



ORGANIZADORAS:

SOLANGE TELES DA SILVA
MARIA EDELVACY MARINHO
LIZIANE PAIXÃO SILVA OLIVEIRA

DIÁLOGOS ENTRE JUÍZES



ISBN 978-85-7917-326-4

DIÁLOGOS ENTRE JUÍZES

ORGANIZADORAS:

SOLANGE TELES DA SILVA

MARIA EDELVACY MARINHO

LIZIANE PAIXÃO SILVA OLIVEIRA

CONSELHO EDITORIAL

Profa. Dra. Janira Fainer Bastos

Prof. Dr. José Carlos Plácido da Silva

Prof. Dr. Luís Carlos Paschoarelli

Prof. Dr. Marco Antônio dos Reis Pereira

Prof. Dr. Maria Angélica Seabra Rodrigues Martins

canal6 editora

Rua Machado de Assis, 10-35
Vila América | CEP 17014-038 | Bauru, SP
Fone/fax (14) 3313-7968 | www.canal6.com.br

D5798 Diálogos entre juízes / Solange Teles da Silva, Maria Edelvacy Marinho e Liziane Paixão Silva Oliveira (orgs).
-- Bauru, SP: Canal 6, 2015.
242 p. ; 23 cm.

ISBN 978-85-7917-326-4

1. Diálogo entre juízes. 2. Jurisprudência. 3. Direito constitucional. 4. Direitos humanos. 5. Direito comercial. 6. Direito econômico. 7. Direito ambiental. I. Silva, Solange Teles da. II. Marinho, Maria Edelvacy. III. Oliveira, Liziane Paixão Silva. IV. Título.

CDD: 371.37

SUMÁRIO

Apresentação – *Dra. Solange Teles da Silva, Dra. Maria Edelvacy Marinho, Dra. Liziane Paixão Silva Oliveira* 9

Textos e discussões

1. Direitos urbanos e as decisões dos tribunais brasileiros – o caso do tribunal de justiça de São Paulo
– *Dra. Daniela Campos Libório Di Sarno* 13
2. Diálogo entre Juízes em Matéria Constitucional
– *Dr. Marcos de Lima Porta* 17
3. Limites da atuação do poder judiciário em matéria política constitucional
– *Dr. Martonio Mont’Alverne Barreto Lima* 21
4. Diálogo entre Juízes em Matéria Constitucional – a Justiça Militar
– *Dr. Paulo Adib Casseb* 29
5. Dialogue des juges et intégration normative: l’exemple de la gestion de l’incertitude scientifique
– *Dra. Eve Truilhe-Marengo*..... 37
6. Os “juízes” do Mercosul e os diálogos em suas decisões
– *Dra. Liziane Paixão Silva Oliveira*..... 53
7. A construção dos direitos humanos em camadas: tensões entre os níveis nacional, regional e internacional
– *Dr. Marcelo D. Varella*..... 61
8. O direito e o diálogo no Brasil: palavras de ceticismo e de esperança
– *Dr. José Rodrigo Rodriguez* 65

9. A anulação judicial do ato administrativo de criação de unidade de conservação: diagnóstico e perspectivas
– *Dra. Márcia Dieguez Leuzinger* 73
10. Avanços e recuos no diálogo entre juízes na tradição jurisprudencial americana
– *Colin Crawford* 75

Diálogo entre juízes, elementos definidores e características

1. A distinção entre regras e princípios a partir da constituição brasileira de 1988
– *Cláudia Márcia Costa e Flávio Miranda Molinari* 85
2. A busca da fluidez de diálogo entre os sistemas jurídicos de civil law e common law
– *Liziane Parreira* 97
3. Diagnóstico sobre a interação argumentativa entre tribunais
– *Aline Oliveira de Santana, Luciana de Oliveira Ramos e Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros*..... 105
4. O (não) diálogo entre juízes e o dilema de Ajax: uma abordagem reflexiva a partir e além da necessidade da observação da noção de “empréstimo/transplante” de ideias
– *Thiago Santos Aguiar de Pádua* 113
5. Trabalho e direito: pistas para a inserção das relações sociais do trabalho judiciário como elemento relevante do diálogo entre juízes
– *Volnei Rosalen e Lucas Ruiz Balconi*..... 121

Diálogo entre juízes em matéria de direito constitucional e direitos humanos

1. O diálogo entre juízes como meio para a efetivação da justiça transicional no Brasil
– *Danilo Vieira Vilela*..... 131

2. O poder judiciário e o controle da população carcerária através da aplicação do princípio da insignificância – <i>Denis Cortiz da Silva</i>	139
3. Conversações transconstitucionais entre ordens jurídicas (transconstitutional dialog among judicial orders) – <i>Fabício da Silva Henriques</i>	145
4. A I Jornada de direito da saúde do conselho nacional de justiça como tentativa de diálogo entre operadores do direito – <i>Guilherme Guimarães Coam</i>	153
5. Diálogo entre juízes em matéria de direitos humanos: estudo de sua aplicação no caso dos familiares dos civis mortos na “Guerrilha do Araguaia” contra a União Federal – <i>Laís Santana da Rocha Salvetti Teixeira</i>	161
6. Diálogo entre juízes e a modulação dos efeitos das decisões judiciais – <i>Paula Zambelli Salgado Brasil, Alexandre Alberto Teodoro da Silva e Alessandra Aparecida Calvoso Gomes Pignatari</i>	167
7. O veredicto final no controle do tabagismo: um diálogo possível entre Brasil e Estados Unidos – <i>Renata Domingues Balbino Munhoz Soares</i>	175
8. Mandado de Injunção e a antecipação da legislação penal: análise de caso – <i>Gabriel Firmato Glória Dolabella</i>	183

Diálogo entre juízes em matéria de direito comercial e econômico

1. O sigilo bancário e a administração tributária - posição do poder judiciário no Brasil e em Portugal – <i>Maria do Socorro Costa e Gomes</i>	189
2. O superior tribunal de justiça e o impacto em suas decisões das convenções e acordos internacionais em matéria de propriedade intelectual – <i>Waleska Bertolini Vieira Mussalem</i>	199

Diálogo entre juízes em matéria de direito ambiental

1. Interfaces entre o “diálogo entre juízes” e a organização judiciária: o caso da criação de varas ambientais na comarca de São Paulo
– *Carolina Dutra, Fernanda Menna Pinto Peres e Maurício Duarte dos Santos* 205
2. Questão da soberania de jurisdição: estudo sobre o caso dos “fundos abutre”
– *Fabio Alexandre Costa* 213
3. Uma comunidade global de cortes e o direito do mar: o caso das bandeiras de conveniência
– *Jana Maria Brito Silva*..... 221
4. Exploração do gás de xisto: análise de decisões judiciais e suas implicações ambientais
– *Juliana Gerent e José Carlos Loureiro da Silva* 227
5. A responsabilidade socioambiental das instituições financeiras aos olhos do superior tribunal de justiça
– *Fernando Rodrigues da Motta Bertencello, Letícia Menegassi Borges e Marina Giacomelli Mota* 235

APRESENTAÇÃO

O presente livro é resultado das discussões iniciadas no II Seminário Internacional Diálogo entre Juízes, I Colóquio Internacional Diálogo entre Juízes realizado em parceria entre a UPM, UNICEUB e UNIT, com o apoio financeiro do Fundo Mackenzie de Pesquisa – Mackpesquisa, nos dias 4 e 5 de novembro de 2014.

As reflexões iniciadas em 2012 deram origem a um Primeiro Livro Diálogo entre Juízes, publicado pela Editora do Uniceub em formato de e-book. Esse segundo livro traz as reflexões realizadas em 2014 que constituem a sequência destas discussões realizadas nos grupos de pesquisa da UPM, UNICEUB e UNIT de outras instituições de ensino superior, como também no meio profissional da área jurídica.

O livro foi dividido em dois blocos. No primeiro, são apresentadas as reflexões dos palestrantes convidados para o evento e no segundo, as discussões realizadas nos grupos de trabalho. As temáticas das palestras foram estruturadas a partir de três principais eixos sobre o tema “diálogos entre juízes”: o diálogo em matéria constitucional, os reflexos desse diálogo para o processo de integração normativa e, por último, uma reflexão se o fenômeno estudado seria de fato um monólogo e não um verdadeiro diálogo. No segundo bloco do livro os trabalhos foram estruturados a partir de quatro eixos que correspondem aos quatro grupos de trabalhos: GT1 elementos definidores e as características do fenômeno diálogo entre juízes; GT2 diálogo entre juízes em matéria de direito constitucional e direitos humanos; GT3 diálogo entre juízes em matéria de direito comercial e econômico e, GT4 diálogo entre juízes em matéria ambiental.

Aqui deixamos o convite a todos e a todas para que acessem esse material produzido que pode nos auxiliar a aprofundar os nossos estudos em relação a esse diálogo, seus elementos constituintes, e seu alcance.

Por fim, não poderíamos deixar de expressar os nossos agradecimentos a todo o apoio que recebemos das instituições envolvidas – Universidade Presbiteriana Mackenzie (Campus Higienópolis – São Paulo), Centro Universitário Uniceub (Brasília) e Universidade Tiradentes (Aracajú), bem como a todas e a todos os palestrantes e participantes. Um especial agradecimento a toda a equipe científica – Clarice Seixas Duarte, Gianpaolo Poggio Smanio, Marcia Leuzinger, Carina Oliveira e Nitish Monebhurrun como também ao apoio para a divulgação do evento recebido pela AJUFESP – Associação de Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul. Agradecemos igualmente a todos aos professores e funcionários da UPM, UNICEUB e UNIT que nos auxiliaram na realização desse evento, em particular o Prof. Dr. José Francisco Siqueira Neto, José Carlos Francisco e o Prof. Dr. Orlando Villas Bôas Filho, a equipe de apoio a eventos, constituída doutorandos e mestrandos da UPM; e os funcionários da UPM, Sra. Cristiane Alves e Sr. Caio Viana, bem como a equipe da Divisão de Tecnologia da Informação.

Fica aqui igualmente registrado o nosso agradecimento em especial ao Fundo Mackenzie de Pesquisa – Mackpesquisa, que ao selecionar esse projeto para o apoio financeiro tornou possível sua concretização e o fortalecimento dessa rede de pesquisa e grupos de pesquisa do CNPq.

Solange Teles da Silva (UPM)
Maria Edelvacy Marinho (UNICEUB)
Liziane Paixão Silva Oliveira (UNIT)
Organizadoras

TEXTOS E DISCUSSÕES

Diálogo entre juízes em matéria constitucional

1. DIREITOS URBANOS E AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS – O CASO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO - Dra. Daniela Libório Di Sarno.
2. DIÁLOGO ENTRE JUÍZES EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL - Dr. Marcos de Lima Porta.
3. LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM MATÉRIA POLÍTICA CONSTITUCIONAL Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
4. DIÁLOGO ENTRE JUÍZES EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL – A JUSTIÇA MILITAR - Dr. Paulo Casseb.

Diálogo entre juízes e integração normativa

5. DIALOGUE DES JUGES ET INTÉGRATION NORMATIVE: L'EXEMPLE DE LA GESTION DE L'INCERTITUDE SCIENTIFIQUE - Dra. Eve Truilhe-Marengo.
6. OS “JUÍZES” DO MERCOSUL E OS DIÁLOGOS EM SUAS DECISÕES - Dra. Liziane Paixão Silva Oliveira.

Diálogo ou Monólogo

7. A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM CAMADAS: TENSÕES ENTRE OS NÍVEIS NACIONAL, REGIONAL E INTERNACIONAL - Dr. Marcelo Varella.
8. O DIREITO E O DIÁLOGO NO BRASIL: PALAVRAS DE Ceticismo e de Esperança - Dr. José Rodrigo Rodrigues.
9. A ANULAÇÃO JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO DE CRIAÇÃO DE UNIDADE DE CONSERVAÇÃO: DIAGNÓSTICO E PERSPECTIVAS - Dra Marcia Diegues Leuzinger.
10. AVANÇOS E RECUOS NO DIÁLOGO ENTRE JUÍZES NA TRADIÇÃO JURISPRUDENCIAL AMERICANA - Dr. Colin Crawford.

1. DIREITOS URBANOS E AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS – O CASO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Dra. Daniela Campos Libório Di Sarno¹

Os direitos urbanos, quais sejam, aqueles que consagram dos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana em âmbito urbano, tem se tornado um desafio para os magistrados. Isso porque sempre que assim se colocam tais pleitos tornam-se coletivos ou difusos, ou seja, transmudam-se da esfera particular individualizada para uma esfera no mínimo coletiva. Se o direito de moradia resolve-se no benefício individual, torna-se social e coletivo na medida que a mesma situação se replica numericamente no mesmo território, tornando-se uma questão coletiva a pressionar pela execução de políticas públicas. Tal conotação consagrou-se em face da característica inafastável e irreversível da sociedade contemporânea enquanto sociedade urbana.

Um dos temas que merecem maior atenção é a forma de ocupação do espaço urbano e sua relação entre as pessoas e dessas com o Poder Público. No Brasil, a ocupação do espaço urbano ocorreu de forma caótica e desordenada com tendência fortemente marcada pelo valor imobiliário apropriado em razão de benefícios de infraestrutura. Seria idêntico a outros países não fora a omissão crônica do Poder Público em intervir no processo de ocupação, ou do retorno da mais valia apropriada de maneira particular de forma a distribuir minimamente o solo urbano entre as diversas camadas sócio-econômicas existentes. Tal omissão, somada à necessidade da população de baixa renda em estar nas cidades para ter acesso ao trabalho, fez com que essa população ocupasse espaços fisicamente vazios, incidindo corriqueiramente em situação de ilegalidade. Tal ilegalidade sempre foi um impeditivo à segurança jurídica de sua ocupação

1 Professora de Direito PUC/SP.

resvalando na dificuldade de acesso a políticas públicas que dependessem da relação de moradia para se consagrarem.

Assim, tem-se um quadro de grande pressão político-institucional: particulares com seus títulos de propriedade a se defenderem de ocupações ilegais lastreadas no direito constitucional à moradia; bens imóveis públicos desocupados invadidos pela população de baixa renda para exercerem seu direito à moradia.

Portanto, o confronto de valores dispostos na Constituição Federal está posto: direito de propriedade versus direito à moradia. A pesquisa efetuada procura mapear os processos judiciais na Corte Paulista categorizando-os como “conflito fundiário” e mapeando as decisões de sessenta processos em segunda instância. Ficou clara a dificuldade em se estabelecer um parâmetro decisório, em serem conformados os valores constitucionais igualmente dispostos.

A pesquisa foi efetuada para o Ministério da Justiça, na Secretaria de Assuntos Legislativos dentro do programa “Pensando o Direito” e teve seu resultado publicado eletrônica e fisicamente. Desse resultado houve uma segunda pesquisa para o mesmo órgão para elaboração de uma Cartilha de Mediação de Conflitos Fundiários, essa publicada apenas eletronicamente.

Assim, percebeu-se que, com o resultado da primeira pesquisa havia a necessidade de avançar na instrumentalização e no repertório de medidas auxiliaadoras no trato de questão do conflito fundiário coletivo urbano. Nesse sentido, o caminho versa sobre o reforço aos valores constitucionais da função social da propriedade e o direito de moradia procurando delinear parâmetros possíveis a serem implementados dentro dos processos judiciais, inclusive.

Referências

CONFLITOS URBANO-AMBIENTAIS EM CAPITAIS AMAZÔNICAS: BOA VISTA, BELÉM, MACAPÁ E MANAUS. Centro pelo Direito à Moradia Contra Despejos (COHRE).

VIOLAÇÕES AO DIREITO À CIDADE E À MORADIA DECORRENTES DE MEGAPROJETOS DE DESENVOLVIMENTO NO RIO GRANDE DO SUL. Diagnóstico e Perspectivas - O Caso de Rio Grande (Organizador: Cristiano Muller e Karla Maroso) 1. ed. Porto Alegre-Centro de Direitos Econômicos e Sociais_CDES 2013.

VIOLAÇÃO AO DIREITO À CIDADE E À MORADIA DECORRENTES DE MEGA-PROJETOS DE DESENVOLVIMENTO NO RIO GRANDE DO SUL. Diagnóstico e Perspectivas - o Caso de Porto Alegre. (Organizador: Cristiano Muller e Karla Maroso) 1. ed. Porto Alegre - centro de Direitos Econômicos e Sociais - CDES 2013.

MEGAEVENTOS E VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS NO RIO DE JANEIRO. Dossiê do Comitê Popular da Copa e Olimpíadas do Rio de Janeiro.

CARTILHA DE PREVENÇÃO DE DESPEJOS. Práticas e instrumentos de Resistência ao despejos. CDES - Direitos Humanos.

EXPERIÊNCIAS DE MEDIAÇÃO DE CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS NO BRASIL. (Organização: Cristiano Muller e Karla Maroso.) CDES Direitos Humanos.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A VIOLÊNCIA URBANA E O PAPEL DO DIREITO URBANÍSTICO. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP Doutorado em Direito - São Paulo 2012.

2. DIÁLOGO ENTRE JUÍZES EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL

Dr. Marcos de Lima Porta¹

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova ordem jurídica no Brasil e um novo Estado Democrático de Direito, caracterizado pela soma e pelo entrelaçamento de algumas ideias-chave, a saber: princípio republicano, a separação funcional dos poderes, a democracia semidireta, os direitos individuais, sociais e políticos, segurança jurídica entre outros.

E os fundamentos desse Estado Brasileiro são a soberania nacional, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e ainda, o pluralismo político (art. 1º, CF).

Para fazer valer esses postulados jurídicos há uma força interna exclusiva que nada do que é exterior ou interior é capaz de dissipá-la. A esta força pode se dar o nome de Poder Político Brasileiro.

Esse Poder é uno e indivisível; porém, para melhor aplicá-lo – afinal, quem tem esse poder com exclusividade por mais que queira ou que não queira tende a abusar dele! – a Constituição Federal acabou por criar instituições e a elas atribuir o seu exercício, de forma funcional, com predominância específica tornando-as essenciais para o Estado de Direito, e denominadas de Poder Executivo, de Poder Legislativo e de Poder Judiciário. Cada uma destas ramificações possuem um regime jurídico próprio e atribuições predominantes para o exercício do poder político brasileiro.

O Poder Judiciário é o que interessa agora para estudo. E para melhor compreendê-lo, estudá-lo, é oportuno criar dois eixos, sendo um que trata da

1 Juiz de Direito Estadual. Mestre e Doutor em Direito do Estado PUC-SP, onde é Professor de Fundamentos de Direito Público e de Direito Administrativo.

própria instituição *Poder Judiciário*, e o outro, que trata do exercício da sua atividade predominante, a atividade jurisdicional, especificamente quanto aos assuntos afetos ao direito constitucional.

Em relação ao primeiro eixo, que trata da instituição Poder Judiciário, o aspecto mais relevante é que a Constituição Federal de 1988 ao “estabelecer um rol dos direitos fundamentais, acentuou a crença no Poder Judiciário” (Renato Nalini, Aula Magna no Curso de Gestão Judiciária, EPM, SP, 22.10.2014). Passamos, pois, a viver na temporada dos direitos.

Para dar suporte a Instituição Poder Judiciário há o aparelho do Poder Judiciário. Este é responsável pela organização e pela gestão desta fundamental instituição.

E sobre estes dois pontos que têm aparecido problemas, dificuldades, entraves, para a efetividade do sistema jurídico de justiça. Alguns exemplos a seguir serão abordados.

De um lado hoje não mais se justifica a existência de quatro instâncias de jurisdição, nem o STF decidindo questões de somenos importância e em quantidade fora do comum. Talvez pudesse ser criado um sistema de filtragem! Ainda, a cultura do recurso e do papel é corrente no mundo forense. Petições extensas, exigências de sentenças e acórdãos que esgotem além do razoável e do proporcional o caso concreto, e que tudo isso se realize em papel, são medidas fora de contexto e que só fazem gastar tempo e dinheiro!

A escolha dos Ministros e a vitaliciedade são temas também que atualmente exigem reflexão! Talvez um sistema de mandatos e sabatinas efetivas poderiam aperfeiçoar esse sistema!

Uma medida positiva foi a criação do CNJ. De um lado, ele é um órgão novo que em certa medida encontrou o seu papel! Ele é importante porque é central e permite com isso que se tenha uma visão da justiça nacional. Ele pertence ao Poder Judiciário e tem somente competência administrativa. Sua atuação como órgão de planejamento estratégico tem melhorado o sistema de justiça nacional. Por exemplo, passou a ter um sistema nos Tribunais de governança participativa, unidades de projetos, setores de controle interno, unidades de gerenciamento de riscos, exigência de investimentos na primeira instância, capacitação de servidores, entre outros.

Sob o aspecto negativo, elencaria a ausência de representatividade da justiça estadual e a forma de escolha de certos Conselheiros. O sistema de responsabilidade jurídica dos conselheiros também exigiria um aperfeiçoamento.

A Emenda Constitucional n. 45 também inovou ao criar a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Ela é responsável, entre outras, pela política nacional de formação inicial e continuada dos Magistrados. Nos dias atuais, cada vez mais se exige capacitação e treinamento dos magistrados para bem exercerem a sua profissão. E também nos dias atuais, tem ganhado espaço a ideia de que a função do juiz não se resume às quatro paredes do seu gabinete! Deve ter postura proativa especialmente num mundo que hoje tem entre seus atores as gerações Y e Z. O juiz não deve, pois, só julgar, mas judicar!

O outro eixo de análise diz respeito à atividade jurisdicional em si, quanto à matéria jurisdicional.

Conforme acima mencionado, vivemos na era dos direitos. Como nossa Constituição Federal é principiológica, extensiva, e recheada de valores, ganha importância as novas formas de interpretação jurídica.

Os clássicos mencionavam pelo menos as seguintes formas de interpretação: gramatical, literal, autêntica, teleológica e finalística, sistemática.

Todavia, hoje quando um juiz analisa um caso, especialmente, de direito público, de direito constitucional, tais formas clássicas de interpretação não são tanto efetivas e implicam em soluções nem sempre adequadas ao caso concreto.

Por conta disso, o juiz deve valer dos postulados constitucionais para bem desempenhar sua atividade jurisdicional. Isso se deve ao fato de que no Brasil a Constituição Federal é a Lei das leis, o principal diploma jurídico. Eles podem ser, pois, resumidos nos seguintes pontos: a) unidade da Constituição; b) supremacia da Constituição; c) conferir a máxima efetividade material às normas constitucionais; e, d) a princípio as normas constitucionais são válidas e legítimas.

Ainda, como critério de interpretação ganhou importância os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que fazem com que se tenha a adequação e justiça do direito ao caso concreto.

E esse caminhar deve estar bem prescrito na sentença ou acórdão e pode implicar em decisões conflitantes o que faz parte do jogo jurídico, porém, com limites. Esses limites seriam a compatibilidade com o princípio da segurança

jurídica que por intermédio de súmulas unificam um entendimento jurídico e evitam instabilidades e inefetividade do direito.

Nesse ambiente do direito constitucional também em muitos casos a intervenção judicial pode resolver o processo judicial, mas não o caso; ao contrário, muitas vezes até piora o caso. Tem-se como exemplos, as questões urbanísticas e ambientais, de direito sanitário, entre outros. Saídas para isso: atores do direito que visualizem (enxerguem) a possibilidade de adotar medidas pré-processuais, exemplos, unidade administrativa para a concessão de medicamentos, comissão de peritos para desapropriações, conciliação e mediação na área urbanística, entre outros.

Por evidente que um eixo está umbilicalmente ligado ao outro eixo. Planejamento e Educação Judiciária são medidas imprescindíveis para se ter um melhor Judiciário.

Afinal, como bem disse o Ministro Ricardo Levandowski no seu discurso de posse no cargo de Presidente do STF:

“Nós temos um sonho: o sonho de ver um Judiciário forte, unido e prestigiado, que possa ocupar o lugar que merece no cenário social e político deste País. Um Judiciário que esteja à altura de seus valorosos integrantes, e que possa colaborar efetivamente na construção de uma sociedade mais livre, mais justa e mais solidária” em 10 de setembro de 2014.

3. LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM MATÉRIA POLÍTICA CONSTITUCIONAL¹

Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima²

Atualmente, poucos momentos podem ser mais ricos em oferecer a pesquisadores do Direito Constitucional matéria tão interessante quanto às posições das cortes constitucionais em assuntos políticos e de controle do Poder Legislativo. Particularmente, a atividade da Suprema Corte nas eleições presidenciais de 2000 dos Estados Unidos da América provocou discussões no mundo acadêmico de diversos países¹. Seja pelo fato de que os Estados Unidos se reivindicam a “liderança do mundo livre”, seja pelo motivo de serem criticados, neste sentido, por parte considerável da mesma intelectualidade², há que se destacar que as conhecidas “questões políticas” e a possibilidade de decisão sobre elas por parte do Poder Judiciário estão longe de serem temas pacificados.

Como de outra forma não poderia ser, o problema da ingerência do Poder Judiciário nas eleições americanas de 2000 possui conseqüências que ultrapassam a análise localizada do assunto, e, igualmente, deixam de se traduzir num

-
- 1 Utilizo a obra de Alan Dershowitz (Supreme Injustice - How The High Court Hijacked, p. 5-12) para, por exemplo, transcrever uma das mais fortes críticas ao ativismo da Suprema Corte no caso das eleições de 2000:.
 - 2 Outra importante e recente obra sobre a Constituição Americana é a de Robert Dahl: *How Democratic is The American Constitution* (Yale University Press, New Haven/London, 2001), onde o problema das eleições de 2000 também é abordado, juntamente com aquele relativo ao sistema eleitoral americano.
 - 3 Esta não é uma versão definitiva. Favor não citar. This is still a work in progress. Please do not cite or quote.
 - 4 Professor de Direito UNIFOR.

problema da democracia dos Estados Unidos. Os episódios recentes da chamada “crise política brasileira”, a incluírem forte atuação do Supremo Tribunal Federal, bem como sua frequente ação nos trabalhos legislativos obrigaram a retomada do debate sobre a judicialização dos processos legislativos, existindo sobre o assunto vastíssimo material jornalístico e, especialmente, jurisprudencial, autorizadores, pelo menos, de reflexão sobre a matéria. Neste pequeno texto, procurarei analisar, portanto, o fenômeno da judicialização da política por meio de sua manifestação no processo legislativo recente da experiência institucional brasileira.

O conflito pode perfeitamente mudar de território e se instalar entres os poderes do Estado. Não fosse assim, a Constituição Federal não estabeleceria que seriam eles independentes e harmônicos entre si. E se assim fosse, não teria a mesma Constituição oferecido os mecanismos de solução dos conflitos entre os poderes quando eles surgissem. O Executivo pode vetar projetos de lei; mas o Legislativo pode não acatar referidos vetos, prevalecendo a vontade deste contra o desejo daquele. O Poder Judiciário não deve governar; porém pode obstaculizar a implantação de diretrizes políticas, o que não raro tem ocorrido no Brasil. Eis, portanto, como se convive no conflito democrático.

Do ponto de vista da teoria da democracia no Brasil, correto está o Poder Legislativo em dispor da atribuição de criar comissões parlamentares de inquérito. Acertada é também a tarefa investigativa a que se entregam os Poderes Legislativos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Inadequado e dotado de conotação fortemente antidemocrática é a limitação que o Supremo Tribunal Federal tem imposto ao Poder Legislativo na sua tarefa investigativa, em nome de uma possibilidade por ele própria assim definida de conhecer e julgar as questões políticas⁵.

A Constituição Federal de 1988 previu o mais longo de todos os textos para o delineamento constitucional de uma comissão parlamentar de inquéri-

5 Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal confirma a mesma orientação do Tribunal Federal Constitucional alemão, que também permite tal controle. Udo di Fabio, atual Juiz deste Tribunal, conclui pela necessidade de ordem judicial para apreensão ou busca, no âmbito dos trabalhos de comissão parlamentar de inquérito; buscas e apreensão que “somente podem ser ordenadas por um juiz, no qual é ativo no âmbito da prestação de auxílio jurisdicional”. Fabio, Udo di: *Rechtsschutz im parlamentarischen Untersuchungsverfahren*, p. 150.

to. Por força da argumentação que aqui se desenvolverá, transcrevo todo o teor do § 3º do art. 58 da Constituição: “As comissões parlamentares de inquérito, **que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas**, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.

Qual a possível tradução, num texto constitucional como o do Brasil, para “**poderes de investigação próprios das autoridades judiciais**”? E, não bastando esta explícita determinação, qual o sentido de seu complemento, materializado na expressão “**além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas**”? Deve-se sempre estar atento ao fato de que, numa democracia, a direção do Estado compete ao Poder Legislativo. Para além dos ensinamentos históricos de natureza factual e teórica – a companhia de Rousseau, Kant e, modernamente, de Bobbio, não poderia ser melhor – há o ponto de que ao Legislativo compete a elaboração das leis que vinculam a todos na vida do Estado; obrigam até mesmo o próprio Legislativo ao que ele decide. Esta diferença não se encontra em favor dos demais Poderes do Estado. Na sua *Metafísica dos Costumes*, Immanuel Kant não deixa dúvidas quanto à preponderância do Poder Legislativo, sobre o Judiciário. Pertence a Kant a afirmação de que “**Todo Estado contém em si três poderes, isto é, a vontade geral se une em três pessoas políticas (trias política): o poder soberano (a soberania), que reside no poder legislativo;** o poder executivo, que reside em quem governa (segundo a lei) e o poder judiciário, (que possui a tarefa de dar a cada um o que é seu, na conformidade da lei), na pessoa do juiz (...)”⁶. Interpretação segura a respeito do postulado de Kant que afirma a supremacia do Poder Legislativo é presente na obra de Norberto Bobbio, quando este, recorrendo à *Metafísica dos Costumes*, entende que “Apesar da afirmação da subordinação de um poder ao outro, **o fundamento da separação dos três poderes é ainda a supremacia do poder legislativo sobre os outros dois poderes:** o poder legislativo deve ser superior

6 Kant, Immanuel: *Metaphysik der Sitten*, pp. 431/342.

porque somente ele representa a vontade coletiva”⁷. Antecedendo a Immanuel Kant, Jean-Jacques Rousseau defendeu também a supremacia do legislativo: “O poder legislativo é o coração do Estado, o poder executivo é o cérebro, que dá o movimento a todas as partes. O cérebro pode cair em paralisia e o indivíduo prosseguir vivendo. Um homem fica imbecil e vive, mas assim que o coração cessar suas funções, o animal está morto. Não é pela lei que o Estado subsiste, mas pelo poder legislativo”⁸.

O complexo de atribuições/definições constante do § 3º do art. 58 da Constituição Federal é produto da reflexão histórica e do olhar do constituinte sobre a sociedade brasileira, a qual carece profundamente de um autêntico processo de republicanização.

A Constituição Federal excepcionou a atuação de todos os Poderes do Estado, dando mostra da leitura atualizada que se faz da separação de poderes. Neste sentido, o tópico do constitucionalismo que envolve a separação de poderes no Brasil constituinte de 1987/88 abandonou sua versão meramente liberal: se para o liberalismo a separação de poderes significava pouco mais que uma das garantias do direito de propriedade, do voto (não a todos, mas somente aos “bons”, aos “responsáveis”) ou do sistema partidário (desde que inexistissem partidos ameaçadores do rompimento estrutural da ordem econômica liberal), para a atualização do Estado intervencionista ela se deixava traduzir numa versão radicalmente oposta, que se materializava, principalmente, na perda da hegemonia política por parte da classe liberal a dirigir o Estado. Assim, da separação de poderes da modernidade iluminista poder-se-ia extrair resultados que, ao invés de estabilizar as disputas políticas em favor do liberalismo, seriam capazes de causar alterações inéditas na ordem política do dia, surpreendendo mesmo o mais “à esquerda” dos liberais. O funcionamento deste mecanismo institucional somente foi possível pela atualização do princípio de separação de poderes na direção da democracia social.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu exceções ao funcionamento da separação de poderes. Entregou ao Executivo a possibilidade de legislar diretamente, por algum tempo, sem a participação do Legislativo, nos casos de relevância e urgência, conforme estatui o seu art. 62. De igual maneira, atribuiu ao

7 Bobbio, Norberto: *Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant*, p. 227.

8 Rousseau, Jean-Jacques: *Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político*, p. 96.

Poder Judiciário a forma de sua organização e elaboração de seus regimentos internos, também sem qualquer participação do Legislativo. Não admira que tenha o mesmo texto constitucional positivado casos em que o Poder Legislativo poderá agir sozinho, sem dependência ou interferência de outro Poder.

São dois os principais instantes de exclusão da ação de qualquer outro Poder do Estado, que não o Legislativo: a) o processo e julgamento por crime de responsabilidade do Presidente da República e, b) a capacidade investigativa por meio de comissões parlamentares de inquérito. Interessa perquirir sobre o motivo de tão importantes ações se encontrarem exatamente nas mãos do Poder Legislativo. O processo e julgamento por crime de responsabilidade do mais alto mandatário da República não é um processo simples. Na verdade, a eventual destituição do cargo de um Presidente eleito diretamente, com voto secreto e de igual valor para todos significa o desfazimento da “vontade geral” do povo. Naturalmente que uma tarefa de tal monta não poderia ser realizada por quem não goze da mesma legitimidade popular, por quem não represente a heterogeneidade política da “vontade geral”, e, sobretudo, por quem não possa, num razoável espaço de tempo, vir a ser julgado pelo povo, como é o caso dos membros de um parlamento que se submetem a eleições com regular periodicidade.

Tem-se o mesmo quando se trata das comissões parlamentares de inquérito. Nada mais convergente com os pressupostos de uma teoria política da democracia que se deixe ao parlamento a possibilidade de investigar irregularidades da administração pública em todas as esferas do Estado federal brasileiro, podendo o mesmo Poder Legislativo recorrer às suas prerrogativas constitucionais de imunidades, conforme afirma o art. 53 da Constituição Federal. É que neste momento constata-se igualmente a necessidade da legitimidade popular para deavassar as ações públicas dos dirigentes e, sendo necessário, adentrar a âmbito da vida privada destas mesmas pessoas, desde que objetiva e fundamentadamente se constate a conexão entre os dois mundos. Tal qual o processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade, a investigação parlamentar não é o comum da atividade parlamentar. E se existe hipótese em que uma comissão investigativa não envolva diretamente detentores do voto popular, não raro ela atinge outros que gozam de uma confiança popular “derivada”, já que usufruem da confiança daquele diretamente eleito. Em qualquer possibilidade, a investigação parlamentar pode e deve ir até onde entender, sempre com base objetiva e fundamentada, alcançando os detentores da “vontade geral”.

Na jurisprudência sobre impeachment do Supremo Tribunal Federal pós-1988 a coerente manifestação de Paulo Brossard acompanhou os dois casos que esbarraram no Tribunal. Em sua manifestação do Mandado de Segurança nº 20.941-DF, Paulo Brossard não deixou dúvidas⁹: O Tribunal jamais poderia ter sequer conhecido daquele mandado de segurança, quanto mais julgá-lo, como efetivamente ocorreu. Tratava-se de um momento de exceção da atuação do Poder Judiciário.

Retomo a pergunta: como conciliar este momento de exceção com a garantia do art. 5º, XXXV da Constituição Federal a que me referi sem comprometer o caráter lógico-formal do texto da Constituição Brasileira? Em que medida uma operação interpretativa neste sentido é possível?

Com relação à primeira das formulações interrogativas, deixo a palavra com o antigo membro do Supremo Tribunal Federal, Paulo Brossard: “Dir-se-á que esse entendimento conflita com o princípio segundo o qual nenhuma lesão pode ser excluída de apreciação judicial. Esse conflito, porém, não ocorre no caso concreto, pois, a mesma Constituição que enuncia essa regra de ouro, reserva privativamente a uma e outra Casa do Congresso o conhecimento de determinados assuntos, excluindo-os da competência de qualquer outra autoridade. **Assim, no que tange ao processo de responsabilidade do primeiro ao último ato, ele se desenvolve no âmbito do Poder Legislativo, Câmara e Senado, e em nenhum momento percorre as instâncias judiciárias. Como foi acentuado, é uma exceção, mas exceção constitucionalmente aberta, ao monopólio jurisdicional do Poder Judiciário. A lei não poderia dispor assim. A Constituição poderia. E assim o fez**” (grifei)¹⁰.

Assim é que é defensável o ponto de vista de que descabe qualquer atuação do Poder Judiciário quando de trabalhos de uma comissão parlamentar de inquérito, segundo, claro, o que determina a Constituição Federal: a) por

9 Tanto neste quanto nos outros mandados de segurança conhecidos e julgados pelo Supremo Tribunal Federal durante o processo por crime de responsabilidade do então Presidente da República Fernando Collor de Mello (Mandados de Segurança nº 21.564-DF, 21.623-DF, 21.628-DF, 21.633-DF e 21.689-DF), o antigo Ministro Paulo Brossard enfrentou a preliminar sobre a competência do Tribunal para conhecer de tais feitos no sentido de entender que ao Supremo Tribunal Federal falecia referida competência.

10 Supremo Tribunal Federal, MS 20.941-DF, p. 35.

terem tais comissões poderes próprios das autoridades judiciais, podem elas – e devem – observando as leis, investigar o que julgarem necessário e recorrerem às prerrogativas legais para levar a cabo seus trabalhos, inclusive como quebra de sigilo fiscal, sem que para tal tenha o Poder Judiciário que ser ouvido; b) o resultado dos trabalhos de uma comissão não significa condenação a ninguém. O máximo que ocorrerá é o envio do relatório para o Ministério Público, que, assim entendendo, poderá iniciar processo judicial para apuração dos ilícitos.

O que se percebe, porém, é que a mecânica de funcionamento da constitucionalização dos procedimentos legislativos continua a fortalecer a atuação do Poder Judiciário sobre aquela do Legislativo no campo constitucionalizado em favor deste. Uma olhada na interferência do Supremo Tribunal Federal nos episódios da “crise política” não deixa dúvidas: as atividades investigativas do Parlamento nunca enfrentaram tanto o crivo do Poder Judiciário como na época recente.

A constitucionalização dos procedimentos legislativos pode, até o momento, autorizar duas breves conclusões. A primeira delas indica o lado positivo de sua existência. Numa sociedade com tradição de direito escrito, a constitucionalização desses procedimentos é reveladora da fixação das normas antes de iniciado o jogo democrático: todos sabem as regras do jogo e com elas concordaram, o que evita sua alteração a depender de quem está vencendo ou perdendo, embora esta perversão não seja impossível. A segunda conclusão decorre da primeira. A constitucionalização dos procedimentos conduziu à atuação de nossa corte constitucional, uma vez que é ela guardiã da Constituição. Assim, o que está na Constituição, encontra-se sob seu controle. Aqui, finalmente, reside o desafio. Deixar que o conflito democrático se explicita e seja resolvido na arena do político não compromete estado de direito, nem viola garantias fundamentais dos cidadãos: muito ao contrário, fortalece com o tempo a atuação daquele Poder do Estado a que a Constituição lhe confiou o funcionamento.

4. DIÁLOGO ENTRE JUÍZES EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL – A JUSTIÇA MILITAR

Dr. Paulo Adib Casseb¹

Entre os vários efeitos da globalização contemporânea, pretende-se aqui destacar o produzido no campo da solução judicial dos conflitos ou mesmo, num plano mais elevado, no âmbito da solução estatal das questões constitucionais.

É fato incontestável que a globalização política, econômica e jurídica entre Estados nacionais tornou realidade irreversível a aproximação entre a forma de atuar dos órgãos estatais de cada um deles. No plano judicial, esse cenário faz emergir a defesa da ideia do diálogo entre os juízes na solução dos conflitos de interesse. Em matéria constitucional, ressalta-se, cada vez com mais contundência, a importância da noção de que as questões constitucionais não devam ser resolvidas isoladamente, pelos Tribunais Constitucionais de cada Estado nacional, mas sim, a partir de um diálogo recíproco entre Estados, ou melhor dizendo, entre Cortes nacionais e internacionais. Desse modo, antes de proferir decisão com os olhos voltados apenas ao ordenamento constitucional próprio, o Tribunal Constitucional de determinado Estado deveria verificar como seus similares estrangeiros, ou mesmo Cortes internacionais, resolvem a mesma questão.

Este é o palco do transconstitucionalismo, tão bem destrinchado por Marcelo Neves. O diálogo recíproco e permanente entre “juízes constitucionais” tem sido marcante no Supremo Tribunal Federal brasileiro, ao menos da parte de nossa Corte Constitucional, embora a recíproca não seja verdadeira nas de-

1 Graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Professor titular de Direito Constitucional dos Cursos de Mestrado e Graduação da Faculdade de Direito da FMU. Presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo para o biênio 2014/2015.

cisões de outros tribunais estrangeiros, como os da Alemanha e dos Estados Unidos da América que não dialogam com a Suprema Corte pátria.

De fato, o STF, em diversas ocasiões, tem fundamentado suas decisões - e algumas delas de grande projeção - em jurisprudência de Tribunais Constitucionais estrangeiros (como por exemplo, a ADPF nº 45 e o princípio da reserva do possível, importado da jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha) e de Cortes Internacionais (como bem ilustra a decisão do Recurso Extraordinário nº 511.961, motivado em jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que reconheceu que o jornalismo constitui profissão cujo exercício não depende de diploma superior na área) mas não se verifica a reciprocidade nesse ponto e o que seria diálogo transforma-se, na realidade, em monólogo. O repertório decisório de nossa Corte Constitucional expõe, em diversos casos, inspiração em decisões alemãs e estadunidenses, mas não encontro na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA e no Tribunal Constitucional alemão influência brasileira. Não há como deixar de questionar se o diálogo entre juízes, no plano em comento, constitui, na verdade, mera reverência nacional a fontes decisórias estrangeiras, sem que exista, concretamente, a contrapartida, ou seja, o autêntico diálogo.

Tecidas tais considerações genéricas, sobre diálogo entre juízes em matéria constitucional, apresento outro ponto, desta vez mais específico, relacionado ao tema, ainda em matéria constitucional, mas pouco debatido pela doutrina jurídica pátria. É a organização constitucional da Justiça Militar e o diálogo entre juízes de natureza distinta que existe nesta Especializada, decorrente de sua estrutura constitucional que repousa no princípio da composição mista, congregando civis e militares. Além disso, nosso modelo ainda estabelece um diálogo entre juízes da Justiça Especializada e da Justiça Comum, uma vez que, no âmbito da Justiça Militar estadual, por exemplo, os recursos interpostos seguem para o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Interessa-nos, então, tecer aqui algumas considerações sobre a organização constitucional e competências da Justiça Militar federal e estadual. Em vários países a Justiça Militar encontra-se vinculada ao Poder Executivo enquanto no Brasil está inserida na estrutura do Poder Judiciário.

Essa opção organizacional é extremamente interessante, principalmente no que tange ao respeito aos direitos humanos, o que, obviamente, é essencial para o Estado Democrático de Direito. Tal preservação deve ser observada pelas Instituições responsáveis pela ordem pública e o controle sobre seus mostra-

se mais eficiente com a previsão de uma Justiça Especializada, com as garantias próprias do Poder Judiciário.

Interessante mencionar que a Justiça Militar foi implantada no Brasil mesmo antes de sua independência, uma vez que com a chegada da família real portuguesa ao Brasil, em 1808, um dos primeiros atos adotados foi o da criação do Conselho Supremo Militar e de Justiça.

Logo após a independência do Brasil, declarada em 1822, a primeira Constituição nacional, de 25 de março de 1824, não enumerou os órgãos do Poder Judiciário. Tampouco fez qualquer referência à Justiça castrense nem assegurou foro especial para os militares quando da prática de delitos militares.

Após a proclamação da República, a Constituição promulgada em 1891, embora não tivesse conferido à Justiça Militar a qualidade de órgão do Poder Judiciário, previu expressamente que os militares seriam submetidos a foro especial.

Já a Constituição de 1934, além de inserir a Justiça Militar no rol dos órgãos do Poder Judiciário, ampliou o alcance do foro militar, estendendo-o também aos civis nos casos definidos em lei para a repressão dos crimes contra a segurança externa do País ou contra as instituições militares, tendo a Constituição de 1937, mantido inalterados essa disciplina da matéria.

A Constituição de 1946 não produziu grandes transformações no âmbito da Justiça Militar quanto à sua competência, mas alterou a denominação de Supremo Tribunal Militar para Superior Tribunal Militar e, na esfera dos Estados-Membros, pela primeira vez tratou da Justiça Militar estadual.

Na sequência, a Constituição de 1967, no seu texto original, não trouxe modificações significativas para a Justiça Militar. Mas a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que deu nova redação à Constituição de 1967, vedou a criação de Tribunais de Justiça Militar nos Estados-Membros da federação brasileira, subsistindo apenas os então existentes.

No atual ordenamento constitucional brasileiro, promulgado em 1988, a Justiça Militar encontra-se relacionada dentre os órgãos do Poder Judiciário, prevendo o artigo 92 o seguinte:

Art. 92 - São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A. O Conselho Nacional de Justiça;

II - o Superior Tribunal de Justiça;

- III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
- IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;
- V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;
- VI - os Tribunais e Juízes Militares;
- VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

A Constituição brasileira prevê a existência dos militares integrantes das Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, subordinados ao Presidente da República, e dos militares estaduais, que são os membros das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, subordinados aos Governadores dos Estados.

Enquanto as Forças Armadas destinam-se à defesa externa e à garantia dos poderes constitucionais, as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares são instituições que atuam no âmbito da segurança pública, realizando atividades de polícia ostensiva, preservação da ordem pública e defesa civil, nos respectivos Estados-Membros, sendo consideradas, também, forças auxiliares e reserva do Exército.

Em decorrência da forma federativa adotada e da existência de militares federais (Forças Armadas) e estaduais (Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares), a Justiça Militar divide-se em dois ramos: Justiça Militar da União e Justiça Militar dos Estados-Membros.

Relativamente à União Federal, a Constituição, na Seção VII do Capítulo relativo ao Poder Judiciário, prevê, no artigo 122, que são órgãos da Justiça Militar da União o Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

Já com relação aos Estados, a Constituição também prevê no Capítulo referente ao Poder Judiciário a Seção VIII, com o título “Dos Tribunais e Juízes dos Estados”, na qual é estabelecido que os Estados organizarão sua Justiça, observando os princípios ali estabelecidos.

No § 3º do artigo 125, do Texto Supremo, consta que lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar.

Merece destaque, na estrutura interna dos órgãos da Justiça Militar, a figura do escabinato, que expõe a atuação colegiada de magistrados civis e de magistrados militares, no qual se identifica o somatório do conhecimento jurídico com a experiência profissional da caserna, representando um dos importantes princípios norteadores da Justiça Militar no Brasil, nas esferas federal e estadual. Assim se estabelece, dentro de um mesmo órgão, o diálogo entre juízes de natureza e origem distinta, civil e militar, numa conjugação de visões que diferencia a Justiça Militar brasileira em relação a seus similares estrangeiros.

A Justiça Militar é especializada e não uma Justiça de exceção, até porque a própria Constituição brasileira, em seu artigo 5º, ao enunciar os direitos e garantias fundamentais, prevê no seu inciso XXXVII que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

Dircêo Torrecillas Ramos ensina que *“Quando falamos em justiça especializada, devemos distingui-la da justiça de exceção, que são tribunais de exceção ou foros privilegiados, ad hoc, para casos concretos, temporários, arbitrários. A justiça especializada é permanente, orgânica; aplica-se a todos os casos de sua competência. Esta é prevista na Constituição, leva em consideração as funções típicas, distintas; a disciplina, a hierarquia, a legislação específica dos militares e suas instituições”* (cf. *As Forças Militares na Defesa dos Princípios Fundamentais: Soberania, Independência Nacional, Paz, Garantia dos Poderes Constitucionais. Relevância do Ensino do Direito Militar no Curso de Direito. In “Estudos de Direito Constitucional em homenagem à Professora Maria Garcia”*. IOB Thomson, 2007, p. 79).

A justiça de exceção é transitória e arbitrária enquanto que a justiça especializada é permanente e orgânica, aplicando a lei indistintamente a todos os casos previamente estabelecidos no rol de competências legais, observado o princípio do devido processo legal, garantia do cidadão contra a atuação arbitrária do poder do Estado.

Despropositada seria eventual alegação de que a existência da Justiça Militar afrontaria o princípio da igualdade, tratando de forma diferenciada os militares, uma vez que esse princípio deve ser interpretado como o direito de todo o cidadão não ser tratado de forma desigual senão quando observados critérios fixados, ou ao menos não vedados, pelo ordenamento constitucional. Em outras palavras, a lição secular da dimensão da isonomia induz à noção de

que a lei tratará igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, tal como a Constituição procedeu em relação a civis e militares.

Merecem, a seguir, breves considerações sobre a Justiça Militar estadual, segundo a disciplina constitucional vigente.

A redação originária do artigo 125, §3º, da CF, previa a possibilidade de criação da Justiça Militar estadual composta, em 1º grau, pelos Conselhos de Justiça e, em 2º grau, pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo da polícia militar ultrapassasse 20.000 integrantes.

A Emenda nº 45/2004 introduziu duas alterações na redação desse dispositivo: a composição da 1ª instância e a substituição do texto “efetivo da polícia militar” pela expressão “efetivo militar”.

A composição da 1ª instância que, antes da Emenda nº 45/2004 era formada exclusivamente pelos Conselhos de Justiça, compostos por militares e juízes auditores (concursados) foi objeto de interessante alteração. Todo julgamento realizado em 1º grau era colegiado, recaindo sobre matéria penal militar. A mesma Emenda ampliou a competência da Justiça Militar estadual, passando a abranger ações concernentes a atos disciplinares (direito administrativo) e, conseqüentemente, pedidos de indenização por danos materiais e morais deles decorrentes (direito civil).

A disciplina dos Conselhos de Justiça cabe à lei estadual. A título ilustrativo, vale citar a organização da Justiça Militar do Estado de São Paulo, com base na Lei estadual nº 5.048/58 que, conjugada com as disposições do art. 125, da Constituição da República, apresenta o seguinte regramento da 1ª instância:

Juízes de direito – concursados especificamente para a Justiça Militar. A Emenda nº 45/2004 alterou a denominação “juiz auditor” para “juiz de direito” e, antes de sua promulgação, o magistrados concursados somente julgavam nos Conselhos de Justiça e passaram a atuar, também, isoladamente.

Conselhos de Justiça – de dois tipos.

a) Conselho Permanente de Justiça: julga praças e funciona pelo período de três meses. A Polícia Militar encaminha à Justiça Militar uma relação de oficiais para sorteio eletrônico e os quatro oficiais sorteados permanecem por três meses à disposição da Justiça. Depois desse período, precede-se a novos sorteios para as composições sucessivas do Conselho.

b) Conselho Especial de Justiça: julga oficiais e praças coautoras. Os oficiais são sorteados para cada processo e, devido ao princípio da hierarquia, compõe-se de quatro oficiais com patente superior ao do réu.

Os dois tipos de Conselhos, existentes nas auditorias, são presididos pelo juiz de direito. Antes da Emenda nº 45/2004, o oficial de maior patente os presidia. A normatização dos institutos do impedimento e da suspeição aplicável aos oficiais é a mesma dos juízes togados. Os oficiais não são remunerados para participarem dos Conselhos e, no Permanente ficam à disposição da Justiça Militar, enquanto no Conselho Especial, os oficiais seguem para o Judiciário no dia designado, permanecendo com os trabalhos regulares na Corporação.

No julgamento promovido nesses colegiados, vota primeiro o juiz de direito e depois, na ordem inversa de hierarquia, do mais moderno ao mais antigo, para que este não influencie o de menor hierarquia.

O juiz de direito atua singularmente para processar e julgar as ações disciplinares, vez que a denominada competência cível da Justiça Militar é exclusivamente exercida pelos magistrados togados, cabendo a eles também os processos por crimes militares no caso de vítima civil. Na Justiça Militar do Estado de São Paulo tem prevalecido o entendimento de que nos crimes militares praticados contra a Administração Militar, o Estado, ou seja, a Administração Militar, situa-se como sujeito passivo principal e a vítima civil como sujeito passivo secundário, o que impõe a transferência da competência para processar e julgar esses crimes aos Conselhos de Justiça. Cumpre lembrar, outrossim, que os processos por crimes militares, com vítima militar, competem aos Conselhos.

Os Tribunais de 2ª instância possuem competências recursais e originárias. Entre estas últimas, destacam-se as que visam a perda de posto e da patente de oficiais e perda de graduação das praças, nos termos do §4º, do artigo 125, CF.

Quanto aos oficiais, a Constituição da República estendeu a eles (art. 42, §1º) a disciplina contida no art. 142, §3º, VI e VII, relativa aos membros das Forças Armadas. Assim, os oficiais estaduais possuem também a garantia da vitaliciedade, pois só podem perder o posto e a patente mediante decisão judicial.

Para tanto, são duas as vias. A primeira, com base no citado inciso VI, pressupõe a instauração, na seara administrativa, de processo denominado Conselho de Justificação (Lei nº 5.836/72), o qual, ao concluir que a conduta do oficial não se justifica, será remetido ao Tribunal de Justiça Militar, que avaliará sua indignidade ou incompatibilidade para o oficialato, promovendo análise ético-administrativa do comportamento do miliciano.

A segunda via dá-se com fulcro no inciso VII, do §3º, do art. 142, da CF. Havendo condenação penal transitada em julgado, com aplicação de pena pri-

vativa de liberdade superior a dois anos, a Procuradoria de Justiça oferecerá Representação perante o Tribunal de Justiça Militar, que avaliará se a condenação penal imposta atingiu o decoro militar, tornando imperiosa a perda do posto e da patente.

Quanto às praças, embora o art. 125, §4º, tenha fixado a competência originária do Tribunal para julgar a perda de graduação, o que a praxe forense denominou de processo de perda de graduação de praça, resta patente que a Constituição da República não estendeu às praças a garantia da vitaliciedade.

Referências

- HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: USP, 2009.
- RAMOS, Dircêo Torrecillas. *As Forças Militares na Defesa dos Princípios Fundamentais: Soberania, Independência Nacional, Paz, Garantia dos Poderes Constitucionais. Relevância do Ensino do Direito Militar no Curso de Direito*. In: “Estudos de Direito Constitucional em homenagem à Professora Maria Garcia”. IOB Thomson, 2007, p. 79.
- VELLOSO, Carlos. Entrevista publicada na *Revista de Estudos & Informações* nº16. Belo Horizonte: Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, maio de 2006, p. 9.

5. DIALOGUE DES JUGES ET INTÉGRATION NORMATIVE: L'EXEMPLE DE LA GESTION DE L'INCERTITUDE SCIENTIFIQUE

Dra. Eve Truilhe-Marengo¹

Cette contribution a pour objectif de montrer que par-delà les différences entre les ordres juridiques, une certaine harmonisation de la gestion de l'incertitude scientifique est à l'œuvre à l'échelle mondiale et que c'est l'œuvre du dialogue des juges.

I – L'encadrement progressif du recours à l'expert

La diversité des pratiques est patente, il n'en apparaît pas moins une progressive harmonisation de l'encadrement du recours à l'expert.

A – La diversité des pratiques

Les règles qui encadrent le recours à l'expertise varient fortement d'un ordre juridique à l'autre, aussi bien dans leur forme que dans leur contenu. Elles peuvent être minutieuses ou elliptiques sans d'ailleurs que cela ne préjuge du recours plus ou moins important qu'en feront les juges concernés. D'autant que des données "concrètes" pèsent sur les juridictions étudiées. Le coût de la procédure, le volume d'affaires dont sont saisies les juridictions sont loin d'être sans conséquence.

1 Professeur Université Aix-Marseille.

B – L'harmonisation en marche

Principe du contradictoire et indépendance des experts ont, sous l'influence de la CEDH, fait entrer l'expertise dans la sphère du procès équitable.

Respect du contradictoire

La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme², a contribué à la création d'un fond commun procédural fondé sur la notion de procès équitable, en vertu duquel le principe du contradictoire s'applique à chaque phase de la procédure, expertise comprise.

Le juge de l'Union se montre traditionnellement très soucieux du respect du principe du contradictoire et les mesures d'expertise n'échappent pas à son contrôle: les parties doivent obligatoirement être entendues préalablement à une décision visant à ordonner la preuve par expertise³. Mais la Cour est allée plus loin jusqu'à consacrer le droit à une contre-expertise. Dans un arrêt *Steffensens*⁴, elle a, à l'appui de son raisonnement, non seulement cité explicitement l'arrêt *Mantovanelli* mais également transposé le paragraphe 36 du célèbre arrêt de la CEDH indiquant qu'il revient aux juridictions nationales de vérifier "*si le moyen de preuve en cause au principal ressortit à un domaine technique échappant à la connaissance des juges et est susceptible d'influencer de manière prépondérante son appréciation des faits et, dans le cas où il en serait ainsi, si M. Steffensen jouit encore d'une possibilité véritable de commenter efficacement ce moyen de preuve*"⁵.

Indépendance de l'expert

La légitimité du recours aux experts repose en grande partie sur la personnalité du ou des experts nommés qui doivent répondre à une double exigence de compétence et d'impartialité. Confirmé par la CEDH, le principe de l'indé-

2 Spécifiquement: CEDH, 18 mars 1997, aff. 8/1996/627/810, *JCP*, G, 1998, I, 107, n°24 note Sudre.

3 Articles 45 § 1 du règlement de procédure de la Cour (par analogie).

4 CJCE, 10 avril 2003, C-276/01.

5 CJCE, 10 avril 2003, C-276/01 *Steffensen*, pt 78.

pendance de l'expert reçoit une application très variable d'un système juridique à l'autre qui garantissent ou du moins recherchent l'indépendance de façons très différentes. Qu'en est-il des juridictions internationales?

Malgré la grande diversité des textes et des pratiques des différentes juridictions, l'harmonisation des règles qui encadrent le recours à l'expert semble en marche. Observée à travers l'ensemble des juridictions étudiées, cette tendance porte à croire que face à la prolifération du phénomène expertal, le juge trouve un contrepoids à la force des éléments scientifiques en les "procéduralisant", en leur "*imposant les règles fondamentales de la procédure qu'il maîtrise*". Mais ce constat doit être relativisé. D'abord parce qu'en refusant de convoquer de façon formelle des savoirs extérieurs au droit dans des contentieux pourtant à haute teneur scientifique, en ayant recours à des "*experts fantômes*", certains juges font échec à ce processus de transparence et de procéduralisation. Par ailleurs, il faudrait sans doute aller plus loin, vers la construction de critères communs de recevabilité de l'expertise scientifique. Fixer de tels critères est un exercice difficile. Porter un regard juridique sur la "validité scientifique" d'une expertise peut très facilement s'avérer réducteur. Comment le jeu de critères forcément formel peut-il laisser de la place à une analyse véritablement scientifique, c'est-à-dire fondamentalement nuancée, gouvernée par le doute? Le contexte de la décision juridictionnelle internationale ajoute encore à la difficulté de l'exercice et explique peut-être pourquoi les juridictions s'y dérobent le plus souvent.

II – Harmonisation de l'évaluation des preuves scientifiques

L'étude de la jurisprudence fait apparaître une évaluation assez stricte du point de vue formel A mais une relative souplesse quant à l'appréciation matérielle du risque invoqué B.

A – Evaluation formelle des preuves scientifiques

Il ressort particulièrement des rapports rendus dans l'affaire Hormones 2 que lorsqu'ils doivent examiner si une mesure nationale remplit les conditions

de l'Accord SPS, les groupes spéciaux, à l'instar du juge de l'Union, sont tenus de vérifier la "qualité" de l'évaluation menée et ensuite si le raisonnement du responsable de l'évaluation des risques est objectif et cohérent, et si ses conclusions sont donc suffisamment étayées par le fondement scientifique sous-jacent, c'est-à-dire s'il existe un lien rationnel entre celle-ci et la mesure nationale.

Les critères d'une évaluation de qualité

Sans être tenu de procéder lui-même à l'évaluation des risques, l'Etat auteur de la mesure restrictive doit pouvoir prouver que celle-ci est établie sur la base d'une évaluation "*appropriée*" des risques. Au fur et à mesure que la jurisprudence s'étoffe, les critères d'une évaluation appropriée, donc d'une preuve valable, sont de plus en plus détaillés.

A - Une évaluation menée par des scientifiques qualifiés et respectés

La qualité des sources scientifiques de l'évaluation constitue une exigence primordiale. Les groupes spéciaux comme l'Organe d'appel évoquent la nécessité de se référer à des "*sources qualifiées et respectées*"⁶.

La qualité des experts scientifiques impliqués dans les procédures d'évaluation des risques est garantie par la conjonction de plusieurs critères au premier rang desquels figure bien entendu la compétence: *Technische Universität München*⁷, le juge de l'Union nous indique que "*le groupe d'experts ne saurait remplir sa mission que s'il est composé de personnes possédant les connaissances techniques requises dans les différents domaines d'utilisation des appareils scientifiques en cause ou si les membres de ce groupe bénéfi-*

6 Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques, WT/DS291/R, WT/DS292/R, 29 septembre 2006, § 7.3060.

7 CJCE, 21 novembre 1991, *Technische Universität München c. Hauptzollamt München-Mitte*, aff. C-269/90, Rec. 1991, p. I-5469.

cient du conseil d'experts possédant ces connaissances"⁸. Mais la compétence ne suffit pas et le juge évoque "les principes d'excellence, d'indépendance et de transparence"⁹. Une évaluation de qualité doit prendre en outre en compte les données scientifiques les plus fiables et les plus récentes¹⁰, disponibles au plan national mais aussi international¹¹.

Une évaluation appropriée en fonction des circonstances

La qualité intrinsèque de l'évaluation des risques n'est pas suffisante pour justifier l'adoption d'une mesure restrictive, celle-ci doit devant être "appropriée" en fonction des circonstances, comme l'a affirmé l'Organe d'appel dans l'affaire *Hormones*, à l'encontre des études fournies par les Communautés européennes. Pour l'Organe d'appel, il s'agissait en l'espèce « d'études générales »

8 Pour conclure en l'espèce que "ni le procès-verbal de la réunion du groupe d'experts ni les débats devant la Cour n'ont établi que les membres de ce groupe possédaient eux-mêmes des connaissances nécessaires dans les domaines de la chimie, de la biologie et des sciences géographiques ou qu'ils ont cherché conseil auprès d'experts en ces matières afin de pouvoir se prononcer sur les problèmes techniques qui se posent dans l'examen de l'équivalence des appareils scientifiques en cause".

9 TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA c/ Conseil*, aff. T-13/99, Rec. 2002, p. II-3305, pt. 159; En l'espèce le juge de l'Union fait savoir qu'en ce qui concerne les avis du comité scientifique de l'alimentation animale (SCAN), "il ne fait pas de doute" qu'ils satisfont à ces critères (pt 209) et qu'à l'inverse, "n'est ni indépendant ni transparent ni excellent l'avis rendu par le comité permanent qui, dans le domaine des additifs alimentaires pour les animaux, doit être consulté par la Commission au stade de l'évaluation puis de la gestion des risques liés à ces produits; en effet, en tant qu'organe politique, ce comité n'est pas scientifique ni indépendant et ses avis sont d'autant moins transparents qu'ils ne sont pas publiés" (pt. 283). Dans le même sens: TPICE, 26 novembre 2002, *Artogodan GmbH e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, Rec. 2002, p. II-4945, pt. 200.

10 *Pfizer*, par. 307.

11 CJCE, 4 décembre 2008, *Commission c/ Royaume des Pays-Bas*, aff. C-249/07, Rec. 2008, p. I-174, pt. 51, où il renvoie par analogie à l'arrêt du 19 juin 2008, *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers et Andibel*, aff. C-219/07, pts 37 et 38.

ou de “*simples déclarations*” sur le potentiel cancérigène des hormones¹², qui ne portaient pas expressément sur le risque précis envisagé. Or, pour constituer une évaluation des risques valable, l’évaluation effectuée se doit d’être spécifique: c’est-à-dire de porter précisément sur les risques encourus. Cette obligation a été réaffirmée avec force dans l’affaire *Hormones 2*. La Communauté européenne aurait du évaluer s’il existait un rapport de causalité entre la consommation de viande provenant de bovins traités à l’œstradiol et la possibilité d’effets négatifs sur la santé. Or, comme l’a noté le Groupe spécial “*les Communautés européennes ont évalué la possibilité que les effets négatifs identifiés soient associés aux œstrogènes en général, mais n’ont pas analysé la possibilité que ces effets résultent de la consommation de viande et de produits carnés contenant des résidus d’œstradiol-17β du fait que les bovins dont ils proviennent ont été traités à cette hormone à des fins anabolisantes*”.

Cette exigence d’évaluation “*appropriée aux circonstances*” telle qu’elle est appliquée par le juge de l’OMC semble aller dans le sens de la prise en compte de l’approche de précaution, puisque le Groupe spécial, dans l’affaire *Produits biotechnologiques* après avoir réaffirmé que l’évaluation doit être conçue comme un processus continu, semble assurer qu’un réexamen de l’évaluation des risques initialement faite est envisageable lorsqu’il énonce « *Si un changement dans les circonstances pertinentes affecte la pertinence continue et la validité d’une évaluation des risques achevée et lorsque cela se produira, cette évaluation ne constituera plus, à notre avis, une évaluation “appropriée” en fonction des circonstances*”¹³.

Pour être valable, l’évaluation doit ensuite “*refléter les conditions réelles de la vie réelle*”. Cette exigence a été affirmée à plusieurs reprises par le juge de l’OMC et pour la première fois dans l’affaire *Hormones*.

La question de la pertinence des renseignements scientifiques rassemblés lors de l’évaluation des risques se pose de manière spécifique lorsqu’une norme internationale a été adoptée s’agissant du “produit” en cause, ce qui était le cas s’agissant de l’affaire *Hormones*. Le droit, prévu par l’Accord SPS, de choisir

12 *Communautés européennes - Mesures concernant les viandes et les produits carnés*, WT/DS26/AB/R du 16 janvier 1998, § 158 et 200.

13 *Communautés européennes - Mesures affectant l’approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, Rapport du groupe spécial, § 7.3031.

un niveau de protection plus élevé que celui contenu dans une norme internationale, n'exonère pas l'Etat de procéder à une évaluation des risques. Or, pour procéder à une évaluation des risques, un Membre de l'OMC peut avoir besoin de renseignements scientifiques qui n'ont pas été examinés pendant le processus ayant conduit à l'adoption de la norme. Dans une telle situation, le fait que le Membre de l'OMC ait choisi de fixer un niveau de protection plus élevé peut l'obliger à effectuer des recherches différentes de celles effectuées lors de l'évaluation des risques pour l'adoption de la norme et cela pourrait avoir une incidence sur la portée ou la méthode d'évaluation des risques. Pour cette raison, l'Organe d'appel condamne¹⁴ dans son rapport dans l'affaire *Hormones 2* la constatation du Groupe spécial selon laquelle "*La détermination du point de savoir si les preuves scientifiques sont suffisantes pour permettre d'évaluer l'existence et l'importance d'un risque doit être indépendante du niveau de protection souhaité*"¹⁵ tout en affirmant que la détermination du point de savoir si les preuves scientifiques disponibles sont suffisantes pour procéder à une évaluation des risques doit demeurer, par essence, un processus rigoureux et objectif. En dissociant le choix du niveau de protection approprié de l'évaluation des risques menée lors de l'élaboration de normes internationales pertinentes, l'Organe d'appel accorde une marge de manœuvre plus importante aux Etats ayant opté pour un niveau de protection plus élevé.

L'existence d'un lien rationnel entre l'évaluation et la mesure nationale

L'existence d'une évaluation des risques de qualité ne suffit pas à justifier une mesure portant atteinte au commerce. Il revient également à l'Etat auteur de la mesure de prouver que celle-ci a bien été prise « sur la base » de l'évaluation. L'approche casuistique de cette question a été clairement affirmée par l'Organe d'appel dans l'affaire *Produits agricoles*: "*La question de savoir s'il y a un lien rationnel entre une mesure SPS et les preuves scientifiques doit être tranchée au cas par cas et dépendra des circonstances particulières de l'espèce,*

14 États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS320/AB/R, § 685.

15 États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones, Rapport du Groupe spécial, WT/DS320/R, § 7.590.

*y compris les caractéristiques de la mesure en cause et la qualité des preuves scientifiques*¹⁶.

L'exigence de ce lien rationnel n'oblitére pas la possibilité pour les Etats de prendre leurs distances avec les résultats de l'évaluation des risques mais, dans ce cas, il doit s'en justifier. C'est ce qui ressort du rapport du Groupe spécial rendu dans l'affaire *Produits biotechnologiques*: "*dans la mesure où (un Etat) ne souscrit pas à (tout ou partie) des conclusions contenues dans (...) l'évaluation, il serait (...) nécessaire qu'(il) explique, par référence à l'évaluation existante, comment et pourquoi il évalue les risques différemment, et fournisse son évaluation des risques révisée ou supplémentaire*"¹⁷. Cette obligation de motivation est exigée de la même manière par la Cour de Luxembourg qui estime que les différents avis constituant l'évaluation des risques forment "*un tout indissociable, devant nécessairement être apprécié dans son ensemble afin de saisir toute la portée de la réponse scientifique fournie par les experts*"¹⁸ et exige lorsqu'un Etat s'écarte de certains de ces éléments que celui-ci motive "*spécifiquement son appréciation (...) Cette motivation devra être d'un niveau scientifique au moins équivalent à l'avis en question. Dans un tel cas, l'institution peut se baser soit sur un avis supplémentaire du même comité d'experts, soit sur d'autres éléments ayant une force probante au moins équivalente à l'avis en question*"¹⁹.

Notons, que dans un contexte d'incertitude scientifique, le lien étroit qui est exigé entre l'évaluation des risques et les mesures adoptées, oblige les Etats à n'adopter que des mesures à caractère provisoire. L'Etat auteur de la mesure doit donc réexaminer celle-ci "*dans un délai raisonnable*", notion qui a été

16 *Japon – Mesures visant les produits agricoles*, WT/DS76/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, 22 février 1999, §84.

17 *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291/R, WT/DS292/R et W/DS293/R, 29 septembre 2006, § 7.3060 et 7.3062.

18 TPICE, ordonnance, 28 septembre 2007, *République Française c/ Commission*, aff. T-257/07, Rec. p. II-4153, pt 73.

19 TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA c/ Conseil*, aff. T-13/99, Rec. 2002, p. II-3305, pt. 199. Voir également en ce sens: TPICE, 26 novembre 2002, *Artegoda GmbH et autres contre Commission des Communautés européennes*, aff. jointes T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, Rec. II-04945, pt. 200.

interprétée par l'Organe d'appel comme devant "être établi au cas par cas et dépend des circonstances propres à chaque cas d'espèce, y compris la difficulté d'obtenir les renseignements additionnels pour l'examen et les caractéristiques de la mesure SPS"²⁰.

B - Evaluation substantielle des preuves scientifiques

A la limite entre évaluation formelle et substantielle des preuves scientifiques fournies, figure l'un des éléments essentiels de la jurisprudence des organes de règlement des différends de l'OMC qui est la prise en compte d'opinions scientifiques marginales. Le juge de l'OMC en effet a montré qu'il n'entendait pas s'en tenir aux "opinions scientifiques les plus représentatives" et qu'au contraire un Etat membre pouvait parfaitement fonder sa mesure sur une opinion marginale. C'est dans l'affaire *Hormones* que l'Organe d'appel a énoncé cette possibilité pour la première fois. S'agissant du risque redouté, l'Organe d'appel avait pourtant commencé par déclarer, dans l'affaire que "le risque évalué dans le cadre d'une évaluation des risques doit être un risque vérifiable; l'incertitude théorique n'est pas le genre de risque qui doit être évalué aux termes de l'accord SPS" ce qui semblait assez peu favorable à une mesure prise dans le cadre de l'incertitude scientifique. Mais s'agissant de l'évaluation des risques il a clairement affirmé que celle-ci n'a pas à se référer à une "conclusion monolithique avec un point de vue scientifique prépondérant qui représente le courant principal de l'avis scientifique" et qu'au contraire, des "gouvernements responsables et représentatifs peuvent agir en toute bonne foi à la lumière d'un point de vue scientifique divergent émanant d'experts scientifiques qualifiés et respectés"²¹.

Le rapport de l'Organe d'appel dans cette affaire est particulièrement riche d'enseignements puisqu'il revient sur l'emploi par le Groupe spécial du mot "probability". Dans la version anglaise de son rapport, le panel avait en effet employé ce terme comme synonyme de "potential". Or, l'Organe d'appel, recourant

20 *Japon - Mesures visant les produits agricoles*, Rapport de l'organe d'appel, 22 févr. 1999, WT/DS76/AB/R, § 93.

21 *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés*, WT/DS26/AB/R du 16 janvier 1998, § 186.

au dictionnaire, considère que le sens ordinaire de “*potentiel*” s’apparente à celui de “*possibilité*”, mais diffère du sens ordinaire de “*probabilité*”²². La “*probabilité*” suppose un degré plus élevé ou un seuil de potentialité ou de possibilité, impliquant “*une dimension quantitative*” de la notion de risque. Or, une telle appréhension du risque n’est pas admissible pour l’Organe d’appel²³. Celui-ci va critiquer le Groupe spécial pour avoir “*voulu exclure du champ de l’évaluation des risques au sens de l’article 5:1 toutes les questions qui ne se prêtaient pas à une analyse quantitative au moyen des méthodes de laboratoire empiriques ou expérimentales communément associées aux sciences physiques*”. Il estime que certains des éléments énumérés à l’article 5:2, “*ne se prêtent pas nécessairement ni entièrement à une investigation faisant appel à des méthodes de laboratoire comme celles qui sont utilisées, par exemple, en biochimie ou en pharmacologie*”. Pour enfin déclarer dans une formule désormais bien connue que “*le risque qui est vérifiable dans un laboratoire scientifique fonctionnant dans des conditions rigoureusement maîtrisées, mais aussi le risque pour les sociétés humaines telle qu’elles existent autrement dit, les effets négatifs qu’il pourrait effectivement y avoir sur la santé des personnes dans le monde réel où les gens vivent, travaillent et meurent*”²⁴ et surtout qu’ “*un groupe spécial chargé de déterminer, par exemple, s’il existe des “preuves scientifiques suffisantes” pour justifier le maintien par un Membre d’une mesure SPS peut, évidemment, et doit, garder à l’esprit que les gouvernements représentatifs et conscients de leurs responsabilités agissent en général avec prudence et précaution en ce qui concerne les risques de dommages irréversibles, voire mortels, pour la santé des personnes*”²⁵.

L’affaire *Hormones 2* permet à l’Organe d’appel d’aller encore un peu plus loin. Afin de déterminer à quel moment des renseignements scientifiques précédemment jugés suffisants devenaient insuffisants au sens de l’article 5:7, le Groupe spécial a dégagé un nouveau critère: celui de la “*masse critique*”. Il indique “*il doit y avoir une masse critique de nouvelles preuves et/ou de nouveaux*

22 *Ibid*, §184.

23 Dans le même sens: *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, rapport de l’Organe d’appel, WT/DS18/AB/R du 20 octobre 1998, §124.

24 *Ibid*, §187.

25 Sur cette question, voir Noiville (C.), *Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce – Le cas du commerce alimentaire*, JDI, 2000, p. 263-297.

*renseignements qui mettent en doute les préceptes fondamentaux découlant des connaissances et des preuves antérieures de telle sorte que les preuves pertinentes, auparavant suffisantes, sont maintenant insuffisantes*²⁶ pour conclure que cette “*masse critique*” n’est atteinte pour aucune des cinq hormones en cause²⁷. Le Groupe spécial avait préalablement affirmé que “*la science évolue continuellement*”²⁸ et que des preuves scientifiques ou des renseignements nouveaux pouvaient mettre en doute les preuves existantes. Il avait même ajouté, dans une formule des plus complexes, qu’ “*Il pourrait même y avoir des situations dans lesquelles les preuves qui étayaient une évaluation des risques sont mises en doute par de nouvelles études qui ne constituent pas des preuves scientifiques pertinentes suffisantes en tant que telles pour étayer une évaluation des risques, mais qui sont suffisantes pour rendre insuffisantes les preuves scientifiques existantes, auparavant pertinentes*”. Pour évaluer la validité du critère d’examen utilisé par le Groupe spécial, l’Organe d’appel va justement se pencher sur ces situations dans lesquelles la science évolue. Il va déclarer que l’on peut “*considérer le degré de changement comme un spectre. À une extrémité de ce spectre se trouvent les progrès scientifiques graduels. À l’autre extrémité se trouvent les changements scientifiques plus radicaux qui entraînent un changement de paradigme*” pour affirmer que limiter l’application de l’article 5:7 aux situations où les progrès technologiques entraînent un changement de paradigme constituerait une approche trop rigide. L’Organe d’appel remet en cause le critère d’examen déterminé par le Groupe spécial, ce critère imposant “*un seuil excessivement élevé en ce qui concerne les modifications des preuves scientifiques qui rendraient insuffisantes les preuves qui étaient auparavant suffisantes*”²⁹. Ce faisant, il injecte une dose de souplesse dans l’examen des renseignements scientifiques par l’Etat auteur de la mesure mais surtout il censure le Groupe spécial pour avoir tenté d’imposer sa vision de la vérité scientifique.

26 États-Unis – *Maintien de la suspension d’obligations dans le différend CE – Hormones*, Rapport du Groupe spécial WT/DS320, § 7.648.

27 *Ibid.*, § 7.834.

28 *Ibid.*, § 7.645.

29 États-Unis – *Maintien de la suspension d’obligations dans le différend CE – Hormones*, Rapport de l’Organe d’appel, WT/DS320/AB/R, §721.

Pour autant l'incertitude théorique, celle qui subsiste toujours "*puisque la science ne peut jamais offrir la certitude absolue qu'une substance donnée n'aura jamais d'effet négatif sur la santé (...) n'est pas le genre de risque qui doit être évalué aux termes de l'article 5:1*"³⁰. Dans l'affaire *Saumons*, l'Organe d'appel va affirmer clairement "*qu'il ne suffit pas (...) que l'évaluation des risques conclue à la possibilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de maladies et des conséquences biologiques et économiques en résultant*" Une bonne évaluation des risques doit évaluer la "probabilité" de l'entrée, de l'établissement ou de dissémination de maladies et des conséquences biologiques et économiques en résultant ainsi que la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de maladies "*en fonction des mesures SPS qui pourraient être appliquées*". Et il sera d'accord avec le Groupe spécial qui avait estimé que des "*déclarations générales et vagues*" évoquant une "*simple possibilité de survenue d'effets négatifs*" ne constituent ni une évaluation quantitative, ni une évaluation qualitative de probabilité³¹. De la même manière, dans l'affaire *Pommes*, la mesure japonaise n'a pas été jugée valide, les preuves scientifiques disponibles faisant ressortir "*qu'il est très improbable que les pommes constituent une filière permettant l'entrée, l'établissement et la dissémination du feu bactérien au Japon*" même si un "*léger risque de contamination ne peut pas être totalement exclu*"³². Dans l'affaire *Produits biotechnologiques*, les mesures de sauvegarde autrichiennes ont été jugées illégales justement parce que les études citées n'évoquaient pas la probabilité du risque encouru mais faisaient référence à "*des possibilités de risque ou simplement à l'impossibilité de déterminer des probabilités*"³³. Il en est allé de même à propos des études qui décrivaient le risque

30 *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés*, WT/DS26/AB/R du 16 janvier 1998, § 186.

31 *Australie, Mesures visant les importations de saumons*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS18, §129.

32 *Japon - Mesures visant l'importation de pommes*, rapport du Groupe spécial, WT/DS245/R, 15 juillet 2003, § 8.173.

33 *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291/R, WT/DS292/R et W/DS293/R, 29 septembre 2006, § 7.3079.

de résistance des insectes au maïs Bt, le Groupe spécial ayant estimé qu'aucune n'évaluait la *“probabilité de ces risques précis”*³⁴.

En fait, il semblerait que le juge de l'OMC se montre plus souple dans l'appréciation du caractère *“suffisant”* des éléments scientifiques avancé lorsque le risque envisagé est un risque à la santé humaine. Déjà, dans l'affaire *Hormones*, lorsque l'Organe d'appel avait affirmé la possibilité pour un Etat de fonder sa mesure sur une opinion scientifique non majoritaire il avait insisté sur le caractère particulièrement grave du risque invoqué, en ajoutant que c'est particulièrement le cas *“lorsque le risque en question peut être mortel et qu'il est perçu comme posant une menace évidente ou imminente pour la santé ou la sécurité publique”*³⁵.

Dans l'affaire *Amiante*, l'Organe d'appel a précisé que les données scientifiques n'avaient pas à être appréciées selon un système de *“prépondérance des preuves”* et qu'au contraire, un gouvernement pouvait légitimement se fonder, dans le cadre de sa politique de santé, sur des données minoritaires, pourvu qu'elles émanent de *“sources compétentes et respectées. Un Membre n'est pas tenu, dans l'élaboration d'une politique de santé, de suivre automatiquement ce qui, à un moment donné, peut constituer une opinion scientifique majoritaire”*³⁶. Ce point est très important puisqu'il révèle bien que la mission du Groupe spécial ne peut être de *“refaire”* l'évaluation scientifique ou de se prononcer sur une vérité scientifique, mais plutôt d'apprécier si les autorités prenant la mesure avaient devant elles des éléments scientifiques crédibles pour prendre leur décision. Mais il convient de relativiser la portée de cette jurisprudence, qui constituait un cas unique dans lequel le risque invoqué pour justifier une restriction commerciale était un risque non seulement avéré mais constituait, en plus, un risque létal. L'Organe d'appel pouvait parfaitement se permettre d'insister sur la relativité de la vérité scientifique puisqu'en l'occurrence tous les experts étaient d'accord pour affirmer que les fibres d'amiante chrysotile et les produits en contenant présentaient un risque cancérigène élevé. L'impor-

34 *Ibid.*, § 7. 3078.

35 *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés*, WT/DS26/AB/R du 16 janvier 1998, § 194.

36 *CE – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS135/AB/R, § 178.

tance du caractère létal du risque invoqué est souligné à plusieurs reprises par l'Organe d'appel qui indique notamment que *“l'objectif poursuivi par la mesure est la protection de la vie et de la santé des personnes au moyen de la suppression ou de la réduction des risques pour la santé bien connus et extrêmement graves que représentent les fibres d'amiante. La valeur poursuivie est à la fois vitale et importante au plus haut point”*³⁷.

De manière générale³⁸, le juge de l'Union a développé un niveau d'exigence similaire. Il suffit de mentionner l'arrêt *Artegodan* dans lequel le juge exige que la décision soit fondée sur des éléments *“solides et convaincants qui, sans résoudre l'incertitude scientifique, peuvent raisonnablement lever des doutes sur la sécurité du produit”*³⁹ ou encore les arrêts *Alpharma et Pfizer Animal Health SA* qui lui permettent d'affirmer *“le principe de précaution ne peut (...) être appliqué que dans des situations de risque, notamment pour la santé humaine, qui, sans être fondées sur de simples hypothèses scientifiquement non vérifiées, n'a pas encore pu être pleinement démontré”*⁴⁰. L'affaire *Commission contre Danemark* concernant l'adjonction de certaines substances nutritives aux denrées alimentaires illustre également la doctrine du juge de Luxembourg. Ne satisfait pas à cette exigence l'avis qui se borne à évoquer *“de manière vague ce risque général d'apport excessif, sans préciser les vitamines concernées, le degré de dépassement desdites limites ou les risques encourus en raison de tels dépassements”*⁴¹.

Finalement il semble que l'encadrement procédural de l'incertitude scientifique passe principalement par le contrôle du respect du principe de proportionnalité. Afin que l'action préventive satisfasse à la prohibition de l'arbitraire,

37 CE – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS135/AB/R, § 171.

38 Il peut en aller différemment lorsque la législation impose elle-même un peu plus de souplesse. Voir: la directive Habitats selon laquelle une mesure peut être adoptée lorsqu'il existe un doute raisonnable, c'est-à-dire lorsqu'il ne peut être exclu, sur la base d'éléments objectifs, que le projet affecte le site concerné de manière significative.

39 T-74/00, *Artegodan*, pt 192.

40 Conclusions l'Avocat général Geelhoed (L.A.), 7 septembre 2004, Affaire C-434/02, *Arnold André GmbH & Co. KG contre Landrat des Kreises Herford*; affaire C-210/03, *Swedish Match AB et Swedish Match AB UK Ltd contre Secretary of State for Health*, point 98.

41 CJCE, 23 septembre 2003, *Commission c/ Danemark*, aff. C-192/01, *op. cit.*, pts 55-57.

le principe de précaution commande la proportionnalité des mesures qui s'en revendiquent. Il s'agit alors de tenir compte de l'ensemble des éléments pertinents: gravité, caractère plus ou moins étayé du risque encouru, coûts que ces mesures comportent pour la société... Le principe de précaution ne saurait donc s'appliquer si la controverse scientifique n'a pas atteint un seuil minimal de consistance. Car même si l'absence de preuve n'est pas la preuve de l'absence, les risques hypothétiques reposant sur des intuitions purement spéculatives sans aucun fondement scientifique doivent être exclus du champ d'application du principe de précaution⁴².

42 En ce sens, notamment, de Sadeleer (N.), *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution: essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 176; L. Boisson de Chazournes, Le principe de précaution: nature, contenu et limite, in Leben, Charles/Verhoeven, Joe (dir.), *Le principe de précaution: aspects de droit international et communautaire*, Panthéon-Aspas, Paris, 2002, p. 81.

6. OS “JUÍZES” DO MERCOSUL E OS DIÁLOGOS EM SUAS DECISÕES

Dra. Liziane Paixão Silva Oliveira¹

Introdução

O artigo ora apresentado se propõe a analisar as decisões proferidas pelos tribunais *ad hoc* do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, com o fito de verificar se existe um diálogo entre juízes, ou apenas a importação de jurisprudências estrangeiras. Nesse sentido, o texto se propõe ainda a lançar um olhar sobre o direito aplicado no âmbito do sistema de solução de controvérsias do Mercosul e nas jurisprudências por eles referidas.

Consoante o disposto no artigo 34 do Protocolo de Olivos a resposta é cristalina

Os Tribunais arbitrais *ad hoc* e o Tribunal Permanente de Revisão decidirão a controvérsia com base no Tratado de Assunção, no Protocolo de Ouro Preto, nos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, nas Decisões do Conselho do Mercado Comum, nas Resoluções do Grupo Mercado Comum e Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul, bem como nos princípios e disposições de Direito Internacional aplicáveis à matéria.

Logo, ter-se ia que a legislação aplicável em caso de conflito seria o direito originário e derivado do Mercosul, bem como o Direito Internacional. Nesse contexto, pergunta-se como os Tribunais vêm fazendo uso do direito interna-

1 Doutora em Direito pela Université d’Aix-Marseille III. Professora do Programa de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes.

cional em suas decisões? Além do Direito Internacional, os árbitros têm empregado a jurisprudência proferida por outros órgãos jurisdicionais para fundamentar os laudos no Mercosul? Observa-se que o árbitro mercosuliano tem-se inspirado tanto no Direito Internacional Público (DIP) quanto nos acordos da Organização Mundial do Comércio (OMC), bem como em algumas decisões internacionais e europeias, para fundamentar seu posicionamento.

Referências ao direito internacional

O Protocolo de Olivos prevê que o Tribunal Arbitral *ad hoc* (TAHM), bem como o Tribunal Permanente de Revisão (TPR) decidirão as controvérsias com fulcro tanto no Direito do Mercosul, quanto nos princípios e disposições do direito internacional aplicáveis à matéria. Assim, ante a obrigação de solucionar os litígios – mesmo diante das lacunas ou da obscuridade das regras do Mercosul, os árbitros procuram apoiar-se nas disposições internacionais para legitimar suas decisões. Em algumas situações, tais referências pretendem auxiliar na interpretação do Direito do Mercosul; em outros casos, o “renvoir” ao direito internacional se propõe a introduzir no sistema jurídico do Mercosul alguns conceitos já consolidados na esfera internacional e ainda ausentes no âmbito regional.

Em 1999, o TAHM se manifestou pela primeira vez no julgamento da controvérsia iniciada pela Argentina quanto à aplicação de medidas restritivas ao comércio recíproco postas em prática pelo Brasil. Em suas decisões, os árbitros fizeram uso dos princípios da boa fé, da *pacta sunt servanda*, bem como das disposições da Convenção de Viena para interpretar as normas mercosulianas em questão.² Após expor alguns conceitos trazidos do Direito Internacional, os

2 MERCOSUL. TAHM. **Laudo do Tribunal Arbitral Ad Hoc do MERCOSUL, constituído para entender na controvérsia apresentada pela República Argentina a República Federativa do Brasil para decidir sobre “Comunicados Nº 37 de 17 de dezembro de 1997 e Nº 7 de 20 de fevereiro de 1998 do Departamento de Operações de Comércio Exterior (DECEX) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX): aplicação de medidas restritivas ao comércio recíproco”**. Parágrafos 56-63. Disponível em: <http://www.mercosur.int/show?contentid=440&channel=secretaria>. Acesso em: 10 set. 2014.

árbitros afirmaram que “[...] os conceitos expostos aplicam-se sem violência ao TA e demais normas que configuram o sistema de integração do MERCOSUL”³.

Posteriormente, quando por ocasião da decisão do TAHM referente ao caso Argentina – subsídios à exportação de carne de porco do Brasil - os árbitros confirmaram que a “[...] aplicabilidade das normas e fins do Tratado de Assunção deve realizar-se, ademais, a partir de uma óptica integradora com as normas e princípios que regulam o direito internacional”⁴. De forma geral, nota-se que o árbitro do Mercosul tem-se apoiado em princípios de Direito Internacional. Mais recentemente, em 2006, o TAHM, confirmando as decisões anteriores, lembrou que face à inexistência de um acordo entre as partes para que o Tribunal pudesse decidir *ex aequo et bono* este deveria aplicar o prescrito no artigo 34 do Protocolo de Olivos, ou seja, a decisão deve ser com fulcro “[...] nos documentos firmados no marco do Mercosul, e nos regulamentos e anexos que integram tratados, protocolos, acordos, decisões, resoluções e diretrizes [...]”, cuja interpretação será procedida “[...]contra o pano de fundo dos princípios e disposições do Direito Internacional”⁵.

A partir da leitura dos laudos dos tribunais do Mercosul, conclui-se que os árbitros recorrem com periodicidade ao Direito Internacional para fundamentar suas decisões. Em uma análise acerca dos julgados da OMC, Hélène Ruiz Fabri verificou que os juízes da Organização rejeitaram a “isolamento clínica” do direito da OMC. Para Fabri duas razões norteiam essa rejeição, sendo que a primeira delas é que, frente à complexidade das contendas, o juiz procurar guiar-se por referências externas ao direito da OMC; a segunda razão é que o

3 Ibidem. Para. 64.

4 MERCOSUL. TAHM, **Laudo do Tribunal Arbitral Ad Hoc do MERCOSUL com competência para decidir a respeito da reclamação da República Argentina à República Federativa do Brasil, sobre subsídios à produção e à exportação de carne de porco**. Parágrafo 56. Disponível em: <http://www.mercosur.int/show?contentid=440&channel=secretaria>. Acesso em: 10 set. 2014.

5 MERCOSUL. TAHM, **Laudo do Tribunal ad hoc do Mercosul, constituído com competência para decidir a respeito da controvérsia apresentada pela República Oriental do Uruguai à República Argentina sobre “proibição de importação de pneumáticos remodelados**. Parágrafos 49-50. Disponível em: <http://www.mercosur.int/show?contentid=440&channel=secretaria>. Acesso em: 10 set. 2014.

direito da OMC é um “*système mosaïque*”, ou seja, ele é formado tanto por regras próprias quanto por regras emprestadas de outros sistemas.

Essa rejeição pelo isolamento clínico é também observada nos laudos do Mercosul, posto que são permeados por referências a outros direitos, outras interpretações. Logo, observa-se que os árbitros exprimem o interesse em alinhar a interpretação do Direito Mercosuliano ao Direito Internacional.

A referência a outros Julgados

No Mercosul, as sentenças arbitrais emitidas tanto pelos tribunais *ad hoc*, quanto pelo Tribunal Permanente mencionam as decisões da Corte Internacional de Justiça, do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, da Corte de Justiça da União Europeia, bem como de outras decisões. Os árbitros e “juízes” mercosulianos importam tais decisões para confirmar ou justificar o seu posicionamento. A referência à jurisprudência internacional estimula um processo de abertura da interpretação do Direito Mercosuliano. Infelizmente, não se pode falar em um “diálogo entre juízes”, entre o “juiz” do Mercosul e os demais juízes, posto que as decisões mercosulianas referem-se às demais jurisprudências, entretanto não são consideradas nos julgamentos emitidos pelas demais Cortes.

Para Laurence Burgorgue-Larsen, “dialogue des juges” é um intercâmbio de opiniões coincidentes ou dissidentes, um debate entre duas ou mais pessoas⁶. Todavia, a autora esclarece que nos casos em que inexiste diálogo e apenas as jurisprudências de um tribunal são citadas por outro tribunal, é melhor denominar essa prática de importação de jurisprudência do que de diálogo entre juízes. Com fulcro na diferenciação explicitada por Laurence Burgorgue-Larsen, será realizada a análise das decisões proferidas pelos tribunais do Mercosul para verificar se existe um diálogo entre juízes ou somente a importação de jurisprudência.

Em geral a “jurisprudência” do Mercosul inspira-se nas decisões proferidas por tribunais internacionais, e isso permite uma evolução na suas interpreta-

6 BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De l'internationalisation du dialogue des juges. In: Le dialogue des juges. *Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*. Paris: Dalloz, 2009. p. 97; 123.

ções e inibe o isolamento desse juiz da evolução do Direito Intenacional, regional, nacional.⁷

Dadas referências são encontradas por exemplo na decisão proferida pelo TAHM no caso Brasil c. Argentina – Medidas de salvaguarda sobre produtos têxteis. Nessa decisão, os árbitros recorreram à jurisprudências de outras jurisdições internacionais para definir o que seria uma controvérsia. Na contenda em questão, a Argentina alegava que inexistia controvérsia. Para fazer face a essa afirmação,

[...] o Tribunal vê-se obrigado a procurar uma definição de ‘controvérsia’ fora do marco regulador expresso do MERCOSUL, porém dentro do contexto geral dos princípios e disposições aplicáveis do direito internacional que podem ser aplicados a toda controvérsia surgida no âmbito do MERCOSUL.⁸

Para determinar as condições em que existe controvérsia, o Tribunal embasou-se na definição de ‘controvérsia’ fixada na jurisprudência da Corte Permanente Internacional de Justiça, da Corte Internacional de Justiça, com fulcro na posição das cortes internacionais, os “juízes” do Mercosul averbaram que existe “[...] uma controvérsia neste caso, conforme definida pela jurisprudência internacional”. Logo, observa-se o recurso às decisões internacionais para a interpretação do Direito do Cone Sul.

Outro exemplo de referência a uma decisão externa para embasar uma decisão é encontrado na sentença recursal emitida pelo TPR no julgamento do recurso de revisão no caso dos pneus entre Argentina e Uruguay. Nesse caso o

7 DELMAS-MARTY, Mireille. Du dialogue à la montée en puissance des juges. In: Le dialogue des juges. **Mélanges en l’honneur du président Bruno Genevois**. Paris: Dalloz, 2009. p. 306
Sur le dialogue des juges voir également, CANIVET, G. Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales: éloge de la bénévole des juges, *RSC*, 2005, p. 799.

8 MERCOSUL. TAHM. **Laudo do Tribunal Arbitral Ad Hoc do MERCOSUL, constituído para entender na controvérsia apresentada pela República Federativa do Brasil à República Argentina para decidir sobre “Aplicação de medidas de salvaguarda sobre produtos têxteis (RES. 861/99) do Ministério de Economia e Obras e Serviços Públicos”**. (1999) Disponível em: <http://www.mercosur.int/show?contentid=440&channel=secretaria>. Acesso em: 10 set. 2014.

TPR inspirou-se na decisão da CJCE no caso Comissão das Comunidades Europeias c. República da Áustria (Assunto C-320/03) para estabelecer os critérios de averiguação da exceção general no Mercosul⁹. Os juízes do Tribunal Permanente optaram em importar critérios já propostos pelos juízes do *Plateau de Kirchberg* a elaborar novos critérios. É possível dizer que essa tendência em observar o que está sendo fixado por outros tribunais para fundamentar sua decisão pauta-se na “*nécessité de donner du poids à une jurisprudence balbutiante en la recouvrant d’une autorité incontestée car historique*”.¹⁰

Além do diálogo horizontal entre juízes de cortes internacionais e regionais, abordado anteriormente, é possível questionar-se acerca da existência de um diálogo vertical entre os juízes do Mercosul e os nacionais. Ou seja, cabe verificar se os juízes nacionais fazem uso das decisões dos tribunais do Mercosul e se esses citam decisões nacionais. O estudo dos laudos, até então proferidos pelo TAHM e TPR, remete à conclusão de que os juízes nacionais têm feito alusão às decisões do Mercosul, todavia os árbitros regionais não recorreram às jurisprudências nacionais para decidir. A articulação entre os espaços normativos regional e nacional é ainda principiante; nota-se a utilização crescente de normas interpretadas pelo TAHM e pelo TPR no âmbito dos tribunais nacionais, mas o inverso ainda não é aplicado. Assim, mesmo num cenário vertical, inexistente diálogo nos termos da definição de anteriormente apresentada de Laurence Burgogue-Larsen.

Em suma, o processo de influência de um juiz sobre o outro depende unicamente da vontade destes.¹¹ Os árbitros do Mercosul têm buscado se espe-

9 MERCOSUL. TPR. **Laudo do Tribunal Permanente de Revisão constituído para entender no Recurso de Revisão apresentado pela República Oriental do Uruguai contra o Laudo Arbitral do Tribunal Arbitral Ad Hoc de data 25 de Outubro de 2005 na Controvérsia “Proibição de Importação de Pneumáticos Remodelados Procedentes do Uruguai”**. Parágrafo 5. Disponível em: <http://www.mercosur.int/show?contentid=440&channel=secretaria>. Acesso em: 10 set. 2014.

10 BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De l’internationalisation du dialogue des juges. In: *Le dialogue des juges. Mélanges en l’honneur du président Bruno Genevois*. Paris: Dalloz, 2009. p. 124

11 VARELLA, Marcelo D.; FREITAS FILHO, Roberto. L’organisation mondiale du commerce: un révélateur des divergences internes aux pays en développement. *Revue internationale de droit économique*, 2008/4 t. XXII, 4, p. 487-507.

lhar nas jurisprudências da OMC, da CJUE, da CIJ, sem, contudo, realizar um diálogo com os mesmos, esse processo ainda está na fase de importação de jurisprudências.

Considerações finais

A análise das decisões proferidas pelo Tribunal *Ad Hoc* do Mercosul e pelo Tribunal Permanente de Revisão permitiu concluir que inexistente um real diálogo entre juízes no seio do sistema regional. Ao se observarem as decisões proferidas pelos tribunais do Mercosul, constata-se que existe um emprego por parte destes de jurisprudências internacionais e europeias, sendo os princípios do Direito Internacional considerados prioritários, enquanto que os advindos de outros sistemas colocados como paradigmas. Essa técnica amplia o campo de interpretação e de análise dos árbitros mercosulianos. Contudo, seguindo as explicações de Laurence Burgorgue-Larsen, é preferível denominar que no contexto do Mercosul existe atualmente uma importação de jurisprudência e não propriamente um diálogo entre juízes.

Referências

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De l'internationalisation du dialogue des juges. In: Le dialogue des juges. *Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*. Paris: Dalloz, 2009.

DELMAS-MARTY, Mireille. Du dialogue à la montée en puissance des juges. In: Le dialogue des juges. *Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*. Paris: Dalloz, 2009. p. 306 Sur le dialogue des juges voir également, CANIVET, G. Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales: éloge de la bénévole des juges, RSC, 2005.

MERCOSUL. TAHM. *Laudo do Tribunal Arbitral Ad Hoc do MERCOSUL, constituído para entender na controvérsia apresentada pela República Argentina a República Federativa do Brasil para decidir sobre “Comunicados N° 37 de 17 de dezembro de 1997 e N° 7 de 20 de fevereiro de 1998 do Departamento de Operações de Comércio Exterior (DECEX) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX): aplicação de medidas restritivas ao*

comércio recíproco”. Disponível em: <http://www.mercosur.int/show?contentid=440&channel=secretaria>. Acesso em: 10 set. 2014.

MERCOSUL. TAHM, *Sentence arbitrale du 27 septembre 1999 en l'affaire relative aux subventions à la production et à l'exportation de viande de porc, Argentina c. Brésil*.

MERCOSUL. TAHM, *Laudo do Tribunal ad hoc do Mercosul, constituído com competência para decidir a respeito da controvérsia apresentada pela República Oriental do Uruguai à República Argentina sobre “proibição de importação de pneumáticos remodelados*. Disponível em: <http://www.mercosur.int/show?contentid=440&channel=secretaria>. Acesso em: 10 set. 2014.

MERCOSUL. TAHM. *Laudo do Tribunal Arbitral Ad Hoc do MERCOSUL, constituído para entender na controvérsia apresentada pela República Federativa do Brasil à República Argentina para decidir sobre “Aplicação de medidas de salvaguarda sobre produtos têxteis (RES. 861/99) do Ministério de Economia e Obras e Serviços Públicos”*. Disponível em: <http://www.mercosur.int/show?contentid=440&channel=secretaria>. Acesso em: 10 set. 2014.

MERCOSUL. TPR. *Laudo do Tribunal Permanente de Revisão constituído para entender no Recurso de Revisão apresentado pela República Oriental do Uruguai contra o Laudo Arbitral do Tribunal Arbitral Ad Hoc de data 25 de Outubro de 2005 na Controvérsia “Proibição de Importação de Pneumáticos Remodelados Procedentes do Uruguai”*. Disponível em: <http://www.mercosur.int/show?contentid=440&channel=secretaria>. Acesso em: 10 set. 2014.

VARELLA, Marcelo D.; FREITAS FILHO, Roberto. L'organisation mondiale du commerce: un révélateur des divergences internes aux pays en développement. *Revue internationale de droit économique*, 2008/4 t. XXII, 4, p. 487-507.

7. A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM CAMADAS: TENSÕES ENTRE OS NÍVEIS NACIONAL, REGIONAL E INTERNACIONAL

Dr. Marcelo D. Varella¹

A proteção jurídica dos direitos humanos se realiza pelo conjunto de normas e jurisprudências nacionais, regionais e internacionais. O conjunto estatal de proteção é reforçado por diferentes iniciativas privadas, nacionais ou transnacionais, que por vezes complementam, por vezes agem de forma independente ou mesmo contra a atuação estatal ou interestatal. Essa miríade de normas e interpretações resulta na construção de direitos humanos em múltiplas camadas e possibilita amplo leque de opções aos operadores jurídicos para a proteção dos direitos humanos, o que alguns autores denominam de direitos humanos *a la carte*.

A disciplina “Direitos humanos” pode ser definida como o conjunto de princípios e regras fundados no reconhecimento da dignidade inerente a todos os seres humanos e que busca assegurar o seu respeito universal e efetivo. Trata-se de um dos ramos do direito cunhado pela Corte Internacional de Justiça como Proteção internacional da pessoa humana, que compreende, por sua vez, também o direito humanitário e o direito dos refugiados. O direito humanitário seria aquele aplicado a conflitos armados nacionais ou internacionais. O direito dos refugiados refere-se a proteção das pessoas que encontram-se fora do seu país, em virtude de perseguições, guerras ou desastres.

O cenário se torna complexo por que em muitos casos, normas genéricas dão suporte a decisões jurisprudenciais incompatíveis entre si. Há um processo de intensificação, multiplicação ou inflação normativa em direitos humanos, tanto no plano normativo, como entre os mecanismos de controle. A hierarquia

1 Professor Uniceub.

normativa e os efeitos desses novos instrumentos se alteram em praticamente todo o mundo, desafiando inclusive a teoria das fontes do direito internacional. O resultado é a formação de camadas de normas e decisões que ora se reforçam, ora se contradizem, no nível nacional, regional, transnacional e internacional, público e privado.

Para tratar desse tema, é importante em um primeiro momento apresentar o processo de multiplicação de normas de direitos humanos, a densificação da jurisprudência internacional para, em seguida, discutir como esse processo contribui para a criação do emaranhado jurídico que se torna disponível aos operadores do direito.

A multiplicação de normas em matéria de direitos humanos ocorre sobretudo a partir de 1990. É certo afirmar que um primeiro conjunto normativo nasce a partir da revolução francesa, sobretudo no tocante aos direitos civis e políticos. A partir da segunda guerra mundial, com a criação da ONU, há um novo impulso na produção normativa internacional, a exemplo de grandes tratados. Com o avanço do processo de interdependência estatal e a globalização econômica, nos anos 90, há a multiplicação dos tratados universais e a densificação de um direito privado transnacional.

No plano normativo nacional, os Estados formulam suas próprias normas. Praticamente todas as Constituições trazem princípios gerais para a proteção dos direitos fundamentais. Certos textos constitucionais, como o brasileiro, dispõem inclusive de direitos específicos, detalhados, ao longo de diferentes artigos, mas sobretudo no artigo 5º da Constituição. Normas legais e infralegais criam princípios e regras específicas, que consolidam a proteção dos direitos humanos individuais e coletivos.

Em vários Estados, há a criação de mecanismos de internalização de tratados de direitos humanos. Há ainda o processo de alteração do valor normativo dos tratados, variando entre normas de mesma hierarquia que leis (colocar exemplos), normas supralegais e infraconstitucionais, normas com valor constitucional (Brasil, ou em de forma menos exigente, na Argentina) e mesmo normas supraconstitucionais.

O Brasil é exemplo. Até recentemente, os tratados de direitos humanos eram equiparados a qualquer outro tratado. O tema foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal. De um lado, diferentes autores consideram que os tratados de direitos humanos seriam materialmente constitucionais, por força do art. 5º, § 2º e, portanto, qualquer tratado de direitos humanos teria automaticamente valor constitucional. Certos autores defendiam inclusive que os tratados não ratificados pelo Brasil teriam tal status. O artigo indica que a lista dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos não é exaustiva, não exclui outros. A interpretação é que todos os demais direitos previstos em tratados também seriam constitucionais. O tema gerou polêmica até a aprovação da Emenda Constitucional No. 45, de 2004 saneou a questão ao prever que os tratados de direitos humanos apenas têm força de norma constitucional quando aprovados em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros do Congresso Nacional.

No plano regional, há conjuntos de tratados construídos nos sistemas regionais de integração ou nas organizações regionais. Assim, a Organização dos Estados Americanos, a União Europeia, a Europa como um todo e, de forma mais tímida, a Ásia e África possuem diferentes normas para proteção dos direitos humanos. Nas Américas, destaca-se a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ratificada pela maioria dos Estados. Na Europa, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e seus protocolos, além de várias outras. Tais convenções são, na maior parte dos casos, tratados com conteúdos genéricos, que podem ser interpretados e consolidados de forma ampla. O Protocolo 1 dispõe sobre direitos que não precisam ser plenamente aceitos, como propriedade, educação e eleições. O Protocolo 4 sobre a prisão civil, liberdade de ir e vir e expulsão. O protocolo 6 sobre restrições à pena de morte. O Protocolo 12 sobre discriminação. O Protocolo 13 sobre a completa abolição da pena de morte. Há ainda vários protocolos procedimentais.

Como se notará, a maior parte dos tratados é recente, o que mostra a expansão de normas sobretudo a partir de 1990, com o aumento do processo de globalização e a expansão da democracia em todo mundo.

8. O DIREITO E O DIÁLOGO NO BRASIL: PALAVRAS DE CETICISMO E DE ESPERANÇA

Dr. José Rodrigo Rodriguez¹

O modelo judicial brasileiro parece ter sido construído para colocar em primeiro plano o *ethos* do juiz individual e seus argumentos de autoridade; também os argumentos de autoridade das Cortes superiores.

Chamo de modelo judicial brasileiro o arranjo institucional do Poder Judiciário em relação aos demais poderes, acompanhado das ideologias que servem para operá-lo e justificá-lo perante a esfera pública, inclusive o modelo de racionalidade jurisdicional que orienta a solução de casos concretos.

Todos os Tribunais superiores brasileiros, do STF aos tribunais estaduais, decidem por maioria de votos e permitem que os juízes individuais votem individualmente, sem que haja ao final a elaboração de um voto da corte que organize os argumentos vencedores em um texto único coerente.

A inexistência dessas razões de decidir dos Tribunais compreendidos como instituições e a existência apenas de razões de decidir dos juízes individuais faz com que a construção de padrões de julgamento no Brasil não se faça por meio de argumentos.

Os julgamentos por maioria colocam em primeiro plano seu resultado, abstraindo do julgado as razões de decidir de cada juiz. Tal procedimento despersonaliza o julgamento, mas, ao mesmo tempo, põe a argumentação dogmática em segundo plano.

Por isso mesmo, construímos padrões de julgamento por meio de Súmulas e Enunciados que são proposições que enunciam o resultado de julgamentos paradigmáticos e não incluem as razões de decidir.

1 Professor da UNISINOS/Cebrap.

Fácil é perceber que não existe no Brasil um tecido argumentativo organizado pelas Cortes superiores capaz de constranger os juristas em raciocínios voltados para a ação profissional e para a reflexão doutrinária sobre o direito positivo.

Um julgamento do Supremo Tribunal Federal é capaz de estabelecer um resultado padronizado para todo o Brasil, mas deixa completamente aberto o debate sobre as razões de decidir.

Por isso mesmo, nossos Tribunais são capazes de produzir decisões cuja votação é unânime, mas são fundamentados em argumentos os mais diferentes, até mesmo argumentos contraditórios e incoerentes entre si.

Na verdade, a coerência não importa. Ninguém irá tentar articulá-los de forma racional, muito menos a Corte que a proferiu, exceto talvez algum estudioso interessado na racionalidade judicial ou a representante da esfera pública não especializada como jornalistas.

Em suma, o modelo judicial brasileiro permite que argumentos incoerentes e contraditórios apareçam nos julgamentos uns ao lado dos outros como em um mosaico multicolorido em que os fragmentos de pedra se aproximam, mas não se comunicam internamente.

Basta que se examine as características físicas de um julgado de um tribunal superior, especialmente um caso controverso, para se perceber tal fato com clareza. O documento que contém o julgado costuma ser formado por partes juntadas umas às outras na sequência dos atos que foram praticados no processo, deixando claro que ele serve para registrar tais atos e não foi pensando como um documento coerente.

Um julgado do STF por exemplo é composto de um relatório e dos votos dos juízes, muitas vezes entremeados por debates orais e pedidos de vista, muitas vezes digitados com tipologia e espaçamento diferentes uns dos outros.

O texto do julgado não é um documento autônomo em relação ao processo e à presença física dos juízes. Os votos e manifestações orais permanecem individualizados nos autos, assinados e marcados pela singularidade de cada juiz individual.

A transmissão pela TV acrescentou mais ingredientes ao modelo jurisdicional brasileiro, aprofundando algumas de suas características personalistas. Os juízes do STF hoje concedem entrevistas a redes de TV nacional e se acostumaram a contar com câmeras presentes em grande parte de seus atos, julgamentos e reuniões administrativas.

É um tema a ser pesquisado a eventual influência do televisionamento sobre o modo de julgar dos Ministros do STF. Alguns têm claramente procurado tornar seus votos compreensíveis ao público em geral, alternando momentos técnicos com explicações mais simples.

Claramente há juízes que se sentem mais ou menos à vontade diante das câmeras, mas seja como for, todos eles, mesmo contra sua vontade, eles são hoje personas públicas e têm sua imagem consumida, muitas vezes ao vivo e em rede nacional, pela esfera pública não especializada.

Estas características institucionais do modelo jurídico brasileiro relacionam-se diretamente com o tipo de argumento prevalente em nossos julgados: o argumento de autoridade.

Em uma série de pesquisas realizadas sob minha coordenação, que examinaram mais de 2 mil acórdãos proferidos por Cortes estaduais e federais, inclusive o STF, ficou claro, por exemplo, que a utilização de citações doutrinárias e de casos julgados segue o padrão do argumento de autoridade.

A doutrina, ao invés de ser utilizada pelos juízes como elemento reflexivo destinado a ajudar a sistematizar o direito, aparece, via de regra, sob a forma de uma profusão de citações justapostas de autores diversos sem a elaboração de um texto que mostre porque esses diversos pedaços de pensamento foram postos um ao lado do outro.

A função destes conglomerados de citações é dar conta da suposta “opinião das autoridades”, as quais são selecionadas sempre em harmonia com a tese defendida pelo autor do voto e nunca como representativas do pensamento supostamente hegemônico entre os juristas brasileiros.

Outros julgados são utilizados nos votos da mesma forma, apenas com o objetivo de reforçar sua tese central, sem qualquer preocupação com a identificação da tese dominante neste ou naquele tribunal, simplesmente justapostos, sem qualquer hierarquia, em uma enumeração aleatória.

Tal primazia estrutural e ideológica do argumento de autoridade no direito brasileiro a par da valorização do *ethos* individual dos juízes obriga-me a manter uma posição cética quanto à possibilidade de haver um diálogo efetivo entre juízes em nosso país.

Diante do resultado de minhas pesquisas, que reuni no livro “Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)” (ed. FGV, 2013), sou obrigado a formular a hipótese de que qualquer diálogo entre juízes no Brasil

será traduzido necessariamente para a racionalidade de nosso direito, ou seja, será transformado em argumento de autoridade.

Doutrina, julgados, legislação, decisões estrangeiras, citações de filósofos e de letras de música: praticamente qualquer material pode se transformar em argumento de autoridade quando utilizado de acordo com a racionalidade do direito brasileiro.

Nesse sentido, pode ser que a menção no Brasil a decisões de outros países seja transformada em mera erudição, ao lado de outras opiniões de “doutos”, e não como uma maneira de testar argumentos e identificar semelhanças e diferenças entre casos julgados em realidades diversas.

Juízes individuais podem até se esforçar para realizar estes objetivos, mas não será desta forma que o referido diálogo irá aparecer no resultado final do julgado.

É importante ressaltar que eu não considero essa característica do direito brasileiro um defeito de nosso direito em relação do ao direito de outros países. Tampouco algo que se deva naturalizar.

Podemos sim advogar por transformações em nossas instituições; podemos criticar sua falta de transparência e sua alta dependência da pessoa dos juízes.

No entanto, tais reivindicações devem passar por uma compreensão mais precisa de nossa realidade institucional sem que transformemos toda a nossa formação social em uma suposta patologia quando comparada com outros desenhos institucionais.

Por exemplo, é preciso reconhecer o mecanismo da votação por maioria e das Súmulas que abstrai dos julgados suas razões, é capaz de aliviar as Cortes do peso político de determinados argumentos potencialmente polêmicos.

Por exemplo, o STF foi capaz de decidir sobre cotas para negros e negras no Brasil sem assumir nenhum argumento como determinante para a sua decisão, o que facilita sua aceitação pela esfera pública, também sua eventual reforma em algum momento do futuro.

Como não há uma teia argumentativa cerrada com a qual se tenha que lidar para inovar a jurisprudência, basta que mudem os juízes do STF para que suas decisões possam também mudar. Assim fica claro que nossas cortes têm ampla liberdade para adaptar sua posição a eventuais mudanças sociais significativas.

Ao contrário do que se costuma dizer, nosso direito é mais parecido com a *Common Law* do que se costuma admitir, pois nunca praticamos aqui um pensamento sistemático ao lidar com nossas fontes de direito. Mas também não

recorremos às razões de decidir de casos paradigmáticos para formar padrões de julgamento. Nosso modelo é peculiar, nem *Common Law*, nem *Civil Law*.

A ideia de sistema nunca deixou o estado de mero projeto em nosso país, ao contrário do que parece afirmar nossa doutrina e nossa teoria, que se construíram em grande parte contra a realidade de nosso direito.

Na verdade, estão por serem inventadas boas metodologias científicas para descrever e criticar o direito brasileiro. Um eventual interessado ou interessada em refletir sobre nosso direito positivo poderá aproveitar muito pouco das publicações dos últimos dois séculos sobre o direito brasileiro.

Pois a teoria e a doutrina praticadas aqui tradicionalmente, de clara inspiração europeia, sempre dialogou muito pouco com as decisões judiciais e mesmo com o direito positivado nas leis.

Tais formas de pensar assumiram aqui mais uma função crítica e de valorização do *ethos* de seus autores do que uma função prática, destinada a orientar a atuação de nossos profissionais de direito.

Especialmente no campo do direito privado, muitos doutrinadores e doutrinadoras clássicos, como Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira, sempre fizeram pouca questão de citar e analisar o material jurídico positivo nacional.

Em geral, eles quase sempre ignoram a legislação e os casos julgados, preferindo apresentar a seus leitores e leitoras as construções conceituais da pandectística europeia em sua suposta perfeição abstrata.

Quando o direito positivo é mencionado, tais autores e autoras servem-se dele apenas para evidenciar seu suposto descompasso com a melhor tradição europeia.

Ao agirem assim, doutrinadores e doutrinadoras afirmam sua autoridade pessoal sobre o saber jurídico contra a realidade dos fatos, criticando as supostas imperfeições do direito nacional.

Além disso, eles e elas foram capazes de valorizar sua prática intelectual e profissional contra a realidade de nosso direito.

Vários deles ocuparam ao mesmo tempo o posto de professores, advogados e juizes, o que significa que provavelmente agiram na prática conforme o padrão de racionalidade que criticavam agressivamente em sua cátedra.

Afinal, quanto mais imperfeita e defeituosa for nossa prática jurídica, mais valioso e crucial se tornará o saber de grandes juristas, eu estaria destinado a redimir as nossas supostas mazelas. Desde que tais mazelas permaneçam intactas.

O sucesso da doutrina e da teoria do direito no Brasil depende do fato de que ambas se mantenham rigorosamente separadas da prática de nosso direito, ou seja da realidade do direito positivo.

Esta maneira de organizar os saberes sobre o direito no Brasil, para o qual contribui a separação da Sociologia do Direito do pensamento dogmático, cria um fosso intransponível entre doutrina, teoria e prática jurídica.

Um fosso que se torna cada vez mais fundo diante do insucesso da doutrina em sistematizar e refletir sobre nosso direito; insucesso este que funciona como contraprova de sua excelência na condição de instância crítica de nosso direito positivo.

Um teórico ou doutrinador que pretenda pensar sistematicamente o direito positivo brasileiro assume imediatamente um papel normativo eminentemente utópico. A doutrina assim concebida propõe um ideal de direito e de estudo do direito que tem pouco a ver com a realidade de nossa prática e de nossa teoria.

Sustento, portanto, que a doutrina e a teoria do direito brasileiras nunca se pensaram ou funcionaram de fato como instrumento de reflexão sobre a racionalidade de nosso direito, ou seja, como meio para propor modelos teóricos capazes de organizar o material jurídico positivado pelo Legislativo e pela prática de advogados e juízes em casos concretos.

Teoria e doutrina no Brasil sempre foram, em primeiro plano, um instrumento de afirmação da autoridade de doutrinadores e doutrinadoras, os quais muitas vezes acumularam cargos de juízes, promotores ou advogados de prestígio.

Para estes profissionais o saber “científico” sobre o direito e os títulos acadêmicos são eminentemente sinal de prestígio no mercado profissional. A tarefa acadêmica e científica, portanto, não aparece para boa parte deles e delas como uma tarefa motivada pelo interesse de refletir desinteressadamente sobre a racionalidade do direito brasileiro.

Apenas muito recentemente trabalhos acadêmicos e livros voltados para concursos públicos têm prestado atenção em nosso direito positivo, seja com o objetivo de refletir desinteressadamente sobre ele, seja para informar os postulantes a cargos públicos sobre a opinião de nossos tribunais e o conteúdo de nossos diplomas normativos.

Eu atribuo esta novidade à crescente exposição que o direito brasileiro e os juristas têm sofrido à esfera pública nacional, além da necessidade de se prati-

car critérios impessoais na seleção de profissionais para cargos públicos, cuja obrigatoriedade se estabeleceu definitivamente com a Constituição de 1988.

Estes dois fatores podem contribuir para transformar nosso modelo jurídico par ampliar seu quociente de racionalidade sistemática.

A exposição de nosso direito à análise do cidadão não especializado, de um lado, pode contribuir para que adotemos padrões decisórios fundamentados em argumentos racionais, desde que tais cidadãos passem a questionar a coerência dos argumentos de nossas Cortes e não se contentem em aceitar suas decisões em função de seu poder simbólico.

De outra parte, a necessidade de selecionar servidores públicos por meio de concursos pode contribuir para despersonalizar nosso direito e conferir à argumentação jurídica um caráter mais racional. Afinal, tais concursos deveriam selecionar os candidatos e candidatas com base em conhecimentos objetivos e não em características pessoais.

Da mesma forma, para retomar o tema deste encontro, pode ser que a existência de diálogos entre juízes possa contribuir para esta mesma transformação. E aqui uma palavra de esperança.

A exposição da teoria e da prática de nosso direito a realidade diversa pode ajudar a desarmar as estruturas do argumento de autoridade que praticamos por aqui.

Mas com efeito, não me parece que a prevalência de argumentos de autoridade seja algo de peculiar ao direito brasileiro.

Vários estudiosos já mostraram, como Sérgio Buarque de Holanda, que o Brasil é marcado por padrões de sociabilidade familiar que podem frustrar a plena realização de nosso estado de direito.

Compreendo estado de direito, fique claro, como uma forma institucional a qual atua com fundamento em padrões decisórios que precisam ser justificados e aceitos racionalmente pelos cidadãos e cidadãs.

A prevalência de marcas de autoridade pessoal ou distinções grupais de caráter racial, religioso ou tradicional também contribuem e contribuíram para minar a efetividade do estado de direito em outros países.

Por exemplo a Alemanha do começo do século XX, objeto de análise de Franz Neumann, autor a quem dediquei meu doutorado.

Assim, uma boa compreensão das características de nosso direito deve incluir um acerto de contas com as características mais gerais de nossa sociabilidade e a comparação com a realidade de outros países.

Nesse sentido, a mera possibilidade de diálogo com outras realidades será sempre muito produtiva. Pois certamente o Brasil não é o único lugar do mundo em que o projeto de estado de direito esteve e está em questão até os dias de hoje, ameaçado por distinções sociais injustas de toda sorte que procuram determinar o conteúdo direito positivo.

Para lembrar a célebre frase de Jean-Jacques Rousseau em *O Contrato Social*:

Quando eu digo que o objeto das leis é sempre universal, entendo que a lei considera os súditos como coletividade e suas ações como abstratas e que nunca entende uma pessoa como indivíduo particular ou leva em consideração uma ação individual. Assim, a lei pode muito nem estatuir e existência de privilégios, mas nunca pode conceder um privilégio nomeadamente a uma pessoa... em uma palavra: toda afirmação que se refere a um objeto individual não pertence do poder legislativo.

9. A ANULAÇÃO JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO DE CRIAÇÃO DE UNIDADE DE CONSERVAÇÃO: DIAGNÓSTICO E PERSPECTIVAS

Dra. Márcia Dieguez Leuzinger¹

Decisões do poder judiciário em ações visando a anulação de decretos de criação de unidades de conservação

A criação de áreas protegidas, dentre as quais se inserem as unidades de conservação, vem sendo apontada pela comunidade científica como uma das estratégias mais eficientes para a conservação da biodiversidade *in situ*.

Desse modo, diferentes categorias de espaços ambientais vem sendo instituídos no mundo, com maior ou menor grau de restrições quanto à possibilidade de uso direto de recursos naturais.

No Brasil, esses espaços dividem-se em unidades de conservação, demais espécies de espaços de proteção específica e, mais recentemente, áreas protegidas.

Unidades de conservação são previstas pela Lei nº 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, e dividiu 12 categorias de manejo em 2 grupos diferentes: unidades de proteção integral, que não admitem o uso direto de recursos naturais, e unidades de uso sustentável, que admitem, dentro dos limites estabelecidos na própria Lei e no Plano de Manejo, o uso direto dos recursos ambientais.

Os espaços ambientais que não constituem unidades de conservação inserem-se dentre os chamados espaços de proteção específica, como jardins botâ-

1 Procuradora do Estado do Paraná, mestre em direito e estado e doutora em desenvolvimento sustentável pela Universidade de Brasília – UnB, professora de direito ambiental da graduação, do mestrado e do doutorado em direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

nicos e zoológicos, hortos florestais, parques ecológicos, áreas de preservação permanente e áreas de reserva legal, terras indígenas, territórios quilombolas, dentre tantos outros.

Mais recentemente, o Decreto nº 5758/2006, instituiu o Plano Nacional de Áreas Protegidas, que abrange as unidades de conservação, as terras indígenas e os territórios quilombolas, criando, assim, uma terceira espécie de espaço territorial especialmente protegido que abarca parcialmente os dois outros (UCs e espaços de proteção específica).

A criação desses espaços ambientais pode ser feita por meio de lei ou de ato administrativo normativo (decretos, resoluções, portarias etc), mas, uma vez afetado o espaço à proteção do ambiente natural, somente com a edição de lei formal poderão ser alterados ou extintos, nos termos do art. 225, § 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

Para a instituição de unidades de conservação, espécie do gênero espaço territorial especialmente protegido, há a necessidade de processo administrativo que delimite a área, demonstre sua relevância ecológica e busque identificar a existência, no perímetro onde a UC será criada, de propriedades privas ou de populações tradicionais, indígenas ou não. Isso porque, dependendo da categoria de manejo escolhida, há a necessidade de desapropriação de áreas privadas ou de retirada das populações tradicionais não-indígenas. Por outro lado, havendo grupos indígenas, deverá ser identificado se a área constitui ou não terra indígena, que possui garantia constitucional específica.

Daí a importância desses processos administrativos que, por força da Lei nº 9985/00, deverão conter consulta pública e estudos técnicos para subsidiar a criação da unidade de conservação pretendida pelo Poder Público.

A falta de consulta pública, no entanto, vem sendo um dos problemas recorrentes nos processos de criação de unidades de conservação. O Decreto de expansão do Parque Nacional da Chapada dos Veadeiros, por exemplo, foi anulado em razão de deficiência desse requisito legal.

Outro vício recorrente é a falta de regularização fundiária. Nesse ponto, contudo, como praticamente todas as unidades de conservação de posse e domínio públicos são instituídas em áreas onde há propriedade privadas, e como a desapropriação não é realizada previamente, não vem sendo tal requisito utilizado, ainda, com frequência, pelos tribunais pátrios como razão para anulação dos atos de criação. Na verdade, apesar da CF/88 exigir, prévia e justa

indenização em dinheiro para a desapropriação de bens privados, a doutrina e a jurisprudência criaram a figura da desapropriação indireta, que admite que, uma vez afetado o bem a um determinado fim público, mesmo que não tenha ocorrido regular desapropriação, terá ocorrido a desapropriação indireta, sendo possível ao proprietário apenas reclamar perdas e danos.

Um caso, todavia, tornou-se emblemático, quando uma das Varas Federais de Curitiba, ao julgar a Ação Civil Pública nº 2009.70.00.025365-5, proposta pela Colônia de Pescadores Z13, reconheceu a caducidade do Decreto de criação do Parque Nacional de Ilha Grande, por falta de prévia desapropriação.

Já no Mandado de Segurança nº 24394-5, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Sobradinho junto ao Supremo Tribunal Federal contra a criação do Parque Nacional de Boqueirão da Onça, o Ministro Relator, Sepúlveda Pertence, ao apreciar a medida cautelar, deixou consignado que:

a implantação de parque nacional “como ‘unidade de proteção integral’ – não se consuma com o simples decreto de criação, pois assegurados, pela L. 9985/00, a desapropriação das áreas particulares nele compreendidas (art. 11, § 1º), assim como, às suas populações tradicionais a indenização ou compensação pelas benfeitorias existentes e a realocação pelo Poder Público, ‘em local e condições acordadas entre as partes’ (art. 42 e D. 4340/02, arts. 35ss).

Embora tenha sido denegada a ordem ao final, face à ilegitimidade *ad causam* do Sindicato para a defesa de interesses difusos, além de faltar a demonstração de violação a direito líquido e certo, pode-se observar, na decisão da cautelar, a preocupação do Relator com a falta de regular desapropriação de áreas privadas quando da criação da unidade de conservação de posse e domínio públicos.

Também a Ação Civil Pública nº 2004.34.00008457-6, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB em face da União e do IBAMA, em que se buscava a implementação do Parque Nacional das Nascentes do Rio Parnaíba, foi originalmente julgada procedente, embora a sentença tenha sido posteriormente anulada. Na sua fundamentação, aduz o juiz que a referida UC

se ressentido de efetiva proteção, não tendo sido implementado o imprescindível levantamento fundiário, com a identificação das propriedades existentes a partir de colonos advindos da região sul para o plantio da soja, dos seus respectivos limites, controle da atividade pecuária, que inclui coibir a queimada para renovação dos pastos, o uso não apropriado dos solos, a clandestina extração de madeira, o tráfico de fauna silvestre, caça predatória, desmatamento, entre outras práticas hábeis a comprometer a qualidade dos recursos naturais existentes no local.

Por fim, merece destaque a anulação, pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Mandado de Segurança nº 24184, do decreto que ampliou os limites territoriais do Parque Nacional da Chapada dos Veadeiros. Dessa vez a razão não foi a falta de regular desapropriação ou de implementação, mas sim a falta de consulta pública, conforme determinado pela Lei nº 9.985/00.

Conclusão

Em breve análise, portanto, já é possível se depreender uma tendência à exigência, pelo Poder Judiciário, em maior ou menor grau, quando da criação, pelo Poder Público, de unidades de conservação de posse e domínio públicos:

1. De cumprimento das normas constitucionais referentes à regular desapropriação;
2. De efetiva implementação das unidades de conservação, não bastando a sua criação no papel;
3. De realização de consulta pública aos envolvidos.

10. AVANÇOS E RECUOS NO DIÁLOGO ENTRE JUÍZES NA TRADIÇÃO JURISPRUDENCIAL AMERICANA

Colin Crawford¹

A proposta dos organizadores deste seminário foi de estudar o “diálogo entre juízes” como ferramenta para esclarecer e lapidar a jurisprudência em geral, como, por exemplo, “uma forma de reduzir as incoerências do sistema jurídico internacional.” Em uma voz claramente positiva, afirma-se o seguinte: “a ‘fertilização cruzada’ ou diálogo de juízes tem sido utilizado como elemento interpretativo, uma releitura da ordem receptora sobre a interpretação de normas presentes em diferentes ordenamentos. (...) Observa-se também que em muitos casos o diálogo ocorre de maneira a colaborar com a construção do conteúdo de princípios e no desenvolvimento de argumentos que auxiliam nas decisões que envolvem conflitos de direitos fundamentais e de princípios.” Fertilização e colaboração – a sugestão dos organizadores é de caracterizar-se o diálogo entre juízes como se fosse uma técnica jurídica para conseguir unanimidade ou, ao menos, um acordo sobre princípios e normas jurídicos.

Admiro essa sugestão, essa idealização da prática de dialogar entre juízes. Mas nesta contribuição, pretendo demonstrar a possibilidade que o diálogo entre juízes pode ter uma outra utilidade também. Especificamente, quero mostrar como, nos Estados Unidos, muitas vezes o diálogo entre juízes serve mais para calcificar em preto e branco posições ideológicas entre juízes de sentimentos contrários e interpretações opostas. Como demonstrarei, muitas vezes o diálogo é utilizado na tradição americana para preservar uma interpretação minoritária de um princípio legal ou uma norma para ser adotada no futuro.

1 Professor de Direito Ambiental e Diretor Executivo, Centro Payson de Desenvolvimento Internacional, Faculdade de Direito da Universidade de Tulane, Nova Orleans, EUA.

Muitas vezes, a posição minoritária, expressada num diálogo entre juízes, é escolhida, mesmo anos depois de uma decisão (e diálogo). Estou observando que em nossa tradição o diálogo representa a possibilidade para interpretações contrárias triunfar muito além do debate original.

O diálogo entre juízes no direito comum nos Estados Unidos

Antes de começar com análises de casos que demonstram essa tendência na tradição americana, é importante ressaltar como o direito comum, a “common law”, funciona. Historicamente, o direito Anglo-Saxão dependeu principalmente das decisões judiciais, em contraste com a tradição do direito romano-germânico, que tem como fundamento principalmente as decisões legislativas refletidas nos códigos. O método de raciocínio no direito comum pode ser comparado com a construção de uma casa, “tijolo por tijolo”. Cada decisão pode ser entendida como um “tijolo” que ajuda a força e durabilidade da casa, igual na importância com os outros “tijolos” – entendendo-se que nenhum “tijolo” individualmente é mais importante que os outros. Quando um “tijolo” é retirado – o que ocorre no momento em que o princípio que representa este “tijolo” é derrubado um evento raro no sistema de direito comum ocorre, com a regra *stare decisis* – tem consequências graves de modo que, por exemplo, um muro tem que ser reconstruído, precisamente porque a durabilidade de cada “tijolo” depende na contribuição dos outros.

Também é importante reconhecer que o ato de dialogar é fundamental do funcionamento do sistema de direito comum. Pensando no processo do diálogo, o direito comum deriva a força dele em parte da prática de fazer referências às decisões novas fundadas em princípios articulados nas decisões anteriores (e às vezes *muito* anteriores), indicando a continuidade entre as decisões. Às vezes, as referências são prolongadas, meditando e analisando a importância de raciocínio anterior; às vezes são vozes críticas, explicando como a decisão nova está diferente da anterior ou das anteriores. Com este processo, o direito comum pode ser entendido como um coro: cada decisão ecoa uma voz, respondendo e participando na criação do som do coro. Num momento particular, uma voz pode ser mais forte que outras, mas ao final não se trata de vozes individuais,

mas de um coro final. Desta maneira, no direito comum, o diálogo não se configura simplesmente como um processo de esclarecer, ou de fertilizar, ou de oferecer uma possibilidade de colaborar; no direito comum, o diálogo entre juízes constitui uma parte essencial, fundamental e necessária, da atividade jurídica.

Pense-se, em contraste, de uma reforma num sistema de direito romano-germânico, quer dizer, de direito civil – como no Brasil – do próprio código civil. Isso é um evento que afeta quase todos os aspectos do funcionamento do direito num país. Contudo, em um país, cujo ordenamento jurídico tem como base o direito comum, isso não ocorre da mesma forma: o direito comum adquire a sua autoridade gradualmente pela acumulação de comentários e observações, e, além disso, historicamente não funciona com declarações ou reformas integrais “por cima”.

Com o desenvolvimento do Estado no século XX, um país tal qual os Estados Unidos passou a precisar muito mais que antes de códigos, e disso resultou que o método histórico de raciocínio de direito comum transformou-se. Atualmente, o poder legislativo tem uma importância que antes não possuía e as decisões dos juízes refletem essa importância, dedicando-se não somente ao processo de construir o edifício de direito com os “tijolos” dos princípios articulados nas decisões anteriores (o método clássico do direito comum) mas também dedicando-se a análise dos estatutos e normas regulatórias. Mesmo com essa evolução no sistema, o processo de dialogar continua sendo fundamental.

Entretanto, como pretendo demonstrar, agora, na maioria do tempo não há um processo colaborativo nem amigável. Ao contrário, na maioria das vezes, o diálogo é forte, permitindo que os juízes expressem suas posições mesmo quando não seus argumentos não embasam o pensamento da maioria. Desta maneira, o diálogo entre juízes tem uma função importante: de preservar visões diferentes dos valores em jogo. Isto quer dizer que, nos EUA, o diálogo entre juízes permite manter o equilíbrio judicial e político: uma interpretação minoritária pode ser preservada por meio do diálogo, e pode servir no futuro para avançar um ataque – às vezes com sucesso – na posição até então dominante.

Para demonstrar como funciona este processo, o restante deste artigo vai trazer a discussão alguns exemplos. Primeiro, pode-se consideraram dos casos mais famosos na jurisprudência da propriedade americana, um caso do ano 1805, da Corte Suprema de Nova York, o caso de *Pierson v. Post. Pierson* que tratou da lei de propriedade sobre animais silvestres, o celebrado princípio de

captura dos animais *ferae naturae*. Além de demonstrar como funciona a movimentação e estagnação do diálogo entre juízes nos EUA, a recepção e uso do caso de *Pierson v. Post* posteriormente também indica como o diálogo entre juízes avança para fundamentar decisões nas áreas relacionadas com o tema a posteriori, até a adoção da posição anteriormente minoritária.

Em seguida, tratarei de um princípio do direito de propriedade mais controverso nos últimos anos, especificamente o significado do princípio constitucional de “takings” – falando da responsabilidade do governo de compensar – ou não – o proprietário quando o governo impõe uma restrição no uso da terra. Esta discussão mostrará como o diálogo entre juízes muitas vezes é uma oportunidade para os juízes “brigarem” ideologicamente sobre pontos de vista diferentes, com consequências graves para os direitos das cidadãos.

A raposa silvestre e a influência dela: *Pierson v. Post*

O caso de *Pierson* tratou de uma disputa sobre o direito de declarar qual seria o dono de uma raposa, caçada por duas personas. A resposta foi importante porque na época, num país ainda bem agrícola, as raposas eram consideradas como uma praga. A decisão implicava em considerar igualmente os incentivos sociais e econômicos para “eliminar” a ameaça das raposas ao desenvolvimento agrícola.

O Sr. Pierson começou caçando a raposa quando o Sr. Post interferiu de repente e matou a raposa que Sr. Pierson queria capturar. O Sr. Pierson manteve a posição afirmando que ele tenha o direito de capturar a raposa, já que ele tinha iniciado a caça. O Sr. Post insistiu no argumento que, tendo em conta que a captura ocorreu numa terra pública, o desportista-caçador que a matou tinha o direito sob a raposa morta. Quem teria então a posse sob a raposa? Como Salomão, a Corte negou adotar as versões extremas dos dois e declarou que a pessoa que privou os bichos *ferae naturae* da “liberdade natural” por morte ou ferimento grave (neste caso o Sr. Post) tinha o direito de manter o animal.²

Porém, para os fins deste artigo, o resultado específico não é o que me interessa. O que é interessante aqui é o método do raciocínio. Especificamente, o juiz Tompkins, escrevendo pela maioria, produziu uma decisão famosíssima

2 Pierson v. Post, 3 Cai. R. 175, 180 (Supreme Court of New York, 1805)

pelo diálogo interno. Ele começou, como foi obrigado fazer, considerando as autoridades inglesas, já que na República, ainda nova, em 1805 não havia muitos casos da sua própria jurisprudência; contudo não descobriu nada de útil nos casos ingleses; já que casos semelhantes tinham ocorrido em terras privadas. Por esta razão, ele começou um “tour” das autoridades antigas no direito civil – especificamente Barbeyrac, Grotius e Pufendorf. O juiz Tomkins efetivamente usou essas autoridades para explorar as diferenças entre eles, a movimentação e estagnação das ideias deles sobre o que constitui “posse” em relação a um animal sendo caçado numa terra pública. O juiz decidiu em sua conclusão sustentar a comunidade de caçadores para dar a vitória ao Sr. Post (em vez de aplicar uma “regra firme” ele mesmo.) Desta maneira o próprio juiz criou um diálogo entre os antigos para chegar a própria definição dele. Em outras palavras, o caso mostra o fato que o diálogo pode ser criado por um único juiz.

Mesmo assim, um juiz entrou no debate como voz minoritária. O juiz Livingston, referindo-se a uma coleção das autoridades inglesas e antigas – uma mistura das autoridades de direito comum e direito civil (Justiniano, Fleta, Bracton, Puffendorf, Locke, Barbeyrac, or Blackstone) concluindo que *as mesmas autoridades* apontaram para uma conclusão e decisão diferente. Especificamente, ele chegou a conclusão que o caçador com a “perspectiva razoável” (*reasonable prospect*) de capturar o bicho silvestre teria a direito de mantê-lo.³ Pela minoria o juiz Livingston, então, queria criar uma “regra firme”.

Aliás, no direito comum, a doutrina se desenvolve com a aplicação dos princípios anunciados nos casos para sujeitos e contextos bem diferentes. Por exemplo, o mesmo diálogo do direito de “captura” em animais silvestres foi aplicado em casos petrolíferos. Deveras, considerações parecidas têm sido utilizadas para explorar os direitos dos proprietários de terra da superfície para os “recursos fugitivos” (fugitivo igual como os animais silvestres) abaixo da terra, como gás e petróleo. Em *Elliff v. Texon Drilling*, no entanto, a Corte Suprema do Estado de Texas adotou uma decisão mais como o juiz Livingston em *Pierson* (a posição minoritária) que a opinião majoritária do juiz Tompkins.⁴ O exemplo demonstra, então, como o diálogo entre juízes na tradição americana

3 Ibid. p. 182.

4 146 Tex. 575 (Supreme Court of Texas, 1948)

estende-se ao longo de tempo.⁵ Isso significa que a palavra final num caso raramente representa a doutrina concreta ao longo do tempo; o diálogo entre juízes na tradição americana é contínuo, entre juízes vivos e mortos.

Em fim, este caso de *Pierson*, aparentemente sem muita importância, de fato teve uma influência muito além da raposa. Em 2013, por exemplo, num caso disputado por alguns dos advogados mais importantes no país foi realizada uma referência ao caso *Pierson v. Post*. O caso de *African Diaspora Maritime Corp. V. Golden Gate Yacht Club* demonstra não somente a relevância contínua dessas posições, mas também destaca um outro aspecto central do diálogo entre juízes na tradição americana. Tal caso envolveu uma disputa entre partidos competitivos na regata Copa de América. Mesmo que não tivesse nada nesse caso não em relação a propriedade em animais *ferae naturae*, ele utilizou as posições exploradas no caso *Pierson* para defender a proposição que membros das comunidades de desportistas (caçadores no caso de *Pierson*, marinheiros no caso de *African Diaspora Maritime*.)⁶ Em outras palavras, revela-se uma característica chave do diálogo num sistema de direito comum, nomeadamente que funciona por analogia e extensão lógica.

“Takings”: diálogo virou uma briga ideológica

Na Constituição americana de 1789, Artigo V, fala em parte que o estado não pode tomar (“take”) (“confiscar”) a propriedade particular sem compensação justa. Quando o estado regulatório começou crescer depois da Primeira Guerra Mundial, e muito mais com o “New Deal” do Presidente Franklin D. Roosevelt entre 1933-1945, emergiu um conceito novo, do “taking” regulatório. A ideia é simples: quando o estado adota uma norma que retira o valor da propriedade, mesmo que o governo não retirou a propriedade ela mesma, pode-se considerar que há uma situação de “taking”.

5 A regra do caso *Elliff* continua sendo a regra dominante no Estado de Texas. Veja, por exemplo, o caso *Coastal Oil & Gas Corp. v. Garza Energy Trust*, 268 S.W.3d 1, 43 (Supreme Court of Texas, 2008).

6 109 A.D.3d 204, 224 (Supreme Court, Appellate Division, First Department, New York, 2013)

Nos últimos 20 anos, com a ascendência nos conservadores da Corte Suprema federal, essa ideia produziu muitos casos conflitivos. Porém, tal qual no caso da raposa em *Pierson*, podemos observar como o diálogo entre juízes nos Estados Unidos existe para defender, estender e desenvolver as posições ideológicas.

No caso tipicamente creditado com a introdução do conceito do “taking” regulatório há um caso do ano 1922, de *Pennsylvania Coal v. Mahon*. Nesse caso, o Estado de Pennsylvania adotou uma lei que não permitiria mineração que causasse subsidência⁷ da terra superfície, especialmente quando pusesse em risco estruturas usadas para habitação humana. A pergunta no caso foi se ao Estado foi permitido regular desta maneira, como ficaria a intervenção que interferiria com o carvão que a empresa queria extrair no subsolo. A decisão envolveu um diálogo entre dois dos juízes mais famosos na história da Corte Suprema nos Estados Unidos, o Oliver Wendell Holmes, Jr. e o Louis Brandeis. Juiz Holmes, posicionando-se pela maioria, concluiu que mesmo que ao Estado fosse permitido adotar uma lei com tal dispositivo, teria que compensar a pessoa física ou jurídica devido a interferência em seus direitos referentes ao carvão no subsolo. Ele adotou uma expressão que ficou famosa na jurisprudência norte-americana: “a regra geral é que, enquanto a propriedade pode ser regulamentada, até certo ponto, se a regulamentação é excessiva, será reconhecida como um *taking*.”⁸ Juiz Brandeis, na minoria, sustentou que os interesses do público num ambiente seguro ultrapassou os direitos dos proprietários.⁹ Credita-se igualmente ao caso a introdução de um cálculo econômico, o famoso “reciprocidade de vantagem” (*reciprocity of advantage*) – a noção que os valores em jogo podem ser valorizados economicamente e um “*taking*” não existiria quando existe esta reciprocidade de vantagem.

Por quase um século, os juízes norte-americanos foram reinterpretando e elaborando essas posições. Espaço não me permite fazer uma exegese completa dessa jurisprudência. Não constante, alguns exemplos mais recentes serviriam para mostrar a força – até às vezes a brutalidade – do diálogo. Um exemplo típico é o caso de *Lucas v. South Carolina Coastal Council*. Em 1986, o Sr. Lucas comprou um terreno a beira-mar. Dois anos depois, o Estado do Sul da Carolina

7 Trata-se do movimento da terra subterrânea, e em contraste da terra de superfície.

8 “The general rule is that while property may be regulated to a certain extent, if the regulation goes too far it will be recognized as a taking.” Pa. *Coal v. Mahon*, 43 Sup. Ct. rep. 158, 160 (1922).

9 *Ibid.*, pp. 160-161.

proibiu mais construção em terrenos costeiros por razões ecológicas. O Sr. Lucas insistiu no argumento que o Estado efetivamente tomou a propriedade dele porque a deixou sem o mesmo valor que tinha antes da regulação. A Corte Suprema concordou com o Sr. Lucas, recordando as palavras do Juiz Holmes sobre os limites do poder do Estado de regular sem compensação.¹⁰ Mas a decisão em *Lucas* estendeu o raciocínio de *Pennsylvania Coal*. Como se fosse entrando num diálogo com o Juiz Holmes – já morto por muito tempo, o Juiz Scalia observou que o Holmes nunca anunciou a distância que deveria ser dada ao Estado no ato de regular. O juiz então anunciou, usando a base do caso de *Pennsylvania Coal*, sua decisão afirmando que quando o Estado retirasse o valor “total” da propriedade, consistiria num *taking*. Além disso, concluiu que no caso do Sr. Lucas, que comprou propriedade costeira para construir nela, perdeu qualquer reciprocidade de vantagem, requerendo compensação total – até criticando os argumentos dos juízes da minoria pelo raciocínio débil e risível.¹¹ Na opinião da minoria demonstrou-se, igualmente, uma intolerância pela posição militante da maioria em favor dos direitos dos proprietários particulares, usando palavras fortes que viraram famosas também.¹² Em outras palavras, o caso mostrou, mais uma vez, como continuavam os diálogos, vibrantes e ferozes, ao longo do tempo.

Nos anos mais recentes, por enquanto, o diálogo e debate sobre os limites da cláusula constitucional de *takings* continua, mas repetindo esta tendência de movimento e estagnação. Por exemplo, em 2002, a mesma Corte Suprema decidiu, citando de novo estes casos acima e outros mais recentes, que uma agência local de ordenamento territorial poderia estabelecer uma moratória temporária por razões ecológicas nas atividades de construção.¹³

Em resumo, na tradição jurídica norte-americana, o diálogo entre juízes demonstra um movimento e estagnação constantes, um processo sempre em circulação, que às vezes tem características negativas, mas ao mesmo tempo representa uma busca de avançar quando for possível mas também um retorno ao ponto de partida quando este é apropriado.

10 112 Sup. Ct. Rep. 2886, 2892 (1996).

11 Vejam, por exemplo, *ibid.* p. 2898 notas 11 e 12.

12 *Ibid.* p. 2904: “Hoje, o tribunal lança um míssil para matar um ratinho.” (“Today the Court launches a missile to kill a mouse.”)

13 *Tahoe-Sierra Preserv. V. Tahoe Reg. Planning Agency*, 122 S. Ct. 1465 (2002).

DIÁLOGO ENTRE JUÍZES, ELEMENTOS DEFINIDORES E CARACTERÍSTICAS

1. A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 - Cláudia Márcia Costa, Flávio Miranda Molinari.
2. A BUSCA DA FLUIDEZ DE DIÁLOGO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS DE CIVIL LAW E COMMON LAW- Liziane Parreira.
3. DIAGNÓSTICO SOBRE A INTERAÇÃO ARGUMENTATIVA ENTRE TRIBUNAIS - Aline Oliveira de Santana, Luciana de Oliveira Ramos, Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros
4. O (NÃO) DIÁLOGO ENTRE JUÍZES E O DILEMA DE AJAX: UMA ABORDAGEM REFLEXIVA A PARTIR E ALÉM DA NECESSIDADE DA OBSERVAÇÃO DA NOÇÃO DE “EMPRÉSTIMO/TRANSPLANTE” DE IDEIAS - Thiago Santos Aguiar de Pádua.
5. TRABALHO E DIREITO: PISTAS PARA A INSERÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS DO TRABALHO JUDICIÁRIO COMO ELEMENTO RELEVANTE DO DIÁLOGO ENTRE JUÍZES - Volnei Rosalen, Lucas Ruiz Balconi.

1. A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Cláudia Márcia Costa¹
Flávio Miranda Molinari²

Introdução

A Constituição Federal brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988, inaugurou uma verdadeira transformação social. Na época em que fora discutida, dizia-se que seria impossível a sua aplicação, tendo por justificativa a situação política e econômica do país. Passados mais de 25 anos da sua promulgação, percebe-se que muitos comandos ali inseridos, direcionados à política econômica e social não se efetivaram, de tal sorte que a solução desses impasses foi a busca da tutela do poder judiciário para fazer cumprir as normas constitucionais.

Esse fenômeno, geralmente, ocorre em países que possuem constituições chamadas “transformadoras”, cuja principal característica é promover o desenvolvimento econômico e social do Estado, a fim de estabelecer uma sociedade justa e igualitária. Especialmente no caso brasileiro, o programa constitucional do Estado, expresso nos fundamentos constitucionais contidos nos artigos 2º e 3º da Constituição Federal, convive, paradoxalmente, com uma realidade distinta no que tange o seu funcionamento e concreção dos direitos estabelecidos, criando assim uma assimetria entre o texto e a realidade do Estado.

Nesse modelo constitucional, quando as prestações estatais não logram êxito, a atuação do Poder Judiciário é recorrente para a defesa e aplicação do texto normativo. É o que resta claro nos últimos anos de atuação do Supre-

1 Doutoranda em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

2 Graduando em direito da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

mo Tribunal Federal, instância principal do Poder Judiciário para a resolução de conflitos decorrentes de violação dos princípios e regras estabelecidos na Constituição.

Atualmente, a Corte vem sendo provocada para resolver não só problemas que envolvam questões diárias da ordem econômica, política e social, mas também problemas de ordem moral, como a questão do aborto, da união homoafetiva, das ações afirmativas, etc. Nesse sentido, verifica-se que a atuação do Pretório Excelso é cada vez mais política, pois suas decisões têm por escopo determinar os anseios da sociedade em se orientar em face dessas questões suscitadas.

A economia e a política há muito tempo não vem cumprindo o seu papel constitucional, pois as instituições que as operacionalizam não estão sendo capazes de entregar a sociedade o que está pautado na Constituição, seja por não executarem suas funções a contento ou por suspeita de descumprimento da moralidade administrativa. Por isso, o Poder Judiciário vem atuando de forma cada vez contundente, pois o Estado deve apresentar uma resposta aos cidadãos sobre os problemas que deveriam ser solucionados pelas esferas do poder executivo e legislativo.

Embora o texto da Constituição seja extenso em matéria de direitos fundamentais, o poder público não pode se esvair justificando a ingerência como fruto do texto normativo programático, sob pena de estar corroborando para uma crise de natureza política, situação que desde os tempos da instauração do modelo republicano no Brasil vinha se perpetrando até o advento da constituição de 1988.

Evidente que em vários momentos, em razão do descrédito das instituições políticas do Poder Legislativo e Executivo perante a sociedade e a falta de confiança do cidadão nos planos governamentais, a Constituição é avergada com o peso da insatisfação da sociedade na seara das políticas públicas. Nesses momentos, a atuação do Poder Judiciário é imprescindível para estabilizar as expectativas sociais e assim, manter a ordem constitucional preservada, assegurando as conquistas de um processo histórico previstas na atual carta magna. A assimetria entre o texto constitucional e a realidade gera esse processo de judicialização, onde a realização dos direitos que não são cristalizados pelas instituições responsáveis constitucionalmente, desembocam na amálgama funcional que se tornou o Poder Judiciário no Estado Social e Democrático de Direito brasileiro.

Nesse sentido, a jurisdição constitucional brasileira, ao longo dos seus quase 30 anos de atividade após a promulgação da Constituição Federal de

1988, tem sido cada vez mais provocada a tomar decisões que necessariamente influenciam na aplicação de princípios basilares do direito constitucional brasileiro. Esse fenômeno ocorre porque o texto constitucional buscou ser um verdadeiro programa de evolução política, econômica e social nacional, atribuindo ao direito a esperança de desenvolvimento do Estado social, após um período de obscurantismo político na história brasileira anterior a promulgação da constituição vigente.

Essa formação constitucional sobreveio influenciada por constituições formuladas no período pós segunda guerra mundial, em especial, pela Constituição Portuguesa de 1976. Tal fenômeno ocorreu ante o flagrante insucesso das doutrinas positivistas ocidentais que vislumbravam na Constituição um sistema inflexível de normas cujo objetivo era, em nome da segurança nacional, tão somente a organização do Estado e a repartição de competências administrativas, deixando em segundo plano as normas relativas a direitos fundamentais.

O fenômeno constitucional do pós-segunda guerra mundial, conhecido como neoconstitucionalismo, na perspectiva da formação constitucional brasileira de 1988, resultou na concretização abstrata de normas que buscam metas a serem atingidas pelo Estado, sendo inclusive utilizadas como vetores na aplicação do direito em todos os seus ramos. Mesmo em uma simples consulta perante a Receita Federal do Brasil ou em acórdão proferidos pelos tribunais estaduais da federação, o uso dos princípios pelo poder público como argumentação para justificar decisões é recorrente.

Também é possível constatar que a produção acadêmica sobre a distinção entre princípios e regras constitucionais tem sido desenvolvida nos bancos das academias de direito brasileiras, isso porque o poder judiciário tem se valido cada vez mais dessa prática argumentativa para concretizar suas decisões sob o prisma de normas principiológicas, dado o seu caráter intangível, o que é oposto ao costumeiro positivismo agasalhado em larga escala pelos tribunais.

Partindo desse brevíssimo posicionamento histórico, tem-se por objetivo com presente trabalho analisar (i) a polêmica acerca da distinção entre princípios e regras no aspecto dogmático, verificando caracterização prévia de tipos normativos constitucionais a partir do conceito de norma, e (ii) como o poder judiciário poderá racionalizar suas decisões a partir da distinção dogmática das normas constitucionais entre princípios e regras, tendo em vista os objetivos transformadores do poder constituinte originário.

Nesse sentido, o texto é dividido em três partes: I. Introdução; II. Decomposição semântica do conceito de norma para compreensão das formulações conceituais sobre princípios e regras; III. A distinção entre princípios e regras; e IV. conclusão.

Decomposição semântica do conceito de norma para compreensão das formulações conceituais sobre princípios e regras

Não é objeto deste artigo formular uma proposição sobre o que venha a ser norma a partir das classificações comumente usadas em livros de teoria geral do direito. Tal abstenção se justifica pelo fato de que ao conceito de norma é comumente atribuído como justificação para o que venha a ser ciência do direito, de maneira que fugiria a proposta aqui apresentada. Nesse sentido, o que nos interessa verificar para o momento é a análise semântica da norma jurídica, pois sua decomposição possibilita o olhar acurado para cada elemento constitutivo do que venha ser princípio ou regra no direito.

Pois bem. O início da análise semântica deve partir da diferenciação entre enunciado normativo e norma³. A descrição abstrata textual de hipótese normativa é o que se denomina como enunciado normativo, ou seja, uma prescrição textual legislativa posta por autoridade competente. Por exemplo, o artigo

3 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da. 2ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 53. Hans Kelsen faz distinção similar usando *proposições jurídicas* e *normas jurídicas*, conforme o trecho a seguir: “Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinadas. As normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos. Mas não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder e competência”. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução: MACHADO, João Baptista. 7ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 80-81.

5º, inciso LVII, da Constituição Federal dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória⁴”. O referido enunciado dispõe a norma que veda a possibilidade de considerar alguém culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Se tal enunciado apresenta essa forma de proibição, logo podemos entender que o significado do enunciado normativo é a própria norma⁵.

Não há complicações para verificar a característica de enunciado normativo em relação ao exemplo apresentado, tendo em vista que o seu conteúdo demonstra ser absoluto ao prescrever um comando geral, para todos, utilizando uma só hipótese. No entanto, há tipos normativos que são desprovidos de tais comandos, descrevendo apenas uma norma de *dever ser*, como é o caso dos tipos penais. Neles, observamos apenas a descrição de uma conduta finalística, desprovida de qualquer previsibilidade, não possuindo a característica de uma norma que estabelece um estado de natureza, algo que *é*, como é caso da presunção de inocência prevista no já mencionado artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Nesse sentido, verifica-se a natureza primária do enunciado normativo, posto que a exteriorização de seus efeitos está atrelada à ocorrência de um fato jurídico⁶; ou seja, enquanto enunciado normativo não for subsumido ao fato jurídico, não há que se falar em norma, uma vez que o significado do enunciado normativo é a norma. Portanto, compreende-se por norma apenas o resulta-

4 Constituição da Republica Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.

5 O raciocínio utilizado para conseguir identificar enunciado normativo e norma é descrito na obra de Robert Alexy. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da. 2ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 54.

6 A Professora Maria Helena Diniz separa o conceito de fato jurídico em *lato sensu* e *stricto sensu*. “O fato jurídico *lato sensu* é o elemento que dá origem aos direitos subjetivos, impulsionando a criação da relação jurídica, concretizando as normas jurídicas. Realmente, do direito objetivo não surgem diretamente os direitos subjetivos; é necessária uma ‘força’ de propulsão ou causa, que se denomina ‘fato jurídico’. “(...) o fato jurídico *stricto sensu* seria o acontecimento independente da vontade humana que produz efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo direitos”. DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 1: Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 27ª edição, 2010.

do da atribuição do seu significante⁷, o enunciado normativo, à realização fato jurídico, de modo a concretizar a hipótese normativa.

A partir dessa linha de pensamento, pode se concluir que as normas apenas existem caso forem aplicados os enunciados normativos, por alguma autoridade competente (e.g.: Juiz), a algum fato jurídico. Todavia, entendemos não ser possível pensar dessa maneira, já que a autoridade responsável por aplicar o enunciado normativo não estaria vinculada a norma antes de um decisão válida, o que inviabilizaria, inclusive, sua função interpretativa⁸.

Como bem observou Marcelo Neves⁹, a relação existente entre a função interpretativa do juiz e função de expedidor do texto normativo atribuída ao legislador é de dupla contingência. Nesse ponto, cumpre ressaltar que não há substituição daquele que tem por competência funcional produzir normas (legislador) pelo responsável em interpretá-las (juiz). Essa é uma relação de comunicação, em que o legislador expede o texto normativo (mensagem) com informações a serem interpretadas pelo juiz (receptor).

A atribuição de determinado fato jurídico a um enunciado normativo não pode ser livremente encarada com produção de norma. A produção normativa é feita em dois momentos, sendo em primeiro lugar, a produção do enunciado

7 Essa relação entre significante, significado e referente é muito bem trabalhada por Marcelo Neves, em sua obra de nome *Entre Hidra e Hércules – Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: Editora WMF Matins Fontes, 2014. p. 4, conforme segue: “Dessa maneira apresenta-se, de um lado, a relação entre texto jurídico-normativo (significante) e norma jurídica (significado), de outro, a relação entre esta e o fato jurídico (referente), intermediada sobretudo pela *hipótese normativa* do fato irradiador dos efeitos concretos da norma (hipótese de incidência, tipo, antecedente, etc.)”

8 NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules – Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: Editora WMF Matins Fontes, 2014. p. 8. “Se afirmarmos que a produção normativa só ocorre no processo concretizador, persistirá a questão de se os juízes e órgãos competentes para a concretização normativa não estariam subordinados a normas antes de cada solução de caso. Pode-se cair em um realismo decisionista, se esses modelos não forem tratados com os devidos cuidados e, eu diria, com certas restrições.

9 NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules – Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: Editora WMF Matins Fontes, 2014. p. 10-11.

normativo institucional, e em segundo, a concretização da norma a partir da interpretação no plano argumentativo.

Dessa forma, podemos dizer que a distinção de regras e princípios está na esfera argumentativa, pois é nesse plano que realmente se concretiza o enunciado normativo, usando o sentido *prima facie* contra a imposição dos fatos jurídicos a ser considerada nos casos concretos, oportunidade em que se delimita o conteúdo da norma a ser aplicada.

Temos aqui a imposição do ônus argumentativo às instâncias julgadoras, pois argumentos de interesses contrapostos, bem como sua convicção própria fundamentada, servirão de base para que o juiz seja o principal ator na concretização da norma e cumprir com o seu papel de solucionar, coerentemente, o caso concreto.

A distinção entre princípios e regras

A partir da decomposição semântica do conceito de norma, temos que a distinção entre regras e princípios é melhor analisada na esfera argumentativa quando da aplicação do direito ao caso concreto. A necessidade do uso da argumentação jurídica se justifica pela maneira irresolúvel como passou a ser tratado o conflito de normas. A legislação brasileira, por exemplo, diz que na omissão da lei, o juiz decidirá pautado na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito.¹⁰

Esse quadro de vagueza em relação à definição dos princípios gerais do direito deu azo as mais variadas formas de definição das normas e ensejou em definições para distinção entre princípios e regras. Para não nos perdermos na imensidão de definições conceituais, vamos nos ater aos critérios que fazem distinção dos tipos normativos em relação à inexatidão interpretativa causada pelos enunciados normativos.

A inexatidão interpretativa configura-se pela dificuldade de determinar o significado do texto da norma. Assim, o que se busca são características tangentes ao significado das palavras com o objetivo de construir uma argumen-

10 Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. (...) Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

tação para dar corpo ao processo de racionalização da norma. Aqueles que debatem a distinção entre regras e princípio costumam, entre outros aspectos, usar a generalidade e a discricionariedade como discriméns *prima facie* dos enunciados normativos.

A generalidade está presente na maioria dos tipos normativos que tem por escopo conduzir a aplicação holística do direito, o que nos leva a crer, num primeiro olhar, que normas de caráter geral são exclusivamente princípios, haja vista que os princípios, em dado momento do estudo do direito no Brasil, foram tidos de modo simplista como o alicerce do edifício jurídico, as bases do ordenamento jurídico.

Não se trata de uma questão absoluta a ser respondida pela generalidade, mas de uma questão de graduação desse critério. Há enunciados normativos que possuem grau de generalidade maiores do que outros. Para melhor compreensão, compararemos aqui os enunciados normativos do artigo 5º, inciso I e do artigo 7º, inciso XX, da Constituição Federal.

Ambos incisos tratam de direitos fundamentais tidos como absolutos pela doutrina constitucional brasileira. O artigo 5º, inciso I¹¹, trata do princípio da isonomia, ao igualar formalmente homens e mulheres em direitos e obrigações. O inciso XX do artigo 7º¹² dispõe sobre a proteção do mercado de trabalho da mulher. Os dois enunciados normativos objetivam equalizar direitos entre homens e mulheres, todavia não mesma medida e especificidade.

Temos que o enunciado normativo do artigo 5º, inciso I, possui um maior grau de generalidade do que o artigo 7º, inciso XX. Esta conclusão se depreende puramente pelo critério semântico. Ora, o enunciado do artigo 5º, inciso I, discorre que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, ou seja, não está aqui a falar de uma posição do constituinte originário criteriosa, mas

11 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

12 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

se está diante de um enunciado normativo que visa propagar a isonomia de tratamento legal em qualquer esfera, barrando qualquer oportunidade legislativa que suprima direitos de um dos dois gêneros.

Já enunciado do artigo 7º, inciso XX, é cristalino ao dizer que deve haver, por meio de lei, uma discriminação positiva no mercado de trabalho para as mulheres. Aqui não há uma equanimidade em todos os campos, mas apenas na seara trabalhista. Os dois enunciados se justificam pelo histórico repressor da sociedade brasileira em face das mulheres anterior à carta política de 1988.

A partir dessa breve análise, podemos perceber que o enunciado normativo do artigo 5º, inciso I, possui maior grau de generalidade do que o artigo 7º, inciso XX, pois o último especifica a igualdade em um meio, enquanto o primeiro apenas dá uma definição formal do que venha a ser igualdade. Assim, o maior grau de generalidade do texto da norma poderia ser um indicativo de que se trata de um princípio e o menor grau de generalidade do texto da norma poderia indicar ser aquele texto uma regra.

Embora esse raciocínio pareça lógico e aceitável, ele é falho quando tratamos do plano concretizador da norma, isso se o considerarmos isoladamente. Após o plano institucional de feitura do texto normativo, a análise da matéria fática nos traz elementos de interpretação daquele texto que vai além da exegese daqueles que procuram a aplicação de métodos de subsunção pura. Os aspectos econômicos, sociais e políticos são relevantíssimos para que se argumente de forma plausível no plano de concretização da norma, pois a complexidade da sociedade no mundo moderno tem cada vez mais remado o direito para buscar soluções além dos textos normativos.

Claro que não se pode deixar de lado o sentido semântico do texto normativo, pois este, antes de tudo, foi produzido por um processo de verificação de validade constitucional, e também, por uma produção legislativa de representatividade democrática, de modo que os elementos externos ao direito devem ser somente aqueles imbricados em cada caso, já que o contrário violaria diretamente a constituição, esta enquanto parâmetro de hierarquia a ser respeitada na produção normativa.

Consoante referido, o critério de generalidade não passa de um indicador da possível natureza daquele texto normativo a ser concretizado pela dialógica processual. Não se pode utilizar esse critério como argumento no plano institucional da norma para distinguir regras e princípios, posto que a generalidade

do texto nasce no seu respectivo processo de elaboração, de modo que o texto normativo apenas ganhará potencial identificação a partir de sua aplicação.

Já a discricionariedade não tem a ver diretamente com o processo institucional da produção normativa, mas sim com o processo concretizador da norma. A discricionariedade da decisão está ligada ao grau de liberdade que o juiz possui para racionalizar sua decisão. Essa liberdade não é plena, sendo limitada por padrões estabelecidos por uma determinada autoridade.¹³

Dessa forma, podemos dizer que o juiz não pode usar o seu livre convencimento amplamente, pois deve obediência à legislação que lhe atribuiu essa faculdade e aos mandamentos constitucionais. A discricionariedade influencia a aplicação do enunciados normativos como regras e princípios em relação ao grau de efetividade que estes são colocados à baila.

Pode-se dizer que a aplicação de tais textos normativos poderá ser direcionada por um princípio. Isso pode ocorrer em razão de um conflito de regras, por exemplo. Nesses casos, se o conflito não tiver uma solução que exclua uma regra para o sucesso de outra, usa-se o princípio como uma maneira apontar a melhor aplicação daquela regra. Daí o porquê de Robert Alexy caracterizar princípios como mandamentos de otimização.¹⁴

Já em um conflito entre princípios, não se deve fazer um juízo de exclusão. Isso porque princípios não são normas aplicadas em caráter absoluto como as regras. Os princípios possuem uma função integradora nos atual sistema jurídico brasileiro, pois são esses enunciados normativos que, no processo concretizador da norma, atuam como instrumentos de coerência do ordenamento jurídico no plano da argumentação jurídica. Assim, o afastamento de um princípio dever ser feito por uma avaliação substancial dos fatos no plano concreti-

13 DWORCKIN, Ronald. Levando os direitos à sério. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 50.

14 “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.” ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da. 2ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 90.

zador do texto normativo, de modo que se dê preferência a um princípio por se mais adequada sua aplicação no caso concreto.

Nesse sentido, podemos identificar que o poder discricionário do juiz está limitado em dois aspectos. Em primeiro lugar, não pode o juiz modificar uma regra usando sua discricionariedade. Se isso fosse possível, não haveria razão para se falar em positivismo jurídico.¹⁵ O que pode ser trabalhado são os juízos de aplicação e valoração dos enunciados normativos apenas no campo argumentativo, utilizando princípios como justificativas para excluir a aplicação de um enunciado normativo.

Vale ressaltar que a mera invocação de um princípio para afastar uma regra não deve se bastar por si só. Sabemos que o plano normativo dialoga incessantemente com critérios circunstanciais, não bastando somente a verificação da dicção semântica para validar a conveniência da aplicação de um princípio em um determinado caso. Por isso que o processo dialógico é importantíssimo para a aplicação de regras e princípios, pois o confronto argumentativo justificará cada vez mais a concretização das normas.

Conclusão

Os desafios constitucionais pós 1988 levaram o poder judiciário a sofisticar mais o seu trabalho, posto que a ineficiência da política institucional brasileira em cumprir o que foi estabelecido pelo texto constitucional tornou o poder judiciário o principal ator na efetivação de direitos fundamentais e sociais atualmente. Ao passo que o poder judiciário passou a atuar e resolver questões não só no âmbito de cunho social e econômico, mas também de cunho moral (papel que deveria ser desempenhado pelo poder legislativo), o processo de deliberação nas mais variadas instâncias passou a lastrear suas decisões na concretização de enunciados normativos que trazem em sua construção semântica textos de estruturas mais abertas.

Dessa forma, o processo dialógico de concretização da norma elevou o nível do ônus argumentativo imposto aos tribunais brasileiros. A exigência maior

15 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos à sério. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 59.

entre a integração do texto normativo ao suporte fático faz com que o debate sobre distinção entre regras e princípios saia do campo etéreo da linguagem e passe ao campo da atuação jurisdicional, pois é apenas nesse momento que realmente identificamos a natureza dos enunciados normativos que passaram pelo processo de criação institucional.

A partir das premissas levantadas, podemos identificar também que o poder judiciário é um órgão que participa do processo de criação da norma, pois quando é instado a decidir um conflito, este aplica comando do enunciado normativo que passou pelo processo de criação institucional (função legislativa) e pelo processo de concretização do enunciado normativo produzido (função jurisdicional).

Posto isso, a responsabilidade do poder judiciário em avaliar a aplicação de uma regra e um princípio passa ser de suma importância para a estabilização das expectativas das relações jurídicas enfiadas na sociedade, uma vez que aqueles que procuram a tutela do estado-juiz esperam que o seu direito seja resguardo em razão da confiança na segurança jurídica das suas decisões. Isso quer dizer que as construções argumentativas que buscam encontrar uma distinção de princípios e regras devem ser bastante vigorosas, senão correremos o risco de perder a confiança no poder judiciário e passar a ter uma crise de natureza política.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da. 2. ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.

Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Volume 1: Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 27. ed., 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: MACHADO, João Baptista. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules – Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

2. A BUSCA DA FLUIDEZ DE DIÁLOGO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS DE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

Liziane Parreira

Ao decidir qual seria a solução mais adequada para um determinado caso o juiz busca a justiça como parâmetro, entretanto, existe um bloqueio no diálogo entre os tribunais quando trabalhamos com sistemas jurídicos distintos.

O sistema romano-germânico, *civil Law*, aponta a diferença entre discricionariedade de juízo e discricionariedade de atuação, pois na discricionariedade de juízo não é dada a opção ao juiz de escolher entre diferentes possibilidades de decisão judicial, permanecendo a discricionariedade ao entendimento do significado normativo².

Enquanto que no sistema do *common Law* a possibilidade de interpretação é mais aberta. Importante questão é levantada por Ronald Dworkin: “os juízes sempre seguem regras, mesmo em casos difíceis e controversos, ou algumas vezes eles criam novas regras e aplicam retroativamente?”³ A indagação leva a uma preocupação que o autor chama de “a questão da justificação”, uma vez que os juízes detêm um forte poder político, portanto, poderiam agir de maneira imprópria.

1 Advogada, Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho - Uninove.

2 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3. ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 126.

3 DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 8.

Eles não estão necessariamente persuadidos de que os juízes que criam novas regras estão agindo de maneira imprópria, mas querem saber até que ponto a justificativa para o poder dos juízes, disponíveis para os casos fáceis – aquela segundo a qual o juiz está aplicando normas já estabelecidas – estende-se também aos casos difíceis. E, portanto querem saber quanta e que tipo de justificativa suplementar é exigida por esses em casos difíceis.⁴

Se há necessidade de justificativa suplementar, em certa medida, tenta-se evitar a discricionariedade e estabelecer um parâmetro para a criação de novas regras pelos juízes o que bloqueia a possibilidade de diálogo.

Decifrar a norma, encontrar uma adequada resposta para o caso concreto é tarefa complexa. As diversas possibilidades que, atualmente, apresentam-se para os magistrados na busca pela perfeita adequação aumentaram significativamente o campo de interpretação e discricionariedade.

Contudo, a abertura para uma interpretação mais ampla fica limitada pela tradição kelseniana e pelo apego excessivo a codificação do direito que limita o trabalho jurisprudencial.

Para Lenio Streck a interpretação judicial é necessária, mas não deve ser encarada como respostas definitivas. Essa busca por soluções acabadas estanques trata-se de herança do positivismo jurídico, conforme expõe:

Frente a esse estado da arte, representado pelo predomínio do positivismo jurídico que sobrevive a partir das mais diversas posturas e teorias sustentadas, de um modo ou de outro, no predomínio do esquema sujeito objeto – problemática que se agrava com uma espécie de protagonismo do sujeito-intérprete em pleno paradigma da intersubjetividade – penso que, mais do que possibilidade, a busca de respostas corretas é uma necessidade.⁵

4 *Ibidem*, pp. 8 e 9.

5 STRECK, Lenio Luiz. *Hermeneutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 390.

O intérprete não está livre para interpretar, está jungido a uma série de parâmetros. O primeiro passo na interpretação é a análise do próprio objeto para que, assim, possa ser determinado o caminho a seguir.

Conforme ressalta Flávia de Almeida Viveiros de Castro:

A transcendental missão do juiz-intérprete consiste em ordenar a pluralidade dos elementos que possui a sua disposição, valorá-los, utilizar os que considerar adequados e resolver o problema que lhe é (pro)posto. É aqui que radica a sua liberdade, eis que, de acordo com sua eleição por este ou aquele método, este ou aquele critério, esta ou aquela técnica, o resultado da interpretação varia substancialmente. Esta escolha do juiz, embora discricionária, não pode ser arbitrária.⁶

Apesar da criatividade e da margem de discricionariedade, a interpretação da norma não deve pautar-se em decisões infundadas e arbitrárias, o resultado seria muito caro ao jurisdicionado. Nesse sentido, é que surgem os métodos de interpretação.

Antigamente a maneira como o intérprete deveria orientar-se era através do clássico silogismo, matemático e asséptico, a margem de liberdade era minguante. Dentre os métodos de interpretação tradicionais, podem-se elencar quatro: o método literal, o método sistemático, o método histórico e o método teleológico.

O método literal, também denominado gramatical, analisa o conteúdo da lei, envolve o significado denotativo das palavras, averigua a linguagem técnico-jurídica. Diferentemente, apresenta-se o método sistemático que amplia sua investigação para o contexto no qual a norma está inserida. Nas palavras de Paulo Bonavides: “É a interpretação lógico-sistemática instrumento poderosíssimo com que averiguar a mudança de significado por que passam velhas normas jurídicas”⁷. Há, portanto, uma conexão entre sentido e significado da norma.

Logo, o método histórico caracteriza-se pelo exame do processo de criação do texto, cumpre como objetivo traçar toda a história, desde quando a lei ori-

6 CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. *Interpretação Constitucional e Prestação Jurisdicional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 48.

7 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 459.

ginou-se para descobrir o fim a que intentou. Finalmente, tem-se o método teleológico, o mais aberto dentre os tradicionais, pois analisa as normas em linha de evolução com a sociedade e confere a elas um aspecto pragmático. Nessa linha, Paulo Bonavides afirma que: “Dessa interpretação costuma-se também dizer, numa objeção aparentemente triunfante, que com ela não se interpreta, mas modifica a lei.”⁸

Para Rodolfo Luis Vigo a polêmica ocorre pela ausência de normatização das sociedades contemporâneas, uma vez que, o juiz ganha uma participação mais ativa com a missão hercúlea de cobrir o vazio deixado pelas lacunas normativas. Conforme esclarece:

Apesar dos limites e possibilidades reais dos juízes, o certo é que vemos um protagonismo dos mesmos que transcende o jurídico e que, por sua vez, provoca inquietudes e polêmicas. Mesmo em países como os Estados Unidos, em que a estrutura institucional atribui ao Poder Judiciário um papel que converte os juízes, com frequência em árbitros sociais, políticos, econômicos ou culturais, há uma espécie de permanente questionamento por não contarem os juízes com legitimidade democrática que os habilite àquela função de controle os outros poderes. O eloquente título do livro de Berger, *Government by judiciary*, de 1997, retoma aquela interrogação sobre o papel que os juízes cumprem a respeito da ordem social. Talvez possamos concluir dizendo que a distância que se comprova entre aquela definição de Montesquieu, dos juízes como seres autômatos e inanimados, e o presente ativismo judicial marca também a distância entre a teoria da interpretação do modelo dogmático e as linhas predominantes da atual teoria da interpretação jurídica.⁹

8 *Ibidem*. p. 461.

9 VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. 2. ed. Tradução de Suzana Elena Dalle Mura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 62.

Atente-se que a completude do ordenamento jurídico, segundo Norberto Bobbio, sobrevém quando o juiz encontra no próprio sistema a norma adequada para regular o caso concreto, sem que haja lacunas ou situações que não possam ser preenchidas pelo próprio ordenamento. Já a incompletude, ao contrário, ocorre quando o sistema não contempla nem a norma proibitiva, nem a norma permissiva.

Conforme julgado da ADPF 54 sobre a interrupção da gestação dos fetos anencefálicos no Supremo Tribunal Federal:

Cumpra não desconhecer, nesse contexto, o alcance e o significado de diversas proclamações constantes da Declaração de Viena, especialmente daquelas que enfatizam o compromisso solene de todos os Estados promoverem o respeito universal e a observância e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas, assegurando-lhes, para esse efeito, meios destinados a viabilizar o acesso à própria jurisdição de organismos internacionais. Resulta claro de todas as observações que venho de fazer que os tratados e convenções internacionais desempenham papel de significativo relevo no plano da afirmação, da consolidação e da expansão dos direitos básicos da pessoa humana.¹⁰

Uma decisão proferida com tanta amplitude só é possível porque para a integração do ordenamento utilizou-se características do sistema de *common law*, em que não só o direito internacional bem como toda a comunidade possui destaque na formação jurisprudencial.

A teoria da completude foi dominante entre os positivistas, um verdadeiro dogma. Entretanto, a partir do século XX várias foram às críticas sobre a excessiva limitação que a teoria impunha ao intérprete. Através da percepção que o direito ditado pelo Legislativo apresentava lacunas que não podiam ser simplesmente preenchidas pelo próprio ordenamento jurídico, surgem as formulações do direito livre. Neste sentido, Norberto Bobbio explica:

10 STF - ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 27/04/2005, Tribunal Pleno. p. 333 e 332.

O direito livre representava aos olhos dos juristas tradicionalistas uma nova encarnação do direito natural, que, da escola histórica em diante, considerava-se debelado e, portanto, sepultado para sempre. Admitir a livre pesquisa do direito (livre no sentido de não ligada ao direito estatal), conceder cidadania ao direito livre (ou seja, a um direito criado circunstancialmente pelo juiz) significava romper a barreira do princípio da legalidade, que fora estabelecido em defesa do indivíduo, abrir as portas ao arbítrio, ao caos, à anarquia.¹¹

A hermenêutica serve para equilibrar a decisão judicial, evitar que a fundamentação seja a livre e arbitrária convicção do julgador, mas sim um instrumento capaz de auxiliar nos complexos problemas enfrentados na sociedade. Entre segurança jurídica e efetividade da justiça social, por que não ficar com as duas opções? Não é necessário abrir mão da lei que garante um parâmetro seguro e nem atirar-se completamente em uma livre e infundada criação do Direito, alegando a busca da justiça, há sim a necessidade de intérpretes conscientes de seu papel e de suas limitações, além do diálogo entre os sistemas jurídicos que quando utilizados conjuntamente contribuirão sobremaneira para a evolução do Direito, um Direito vivo e legitimado em todas as esferas sociais.

Referências

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3. ed. Tradução de Denise Agostinetti. Martins Fontes, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. *Interpretação Constitucional e Prestação Jurisdicional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

11 BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3. ed. Tradução de Denise Agostinetti. Martins Fontes, 2010. p. 282.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3. ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermeneutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. 2. ed. Tradução de Suzana Elena Dalle Mura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

3. DIAGNÓSTICO SOBRE A INTERAÇÃO ARGUMENTATIVA ENTRE TRIBUNAIS*

Aline Oliveira de Santana¹

Luciana de Oliveira Ramos²

Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros³

A fraca interação argumentativa: as referências do STF a cortes estrangeiras, internacionais e brasileiras

Em pesquisa realizada pelo Núcleo de Justiça e Constituição da FGV Direito SP (NJC-FGV),⁴ procurou-se compreender como o Supremo Tribunal Federal (STF) argumenta quando julga recursos extraordinários (RE).⁵ A hipótese adotada e confirmada pela pesquisa foi a de que as decisões do STF em RE não atendiam a padrões argumentativos suficientes, o que restringia sua previsibilidade. Por sua vez, o termo “previsibilidade” foi entendido como decorrente de uma argumentação capaz de justificar que cada decisão não era tomada casuisticamente. Atenção especial foi dada ao elemento argumentativo “jurisprudência” na análise das decisões. Constatou-se que o STF conferia pouca importância a decisões do passado, embora as utilizasse com frequência, pois as citações

1 Mestranda em Direito e Desenvolvimento na FGV Direito SP.

2 Mestre em Ciência Política pela USP e doutoranda em Direito Constitucional na USP).

3 Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP.

* Os autores são pesquisadores do Núcleo de Justiça e Constituição da FGV Direito SP (NJC-FGV).

4 Cunha, Dimoulis e Ramos (orgs.), 2014.

5 Foi examinada uma amostra de 53 acórdãos, determinada a partir dos seguintes critérios: a) recorte temporal entre 05/09/2007 e 01/09/2009, período no qual a composição do STF permaneceu inalterada; b) decisões do Plenário, de mérito e efetivamente proferidas em RE.

de jurisprudência não vinham acompanhadas de uma análise minuciosa sobre sua pertinência ou não ao caso concreto. Em outras palavras, constatou-se que as decisões pretéritas, na prática, não constroem a atuação da Corte.

A partir da amostra desta pesquisa, foi realizado um segundo estudo (SANTANA, BARROS e RAMOS 2014), com o fim de compreender com maior profundidade como o STF utilizava decisões de outros tribunais, em especial tribunais superiores brasileiros, cortes estrangeiras e cortes internacionais. A análise qualitativa das 11 decisões que mencionavam julgados de outros tribunais⁶ procurou avaliar se prevalecia ou não uma preocupação dos ministros em harmonizarem entendimentos ou refletir sobre os posicionamentos firmados por outras Cortes. Verificou-se a existência de frágeis interações entre o STF e as outras Cortes, pois em apenas 4 dos 11 casos examinados⁷ foram encontradas citações em que o argumento da outra Corte, mencionado por um ministro do STF, foi relacionado aos argumentos anteriores ou aos que vieram adiante. O objetivo das menções não era meramente reforçar o argumento proferido pelo ministro, mas, de fato, tentar incorporar o argumento na construção de uma resposta ao caso.

Nos quatro casos de interação, o exame dos acórdãos do STF e das decisões citadas levou à conclusão de que o ministro do STF desenvolveu uma justificativa cuidadosa do uso da decisão passada, explicando porque a decisão é relevante e de que modo ela é útil seja para definir o próprio problema jurídico que o STF deve resolver, seja para incorporar seus argumentos à fundamentação desenvolvida pelo próprio ministro para declarar procedente ou improcedente a ação.

Os demais casos apresentaram frágeis interações de dois tipos. Em primeiro lugar, foram encontradas citações nas quais a decisão anterior era mencionada em meio a uma diversidade de elementos, como doutrina ou outros julgados. Cada um dos elementos não era decisivo para a argumentação desen-

6 São eles: o Superior Tribunal de Justiça (STJ), mencionado nos RREE 482.090, 579.648, 559.943, 556.664, 577.348 e 579.648; o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), mencionado nos RREE 597.994 e 568.596; o Tribunal Superior do Trabalho (TST), mencionado no RE 569.956; o Tribunal Constitucional Alemão, mencionado nos RREE 434.059 e 466.343; o Tribunal Constitucional da Espanha, mencionado no RE 434.459; e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CrIDH), mencionada no RE 511.961.

7 RREE 577.348, 579.348, 569.956 e 434.059.

volvida pelo ministro: sua força decorria da quantidade de elementos que convergiam para o resultado desejado pelo ministro. Outra situação de ausência de interação consistiu em citações de decisões anteriores enquanto entendimento de uma corte hierarquicamente inferior, a qual teria o dever de mudar de posicionamento e se harmonizar com a posição adotada pelo STF.

Referencial teórico: o direito como integridade

O recurso a decisões passadas é um importante elemento para a avaliação e para a tomada de decisão judicial em qualquer sistema jurídico. Mesmo quando a principal referência do juiz é a lei, ela nem sempre é suficiente para garantir o tratamento isonômico de todos os casos aos quais se aplica. É desejável que os juízes utilizem decisões passadas para tornar mais uniforme a interpretação da lei, contribuindo para o alcance da segurança jurídica.

Mas como os juízes devem utilizar decisões pretéritas? O objetivo de uniformizar a interpretação da lei pode engessar a prática jurídica? No plano teórico, Ronald Dworkin contribui para o esclarecimento destas perguntas. Segundo o autor, a interpretação jurídica é orientada pela integridade, um ideal político que demanda que as regras de uma comunidade sejam formuladas e interpretadas enquanto expressão de um conjunto coerente de princípios sobre a justiça e o devido processo legal. Em outras palavras, a integridade demanda “não apenas fidelidade às regras, mas às teorias da justiça pressupostas e justificadas por tais regras.” (DWORKIN 1986: 186)

Assim, o ideal de comunidade pressuposto por Dworkin é o de uma sociedade cujos membros “aceitam que seus deveres políticos não se exaurem nas decisões particulares tomadas pelas instituições políticas” (DWORKIN 1986: 211), mas dependem de um esquema de princípios comuns, compartilhados por todos. A ideia de um governo com base em princípios comuns contrasta com a ideia de regras que decorrem de soluções de compromisso ou negociações de interesse.

Isto significa que a integridade é mais exigente do que a simples consistência, ou do que a simples prática de uma corte em repetir decisões passadas suas ou de uma instância superior (DWORKIN 1986: 220). Uma corte orientada pela integridade verá a consistência como um princípio entre outros. A

inclinação por decidir casos iguais de modo igual é justificada pelo princípio da isonomia. A inclinação por interpretar a lei em consonância com a instância hierarquicamente superior é justificada pela função e pela competência das cortes superiores. Há, portanto, razões em favor da estabilidade das decisões em um determinado sentido. É possível, no entanto, que outros aspectos mais poderosos da moralidade política possam prevalecer em circunstâncias muito particulares e incomuns. (DWORKIN 1986: 219).

A decisão de manter-se consistente, no entanto, também ocorre de modo refletido e atento à integridade. A consistência demanda uma detida comparação entre o caso que se pretende citar e o caso por julgar. A própria isonomia é um princípio a ser interpretado de maneira coerente com os demais princípios orientadores da comunidade jurídica.

Assim, o uso refletido das decisões passadas e a interpretação das razões a favor e contra a estabilidade das orientações jurisprudenciais enquanto um esquema coerente e íntegro de princípios permite que a jurisprudência evolua de maneira consciente e justificada. Desse modo, garante-se a uniformização sem engessar a prática jurídica.

Explicações sobre a fraca interação argumentativa nos tribunais brasileiros

A hipótese desse artigo é que a fraca interação argumentativa entre cortes decorre da própria atuação dos tribunais no Brasil a partir de uma multiplicidade de fatores, entre os quais se destacam a maneira de citação de decisões pelos juízes, a maneira como ocorrem os debates entre os tribunais, bem como elementos intrínsecos ao desenho institucional das cortes e acerca do déficit informacional presente nas cortes. Destacamos a seguir alguns fatores que auxiliam a esclarecer a fraca interação argumentativa nos tribunais:

1. *Desestímulos para a deliberação entre os pares (interna) e entre as cortes (externa)*. Em que pese constatar que a fundamentação das decisões judiciais é uma das garantias constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito, com base no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, não existe obrigatoriedade da fundamentação das decisões dos

juízes e tribunais com base em decisões passadas. Além disso, destaca-se que os juízes não estão adstritos aos fundamentos apresentados pelos seus pares (internamente) ou mesmo perante as outras cortes (externas) – em certa medida trata-se do aprofundamento do déficit de deliberação apresentado por Mendes (2011) –, podendo acolher ou não pleito dos autores, com motivação diversa da apresentada pelos demais membros do órgão colegiado e de outras instâncias julgadoras. Nesse sentido há *em tese* plena possibilidade do exame e do julgamento da lide com fundamentos diversos daqueles contidos em outras decisões passadas – mesmo em se tratando de situações semelhantes. Assim, não se perfaz um maior constrangimento argumentativo por parte do tribunal, pois o juiz não enfrenta as razões pelas quais as decisões anteriores foram tomadas tampouco os motivos que levam à manutenção dessas mesmas decisões.

2. *Dimensão exagerada ao princípio do livre convencimento motivado.* Os juízes não apenas não se sentem adstritos aos fundamentos apresentados pelos pares, como também não se sentem obrigados a seguir os motivos presentes em decisões anteriores. Desse modo, há uma valorização exagerada da independência individual dos juízes, que se reflete na autonomia decisória de cortes em relação a instâncias superiores e gera como consequência a atomização do sistema judicial. (SANTISO, 2004: 166)
3. *Desenho institucional: agregação de votos.* Diferente de outros modelos de tribunais, as decisões colegiadas no Brasil são compostas por um conjunto de votos sem que haja a redação de uma decisão própria da corte. O julgamento da corte é uma soma de votos, que podem ser justificados pelos juízes por diferentes argumentos e sem a preocupação com a coerência e o encadeamento dos argumentos no acórdão. Trata-se, ademais, de uma *justiça opinativa*⁸ como caracterizada por Rodriguez (2013), que afirma: “(...) a jurisprudência é feita [no Brasil] pelo resultado e não pela fundamentação” (p. 229). Assim, é a estrutura de um tribunal que deveria estar em debate de tal forma que possibilitasse questionar os meios para for-

8 Segundo o autor: “A função dos juízes no Brasil é dar uma opinião fundamentada diante dos casos, debatidos a portas abertas, às vezes diante de uma plateia, e não encontrar a melhor resposta para eles a partir de um raciocínio sistemático” (2013, p. 63)

talecer a autonomia do tribunal como um todo, evitando o problema da inconsistência da agregação de votos (BARROS; LANGENEGGER, 2012).

4. *Ausência de um sistema organizado de precedentes (ou de uma cultura de precedentes)*. No artigo “Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF” de Adriana de Moraes Vojvodic, Ana Mara França Machado e Evorah Lusci Costa Cardoso (2009), constata-se a existência de um déficit democrático no STF, tendo em vista a falta de transparência decisória e uma suposta ausência de cultura de respeito aos precedentes. Certamente a ausência de um sistema organizado de precedentes e de uma cultura de precedentes no Brasil é um efeito imediato dos fatores anteriormente mencionados.

Em suma, esses quatro fatores esclarecem, em grande medida, os motivos da fraca interação argumentativa das cortes brasileiras. As possíveis agendas sobre o aprimoramento da atuação dos juízes ou da reforma do judiciário no Brasil – sobretudo em relação à qualidade da dogmática produzida – deve levar em consideração os fatores indicados. Caso contrário, poderá incorrer no risco de replicar um modelo inconsistente (em termos argumentativos) de decisão e de não produção de segurança jurídica.

Referências

BARROS, M. A. L. L.; LANGENEGGER, N. Crítica à estrutura do Supremo Tribunal Federal por meio da teoria da agência: repensando a racionalidade da corte. In: *XXI Congresso Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito*, 2012, Niterói. Teoria e História do Direito Constitucional, 2012. p. 396-420.

CARDOSO, E. L. C.; Vojvodic, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, v. 5, 2009, p. 21-44.

CUNHA, Luciana G.; DIMOULIS, Dimitri; RAMOS, Luciana (orgs). *O Supremo Tribunal Federal para além das ações diretas de inconstitucionalidade*. São Paulo: Acadêmica livre, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO Jr., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.) *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 337-362.

RODRIGUEZ, J. R. *Como decidem as cortes: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SANTANA. A. O.; BARROS, M. A. L.L.; RAMOS. L. O. *A interação argumentativa entre o STF e outras cortes*. 2014 (no prelo).

SANTISO, Carlos. “Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability”. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. *Democratization and the judiciary: the accountability function of courts in new democracies*. London: Frank Cass, 2004, pp. 162-180.

4. O (NÃO) DIÁLOGO ENTRE JUÍZES E O DILEMA DE AJAX: UMA ABORDAGEM REFLEXIVA A PARTIR E ALÉM DA NECESSIDADE DA OBSERVAÇÃO DA NOÇÃO DE “EMPRÉSTIMO/ TRANSPLANTE” DE IDEIAS

Thiago Santos Aguiar de Pádua¹

Resumo expandido

Há não menos do que 5 anos atrás (2009) a Juíza Ruth Bader Ginsburg, da Suprema Corte Americana, foi homenageada com um simpósio no *Moritz College of Law* na Universidade de Ohio por ocasião da celebração dos 15 anos de sua judicatura na Suprema Corte, e o tema da vez, discutido com bastante ênfase foi a visão desta magistrada sobre a utilização de direito estrangeiro (*foreign law*) por parte dos Juízes Americanos. A questão foi objeto de uma reportagem especial do jornal “The New York Times”².

Trata-se da discussão sobre a resistência por parte de juízes americanos para a utilização de direito estrangeiro. Para Ruth Ginsburg a resistência em utilizar citações de direito estrangeiro por parte de certo nicho dos Juízes Americanos decorreria de um mal entendido, mencionando: “Você não vai ser ouvido se você não ouvir os outros”, perguntando a seguir: “Porque nós não podemos olhar para a sabedoria de um juiz estrangeiro pelo menos com a mesma facilidade com que podemos ler um artigo jurídico escrito por um professor?”³.

-
- 1 Mestrando em Direito e Políticas Públicas do UniCEUB. Pesquisador-Discente do CBEC – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais. Bolsista da CAPES.
 - 2 Cfr. Ginsburg Shares Views on Influence of Foreign Law on Her Court, and Vice Versa. New York Times, por Adam Liptak, em 11 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2009/04/12/us/12ginsburg.html?_r=1&>. Acesso em: 19 set. 2014.
 - 3 Cfr. Ginsburg Shares Views on Influence of Foreign Law on Her Court, and Vice Versa. New York Times, por Adam Liptak, em 11 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.nyti->

As declarações da juíza Ruth Ginsburg ecoaram pelos Estados Unidos, e a rede de televisão CNN realizou um editorial de cobertura sobre o evento e sobre as declarações nele emitidas. Com uma chamada denominada “*Foreign Influence*”, e com duração de pouco menos de 5 minutos, colocou os termos do debate em torno da “ameaça à soberania americana”, no sentido de que outros tribunais e outras normas não aprovadas pelo parlamento Americano não poderiam influir em julgamentos dos Estados Unidos, e o ponto alto do editorial é o sarcasmo com que se repele a proposta de Ruth Ginsburg.⁴

A mencionada rede de televisão realiza, ao final do editorial, propositalmente um link com um caso estrangeiro no qual o juiz Sheikh Habib Al-Habib, da Arábia Saudita, se recusou a anular pela segunda vez um casamento entre um homem de 47 anos com uma criança de 8 anos. E o editorial indaga se a juíza Ruth Ginsburg deveria conversar com o juiz saudita, para trazer costumes loucos para os Estados Unidos, ou quem sabe convencer o juiz saudita a anular o casamento, conforme o pedido da mãe, pelo menos até que ela alcance a puberdade.⁵

Evidentemente a questão é muito mais complexa, e o reducionismo do editorial midiático não consegue apreender todas as delicadas questões envolvidas, mais preocupado em estigmatizar e repelir a visão da juíza Ruth Ginsburg, estando ausente uma necessária sofisticação e verticalização sobre a questão. Não obstante, a própria juíza Ruth Ginsburg também utilizou o mesmo expediente praticamente afirmando que o Congresso e seus colegas de Tribunal estariam fazendo muito barulho por nada. Ginsburg e a CNN equivocaram-se em simplificar a questão.

Marcelo Varella em sua tese de livre-docência cuida de analisar aspectos complexos da “internacionalização do direito”, às quais remetemos o leitor,

mes.com/2009/04/12/us/12ginsburg.html?_r=1&>. Acesso em: 19 set. 2014.

- 4 O vídeo da reportagem da CNN encontra-se disponível na internet (*youtube*), com duração de 4:22. Cfr. Justice Ruth Bader Ginsburg Argues Foreign Laws Should Have Influence On American Laws. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=KSWxpoaelys>>. Acesso em 19 set. 2014.
- 5 Cfr. Saudi judge refuses to annul 8-year-old's marriage. CNN, por Mohammed Jamjoom, em 12.04.2009. Disponível em: <<http://edition.cnn.com/2009/WORLD/meast/04/12/saudi.child.marriage/index.html?eref=rss>>. Acesso em: 19 set. 2014.

sendo importante aqui, neste momento, sua abordagem sobre os “diferentes processos de diálogo, que passam pela “construção de uma gramática jurídica comum”, bem como pela “confluência normativa”, especialmente em nível constitucional, pela “fertilização cruzada entre juízes” e pela denominada “construção de redes normativas privadas com pretensão de autonomia em relação ao sistema jurídico estatal”⁶.

Em razão da amplitude do tema, na enorme e dilargada miríade de possibilidades, trataremos neste artigo apenas sobre o possível diálogo entre juízes no qual um juiz ou Corte Judicial nacional eventualmente invoque ou pretenda invocar decisões ou direito estrangeiro produzido por outro Estado ou Corte de Justiça Estrangeira, vale dizer, um juiz ou tribunal brasileiro (STJ, STF, etc.) utilizando casos ou direito de outro país, como e.g. os Estados Unidos (Suprema Corte Americana, etc.).

No caso particular dos Estados Unidos, é conhecido o fato de que precedentes estrangeiros não possuem efeito, a não ser um limitado valor de eloquência persuasiva⁷. São bastante conhecidos ao menos 3 fatores principais para a determinação do peso e da aceitabilidade de precedentes estrangeiros. Em primeiro lugar, eles permitem associação histórica. Segundo, a incidência de sistemas legais cognatos, ou seja, similaridade entre tradições jurídicas, de doutrina legal e de princípios, além de similaridade entre dispositivos de procedimentos. Terceiro, a existência de natureza análoga entre particularidades jurídicas e instituições constitucionais, a exemplo da forma federativa de governo ou a existência de tribunais supremos similares com poder de judicial review⁸.

Em complemento a estes 3 fatores determinantes, existem ainda muitos outros fatores que se mostram importantes, incluindo barreiras de linguagem, emulação cultural, ressentimento cultural e apreensão política, além de antecedentes pessoais dos juízes e a disponibilidade avaliatória de materiais jurídicos⁹.

No EUA, afirma-se que entre todos os fatores, talvez o mais importante (importância primária), seja inerente a associação histórica. Para tanto, observa-se que os precedentes das Cortes da Inglaterra encontraram seu lugar no

6 VARELLA, 2013, p. 166-225.

7 TRIPATHI, 1957, p. 321.

8 *Op. Cit.*, p. 322.

9 *Op. Cit.*, *Loc. Cit.*

direito dos Estados Unidos no ano de 1607 “no que couber” (*insofar as applicable*), mas à medida que o *corpus juris* de cada estado cresceu em maturidade e completude, os precedentes ingleses foram gradualmente substituídos por precedentes locais, e também competindo com precedentes dos outros estados¹⁰, ou seja, a utilização de precedentes estrangeiros está vinculada a um elemento de colonização, para que o colonizador aplique seu direito no país colonizado, claramente o caso do início dos Estados Unidos e da Inglaterra, assim como aqui no Brasil poderíamos citar o caso da dualidade Portugal-Brasil.

Tanto assim que nos Estados Unidos de hoje, conforme rememorado acima na reação as ideias de da juíza Ruth Ginsburg, a questão da aplicação do direito estrangeiro está vinculada à afronta a soberania do país.

Jeremy Waldron publicou um artigo provocante sobre a temática, iniciando com uma pergunta: “seria sempre apropriado às Cortes americanas citar ou afastar o direito estrangeiro?”. O autor menciona o caso da aplicação da pena de morte para criminosos juvenis (*Roper v. Simmons*¹¹), em que o autor ficou surpreso pelo fato de o tema da citação do direito estrangeiro ter surgido com certa intensidade entre os juízes da Suprema Corte, mas que ninguém no Tribunal se incomodou em articular uma teoria geral de citação ou sobre a autoridade do direito estrangeiro¹².

A preocupação de Jeremy Waldron faz todo o sentido, pois a menção a um precedente estrangeiro (*foreign law*) invocado em uma decisão judicial, ou será um mero *obiter dictum*, dito de passagem e sem importância para a efetiva solução da controvérsia, ou será *ratio decidendi*, e como razão de decidir, participa da racionalidade da construção da solução invocada. É neste sentido que o tema do diálogo entre juízes, em um alegado cruzamento para fertilização, até agora foge ao debate essencial, de localização e significado da citação dentro da decisão judicial.

Buscamos refletir e evidenciar os motivos pelos quais destacados juristas americanos repelem este diálogo entre juízes, e durante a discussão, observar detidamente a importante questão do “transplante/empréstimo” das ideias¹³,

10 *Op. Cit.*, p. 323.

11 Caso *Roper v. Simmons* 125 S.Ct. 1183 (U.S., MO., 2005) Docket Number: 03-633.

12 WALDRON, 2005.

13 PARISE, 2010, p. 1-2; GIBSON, 2010, p. 67.

tendo em mira a crítica sobre a “importação” acrítica de institutos e instituições estrangeiras.

Com efeito, o jurista Marcelo Neves observou que ao retornar ao Brasil, em 2003, após alguns anos de pesquisa na Europa ficou surpreso com a expansão e a dimensão de temas como ponderação, constitucionalização do direito, principiologia, principalmente porque inseridos não apenas na teoria do direito mas na dogmática e na prática jurisprudencial sem limites, o que ele constatou ser uma importação acrítica de construções estrangeiras sem uma adequada seletividade apropriada à realidade nacional¹⁴.

Neste sentido, um outro jurista - Lenio Streck, também menciona que o pensamento jurídico brasileiro operou a recepção de maneira equivocada de pelo menos três paradigmas interpretativos oriundas de outras realidades constitucionais: o ativismo judicial, a fórmula da ponderação e a jurisprudência dos valores¹⁵.

Parece altamente recomendável observar o “diálogo entre juízes” a partir de uma “fertilização cruzada” com bastante cautela, desconfiança e receio. Cautela para não erodir uma ordem jurídica. Desconfiança para que não sejam operadas “importações” sem a devida cautela. Receio de que, (sem desconfiança e cautela), voluntarismos, arbitrariedades, decisionismos, ideologia e valores pessoais, sejam o mote e o pretexto para que o poder judiciário seja o que tem sido hoje: um produtor de insegurança¹⁶.

Propomos uma reflexão peculiar sobre a questão, com a utilização de elementos conceituais de um “juiz Macunaíma”, representativo do judiciário nacional, e este último passa a enfrentar um dilema, a partir da releitura de uma outra mitologia grega. Trata-se do “Dilema de Ajax”, com uma utilização metafórica das personagens de Ajax e Odisseu que remontam à guerra de Tróia, e que representariam, respectivamente, a força e lealdade ao direito nacional (Ajax), e a esperteza e a astúcia da utilização do direito estrangeiro (Odisseu), da maneira como interpretado na leitura proposta.

14 NEVES, 2013.

15 STRECK, 2012.

16 GRAU, 2014, p. 16-18.

Duas obras de escol foram produzidas no Brasil: as eruditas e atiladas teses de Marcelo Neves sobre o “Transconstitucionalismo”¹⁷ e de Christine Peter sobre a “Transjusfundamentalidade”¹⁸. O presente artigo propõe uma reflexão sobre um ponto que parece ter sido propositalmente evitado pelas duas teses, e que permanece ainda bastante intocado, qual seja, a exploração dos principais e centrais argumentos pelos quais se supõe e se defende a interdição do diálogo entre juízes.

Tais argumentos podem ser encontrados de maneira sintetizada em dois artigos ácidos e incisivos. O primeiro, de autoria de Richard Posner, intitulado “*No Thanks, We Already Have Our Own Laws: The court should never view a foreign legal decision as a precedent in any way*”, que poderia ser traduzido como “Não, obrigado. Nós já temos nosso próprio direito: A Corte jamais deveria vislumbrar uma decisão judicial estrangeira como um precedente”. O Segundo, de autoria de John Yoo e Robert J. Delahunty, tem o título de “*Against Foreign*

17 NEVES, 2009a. Nas palavras resumidas do próprio autor, em entrevista, disse: “Em poucas palavras, o transconstitucionalismo é o entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional. Ou seja, problemas de direitos fundamentais e limitação de poder que são discutidos ao mesmo tempo por tribunais de ordens diversas. Por exemplo, o comércio de pneus usados, que envolve questões ambientais e de liberdade econômica. Essas questões são discutidas ao mesmo tempo pela Organização Mundial do Comércio, pelo Mercosul e pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. O fato de a mesma questão de natureza constitucional ser enfrentada concomitantemente por diversas ordens leva ao que eu chamei de transconstitucionalismo”. Cfr. NEVES, 2009b.

18 SILVA, 2014; SILVA, 2013. Pelas palavras da própria autora: “como referência provisória do conceito de transjusfundamentalidade, apresento a ideia de fenômeno cuja principal característica exterior é uma atitude de alteridade em direção à percepção do outro, como espelho de si próprio, cujas principais consequências ontológicas e procedimentais podem ser apreendidas por meio de vivências sociais, institucionais e/ou existenciais aptas a fazer face aos problemas difíceis relacionados à convivência humana em sociedades plurais, complexas e tecnológicas (...) uma visão de diálogo entre instituições e de circulação de ideias jusfundamentais pela alcunha de transjusfundamentalidade, cuja principal consequência metodológica é a crescente importância que a lógica comparativista tem ganhado, no âmbito das decisões de Cortes, que se ocupam de questões constitucionais relacionadas à concretização de direitos fundamentais”. Cfr. SILVA, 2013, p. 81-82.

Law”, traduzido de forma livre como “Contra o Direito Estrangeiro”. Estes os elementos de pesquisa a serem materializados e defendidos no II Seminário “Diálogo Entre Juízes”, e eventualmente publicado nos anais do evento.

Referências

FRANK, Jerome. *La influencia del Derecho Europeo Continental en el “Common Law”*: Algunas reflexiones sobre el Derecho ‘comparado’ y ‘contrastado’. traducción de José Puig Brutau. Barcelona: Casa Editorial BOSCH, 1957.

GIBSON, J. C. *Impact of legal culture and legal transplants on the evolution of the australian legal system*. In: CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). *Legal Culture and legal transplants*. Washington, D. C.: International Academy of Comparative Law, 2010.

GINSBURG, Ruth. *Transcript of Interview of U.S Supreme Court Associate Justice Ruth Bader Ginsburg*. Interviewed by Professor Deborah Jones Merrit & Professor Wendy Webster Williams. *Interview of Justice Ginsburg*. Ohio State Law Journal, v. 70, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos Juízes* (A interpretação/aplicação do direito e os princípios), 6ª edição refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2014.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2013.

_____. *Transconstitucionalismo*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009a.

_____. *O Justo e o Direito*. “Acesso à Justiça não é só o direito de ajuizar ações”. Entrevista de Marcelo Neves ao Consultor Jurídico, em 12 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimde-entrevista-marcelo-neves-profesor-conselheiro-cnj>>. Acesso em: 7 set. 2014.

PARISE, Agustín. *Legal transplants and codification: exploring the north american sources of the civil code of argentina (1871)*, in: CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). *Legal Culture and legal transplants*. Washington, D. C.: International Academy of Comparative Law, 2010. POSNER, Richard. No Thanks, We Already Have Our Own Laws. *Legal Affairs*. 2004. Disponível em: <http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp>. Acesso em: 19 set. 2014.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjufundamentalidade - Diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. 1. ed. Curitiba: Editora CRV, 2014.

_____. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 274 f. Tese (Doutorado em Direito) —Universidade de Brasília, Brasília, 2013. SOPHOCLES. Ajax. Trad. R. C. Trevelyan. CreateSpace Ind. Pub. Platform, 2014.

STRECK, Lênio. *A Interpretação da Constituição no Brasil: Breve Balanço Crítico*. Revista Paradigma, a XVII, n. 21, 2012.

TRIPATHI, P. *Foreign precedents and constitutional law*. Columbia Law Review, v. 57, n. 3, 1957.

VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013.

WALDRON, J. *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, 119 Harvard. Law Review. 129, 2005.

WIGMORE, John H. *A Map of the World's Law*. Geographical Review Vol. 19, No. 1 (Jan., 1929).

WOODRUFF, Paul. *The Ajax Dilemma: Justice, Fairness and Rewards*. New York: Oxford, 2011.

YOO, John; DELAHUNTY, Robert. J. *Against Foreign Law*. Harvard Journal of Law & Public Policy, v. 29, 2005.

5. TRABALHO E DIREITO: PISTAS PARA A INSERÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS DO TRABALHO JUDICIÁRIO COMO ELEMENTO RELEVANTE DO DIÁLOGO ENTRE JUÍZES

Volnei Rosalen¹
Lucas Ruiz Balconi²

Introdução

No dia 03 de agosto de 2011 uma juíza do trabalho se suicidou, atirando-se do prédio da antiga Sudene no Recife. As notícias do episódio, como é comum nesses casos, esmiúçam pouco os motivos, e fazem alusão a depressão e esclerose. O fato em si é esse: era um dia normal de trabalho; após realizar uma audiência e despachar com um advogado, a juíza trancou-se em seu gabinete, e atirou-se do prédio.

Nenhuma das notícias relaciona o suicídio da juíza com o trabalho e suas condições. Mas a referência que busca ligar uma coisa e outra tem aparecido já há algum tempo em manifestações públicas de associações de juízes³, e em outros meios. No período recente é recorrente a indicação de existência, nesta categoria, de sofrimento mental superior ao encontrável em outras populações.

Se por um lado não é possível estabelecer um nexó direto entre o trabalho e o suicídio, por outro, a simples escolha do local para realizá-lo parece conter

-
- 1 Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP), especialização em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Unicamp.
 - 2 Advogado, Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.
 - 3 Em 11 e 12 de setembro de 2013, durante a reunião preparatória do VII Encontro Nacional do Judiciário dois discursos contundentes, dos juízes Vilian Bollmann, representante da Ajufe, e Paulo Schmidt, representante da Anamatra, chamaram a atenção para a questão.

aquilo a que o pesquisador francês Christophe Dejourns refere-se como “*uma mensagem extremamente brutal, a pior que se possa imaginar*”⁴.

Trabalho Judiciário e reestruturação produtiva

Na pesquisa realizada pela Anamatra e UFMG⁵ a explicação para o sofrimento dos juízes é o excesso de trabalho, ou de excesso de horas de trabalho. Seguem-se a essa visão opiniões que remetem a soluções como a contratação de mais juízes, ampliação dos serviços de apoio, como assessorias, e a modernização dos instrumentos de trabalho. Os dados instrumentalizam reivindicações dessa natureza e, por consequência, mais orçamento para o Poder Judiciário⁶.

Nas pesquisas envolvendo trabalhadores não togados, o excesso de carga de trabalho também aparece, mas a crítica avança sobre a flexibilização das relações de trabalho, com a incorporação de diversas modalidades de vínculos temporários a indicar a precarização das relações trabalhistas no judiciário⁷.

Independentemente de se encontrar ou não relação direta entre um episódio trágico como o suicídio e as relações de trabalho – o que, de regra, enfrenta

- 4 A entrevista encontra-se em <http://www.publico.pt/temas/jornal/um-suicidio-no-trabalho-e-uma-mensagem-brutal-18695223>.
- 5 Pesquisa Situação de Saúde e Condições do Exercício Profissional dos Magistrados Trabalhistas do Brasil, coordenada por Ada Ávila Assunção, da Escola de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) em colaboração com a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho – Anamatra.
- 6 Segundo dados do relatório Justiça em Números do CNJ, analisando os relatórios de 2003 a 2013, a despesa do judiciário por habitante do país aumentou cerca de 150%, passando de R\$ 60,73 em 2003 para R\$ 163,04 em 2013.
- 7 Pesquisa Trabalho e Saúde dos Servidores do Judiciário de Santa Catarina e Trabalho e Saúde Mental dos Servidores do Judiciário de Santa Catarina, realizadas pelo Sinjusc, nos anos de 2003 e 2013, em parte publicadas nos livros *O juiz sem a toga* e *Os operários do Direito*. Segundo dados do Justiça em Números do CNJ de 2003 a 2013, o quantitativo de pessoal efetivo por 100 mil habitantes, oscilou de 74,63 para 77,00; o de juízes por 100 mil de 5,51 para 6,10; e o de pessoal total por 100 mil – que congrega também o pessoal não efetivo – variou de 98,20 em 2004 para 131,80 em 2013.

resistências do predomínio positivista nas ciências, a exigir um nexo de causalidade direto -, fato é que a simples referência à hipótese tem trazido ao debate a questão do trabalho, sua organização e regulamentação no Poder Judiciário.

O processo de transformação que tem por centro a crise do Estado de bem-estar e de suas estruturas, a partir dos anos 70, deflagrou uma nova etapa na história do capitalismo – sintetizada popularmente pela expressão *globalização* – que impactou fortemente sobre o trabalho e sua regulamentação no mundo todo⁸. Como essas transformações impactaram sobre áreas de trabalho público-estatal, como o Judiciário?

É uma questão pouco visível. Em parte pela resistência em se considerar que o que se faz no judiciário é trabalho. Voltarei à esta questão adiante. Em parte, no Brasil, porque as transformações no âmbito do trabalho judiciário coincidiram com medidas, efetivamente modernizadoras, de superação do atraso anti-republicano do judiciário nacional. Por fim porque tais transformações coincidiram com outro fenômeno: a judicialização de aspectos inteiros da vida econômica, social e política, que está na base da pleora de processos novos que enchem tribunais e fóruns.

Excesso de demanda e trabalho: o juiz e o paradoxo

A judicialização, explicada pelo enfraquecimento do Estado político e decomposição do público e da democracia, levaria, no dizer do juiz francês Antoine Garapon, a uma “recorrência ao jurídico”:

No entanto, o atual entusiasmo exagerado pela justiça pode conduzir a um impasse. A transferência irracional de todas as frustrações modernas para a justiça, o entusiasmo ingênuo pela sua onipotência, podem voltar-se contra a própria justiça(...). A invocação indiscriminada do direito e dos direitos tem por efeito submeter ao controle do juiz aspectos inteiros da vida privada, antes fora de qualquer controle público. (pág. 28)

8 Cf. DEDECCA, Cláudio Salvadori; e MENEZES, Wilson Ferreira.

A descrição de Garapon indica, que a percepção dos juízes sobre a *judicialização* contém um paradoxo: de um lado a recusa e a insatisfação geradas pelo que é denunciado como excesso de trabalho; e de outro a sensação de onipotência proporcionada pela recorrência de decisões que colocam os juízes nas manchetes da mídia e no centro da arena das disputas políticas⁹ - que servem a legitimar a maior busca ao judiciário. A ideia de “desjudicialização” soaria mais assombrosa do que o próprio excesso de processos. A solução estaria em aumentar mais e mais o orçamento do Poder Judiciário. A impossibilidade de fazê-lo, as resistências do Executivo e do Legislativo, e as pressões sociais e de interesses econômicos por julgamentos rápidos, induzem à seguinte solução da equação: racionalização do trabalho com o uso de novas tecnologias e novos métodos de organização do trabalho.

Racionalização e nova organização do trabalho judiciário

Esse ponto de chegada parece coincidir com aquele a que se chegou com as medidas de reestruturação produtiva definida pela necessidade de novos impulsos ao desenvolvimento capitalista a partir do fim da década de 70. As regras do jogo relativas ao trabalho foram redefinidas a partir de então. E isso afetou o judiciário em pelo menos dois aspectos: o primeiro repercute diretamente no fenômeno da judicialização, pois diz respeito ao papel assumido pelo judiciário na solução de conflitos econômicos e sociais; o segundo diz respeito aos efeitos que a nova organização do trabalho produziu sobre o trabalho judiciário em si. Aqui há um diálogo mudo, que não ocorre formalmente, embora talvez seja o mais presente, pois se refere ao trabalho e como suas regulamentações impactam sobre o modo como juízes julgam, como interpretam e como se colocam frente à realidade social e econômica dos países.

9 Recorro aqui ao exemplo que me parece mais emblemático, embora outros pudessem ser apresentados: uma manchete da Revista Veja, edição 2290, de 10.10.2012, em que o então presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Joaquim Barbosa é apresentado como “*O menino pobre que mudou o Brasil*”.

É possível supor, em fase especulativa, dois desdobramentos do processo de modernização e racionalização do trabalho dos anos 1980/90. Um deles, decorrente das transformações de caráter geral, indica a homogeneização de tecnologias, sejam ferramentas ou métodos organizacionais, e do conjunto das relações de trabalho, que torna igual o modo de trabalho de juízes e demais trabalhadores, independentemente do local onde se encontrem. Outro decorre do contrário, ou seja, da não homogeneização das relações de trabalho, a partir de realidades próprias de cada país.

Neste ponto poderiam ser formuladas duas novas questões: as modificações voltadas à racionalização do trabalho judiciário tem alcançado os objetivos propostos? O que tem definido as escolhas de modelos de planejamento e estruturas gerenciais utilizados? Como essas escolhas tem impactado sobre o modo de decidir dos juízes?

A centralidade do trabalho

O que está na base do volume de processos ajuizados não é objeto deste ensaio, mas o “excesso de trabalho” permite introduzir a proposta enunciada: o trabalho constitui uma categoria de análise central nas ciências sociais. Especificando mais, significa dizer que a interpretação do trabalho, de sua organização - o que conduz à questão da sua regulamentação - no âmbito do judiciário, pode constituir a base de uma pesquisa sócio-jurídica que permitiria desvendar fenômenos sociais e jurídicos contemporâneos bastante complexos. Por sua centralidade na definição do próprio modo de vida dos que trabalham, é de supor que o trabalho e o modo como se organiza e regulamenta, bem como os direitos que se atribuem aos que trabalham possam interferir de modo decisivo na atividade de julgar. É um movimento invisível, um diálogo mudo e surdo.

Parece que só recentemente, por conta do que se acusa como excesso, é que ficou mais evidente que o que se realiza no Poder Judiciário é trabalho. Trabalho vivo, ainda que intermediado por ferramentas tecnológicas modernas e diversas, e que implica em relações e regulamentações, que expressam realidades sociais e suas contradições. Herval Pina Ribeiro, em análise sobre o trabalho dos juízes apresenta uma visão sobre a questão:

No modo de produção capitalista, o trabalho é uma práxis exercida sobre determinado objeto, em determinado lugar e hora e tem, atrás e diante de si, relações sociais de subordinação que regulam o trabalho, sua remuneração e o andar na vida dos que trabalham. E o trabalho do juiz não foge à regra. (pág. 123)

O trabalho constitui categoria ontológica, que permite compreender que foi sobre a relação estabelecida pelo homem com a natureza para a produção e reprodução da vida que a espécie evoluiu. O trabalho define o homem, e, no limite, em sua apropriação para a produção, até o modo pelo qual ele adoecer¹⁰. Na chegada ao capitalismo o trabalho e as relações sociais por ele engendradas, ganharam juridicidade e estabeleceram-se controles sobre o seu tempo, o local e remuneração. Pela regulamentação se estabelecem as condições da compra e venda da força de trabalho. Expressões e categorias que historicamente serviram à explicação das relações de trabalho no âmbito privado soam, até hoje, estranhas ao trabalho no Estado. Mas parece difícil negar que, a despeito da especificidade que se possa atribuir ao trabalho nos serviços públicos, ainda assim trata-se de trabalho, cujas regras de realização seguem de perto as que regem os demais setores.

Essa percepção passou longe do judiciário por longo período. Ainda hoje, dizer que o que um juiz realiza é trabalho – trabalho social, pode-se dizer – seguramente soa mais ofensivo do que elogioso. Em parte o distanciamento é ideológico, mas em parte, decorre de fatores objetivos pelos quais se procura distinguir determinados grupos dentro da estrutura a partir de determinados direitos: férias duplas, auxílios, remunerações elevadas, etc.¹¹

10 RIBEIRO, Herval Pina: *“Hoje, quando não se está trabalhando se está indo ou voltando do trabalho ou se está comprando algo, de alguma maneira relacionado com o trabalho; quando se come e dorme é para repor as energias gastas e necessárias ao trabalho; e, mesmo quando se procria, as crias são os trabalhadores de amanhã. O trabalho, melhor dizendo, as relações sociais de trabalho, define o trabalhador, sua vida presente e futura e a vida dos seus, os modos de viver, morar, se alimentar, se divertir, se reproduzir, adoecer e morrer”*. (pág. 50)

11 Como exemplo a reportagem recente sobre um juiz da Suprema Corte da Suécia, em que se se comparam vantagens salariais e funcionais e outras prerrogativas, como carro oficial, entre

Conclusão, ou início de uma discussão

Boa parte da matéria administrativa relativa ao judiciário no período recente, movida pela busca de medidas que combatam a demora nos julgamentos, remete à regulamentação do trabalho. É o que se tem visto, por exemplo, na coleta de dados promovida pelo Conselho Nacional de Justiça no relatório Justiça em Números: grande parte das informações está voltada para reconhecer o tamanho da força de trabalho, onde está alocada, seus efeitos sobre produtividade, etc. Assim como boa parte da atividade regulatória do CNJ está voltada para elementos de organização e controle do trabalho, e sobre esses temas versam grande parte de suas resoluções.

É inevitável constatar que transformações no trabalho, que são em última instância convertidas em transformações na sua organização e regulamentação, impactam diretamente nessas relações e como elas são transmitidas aos demais nas relações cotidianas. Pesquisas atuais sobre o direito, assim como um diálogo efetivo entre juízes, não podem prescindir de uma detida análise sobre as relações sociais do trabalho no judiciário, suas determinantes e suas consequências, e os efeitos de sua organização sobre a atividade de julgar.

É assunto para um estudo mais longo e mais abrangente. Por ora, é lançar o debate.

Referências

DEDECCA, Cláudio Salvadori; e MENEZES, Wilson Ferreira. *A contratualização das relações de trabalho e o problema do emprego na Europa Ocidental: as experiências sueca, italiana e francesa*. Revista de Economia Política, vol. 15, número 3(59), julho-setembro/95.

DEJOURS, Christophe. *Um suicídio no trabalho é uma mensagem brutal*. Em 01/02/2010, publicado em: www.publico.pt/sociedade/noticia/um-suicidio-no-trabalho-e-uma-mensagem-brutal-1420732. Entrevista a Ana Gerschenfeld.

aquele país e o Brasil. Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=VyaMvzWHgmU> e <http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2013/10/20/juiz-sueco-usa-bicicleta-e-trem-para-ir-a-corte-presidencia-do-trf-3-usa-carro-sueco-de-luxo/comment-page-1/>

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia – o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

RIBEIRO, Herval Pina. *O juiz sem a toga – um estudo da percepção dos juízes sobre trabalho, saúde e democracia no judiciário*. Florianópolis: SINJUSC/Lagoa Editora, 2005.

RIBEIRO, Herval Pina. *Os operários do direito*. Florianópolis: SINJUSC/Lagoa Editora, 2009.

DIÁLOGO ENTRE JUÍZES EM MATÉRIA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITOS HUMANOS

1. O DIÁLOGO ENTRE JUÍZES COMO MEIO PARA A EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA TRANSICIONAL NO BRASIL - Danilo Vieira Vilela.
2. O PODER JUDICIÁRIO E O CONTROLE DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA ATRAVÉS DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - Denis Cortiz da Silva.
3. CONVERSASÕES TRANSCONSTITUCIONAIS ENTRE ORDENS JURÍDICAS - Fabrício da Silva Henriques.
4. A I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA COMO TENTATIVA DE DIÁLOGO ENTRE OPERADORES DO DIREITO - Guilherme Guimarães Coam.
5. DIÁLOGO ENTRE JUÍZES EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS: ESTUDO DE SUA APLICAÇÃO NO CASO DOS FAMILIARES DOS CIVIS MORTOS NA “GUERRILHA DO ARAGUAIA” CONTRA A UNIÃO FEDERAL - Laís Santana da Rocha Salvetti Teixeira.
6. DIÁLOGO ENTRE JUÍZES E A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES JUDICIAIS - Paula Zambelli Salgado Brasil, Alexandre Alberto Teodoro da Silva, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes Pignatari.
7. O VEREDICTO FINAL NO CONTROLE DO TABAGISMO: UM DIÁLOGO POSSÍVEL ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS - Renata Domingues Balbino Munhoz Soares.
8. MANDADO DE INJUNÇÃO E A ANTECIPAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PENAL: ANÁLISE DE CASO - Gabriel Firmato Glória Dolabella.

1. O DIÁLOGO ENTRE JUÍZES COMO MEIO PARA A EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA TRANSICIONAL NO BRASIL

Danilo Vieira Vilela¹

Em abril de 1964 grupos militares perpetraram um golpe instaurando no Brasil, um período que, perdurando até 1985, seria sustentado, sobretudo após o Ato Institucional n. 05 de 1968, graças a uma organizada perseguição a opositores políticos para a qual o Direito, sob a égide de um Estado Democrático de Direito, não pode dar as costas.

Usurpado o poder civil, a partir de 1964 os militares puderam colocar em prática a doutrina de segurança nacional, cujo resultado foi a supressão de direitos e garantias fundamentais, o que acabou por fazer com que diferentes grupos pegassem em armas, resultando no recrudescimento da atividade opressora estatal, mesmo diante da apatia de parte significativa da população².

Gradativamente, porém, as forças militares perceberam que mais dia, menos dia, o poder deveria retornar às mãos dos civis. Frente a isso, puderam (os militares) arquitetar uma transição ao seu modo, sem grandes rupturas e calcada por uma abertura lenta e gradual na qual se inseriu a lei 6.683 de 28 de agosto de 1979, ícone de uma anistia “ampla, geral e irrestrita”, mas também imoral, antijurídica e despreocupada com a justiça de transição.

A lei 6.683/79 concedia uma anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes

1 Doutorando em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito Obrigacional Público e Privado pela UNESP, MBA em Gestão Empresarial pelo UNESC.

2 BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. **Anistia**: as leis internacionais e o caso brasileiro. Curitiba: Juruá, 2009. p. 183.

políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

Nesse sentido, estabeleceu, ainda no § 1º do art. 1º que “consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”.

Frente ao quadro político de então, a compreensão dada ao dispositivo foi no sentido de que a anistia alcançaria os opositores do regime, bem como os agentes do Estado que teriam praticado crimes comuns contra a pessoa humana. Assim, a lei 6.683/79, seguindo um caminho semelhante ao de países, como Rússia, Bielo-Rússia, Geórgia, Espanha, Gana e Uruguai, admitiu a impunidade absoluta dos responsáveis pela criminalidade estatal, ou seja, dos agentes do Estado e dos detentores do poder político e social do regime anterior³.

Todavia, no longo prazo a interpretação ampliativa daquela lei viria a causar graves danos ao Estado e à sociedade brasileira que, diferente de países que passaram por situação semelhante (ex. Argentina, Chile, Portugal, África do Sul, dentre outros) não exerceu efetivamente a chamada “justiça transicional”, qual seja, o “processo de julgamentos, depurações e reparações que se realizam após a mudança de um regime político para outro”⁴.

Considerando-se a capacidade da justiça de transição em fortalecer o Estado de Direito, a democracia e os direitos humanos e reconhecendo-se seu caráter pedagógico,⁵ pode-se afirmar que o estado brasileiro deve contas ao

3 SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. **Anistia Penal**: problemas de validade da lei de anistia brasileira (lei 6.6683/79). Curitiba: Juruá, 2008. p. 95-96.

4 ESTER, Jon. *Closing the books*. Transitional justice in historical perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 1 *apud* DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciantes invejosos**: introdução prática às relações entre direito, moral e justiça. 5.ed. São Paulo: RT, 2008. p. 11.

5 PIOVESAN, Flávia. Lei de Anistia, Sistema Interamericano e o caso brasileiro, *In* GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Crimes da ditadura militar**: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: RT, 2011. p. 85.

seu povo e, sobretudo ao seu passado, já que deixou de tomar medidas que poderiam ter resolvido injustiças e ilegalidades, de forma a promover a paz social e a reconciliação entre os defensores do antigo e do novo regime e que teriam como escopo garantir que crimes, como aqueles relacionados à repressão política estatal, não mais se repetirão.⁶

Apesar de medidas como a lei n. 10.559 de 13 de novembro de 2002, que disciplina o Regime do Anistiado Político, voltando-se precipuamente para a reparação econômica de caráter indenizatório e a lei 12.528 que instituiu a Comissão da Verdade, ainda hoje os crimes perpetrados no período e em razão da ditadura militar continuam impunes e são tratados como tabus por vários setores da sociedade brasileira.

O julgamento do Coronel reformado do Exército Carlos Alberto Brilhante Ustra na Justiça de São Paulo e que foi amplamente divulgado pela mídia, reabriu o debate sobre a validade da Lei de Anistia nacional (processo 05.202853-5, da 23ª Vara Cível do foro central de São Paulo).⁷ A seguir, já em 2008, o Ministério Público Federal (MPF) de São Paulo promoveu Ação Civil Pública contra a União, Carlos Alberto Brilhante Ustra e Audir Santos Maciel, na qual o acusa o Exército de ser o responsável pelo sigilo ilegal de documentos do

Doi-Codi de São Paulo e, dentre outros, pede que os ex-comandantes do órgão sejam pessoalmente responsabilizados por torturas, mortes e desaparecimentos.

Também nesse sentido, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em outubro de 2008, propôs a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153/08 em que requereu ao Supremo Tribunal Federal (STF) que desse à lei 6.683/79 uma interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar.

Todavia, o STF em 28 de abril de 2010 declarou improcedente a Ação de proposta pela OAB, reconhecendo a compatibilidade da Lei da Anistia com o texto constitucional de 1988, fundamentando-se, sobretudo, no fato de a Lei

6 SWENSSON JUNIOR, op. cit. p. 78-80.

7 Ibid., p. 23.

6.683/79 preceder a Convenção da Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, assim como à Lei 9.455/97 que, no Brasil, disciplinou o crime de tortura. Além disso, segundo o Tribunal, a Lei da Anistia teria sido reafirmada no texto da Emenda Constitucional 26/85⁸.

Simultaneamente a essa discussão interna, a validade da Lei de Anistia foi objeto de análise perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs Brasil. Neste caso, a CIDH, em sentença de 2010, dentre outros aspectos, decidiu, por unanimidade, que as disposições da Lei de Anistia que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos nem para a identificação e punição dos responsáveis. Além disso, a sentença reconhece a responsabilidade do Estado brasileiro pelo desaparecimento forçado e pela violação de direitos e garantias judiciais previstas na mesma Convenção, dentre os quais o direito à liberdade de pensamento e de expressão e à integridade pessoal⁹.

Com base nesses argumentos, a Corte determinou que cabe ao Estado brasileiro conduzir a investigação penal dos fatos do caso Araguaia, visando esclarecê-los e determinar, efetivamente, as sanções, inclusive de natureza penal, além de medidas de ordem administrativa e civil.

Ou seja, a CIDH reconheceu, em suma, que a “Lei de Anistia brasileira viola vários tratados internacionais e não possui nenhum valor jurídico, sobretudo o efeito de acobertar os abusos cometidos pelos agentes do Estado, durante a ditadura militar”¹⁰. Não obstante o posicionamento da Corte Interamericana,

8 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo 584. 26 a 30 de abril de 2010. Disponível em: <http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo584.htm> Acesso em: 28 maio 2014.

9 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C, n. 219, par. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf Acesso em 27 ago. 2014. p. 115.

10 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes

o STF até o presente recusa-se a rever seu entendimento, fato que faz com que, no Brasil, ainda seja aplicada a Lei de Anistia de 1979, gerando um conflito de instâncias, nesse caso, sem paralelos no continente.

Assim, a decisão do STF não se compatibiliza com aquilo que se poderia legitimamente esperar ante a necessária “referência cruzada” ou “diálogo entre juízes” na medida em que deixa de aplicar, internamente, a interpretação dada pela Corte Interamericana sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos, mostrando um distanciamento entre a teoria e a prática dos direitos humanos perante a mais alta Corte do país.

Nessa perspectiva, segundo André Ramos Tavares, o Estado brasileiro segue agindo como um “ilusionista” no plano internacional, já que apesar de ter assumido obrigações perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, no Caso Araguaia, as descumpre com desfarçatez, alegando que as cumpre, conforme uma interpretação dada pelo STF e alheia ao entendimento da própria CIDH¹¹.

O mero reconhecimento da teoria do “diálogo das fontes” ou tampouco a adoção da teoria da suprallegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos não são suficientes para que se possa reconhecer o Estado brasileiro como um cumpridor das normas internacionais de direitos humanos. Mais que isso, é imprescindível que seja conferida à Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, uma interpretação nos mesmos moldes daquela praticada pela CIDH ao julgar os casos a ela submetidos.

Ou seja, exige-se do Brasil, que adote não apenas os textos, mas também a interpretação dos tratados internacionais a que se submete, o que deve ser feito através de um amplo diálogo entre juízes de forma que as instâncias internas e sobretudo o STF reconheça a necessidade de se aplicar o entendimento conferido pelas Cortes internacionais.

e tribunais brasileiros, In GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira **Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: RT, 2011. p. 51.

11 TAVARES, André Ramos. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: RT, 2011. p. 175.

No caso específico da Lei de Anistia, é imperioso que o STF observe e respeite a interpretação dada pela CIDH no Caso Araguaia, pois somente assim será possível às duas cortes, a criação de um direito comum, comprometido, efetivamente com a prevalência dos direitos humanos, em detrimento de posicionamentos unilaterais, muitas vezes apegados a um conceito ultrapassado de soberania.

Enfim, admitindo-se, que o esquecimento do passado é um dos fenômenos sociais responsáveis pela naturalização da violência no país¹², somente o uso de referências cruzadas entre o STF e a CIDH possibilitará a abertura do caminho para a efetivação de uma justiça transicional no Brasil.

Referências

AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. *Anistia, justiça e impunidade: reflexões sobre a justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. *Anistia: as leis internacionais e o caso brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em: 01 set. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010.

Serie C, n. 219, par. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf Acesso em 27 ago. 2014. DIMOULIS, Dimitri. *O caso dos denun-*

12 ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. A justiça de transição no Brasil: um caminho ainda a percorrer. In AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. **Anistia, justiça e impunidade: reflexões sobre a justiça de transição no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 185.

ciantes invejosos: introdução prática às relações entre direito, moral e justiça. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: RT, 2011.

GUEMBE, María José. Reabertura dos processos pelos crimes da ditadura militar argentina. *SUR: Revista internacional de direitos humanos*. Número 3, ano 2, 2005. p. 120-137. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo 584. 26 a 30 de abril de 2010. Disponível em: <<http://stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo584.htm>>. Acesso em: 28 mai. 2014.

SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. *Anistia Penal: problemas de validade da lei de anistia brasileira (lei 6.6683/79)*. Curitiba: Juruá, 2008.

2. O PODER JUDICIÁRIO E O CONTROLE DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA ATRAVÉS DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Denis Cortiz da Silva¹

Introdução

Segundo levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, a população carcerária brasileira, em junho de 2014, incluindo-se aqueles que cumprem prisão domiciliar, alcança o montante de 711.463 pessoas, transformando-se na terceira maior do planeta, atrás apenas de Estados Unidos e China, que possuem, respectivamente, cerca de 2.2 milhões e 1.7 milhão de pessoas presas. Ainda que desconsiderássemos a prisão domiciliar, alcançaria-se a notável marca de 563.526 presos, caindo apenas uma posição no ranking mundial, sendo ultrapassado pela Federação Russa, que possui um pouco de mais de 600 mil pessoas presas. Embora o número absoluto assuste, a situação torna-se ainda mais alarmante quando analisamos o total de vagas disponíveis no sistema penitenciário nacional, 357.219, o que, no melhor dos cenários – quando desconsideramos os presos em domicílio – implica em um déficit de vagas na ordem de mais de 200 mil.

A Lei 7.210/1984, que regula a execução penal, quando trata das penitenciárias, prevê, em seu artigo 88, que cada preso deverá ser “alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório”. O parágrafo único do mesmo artigo determina que os requisitos básicos de cada cela serão área mínima de 6m² e a salubridade do local, que deverá garantir fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado a existência humana.

1 Delegado de Polícia no Estado de São Paulo e mestrando em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Entretanto parece até utópico falar em cela individual de 6 metros quadrados para cada preso, quando a realidade mostra que as penitenciárias brasileiras são verdadeiros depósitos humanos, colocando vinte, trinta detentos no espaço que a lei determina que deveria ser ocupado por apenas uma pessoa, criando um ambiente que rebaixa o preso à condição sub-humana, tendo relatos que há até mesmo rodízio para dormir, pois o chão não é suficiente para acomodar todos, sendo uma cama apenas um sonho distante. Isso sem contar as condições de higiene pois o sanitário, que deveria ser individual, é utilizado por dezenas de pessoas.

Tais condições acabam rebaixando o ser humano a uma condição animal, fazendo com que haja de acordo com o ambiente a que foi submetido, sendo corriqueiras as rebeliões por melhores condições de vida – ou até mesmo por alguma condição – ou até mesmo, como se viu no estado do Maranhão, verdadeiros genocídios dentro dos presídios, muitas vezes apenas para sobrar algum espaço para que todos tenham um pedaço de chão para dormirem. Assim, torna-se impossível cumprir um dos objetivos da pena, que é a ressocialização do detento e sua reinserção na sociedade, uma vez que o ambiente que o cercou durante os anos que cumpriu sua pena apenas serviu para aflorar, dia após dia, seu lado selvagem.

Uma das alternativas para o controle da população carcerária é a aplicação do princípio da insignificância, instituto não normativo, mas que foi absorvido pela doutrina e jurisprudência e analisa se o dano causado pelo autor do crime é suficiente para que o Estado deva ocupar-se com sua repressão ou, por se tratar de dano de ínfima monta, deve ser comparado a um fato atípico e não movimentar a máquina estatal.

Assim, muitos dos autores de crimes leves, que hoje, em razão da falta de estrutura do Poder Judiciário e da Defensoria Pública, chegam a ficar anos detidos em condições degradantes, sequer seriam processados, gerando uma desafogamento da máquina estatal e diminuindo a superlotação dos presídios.

Segundo o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, em 2012, havia mais de 38 mil pessoas presas pela prática de furto, conduta de baixa lesividade, pois não há o emprego de violência e/ou grave ameaça e muitas das vezes o valor dos bens subtraídos é ínfimo, ainda mais quando as vítimas são grandes lojas ou redes de supermercado, locais onde esta espécie de delito é comumente praticado, sendo que muitas vezes tal processo pode ser encerrado aplicando-se

o princípio da insignificância, gerando grande contribuição para a diminuição da população encarcerada sem a real necessidade de tal restrição.

O princípio da insignificância na jurisprudência brasileira

Muito embora não esteja previsto expressamente em nenhum diploma legal, o princípio da insignificância vem sendo aplicado pela Jurisprudência, inclusive dos Tribunais Superiores. Entretanto encontra-se grande divergência na incidência do mesmo a casos análogos, de acordo com o órgão julgador.

O STF, por exemplo, ao julgar o HC 122547/MG², negou a incidência do princípio ao autor que foi preso por furtar em continuidade delitiva, de três estabelecimentos diferentes, uma lata de azeite de oliva, dois bolos e três discos de uma máquina Makita, sendo que todos os bens foram recuperados não restando qualquer prejuízo material para as vítimas. A negativa foi sustentada no fato o autor ser reincidente e por terem sido três estabelecimentos distintos, o que poderia causar o encorajamento na prática de pequenos delitos.

Entretanto a mesma Corte, ao julgar o HC 123032/PR³, reconheceu a incidência do princípio ao absolver sumariamente o réu que estava sendo julgado pelo crime de descaminho, uma vez que deixou de recolher aos cofres públicos a quantia de R\$ 13.639,22 a título de imposto de importação e imposto sobre produtos industrializados. Fundamentou sua decisão mencionando que nos termos do art. 20 da Lei 10.522/2002 e Portarias 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda, que estabelece em R\$ 20.000,00 o valor mínimo para que a Fazenda Pública cobre judicialmente qualquer débito tributário. Para o Pretério Excelso, aquele que sonega valor superior a dezoito salários mínimos tem periculosidade inferior e sua conduta é menos reprovável que aquele que furta uma lata de azeite e dois bolos, talvez para poder ter algo o que comer, encorajando os pequenos empresários a desonrarem seus compromissos tributários, pois não sofrerão qualquer punição, seja na esfera cível, seja na esfera penal, gerando uma sensação de impunidade em relação aos chamados “crimes de colarinho branco”.

2 Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 19/08/2014.

3 Segunda Turma. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 05/08/2014.

Também não se encontra uma uniformidade entre Tribunais até mesmo em relação ao mesmo caso. O STF, ao julgar o HC 122936/RJ⁴, reconheceu a aplicação do princípio ao agente que furtou onze barras de chocolate avaliadas no total de R\$ 44,00. Tal decisão reformou decisões da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que negaram a aplicação do princípio em virtude da reiteração delitiva do agente. O STF, na motivação do Acórdão, afirmou que “em que pese se afirmar que o paciente responde a outro processo por furto, tem-se que o valor do bem é ínfimo e também as barras de chocolate foram restituídas”. Ou seja, o STF, ao reformar as decisões de instâncias inferiores respeitou o princípio da presunção de inocência, pois responder à processo-crime não pode implicar em reiteração delitiva, além de contribuir para a dignidade dos recolhidos ao sistema prisional, ao deixar de determinar a prisão de alguém que praticou conduta que causou dano tão ínfimo a vítima, uma grande loja de departamentos de alcance nacional.

Até mesmo as duas turmas do STF não tem posicionamento definido quanto ao tema. Comparando-se os julgados no HC 113773/MG⁵ e RHC 112694/DF⁶, a Segunda Turma entendeu que duas condenações anteriores por roubo não ilidem a aplicação do princípio, enquanto a Primeira Turma disse que “A existência de registros criminais ou infracionais pretérios obsta o reconhecimento do princípio”. Ou seja, enquanto uma das Turmas entendeu que a reincidência por crime com emprego de violência e/ou grave ameaça não impede o reconhecimento do benefício, a outra, pelo fato do autor ter registros como menor infrator, cuja lei reconhece a incapacidade de pessoa nesta faixa etária de entender o caráter ilícito de sua conduta, impede a aplicação do mesmo benefício.

Ou seja, a insignificância, embora não prevista no corpo normativo pátrio é aceita pelos Tribunais pátrios, mas ainda não conseguiram uniformizar entendimento sobre quais hipóteses de incidência, pois há divergências até mesmo dentro do próprio STF, o que diminui a aplicação do mesmo, fazendo com que pessoa sejam condenadas por condutas de baixa ou até mesma nenhuma reprovabilidade, como o furto de alimentos de um supermercado, p. ex., conduzindo estas pessoas

4 Segunda Turma. Rel. Min. Carmem Lúcia. Julgado em 05/08/2014.

5 Segunda Turma. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 27/08/2014.

6 Primeira Turma. Min. Rosa Weber. Julgado em 02/10/2012.

até o sistema penitenciário, que está saturado, impondo a estes condenados condições degradantes e totalmente incompatíveis com a gravidade do ato praticado.

O princípio da insignificância na jurisprudência italiana

A Jurisprudência italiana mostra-se muito mais familiarizada com a aplicação da insignificância, ampliando suas hipóteses de aplicação. Ao decidir caso sobre supostos danos ambientais, a Corte de Cassação italiana afirmou que “a interpretação teleológica do fato típico revela claramente que o legislador não pretendeu defender o meio ambiente de qualquer ataque, senão dos ataques relevantes contra o objeto da tutela penal”⁷, situação impensável na jurisprudência nacional, que ainda tem resistência a aplicar o princípio a pequenos furtos de supermercado, quanto mais para danos à patrimônio da humanidade, como o meio ambiente.

A mesma Corte de Cassação italiana, ao decidir um crime de falsidade documental também aplicou o princípio ao afirmar que tal fato “não é punível, em razão da não-idoneidade da ação, a falsidade que se revela *in concreto* não idônea para ofender o interesse tutelado que é a genuidade do documento, é dizer, que não conta com capacidade de alcançar finalidade antijurídica”⁸. Em paralelo podemos destacar a decisão do STF no RHC 108193/SP⁹, que negou a incidência do princípio para o agente que foi preso potanto uma única cédula de R\$ 100,00 falsa, fundamentando o relator que “o objeto da norma é a fé pública e a credibilidade do sistema financeiro”.

A Corte Constitucional italiana ainda aplicou o princípio em um caso de porte ilegal de explosivos ressaltando que cabe ao magistrado “identificar, conforme a norma particular e o sistema global, o bem ou bens jurídicos protegidos e determinar *in concreto* a ofensa, ou seja, a quantidade mínima de explosi-

7 Revista Cassazione Penale, 1998, p. 2737 *apud* GOMES, Luis Flávio. *Delito de Bagatela: Princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato*. Revista Diálogo Jurídico. Ano I. Vol. I. Número 1. Salvador: 2001. p. 15.

8 Ibid. p. 16.

9 Primeira Turma. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgado em 19/08/2014.

vo capaz de gerar dano ou ao menos perigo de dano relevante o suficiente para ser considerado penalmente relevante”¹⁰.

Conclusão

Assim, verificamos que a Jurisprudência italiana aplica o princípio da insignificância de maneira muito mais confortável que a brasileira, sendo que o país europeu não enfrenta o problema de superlotação de seu sistema carcerário, que gera graves violações de Direitos Humanos.

Os Tribunais brasileiros, inspirados na Justiça italiana, devem buscar ampliar a incidência da insignificância, pois além das cadeias, a máquina jurisdicional também está emperrada, pois soterrada de milhões e milhões de processos, que muitas vezes versam sobre assuntos que não deveriam ocupar a máquina estatal uma vez que desproporcionaa a punição penal, que muitas vezes pode ser uma pena de morte mitigada, dadas as condições dos presídios brasileiros para delitos que sequer podem assim ser considerados, dada a ínfima gravidade da conduta.

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Brasília, 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Relatório sobre o Sistema Penitenciário Nacional – Dezembro/2012*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>.

GOMES, Luis Flávio. *Delito de Bagatela: Princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato*. Revista Diálogo Jurídico. Ano I. Vol. I. Número 1. Salvador: 2001.

10 Giurisprudenza Costituzionale, 1986, I, p. 415 *apud* GOMES, Luis Flávio. *Delito de Bagatela: Princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato*. Revista Diálogo Jurídico. Ano I. Vol. I. Número 1. Salvador: 2001. p. 16.

3. CONVERSASÕES TRANSCONSTITUCIONAIS ENTRE ORDENS JURÍDICAS (TRANSCONSTITUTIONAL DIALOG AMONG JUDICIAL ORDERS)

Fabrcio da Silva Henriques¹

Resumo expandido

Hodiernamente, muitas questes relacionadas à garantia e defesa dos direitos humanos ou à questao da limitacao do poder tem perpassado a esfera pública do Estado nacional, que não tem sido capaz, autonomamente, de oferecer resposta às mais diversas demandas da sociedade². Isto não significa, necessariamente, a ineficiencia estatal; trata-se de um reflexo das complexas e diversificadas interacoes sociais que ocorrem na atualidade³. A solucao desses problemas, por sua vez, não passa pela assuncao de uma determinada ordem jurídica em detrimento de outra, mas sim da constatacao de que são questes transconstitucionais⁴, cujas respostas podem estar na “conversacao” entre ordens jurídicas distintas.

1 Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília, advogado.

2 “Os problemas dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos ultrapassaram fronteiras, de tal maneira que o direito constitucional estatal passou a ser uma instituicao limitada para enfrentar esses problemas. O mesmo ocorreu com a limitacao do poder, com a questao de como combinar a limitacao e o controle do poder com sua eficiencia organizacional”, cf. Neves, 2009, p. 120.

3 Embora haja diferentes percepcoes dessas relacoes de complexidade, como Anne-Marie Slaughter e Gunther Teubner, citado por Neves, 2009, pp. 31-34 ss.

4 Neves, 2009, pp. XXI-XXII.

Cabe ao transconstitucionalismo, nesse sentido, servir de “pontes de transição”⁵ entre as diversas ordens jurídicas. Conforme acentua NEVES, “o fundamental é precisar que os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas”⁶.

No que concerne à coexistência de múltiplos Tribunais Internacionais, não há que se falar em hierarquia ou verticalização entre eles, e sim em coordenação e complementaridade⁷. Esses Tribunais conformam aquilo que CANÇADO TRINDADE denomina de “Redes Policêntricas de Tribunais Internacionais”⁸, as quais afirmam e confirmam “a aptidão do Direito Internacional para resolver os mais distintos tipos de controvérsias internacionais, em níveis tanto interestatal como intraestatal”⁹. A cada Tribunal é dado o esforço de contribuir para a busca da realização da justiça internacional.

A experiência hodierna de ampliação da jurisdição internacional (*lato sensu*) não deve ser entendida como “proliferação” de Tribunais internacionais, expressão que denota, de maneira negativa, a emergência de diversas cortes como

5 Neves, 2009, p. 117.

6 Neves, 2009, p. 121.

7 Cançado Trindade, 2011, p. 195.. Em relação a isto, explica Cançado Trindade que “a própria Carta das Nações Unidas (artigo 95) prevê a criação de novos tribunais internacionais, e nada há na Carta, nem no próprio Estatuto da CIJ [Corte Internacional de Justiça], que reserve a esta o monopólio da solução pacífica de controvérsias internacionais, ou uma indevida subordinação a esta dos demais tribunais internacionais. Acima de pretensões mesquinhas e frívolas dessa natureza (na busca de uma supremacia que não existe), encontra-se a necessidade da realização da justiça internacional, e para isso o Direito Internacional contemporâneo encontra-se hoje melhor equipado com os novos tribunais internacionais. É esta a visão que tenho propugnado e que tem vindo ganhar terreno e crescente apoio por parte da doutrina jusinternacionalista mais lúcida e esclarecida”, cf. Cançado Trindade, 2011, p. 189.

8 Cançado Trindade, 2013, p. 101; Cançado Trindade, 2011, p. 195. Conforme acentua Marcelo Neves ao analisar o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas diversas: “Isso significa dizer que não só a sociedade mundial, mas também o seu sistema jurídico é multicêntrico, de tal maneira que, na perspectiva do centro (juízes e tribunais) de uma ordem jurídica, o centro de uma outra ordem jurídica constitui uma periferia”, Neves, 2009, p. 117.

9 Cançado Trindade, 2013, p. 101.

algo atentador à unidade do Direito Internacional¹⁰. Diferentemente do pensamento dos ex-presidentes da CIJ, G. Guillaume e R. Schwebel, que temiam pela distorção na operação da justiça ou de confusão jurisprudencial, o que ocasionaria conflitos de competência e de interpretação do Direito Internacional¹¹, não se tem observado o potencial conflitivo e apocalíptico da atuação dos diversos Tribunais Internacionais. Essas concepções de fragmentação do Direito Internacional como algo que tende a minar a unidade do próprio sistema são caracterizadas por KOSKENNIEMI como “ansiedades pós-modernas”¹².

De maneira a corroborar com a crítica relacionado à pretensa problemática relacionada à fragmentação do Direito Internacional, é importante a lição de MARCELO NEVES:

No plano dos estudos do direito internacional público e das ordens jurídicas transnacionais, tem-se tornado lugar comum a utilização do termo “fragmentação para designar a falta de unidade do direito na sociedade mundial do presente. E, nesse contexto histórico, quando não se reconhece a fragmentação, a alternativa apresentada é a “utopia constitucional”. Do ponto de vista de uma abordagem sistêmico-funcional, a simples afirmação de utopias teleológicas ou o mero reconhecimento da fragmentação não constituem alternativas, antes indicam, respectivamente, o excesso de normativismo ou de realismo na abordagem dos problemas jurídicos da sociedade mundial¹³.

10 Em relação a isso, constata-se lição de Cançado Trindade como ferrenho crítico do tema: “há, de início, que nos precaver contra o uso de neologismos nefastos (como “fragmentação” do Direito Internacional) e pejorativos (como “proliferação” de tribunais internacionais), inteiramente desprovidos de sentido e estranho ao universo conceitual de nossa disciplina. A atenção deve centrar-se não nestes neologismos que insinuem um problema falso de delimitação de competências, mas sim na expansão do acesso à justiça a um número crescente de justiciáveis, em distintas latitudes, em todas as regiões do mundo” (tradução livre), cf. Cançado Trindade, 2013, p. 13.

11 Koskenniemi e Leino, 2002, p. 554.

12 *Ibidem*.

13 Neves, 2009, pp. 286-287.

Seguindo sua linha de pensamento, aduz o autor:

A fragmentação, em si mesma, não significa nada do ponto de vista da integração sistêmica. Os fragmentos podem permanecer sem nenhuma conexão, atuando com efeitos paralisantes ou destrutivos para os outros fragmentos. O problema que se põe é o de que como integrar esses fragmentos em uma “ordem diferenciada de comunicação”. Como se podem construir relações de interdependência entre os fragmentos? E é essa a integração sistêmica¹⁴.

O caráter descentralizado de produção de normas internacionais e o caráter anárquico das relações interestatais é algo próprio do Direito Internacional¹⁵, o que não invalida¹⁶ nem compromete sua existência enquanto sistema jurídico¹⁷. Da mesma forma, o fenômeno recente de ampliação e especialização da jurisdição universal significa a possibilidade de aumento do acesso dos jurisdicionados às Cortes, bem como representa maior garantia de proteção de direitos.

Dessa forma, a diversificação de Tribunais internacionais é reflexo da complexificação do Direito das Gentes, que, tendo em conta a evolução das próprias relações humanas e interestatais, foi-se ampliando a dimensão dos bens jurídicos tutelados¹⁸. Isso não corresponde apenas a um fenômeno do sistema

14 Neves, 2009, p. 287.

15 De maneira correlata, embora não fale em “anarquia”, Luhmann aponta para a inexistência de “acoplamento estrutural” a nível mundial, cf. Luhmann, 2002, p. 416.

16 Neves, 2009, p. 132.

17 “O Direito Internacional não é um direito homogêneo, assim como o Direito Interno também não o é, em certas abordagens teóricas, nem um instituto específico do Direito Constitucional, do Direito Internacional, do Direito Penal, ou ainda, do Direito Civil, comportando várias interpretações. Estabelecer, portanto, a homogeneidade como pré-requisito para interpretação de qualquer regra ou sistema é um dogmatismo secular cego e medíocre. O Direito, enquanto sistema, conjuga um conjunto de abordagens de tratamentos específicos para matérias diferenciadas, e assim ocorre também no arcabouço sistêmico do Direito Internacional como um dos seus ramos. Menezes, 2013, p. 311.

18 Em relação a isso, é importante a lição de Wagner Menezes: “O fato de haver uma multiplicação de microssistemas jurídicos, que foram resultado de normatização internacional espe-

jurídico internacional, no próprio âmbito interno dos Estados a gama de direitos protegidos foi sendo ampliada e novos direitos passaram a ser garantidos. Trata-se, por conseguinte, de característica própria da contemporaneidade.

A característica de cooperação entre as ordens jurídicas internacional e constitucional dos Estados na solução de problemas transconstitucionais apresenta-se por aquilo comumente chamado de “diálogo das cortes”¹⁹. Não se trata de um mecanismo compulsório ou obrigatório aos juízes nacionais, mesmo porque isto feriria a independência funcional constitucionalmente concedida aos magistrados. Trata-se, por outro lado, de medida de cooperação entre juízes que, ao se depararem com situações que envolvam aplicação ou observância de normas internacionais, que seja prudente a interpretação e aplicação do direito em consonância com aquilo que é recorrentemente julgado pelas jurisdições internacionais em casos análogos. O maior beneficiário desse diálogo é o jurisdicionado, porquanto se evita interpretações conflitantes sobre as mesmas disposições normativas, o que permite a percepção dos sistemas jurídicos em maior coordenação.

Em relação ao “diálogo” entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, reconhecem-se os avanços na intensificação da “cross-referenc”, como mecanismo de salvaguarda dos Direitos Humanos. Contudo, os obstáculos são perceptíveis, no que concerne à harmonização das decisões de ambos os tribunais ao paradigma da proteção internacional dos Direitos Humanos²⁰.

cializada para cuidar dos Direitos Humanos, do Direito Internacional Econômico, do Direito Internacional do Meio Ambiente, do Direito Internacional do Mar, do Direito Internacional Penal, da Integração, entre outros campos, não quer dizer que exista uma fragmentação do Direito Internacional. Afinal, todos esses campos são “internacionais” e não negam que são ramos ligados ao Direito Internacional e que utilizam as suas fontes normativas, fortalecendo, assim, a ideia da unidade crescente no sistema em uma pluralização dinâmica do Direito Internacional”, Menezes, 2013, p. 312.

19 Ramos, 2009. Ver também Neves, 2009, pp 117-151, citando Slaughter, 2000; 2003.

20 Os casos analisados nos artigos são os seguintes: **ADPF 153 / DF, Rel. Min. EROS GRAU, J. 29/04/2010, Dje. 06/08/2010 (Caso do Diploma de Jornalista); RE 511961 / SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, J. 17/06/2009, Dje. 13/11/2009 (Caso da Lei de Anistia); RE**

Um dos casos paradigmáticos que levou o STF a dar uma solução na aparente contradição entre um dispositivo do Pacto de San José e uma norma constitucional foi o bastante conhecido caso do depositário infiel. A fim de não fugir ao tema do trabalho proposto, não será feita uma análise detida do caso e tampouco da evolução jurisprudencial do STF em relação ao tema. O traço importante do “Diálogo das Cortes” é evidenciado na própria ementa do RE 466.343/SP, da relatoria do Ministro Cezar Peluso (no artigo proposto para fins desse resumo expandido, são devidamente analisadas as implicações desse caso com o tema proposto no trabalho).

O segundo caso em análise denota ainda mais a relação de “diálogo” transconstitucional entre as cortes, bem como a utilização ampla da “cross-reference” como elemento persuasivo de grande relevância para o deslinde da causa. Trata-se do RE 511.961/SP²¹, conhecido pelo julgamento da desnecessidade de diploma de jornalismo para caracterizar a profissão de jornalista, da relatoria do Min. Gilmar Mendes (no artigo proposto para fins desse resumo expandido, são devidamente analisadas as implicações desse caso com o tema proposto no trabalho).

Se nos dois casos apresentados, pôde-se perceber, de maneira mais ou menos intensa, um diálogo frutífero entre a Corte Interamericana e o Supremo Tribunal Federal no enfrentamento de problemas transconstitucionais, o terceiro caso revela um desafio à ampliação e à consolidação desse “diálogo”: trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/DF²², de relatoria do Ministro Eros Grau, que questionava a recepção da Lei de Anistia de 1979 à Constituição Federal de 1988 (no artigo proposto para fins desse resumo expandido, são devidamente analisadas as implicações desse caso com o tema proposto no trabalho).

O simples “esquecimento” da jurisprudência da CtIDH por parte do STF já conota uma possibilidade conflitiva na resolução desse problema transconstitucional. É difícil de se imaginar o desconhecimento, por parte do tribunal

466.343/SP, Rel. Min Cezar Peluso, J. 03/12/2008, Dje. 05/06/2009 (**Tese da suprallegalidade de Tratados de Direitos Humanos**).

21 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 511961 / SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, J. 17/06/2009, Dje. 13/11/2009.

22 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 153 / DF, Rel. Min. EROS GRAU, J. 29/04/2010, Dje. 06/08/2010.

que trouxe à tona um precedente de 1985 da CtIDH, de julgados mais recentes com ampla repercussão internacional que levaram em conta a análise de leis de anistia por parte da Corte Interamericana. É muito louvável a fertilização cruzada para o aprimoramento e para o estabelecimento de “pontes de transição” entre as questões transconstitucionais, contudo ela deve ser realizada de maneira coerente, para que as soluções propostas não caiam em descrédito²³.

Destarte, à luz dos argumentos aqui expostos, entende-se que a cooperação entre as jurisdições constitucional e internacional na resolução de problemas transconstitucionais tende a reforçar a harmonização do sistema jurídico como um todo, garantindo previsibilidade nas relações interestatais e conferindo uma gama ainda maior de proteção aos indivíduos, por meio da possibilidade de acesso a tribunais internacionais de Direitos Humanos.

Referências

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El Ejercicio de la función judicial internacional: Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos*. Brasília: FUNAG, 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Opinião Consultiva n. 05/85 (“La celegiación obligatoria de periodistas”), decisão de 1985.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Gomes Lund e outros vc. Brasil (Guerrilha do Araguaia), sentença de 24/10/2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Barrios Altos vs. Peru, sentença de 13/03/2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Tribunal Constitucional v. Peru, sentença de 31/01/2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentença de 26/09/2006.

23 Neves, 2009, p. 248.

GALINDO, G. R. B. *A Reforma do judiciário como retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos: um estudo sobre o novo §3º do artigo 5º da Constituição Federal*. In: Cena Internacional, ano 7, n.1. Brasília: UnB/Funag, 2005.

KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. *Fragmentation of international Law? Post-modern anxieties*. In: *Leiden Journal of International Law*. Vol. 15, n. 03. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

MENEZES, Wagner. *Tribunais internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

NEVES, Marcelo. *A Força Simbólica dos Direitos Humanos*. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, n.04. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, outubro/dezembro 2005.

PELLET, Alain. “As Novas Tendências do Direito Internacional: Aspectos ‘Macrojurídicos’”, In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord), *O Brasil e os novos desafios do direito internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade Internacional por violação de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. “O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos”, In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Líliliana Lyra (orgs.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 466.343/SP, Rel. Min Cezar Peluso, J. 03/12/2008, Dje. 05/06/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 511961 / SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, J. 17/06/2009, Dje. 13/11/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 153 / DF, Rel. Min. EROS GRAU, J. 29/04/2010, Dje. 06/08/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF 320 / DF, Rel. Min. Luiz Fux. Processo em andamento (disponível no sítio eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>).

4. A I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA COMO TENTATIVA DE DIÁLOGO ENTRE OPERADORES DO DIREITO

Guilherme Guimarães Coam¹

Introdução

Reconhece-se que a saúde é um direito social e que, como tal, ao menos em tese, deve ser garantida pelo Estado. Entretanto, também se deve reconhecer que os recursos públicos são limitados e, muitas vezes, a discussão quanto à abrangência do direito à saúde acaba sendo levada ao Poder Judiciário. A questão é de grande importância, e gera diversas discussões nos meios político e jurídico.

A I Jornada Nacional da Saúde

Em maio de 2014, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizou a I Jornada Nacional da Saúde, em que se debateram problemas inerentes à judicialização da saúde.

A I Jornada Nacional da Saúde não é o primeiro – e, espera-se, nem será o último – evento organizado por Operadores do Direito, objetivando a uniformização da interpretação de diversas matérias atinentes à saúde.

Como exemplo destes eventos, menciona-se uma Audiência Pública no Supremo Tribunal Federal (Audiência Pública nº 4), realizada entre abril e maio de 2009, ocasião em que puderam se manifestar 50 especialistas, dentre opera-

1 Mestrando em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie, especialista em Direito Público e do Estado pela FADITU - Faculdade de Direito de Itu, em 2005. Advogado Sênior na Chiavassa e Chiavassa Advogadas Associadas.

dores do Direito, Professores, Médicos, Técnicos de Saúde, Gestores e usuários do Sistema Único de Saúde (SUS).

Mendes (2009), então Presidente do Supremo Tribunal Federal, na abertura dos trabalhos da Audiência Pública, bem descreveu a importância da discussão que se iniciava:

O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo.

Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito social à saúde, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias. A ampliação dos benefícios reconhecidos confronta-se continuamente com a higidez do sistema.

Eventos desta natureza representam uma tentativa de diálogo entre os operadores de direito que, em seu cotidiano, deparam-se com toda a problemática atinente à judicialização da saúde. Trata-se de um diálogo difícil, com grande divergência entre os interlocutores, e no qual se mostra muito difícil a obtenção de um consenso.

O Conselho Nacional de Justiça (2014), ao divulgar o evento, esclareceu quem seriam os interlocutores com os quais se pretendia dialogar:

Público-alvo: magistrados; membros do Ministério Público; advogados, membros de procuradorias (união, estados, município e autarquias); defensores públicos (federais e estaduais); servidores do Ministério da Saúde; secretários e servidores das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde; gestores de saúde; profissionais da área da saúde; profissionais da área

acadêmica (professores universitários e acadêmicos com atuação nas áreas da saúde pública, saúde suplementar e biodireito) e cidadãos com conhecimento e atuação nas áreas da saúde pública, saúde suplementar e biodireito.

Ao final da Jornada, foram apresentados enunciados interpretativos sobre o direito à saúde. Objetiva-se que estes Enunciados possam servir de parâmetro para os Operadores do Direito, tanto na apresentação, ao Judiciário, das demandas envolvendo a matéria, quanto no julgamento destas demandas.

A necessidade de uma discussão mais ampla sobre decisões individuais determinando o fornecimento de medicamentos, pelo Poder Público

Diversos foram os assuntos tratados, dentre o complexo universo da judicialização da saúde. Até mesmo pela quantidade de Enunciados relacionados à matéria, crê-se que o mais importante dos temas tratados pela Jornada tenha sido o fornecimento, pelo Poder Público, de medicamentos não previstos na lista do SUS.

Verifica-se, numa análise global dos Enunciados, que o Conselho Nacional de Justiça busca, embora maneira tímida, fornecer aos operadores do direito alguns parâmetros mínimos, a serem considerados antes de se determinar, ao Poder Público, o fornecimento de medicamentos não previstos na lista do SUS.

A Atuação, entretanto, poderia ser mais enérgica: embora o objetivo dos operadores do direito, ao proferir decisões determinando o fornecimento de medicamentos, seja a preservação da saúde e da vida daquele cidadão, a saúde pública não deveria ser analisada apenas no plano do direito individual.

Diversos aspectos precisam ser analisados, neste diálogo: o artigo 194 da Constituição Federal, por exemplo, que estabelece, dentre os objetivos do Poder Público para a organização da Seguridade Social, a *seletividade* e a *distributividade* na prestação dos serviços.

Os critérios da seletividade e da distributividade são limites expressamente contidos na Constituição Federal, e que devem ser respeitados pelo legislador ordinário. Esclarece Zélia Pierdoná (2009):

A seguridade social tem como objetivo a universalidade da proteção. Vimos, ainda, que esse é um ideal a ser atingido. Rumo à sua efetivação, o legislador infraconstitucional e o Executivo deverão escolher etapas, selecionando os riscos sociais que serão protegidos, até que todos sejam protegidos. A referida seletividade está prevista no inciso III do parágrafo único do art. 194.

[...]

Ressalta-se, ainda, que a escolha não é totalmente discricionária, pois a própria Constituição já apresentou os vetores a serem seguidos. Isso 1 Tratam, exclusivamente ou não, do fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, os Enunciados: 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, e 19. (Enunciados disponíveis em Conselho Nacional de Justiça, 2014) se verifica no segundo comando do princípio – distributividade – o qual determina que a escolha dos riscos a serem cobertos deve concretizar os objetivos da ordem social (bem-estar e justiça social). Esse princípio não tem sido reconhecido, especialmente pelo Judiciário, em suas decisões relacionadas à concessão de medicamentos pelo Poder Público.

Nos termos da Constituição Federal de 1988 (artigos 198 e seguintes), as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, à qual se denominou Sistema Único de Saúde. Entretanto, os detalhes do Sistema Único de Saúde foram deixados para a legislação ordinária.

Há, assim, limites ao direito à saúde, previstos na lei que regulamentou o Sistema Único de Saúde (SUS): Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Reconhece-se que Poder Público tem o dever de fornecer medicamentos necessários ao tratamento da população. Todavia, evidentemente, não há recursos disponíveis para o fornecimento de todos os medicamentos de que necessitem todos os cidadãos.

Toda prestação positiva do Estado depende de recursos, recursos estes que são, sabidamente, limitados. Mesmo em se tratando de direitos fundamentais, a limitação financeira é uma barreira inarredável ao Poder Público, como esclarece Pierdoná (op. cit.):

A Constituição, no § 5º do art. 195, determina que a criação, majoração ou extensão de benefícios e serviços da seguridade social somente poderá ser feita com a correspondente fonte de custeio total. Assim, pelo preceito constitucional, não há saída (prestações de saúde, previdência e assistência), sem que haja ingressos de receitas que possibilitem os pagamentos das referidas prestações. Isso significa que não haverá proteção sem a contrapartida financeira.

Considerando-se os limitados recursos financeiros de saúde, e a necessidade de estabelecimento de uma política pública unificada para o fornecimento de medicamentos pelos entes federativos, o Ministério da Saúde, gestor das políticas públicas de saúde, é o responsável pela elaboração de uma tabela, na qual estão previstos todos os procedimentos, medicamentos, OPM (órteses, próteses e materiais) disponibilizados pelo SUS.

Esta tabela é constantemente atualizada, levando-se em consideração o desenvolvimento científico, e os recursos disponíveis, e é disponibilizada a todos os cidadãos e gestores públicos por meio do SIGTAP - Sistema de Gerenciamento da Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS (disponível em <http://sigtap.datasus.gov.br/tabela-unificada/app/sec/inicio.jsp>).

Sarlet (2009) traz importante sugestão para a interpretação da abrangência de direitos fundamentais:

Na linha de que não apenas se interpretam os textos legais, mas também os fatos a que se estes se encontram referidos, há de se proceder a uma cuidadosa investigação acerca de quais realidades da vida se encontram afetadas ao âmbito de proteção do direito fundamental examinado. Em suma, o que se busca identificar, com base em especial (mas não exclusivamente, é bom enfatizar!) na literalidade do dispositivo constitucional correspondente, se a esfera normativa do preceito abrange, ou não, uma certa situação ou modo de exercício.

Indaga-se, seguindo esta linha, se o direito fundamental à saúde abrange o fornecimento de medicamentos de alto custo, não previstos na lista do SUS,

para um determinado indivíduo, que venha a procurar o Judiciário buscando sua obtenção.

E, num raciocínio interpretativo, a resposta que parece ser a mais adequada é a negativa. Afinal, sabidamente, não há recursos financeiros para o fornecimento ilimitado de medicamentos e tratamentos de alto custo.

Assim, não havendo recursos disponíveis para tal fornecimento ilimitado, devem-se estabelecer políticas públicas que visem o atendimento mais amplo possível de toda a população, o que significa que não se pode tomar decisões com fundamento em situações individuais; devem, sim, ser elaboradas políticas públicas gerais, de modo a atender a toda a população que do serviço público de saúde necessite.

Conclusão

O diálogo entre juízes, especialmente na área da saúde pública, não pode ser interrompido! Há um constante conflito entre a garantia à saúde e os recursos públicos disponíveis para o investimento em saúde. E este conflito demanda uma discussão ampla, aberta e constante, envolvendo não apenas os operadores do direito, mas também representantes da Administração Pública e da sociedade civil.

Sabe-se que beira à unanimidade o posicionamento de que os Juízes devem determinar, ao Poder Público, em decisões de lides individuais, o fornecimento de medicamentos. Entretanto, como parte deste constante diálogo, sugere-se que sejam também ouvidas as vozes daqueles que têm relevantes razões para expor opinião diversa.

Referências

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *I Jornada do Fórum Nacional da Saúde, 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/evento/eventos-novos/i-jornada-do-forum-nacional-da-saude>>. Acesso em: 28 set. 2014.

MENDES, Ministro Gilmar Ferreira. *Abertura da Audiência Pública nº 4 do STF*. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Sítio Eletrônico**, 2009. Disponível em: <<http://>

www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 15 abr. 2013.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. *O direito à saúde e a impossibilidade de concessão de medicamentos por decisões judiciais individuais*. In: Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo, SP, 2009. ISBN: 978-85-7840-029-3. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/Integra.pdf>, págs. 6042 a 6055. Acesso em: 20 mai. 2014.

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

5. DIÁLOGO ENTRE JUÍZES EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS: ESTUDO DE SUA APLICAÇÃO NO CASO DOS FAMILIARES DOS CIVIS MORTOS NA “GUERRILHA DO ARAGUAIA” CONTRA A UNIÃO FEDERAL

Laís Santana da Rocha Salvetti Teixeira¹

Este estudo trata do tema diálogo entre juízes, sob o enfoque do julgamento no qual foi a União foi condenada a fornecer o relatório oficial sobre a “Guerrilha do Araguaia”, indicando o local de sepultamento dos corpos dos civis desaparecidos.

Pode-se dizer que o fenômeno do diálogo entre juízes consiste na referência espontânea de decisões judiciais alienígenas em decisões judiciais alheias àquela conformação territorial e/ou institucional. Desta forma, o diálogo entre juízes é caracterizado como transnacional por envolver, como interlocutor, magistrado de país diverso da localidade em que foi proferida a decisão utilizada como citação paradigmática².

1 Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho.

2 Cf. LITTLEPAGE, Kelley. Transnational judicial dialogue and Evolving Jurisprudence in the process of European Legal Integration. Boston: Twelfth Biennial International Conference, 2011. p.5. Disponível em http://www.euce.org/eusa/2011/papers/9b_littlepage.pdf. Acesso em 22 de setembro de 2014. A autora observa que “transnational judicial dialogue is transnational because it involves the judges of one country reading the rulings and academic writings of another judge in another country. It has become commonplace in many jurisdictions for judges to refer to the decisions of the courts of foreign jurisdictions. It is a dialogue in the sense the judges are reading and applying the logics of foreign judges into their own rulings and logics and directly addressing the cases and law of foreign judges in their academic writings. Transnational judicial dialogue is a mechanism by which courts do become more similar in their interpretations”.

Assim, aventa-se que a incorporação de experiências estrangeiras como ilustração de precedentes visa enrobustecer a fundamentação e o acerto da decisão tomada naquele caso concreto e que seria aplicável, analogicamente, à hipótese *sub judice* ³.

Os comentários ao acórdão submetido ao Grupo 2 deste Seminário Internacional tratam da utilização de referências da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a prática de graves violações a direitos humanos durante regimes ditatoriais, motivo pelo qual cogita-se que a forma deste diálogo refere-se a um monólogo, eis que o relator do acórdão, oriundo do Tribunal Regional da Primeira Região, utilizou diversas referências à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para justificar o seu voto.

Com efeito, não haveria falar-se em diálogo horizontal em razão da diversidade entre os graus das jurisdições donde emanaram as decisões, aquela proferida no Brasil e aquela que citada em sua fundamentação. Ademais, considerando que o órgão jurisdicional brasileiro julgou o caso fazendo referência aos precedentes convergentes que são originários da Corte Interamericana, também não pode ser configurado diálogo na modalidade vertical ⁴.

Destaca-se que o recurso de apelação interposto pela União refere-se aos autos da ação ordinária proposta em 1982, trinta anos antes da instalação da Comissão Nacional da Verdade, no ano de 2012. A propositura também é anterior à submissão do Caso Gomes Lund à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que aconteceu em 1995.

O acórdão, relatado pelo Desembargador Souza Prudente, do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, sob nº. 2003.01.00.041033-5, negou provimento ao apelo, por maioria de votos, em 06 de dezembro de 2004, mantendo os termos da sentença, a qual determinou, entre outras providências, a quebra de sigilo das informações relacionadas às operações militares realizadas no

3 Cf. LUPI, André Lipp Pinto Basto. O transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas in Revista de Direito e Política. n. 3. vol.4. Itajaí: UNIVALI, 2009. p. 296. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/6156/3419>>. Acesso em: 22 ago. 2014.

4 Cf. SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. University of Richmond Law Review, 1994. pp. 103-111. Disponível em: <<https://www.princeton.edu/~slaughter/Articles/Typology.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2014.

combate à chamada Guerrilha do Araguaia, bem como fossem prestadas todas as informações relativas à transferência e destinação de civis vivos ou mortos para quaisquer áreas.

Importante ressaltar que no pólo ativo da demanda figuraram Julia Gomes Lund e familiares de outros dos civis desaparecidos no episódio conhecido como “Guerrilha do Araguaia”⁵. Nota-se, por oportuno, que, posteriormente, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a legislar, tipificando o delito de desaparecimento forçado, no julgamento do caso denominado “Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia)”.

Os autores da ação ordinária, que tramitou perante a 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária do Distrito Federal, sustentaram, em síntese, desconhecerem os destinos e/ou localização dos restos mortais de seus familiares, participantes do movimento denominado Guerrilha do Araguaia, os quais foram capturados e/ou mortos em operações militares ocorridas no período compreendido entre abril de 1972 e janeiro de 1975. Requereram que a

União fosse condenada a informar os dados da operação e a indicar os locais de sepultamento para procederem ao transporte das ossadas e à lavratura das certidões de óbito.

Os pedidos foram julgados procedentes, determinando-se a quebra de sigilo das informações militares relativas a todas as operações realizadas no combate à Guerrilha do Araguaia; que a ré informasse ao Juízo onde estão sepultados os restos mortais dos familiares dos autores e procedesse ao traslado das ossadas, o sepultamento destas em local a ser indicado pelos autores; que a União apresentasse todas as informações relativas à totalidade das operações militares relacionadas à Guerrilha do Araguaia, incluindo-se aquelas relativas aos enfrentamentos armados, capturas e detenção dos civis com vida, ao recolhimento de corpos de guerrilheiros mortos, aos procedimentos de identificação dos guerrilheiros mortos, inclusive averiguações dos peritos que desses procedimentos tenham

5 Julia Gomes Lund, Lulita Silveira e Silva, Maria Leonor Pereira Marques, Ermelinda Mazzaferro Bronca, Antônio Pereira De Santana, Elza Pereira Coqueiro, Alzira Costa Reis, Victoria Lavínia Grabois Olimpio, Rosalvo Cipriano de Souza, Roberto Valadão Almokdice, Edwin Costa, Helena Pereira dos Santos, Julieta Petit da Silva, Aminhthas Rodrigues Pereira, Zeli Eustáquio Fonseca, Acary Vieira de Souza Garlippe, Walter Pinto Ribas, Eloá Cunha Brum, Consuelo Ferreira Calado, Luiza Monteiro Teixeira, Elza Conceição Bastos e Cyrene Moroni Barroso.

participado, as informações relativas ao destino dado a esses corpos e todas as informações relativas à transferência de civis vivos ou mortos para quaisquer áreas.

A União interpôs recurso de apelação alegando que a sentença proferida padecia de vício insanável, sob alegação de que extrapolaria os limites e extensão dos pedidos, apresentando-se, portanto, como ultra petita e extra petita.

Em seu voto, o relator referiu que a sentença não era nula, eis que as informações prestadas pela União poderiam, a um só tempo, proporcionar o conhecimento sobre o destino dos familiares desaparecidos e o acesso aos restos mortais para que pudesse ser providenciado o sepultamento em local conhecido. Salientou, ainda, que os pedidos referem-se a pessoas (presumidamente) mortas, mas que provoca grande impacto na vida de seus entes, angustiados pela ausência de informações e de um “desfecho formal e ritualístico”.

Realmente, a literatura psicológica aponta a importância de velar e sepultar seus mortos como etapas elaboração do processo de luto, posto que o rompimento inesperado e traumático do vínculo afetivo forma o plano de fundo para o desenvolvimento de luto complicado, o qual, geralmente decorre de mortes violentas e/ou enigmáticas ⁶.

Como sabido, o período de exceção conhecido como “anos de chumbo”⁷ fez com que inúmeras pessoas desenvolvessem luto traumático, situação na qual, aparentemente, estavam enquadrados os autores da ação. Estima-se que foram assassinadas 100 pessoas e computados, aproximadamente, 150 casos de desaparecimento forçado ⁸.

Ademais, nos termos do voto do relator do acórdão, a pretensão dos autores da ação encerra valor extrapatrimonial e está fundamentada porque reconhecido o nexo de causalidade e de imputabilidade entre a ação das Forças Armadas Brasileiras e a morte e/ou desaparecimento dos familiares dos demandantes. Ressaltou-se que o combate às associações de caráter paramilitar não autoriza a ocultação de cadáveres pelos agentes do Estado, citando e comentando diver-

6 Cf. FRANCO, Maria Helena Pereira. Atendimento psicológico para emergências em aviação: a teoria revista na prática. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php>. Acesso em: 13 set. 2013.

7 FAUSTO, Bóris. História do Brasil. 11. ed. São Paulo: EDUSP, 2003. p. 480.

8 PIOVESAN, Flávia. Lei de anistia, sistema interamericano e o caso brasileiro. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: RT, 2011. p. 81.

sos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito da prática de desaparecimento forçado durante regimes ditatoriais e de exceção, como os casos Velásquez Rodrigues contra Honduras, Nicholas Blake contra Guatemala, Caballero Delgado contra Colômbia, Neira Alegria contra Peru e Godínez Cruz contra Honduras.

Por fim, reforçando a prática do diálogo entre juízes, destaca-se o seguinte treco do voto condutor: “em consonância com o mais avançado entendimento das Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos, abraço a tese de que o desaparecimento forçado de pessoas constitui-se num crime de violação permanente, que se mantém até o momento em que se desvenda o paradeiro ou o destino da vítima e se esclareçam as circunstâncias em que os fatos ocorreram, uma situação continuada que surte efeitos prolongados no tempo”⁹.

Referências

FAUSTO, Bóris. *História do Brasil*. 11. ed. São Paulo: EDUSP, 2003.

FRANCO, Maria Helena Pereira. *Atendimento psicológico para emergências em aviação: a teoria revista na prática*. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php>. Acesso em: 13 set. 2013.

LITTLEPAGE, Kelley. *Transnational judicial dialogue and Evolving Jurisprudence in the process of European Legal Integration*. Boston: Twelfth Biennial International Conference, 2011.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. *O transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas*. Itajaí: UNIVALI, 2009. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/6156/3419>>. Acesso em: 22 ago. 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Lei de anistia, sistema interamericano e o caso brasileiro*. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. Crimes da ditadura militar: uma

9 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO. Apelação Cível nº 2003.01.00.041033-5/DF. Relator Desembargador Federal Souza Prudente. Sexta Turma. Votação por maioria. Julgado em 06/12/2004. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.gov.br/PesquisaMenuArquivo.asp>>. Acesso em: 12 set. 2014.

análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: RT, 2011.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A typology of transjudicial communication*. Disponível em: <<https://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/Typology.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2014.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO. *Apelação Cível nº 2003.01.00.041033-5/DF*. Relator Desembargador Federal Souza Prudente. Sexta Turma. Julgado em 06/12/2004. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.gov.br/PesquisaMenuArquivo.asp>>. Acesso em: 12 set. 2014.

6. DIÁLOGO ENTRE JUÍZES E A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES JUDICIAIS

Paula Zambelli Salgado Brasil¹

Alexandre Alberto Teodoro da Silva²

Alessandra Aparecida Calvoso Gomes Pignatari³

A “dinâmica no Direito”, ou teoria dinâmica, estuda o sistema jurídico em movimento, isto é, examina o processo de criação da norma e sua aplicação em concreto. Curioso observar, sob uma perspectiva interrelacional que, atualmente, é cada vez mais comum a prolação de decisões judiciais com *ratio decidendi* ou interferência de julgados de diferentes ordens jurídicas. A esse fenômeno cruzado de referenciação decisional deu-se o nome de “diálogo entre juízes”. A temática em referência reforça e justifica o necessário intercâmbio de fundamentos, princípios, objetivos e valores protegidos pela ordem jurídica interna para a harmonização e coordenação de sua significação em outros sistemas jurídicos, formando limites de um verdadeiro Direito globalizado.

A jurisprudência dos tribunais superiores é recorrente em citações doutrinárias de países estrangeiros, contudo é fenômeno mais atual, de alta relevância, o reconhecimento das motivações e fundamentos de sentenças de direito estrangeiro, oriundos de Estados que adotem outra racionalidade decisional.

Há dois contextos durante a decisão – o da tomada de decisão e o da procura por sua justificação. E a racionalidade das decisões leva em conta tais momentos: o que visa encontrar uma solução para o conflito apresentado e o

-
- 1 Doutoranda em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Possui mestrado em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.
 - 2 Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo - departamento de direito econômico e financeiro - na especialidade direito tributário (2006).
 - 3 Doutoranda em Direito Processual Civil pela USP, Mestre em Direito Processual pela USP. Professora de Direito Processual Civil em cursos de graduação e pós-graduação. Advogada.

que se destina a justificar a decisão tomada. Tais momentos estarão vinculados à condução psicológica do juiz em sua decisão: e uma racionalidade influencia a outra, especialmente devido ao dever de motivar as decisões judiciais. É impossível falar em um raciocínio judicial, com a condução de um discurso argumentativo, fora do contexto dessas duas racionalidades – que estão profundamente enraizadas na cultura e na tradição jurídica à qual está vinculado o juiz.

E existem profundas diferenças epistemológicas, estudadas desde meados do século passado pelo jurista Josef Esser e muito bem lembradas pelos estudiosos de Direito Comparado Fabrice Hourquebie e Marie-Claire Ponthoreau, entre a racionalidade do sistema da *common law*, alicerçado no método indutivo, empírico, focado na resolução do problema, típico do pragmatismo que considera ilógica a sistematização da *civil law* e a forma como os advogados (e juízes) deste sistema procuram demonstrar a coerência, lógica e racionalidade, privilegiando o uso do método dedutivo/sistemático. Assim, em países que adotam o sistema de *civil law*, a lei permanece como elemento central do sistema, em que se busca um sistema coerente e completo, ainda se refletem fortemente na atuação do Judiciário, e no papel atribuído à lei como fonte de direito. Já nos países de *common law*, o Judiciário se atenta para a encontrar a solução mais precisa aos casos que lhe são submetidos e a lei poderá ter aplicação subsidiária, podendo o Estado-Juiz criar o direito na ausência de um dispositivo específico sobre determinado assunto

Levando tais divergências em conta, e sabendo que o constitucionalismo contemporâneo tem aproximado os sistemas *common law* e *civil law*, indaga-se: como estudar a modulação temporal das decisões das Cortes Supremas? Estaríamos, com tal fenômeno, frente a uma aproximação desses sistemas, por meio da interferência de julgados de outras ordens jurídicas que não a brasileira?

Outra questão que se coloca, antes de adentrarmos ao tema escolhido para expor no “diálogo entre juízes” diz respeito ao princípio da (ir)retroatividade das decisões judiciais:

A irretroatividade assume, assim, o ponto nevrálgico de um Estado de Direito, em que cabe ao Legislativo inovar a ordem jurídica, incumbe ao poder executivo executar a lei de ofício e ao poder judiciário executar a lei mediante provocação. Quanto aos dois

últimos, “não podem se localizar na linha fronteira do sistema jurídico, não podem ambos trabalhar porosamente, em relação ao ambiente não podem filtrar primária e primeiramente os fatos puros, econômicos, políticos e sociais, como se dão no ambiente: os dois poderes lerão o ambiente externo pelos olhos do legislador, e, pois, de modo impermeável. Se assim não for, serão dispensáveis as tarefas do legislador. Essa primeira diferenciação fundamental, que nos dita o princípio da separação de poderes. Do ponto de vista do tempo, tanto poder executivo quanto poder judiciário estão voltados para o passado, para o *input* do sistema, para o que posso legislador, atuando em estrita vinculação à lei, a constrição, e ao direito. E o futuro? O futuro é olhado, sem dúvida, na forma de passado futuro, ou seja, dentro daquilo que já filtrou o legislador (...) Essa razão mais profunda, que explica ausência de consagração expressa do princípio da irretroatividade em relação ao poder Executivo e ao Poder Judiciário. Isto porque espera-se que tais poderes, ambos, cumpram sua função constitucional: a de respeitar as leis e de cumpri-las estritamente. e como as leis não retroagem, porque isso não é de sua natureza, das leis, não podem os atos dos Poder Executivo nem os ditames do Poder Judiciário, retroagirem. O sistema trabalha então com a seguinte lógica: as normas regulamentares e os demais atos normativos do Poder Executivo somente podem viabilizar a execução das leis. Em decorrência disso, jamais retroagem, jamais determinam, validamente, a invasão do passado, já que a lei, à qual se vinculam, não poderá fazê-lo. (DERZI, 227-228)

Embora seja a regra a irretroatividade da Lei, dos atos regulamentares e também dos decisórios, no controle abstrato de constitucionalidade de normas, não é adotada essa regra, tendo em vista que as decisões em controle concentrado são dotadas, em regra, de efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, ou seja, retroativos. E, aqui, impera a retroação, pois que se contempla o princípio da nulidade absoluta da lei inconstitucional.

Com o crescimento avassalador, nos últimos tempos, do número de ações em controle abstrato de normas, o Supremo Tribunal Federal tem adotado um posicionamento dito “consequencialista”, vale dizer, bastante atento às consequências práticas de suas decisões. Dito de outra forma, a razão prática (típi-

ca do sistema da *common law*) passou a exercer um papel preponderante na administração da Justiça, sobrepondo-se, por vezes, às razões eminentemente teóricas (caracterizadoras da *civil law*). Tal orientação, a despeito de estar em linha com a atual teoria constitucional, pode conduzir a desvios indesejáveis. No arsenal “consequencialista” destaca-se um instrumento que decorreu de lenta evolução das cortes constitucionais dos países desenvolvidos: a chamada modulação temporal dos efeitos das decisões em questões jurídicas relevantes envolvendo o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos – e que passa a ser adotada, também, no Brasil.

Tal instrumento consiste em mitigar tais efeitos sempre que a declaração da inconstitucionalidade resultar na criação de situações que afrontariam ainda mais gravosamente a vontade constitucional. Isto ocorre de modo típico quando, por exemplo, cria-se um vácuo no tempo que conduz a uma situação ainda mais injusta. Verifica-se, por conseguinte, o seguinte paradoxo aparente: o dispositivo da lei ou ato normativo declarado inconstitucional concretiza de maneira mais efetiva a Constituição da República do que nenhum ou o anterior dispositivo, que seria aplicado à situação na hipótese de atribuição do tradicional efeito retroativo. O mecanismo da modulação temporal dá ao tribunal a liberdade para declarar a inconstitucionalidade sem com isto produzir efeitos perversos que acarretariam graves distorções na concretização constitucional. (ANDRADE, 2009)

A modulação temporal dos efeitos das decisões judiciais é marcante exemplo do entrelaçamento da *ratio decidendi* de diversos julgados de diferentes ordens jurídicas. Não é porque a teoria da modulação foi encampada pelo Legislador ordinário em controle abstrato de normas, que descabe uma avaliação da influência de decisões judiciais tomadas em outras ordens jurídicas, afinal, quando da decisão de modulação, o julgador terá pela frente um intervalo de manobra pautado pela segurança jurídica ou por excepcional interesse social, o qual, segundo o que preconiza a Lei 9.868/1999, o Supremo Tribunal Federal poderá, pelo voto de 2/3 dos seus ministros, ou seja, oito, atribuir à decisão de inconstitucionalidade em controle concentrado, efeito *ex nunc* ou *pro futuro*.

No Brasil, a modulação foi adotada com vistas a viabilizar a mais apurada administração da Justiça em determinados casos de extrema dificuldade diante de circunstâncias específicas apresentadas perante a Corte. Contudo, sua aplicação pelo tribunal tem-se prestado a alguns atropelos, sendo de referir que o próprio mecanismo da modulação é objeto de duas ações que pretendem invalidá-lo como inconstitucional (ANDRADE, 2009)

A fortiori, a modulação no controle difuso assume um entrelaçamento muito mais forte com julgados sobre a aplicação da *prospective overruling* adotados nas Cortes estrangeiras, pois, além de inexistir previsão legal no Brasil sobre sua aplicação, o Supremo Tribunal Federal a admite, valendo-se, por analogia, da mencionada legislação. Nesse sentido, como a modulação das decisões em controle concentrado e difuso dependem da concreta avaliação da segurança jurídica e de excepcional interesse social, nota-se que se está frente a um conceito jurídico indeterminado, muito discutido e avaliado por juízes de outras ordens jurídicas, que são levados em consideração pela corte suprema de nosso país.

Extraia-se como exemplos os dois julgados abaixo:

(STJ-0403390) PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO PENAL INTENTADA CONTRA O PACIENTE E OUTRO CORRÊU, EX-PREFEITO MUNICIPAL. PRERROGATIVA DE FORO. LEI 10.628, DE 24.12.2002, QUE INSERIU OS §§ 1º E 2º AO ART. 84 DO CPP. INCONSTITUCIONALIDADE ARGUIDA EM 2º GRAU, E REJEITADA, PELO ACÓRDÃO IMPUGNADO, EM 14.12.2004. INCONSTITUCIONALIDADE POSTERIORMENTE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NA ADI 2.797, EM 15.09.2005. EFEITOS EX TUNC. SUPERVENIÊNCIA DA MODULAÇÃO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM 17.05.2012, DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 1º E 2º DO ART. 84 DO CPP, EM SUA NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI 10.628, DE 24.12.2002. PRESERVAÇÃO DA VALIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS PRATICADOS, ENTRE 24.12.2002 E 15.09.2005, EM AÇÕES PENAS

CONTRA EX-OCUPANTES DE CARGOS COM PRERROGATIVA DE FORO. ORDEM DENEGADA. (...)

VII. O controle de constitucionalidade, no ordenamento jurídico brasileiro, é orientado pela teoria da nulidade da norma inconstitucional, a exemplo do direito norte-americano. A lei inconstitucional é considerada nula *ipso jure e ex tunc* (e não simplesmente anulável), em decorrência do princípio da soberania da Constituição. A decisão que a declara produz efeitos repristinatórios e possui natureza declaratória, limitando-se a constatar vício já existente, alcançando atos anteriores ao reconhecimento da inconstitucionalidade. VIII. Nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o STF, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela decisão ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. IX. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 17.05.2012, ao julgar Embargos de Declaração, opostos pelo Procurador-Geral da República, na ADI 2.797/DF, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do § 1o do art. 84 do Código de Processo Penal, em sua nova redação, conferida pela Lei 10.628/2002, assentando a sua eficácia a partir de 15.09.2005 (data do julgamento da ADI), preservando a validade dos atos processuais praticados em ações de improbidade, inquéritos e ações penais contra ex-ocupantes de cargos com prerrogativa de foro (Informativo 666 do STF), modulação de efeitos incidente, na hipótese dos autos. X. “A modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, **primeiramente idealizada no direito norteamericano**, com a admissão do *prospective overruling* nos casos *Linkletter v. Walker* (381 U.S. 618) e *Stovall v. Denno* (388 U. S. 293), não significa uma afronta à Carta Magna, mas uma defesa da segurança jurídica, também norma constitucional (art. 5o, caput), sob o prisma do princípio da proporcionalidade” (STF, ADI 4029, Rel. Min. LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, DJe de 27.06.2012). XI. Habeas corpus denegado.

(Habeas Corpus no 239676/SC (2012/0078054-7), 6a Turma do STJ, Rel. Assusete Magalhães. j. 11.12.2012, unânime, DJe 12.03.2013).

(JECSE-006118) DPVAT. PEDIDO DE COMPLEMENTAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO PAGO ADMINISTRATIVAMENTE. HIPÓTESE DE INVALIDEZ PERMANENTE. INCONSTITUCIONALIDADE DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NA LEI Nº 6.194/74 POR FORÇA DAS LEIS NºS 11.482/2007 E 11.945/2009, ORIGINÁRIAS DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NºS 340/2006 E 451/2008, RESPECTIVAMENTE. Precedentes da turma recursal única do Estado de Sergipe. Incompetência do Juizado Especial e falta de interesse de agir igualmente rejeitadas. Fixação de critério definidor para o estabelecimento do valor a ser pago para a hipótese de invalidez permanente. Necessidade. Revisão de posicionamento do colegiado atinente com os preceitos e parâmetros constitucionais da proporcionalidade. Medida que resguarda os interesses do segurado, mas também privilegia o interesse social. Ausência de atribuição de efeito retroativo ao entendimento até então adotado (*prospective overruling*) em atendimento ao próprio interesse comunitário. Recursos conhecidos, sendo o da parte autora parcialmente provido e o da seguradora improvido, majorando-se o montante inerente à complementação do valor fixado no decisum monocrático. (Processo nº 201201002195, Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais/SE, Rel. Marcos de Oliveira Pinto. DJ 02.05.2012).

O ponto de partida para os julgados acima foi, dentre outros, o do julgamento em que se discutia crédito de IPI decorrente da aquisição de matéria-prima cuja entrada é não tributada ou sobre a qual incide a alíquota-zero, num Recurso Extraordinário manejado pela União Federal em que o Min. Ricardo Lewandowski, embora vencido em seu voto, citou diversas fontes doutrinárias estrangeiras e julgados de Cortes de outros países, fundamentando favoravelmente à modulação dos efeitos da decisão do STF, a qual deveria ter efeitos efeitos prospectivos (*ex nunc*), em razão da segurança jurídica, ao atendimento da proteção do princípio da confiança e boa-fé dos contribuintes, bem como ao respeito às regras da irretroatividade.

Por fim, importante asseverar que a modulação deve ser utilizada com parcimônia, pois, conforme explicitado, “*constitui exceção ao princípio da nulidade absoluta da lei inconstitucional. Deve, outrossim, ser sempre utilizada em favor dos cidadãos que tenham agido com base na confiança legítima e na boa-fé. A modulação temporal não pode, em nenhuma hipótese, agravar a situação dos cidadãos, especialmente em casos que resultam da inércia do Poder Público*” (ANDRADE, 2009).

Referências

ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em Matéria Tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

_____. *Jurisprudência e doutrina devem regram modulação*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-19/jurisprudencia-doutrina-estabelecer-limites-modulacao?boletim=925>>. Acesso em: 20 jun. 2010.

BARBOSA, Claudia Maria. *O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/080.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

ESSER, Josef. *Principio y Norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*. Editora, Bosch, 1961.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva *et alli* (orgs). *Tratado de Direito Constitucional*. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 121-257.

HOURQUEBIE, Fabrice & PONTTHOREAU, Marie-Claire (orgs). *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012. p. 10-11.

PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. *Efeitos Processuais no Controle Judicial de Constitucionalidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

7. O VEREDICTO FINAL NO CONTROLE DO TABAGISMO: UM DIÁLOGO POSSÍVEL ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS

Renata Domingues Balbino Munhoz Soares¹

Introdução

Toda decisão judicial que envolve, direta ou indiretamente, a garantia de direitos sociais e econômicos, não pode prescindir de uma inserção no todo social.

Em se tratando de ações que envolvem direito à saúde do cidadão, há que se pensar num julgamento que insira o conflito na “totalidade em que se acham”², sob pena de os resultados da análise e do julgamento serem imprevisíveis³.

Os dados relativos aos malefícios do tabaco à saúde humana devem ser utilizados para a tomada da decisão jurídica, pois o diálogo entre realidade e direito deve ser sempre almejado.

Com a preocupação de se evitar grandes discrepâncias no julgamento das lides similares que envolvem direitos fundamentais dos fumantes, muito embora existam fatos peculiares a cada caso concreto, propomos a elaboração de precedentes e o diálogo entre juízes.

1 Doutora e mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

2 LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do poder Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989, p. 139.

3 LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do poder Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989, p. 139.

Precedentes norte-americanos: os parâmetros de decisão do processo Estados Unidos x Philip Morris

A teoria dos precedentes foi concebida no *common law*, mas vem ganhando espaço no *civil law*, em razão da abertura dos sistemas jurídicos, com a adoção de princípios jurídicos e cláusulas gerais, e, especialmente, nos julgamentos dos casos difíceis ou “hard cases”.

No ambiente de ampliação do papel das constituições, da força normativa dos princípios, da ampliação dos mecanismos de proteção de direitos humanos e do crescimento do papel do Judiciário na solução de construções justas para os casos concretos⁴, útil se torna o estudo da aproximação dos modelos norte-americano (*common law*) e europeu-constitucional (*civil law*).

Tal sugestão não seria cogitada senão como resultado de uma análise do Direito hoje que se pauta num conflito de interpretações relativas a situações correlatas, ou seja, os precedentes judiciais seriam uma orientação para garantir a uniformidade no tratamento de determinados temas, evitando decisões díspares.

A decisão final no processo em que os Estados Unidos move em face de Philip Morris, fabricante de cigarros acusada de fraude, proferida pela Juíza Gladys Kessler, da Vara Federal do Distrito de Columbia, em 2006, constitui marco fundamental para o esclarecimento de fatos ocultados pela indústria tabagista por décadas e que se constitui num arcabouço teórico paradigmático para o julgamento das demais ações no universo jurídico global do tabagismo.

Na r. decisão em comento, de 1.700 páginas, o Poder Judiciário norte-americano baseou-se em sete importantes pontos:

1. Fumar cigarros causa doenças, sofrimento e morte.

No item 509, afirma o d. juízo que:

4 FRANCISCO, José Carlos. (Neo) Constitucionalismo na Pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça no caso concreto. In: FRANCISCO, José Carlos (coord.). Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional. Do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 53.

Apesar de reconhecer internamente esse fato, em público os réus⁵ têm, há décadas, negado, distorcido e minimizado os riscos do tabagismo. O conhecimento, por parte da comunidade médica e científica, da relação entre tabagismo e doenças evoluiu durante a década de 1950 e atingiu um consenso em 1964. No entanto, mesmo depois dessa data, os réus continuaram a negar tanto a existência desse consenso, como as esmagadoras evidências em que se baseava.⁶

2. A nicotina tem propriedades viciantes e causa dependência.

No item 830 da r. sentença, destacamos a afirmação de que:

Apesar de entenderem e aceitarem que tanto o tabagismo como a nicotina causam dependência, os Réus vêm, há várias décadas, negando e distorcendo em público a verdade sobre a natureza viciante de seus produtos.⁷

3. Os níveis de nicotina são manipulados pela indústria para sustentar a dependência no fumante.

Nos itens 1366 a 1763, a Juíza Kessler comprova que:

5 Os réus do processo são onze: Philip Morris, R.J. Reynolds Tobacco Co., Brown and Williamson Tobacco Co., Lorillard Tobacco Company, The Liggett Group Inc., American Tobacco Co., Philip Morris Cos., B.A.T. Industries p.l.c., The Council for Tobacco Research – U.S.A. Inc. and The Tobacco Institute, Inc.

6 *O veredicto final: trechos do processo Estados Unidos x Philip Morris*. Edição Aliança de Controle do Tabagismo – ACTbr e Organização Pan-Americana de Saúde – OPAS. Tradução: Renata Galhanone, 1. ed. All Type Assessoria Editorial Ltda., 2008, p. 9.

7 *O veredicto final: trechos do processo Estados Unidos x Philip Morris*. Edição Aliança de Controle do Tabagismo – ACTbr e Organização Pan-Americana de Saúde – OPAS. Tradução: Renata Galhanone, 1. ed. All Type Assessoria Editorial Ltda., 2008, p. 15.

Os Réus controlam os níveis de nicotina dos cigarros, para garantir que os fumantes tornem-se dependentes e assim permaneçam.⁸ (...) “Os réus alteraram a fórmula química da nicotina presente na fumaça tragada, com o propósito de melhorar a eficiência da transferência de nicotina e para aumentar a velocidade de absorção da nicotina pelos fumantes.”⁹

4. A indústria promove os cigarros *lights* como menos prejudiciais. No item 2637, a r. sentença propugna que:

Com base nos documentos internos de pesquisa, relatórios, memorandos e cartas, fica claro que os Réus sabiam, há décadas, que fumar cigarros com baixos teores de alcatrão/nicotina, em substituição aos cigarros com teores normais, não produz nenhum benefício evidente para a saúde.¹⁰

5. O marketing da indústria é voltado ao público jovem, a fim de recrutar “fumantes substitutos” que garantam o lucro e o futuro da empresa (conforme análise de documentos e memorandos internos da indústria).¹¹

8 *O veredicto final: trechos do processo Estados Unidos x Philip Morris*. Edição Aliança de Controle do Tabagismo – ACTbr e Organização Pan-Americana de Saúde – OPAS. Tradução: Renata Galhanone, 1. ed. All Type Assessoria Editorial Ltda., 2008, p. 21.

9 *O veredicto final: trechos do processo Estados Unidos x Philip Morris*. Edição Aliança de Controle do Tabagismo – ACTbr e Organização Pan-Americana de Saúde – OPAS. Tradução: Renata Galhanone, 1. ed. All Type Assessoria Editorial Ltda., 2008, p. 23.

10 *O veredicto final: trechos do processo Estados Unidos x Philip Morris*. Edição Aliança de Controle do Tabagismo – ACTbr e Organização Pan-Americana de Saúde – OPAS. Tradução: Renata Galhanone, 1. ed. All Type Assessoria Editorial Ltda., 2008, p. 34.

11 *O veredicto final: trechos do processo Estados Unidos x Philip Morris*. Edição Aliança de Controle do Tabagismo – ACTbr e Organização Pan-Americana de Saúde – OPAS. Tradução: Renata Galhanone, 1. ed. All Type Assessoria Editorial Ltda., 2008, p. 37.

6. O tabagismo passivo é reconhecido internamente como perigoso aos não-fumantes (itens 3303 a 3862 da r. decisão judicial).¹²
7. Supressão de informações e ocultação de pesquisas científicas para proteger a posição da indústria quanto às questões do tabagismo e saúde perante o público.¹³

A jurisprudência brasileira e os efeitos do tabagismo

As decisões judiciais dos Tribunais Brasileiros, em sua maioria, enfrentam casos de consumidores que começaram a fumar há mais de 20, 30, 40 ou 50 anos - após o período de latência da doença, época em que a indústria não só não informava os malefícios do cigarro, como também “estimulava” o consumo com publicidade enganosa e abusiva.¹⁴

Considerando que a indústria conhecia os males do cigarro desde a década de 1950, que não informava os consumidores das doenças causadas pelo uso do tabaco, que há nexos de causalidade nessa relação (seja na comprovação da ciência, das estatísticas ou de declarações médicas em casos concretos), e que o poder da nicotina vicia e compromete o livre-arbítrio do fumante, não haveria como afastar, de forma alguma, na época das ações e recursos estudados, a responsabilidade do fabricante pelos danos causados à saúde dos fumantes.

Dessa forma, ao notarmos que as decisões judiciais no Brasil, no tocante à responsabilidade dos fabricantes pelos danos causados pelos cigarros, são julgadas desfavoráveis, não observando os ditames da Convenção Quadro para o

12 *O veredicto final: trechos do processo Estados Unidos x Philip Morris*. Edição Aliança de Controle do Tabagismo – ACTbr e Organização Pan-Americana de Saúde – OPAS. Tradução: Renata Galhanone, 1. ed. All Type Assessoria Editorial Ltda., 2008, p. 42-47.

13 *O veredicto final: trechos do processo Estados Unidos x Philip Morris*. Edição Aliança de Controle do Tabagismo – ACTbr e Organização Pan-Americana de Saúde – OPAS. Tradução: Renata Galhanone, 1. ed. All Type Assessoria Editorial Ltda., 2008, p. 48-53.

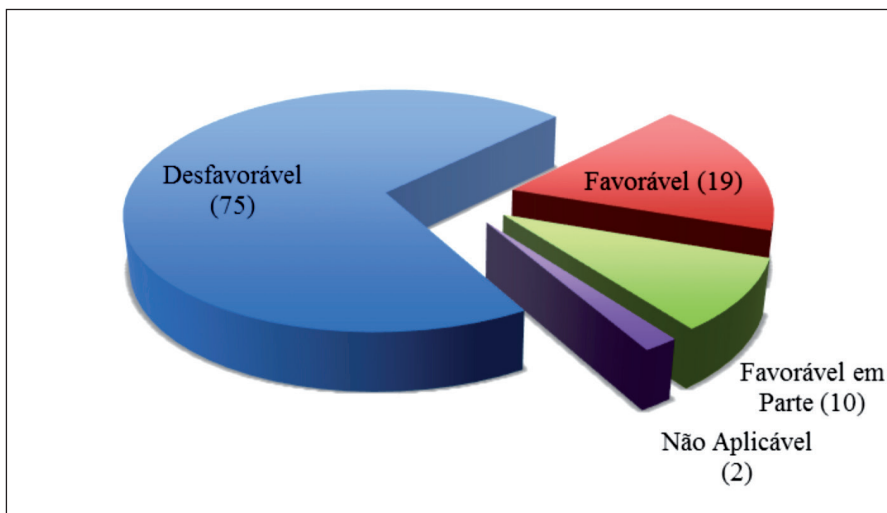
14 Ver decisões. In: SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *Cidadania e dirigismo estatal. O paradigma do tabaco*. 414 pp. Doutorado em Direito Político e Econômico. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2014, p. 171-238.

Controle do Tabaco (1º Tratado Internacional de Saúde Pública, da OMS, que foi ratificado pelo Brasil em 2005), e as pesquisas científicas mundiais, entendemos que repercutem de forma ainda mais negativa no cenário da saúde pública.

Existem dois grandes blocos de entendimento jurisprudencial – aquele que aceita e acolhe os dados científicos, que configura minoria, e, aquele que, não obstante a existência de dados científicos e precedentes, como a r. sentença em comento da Juíza Kessler, fundamenta suas decisões em argumentos superados, como o livre-arbítrio do consumidor de cigarros, o cumprimento do dever de informar, a inexistência de nexo causal e a licitude da atividade.

A discrepância entre as diferentes ordens jurídicas – Brasil, de um lado, e Estados Unidos, de outro, pugna por uma interpretação coincidente de resolução de conflitos de direitos fundamentais, como o do tabagismo.

Gráfico 1: Decisões dos Tribunais Estaduais, STJ e STF:



Fonte: Elaborado pela autora, 2013.

Elementos comuns entre decisões judiciais

Dois são os elementos comuns entre as decisões judiciais mencionadas, como a historicidade (período de ocorrência dos fatos) e o contexto científico, o que pode servir de base para a construção de um direito comum a tutelar a saúde pública do consumidor de cigarros.

Assim, se o consumo de cigarros provoca danos ao fumante e se a indústria utiliza de mecanismos para que o usuário cada vez mais necessite fumar (já que a nicotina é droga e vicia), tais argumentos são globais e inquestionáveis na esfera das diferentes jurisdições.

O Judiciário não pode se furtar à globalização das questões jurídicas, pois isso levaria à violação de importante regra da atividade jurisdicional: “a da observação do que ordinariamente acontece.”¹⁵

Conclusão

O diálogo entre decisões sobre o controle do tabagismo, importando evidências científicas e provas produzidas em processos anteriores, seria uma forma de reduzir as discrepâncias dos sistemas jurídicos e estabelecer uma mão única à solução de conflitos entre direitos fundamentais do fumante, que é vítima, aqui ou lá, das estratégias da indústria, que pugna pelo lucro, apenas.

Referências

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Magistratura, sistema jurídico e sistema político. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989, p. 119.

DMITRUK, Erika Juliana. *O princípio da integridade como modelo de interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin*. Revista Jurídica da UniFil, Ano IV, nº 04.

15 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Magistratura, sistema jurídico e sistema político*. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989, p. 119.

LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do poder Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais. Racionalidade da Tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 130-161.

SILVA, Solange Teles da. Princípio da precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: VARELLA, Marcelo Dias. PLATIAU, Ana Flávia Barros (org.). *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *Cidadania e dirigismo estatal. O paradigma do tabaco*. 414 pp. Doutorado em Direito Político e Econômico. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2014.

STRECK, Lênio Luiz e ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Coleção o que é isto? Vol. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito. I. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

O veredicto final: trechos do processo Estados Unidos x Philip Morris. Edição Aliança de Controle do Tabagismo – ACTbr e Organização Pan-Americana de Saúde – OPAS. Tradução: Renata Galhanone, 1. ed. All Type Assessoria Editorial Ltda., 2008.

8. MANDADO DE INJUNÇÃO E A ANTECIPAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PENAL: ANÁLISE DE CASO

Gabriel Firmato Glória Dolabella¹

Em 1988, com o advento da Constituição Federal, os direitos sociais foram, pela primeira vez, positivados como autênticos direitos fundamentais (Art. 6º CF). Contudo, a positivação desses direitos tende a contrastar com difíceis realidades no território brasileiro, no qual a “reserva do possível”, muitas vezes, dificulta que o Estado possa garantir tais direitos.

Nesse sentido, o objeto do presente trabalho é o papel desempenhado pelo instrumento constitucional do mandado de injunção, previsto no Art. 5º, LXII, CF, e com efetividade respaldada pelo parágrafo segundo do Art. 103, CF. Como análise de caso, o presente trabalho enfoca especificamente o MI 4773/DF, no qual a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT) visa o reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar a homofobia e a transfobia.

Na recente literatura sobre Teoria Institucional, uma análise das capacidades de uma instituição para lidar com determinadas situações é proposta no artigo *Interpretation and Institutions*, como crítica às teorias perfeccionistas dos poderes constituídos do Estado.² Posteriormente, a obra *The Executive Un-*

1 Graduando em Direito na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Pesquisador Bolsista CAPES Jovens Talentos para a Ciência do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI), vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ).

2 Sunstein, Cass; Vermeule, Adrian. *Interpretation and Institutions*. **Chicago Public Law and Legal Theory**, No. 28, 2002.

bound destacou a existência de conflitos pela autoridade de produzir o direito e a política que podem conduzir a severos quadros de crise institucional.³

Este marco teórico pode ser relacionado à teoria propositiva de Charles Sabel, sobretudo o desenho Deliberativo Direto Poliárquico⁴, em artigo homônimo, no qual a participação popular dentro da tomada de decisão seria determinante apenas se dotadas de um canal de comunicação institucionalizado, o qual seria responsável por comunicar aos governantes as experiências consideradas ótimas. Entende-se, portanto, como o second-best da Democracia a junção da Democracia Deliberativa (Rawls e Habermas) com a Democracia Competitiva (Schumpeter e Dahl), no sentido de que a os canais de comunicação devem ser aprimorados de maneira que atinjam os representantes, num fluxo informacional exógeno. Assim, a análise das capacidades de determinada instituição teria considerável melhora quando, se no processo deliberativo, participasse o ator que, até agora, carece de reconhecimento legítimo para tanto, a sociedade civil. Assim, a análise das capacidades de determinada instituição teria considerável melhora quando, no processo deliberativo, participasse o ator que, até agora, carece de reconhecimento legítimo para tanto, a sociedade civil.⁵

Tomando como pressuposto que a democracia deliberativa não tem sido capaz de captar todos as expressões sociais em seus espaços deliberativos, apresenta-se a hipótese de que a proposta ativista Democracia Protestativa tem aberto um canal de expressão de atores, até então, ignorados.⁶

Argumenta-se que a ausência de instrumentos, dentro do atual desenho de governança, que captem os anseios da população, implica na entrada de ações no Supremo Tribunal Federal (STF) com pedido de declaração de mora constitucional do Legislativo. Tal processo, previsto constitucionalmente, tem jurisprudência variável, na qual a Corte Suprema, antes mais contida e agora

3 POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. **The Executive Unbound: after the madisonian republic**. New York: Oxford University Press, 2010.

4 COHEN, Joshua; SABEL, Charles. Directly-Deliberative Polyarchy. **European Law Journal**, No. 3, 1997.

5 Sunstein, Cass; Vermeule, Adrian. Interpretation and Institutions. **Chicago Public Law and Legal Theory**, No. 28, 2002.

6 Young, Iris. Challenges to Deliberative Democracy. *Political Theory*, Vol. 29, No. 5, 2011.

mais ativista, declara a obrigação de atuação do Congresso Nacional – fato que gera tensão na tripartição de poderes do Estado.

Metodologicamente, o trabalho é delimitado temporalmente desde a Constituição Federal de 1988, especialmente na estruturação de um histórico jurisprudencial do STF nesta matéria, junto a um recorte material de documentos oficiais de levantamento relativos ao MI 4773 DF.

Tem-se como objetivo geral dimensionar, dentro da atual tripartição de poderes, a tensão motivada por um mandado de injunção que requer que, na prática, que Judiciário legisle penalmente. O projeto de pesquisa, ainda em desenvolvimento, orienta-se no sentido de compreender as mudanças jurisprudenciais da corte relativos aos Mandados de Injunção e dimensionar necessidade desse instrumento proporcionalmente a omissão legislativa por parte dos representantes do povo.

DIÁLOGO ENTRE JUÍZES EM MATÉRIA DE DIREITO COMERCIAL E ECONÔMICO

1. O SIGILO BANCÁRIO E A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - POSIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E EM PORTUGAL - Maria do Socorro Costa Gomes.
2. O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O IMPACTO EM SUAS DECISÕES DAS CONVENÇÕES E ACORDOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL - Waleska Bertoline Viera Mussalem.

1. O SIGILO BANCÁRIO E A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - POSIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E EM PORTUGAL

Maria do Socorro Costa e Gomes¹

Embora a Constituição Federal não trate explicitamente sobre o direito do sigilo bancário, doutrina e jurisprudência já pacificada entendem estar implicitamente sob a proteção dos incisos X² e XII³ do artigo 5º - o mais relevante artigo, pois voltado ao verdadeiro destinatário da Constituição, qual seja, o cidadão.

Tem, portanto, o princípio da proteção do sigilo bancário *status* de direito constitucional pétreo, posto que inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos; e tornando-se impossível de ser afastada até mesmo por emenda constitucional à luz do artigo 60, § 4º, inciso IV da Carta Magna⁴.

1 Mestranda em Direito Político e Econômico – Universidade Presbiteriana Mackenzie; Especialista em Direito Processual Tributário – UnB.

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

.....

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

.....

3 XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

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

.....

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

Contudo, referido princípio não tem valor absoluto, especialmente quando se defronta com o interesse público. O sigilo bancário foi por muito tempo regido pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que trata do sistema financeiro nacional, especialmente o seu artigo 38, §§ 5º e 6º⁵.

A controvérsia girava em torno do termo “processo”, que poderia significar processo judicial ou administrativo, ou tão somente processo judicial. Embora a Lei nº 4.595, de 1964, tenha sido recepcionada como lei complementar pela Constituição Federal de 1988, a discussão se acirrou no sentido de se encontrar as bases do sigilo bancário entre os direitos individuais previstos nos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição.

Questionava-se a extensão do conceito de “intimidade”, “vida privada” e “sigilo de dados”, com conflitos jurisprudenciais e doutrinários.

Com a instituição da CPMF, por meio da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, a Secretaria da Receita Federal passou a utilizar os dados das declarações daquela Contribuição para identificar contribuintes que potencialmente estariam lesando a legislação tributária federal. Tal fato foi questionado sucessivamente no âmbito judiciário, que tendia no sentido de que o uso daquelas informações não representavam ofensa ao sigilo bancário.

Até que sobrevieram a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, e a Lei nº 10.174, de 9 de janeiro de 2001; ficando assentado o entendimento de

.....

IV - os direitos e garantias individuais.

- 5 Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

.....

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente

§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

que não haveria afronta ao sigilo no uso das informações bancárias obtidas a partir das declarações da CPF. Nesse sentido, cabe mencionar o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.011.596/SP, 2ª Turma STJ, Rel. Min. Humberto Martins, DJE nº 132, 05.05.2008; e o Recurso Especial nº 645.371/PR, 2ª Turma STJ, Rel. Min. Castro Meira, DJU 13.03.2006.

A Lei Complementar nº 105, de 2001, baseando-se na necessidade de combater práticas ilícitas ou fraudulentas contra a ordem tributária, trouxe mudanças na sistemática do sigilo bancário. O fornecimento das informações bancárias está respaldado pelos artigos 5º e 6º da referida Lei Complementar; o primeiro, regulamentado pelo Decreto nº 4.489, de 28 de novembro de 2002, e o último, pelo Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001.

Essas normas determinam que as instituições financeiras prestem, obrigatoriamente, informações periódicas sobre os usuários de seus serviços e suas movimentações à administração tributária da União. Também facultam à Receita Federal do Brasil o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houve processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. O exame dos documentos bancários está condicionado à instauração prévia de procedimento administrativo fiscal e deve se basear, obrigatoriamente, pelo menos em uma das hipóteses elencadas no artigo 3º do Decreto nº 3.724, de 2001. As situações ali não previstas não comportam o requerimento de informações.

6 Art. 3º Os exames referidos no § 5º do art. 2º somente serão considerados indispensáveis nas seguintes hipóteses: (Redação dada pelo Decreto nº 6.104, de 2007).

I - subavaliação de valores de operação, inclusive de comércio exterior, de aquisição ou alienação de bens ou direitos, tendo por base os correspondentes valores de mercado;

II - obtenção de empréstimos de pessoas jurídicas não financeiras ou de pessoas físicas, quando o sujeito passivo deixar de comprovar o efetivo recebimento dos recursos;

III - prática de qualquer operação com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país enquadrado nas condições estabelecidas no art. 24 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996;

IV - omissão de rendimentos ou ganhos líquidos, decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa ou variável;

V - realização de gastos ou investimentos em valor superior à renda disponível;

Estatui a Lei Complementar nº 105, de 2001, que a quebra do sigilo, fora das hipóteses autorizadas por ela, constitui crime e, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal. Acrescenta que incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos por ela fixados.

Além disso, a lei comina ao servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo por ela regulada a responsabilidade pessoal e direta pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial. Trata-se de medida importante, por tornar mais arriscada qualquer ação desvirtuada do espírito da lei e por outorgar maior proteção ao contribuinte fiscalizado.

Atualmente, a questão do fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco, sem prévia autorização judicial, como autoriza a Lei Complementar, é matéria da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.386 e as que a ela mereceram anexação - ADI 2.389, 2.390, 2.397, 2.406 - junto ao Supremo Tribunal Federal (STF). Ainda não houve o julgamento da matéria, mas já há parecer da Procuradoria-geral da República, desde 17 de outubro de 2001, opinando “preliminarmente, pelo não conhecimento do pedido de declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 3.724, de 10/01/2001, nas ADINS 2386,

VI - remessa, a qualquer título, para o exterior, por intermédio de conta de não residente, de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas;

VII - previstas no art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996;

VIII - pessoa jurídica enquadrada, no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), nas seguintes situações cadastrais:

a) cancelada;

b) inapta, nos casos previstos no art. 81 da Lei nº 9.430, de 1996;

IX - pessoa física sem inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou com inscrição cancelada;

X - negativa, pelo titular de direito da conta, da titularidade de fato ou da responsabilidade pela movimentação financeira;

XI - presença de indício de que o titular de direito é interposta pessoa do titular de fato.

2397, 2390, 2406 e 2389 e, no mérito, pela constitucionalidade dos arts. 3º, § 3º, 5º e 6º da Lei Complementar nº 105 de 10/01/2001; do art. 1º, na parte que altera o art. 98 da Lei 5.172/66 e lhe acrescenta o inciso II e o § 2º, da Lei Complementar nº 104 de 10/01/2001; do § 2º do art. 11 da Lei 9.311 de 24/10/1996; e do art. 1º da Lei 10.174 de 9/1/2001, na parte que introduz o § 3º ao art. 11 da Lei 9.311/96”. Por essa razão, permanece válida a aplicação dos dispositivos da Lei Complementar nº 105, de 2001. O relator atual é o Ministro Dias Toffoli.

As alegações dos requerentes das ADI’s são no sentido de que a Lei Complementar nº 105, de 2001, fere os princípios da reserva de jurisdição, do devido processo legal e da razoabilidade, além de não haver interesse público irrefutável.

Porém, em prol do Estado, estão as disposições do artigo 145, § 1º, da Constituição Federal e do artigo 197, II do Código Tributário Nacional (CTN), as quais facultam ao Estado a obtenção de informações dos contribuintes, suas atividades e movimentações financeiras, facultade esta concedida em função da supremacia do interesse público.

Noronha (2004, p. 111) ensina

o acesso às operações bancárias dos contribuintes, de caráter nitidamente patrimonial, não afronta a garantia da intimidade e da privacidade, por via de consequência, não é necessária a participação prévia do Judiciário, o qual tem competência para apreciar lesão ou ameaça a direito que venha a sofrer qualquer cidadão, revestido ou não da condição de contribuinte.

Em julgamento proferido em 15 de dezembro de 2010, no Recurso Extraordinário 389.808/PR, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, a 3ª Turma do STF entendeu que a quebra de sigilo bancário por requisição administrativa, sem intervenção judicial, é inconstitucional. Na ocasião, a Corte Suprema definiu que “conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Referido entendimento do STF marcha em sentido contrário ao que se observa em outros países, especialmente aqueles que são membros da Organiza-

ção para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE). Em 2000, relatório produzido pela OCDE teve por objetivo descrever as posições atuais dos países membros da organização, no que diz respeito ao acesso das autoridades às informações bancárias e, ainda, sugerir medidas relacionadas à melhoria do sistema de arrecadação tributária. No aludido relatório, publicado sob o título “Melhorando o acesso às informações bancárias para propósitos tributários”⁷, concluiu-se que:

(...) idealmente, todos os países-membros deveriam permitir acesso às informações bancárias, direta ou indiretamente, para propósitos tributários, de forma que as autoridades tributárias pudessem se liberar de suas responsabilidades de aumento a receita e se concentrar na efetiva troca de informação.

Entre esses países que adotam uma posição mais avançada em relação ao Brasil, pode-se mencionar Portugal, que na segunda metade do século XX, alterou radicalmente o seu sistema de gestão de tributos, deslocando as fases de procedimento de determinação, liquidação e cumprimento das obrigações fiscais para os particulares, tornando-se inevitável que o Estado Português reforçasse os poderes de fiscalização tributária.

Desse modo, Portugal conheceu uma mudança de rumo na questão do sigilo bancário a partir da Lei nº 94, de 1º de setembro de 2009, publicado no Diário da República da mesma data, que permitiu a derrogação do dever de sigilo bancário pela Administração Tributária sem dependência de autorização judicial.

O ordenamento jurídico português mantém um sistema baseado no pedido de acesso casuístico e concreto por parte da Administração Fiscal e não no envio automático, regular e geral de informação por parte das instituições financeiras. Assim, o acesso à informação bancária por parte do Fisco sem qualquer comunicação prévia ao titular das contas é possível nas seguintes situações, conforme artigo 63º-B⁸ da Lei Geral Tributária (LGT):

7 OCDE. Improving access to bank information for tax purposes. 2000. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/3/7/2497487.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2014.

8 Art. 63º-B - LGT. Disponível em: <http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/lgt/lgt63b.htm>. Acesso em: 28 ago. 2014.

- a) quando existam indícios da prática de crime em matéria tributária;
- b) quando se verificarem indícios da falta de veracidade do declarado ou esteja em falta declaração legalmente exigível;
- c) quando se verificarem indícios da existência de acréscimos de patrimônio não justificados, nos termos da alínea f) do n.º 1 do artigo 87.º da LGT;
- d) quando se trate da verificação de conformidade de documentos de suporte de registros contábeis dos sujeitos passivos de IRS e IRC que se encontrem sujeitos a contabilidade organizada ou dos sujeitos passivos de IVA que tenham optado pelo regime de IVA de caixa;
- e) quando exista a necessidade de controlar os pressupostos de regimes fiscais privilegiados de que o contribuinte usufrua;
- f) quando se verifique a impossibilidade de comprovação e quantificação direta e exata da matéria tributável, nos termos do artigo 88.º da LGT, e, em geral, quando estejam verificados os pressupostos para o recurso a uma avaliação indireta;
- g) quando se verifique a existência comprovada de dívidas à administração fiscal ou à segurança social.

Após pesquisa efetuada nos julgados do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de Portugal, levantou-se poucas e bem específicas situações, em que aquela Corte restringiu o acesso aos dados bancários pela fiscalização tributária.

Uma delas foi observada nos processos 0837/12⁹ e 049/13¹⁰, cujas decisões proferidas em 05/09/2012 e 14/02/2013, respectivamente, vedaram a utilização de informações bancárias obtidas no âmbito de um procedimento para fundamentar correções efetuadas no âmbito de outro procedimento contra o mesmo sujeito passivo, sem que neste segundo procedimento se observem as normas dos artigos 63º e 63º-B da LGT.

Outra restrição pelo Poder Judiciário português, imposta ao acesso dos dados bancários por parte da fiscalização, diz respeito ao Acórdão proferido no

9 IGFEJ. Bases Jurídico-documentais. Disponível em <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 27 ago. 2014.

10 IGFEJ. Bases Jurídico-documentais. Disponível em <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 27 ago. 2014.

Processo 01116/09, em 02/12/2009, em que privilegiou o sigilo profissional e cuja ementa é a seguinte:

I - Ainda que verificados os pressupostos da derrogação administrativa do sigilo bancário prevista no artigo 63º-B da LGT, uma vez deduzida oposição por parte do contribuinte no acesso às suas contas bancárias com fundamento em sigilo profissional (advogado), a administração tributária só poderá aceder a tal informação após autorização judicial concedida nos termos do nº 5 do artigo 61º da LGT.

II - A oposição do contribuinte ao acesso às suas contas e informações bancárias impede, por isso, a Administração Fiscal de aceder diretamente a essas contas e informações, sendo irrelevante o argumento de que não existe devassa do sigilo profissional por apenas de pretender colher elementos sobre os rendimentos do advogado enquanto contribuinte.

De todo o exposto, se ao final for definido que a Receita Federal do Brasil não pode ter acesso direto aos dados bancários, os únicos dados que o Órgão poderá obter, por si mesma, são as informações que os contribuintes corretos e de boa vontade não se negarem a informar.

Não há que se esperar da Administração Tributária a eficiência de que trata o artigo 37, *caput*¹¹, da Constituição Federal, em um quadro em que a interpretação constitucional, advogada por alguns, concede amplos direitos aos contribuintes, mesmo os que, usual e patologicamente cometem ilícitos fiscais e nega quase tudo à Administração Tributária em detrimento dos contribuintes corretos.

Os tributos devidos, facilmente, sofreriam evasão, em detrimento dos que não têm como fugir da tributação, em prejuízo da maioria da sociedade brasileira, sobretudo os mais pobres. A Constituição Federal de 1988 elenca como princípios fundamentais em seu artigo 3º, I e III os objetivos de construir uma

11 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

.....

sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos. Tais objetivos não são alcançáveis através da preponderância dos interesses particulares, que sequer são por eles norteados, posto que esses objetivos são eminentemente públicos e são inatingíveis sem uma justa distribuição da carga tributária. Daí a importância de que o acesso aos dados bancários pela fiscalização tributária, independente de autorização judicial, e atendidos os requisitos estabelecidos em lei complementar e outras normas, não venha a sofrer mudança de entendimento jurisprudencial por parte do STF, nossa Corte Suprema e guardião da Constituição Federal; o que representaria um retrocesso em um longo e árduo caminho percorrido para o alcance da concretização do interesse público.

Referências

NORONHA, Marcos Antônio Pereira. *O Sigilo Bancário*. Revista Fórum de Direito Tributário, Belo Horizonte, ano 2, nº 11, p. 111, out. 2004.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 14. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

2. O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O IMPACTO EM SUAS DECISÕES DAS CONVENÇÕES E ACORDOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Waleska Bertolini Vieira Mussalem¹

O presente artigo pretende analisar como o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo os conflitos relacionados à propriedade intelectual cujo regramento normativo material advenha, em alguma medida, de convenções e acordos internacionais. Nesse sentido, será enfocada, especialmente, a maneira como se processa, na prática judiciária daquela Corte Superior, a internalização das regras de caráter internacional sobre propriedade intelectual na jurisprudência brasileira, considerando-se o recorte temporal dos últimos 10 (dez) anos (entre 2004 e 2014).

As escolhas do STJ e do marco temporal refletem uma estratégia metodológica que pode ser justificada pelo fato de o STJ ter a missão constitucional de uniformizar a interpretação da lei federal no país e as normas internacionais de propriedade intelectual ingressam no ordenamento com *status* de lei federal, de modo que os precedentes do STJ são a última palavra no que tange à interpretação dessas normas para efeito de sua aplicação no Brasil.

Quanto ao recorte temporal escolhido, vale lembrar que, nos últimos 10 anos, com o fortalecimento do processo de globalização e da relevância que a tecnologia assumiu para o desenvolvimento econômico, as questões relativas à propriedade intelectual não apenas se tornaram mais relevantes sob o ponto de vista econômico, como ainda se tornaram cada vez mais frequentes em disputas judiciais do que em um passado mais remoto.

Juntamente com o avanço da ciência, a crescente globalização e o significativo aumento das disputas judiciais, o Superior Tribunal de Justiça, em sua bus-

1 Mestranda em Direito e Políticas Públicas no UniCeub - Centro de Ensino Unificado de Brasília.

ca pela uniformização das leis federais brasileiras, se depara com o fenômeno conhecido como “diálogo entre juízes”, que é observado em diversos tribunais, quando do uso adequado de referências cruzadas de decisões de diferentes ordens jurídicas, para a solução de situações concretas existentes nas relações jurídicas de direito privado.

Também denominado “fertilização cruzada”, o fenômeno do “diálogo entre juízes” tem sido defendido por alguns doutrinadores, como forma de reduzir as incoerências do sistema jurídico alienígena frente à crescente fragmentação do direito internacional. No direito constitucional, destaca-se Marcelo Neves, enquanto nos Direitos Humanos, a frente doutrinária é ocupada por Mireille Delmas-Marty e Laurence Bougogue-Larsesn. No Direito de Propriedade Intelectual, entretanto, ainda não há trabalhos que explore essa temática.

Esse diálogo entre juízes de diferentes ordenamentos, embora ainda pouco estudado em nosso meio jurídico, tem se revelado, nos sistemas que o adotam, um instrumento valioso para construção de princípios e argumentos capazes de informar uma prestação jurisdicional consentânea com a envergadura dos conflitos de direitos fundamentais hoje verificados.

Por fim, o trabalho aborda a celeuma existente quanto à resistência, ou não, do Superior Tribunal de Justiça em adotar uma postura jurisdicional voltada à realidade mundial globalizada. Nesse espectro de possibilidade é que será examinado o “diálogo entre juízes” em matéria de propriedade intelectual. Para tanto serão analisados, em especial os acórdãos relacionados à Convenção de Berna, à Convenção da União de Paris, e também ao acordo TRIPS.

Da análise feita acerca do presente trabalho, apresentam-se as seguintes conclusões:

1) O fenômeno denominado “diálogo entre juízes” tem sido defendido por alguns doutrinadores, como forma de reduzir as incoerências do sistema jurídico alienígena frente à crescente fragmentação do direito internacional. No direito constitucional, destaca-se Marcelo Neves, enquanto nos Direitos Humanos, a frente doutrinária é ocupada por Mireille Delmas-Marty e Laurence Bougogue-Larsesn.

2) No Direito de Propriedade Intelectual ainda não há trabalhos que explore o diálogo entre juízes de diferentes ordenamentos. Porém, esse fenômeno tem se revelado, nos sistemas que o adotam, um instrumento valioso para construção de princípios e argumentos capazes de informar uma prestação

jurisdicional consentânea com a envergadura dos conflitos de direitos fundamentais hoje verificados.

3) Há, pelo menos, duas razões que dão espaço interessante de estudo no campo da propriedade intelectual, quais sejam: elevado grau de uniformização das normas de propriedade intelectual e o enfrentamento de problemas similares na inclusão de novas tecnologias pelo sistema de propriedade intelectual.

4) A definição de parâmetros mais precisos quanto à influência da jurisprudência alienígena na construção do direito internacional tal como aplicado em nosso país poderá contribuir para a definição de políticas públicas internas quanto à aplicação dos acordos e convenções internacionais em matéria de propriedade intelectual.

5) Para garantir a possibilidade de se obter proteção de marcas, patentes e direitos autorais em diferentes países, surgem algumas convenções e acordos internacionais, regulando o tema da propriedade intelectual em caráter internacional e estabelecendo princípios e garantias, sem prejuízo das legislações internas dos países signatários. Neste Trabalho são destacadas a Convenção de Berna sobre Direitos Autorais; a Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial e o Acordo TRIPS.

6) Ao se examinar a consideração dispensada pelo Superior Tribunal de Justiça à fundamentação lançada em sentenças estrangeiras que tratem de propriedade intelectual para efeito de uniformidade da aplicação de normas internacionais sobre o tema, chega-se à conclusão que o impacto que os tratados e acordos internacionais causam no direito de propriedade intelectual perante o Superior Tribunal de Justiça, atualmente, não são significativos para a cooperação ao diálogo entre juízes.

7) A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça recusa a aplicabilidade imediata das convenções e acordos internacionais, fazendo-se necessária sua integração por meio de normas internas. Há, assim, uma resistência quanto à admissão de tratados sobre propriedade intelectual à categoria de leis uniformes.

DIÁLOGO ENTRE JUÍZES EM MATÉRIA DE DIREITO AMBIENTAL

1. INTERFACES ENTRE O “DIÁLOGO ENTRE JUÍZES” E A ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA: O CASO DA CRIAÇÃO DE VARAS AMBIENTAIS NA COMARCA DE SÃO PAULO - Carolina Dutra, Fernanda Menna Pinto Peres, Maurício Duarte dos Santos.
2. QUESTÃO DA SOBERANIA DE JURISDIÇÃO: ESTUDO SOBRE O CASO DOS “FUNDOS ABUTRE” - Fabio Alexandre Costa.
3. UMA COMUNIDADE GLOBAL DE CORTES E O DIREITO DO MAR: O CASO DAS BANDEIRAS DE CONVENIÊNCIA - Jana Maria Brito Silva.
4. EXPLORAÇÃO DO GÁS DE XISTO: ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS E SUAS IMPLICAÇÕES AMBIENTAIS - Juliana Gerent, José Carlos Loureiro da Silva.
5. A RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS AOS OLHOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Fernando Rodrigues da Motta Bertencello, Letícia Mene-gassi Borges, Marina Giacomelli Mota.

1. INTERFACES ENTRE O “DIÁLOGO ENTRE JUÍZES” E A ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA: O CASO DA CRIAÇÃO DE VARAS AMBIENTAIS NA COMARCA DE SÃO PAULO

Carolina Dutra¹

Fernanda Menna Pinto Peres²

Maurício Duarte dos Santos³

Introdução

Diante da complexidade do mundo contemporâneo, que é segundo Delmas-Marty movido por uma globalização fragmentada tendente a universalizar valores sociais contraditórios combinados a lógicas de proteção distintas⁴, Varella ensina que crises globais – como é a ambiental – impulsionam mudanças sobre o fenômeno jurídico, que via processos tradicionais passa a se mover rumo à internacionalização, iniciando pela multiplicação de normas comuns sobre diferentes temas. Nesse fenômeno a que chama de “adensamento de juridicidade”, o sistema internacional “*exerce uma influência importante sobre o*

-
- 1 Doutoranda em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, com ênfase em Direito Ambiental. Mestre em Direito Ambiental (2009). Professora universitária (Unimonte) e pesquisadora. Advogada.
 - 2 Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Metropolitana de Santos (2004). Juíza de Direito no Estado de São Paulo. Coordenadora-Adjunta de Direito Ambiental da Escola Paulista de Magistratura na gestão 2012/2013.
 - 3 Mestre em Direito Ambiental (2010). Especialista em Direito do Estado (UCAM/RJ), Direito Civil e Processo Civil (UGF/RJ). Professor universitário (Unimes, FGV/Strong e Unimonte) e pesquisador. Advogado.
 - 4 DELMAS-MARTY, Mirreile. “Perspectives ouvertes par le Droit de l’Environnement». In: *Revue Juridique de l’Environnement*, v. 39. Limoges: Lavoisier, 2014, p. 07-13.

*nacional: inspira normas, favorece a criação de normas integradoras e até mesmo impõe regras jurídicas comuns*⁵.

Logo, como ensina Delmas-Marty, a pluralidade dos espaços normativos demanda que o tratamento das questões ambientais leve em conta a mutação da concepção de ordem jurídica, enfatizando-se o que há de relativo e de universal na edificação do desenvolvimento sustentável através da análise da justaposição entre normas mundiais, regionais e nacionais⁶.

Seja em busca da construção de uma “gramática jurídica comum” ou da aproximação entre direitos nacionais, os ditos “operadores do direito”, em movimento de diálogo, tratam de possíveis soluções jurídicas a problemas que afligem a todos, como é o caso da mudança do clima. Na busca pela construção de pontes entre o global e o local, emerge o protagonismo do Poder Judiciário. Incisivo, Benjamin afirma a responsabilidade do juiz em matéria ambiental, pois “*se é responsabilidade do juiz a preservação da vida humana, logo cabe ao Judiciário garantir o que for necessário a todos os seres vivos, nós e todos os outros, base para a vida*”⁷, não podendo ser confundida com “ativismo judicial”⁸.

Nesse contexto, funda-se o debate: é preciso “esverdear” o Poder Judiciário?

5 VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade. 2013. 501 f. Tese (Livre Docência). Universidade de São Paulo, 2013, p. 20.

6 DELMAS-MARTY, Mirreile. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*, Paris: Ed. du Seuil, 2004, p. 354.

7 BENJAMIN, Antonio Herman. “We, the Judges, and the Environment”. In: *Pace Environmental Law Review - Environmental Courts and Tribunals: Improving Access to Justice and Protection of the Environment Around the World*. v. 29, jan. 2012, p. 583.

8 “No Brasil, ao contrário de outros países, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo. Daí não precisarmos de juízes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional” (STJ, Resp. 650.728/SC, pp. 02/12/2009).

Solução de litígios ambientais requer organização judiciária especializada?

Na esteira do Princípio 10 da Declaração do Rio (1992), segundo o qual pelos Estados “[...] *deve ser propiciado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos*”, essa discussão decorre do consenso a respeito da necessidade de construir um olhar diferenciado na solução de conflitos ambientais, sejam eles internacionais, regionais ou locais.

De acordo com o estudo “*Greening Justice*”, entre 1970 e 2009, foram criados 354 Cortes e Tribunais especializados na solução de litígios ambientais, distribuídos em 41 países. À luz da Convenção Aarhus (1998), o estudo aponta que a opção ou não por esse mecanismo depende da condição de cada país em termos de ordem jurídica, objetivos ambientais, estrutura política, cultura e situação socioeconômica.

Por outro lado, alerta: a especialização adotada como único recurso não garante o efetivo acesso à justiça. Para tanto, é preciso atender a três fases escalonadas: primeiro, habilitar o indivíduo ou grupo a acessar informação sobre como chegar aos órgãos decisórios, como obter suporte técnico e ainda como lidar com os riscos da demanda; segundo, acesso ao processo judicial justo; e, não menos importante, acesso também aos mecanismos de eficácia do provimento jurisdicional. Do contrário, justiça “verde” seria discurso⁹.

A partir do exame de variados casos, o referido estudo ainda contribui ao assinalar pontos críticos na especialização de Cortes e Tribunais ambientais, atentando para os itens como competência em razão do lugar e da matéria, instâncias decisórias, legitimidade para agir, volume de casos, qualificação dos juízes¹⁰, custos, aparelhamento técnico/científico (como tecnologia da informação, perícias, força policial etc.), tutelas de urgência, resolução alternativa de conflitos, dentre outros¹¹.

9 PRING, George R.; PRING, Catherine K. *Greening Justice: creating and improving Environmental Courts and Tribunals*. United States: The Access Initiative, 2009, p. 01-02.

10 Vale citar o Programa *UNEP Global Judges*, voltado à capacitação de juízes em direito ambiental. Informações: <<http://www.unep.org/delc/judgesprogramme/tabid/78617/Default.aspx>>.

11 Idem, *ibidem*, p. 19-82.

Com efeito, conclui que a especialização se justifica por seus próprios objetivos: dar ao caso concreto uma decisão com maior qualidade e, de forma geral, expandir o tratamento “legalista” dos conflitos ambientais – que são também sociais – evoluindo para a abordagem de “solução terapêutica”, por vezes multidisciplinares¹².

O caso do Estado de São Paulo: por que sim, por que não?

Em 2009, a partir de uma demanda da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, a Presidência do Tribunal de Justiça (TJSP) instituiu a Comissão de Estudos para criação de Varas Ambientais na Comarca da Capital¹³. Desde então, privilegiando o princípio da participação, consultou-se diversos órgãos públicos, instituições, entidades da sociedade civil, acadêmicos e magistrados.

Dentre eles, destaca-se o importante parecer da Doutora Solange Teles da Silva, segundo o qual, em face da complexidade das questões socioambientais, compete ao Estado – igualmente ao Executivo, Legislativo e Judiciário – a tarefa de promover a gestão democrática e sustentável do desenvolvimento, o que “*requer, entre outros, a observância do efetivo acesso à justiça para que conflitos que envolvem os bens socioambientais possam ser dirimidos*”. Após um profundo exame, pontuando recomendações de estudos internacionais a respeito, manifestou-se favorável à especialização no caso de São Paulo, “*considerando-se notadamente a questão da abrangência da competência dessas varas em matéria socioambiental*”¹⁴.

É possível afirmar a existência de consenso em relação ao cabimento da medida, tanto é que em 2012, a Comissão de Estudos publicou parecer que, considerando essas manifestações, entendeu ser pertinente a especialização de unidades judiciárias em assuntos ambientais e concluiu sobre a importância e conveniência para o interesse público e a boa administração da justiça “a

12 Idem, *ibidem*, p. 09.

13 Tal comissão é composta pelos Desembargadores Gilberto Passos de Freitas (aposentado) e Antonio Celso Aguilar Cortez, bem como pelo Juiz de Direito Álvaro Luiz Valery Mirra (Portaria TJSP nº 7.926/2010).

14 SILVA, Solange Teles da. *Criação de Varas Ambientais na Comarca da Capital - São Paulo* (Parecer). 2011.

criação ou especialização de uma vara ambiental cível e de uma vara ambiental criminal na Comarca da Capital do Estado de São Paulo, [...] com possibilidade de expansão da especialização para algumas Comarcas do Interior do Estado”.

No tocante a sua estruturação, há pontos positivos e divergentes. A ideia, aqui, não é esgotar cada um desses desdobramentos, e sim delinear os contornos da discussão, que, como será visto, se insere em um contexto mais abrangente.

Nessa tônica, listam-se argumentos favoráveis: a) capacitação do juiz na matéria, o que passa a ser reconhecido pela comunidade ensejando atenção às decisões; b) qualidade das decisões e celeridade, positivamente afetadas pela alocação de recursos humanos, técnicos e financeiros, além da disponibilidade de mais tempo para o enfrentamento da especificidade da matéria; c) segurança jurídica, diante da uniformidade das decisões proferidas; d) concretude aos princípios da prevenção e da precaução, no exercício pelo juiz das funções de gestor do processo e mediador, bem como da participação, ante a abertura de espaço para a intervenção de instituições na qualidade de *amicus curiae*, em audiências públicas, dentre outros.

Por outro lado, os críticos das Varas Ambientais consideram que: a) não há demanda para a especialização; b) há risco de engessamento das decisões, consequência da redução da multiplicidade de perspectivas das decisões; c) haveria concentração de poder na figura do juiz. Todavia, vale consignar que o gerenciamento das demandas no Poder Judiciário não é mapeado pelo Conselho Nacional de Justiça, não sendo possível afirmar que seja negativa¹⁵ e sim que seja invisível, represada. O engessamento e a concentração de poder não parecem ser problemas, pois está preservado o duplo grau de jurisdição e demais princípios processuais. Se assim fosse, Varas de Família e Fazenda Pública, por exemplo, devidamente especializadas, padeceriam desse mal.

Cabe ainda ressaltar a contribuição da proposta apresentada em 2014 ao TJSP pela Comissão de Meio Ambiente da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção São Paulo, no sentido de instalação de Varas Ambientais na Capital e igualmente nas demais regiões administrativas do Estado, com competência civil e criminal, levando-se em conta, dentre outros fatores, a salutar experiência de outras Varas especializadas já em operação no país, como é o caso, na Justiça Federal, das capitais Manaus, Curitiba, Florianópolis e Porto Alegre e, na Estadual, de Cuiabá,

15 FGV/SP; USP; ARTIGO 29. *Estudo sobre os Desafios da Transparência no Sistema de Justiça*, 2014.

Manaus, Distrito Federal, Belém do Pará, sem contar a atuação das duas Câmaras Reservadas no Tribunal de Justiça de São Paulo e no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e a referência do próprio Superior Tribunal de Justiça¹⁶.

Em suma, se a experiência brasileira tem demonstrado bons resultados: por que não?

Considerações finais: por um “diálogo verde”

Com efeito, nota-se a discussão sobre se a viabilidade da criação de Varas Judiciais em matéria ambiental se insere em um contexto mais amplo, resultante, dentre outros fatores, do “diálogo entre juízes”. Isso não espelha apenas na realidade brasileira, mas mundial.

No caso analisado, a existência de sinais positivos quanto à proposta da criação de Varas especializadas na Comarca da Capital São Paulo, aliados à boa experiência de unidades judiciárias em outras localidades do país, indicam que esse pode ser um importante passo na tarefa de criar estruturas de solução compatíveis com a complexidade dos litígios ambientais.

O cerne da questão é dar efetividade ao direito ao meio ambiente, por meio do acesso à justiça, se preciso. Logo, o ideal de um Judiciário “verde” não é um sonho em si mesmo. Ao lado de outros vetores, como o acesso à informação e à participação, compõe a estratégia da gestão democrática e sustentável do desenvolvimento, em favor de uma sociedade justa, livre e solidária. Para além do “sim ou não”, essa é a direção.

Referências

BENJAMIN, Antonio Herman. “We, the Judges, and the Environment”. In: *Pace Environmental Law Review - Environmental Courts and Tribunals: Improving Access to Justice and Protection of the Environment Around the World*. v. 29, jan. 2012.

16 OAB/SP, Ordem dos Advogados do Brasil Subseção São Paulo. *Ata da 1ª Reunião Ordinária/2014 da Comissão Permanente de Meio Ambiente* da OAB/SP, p. 35-46.

BRYNER, Nicholas S. “Brazil’s Green Court: Environmental Law in the Superior Tribunal de Justiça (High Court of Brazil)”. In: *Pace Environmental Law Review - Environmental Courts and Tribunals: Improving Access to Justice and Protection of the Environment Around the World*. v. 29, jan. 2012.

DELMAS-MARTY, Mirreille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l’universel*. Paris: Ed. Du Seuil, 2004.

———. “Perspectives ouvertes par le Droit de l’Environnement». In: *Revue Juridique de l’Environnement*, v. 39. Limoges: Lavoisier, 2014, p. 07-13.

FGV/SP; USP; ARTIGO 29. *Estudo sobre os Desafios da Transparência no Sistema de Justiça*, 2014.

OAB/SP, Ordem dos Advogados do Brasil Subseção São Paulo. *Ata da 1ª Reunião Ordinária/2014 da Comissão Permanente de Meio Ambiente da OAB/SP*. Disponível: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/meio-ambiente/atas/2014/1a%20Ata%20Meio%20Ambiente.pdf/download>>. Acesso: 29 set. 2014.

PRING, George R.; PRING, Catherine K. *Greening Justice: creating and improving Environmental Courts and Tribunals*. United States: The Access Initiative, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. “Pluralidade das Ordens Jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 106/107, jan./dez. 2011/2012, p. 497-524.

ROBINSON, Nicholas. “Ensuring Access to Justice Through Environmental Courts”. In: *Pace Environmental Law Review - Environmental Courts and Tribunals: Improving Access to Justice and Protection of the Environment Around the World*. v. 29, jan. 2012.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado. *Parecer da Corregedoria Geral de Justiça sobre a criação de Vara Especializada de Direito Ambiental na Comarca da Capital - São Paulo*. Processo nº 2009/00019568, 2013.

SILVA, Solange Teles da. *Criação de Varas Ambientais na Comarca da Capital - São Paulo* (Parecer). 2011.

VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade*. 2013. 501 f. Tese (Livre Docência). Universidade de São Paulo, 2013.

2. QUESTÃO DA SOBERANIA DE JURISDIÇÃO: ESTUDO SOBRE O CASO DOS “FUNDOS ABUTRE”

Fabio Alexandre Costa¹

Introdução²

Para estimular o crescimento do país, na década de 90, governo nacional argentino, através da emissão de títulos da dívida pública, lançou o “Plano de Conversibilidade”, no qual um peso argentino equivalia a um dólar. Em 2001, o país passou por uma crise e parou de arcar com o pagamento destes títulos³.

-
- 1 Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.
 - 2 Os principais jornais nacionais e internacionais veicularam diversas matérias sobre o assunto, assim, esta primeira parte, que visa, apenas, expor os fatos ocorridos está baseado nestas reportagens.
 - 3 “Al año 1994 cuando, en virtud de un Acuerdo de Agencia Fiscal (FAA49) suscripto entre el gobierno del ex presidente argentino Carlos Saúl Menem (1989-1999) y la corporación bancaria estadounidense, Banker Trust Company, el Estado emitió a través de esa corporación bancaria una serie de títulos de deuda pública. Tiempo después de que en el año 2001 el entonces primer mandatario interino, Adolfo Rodríguez Saa (23/12/01 – 30/12/01), anunciara el default, una parte de esos bonos fueron comprados por los fondos buitres que hoy están demandando al país que especulaban con esperar futuras reestructuraciones para luego de negarse a participar de ellas quedar posibilitados a reclamar por la vía judicial pagos por sumas millonarias. Ese momento llegó junto con las dos reestructuraciones que el Estado ofreció primero en el año 2005 y luego en el 2010. [...]. Aquí, interesa resaltar que -según las estimaciones que se presentan en el capítulo siguiente- un 91% de los acreedores elegibles aceptaron los canjes” (KUPELIAN; RIVAS, 2014, p. 30).

Esta dívida, que estava escriturada em forma de papéis da dívida pública, tinha como credores cerca de 92% de investidores de bancos nacionais e internacionais e cerca de 8% (oito por cento) de fundos de investimentos norte-americanos, de propriedade de especuladores.

Os intitulados “fundos abutres” são especuladores que adquirem títulos oriundos de dívidas de países subdesenvolvidos e em crise, momento no qual estes títulos são vendidos por valores muito abaixo de seus preços de face e os resgatam quando o país consegue se reerguer, pelo valor de mercado do título, devidamente corrigido, obtendo um lucro sobre os referidos títulos (SILVA; PEREIRA, 2013, p. 139).

Entre 2005 e 2010, os titulares dos títulos foram convocados para uma renegociação, que foi chamada, localmente, de “canje”⁴, na qual o governo pretendia pagar parte do que era devido em “cash” e o restante em forma de “bônus”, tendo adesão quase que total por parte dos credores.

Porém, exatamente pelo caráter especulador dos “fundos Abutre” estes recusaram a proposta do governo argentino e disseram que somente receberiam exatamente o que lhe era devido, ou seja, o valor do título, acrescidos de juros e correção monetária

Assim, uma parte destes credores que compõe os “fundos Abutre” (um por cento) acionaram à justiça Norte Americana, e obtiveram decisão favorável. O magistrado distrital Nova Iorque, Thomas Griesa, além de conceder o suposto direito pleiteado pelos “fundos abutres”, ou seja, assegurando que estes têm o direito de receberem aquilo que fora contratado, não tendo que submeterem a nenhum tipo de renegociação dos papéis da dívida pública Argentina, também ordenou que fossem congelados todos os pagamentos que seriam efetuados para os credores que aceitaram as condições da renegociação.

4 “Em janeiro de 2005 o governo argentino iniciou o processo de reestruturação de sua dívida em títulos em moratória de capital e de juros, desde dezembro de 2001. Propôs, então, a troca de dívida velha e não paga, no valor total de US\$ 81,8 bilhões² por novos títulos no valor máximo de US\$ 41,8 bilhões. Aos detentores de títulos em default caberia a opção de aderir, no período de 12 de janeiro a 25 de fevereiro de 2005, à troca de 152 bônus por três novos bônus de menor valor e maior prazo, ou a opção de manter tais títulos, sem garantias do recebimento de principal e juros” (MENDONÇA, 2005, p. 10).

Atualmente, a Argentina enfrenta sua pior moratória, com uma dívida externa que ultrapassa os cem bilhões de dólares, sendo que mais de 90% (noventa por cento), tem garantias reais para pagamento e menos de 10% (dez por cento) são ou foram alvo da decisão do magistrado norte-americano que poderá levar um país a bancarrota.

Embasamento jurídico da decisão norte americana

Conforme já assinalado, o juiz Thomas Griesa, ao proferir sua sentença, que foi mantida pela Corte de Apelações e pela Suprema Corte Estadunidense, extrapou os limites das fronteiras do país e atingiu todos os proprietários de títulos da dívida externa Argentina, bem como à economia do mundo e a credibilidade da Argentina.

De acordo com a esta sentença, esta parte dos “fundos abutres” que recorreram à justiça nova-iorquina, devem receber X bilhões, e abriu-se uma precedente para que os restantes dos fundos, que também não concordaram com a renegociação proposta pelo governo argentino, requeiram o pagamento integral, o que levaria a Argentina a ter que desembolsar cerca de US\$ 15,4 bilhões, mais juros, o que ficaria em torno de US\$ 17 bilhões (BERALDO, 2014).

A decisão do magistrado Thomas Griesa, que não tem precedentes, está embasada no princípio da “Igualde de Tratamento” (*pari passu clause*)⁵ do direito financeiro internacional, segundo o qual credores ou devedores em mesmas condições, devem receber o mesmo tratamento

Thomas Griesa, interpretando este princípio, entendeu que um devedor, no caso, o Estado Argentino, ao realizar um pagamento, deve fazê-lo em sua integralidade (para todos os credores e no valor acordado, devidamente corrigido)

5 Rodrigo Olivares Caminal explica que “*pari passu clause*” é uma disposição habitual em contratos internacionais, público ou privados, que envolvam emissões de títulos soberanos. O autor pondera que “*pari passu*” é uma expressão latina que significa “em igual passo”. Para os títulos financeiros, significa dizer que os credores estão classificados em igualdade de condições um com os outros, ou seja, de “*bondholders*” possuem os mesmos direitos que os credores quirografários (2014, p. 123).

pois, somente assim, estaria oferecendo o mesmo tratamento a todos os credores. E, portanto, não poderia ter ocorrido a reestruturação da dívida (swap) com os credores que não constituem os “fundos abutre”.

Porém, não podemos comparar credores que aderiram ao plano de repactuação de seus créditos, com os que não aderiram, pois não são credores em igualdade, e, a desigualdade criada entre eles, de acordo com a vontade destes, embasa o tratamento desigual.

Essa decisão afeta, na verdade, todos os países que possuem títulos de suas dívidas externas negociadas no mercado internacional, pois incorpora o risco zero às aplicações financeiras, retira a viabilidade de renegociações, pois qualquer credor poderá ir à uma corte jurisdicional e requerer o pagamento integral de um título (WOLF, 2014), e coloca em cheque a soberania dos países, pois uma decisão de um juiz norte americano acarretou a quebra financeira de um país da América do Sul.

Soberania e limites das decisões judiciais

É princípio da República Federativa do Brasil, previsto no texto constitucional vigente, a soberania (artigo 1º, I, CF/88) e a territorialidade de suas leis e de suas decisões judiciais⁶, além, tais princípios também estão presentes nas regras de Direito Internacional⁷.

6 “Sobre o seu território o Estado exerce jurisdição [...], o que vale dizer que detém uma série de competências para atuar como autoridade[...]. O território de que falamos é a área terrestre do Estado, somada àqueles espaços hídricos de topografia puramente interna, como os rios e lagos que se circunscreve no interior desta área sólida. Sobre o território assim entendido, o Estado soberano tem jurisdição geral e exclusiva. A generalidade da jurisdição significa que o Estado exerce no seu domínio territorial todas as competências de ordem legislativa, administrativa e jurisdicional. A exclusividade significa que, no exercício de tais competências, o Estado local não enfrenta a concorrência de qualquer outra soberania” (REZEK, 2008, p. 162).

7 Carta da Organização dos Estados Americanos. Artigo 3, “b”: “Os Estados americanos reafirmam os seguintes princípios:[...] b) A ordem internacional é constituída essencialmente

A decisão do juiz nova iorquino afeta diversas pessoas, físicas e jurídicas, espalhadas pelo mundo, além da economia de um país inteiro. Não há dúvida que a decisão extrapolou o território norte americano e irá interferir na soberania de outros países, pois há investidores de todo o mundo titulares dos títulos da dívida externa argentina, que, diante da decisão norte americana, poderão pleitear igualdade de direito.

Atualmente, há uma discussão em torno do chamado “diálogo entre os juízes” ou “fertilização cruzada”, que seria a influência que uma decisão de uma corte estrangeira poderá ter na decisão da corte doméstica.

As decisões estrangeiras são utilizadas na construção de um argumento local não só como mera citação ou exemplificação de casos correlatos, e, sim como um argumento para solução do próprio conflito.

Assim, podemos transportar, ainda que hipoteticamente⁸, o caso da Argentina e da decisão do juiz Thomas Griesa para a nossa realidade. Uma decisão de um juiz norte americano poderia interferir na soberania e territorialidade do nosso Estado?

Caso entendêssemos ser positivo tal resposta, admitiríamos que a sentença produz efeitos “*erga omnes*”, para além de suas fronteiras, onde adquiriria legitimidade legal. Além, também admitiríamos a validade do direito estrangeiro em nosso território, sem ser observada a legislação nacional.

De outro lado, abordando a questão negativamente, entenderíamos quem em primeiro lugar deve ser respeitada a jurisdição brasileira e ser aplicadas as normas do nosso país e, assim, buscar a solução do conflito, de outro lado, teríamos credores recebendo tratamentos diferentes diante da mesma situação.

Daí a importância do diálogo entre os tribunais, pois visa o desenvolvimento de uma rede de comunicação que poderá possibilitar uma troca de in-

pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados e pelo cumprimento fiel das obrigações emanadas dos tratados e de outras fontes do direito internacional”.

8 Dizemos hipoteticamente por, até o momento, não termos localização nenhum caso envolvendo o assunto no judiciário brasileiro, porém, conforme noticiado pelo Estado de São Paulo, em 06 de agosto de 2014, o fundo de pensão dos correios é um dos credores que foi prejudicado pela decisão do juiz nova-iorquino, ou seja, o judiciário brasileiro pode se ver obrigado a aplicar uma decisão de um juiz estrangeiro ou ter demandas com base no entendimento esboçado nesta decisão.

formações e uma harmonização na solução de conflitos que ultrapasse o território de um único país, sem que isso reflita em submissão de uma corte à outra, pois todas participam deste diálogo em igualdade de condições e teriam responsabilidade internacional, fazendo com que uma corte estrangeira que dê uma decisão que reflita além de seu território analise os efeitos desta decisão.

Conclusão

O caso dos fundos abutres que tomaram conta da economia argentina e levaram uma nação com cerca de 40 (quarenta) milhões habitantes a moratória internacional causando miséria a grande quantidade de pessoas em troca da remuneração do capital financeiro típica do liberalismo econômico, com disse Thomas Piketty, em seu brilhante livro, *O capital no século XXI*, para reprodução do capital rentista.

O presidente da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), Benjamim Steinbrauch, disse a Folha de São Paulo de 29/09/2014, disse que os empresários paulistas estão desistindo de produzir para investir em especulação imobiliária e financeira, desta forma os empregos estão e poderão ser extintos.

A decisão do juiz estadunidense, Thomas Griesa, ao determinar o confisco de valores da Republica Argentina para o pagamento de lucros e dividendos ao capital financeiro demonstram a nova fase do capitalismo em que o grau de acumulação chegou ao grau extremo em que não existe de necessidade de produzir outros bens de capital para reprodução do capital acumulado, não iremos discutir a forma de acumulação de capital. Mas o fato que preocupa em demasia e está em discussão no presente resumo está no fato dos efeitos da decisão ser “ultraparts”, ou seja, a decisão de um magistrado estranho aos interessados causar enormes prejuízos não a um indivíduo ou a um grupo de pessoas como ocorre cotidianamente no Judiciário tupiniquim, mas a decisão do Judiciário do país central do capitalismo irá trazer inúmeros prejuízos a população de um país latino-americano que poderá não conseguir arcar com suas obrigações para com seu povo sejam elas trabalhistas e/ou previdenciárias.

Enfim, quais são limites da decisão de um magistrado estrangeiro ou mesmo os limites do Direito Internacional?

Referências

Entenda o calote e a crise da dívida externa da Argentina. In: Folha de São Paulo. São Paulo: 31 de julho de 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/BfBKS8>>. Acesso em: 18 set. 2014.

Entenda a crise da dívida da Argentina. In: G1. São Paulo: 31 de julho de 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/ittKSQ>>. Acesso em: 18 set. 2014.

Carta da Organização dos Estados Americanos. Disponível em: <<http://goo.gl/38Baf7>>. Acesso em: 18 set. 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa de 1988, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <<http://goo.gl/8f2Or5>>. Acesso em: 18 set. 2014.

BERALDO, Lílian. *Entenda a crise que levou a Argentina a calote técnico*. In: Agência Brasil. Brasília: 07 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/GRG05g>>. Acesso em: 18 set. 2014.

BUCHHEIT, Lee C.; PAM, Jeremiah S. *The pari passu clause in sovereign debt instruments*. In: Emory Law Journal, nº 53, p. 871-922. Disponível em: <<http://goo.gl/ZHhMkq>>. Acesso em: 18 set. 2014.

CAMINAL, Rodrigo Olivares. *The pari passu clause in sovereign debt instruments: developments in recent litigation*. In: Sovereign risk: a world without risk-free assets?. BIS Papers nº 72, junho/2013, p. 121/128. Disponível em: <<http://www.bis.org/publ/bppdf/bispap72.htm>>. Acesso em: 18 set. 2014.

GIFFONI, Manoel. *Entenda o caso dos fundos abutres*. In: Clarín. Buenos Aires: 8 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/smcCbn>>. Acesso em: 18 set. 2014.

GOULART, Josette. *Fundo de pensão dos correios perde R\$ 200 mill com calote argentino*. In: Estado de São Paulo. São Paulo: 06 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/htjZHY>>. Acesso em: 18 set. 2014.

KUPELIAN, Romina; RIVAS, Maria Sol. *Fondos buitres: el juicio contra argentina y la dificultad que representan en la economía mundial*. In: Documento de Trabalho nº 49. Argentina: CEFIDAR, fev/2014. Disponível em: <<http://www.obela.org/node/1665>>. Acesso em: 18 set. 2014.

LIPTAK, Adam. *Argentina's debt appeal is rejected by Supreme Court*. In: New York Times. Nova Iorque: 16 de junho de 2014. Disponível em: <<http://nyti.ms/1t6YwBQ>>. Acesso em: 18 set. 2014.

MENDONÇA, Ana Rosa Ribeiro de. *Reestruturação da dívida argentina: Proposta e resultados*. In: *Economia Política Internacional: Análise estratégica*, nº 4. Campinas: Unicamp, jan-mar/2005, p. 12/18.

ROSIM, Arnaldo Ricardo. *A Fertilização cruzada nos tribunais e a liberdade religiosa*. In: *Revista Sapere Aude*. Vol, 2, set/2013. Disponível em: <<http://goo.gl/LMT3nP>>. Acesso em: 18 set. 2014.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional*. Público. Curso Elementar. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA. Alexandre Pereira da; PEREIRA. Mariane Yante Barrêto. “Fundos abutres” vs. Estados nacionais: soberania e atuação do Tribunal Internacional do Direito do Mar a partir do caso da fragata libertad. In: *Revista de Direito Internacional*. V. 10, nº 1. Brasília, 2013, p. 138-152.

WOLF, Martin. *Defend Argentina from the vultures*. In: *Financial Times*. Londres: 24 de junho de 2014. Disponível em: <<http://on.ft.com/1l8Uvx0>>. Acesso em: 18 set. 2014.

ROSSIM, Arnaldo Ricardo. *A fertilização cruzada nos tribunais e a liberdade religiosa*. In: *Revista Sapere Aude*, Ano 2, Vol. 2. Rio de Janeiro, 2013, sem página. Disponível em: <<http://goo.gl/q4OnR1>>. Acesso em: 20 set. 2014.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *El diálogo entre Tribunales*. In: *Revista Teoría e Realidad Constitucional*. Nº 28, 2011, p. 354- 359. Disponível em: <<http://goo.gl/baoyiL>>. Acesso em: 18 set. 2014.

3. UMA COMUNIDADE GLOBAL DE CORTES E O DIREITO DO MAR: O CASO DAS BANDEIRAS DE CONVENIÊNCIA

Jana Maria Brito Silva¹

Diálogo entre cortes e a questão da nacionalidade dos navios: a problemática das bandeiras de conveniência

Diversos autor se propõe a construir a ideia do sistema jurídico internacional a partir da interpenetração dos sistemas, pluralidade de ordens piramidais² e a formação de hiperciclos³. Juízes internacionais ganham um novo papel, que vai além da função tradicional própria do processo em razão da multiplicação de normas e tribunais. O juiz internacional é convocado a julgar um número maior de casos, enquanto os juízes domésticos são incitados a utilizar o direito internacional no exercício de sua atividade diária. Observa-se cada vez mais, a

-
- 1 Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC) em convênio com a Universidade Presbiteriana Mackenzie, Bolsista pela Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP), pesquisadora do projeto “Mundo Direito”, pesquisadora do projeto “A Estratégia brasileira para a gestão sustentável dos recursos vivos e não vivos marinhos” - CAPES.
 - 2 SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. *Harvard International Law Journal*, volume 44, number 1, 2003. *passim*.
 - 3 TEUBNER, G., (Ed). *Global law without a state*. Hants: Dartmouth, 1997.

chamada “interpretação criativa”⁴, também chamada de fertilização cruzada⁵. O resultado é que os juízes participantes veem uns aos outros não só como servos e representantes de um sistema político em particular, mas também como colegas profissionais em um esforço que transcende as fronteiras nacionais. Eles enfrentam problemáticas comuns e aprendem uns com os outros através da experiência e da construção do raciocínio. Cooperam diretamente para resolver disputas específicas. Observa-se uma crescente crença na capacidade de agir independente em ambos espaços, nacional e internacional. Com o tempo, consolida-se a perspectiva de que tribunais, nacionais e internacionais, se reconhecem como participantes de uma rede judicial comum. Este fenômeno fomentará a construção de uma comunidade global de cortes.⁶

Estes fenômenos, no entanto, nem sempre acontece de forma clara, seja para evitar comprometimento expresso com entendimento e interpretações normativas, seja pela racionalidade sistêmica diferenciada. O presente estudo irá percorrer as principais decisões referentes a definição da nacionalidade do navio frente a problemática da utilização de bandeiras de conveniência afim de observar o caminho percorrido pelas cortes até a apreciação nacional da questão.

No âmbito jurídico, as características mais importantes de uma embarcação são sua nacionalidade, o porto de inscrição, o nome, a tonelagem e, por fim, sua classe. A nacionalidade do navio, firmada a partir de seu registro, é de salutar importância dentro da sistemática de responsabilização dos Estados.

O registro de uma embarcação é definido por John Middleton como “um processo administrativo pelo qual nacionalidade, bem como seus direitos e deveres colaterais, é conferida a uma embarcação marítima”. A prática de registrar as embarcações junto a um Estado deu-se, ao longo da prática marítima, com base em critérios estabelecidos unicamente pelos próprios Estados. No caso *Muscat Dhows*, julgado pela Corte Permanente de Arbitragem em 1905,

4 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 175.

5 SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. *Harvard International Law Journal*. volume 44, number 1, 2003. *passim*.

6 SLAUGHTER, Anne-Marie. *The new world order*. Princeton University Press, 2004.

restou averbado que é pertinente somente à soberania de cada Estado estabelecer critérios para conferir o direito de arvorar sua bandeira.⁷

A partir da Convenção de Genebra de 1958, quando a necessidade de “vínculo substancial” (“genuine link”) entre a embarcação e o Estado de Bandeira foi pela primeira vez exigida, paira uma incerteza sobre seu real significado, ponto em que o texto convencional era omissivo. Conforme alude Ariella D’Andrea, a redação final da convenção foi influenciada pelo caso *Nottebohm*, julgado pela Corte Internacional de Justiça em 1955, no qual foi decidido pelo não-reconhecimento da nacionalidade conferida por um Estado a um indivíduo em uma circunstância de ausência de vínculo entre ambos.

A Convenção de Montego Bay, em seu art. 91⁸, estabelece inicialmente que “todo Estado deve estabelecer os requisitos para a atribuição da sua nacionalidade a navios, para o registro de navios no seu território e para o direito de arvorar a sua bandeira”. A seguir, insere no mesmo parágrafo que “deve existir um vínculo substancial entre o Estado e o navio”⁹.

Não há qualquer indício no texto convencional que conduza a uma interpretação certa sobre de que forma devem ser aplicados os critérios delineados no art. 91. A primeira hipótese plausível seria a cumulação das duas disposições, de modo que, mesmo no exercício de sua soberania na eleição de critérios para patriar os navios, o Estado deve exigir o vínculo substancial, enquanto a segunda hipótese interpretativa é de que as disposições têm aplicação subsidiária, na ordem indicada. Embora o texto de Montego Bay seja omissivo nesse ponto, ocorreu, de 20 de janeiro a 7 de fevereiro de 1968, em Genebra, a Convenção sobre Registro de Embarcações (*United Nations Convention on Conditions for Registration of Ships*), com o escopo de regulamentar a previsão do art. 91.

A Convenção decorre da Resolução 37/109 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de dezembro de 1982, que incumbiu a Conferência para Comércio e

7 VERHOEVE, Sten. *Diplomatic Protection by the Flag State in Favour of the Crew of a Ship*. 1999. Disponível em: <http://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/opinies/dipl.pdf>. Acesso em: 30 de set 2014.

8 NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar*. BRASIL, DECRETO N° 1.530, DE 22 DE JUNHO DE 1995, Declara a entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, concluída em Montego Bay, Jamaica, em 10 de dezembro de 1982.

9 *Ibidem*.

Desenvolvimento de, nos dois anos seguintes, promover uma conferência plenipocentária para, no período de três semanas, “considerar a adoção de um acordo internacional relativo às condições de aceitação do registro de uma embarcação.”¹⁰

A Convenção sobre o Registro não se encontra, todavia, em vigor. Para tal, é necessária a ratificação de pelo menos quarenta Estados, cuja tonelagem total chegue a 25% do total mundial. Até 2005, somente catorze Nações haviam se comprometido com a Convenção, dentre as quais não figuram aquelas de sólida tradição marítima¹¹. Trata-se de um indício de que o interesse das Nações em uma regulamentação mais rígida acerca do assunto é bastante débil. O tema foi abordado por duas vezes em órgãos jurisdicionais, ainda que indiretamente. A fragilidade do critério do vínculo genuíno é perceptível tanto em decisão da Corte Internacional de Justiça quanto do Tribunal do Mar.

A Corte Internacional de Justiça (CIJ) foi acionada em 1959 para prolatar parecer consultivo, no exercício da competência insculpida no art. 91 (1) da Carta de São Francisco e em seu Estatuto¹², acerca da Composição do Comitê de Segurança Marítima da Organização Intergovernamental Consultiva da Navegação Marítima.

À época, tratava-se da interpretação do ato constitutivo da composição do comitê, regido por documento próprio, sem qualquer vinculação formal ao entendimento contido no texto da Convenção de Genebra de 1958. A CIJ decidiu que “o critério a ser observado pelo eleger as grandes nações com interesses marítimos era a tonelagem registrada, rejeitando a proposta de combinar dois critérios, a tonelagem registrada e a nacionalidade das embarcações”¹³

A interpretação conferida pelo órgão, todavia, enquadra-se em seu múnus de assegurar a boa-fé na interpretação dos Tratados Internacionais. Inexiste qualquer julgamento de mérito acerca da importância do vínculo de nacionalidade entre a embarcação e o Estado a ser representado no Comitê de Seguran-

10 AGNU, 1982.

11 D’ANDREA, Ariella. The “genuine link” concept in responsible fisheries: legal aspects and recent developments. Fato Legal Consultant Development Law Service, 2006. Disponível em: <http://www.fao.org/legal/prs-ol/lpo61.pdf>. Acesso em: 27 set. 2014. p. 6.

12 NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas*. São Francisco, 1945.

13 D’ANDREA, Ariella. The “genuine link” concept in responsible fisheries: legal aspects and recent developments. Fato Legal Consultant Development Law Service, 2006. Disponível em: <http://www.fao.org/legal/prs-ol/lpo61.pdf>. Acesso em: 27 set. 2014. p. 6.

ça, mas tão somente sobre o texto da Convenção que prevê a formação do dito Comitê, na qual o critério eleito é somente o da tonelagem registrada.

A segunda manifestação acerca do vínculo substancial é paradigmática, pois o caso *Saiga M/V* inaugurou o funcionamento do Tribunal Internacional do Mar, com a inédita concessão de medida provisória prevista no art. 290 (1) da UNCLOS.

O caso concerne à prisão e detenção do petroleiro *Saiga M/V*, bem como de sua tripulação, realizado pelas autoridades da Guiné com uso de notória violência. Observou-se que, no momento da prisão, a embarcação navegava na costa da África Ocidental, fora das águas da zona territorial do país, realizando abastecimento (bunkering) de outros barcos em alto mar. Embora pertencesse a uma empresa Suíça, *Saiga M/V* estava registrado sob a bandeira de São Vicente e Granadinas, que requereu junto ao Tribunal do Mar a liberação do mesmo por meio de medida provisória. Em sua defesa, Guiné valeu-se do disposto no artigo 91 da UNCLOS para arguir que São Vicente e Granadina não teria legitimidade para questionar a prisão, dentre outras razões, porque não existiria o vínculo substancial com o petroleiro. O Tribunal deteve-se em analisar especificamente se a ausência de um vínculo substancial autorizaria outro Estado a não reconhecer a nacionalidade da embarcação, admitindo que a própria convenção não oferece resposta objetiva para a demanda. A Corte rememora que a disposição dá continuidade àquilo que era estabelecido na Convenção de 1958, destacando que o texto de Genebra, ao tratar do vínculo substancial, trazia imediatamente a associação com o dever do Estado-Parte de exercer a jurisdição e controle efetivos.

No texto de *Montego Bay*, ressalta, não se repete essa combinação, tampouco se autoriza que um Estado, mesmo dispondo de indícios de “ausência de jurisdição e controle sobre a embarcação” por seu Estado de Bandeira, a negar-lhe reconhecimento de sua nacionalidade referente à bandeira arvorada. Entendeu o Tribunal ainda que:

83. The conclusion of the Tribunal is that the purpose of the provisions of the Convention on the need for a genuine link between a ship and its flag State is to secure more effective implementation of the duties of the flag State, and not to establish criteria by reference to which the validity of the registration of ships in a flag State may be challenged by other States.¹⁴

Assim, fica claro que o vínculo genuíno não é um parâmetro formal para que a nacionalidade de um Estado seja dada a um navio, de sorte que a disposição é apenas norteadora da prática dos Estados. Conclui-se que não há, pelo entendimento dessa Corte, efeito vinculante nesse critério. O Estado brasileiro, em particular, trata com distinta seriedade a concessão de sua nacionalidade a um barco. Nos termos da Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997, são requisitos para que a bandeira pátria seja arvorada: inscrição no Registro de Propriedade Marítima; que a pessoa física ou jurídica proprietária do navio seja domiciliada no país; que o comandante e chefe de máquinas seja brasileiro e que no mínimo dois terços dos tripulantes também sejam brasileiros.

Referências

D'ANDREA, Ariella. *The “genuine link” concept in responsible fisheries: legal aspects and recent developments*. Fato Legal Consultant Development Law Service, 2006. Disponível em: <<http://www.fao.org/legal/prs-ol/lpo61.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2014. p. 6.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar*. BRASIL, DECRETO Nº 1.530, DE 22 DE JUNHO DE 1995, Declara a entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, concluída em Montego Bay, Jamaica, em 10 de dezembro de 1982.

NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas*. São Francisco, 1945.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. *Harvard International Law journal*, volume 44, number 1, 2003. *passim*.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *The new world order*. Princeton University Press, 2004.

TEUBNER, G., (Ed). *Global law without a state*. Hants: Dartmouth, 1997.

VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 175.

VERHOEVE, Sten. *Diplomatic Protection by the Flag State in Favour of the Crew of a Ship*. 1999. Disponível em: <<http://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/opinies/dipl.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2014.

4. EXPLORAÇÃO DO GÁS DE XISTO: ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS E SUAS IMPLICAÇÕES AMBIENTAIS

Juliana Gerent¹
José Carlos Loureiro da Silva²

A decisão proferida pela justiça federal da 1ª Região, especificamente da cidade de Floriano, no Estado do Piauí, no dia 13 de dezembro de 2013, refere-se à 12ª Rodada de Licitações promovida pela Agência Nacional de Petróleo (ANP)³ para exploração do gás de xisto na área da Bacia do Paraíba, utilizando a técnica do fraturamento hidráulico.⁴

-
- 1 Doutoranda em Direito pela Universidade Católica de Santos, Brasil. Professora da Faculdade Integrado de Campo Mourão, Brasil.
 - 2 Promotor aposentado, Mestre em Direito Ambiental (2009) e doutorando em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos.
 - 3 A ANP anunciou a 12ª Rodada de Licitações – Edital de licitações para a outorga dos contratos de concessão para atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, de 23 de setembro de 2013 – a ser realizada nos dias 28 e 29 de novembro de 2013, referente às áreas dos estados do Amazonas, Acre, Tocantins, Alagoas, Sergipe, Piauí, Mato Grosso, Goiás, Bahia, Maranhão, Paraná e São Paulo. (ASIBAMA Nacional. Diagnóstico sobre o fraturamento hidráulico da exploração de gás não-convencional no Brasil – Nov. 2013. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/diagnostico_vf.pdf> Acesso em: 04 set. 2014)
 - 4 BRASIL. Justiça Federal de 1ª Instância. Seção judiciária do Piauí. Subseção judiciária de Floriano. Ação Civil Pública n. 5610-46.2013.4.01.4003. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Agência Nacional do Petróleo e outro. Juiz federal: Derivaldo de Figueiredo Bezerra Filho. Floriano, 13 de dezembro de 2013.

Outra decisão da justiça federal da 3ª Região, especificamente da cidade de Cascavel, no Estado do Paraná, proferida no dia 4 de junho de 2014, tem o mesmo objeto, o emprego da mesma técnica, porém na Bacia do Paraná.⁵

Foram propostas, nos dois casos, ações civis públicas pelo Ministério Público Federal que requereu medidas liminares de antecipação de tutela para suspender o procedimento licitatório enquanto outros e mais complexos estudos ambientais não fossem realizados a fim de demonstrar que o risco e o impacto ambiental dessa atividade e com a utilização da técnica de fraturamento hidráulico não fossem demonstrados de forma satisfatória.

Nas duas decisões judiciais a principal preocupação foi a questão da contaminação dos recursos hídricos, dos aquíferos e águas superficiais e/ou subsuperficiais.

Somente essa questão ambiental já justifica uma análise teórico-jurídica da exploração do gás não convencional⁶, especificamente o gás de xisto. Em ambas as decisões foram ventilados os princípios do desenvolvimento sustentável, da precaução e da prevenção, inclusive com alusão a documentos internacionais aos quais o Brasil se compromete.

Baseando-se em argumentos e fundamentações jurídicas semelhantes, as decisões foram uníssonas quanto à concessão das medidas liminares de antecipação de tutela, demonstrando, com perfeição, que o poder judiciário tem adotado posicionamento favorável à proteção ambiental enquanto o direito ao desenvolvimento econômico ameaçar ou colocar em sérios riscos de danos os

5 BRASIL. Justiça Federal de Cascavel. Ação Civil Pública n. 5005509-18.2014.404.7005/PR. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) e outros. Juiz federal substituto: Leonardo Cacau Santos La Bradbury. Cascavel, 4 de junho de 2014.

6 Gás não convencional, de acordo com a ANP “é uma denominação que agrupa diferentes categorias de gás, como o gás alocado em reservatórios a grande profundidade (...)”, dentre eles o gás de xisto. Diversos gases são agrupados sob o rótulo de não-convencionais porque têm a mesma característica de serem “gás de difícil acesso, e conseqüentemente pouco atrativo economicamente.” (ASIBAMA Nacional. Diagnóstico sobre o fraturamento hidráulico da exploração de gás não-convencional no Brasil – Nov. 2013. Disponível em <http://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/diagnostico_vf.pdf> Acesso em: 04 set. 2014).

recursos naturais, preservando, assim, o equilíbrio ecológico para esta e as futuras gerações.

Nesse sentido, este estudo está centrado nessas duas decisões judiciais e especificamente na análise jurídico-ambiental dos recursos hídricos.

O gás de xisto está previsto para ser uma das fontes de energia elétrica até o ano de 2020 e o Brasil tem reservas desse gás natural nas bacias sedimentares do Parnaíba e do Paraná, dentre outras, onde se localizam vários aquíferos, entre os quais, nesta última, está o Guarani. Calcula-se que seja de um volume de 6,9 trilhões de metros cúbicos o tamanho da reserva de gás de xisto no território brasileiro.⁷ O governo pretende incluí-lo na matriz energética do país, mesmo com a proposta de diversos pesquisadores brasileiros de um período de 5 anos de moratória⁸ para que seja realizado um estudo a respeito da viabilidade, sustentabilidade e consequências socioambientais dessa nova técnica de extração de combustível fóssil.⁹

A exploração desse gás põe em risco um dos maiores e necessários recursos naturais para a sobrevivência do homem, para a produção industrial, irrigação e

7 CAVA, Luis Tadeu. “Gás de xisto” (shale gas). Disponível em: <file:///C:/Users/cliente/Downloads/G%C3%A1s%20de%20Xisto%20-%20Shale%20gas%20(1).pdf>. Acesso em: 04 set. 2014.

8 Moratórias foram decretadas no estado de Nova York, em Quebec, na França e em partes da Alemanha. Outros países decretaram, em alguns locais, moratória temporária ou permanente, como a Argentina, Espanha, Itália, Irlanda, Nova Zelândia, Bulgária, África do Sul, Suíça, Áustria e Austrália, em razão não apenas dos impactos conhecidos mas, principalmente, pela ausência de informações quanto às consequências do processo de fraturamento hidráulico. (Ministério do Meio Ambiente. Grupo de trabalho – Portaria MMA n. 218/2012. Parecer técnico GTPEG n. 03/2013. Disponível em: <http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Diretrizes_Ambientais_GTPEG_12a_Rodada/Parecer/Parecer_GTPEG_R12.pdf>. Acesso em: 04 set. 2014).

9 O Eco. PADUA, Suzana M. Gás de xisto no Brasil: receita para um desastre ambiental. Disponível em: <<http://www.oeco.org.br/suzana-padua/27511-gas-de-xisto-no-brasil-receita-para-um-desastre-ambiental>>. Acesso em: 04 set. 2014.

sedentação de animais: a água. Mesmo assim, parece ser desconsiderado quando o interesse “desenvolvimentista”¹⁰ se sobrepõe à proteção do meio ambiente.

Há estudos que confirmam que a exploração do gás de xisto contamina a água, já que sua extração dá-se através da técnica chamada “fracking” na qual a fratura da rocha ocorre através da injeção sob alta pressão de considerável quantidade de água, explosivos e substâncias químicas. Isso pode acarretar vazamentos e contaminação de aquíferos de água doce que se localizam acima do xisto. A técnica da fratura hidráulica pode causar danos ambientais conhecidos e que já se sabem ser irreversíveis, mas também podem acarretar danos desconhecidos pelos atuais estudos realizados por especialistas na área.¹¹

O Grupo de Trabalho Interministerial de Atividades de Exploração e Produção de Óleo e Gás (GTPEG) reconheceu os impactos ambientais decorrentes daquela técnica, inclusive alterações nas paisagens, contaminação do solo, impactos sobre a saúde humana e dos animais, contaminação do ar, comprometimento dos recursos hídricos, principalmente no que se refere a quantidade de água disponível, principalmente em regiões onde ela já é escassa, como no caso da Bacia do Parnaíba.¹²

No que tange à proteção legal das águas, a Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei n. 9.433/97) trata apenas dos recursos hídricos superficiais, sem qualquer referência às águas subterrâneas.

O art. 4º, inciso I da Lei 6.938/81 dispõe sobre o princípio do desenvolvimento sustentável quando expressamente prevê que, dentre os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente está a “compatibilização do desenvolvi-

10 Nesse sentido: SAMPAIO JR. Plínio de Arruda. Desenvolvimentismo e neodesenvolvimento: tragédia e farsa. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ssoc/n112/04.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2014.

11 O Eco. PADUA, Suzana M. Gás de xisto no Brasil: receita para um desastre ambiental. Disponível em: <<http://www.oeco.org.br/suzana-padua/27511-gas-de-xisto-no-brasil-receita-para-um-desastre-ambiental>>. Acesso em 04 set. 2014.

12 Ministério do Meio Ambiente. Grupo de trabalho – Portaria MMA n. 218/2012. Parecer técnico GTPEG n. 03/2013. Disponível em: <http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Diretrizes_Ambientais_GTPEG_12a_Rodada/Parecer/Parecer_GTPEG_R12.pdf>. Acesso em: 04 set. 2014.

mento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico”.

O art. 225 da CF também trata do mesmo princípio e assegura que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito de todos, desta e das futuras gerações.

Há inúmeros tratados, internacionais ou bilaterais, que tratam da gestão dos recursos hídricos mas apenas das águas superficiais. As águas subterrâneas são ignoradas, ainda que o volume destes recursos, aproximadamente 23.400.000 Km³, seja três vezes maior que os recursos superficiais transfronteiriços, de aproximadamente 42.800 Km³.¹³

Discute-se entre os 4 países do Mercosul a execução de um projeto de gestão do aquífero Guarani mas ainda sem resultados plausíveis.¹⁴

Os Princípios 1 e 2 da Declaração de Estocolmo de 1972 dispõem sobre o direito fundamental à qualidade de vida e os recursos naturais, incluindo a água, devendo ser preservados.

A Conferência do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, dispõe sobre o princípio do desenvolvimento sustentável no seu Princípio 3 quando expressa que o direito ao desenvolvimento deve ser exercido consi-

13 VILLAR, Pilar Carolina. A gestão internacional dos recursos hídricos subterrâneos transfronteiriços e o aquífero guarani. REGA, vol. 4, n. 1, p. 63-74, jan./jun. 2007, p. 63-64. Disponível em: <https://www.abrh.org.br/sgcv3/UserFiles/Sumarios/101df1a6403a4fb34b-97374040c19086_9b26fa6eddd170aa0e02ba125eab9f7d.pdf>. Acesso em: 04 set. 2014.

14 Trata-se do chamado Projeto de Proteção Ambiental e Gerenciamento Sustentável Integrado do Sistema Aquífero Guarani (Projeto Aquífero Guarani). Em 1992, durante o Congresso da associação latino-americana de hidrogeologia subterrânea para o desenvolvimento (ALHSD), foi discutida a ideia de elaboração dessa projeto. Depois de várias negociações foi lançado oficialmente no dia 23 de maio de 2003 entre os 4 países do Mercosul e contou, ainda, com o apoio do Banco Mundial, da Organização dos Estados Americanos (OEA) e do Fundo para o Meio Ambiente Mundial (GEF). (VILLAR, Pilar Carolina. Idem). No dia 2 de agosto de 2010, os 4 países do Mercosul assinaram o acordo mas ainda precisa ser ratificado pelo Congresso Nacional e pelos demais países para entrar em vigor. (Acordo sobre o aquífero guarani. Disponível em <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/acordo-sobre-o-aquifero-guarani>> Acesso 05.09.2014)

derando essa necessidade em harmonia com a proteção ambiental, garantido para esta e as gerações vindouras.¹⁵

A Agenda 21 apresentada ao final daquela Conferência do Rio de Janeiro dispõe, no seu art. 18, a respeito da proteção das águas.¹⁶

Os princípios da precaução e prevenção também estão dispostos nas duas principais declarações internacionais sobre o meio ambiente, a de Estocolmo e do Rio.

Como visto não há proteção legal nacional tampouco internacional que tutele, específica e expressamente, os recursos hídricos subterrâneos. Contudo, de forma tangente, é possível buscar sua proteção através do argumento da defesa dos direitos humanos, uma vez que o bem ambiental, a água, é indispensável para garantir o direito à vida e à saúde. Também o fundamento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ampara sua proteção.

Exatamente pela ausência de proteção legal às águas subterrâneas as duas decisões analisadas basearam-se na tutela do direito humano à vida e à saúde e o direito constitucional a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, direitos previstos não apenas na legislação nacional mas, também, em documentos internacionais aos quais o Brasil se compromete.

Referências

ASIBAMA Nacional. *Diagnóstico sobre o fraturamento hidráulico da exploração de gás não-convencional no Brasil* – Nov. 2013. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/diagnostico_vf.pdf>. Acesso em: 04 set. 2014.

BRASIL. Justiça Federal de 1ª Instância. Seção judiciária do Piauí. Subseção judiciária de Floriano. Ação Civil Pública n. 5610-46.2013.4.01.4003. Autor: Ministério Público

15 Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2014.

16 Ministério do Meio Ambiente. Capítulo 18. Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global/item/670-cap%C3%ADtulo-18>>. Acesso em: 05 set. 2014.

Federal. Réus: Agência Nacional do Petróleo e outro. Juiz federal: Derivaldo de Figueiredo Bezerra Filho. Florianópolis, 13 de dezembro de 2013.

BRASIL. Justiça Federal de Cascavel. Ação Civil Pública n. 5005509-18.2014.404.7005/PR. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) e outros. Juiz federal substituto: Leonardo Cacau Santos La Bradbury. Cascavel, 4 de junho de 2014.

CAVA, Luis Tadeu. “Gás de xisto” (*shalegas*). Disponível em: <file:///C:/Users/cliente/Downloads/G%C3%A1s%20de%20Xisto%20-%20Shale%20gas%20(1).pdf>. Acesso em: 04 set. 2014.

Ministério do Meio Ambiente. Grupo de trabalho – Portaria MMA n. 218/2012. Parecer técnico GTPEG n. 03/2013. Disponível em: <http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Diretrizes_Ambientais_GTPEG_12a_Rodada/Parecer/Parecer_GTPEG_R12.pdf>. Acesso em: 04 set. 2014.

O Eco. PADUA, Suzana M. *Gás de xisto no Brasil: receita para um desastre ambiental*. Disponível em: <<http://www.oeco.org.br/suzana-padua/27511-gas-de-xisto-no-brasil-receita-para-um-desastre-ambiental>>. Acesso em: 04 set. 2014.

VILLAR, Pilar Carolina. *A gestão internacional dos recursos hídricos subterrâneos transfronteiriços e o aquífero guarani*. REGA, vol. 4, n. 1, p. 63-74, jan./jun. 2007, p. 63-64. Disponível em: <https://www.abrh.org.br/sgcv3/UserFiles/Sumarios/101df1a6403a4fb34b-97374040c19086_9b26fa6eddd170aa0e02ba125eab9f7d.pdf>. Acesso em: 04 set. 2014.

5. A RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS AOS OLHOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*

Fernando Rodrigues da Motta Bertoncello¹

Leticia Menegassi Borges²

Marina Giacomelli Mota³

Introdução

As interpretações de que as instituições financeiras também têm responsabilidade socioambiental no que diz respeito aos projetos com os quais elas estão envolvidas não está somente no campo das ideias de doutrinadores e juristas que procuram analisar artigos de lei esparsos.

O Superior Tribunal de Justiça se posicionou sobre o assunto por meio de acordão no qual o Ministro Relator Herman Benjamin definiu claramente quem eram os responsáveis pelos danos ambientais, valendo-se em suas razões de decidir, não apenas da literalidade da lei, mas também de outros julgados, inclusive de tribunais locais, num processo decisório dialógico.

1 Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (bolsista Mackpesquisa).

2 Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

3 Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

* Os autores integram o projeto de pesquisa Direito e desenvolvimento sustentável: a proteção e gestão da biodiversidade, Instituto Mackpesquisa.

Uma análise da decisão do recurso especial n.º 1.071.741

O Ministro Herman Benjamin, no Recurso Especial n.º 1.071.741 (2008/0146043-5) cujo acórdão é de sua lavra, analisa a matéria que diz respeito à corresponsabilização do Estado quando, em consequência de sua omissão no exercício do dever-poder de controle e fiscalização ambiental, danos ao meio ambiente são causados por particular que invadiu a Unidade de Conservação de Proteção Integral (Parque Estadual), de propriedade pública, nela levantando construção e procedendo à exploração agrícola.

Em tal julgado, o Ministro procura definir o conceito de *poluidor* e, para tanto, consigna que:

[...] para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano urbanístico-ambiental e de eventual solidariedade passiva, **equiparam-se** quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem não se importa que façam, quem cala quando lhe cabe denunciar, **quem financia para que façam** e quem se beneficia quando outros fazem (REsp 650.728/SC). (**Grifo nosso**)

A leitura do acórdão parcialmente transcrito acima mostra que, para o referido Ministro, não há distinção entre quem polui e quem financia a poluição, cabendo à este a mesma responsabilização.

Tal responsabilização é objetiva, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, sendo que, de acordo com tal diploma legal, o poluidor é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

Vale mencionar que para a consecução desta responsabilidade objetiva, tanto a Constituição Federal, em seu art. 129, inc. III, quanto a Lei nº 6.938/81, no art. 14, § 1º, conferem legitimidade ao Ministério Público da União e dos Estados para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Além da força normativa dos mencionados dispositivos legais, é certo que a jurisprudência é um dos mais eficazes meios, no Estado Socioambiental e Democrático de Direito, no fortalecimento do combate aos danos ambientais.

Destarte, tal julgado se mostra relevante, portanto, não apenas por sua acuidade técnica e profundidade, mas também porque a partir dele abriu-se precedente para que instituições financeiras fossem colocadas no polo passivo de ações judiciais, uma vez que foram equiparadas àqueles que diretamente causam o dano socioambiental.

Fertilização cruzada e o acórdão nº 1.071.741

A fertilização cruzada, também chamada de “diálogo entre os juízes” ou “diplomacia jurídica” é o fenômeno atualmente observado nos tribunais domésticos dos países, por meio do qual estes, ao decidirem uma questão colocada sob a sua jurisdição, pautam a decisão em fontes estrangeiras, internacionalizando a proteção de direitos que são de interesse mundial, tal como, no caso analisado, a questão ambiental (VERGOTTINI, 2011, p. 347).

Para que possamos qualificar a utilização das fontes estrangeiras como um “diálogo entre os juízes” é necessário que seja ultrapassado a mera citação desta fonte, ela deve influenciar, diretamente, na decisão da questão (LAW; CHANG, 2011, p. 06).

Assim, o acórdão analisado se coloca como veículo de diálogo entre juízes na medida em que o Relator não se limitou a reverberar a jurisprudência de seu próprio tribunal, mas também se aproximou do tribunal de origem e, mais que isso, conclamou o Poder Judiciário para que dê, no âmbito de sua competência, um basta à “Síndrome de Velho Oeste”, que, de forma indevida, justifica que as pessoas assim intencionadas ajam como se donos dos bens públicos fossem (no caso analisado o bem público era uma área de preservação ambiental).

O julgado em tela não se furtou de buscar referências estrangeiras, observando que a aplicação da solidariedade em matéria ambiental é mais que uma conveniência processual, mas “absolutamente imprescindível no Direito Ambiental”. Sob tal argumento, mais uma vez a responsabilização socioambiental das instituições financeiras se torna perfeitamente cabível.

Além, ao serem utilizadas, como fundamentação para responsabilidade das instituições financeiras pelo dano ambiental, fontes internacionais, ressalta que preocupação com o meio ambiente é mundial, daí a necessidade da exis-

tência de um diálogo entre as cortes domésticas e estrangeiras para efetivação da proteção ao meio ambiente.

Considerações finais

A responsabilidade socioambiental encontra amplitude no ordenamento jurídico brasileiro na medida em que o Poder Judiciário aponta e aplica sanções aos eventuais culpados pelos ilícitos ambientais, incluindo nesse “rol de culpados”, inclusive aqueles que financiam as ações danosas, portanto, as instituições financeiras.

Porém, a necessidade da proteção ao meio ambiente ultrapassa o território brasileiro, e, atualmente é uma preocupação mundial, o que resta claro com as diversas conferências realizadas internacionalmente e tratados de preservação ambiental assinados entre Estados soberanos.

Assim, é cabalmente aceitável, e mais, necessário, que esta preocupação tenha reflexos nas decisões judiciais. Em tal contexto, o diálogo entre juízes reforça o princípio da responsabilidade contido do art. 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988 e dá coerência âmbito decisório.

Referências

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos (coord). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CARVALHO, Déltton Winter de. *Dano Ambiental Futuro: A Responsabilização Civil pelo Risco Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

FERNANDES, Camila Maria; SOARES, Lorena Saboya Vieira. *A contribuição da atuação da diplomacia no contexto do direito ambiental internacional*. In: (Re) Pensando o Direito: Desafios para a Construção de novos Paradigmas. Congresso CONPEDI, 2014. Disponível em <(Re) Pensando o Direito: Desafios para a Construção de novos Paradigmas>. Acesso em: 20 set. 2014.

KETON, W. Page. *Proser and Keton on the Law of Torts*. 5. ed. St. Paul: West Publishing, 1984.

LAW, David S.; CHANG, Wen-Chen. *Global judicial dialogue*. In: Washington Law Review, vol. 86, 2011, pp. 523-577. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1798345>. Acesso em: 20 set. 2014.

VERGOTTINI, Giuseppe De. *El diálogo entre tribunales*. In: UNED: Teoría y Realidad Constitucional, núm. 28, 2011, p. 335-352. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es/revistasuned/index.php/TRC/article/view/6962>>. Acesso em: 20 set. 2014.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 16 jul. 1965, retificada em 16 ago. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 17 set. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.071.741. Relator Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma. J. 24.03.2009. DJU: 16.12.2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1071741&&b=ACOR&p=true&t=-JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 20 set. 2014.

