issues. Taken together, this limited actions did not represent the development of a coherent approach to protection of the environment. They were a very disparate set of measures which represented nothing more than reactions to specific than trade-related problems."

[458] Tratado de Roma (1957), artigo 36: "As disposições dos artigos 30.o a 34.o, inclusive, são aplicáveis sem prejuízo das proibições ou restrições à importação, exportação ou trânsito justificadas por razões de moralidade pública, ordem pública e segurança pública; de proteção da saúde e da vida das pessoas e animais ou de preservação das plantas; de proteção do patrimônio nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico; ou de proteção da propriedade industrial e comercial. Todavia, tais proibições ou restrições não devem constituir, nem um meio de discriminação arbitrária, nem qualquer restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-membros"

[459] Artigo 100A-2: 3. A Comissão, nas suas propostas previstas no nº 1 em matéria de saúde, de segurança, de protecção do ambiente e de protecção dos consumidores, basear-se-á num nível de protecção elevado.

[460] Para maior detalhamento, ver Hiddelbrand (2005, p. 22 e ss.).

Em 1972, a Organização das Nações Unidas organizou a primeira das três conferências ambientais de mobilização global que iriam ajudar traçar os rumos das discussões em torno do meio ambiente – a Conferência de Estocolmo. Esta reunião foi convocada em conseqüência à forte demanda por atenção às questões ambientais que tomaram força nas décadas de 60 e 70, devido a diversos fatores, dentre eles consecutivos desastres ambientais e manifestos científicos (LAGO, 2006. p. 27). Para Lago, a "conferência introduziu alguns dos conceitos e princípios que, ao longo dos anos, se tornariam a base sobre a qual evoluiria a diplomacia na área do meio ambiente" (LAGO, 2007, p. 18). A partir daí, diversos atos foram tomados em conseqüência a essa mobilização global, muito embora de forma abertamente atrelada aos interesses econômicos[461].

O grande marco da nova fase pós-Estocolmo foi, então, o Primeiro Programa de Ação para o Meio Ambiente da Comunidade Européia, cujo objetivo era "vincular crescimento econômico com desenvolvimento sustentável, sendo que, a partir desse, foram surgindo outros do mesmo gênero" (NOSCHANG, 2010, p. 23). Após este Programa de Ação, sucederam outros cinco, e atualmente (2002/2012) a União Européia trabalha na sexta edição, "que pretende revisar ações dos outros programas, além de incluir metas para os setores de alterações climáticas (ar, resíduos, ruídos e política global da água)" (NOSCHANG, 2010, p. 24).

Atualmente, no documento *Consolidated versions of the treaty on European Union and of the treaty establishing the european community*, há um título que versa direta e exclusivamente sobre o Meio Ambiente, do artigo 174 ao 176. Em seu texto, são dispostos, dentre outros itens, objetivos a serem perseguidos, medidas a serem tomadas e princípios a serem seguidos.

Andrew Jordan (2005, p. 1-2) afinal reitera que a União Européia goza de uma das políticas ambientais mais progressistas do mundo e que um dos pontos de destaque dentro desse tema é a capacidade do bloco de seguir esse desenvolvimento com significativa constância[462]. Nesse contexto, o tribunal europeu tem desempenhado também seu papel para a criação de uma legislação avançada. Para Ida J. Koppen (2005, p. 67), "o Tribunal defende a visão de que a Comunidade deve ter uma ampla

[461] Barnes e Barnes p. 27 e 28.

[462] "Today, the EU has some of the most progressive environmental policies of any state in the world, despite the fact that it does not possess many of the formal attributes of a sovereign state such as an effective, commonly organized army or a formal constitution. (…) One of the more puzzling characteristics of EU environmental policy is its remarkable capacity for steady growth". O autor descreve com mais detalhamento esses dois aspectos em sua obra, nas páginas referenciadas.

competência legislativa neste domínio [da política ambiental]"[463]. As decisões da corte nos casos ambientais comportam, por este motivo, referências para a legislação ambiental européia. Para sustentar esse ponto, adentra-se em um estudo de caso que teve repercussões as quais confirmam o papel do Tribunal de Justiça da União Européia na regulamentação em matéria de Direito Ambiental.

2. CASO VAN DE WALLE

O caso Van de Walle tem por matéria central a questão dos resíduos, um dos grandes temas tratados pela política ambiental da União Européia. A definição do conceito de *resíduo* é uma questão abordada no julgamento do caso pelo Tribunal e, tal definição é entendida a partir do texto da diretiva Quadro dos Resíduos vigente à época.

A chamada *Diretiva Quadro dos Resíduos* (*Waste Framework Directive*), de 2008 (2008/98/EC) é uma diretiva comunitária que define e classifica os resíduos dentro da legislação da união européia, e trata da regulamentação com relação ao seu tratamento. Seu objetivo primordial é incentivar a redução, reutilização e reciclagem de resíduos. A primeira Diretiva Quadro dos Resíduos (e a que direciona o tratamento do caso Van de Walle), entretanto, é de 1975 (75/442/ECC), e tem um texto significativamente menos abrangente que o atual – enquanto esta conta com 43 artigos, a de 1975 dispunha apenas de 25. É importante salientar que isso se deve em parte ao fato de a atual diretiva ter compilado e revogado algumas diretivas as quais tratavam do mesmo tema em um documento único.

Ocorre que, devido à sua natureza heterogênea, torna-se difícil encontrar uma exata definição para o termo *resíduo*. Para T. Williams, trata-se de uma definição subjetiva; entretanto, mesmo assim, deve-se buscar uma definição de forma mais concreta possível, pois esta tem implicações diretas para os negócios e o governo (WILLIAMS, 2005, p. 63)[464].

---

[463] No original: "The decisions of the European Court of Justice (…) have had a significant impact on the development of environmental policy in the European Communty. The Court has consistently supported the view that the Community should have a broad legislative competence in this domain, notwithstanding the fact that such a competence originally did not appear in the Treaty of Rome, the source of all Community powers. (…) The European Court, however, is known for its judicial activism in this and other areas of Community policy".

[464] No texto original: "The definition of waste can be very subjective (...). However, waste must have a strict legal definition to comply with the Law, because such strict definitions of waste have financial and legal implications for business, local authorities and Government". Sobre a definição de resíduos, inclusive dentro da legislação da União Européia, o autor faz um estudo mais aprofundado da página 63 e seguintes.

Ainda segundo Williams, a falta de clareza dos termos implica na dificuldade da União Européia de implementar devidamente suas estratégias de gerenciamento de resíduos (WILLIAMS, 2005, p. 63)[465]. O caso Van de Walle, interpretado sob a vigência da diretiva 75/442, é paradigmático dentro dessa discussão na medida em que institui uma interpretação inovadora tanto quanto ao controverso conceito quanto à atribuição de responsabilidade pelos danos ambientais.

As controvérsias do caso tiveram início em 1993, na região de Bruxelas – capital. O governo de Bruxelas, ao iniciar as obras de construção de um centro de apoio social, descobriu, no referido terreno, infiltrações de água contaminada com hidrocarbonetos. O líquido era proveniente do muro que separava o terreno e o imóvel vizinho, onde uma estação Texaco estava instalada. O gerente da estação, sr. Van de Walle, detinha a administração do ponto por meio de um contrato de exploração, através do qual dispunha do terreno, do prédio e das instalações do local[466].

Na ocasião da descoberta, a Texaco acusou o gerente de ter cometido falta grave quanto à administração da estação e rescindiu o contrato. Mesmo assim, realizou reformas no local, tais como saneamento do solo e substituição das instalações.

Após o término dos trabalhos da Texaco, o governo de Bruxelas considerou as reformas inacabadas e, depois de financiar o restante das obras que julgava necessárias, iniciou processo no *Tribunal correctionnel de Bruxelles* contra o gerente-administrador, dois executivos da Texaco e a própria empresa, afirmando haver uma infração ao despacho de Bruxelas sobre resíduos de 1991. Tal despacho, o qual configura dentro da legislação nacional da Bélgica, prevê a definição de resíduos, bem como a proibição do abandono de dejetos em propriedades fora das autorizadas e a obrigação da eliminação de tais resíduos por parte de quem os produziu[467]. A Texaco e seus respectivos

---

[465] No original: "The lack of clarity in waste definitions would therefore impact on the implementation of EU strategies in waste management. This difficulty in the harmonization of the various terms defining waste across the EU was recognized by the EU Commission as a problem". O autor indica, então, que foi dessa necessidade de maior especificação o motivo para a criação da diretiva 91/156/EEC, emenda à 75/442, a qual listou algumas categorias de resíduos mais detalhadamente. Tal diretiva é mencionada no caso Van de Walle.

[466] Caso C-1/03 para. 15: "Esta estação de serviço tinha sido objeto de arrendamento comercial celebrado entre a Texaco e o proprietário do imóvel. Foi explorada por um gerente a partir de 1988, nos termos de uma «convenção de exploração» que previa que o terreno, o edifício, o material e o mobiliário da exploração eram postos à disposição do gerente pela Texaco. O gerente explorava a estação de serviço por sua própria conta, mas não podia introduzir alterações nas instalações sem autorização prévia por escrito da Texaco, a qual abastecia a estação de serviço de produtos petrolíferos e se reservava, além disso, o controlo da contabilidade e das existências".

[467] Caso C-1/03 para. 8 a 13, em referência aos artigos 2º, 8º, 10º do despacho de Bruxelas de 07/03/1991.

executivos teriam, desta forma, cometido ato ilícito[468] passível de sanção penal, previsto pelo artigo 22 do mesmo despacho[469].

O *Tribunal correctionnel de Bruxelles* absolveu os argüidos, recusou o pedido de danos contra a Texaco e declarou-se incompetente para decidir sobre o pedido cível. Foi então interposto recurso pelo Ministério Público e pela parte cível para o órgão jurisdicional de reenvio. Para a resolução da questão, enfim, o órgão entendeu que duas questões deviam ser respondidas inicialmente a fim de se chegar a um melhor entendimento do caso, e as submeteu ao Tribunal de Justiça Europeu. Tais questões eram a) se os hidrocarbonetos que haviam vazado e o solo contaminado, mesmo não tenso sido propriamente escavado, constituíam resíduos de acordo com a diretiva 75/442 e b) se a Texaco poderia ser de fato considerada produtora/detentora de tais resíduos, também de acordo com a mesma legislação.

Ponto fundamental para a atribuição de responsabilidade por dano ambiental no caso Van de Walle era a decisão sobre se os hidrocarbonetos, bem como a terra contaminada, poderiam ser considerados resíduos. A diretiva 75/442, que deve servir de diretriz para a fundamentação legal do caso, dispõe que *resíduo* é "qualquer substância ou objecto de que o detentor se desfaz ou tem a obrigação de se desfazer por força das disposições nacionais em vigor", e por *eliminação* entende-se "a recolha, a triagem, o transporte e o tratamento de resíduos, assim como o seu armazenamento e o seu depósito à superfície ou enterrado; as operações de transformação necessárias à sua reutilização, recuperação ou reciclagem"[470].

Além de tal definição, o Tribunal de Justiça menciona ainda o anexo I do mesmo texto legal, ponto Q4, intitulado *Categoria de Resíduos,* o qual enumera classificações abarcadas pela definição previamente estabelecida.

Em sua resposta[471], o TJUE afirma que tanto o artigo primeiro quanto o anexo I da diretiva constituem apenas "caráter indicativo, dado que a qualificação como resíduo decorre, ante de mais, do comportamento do detentor e do significado da expressão 'se desfazer'"[472]. Mesmo que os hidrocarbonetos estivessem devidamente alistados como resíduos (e até mesmo resíduos perigosos, de acordo com a diretiva 91/689), seria

[468] Caso C-1/03 para. 11: "O artigo 8.° do mesmo despacho dispõe: «É proibido abandonar um resíduo num local público ou privado fora dos lugares autorizados para o efeito pela autoridade administrativa competente ou sem respeitar as disposições regulamentares relativas à eliminação de resíduos.»".
[469] Caso C-1/03 para. 13: "O artigo 22.° do referido despacho prevê sanções penais contra quem abandone os seus próprios resíduos ou os de outrem, em desrespeito das regras do artigo 8.° do mesmo despacho."
[470] Diretiva 75/442, artigo 2º.
[471] Caso C-1/03 para. 42 a 61
[472] Caso C-1/03 para. 42

imperativo avaliar se seu detentor teria deles se *desfeito*. No entendimento do Tribunal, os hidrocarbonetos em questão não poderiam ser utilizados sem o devido processamento (MACRORY, 2008, p. 464)[473] e, portanto, constituíam produtos que não interessavam à petrolífera e que seriam invariavelmente descartados.[474]

Quanto à questão das terras contaminadas, a Comissão européia havia previamente ponderado que apenas terras escavadas deveriam ser consideradas resíduos, ao deixarem de ser um elemento do meio[475]. O Tribunal Europeu, no entanto, observou diferentemente: da mesma forma que os hidrocarbonetos necessitavam de tratamento para sua utilização, o solo não poderia ser purificado sem a devida descontaminação e, assim, o critério de elas serem escavadas seria irrelevante.

O segundo questionamento enviado ao Tribunal de Justiça vem da necessidade de se resolver a quem, a partir do momento em que se consideram os hidrocarbonetos e o solo contaminado como resíduos, cabe a responsabilidade pelos danos causados. Em um primeiro momento, a resposta para esta questão indica o gerente da estação de serviço (sr. Van de Walle) como o detentor dos resíduos, uma vez que estavam em sua posse, para fins de exploração. Além disso, na ocasião do vazamento, também era ele o responsável pelo armazenamento.

Entretanto, a Texaco seria a produtora dos resíduos se restasse provado que o vazamento e as más condições da estação fossem devido à "violação de obrigações contratuais por parte da empresa petrolífera que abastece a referida estação ou a vários comportamentos susceptíveis de implicar a responsabilidade dessa empresa"[476].

O tribunal europeu informou que a decisão com relação ao verdadeiro detentor dos resíduos seria de competência do órgão jurisdicional nacional, de acordo com o artigo 234º CE, sobre a repartição de competências do Tribunal.

A resposta da corte, mesmo não tendo sido efetivamente conclusiva (afinal foi apenas uma resposta à consulta do órgão da região de Bruxelas) teve sua relevância, conforme indicado acima, por afirmar que a listagem apresentada pela diretiva

[473] Macrory dispõe em sua obra: "It followed that when a substance or object which is not itself wanted or subsequent use and which the holder cannot economically use without prior processing, it must be considered a burden which the holder seeks to discard".
[474] Caso C-1/03 para. 46 e 47
[475] Caso C-1/03 para. 40
[476] Caso C-1/03 para. 60

91/689/EEC é apenas referencial e julgá-lo a partir de uma leitura bastante geral da definição apresentada pela diretiva 75/442/EC (SNAPE e SOUZA, 2006, p. 271)[477].

Divulgou ainda sua resolução sobre quem deveria ser responsabilizado pelos danos, igualmente a partir dos conceitos dessa diretiva (no caso, norteado pela definição *detentor*) e, como se demonstrará a seguir, pelo argumento do princípio poluidor-pagador.

3. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR

Na decisão do caso Van de Walle, o Tribunal de Justiça Europeu leva em consideração em sua decisão o princípio poluidor-pagador, ao afirmar que o "operador deve suportar os custos da eliminação de resíduos"[478]. O princípio do poluidor-pagador, para José Rubens Morato Leite e Luciana Cardoso Pilati,

> impõe a internalização, pelo próprio poluidor, dos custos necessários à diminuição, à eliminação, ou à neutralização do dano, realizado no processo produtivo ou na execução da atividade. Isso porque aquele que lucra com uma atividade é quem deve responder pelo risco ou pela desvantagem dela resultante. (MORATO e PILATI, 2011, p. 22)

Dentro da legislação comunitária, o princípio do poluidor-pagador encontra-se legitimado no texto do artigo 174 do documento *Consolidated versions of the treaty on European Union and of the treaty establishing the european community*, segundo o qual o dano ambiental deve ser retificado e que o poluidor deve pagar[479]. No caso Van de Walle, o Tribunal fundamenta seu posicionamento conforme a diretiva 75/442 – especificadamente nos artigos 4º e 8º. O artigo 11º da mesma diretiva trata em particular do princípio aqui em questão[480], utilizando como destinatário os mesmos

---

[477] Segundo Snape e Souza: "The recent decision of the ECJ in *Criminal proceeding against Paul van de Walle and others* has again reiterated the point that the term 'discard' should not be interpreted restrictively. In emphasasing the point, the Court drew attention to the fact that category Q4 in Annex I to the WFD refers to 'materials spilled, lost or having undergone other mishap, including any materials equipment, etc., contaminated as result of the mishap'."

[478] Caso C-1/03 para. 48

[479] Artigo 174, 2: "Community policy on the environment shall aim at a high level of protection taking into account the diversity of situations in the various regions of the Community. It shall be based on the precautionary principle and on the principles that preventive action should be taken, that environmental damage should as a priority be rectified at source and that the polluter should pay."

[480] Diretiva 75/442, Artigo 11º: "Em conformidade com o princípio «poluidor-pagador», os custos da eliminação dos resíduos, deduzida a sua eventual valorização, devem ser suportados: - pelo detentor que remete os resíduos a um colector ou a uma das empresas mencionadas no artigo 8o, - e/ou pelos detentores anteriores ou pelo produtor do produto gerador de resíduos".

estabelecimentos expostos pelo artigo 8º.[481] Assim, a Texaco, como armazenadora de hidrocarbonetos (como já demonstrado, considerados resíduos na interpretação do Tribunal de Justiça Europeu) seria responsável por arcar com o ônus da eliminação do resíduo.

O Tribunal considera ainda, em adição aos argumentos previamente utilizados para definição dos hidrocarbonetos como resíduos, que o caráter acidental do vazamento de hidrocarbonetos não os pode desqualificar da classificação de resíduo, na medida em que "seu detentor escaparia às obrigações que os Estados Membros são obrigados a impor lhe por força da Diretiva 75/442, contrariando a proibição de abandono, de descarga e de eliminação não controlada de resíduos".[482] Portanto, acreditá-lo como excludente de ilicitude seria ignorar o fundamental princípio do poluidor-pagador.

No litígio em questão, a responsabilidade de *poluidor* poderia ser atribuída ao gerente da subestação, uma vez que ele detinha os hidrocarbonetos em estoque na ocasião do vazamento. Podia-se, então, considerar-se que ele havia sido o produtor dos resíduos. Entretanto, se o vazamento tiver sido decorrência de más condições no armazenamento, a empresa é quem deverá ser considerada a detentora dos resíduos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os tribunais judicantes podem, dentro de seus limites, ser considerados reflexos do desenvolvimento das políticas de um Estado ou de um grupo de Estados, tanto no âmbito legislativo (ao se examinar o aparato legal utilizado em seus julgados) quanto no âmbito judiciário propriamente dito (quando se estudam as suas decisões). Assim defende Macrory, quando também afirma que as decisões do Tribunal de Justiça Europeu têm assumido, de forma geral, caráter inovador dentro do campo do Direito Ambiental, apesar de críticas que naturalmente podem ser feitas a diversos julgados (MACRORY, 2008, p. 439)[483]. Assim, escolheu-se estudar um caso julgado pelo

[481] Diretiva 75/442, art. 8º: "Em cumprimento das medidas tomadas por força do artigo 4o, qualquer estabelecimento ou empresa que proceda ao tratamento, armazenamento ou depósito de resíduos por conta de outrem deve obter da autoridade competente referida no artigo 5o uma autorização respeitante, nomeadamente: - aos tipos e quantidades de resíduos a tratar, - às prescrições técnicas gerais, - às precauções a tomar, - às indicações a apresentar, a pedido da autoridade competente, sobre a origem, o destino e o tratamento dos resíduos, assim como sobre os seus tipos e quantidades.
[482] Caso C-1/03 para. 49
[483] Macrory esclarece: "The period has seen an enormous growth in the scope and important of European Community environmental legislation, and as the final arbiter of the meaning of Community lae,

Tribunal de Justiça da União Européia: o caso Van de Walle é paradigmático dentro da jurisprudência da corte européia, particularmente em matéria de resíduos, devido às inovações apresentadas na decisão a partir da Diretiva Quadro dos Resíduos [484].

A relevância do caso se dá, em um primeiro momento, devido ao entendimento da Corte de que a listagem de dejetos indicados no anexo I da diretiva 75/442 é meramente exemplificativa, e não deve ser considerada estritamente. Ainda segundo o Tribunal, o que deve ser efetivamente considerado é a própria definição apresentada pelo documento legal. A partir de seu texto, apreende-se que *resíduo* é tudo aquilo que de que seu detentor se desfaz. Assim, além do óleo vazante, o próprio solo contaminado é tido como resíduo.

Diante desta consideração, o segundo ponto de destaque no litígio é a aplicação do princípio poluidor-pagador (amplamente consagrado dentro do Direito Ambiental). Na medida em que o conceito de *resíduo* é definido a partir da ação do detentor de *desfazer-se*, seu significado vai além da noção de que a responsabilidade pelo dejeto está unicamente atrelada ao seu produtor/detentor. O resíduo passa a ser identificado a partir de uma determinada *conduta*. Assim, a responsabilidade civil/criminal no caso Van de Walle, no entendimento do Tribunal da União Européia, pode ser atribuída a aquele que tenha sido o responsável pelo vazamento (e deve-se frisar que *mesmo que acidental*) dos hidrocarbonetos, seja a) o gerente responsável pela subestação em que se deu o fato ou b) a Texaco, caso as más condições do armazenamento possam ser a ela imputadas.

O estudo do caso serviu de exemplo para corroborar a tese de que o conceito de *resíduo* não goza de unanimidade dentro do Direito Ambiental. Da mesma forma, pode-se observar que o Tribunal adotou um comportamento progressista em favor do meio ambiente, de acordo com o entendimento da doutrina sobre a União Européia em matéria ambiental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

decisions of the European Court of Justice are critical. The European Court has generally been seen as environmentally progressive, though its reasoning can often be obscure and frustrating (…)"

[484] Para Clément (2010, p. 400), a polêmica em torno do caso tem dois pontos em especial (e tal opinião será a assumida na conclusão deste artigo): a qualificação de *resíduo* e a aplicação do princípio poluidor-pagador: "Il s'agit, en matière de droit des dechéts, d'un des arrêts lês lus commentés tant la soluton de la Cour a pu paraître audacieuse em retenant la qualification de déchet pour une matière derversée accidentellement eu pour le sol pollué, mais aussi pour l'application du principe pollueur-payeur tel qu'il résulte de l'article 15 la directive 75/442/CEE (…)".

WILLIAMS, Paul T.. *Waste treatment and disposal*. 2. ed. West Sussex: John Wiley And Sons, Ltd., 2005.

PILATI, Luciana Cardoso; LEITE, José Rubens Morato. *Princípios fundamentais do Direito Ambiental.* In: PILATI, Luciana Cardoso; DANTAS, Marcelo Buzaglo (org.). *DIREITO AMBIENTAL - SIMPLIFICADO.* São Paulo: Saraiva, 2011.

KOPPEN, Ida J. *The role of the European Court of Justice.* In: JORDAN, Andrew (org.) *Environmental policy in the European Union.* Massachusets: Edward Elgar, 1999. p. 67-86.

CLÉMENT, Marc. *Droit européen de l'environnement: jurisprudence comentée.* Bruxelles: Larcier, 2010.

MACRORY, Richard. *Regulation, enforcement and governance in environmental law.* London: Cameron May, 2008.

BARNES, Pamela M.; BARNES, Ian G.. *Environmental policy in the European Union.* Massachusets: Edward Elgar, 1999.

JORDAN, Andrew. *Environmental policy in the European Union.* 2. ed. London: Earthuscan, 2005. Analyze

UNIÃO EUROPÉIA. *Conselho.* Diretiva 75/442/CCE do Conselho, de 15 de julho de 1975, relativa aos resíduos. JO, 1975. L 194/39-41.

UNIÃO EUROPÉIA. *Conselho.* Diretiva 91/159/CCE do Conselho, de 18 de março.

EUROPEAN UNION. *Consolidated versions of the treaty on European Union and of the treaty establishing the european community.* 2006. Disponível em:

{http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:321E:0001:0331:EN:PDF}. Acesso em 25/10/2010. C 321 E/1.

UNIÃO EUROPÉIA. *Tratado de Roma.* Disponível em: {http://dupond.ci.uc.pt/CDEUC/TRVRINT.HTM}. Acesso em 25/10/2011.

UNIÃO EUROPÉIA. *Tribunal de Justiça da União Européia.* C-1/03. JO, 2003. C 262/8.

NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. *A política ambiental européia e a responsabilidade por dano no âmbito da diretiva 35/442/CE: desafios à preservação do meio ambiente.* 2010. 317 f. Dissertação – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2011.

McICYNTRE, Owen. The All-Consuming Definition of 'Waste' and the End of the 'Contaminated Land' Debate?: Case C-1/03: Van de Walle. *Journal of Environmental Law,* Oxford, Vol. 17, p. 109-127, 2005.

LAGO, André Aranha Corrêa do**.** Estocolmo, *Rio, Joanesburgo: O Brasil e as Três Conferências Ambientais das Nações Unidas.* Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

SNAPE, John; SOUZA, Jeremy de. *Environmental taxation law: policy, contexts and practice.* Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 2006.