

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CRISTIANO VILHALBA FLORES

DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE À HARMONIZAÇÃO JURÍDICA:
A LEGITIMIDADE DO PARTICULAR EM POSTULAR OPINIÕES CONSULTIVAS
AO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL

Porto Alegre

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CRISTIANO VILHALBA FLORES

DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE À HARMONIZAÇÃO JURÍDICA:
A LEGITIMIDADE DO PARTICULAR EM POSTULAR OPINIÕES CONSULTIVAS
AO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL

Dissertação apresentada como requisito para
obtenção do título de mestre pelo Programa de Pós-
Graduação da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul

Orientador: Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior

Porto Alegre

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CRISTIANO VILHALBA FLORES

DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE À HARMONIZAÇÃO JURÍDICA:
A LEGITIMIDADE DO PARTICULAR EM POSTULAR OPINIÕES CONSULTIVAS
AO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL

Dissertação apresentada como requisito para
obtenção do título de mestre pelo Programa de Pós-
Graduação da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul

BANCA EXAMINADORA

Professor Orientador: Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior

Professora Dra. Cláudia Lima Marques

Professor Dr. Alejandro Daniel Perotti

Professora Dra. Luciane Klein Vieira

Porto Alegre

2017

Dedico aos meus amados filhos Enzo e Sofia
e esposa Débora, fontes de
amor e felicidade.

AGRADECIMENTOS

Especial agradecimento ao meu orientador, Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior, pelo incentivo inicial, por toda a experiência e conhecimento transmitidos, pela orientação e, acima de tudo, pela amizade.

À minha família, pela compreensão e apoio.

Aos demais mestres que cruzaram neste caminho e que colaboraram para o meu crescimento acadêmico.

E aos colegas pelo companheirismo e auxílio.

RESUMO

No presente trabalho busca-se demonstrar a inovação trazida pela regulamentação dos Estados-partes do Mercosul, especialmente pela brasileira, que conferiu ao particular o direito subjetivo de postular Opiniões Consultivas diretamente ao Tribunal Permanente de Revisão. Para tanto, destaca-se a condição de sujeito de direito internacional adquirida pelo particular por meio de normas advindas de integrações entre Estados soberanos. Da mesma forma, a importância que possui um tribunal legitimado e com atribuições claras, tendo por exemplos a União Europeia e da Organização dos Estados Americanos, onde o Tribunal de Justiça e Corte Interamericana de Direitos Humanos são reconhecidos como responsáveis diretos pelo sucesso destes blocos. Dentre suas competências, destaca-se o protagonismo que tiveram as suas faces consultivas, representadas pelo reenvio prejudicial e pelas opiniões consultivas, respectivamente, instrumentos que não foram apenas responsáveis pela harmonização das legislações internas com a norma da integração, mas também por criar uma verdadeira cooperação jurisdicional entre organismos jurisdicionais interacionais e as jurisdições nacionais. Institutos que se assemelham às opiniões consultivas do Mercosul, cuja legitimação em postulá-las diretamente ao Tribunal Permanente de Revisão é conferida ao particular de forma inovadora em processos de integração.

Palavras chave: União Europeia; Reenvio prejudicial; OEA; Mercosul; Opiniões consultivas

ABSTRACT

This paper seeks to demonstrate the innovation brought about by the regulations of the Mercosur States Parties, especially by the Brazilian, which gave the individual the subjective right to apply for Consultative Opinions directly to the Permanent Review Tribunal. In order to do so, the condition of being a subject of international law acquired by the individual is highlighted, through norms derived from integrations between sovereign states. Likewise, the importance of a legitimate and clearly defined court, for example the European Union and the Organization of American States, where the Court of Justice and the Inter-American Court of Human Rights are recognized as directly responsible for the success of these blocs. Among its competences, the leading role played by advisory opinions, represented by the reference for a preliminary ruling and by the advisory opinions respectively, were not only responsible for the harmonization of domestic legislation with the integration rule but also for creating a genuine Jurisdictional cooperation between national courts and national courts. Institutes that resemble the consultative opinions of Mercosur, whose legitimacy in postulating them directly to the Permanent Review Tribunal is given to the individual in an innovative way in integration processes.

Keywords: European Union; preliminary ruling; OAS; Mercosur; Advisory Opinions

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I. O PARTICULAR COMO SUJEITO DE DIREITO INTERNACIONAL E OS SISTEMAS JURÍDICOS EM AMBIENTES REGIONAIS.....	16
1. Considerações iniciais ao Capítulo.....	16
2. O Particular como sujeito de direito internacional.....	18
3. O Sistema Jurídico da União Europeia.....	22
3.1. A Supranacionalidade como premissa de solidificação da União Europeia.....	23
3.2. Fontes primárias e secundárias do Direito da União.....	25
3.3. Alguns princípios a caracterizar a União Europeia.....	30
4. O Sistema Jurídico Interamericano sobre Direitos Humanos.....	36
4.1. Breve Histórico do desenvolvimento dos Direitos Humanos no ambiente regional das Américas.....	37
4.2. O Sistema interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.....	38
5. O Sistema Jurídico do Mercosul	42
5.1. A escolha pela intergovernabilidade feita pelo Mercosul.....	43
5.2. Fontes primárias e secundárias do Direito do Mercosul.....	49
5.3. Alguns princípios a caracterizar o Direito do Mercosul.....	50
5.4. A obrigatoriedade, a primazia e aplicação direta das normas do Direito da Integração....	54
6. Conclusão Parcial.....	57
CAPÍTULO II. TRIBUNAIS E CORTES EM AMBIENTES REGIONAIS E O ACESSO DOS PARTICULARES.....	59
1. Considerações iniciais ao Capítulo.....	59
2. O Tribunal de Justiça da União Europeia e o acesso dos particulares.....	60
2.1. O Tribunal de Justiça da União Europeia.....	60
2.2. O Reenvio Prejudicial.....	67
2.3. O particular e o Tribunal de Justiça da União Europeia.....	78

3. Corte Interamericana de Direitos Humanos e o acesso dos particulares.....	80
3.1. A Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	80
3.2. As Opiniões Consultivas.....	84
3.3. O particular e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	88
4. O Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul e o acesso dos particulares.....	92
4.1. Breve evolução histórica do Sistema de Solução de Conflitos do Mercosul.....	92
4.2. O objeto das controvérsias.....	93
4.3. As etapas do Sistema de Solução de Conflitos do Mercosul.....	94
4.4. A dupla função do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul.....	96
4.5. As Opiniões Consultivas.....	99
4.6. O particular e o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul.....	104
5. Conclusão Parcial.....	105

CAPÍTULO III. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE, A HARMONIZAÇÃO DO DIREITO E O DIREITO SUBJETIVO DO PARTICULAR EM POSTULAR OPINIÕES CONSULTIVAS AO TPR.....108

1. Considerações iniciais ao Capítulo.....	108
2. O Controle de Convencionalidade.....	110
2.1. Características do Controle de Convencionalidade.....	112
2.2. O Controle de Convencionalidade no Brasil.....	120
3. A Harmonização do Direito pelas Cortes Internacionais.....	125
3.1. O papel harmonizador do Tribunal de Justiça da União Europeia.....	126
3.2. O papel harmonizador da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	127
3.3. O papel harmonizador que pode exercer o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul.....	131
3.4. O papel do particular, por meio de sua legitimação, no processo de harmonização do direito.....	133
4. O direito subjetivo do particular de postular opiniões consultivas ao TPR.....	135
4.1. A regulamentação pelos Estados-partes do Mercosul para o envio de Opiniões Consultivas.....	135
4.2. A legitimação dada ao particular para postular Opiniões Consultiva ao Tribunal Permanente do Mercosul.....	139
4.3. A Opinião Consultiva formulada pelo particular ao STF.....	145

4.4. Os requisitos e o procedimento interno brasileiro para o envio de Opiniões Consultivas.....	146
5. Conclusão Parcial.....	149
CONCLUSÃO.....	151
REFERÊNCIAS.....	155

INTRODUÇÃO

Há pouco mais de duas décadas e meia a América do Sul deu início ao seu maior e mais complexo processo de integração, quando Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, reunidos na Capital que lhe deu o nome, firmaram o Tratado de Assunção. Surge o Mercosul, visando criar um mercado comum, com uma estrutura institucional básica. A ele segue o Protocolo de Ouro Preto, que lhe deu personalidade jurídica de Direito Internacional, consolidando a sua estrutura institucional.

Historicamente, a todo processo de integração regional segue um mecanismo de controle de controvérsias que interprete e regulamente o direito que com ele nasce, procurando harmonizar eventuais desavenças entre os Estados-partes, bem como de seus ordenamentos internos frente ao bloco. E no Mercosul não foi diferente, pois já nos anexos ao Tratado de Assunção veio regulamentado o seu primeiro sistema de solução de controvérsias, o qual fora aperfeiçoado pelos Protocolo de Brasília, Protocolo de Ouro Preto e Protocolo de Olivos.

Na história desta integração, pode-se constatar alternância de momentos de otimismo e de pessimismo. Quanto ao estágio do Mercosul, segundo Machado e Del’Olmo “é de se reconhecer que atualmente está em um quadro estático, as vezes até inanimado, pois o processo integracionista realmente não flui, estacionou-se na união aduaneira”¹. Ou nas palavras de Barral, “o Tratado de Assunção (TA), documento constitutivo do Mercosul, parece hoje um documento programático, mais que uma descrição da realidade que se pretende construir num curto espaço de tempo”².

Prova da estagnação do Mercosul foi o fato de que em 2000 houve o seu “relançamento”, quando os Estados-partes, por meio dos seus presidentes, reafirmaram o compromisso com o desenvolvimento da integração regional. Este ato, sediado em Buenos Aires, “possui o mérito de reafirmar a vontade e o comprometimento político de ambos países com o propósito da integração em um momento particularmente difícil e de procurar inscrever o tema da coordenação macroeconômica de modo efetivo na agenda do bloco e dos respectivos países membros”³, como refere Vaz.

No entanto, especificamente no sistema de solução de controvérsias, a evolução pode

¹ MACHADO, Diego Pereira; DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 67.

² BARRAL, Welber Oliveira. *O Protocolo de Olivos e o Mercosul*. Acessível em www.egov.usc.br/portal/sites/default/files/anexos/1221-1235-1-PB.pdf, p. 150. Acesso em 13.01.2016.

³ VAZ, Alcides Costa. O Relançamento do Mercosul. *Meridiano 47 – Journal of Global Studies*. Vol. 1. Nº 1, 2000. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/4768/4001>. Acesso em 22.01.2017.

ser notada, fundamentalmente, pela criação de um Tribunal Permanente, do qual, dentre outras competências, destaca-se a de emitir Opiniões Consultivas, reconhecidas como de grande relevância para a sedimentação do direito da integração, com a harmonização entre os direitos nacionais dos Estados-partes, bem como entre estes e o oriundo do bloco.

No antigo continente, por sua vez, logo após a Segunda Guerra Mundial, surge o que, até então – embora também atualmente dê sinais de desgaste –, demonstra-se como o mais complexo e bem-sucedido processo de integração regional, que é a União Europeia. Integração esta em que se consolida um Tribunal de Justiça que tem na edição de questões prejudiciais, nominadas de reenvio prejudicial, uma rica contribuição para a uniformização do direito da região. Até porque, nas palavras de Vieira, “verifica-se que o fim máximo da Corte mencionada é harmonizar a jurisprudência das jurisdições nacionais, para garantir a unidade do sistema jurisdicional do bloco”⁴.

Mais próximo a nós, outro exemplo de um organismo regional merece destaque. Trata-se da Organização dos Estados Americanos (OEA), a qual é responsável pela edição da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida por Pacto de San José da Costa Rica, por ter sido a cidade sede da Conferência Interamericana sobre Direitos Humanos, no ano de 1969, que teve a missão de produzir este importante Tratado Internacional, pilar de todo Sistema Interamericano sobre Direitos Humanos.

Deste acordo também surge um organismo dotado de competência jurisdicional e consultiva, com o encargo de ditar a final interpretação das normas oriundas daquela organização. Trata-se da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), a qual destaca-se pela eficaz atuação na garantia do respeito aos Direitos Humanos no seio do Continente Americano, tanto quando atua em sua face jurisdicional, quanto em sua face consultiva, por meio das Opiniões Consultivas.

Algumas similitudes são evidentes nos institutos do reenvio prejudicial do Tribunal de Justiça da União Europeia e das opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, pois todos têm a tarefa de ser os mecanismos de encaminhamento de questionamentos aos referidos tribunais, com vistas à interpretação e harmonização normativa.

No entanto, várias também são as diferenças, pois, no que se refere à União Europeia e o Mercosul, deve-se lembrar que no momento em que nasceram “não havia as mesmas

⁴ VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretação e Aplicação Uniforme do Direito da Integração. União Europeia, Comunidade Andina, Sistema da Integração Centro-Americana e Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 26.

condições histórico-culturais que proveram as motivações e interesses para a sua formação”⁵. Diferenças estas que, na atualidade, bem refletem o estágio destes dois processos integracionistas. Já no que concerne ao Pacto de San José da Costa Rica, a própria natureza do acordo o distingue dos demais.

Mas isto não impede, como referido, de perceber-se as suas semelhanças. Dentre elas, pode-se destacar, primeiramente, que todos estes instrumentos consultivos têm por finalidade o encaminhamento de questões para que os tribunais venham a interpretar o direito decorrente da região integrada.

No caso do Mercosul e da União Europeia também se assemelham, opiniões consultivas e reenvio prejudicial, pelo fato de que qualquer órgão jurisdicional dos Estados-membros ou Estados-partes podem ser os autores destes questionamentos, sendo que aos tribunais das integrações não é concedida a atribuição de aplicação do direito interpretado, o que ficará a cargo dos órgãos jurisdicionais internos, remetendo a uma necessária cooperação entre o organismo jurisdicional nacionais e os referidos tribunais. Entretanto, exatamente desta atribuição exclusivamente interpretativa, de não aplicação direta do direito ao caso concreto, é que surge a diferença mais marcante dos dois institutos, que é o caráter vinculativo da manifestação do Tribunal da União Europeia, o que inexistente, até o momento, no sistema do Mercosul.

Por outro lado, como se verá, possuem as opiniões consultivas, em sua regulamentação, uma legitimação de postulantes que extrapola aos tribunais nacionais, sendo que na União Europeia “o próprio Tribunal rechaçou a possibilidade de que possam utilizar o mecanismo prejudicial os árbitros e órgãos cuja composição dependa de uma disposição das partes, assim como os órgãos administrativos, ainda que devam aplicar o Direito da União para a solução de litígios”⁶.

No entanto, a referência à União Europeia e à OEA, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não possui a pretensão de tecer comentários comparatistas entre estes acordos e o do Mercosul, pois, como alerta Gomes, quando se refere a União Europeia e ao Mercosul, “não se pode tratar os dois blocos regionais como perfeitos equivalentes, utilizando-se das bases sedimentadas em um para tentar encontrar soluções aos problemas do

⁵ GOMES, Joséli Fiorin. Estudo sobre as Opiniões Consultivas do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul: a (im)possibilidade de circulação da primazia do direito europeu na integração sul-americana. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*. PPGDir./UFRGS, v. 7, 2012, p. 18.

⁶ VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretação e Aplicação Uniforme do Direito da Integração. União Europeia, Comunidade Andina, Sistema da Integração Centro-Americana e Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 35-36.

outro”⁷, mas tão somente de mostrar a importância do reenvio prejudicial para a consolidação do Direito da União, bem como das opiniões consultivas para o Sistema Interamericano sobre Direitos Humanos. Importância esta que se entende também ter as opiniões consultivas dirigidas ao Tribunal Permanente de Revisão para o Mercosul.

Por meio da formação de uma norma internacional, decorrente de acordos firmados entre países, deve ser lembrado, surge uma nova condição ao particular, assim considerado como todo o indivíduo, pessoa física ou jurídica, nacional de um dos Estados-partes de um determinado bloco. Uma vez alcançado pelas normativas vindas de fora das fronteiras do seu país, passa, o particular, a ser sujeito de direito internacional, pois diretamente atingido por elas, em direitos e deveres.

Com isto, verifica-se a inserção do particular em sistemas internacionais, sendo a ele conferida a faculdade de participar, até mesmo, da construção normativa, colaborando para a sua harmonização, seja por invocar o direito advindo de blocos regionais nos órgãos jurisdicionais nacionais, seja por meio de acesso aos tribunais e cortes internacionais. Colaborando, da mesma forma, pelo que modernamente se denominou de controle de convencionalidade, instituto este pensado na tentativa de gerir o diálogo entre sistemas e organismos nacionais e internacionais.

Diante disto, o presente trabalho buscar responder o seguinte problema de pesquisa: o Sistema de Solução de Conflitos do Mercosul, a partir da regulamentação de seus Estados-partes, especialmente pela regulamentação brasileira, conferiu aos particulares o direito subjetivo de postularem opiniões consultivas *diretamente* ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul?

Como se verá, em cada um dos sistemas regionais trazidos ao presente trabalho teve o particular um tratamento diferenciado. No entanto, em todos verifica-se o protagonismo a eles conferidos, revelando também sua importância para o processo de harmonização normativa, um dos pilares de todo o processo de integração, em decorrência da capacidade que lhes é reconhecida modernamente.

Diante disto, optou-se por dividir o presente trabalho em três capítulos. No capítulo I, inicialmente, busca-se verificar o fenômeno do particular como sujeito de direito internacional, para, a seguir, investigar três exemplos de sistemas jurídicos em ambientes regionalizados, que são os da União Europeia, da Organização dos Estados Americanos e do

⁷ GOMES, José Fiorin. Estudo sobre as Opiniões Consultivas do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul: a (im)possibilidade de circulação da primazia do direito europeu na integração sul-americana. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*. Porto Alegre: PPGDir./UFRGS, v. 7, 2012, p. 18.

Mercosul, com suas fontes, bem como os mais relevantes princípios a regê-los. No capítulo II busca-se a verificação das Cortes e Tribunais Internacionais criados nos três exemplos trazidos ao trabalho, com suas características e especial atenção as suas respectivas funções consultivas, assim como o acesso, a eles, pelos particulares. E, por fim, no capítulo III, detém-se no instituto do Controle de Convencionalidade e sua importância para a harmonização do direito nos blocos regionais, culminando com a investigação sobre a participação dos particulares neste processo e a inovação trazida pelo Mercosul no concernente a sua legitimação.

No que se refere à metodologia do presente trabalho, em seu método de abordagem, será utilizado, principalmente, o método hipotético-dedutivo, buscando-se na visão dos institutos assemelhados na União Europeia na Organização dos Estados Americanos e do Mercosul resposta ao problema de pesquisa, pelo que também se utiliza o método de procedimento comparativo. O tipo de pesquisa a ser utilizada será exclusivamente o de pesquisa bibliográfica e de artigos disponíveis em hospedagens eletrônicas.

CAPÍTULO I. O PARTICULAR COM SUJEITO DE DIREITO INTERNACIONAL E OS SISTEMAS JURÍDICOS EM AMBIENTES REGIONAIS

1. Considerações Iniciais ao Capítulo

Nascida da necessidade de sustentação econômica ou social por parte dos Estados, a integração de países em blocos regionais, em dias atuais, é uma realidade mundial. Para Gomes, “os processos de integração regional são elemento inegável da realidade contemporânea, exercendo influência sobre os Estados, já que, ao serem dotados de estrutura institucional, produzem direito próprio”⁸.

E, naturalmente, papel fundamental para o sucesso de um determinado bloco exerce exatamente o direito que lhe segue, responsável inegável pelo fortalecimento de qualquer integração econômica ou social. Direito este que possui vida autônoma em relação aos direitos internos dos Estados, sendo considerado, inclusive, como um terceiro gênero, posicionando-se entre aqueles e o Direito Internacional Público Clássico⁹.

Além disso, como alerta Fradera, existe um movimento dialético entre o direito advindo destes processos de integrações regionais e os direitos internos, pois aqueles acabam por impor modificações nestes, os quais, por sua vez, influenciam o direito decorrente dos acordos entre países soberanos, sendo que “o produto dessas trocas constitui o por nós denominado *novo direito*, elaborado exclusivamente pela utilização do direito comparado e cujo processo de criação e de formatação é um fenômeno jurídico sem precedente na história do direito”¹⁰.

Entretanto, não se deve olvidar, como alerta Jaeger Junior, que “a diferença entre o Direito Comunitário e o Internacional clássico é que aquele conta com instituições próprias, as quais o Tratado encarrega de promover os objetivos nele disciplinados, e este encarrega o ordenamento dos Estados-membros para tal”¹¹.

Na medida em que estes direitos oriundos dos mais diversos acordos entre Estados

⁸ GOMES, Joséli Fiorin. Estudo sobre as Opiniões Consultivas do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul: a (im)possibilidade de circulação da primazia do direito europeu na integração sul-americana. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*. PPGDir./UFRGS, v. 7, 2012, p. 01-02.

⁹ SABBATO, Luiz Roberto. O Direito Comunitário. Noções introdutórias, conceituação, definições e fontes: direito originário, direito derivado, direito complementar e jurisprudência. Conclusões e respeito da realidade jurídica globalizada, sob a égide deste novo ramo do direito. In. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (coord.). *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional: O Papel do Juiz no Processo de Integração Regional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 160.

¹⁰ FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. xxii.

¹¹ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 187.

passam a relacionar-se com os ordenamentos jurídicos internos, seu alcance transcende à esfera jurídica dos Estados-partes de um determinado bloco, atingindo diretamente o particular, seja ele pessoa física ou jurídica, conferindo-lhes uma nova gama de direitos e deveres. Ou seja, esta nova ordem mundial vem a imputar ao particular a condição de sujeito de direito no plano internacional.

Com base nisto é que neste primeiro capítulo o papel do direito no processo de integração vem destacado, com suas fontes e princípios, pensando-se no processo colaborativo que deva existir entre Estados em âmbitos regionais, e no diálogo que faz com os ordenamentos nacionais, o que acaba por irradiar efeitos ao particular, conferindo-lhe a condição de sujeito de direito internacional.

Compete ressaltar, ainda, que a eleição do termo Direito da Integração não tem neste trabalho como premissa a sua necessária vinculação com o direito advindo do Mercosul, como diferenciação do antes denominado Direito Comunitário, hoje Direito da União, advindo da União Europeia¹², mas, tão somente, retratar este novo direito nascido dos processos de integrações regionais que se consolidam na atualidade¹³. Até porque, como refere Jaeger Junior, em que pese a modificação em termos de nomenclatura, o Direito Comunitário “deverá permanecer conhecido e utilizado entre nós, por força de sua popularização no meio acadêmico ou pelo fato de ainda ser almejado o mercado comum entre os Estados-partes do Mercosul”¹⁴, podendo ainda ser considerado como uma evolução do direito da integração.

Por se tratar, como dito, de um “novo direito”, um terceiro gênero, dotado de especificidades que o difere dos direitos internos e do próprio direito internacional clássico, as normas advindas da União Europeia, pois nela está materializado o que de mais efetivo e evoluído se encontra nesta seara, e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não só por ser fruto de um acordo entre Estados, mas também por sua importância como fonte internacional, ganharão protagonismo nesta parte do trabalho. Exemplos estes que se apresentam útil para o cotejamento com a norma advinda do Mercosul¹⁵.

¹² Até porque se verifica ao longo da pesquisa uma assimetria de tratamento, principalmente em decorrência da localização temporal das obras consultadas.

¹³ Del’Olmo e Machado chegam a afirmar que “o direito da integração está pautado em preceitos do Direito Internacional Público, já o Direito Comunitário é disciplina autônoma, com funcionamento normativo diferenciado”, embora reconheçam que mesmo este último fora forjado conforme os ditames do Direito Internacional. MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 188.

¹⁴ JAEGER JUNIOR, Augusto. Metodologia Jurídica Europeia e Mercosulista: Considerações Fundamentais. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*. Assunção, nº 3, ano 2, março de 2014. p. 120.

¹⁵ No entanto, há que se levar em consideração, como adverte Fradera, que embora a União Europeia tenha

Em razão disto é que neste primeiro capítulo, após retratar o particular como sujeito deste “novo direito”, separa-se em três pontos distintos cada uma das normas advindas dos três processos de integrações regionais trazidos ao trabalho.

2. O Particular como Sujeito de direito internacional

Como referido, a partir de acordos entre Estados soberanos um novo fenômeno surge no âmbito internacional. A união entre nações, seja ela por motivos econômicos ou sociais, passa a ser uma constante em todos os continentes, inaugurando uma nova ordem mundial, que vem a impactar de forma definitiva nas relações entre Estados, e, por consequência, seus particulares.

Estes pactos surgem, inicialmente, para regulamentar as relações entre países com vistas a criar uma rede de cooperação que possibilite o crescimento coletivo. Isto porque, como refere Del’Olmo,

As normas jurídicas internacionais, ainda que se dirijam à harmonia e ao bem-estar dos povos – e do indivíduo, como tal – têm o Estado como seu destinatário imediato. E o Estado foi por muito tempo apresentado como o sujeito mais importante, e por épocas o único, do Direito Internacional. Trata-se da pessoa internacional nata e primeira¹⁶.

Refere Mello que os autores clássicos do Direito Internacional “sempre admitiram a personalidade internacional do homem”¹⁷, por influência do Direito Natural, sendo que a partir do século XX é que se iniciou a contestar a subjetividade do particular, quando “predomina a soberania absoluta do Estado”¹⁸. Cançado Trindade remete ao que denomina de “positivismo jurídico estatal” a exclusão do indivíduo deste processo¹⁹, o que, segundo ele, não mais se justifica pela aspiração humana de “construção de um ordenamento internacional

origem internacional, pois nasce de um tratado internacional, “esses tratados possuem características que os tornam *atípicos* em relação aos tratados internacionais clássicos” FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 4.

¹⁶ DEL’OLMO, Florisbal de Souza. A subjetividade internacional do ser humano: algumas reflexões. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). *Novas Perspectivas do direito internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 691.

¹⁷ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 808.

¹⁸ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 808-809.

¹⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito de direito internacional. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. V. 3. n. 3, 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_acesso.html. Acesso em 22.02.2017. p. 5.

aplicável tanto aos Estados (e organizações internacionais), quanto aos indivíduos, consoante certos padrões universais de justiça”²⁰.

Portanto, todo o sistema advindo de acordos internacionais era visto de forma a obrigar tão somente os Estados-partes, tendo eles deveres e direitos em decorrência das obrigações assumidas pela assinatura do respectivo pacto²¹. Ou seja, o particular, neste momento histórico, ficava à margem de todo o processo, incumbindo ao Estado, do qual era natural, qualquer movimento no sentido de assegurar-lhe direitos. Era ato discricionário e exclusivo do Estado. Ao particular, portanto, restava, tão somente, buscar a proteção diplomática por meio do Estado de sua naturalidade ou utilizar o seu órgão jurisdição interno.

No entanto, ainda no século XX surge uma investida contra este monopólio do Estado, passando-se, novamente, a considerar-se o particular como titular de direito internacional.

Como se verificará no decorrer do trabalho, a participação dos particulares em cada um dos exemplos de acordos trazidos ao trabalho, e aqui apresentados em suas fontes e princípios, fora prevista e regulada com suas respectivas peculiaridades, especialmente no que diz com o acesso destes aos Tribunais e Cortes internacionais nascidos a partir destes pactos entre Nações soberanas. Como aduz Sousa, “infere-se que a tendência, realmente, é a de ser cada vez mais atribuído ao indivíduo *locus standi* no cenário mundial, a partir da capacidade postulatória que lhe é conferida, em se tratando da tutela dos direitos humanos, nos planos global e regional”²². E isto irradia-se aos demais acordos, mesmo que não tratem, necessariamente, de direitos humanos.

Fora exatamente em razão deste novo fenômeno do Direito Internacional, ou seja, da percepção do particular como sujeito de direito internacional, que se iniciou um processo de classificação destes sujeitos, sendo que, obviamente, as mais diversificadas surgiram, refletindo, assim, o presente dissenso doutrinário sobre a matéria. Uma série de teorias

²⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito de direito internacional. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. V. 3. n. 3, 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cançado_acesso.html. Acesso em 22.02.2017. p. 6.

²¹ Del’Olmo argumenta que a negação do particular como sujeito de direito internacional parte da *teoria dualista*, a qual entende haver duas ordens jurídicas distintas, uma que regula a relação entre os Estados, que é o Direito Internacional, e outra que regula as relações individuais, que é o Direito Interno. No entanto, em oposição a esta, defende a *teoria individualista* ser a pessoa humana o único sujeito de direito internacional, regulando tanto as relações entre Estados quanto as individuais, pois é o indivíduo o destinatário de toda a criação jurídica, sendo o Estado uma ficção jurídica criada pelo próprio homem. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. A subjetividade internacional do ser humano: algumas reflexões. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). *Novas Perspectivas do direito internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 692.

²² SOUSA, Denise Silva de. *O Indivíduo como sujeito de Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 58.

contrárias e favoráveis ao subjetivismo internacional do particular foram elaboradas, desde as que o consideram apenas como objeto de direito internacional, até as que o veem como dotado de subjetivismo exclusivo²³.

Russomano sintetizou em quatro as teorias concernentes à discussão sobre a condição do particular perante o Direito Internacional Público: a) a teoria que nega a condição de sujeito de direito internacional do indivíduo, teoria esta creditada a Triepel e Anzilotti; b) a teoria que, embora negando a condição de sujeito de direito do particular, em casos excepcionais, a eles confere o exercício de direitos e a imposição de obrigações externas; c) a teoria exposta por Duguit, Scelle e Politis, que preconiza que apenas os indivíduos podem ser sujeitos de direito, tendo em vista que o Estado é apenas uma ficção, uma “pessoa coletiva”; d) a teoria que põe o particular junto com o Estado e as Organizações Internacionais como sujeito de direito interacional²⁴.

De qualquer forma, não há como afastar o particular deste processo, pois, uma vez cidadão, passa a ser diretamente regulado pelos compromissos internacionais assumidos pelo Estado do qual seja natural, tendo deveres e direitos oriundos da norma internacional que deles decorrem. Entretanto, a atenção dada ao particular é fenômeno recente, sendo que, como alerta Sousa,

As últimas décadas do século XX proporcionaram importantes transformações no Direito Internacional, criando condições mais favoráveis aos indivíduos no plano internacional, principalmente a partir da preocupação com interesses que transcendem os Estados, como o são os relacionados aos direitos humanos²⁵.

A inserção do particular no plano da capacidade processual internacional, uma vez sendo titular de direitos internacionais, é, como refere Cançado Trindade, uma verdadeira revolução jurídica, que “vem enfim dar um conteúdo ético tanto as normas de direito público interno como do direito internacional”²⁶.

Com a ascensão do particular a esta condição, de sujeito de direito internacional, corrige-se uma das maiores dificuldades impostas pelo sistema que via apenas nos Estados a legitimação para figurar em processos internacionais, que consistia no fato de os Estados

²³ SOUSA, Denise Silva de. *O Indivíduo como sujeito de Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 48.

²⁴ RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1989. p. 183-184.

²⁵ SOUSA, Denise Silva de. *O Indivíduo como sujeito de Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 47.

²⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito de direito internacional. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. V. 3. n. 3, 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_acesso.html. Acesso em 22.02.2017. p. 6.

figurarem como demandados e juízes, assim como, quando apontados como infratores, tendo por vítima um nacional seu, serem autores e réus ao mesmo tempo.

Para Cançado Trindade,

Tal reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos também no plano do direito internacional acarreta uma clara rejeição dos velhos dogmas positivistas, desacreditados e insustentáveis, do dualismo de sujeitos nos ordenamentos interno e internacional, e da vontade dos Estados como fonte exclusiva do direito internacional²⁷.

Além disso, como adverte Russomano, esta condição do particular não mais poderia continuar sendo objeto de dissenso a partir do momento em que o Tribunal de Noremburg processa e condenada indivíduos por crimes contra a paz, crimes de guerra ou contra a humanidade, “sem qualquer consideração quanto a sua nacionalidade, isto é, independentemente de quaisquer vínculos que os ligasse a este ou àquele Estado”²⁸.

No plano dos direitos humanos, como assevera Cançado Trindade²⁹, em caso de sua violação, “justifica-se assim plenamente o *acesso direito* do indivíduo à jurisdição internacional, para fazer valer direitos, inclusive contra o próprio Estado”³⁰. Mas, entretanto, diante da globalização hoje vivida, quando são cada vez mais comuns acordos regionais entre Estados, a importância do particular estende-se, da mesma forma, a tratados que tenham por finalidade matérias diversas, mesmo que não ligados diretamente com os direitos humanos, como são os casos dos acordos da União Europeia e do Mercosul.

Isto porque, nas palavras de Cançado Trindade, “a personalidade jurídica internacional do ser humano se cristalizou como um limite ao arbítrio do poder estatal”³¹. Ou

²⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito de direito internacional. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. V. 3. n. 3, 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cançadotrindade/cançado_acesso.html. Acesso em 22.02.2017. p. 7.

²⁸ RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1989. p. 184.

²⁹ Este autor, inclusive, assevera que o indivíduo, hoje em dia, nos sistemas europeu e interamericano de Direitos Humanos, são detentores não só de personalidade jurídica, mas também de capacidade processual perante Cortes e Tribunais internacionais (*locus standi in judicio*). CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A pessoa humana como sujeito de Direito Internacional: A experiência da corte interamericana de Direitos Humanos. In. DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). *Novas Perspectivas do direito internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 502.

³⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A pessoa humana como sujeito de Direito Internacional: A experiência da corte interamericana de Direitos Humanos. In. DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). *Novas Perspectivas do direito internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 500.

³¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A pessoa humana como sujeito de Direito Internacional: A experiência da corte interamericana de Direitos Humanos. In. DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). *Novas Perspectivas do direito*

seja, mesmo tendo decorrido dos direitos humanos, a capacidade internacional do particular, hoje em dia, tende a irradiar-se a todos os tipos de acordos entre nações. Até porque, “não se pode negar a personalidade internacional do indivíduo. Admiti-la é se enquadrar em uma das mais modernas tendências do DIP: a sua democratização”³², como refere Mello. Portanto, Estado e indivíduo possuem capacidade jurídica internacional, sendo apenas que estes as detêm de forma bem mais limitada do que os Estados.

Portanto, pode-se concluir que a posição que defende serem sujeitos de direito internacional os Estados, as Organizações Internacionais e os particulares apresenta-se como mais adequada, bem como é fortemente defendida por doutrinadores como Mello e Cançado Trindade.

É exatamente desta nova competência gerada aos particulares que surge a necessidade da verificação, em suas características e peculiaridades, das normas internacionais advindas de três processos distintos que são a União Europeia, a Organização dos Estados Americanos e o Mercosul, pois servem de fontes de direitos também aos indivíduos.

3. O Sistema Jurídico da União Europeia

O Direito da União Europeia ingressa na Ciência Jurídica por meio de uma união singular entre nações soberanas. E como ramo autônomo que se tornou, passa a ser conceituado doutrinariamente, sendo que para Casella, o direito advindo da União Europeia é “o ramo do direito cujo objetivo é o estudo dos Tratados constitutivos da Comunidade Européia, bem como, a evolução jurídica resultante da regulamentação de caráter derivado, combinada com a aplicação jurisprudencial progressiva dos dispositivos desses mesmos tratados”³³.

Todo direito advindo de um processo de integração possui fontes próprias. A tentativa de classificação destas fontes, entretanto, pode assumir critérios diversos e não uniformizados pela doutrina especializada. No entanto, uma vez direito, possuem fontes primárias e secundárias. Preceitua Fradera, inclusive, que “o direito primário desfruta de

internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 504.

³² MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 809.

³³ CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1994. p. 248-249.

primado hierárquico em relação às fontes secundárias do direito comunitário, no sentido de o direito primário prevalecer, de forma evidente, sobre qualquer outra norma jurídica desse sistema”³⁴.

Com divergência apenas em termos de nomenclatura, Jaeger Junior também assevera que o direito advindo da União Europeia “se apresenta dividido em originário, assim entendido aquele dos Tratados constitutivos da UE, e derivado, aquele com base nos demais atos normativos do ordenamento europeu”³⁵.

Portanto, “inicialmente as fontes do Direito da União podem emanar dos tratados internacionais, fontes convencionais escritas que carregam forte valor de segurança jurídica, o que os transforma no principal recurso a ser utilizado pelas Cortes Internacionais”³⁶. Tratados estes que tanto podem ser os institucionais ou reformadores, e que se juntam aos tratados celebrados pelos Estados membros e celebrados pelo bloco, formando as *fontes convencionais*, na concepção de Machado e Del’Olmo³⁷, sendo que, para eles, existe, ainda, uma outra espécie que decorre dos *atos unilaterais* emanados das instituições da União Europeia que possuem competência normativa.

3.1. A Supranacionalidade como premissa de solidificação da União Europeia

Antes de verificar-se as fontes do direito da União, entretanto, compete a análise da escolha feita pelo bloco pela supranacionalidade. Isto porque, até o momento em que os países passaram a pensar em constituir blocos econômicos como forma de garantirem o seu desenvolvimento em decorrência de experiências mundiais negativas, como as duas Grandes Guerras Mundiais, não se poderia cogitar em qualquer interferência externa dentro dos limites de um determinado território. Ou seja, os países eram dotados de soberania, a qual era absoluta. Detinham, os Estados, poderes supremos nos limites de suas fronteiras. Cenário que foi gradativamente se modificando pelo processo da globalização da economia. Em razão disso é que

A soberania comporta hoje uma interpretação relativizada, em que a

³⁴ FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 9-10.

³⁵ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 184.

³⁶ MACHADO, Diego Pereira; DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 186.

³⁷ MACHADO, Diego Pereira; DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 187.

ingerência da sociedade internacional por meio das organizações internacionais encontra guarida nos próprios tratados e no fato de as nações, por si sós, não mais possuírem meios e recursos para sanarem problemas de alta gravidade e complexidade, tais como a violação dos direitos humanos, catástrofes ambientais e conflitos bélicos³⁸.

A partir deste momento histórico, portanto, “os Estados-Membros, ao transferirem parcela de seus poderes ao organismo supranacional, dividem o exercício do poder soberano”³⁹. A singularidade do direito nascido da União Europeia é tanta que fora ele classificado num terceiro gênero, diferenciando-se do direito nacional e do direito internacional clássico. Este novo direito, nas palavras de Fradera, “é um direito supranacional”⁴⁰.

O avanço na mitigação do conceito de soberania é muito palpável na União Europeia, pois “no âmbito do bloco europeu os Estados aceitaram delegar competências às instituições europeias, e passam a respeitar as decisões emanadas desse poder superior, dessa instituição supranacional”⁴¹. Ou seja, cria-se “um sistema de regras comuns aos Estados-membros da associação, as quais emanam de fontes próprias”⁴², conforme Lewandowski.

Em que pese o termo *supranacionalidade* não ser corriqueiro nos tratados constitutivos da União Europeia⁴³, “os seus efeitos, no entanto, são subentendidos e estão bem presentes tanto na jurisprudência comunitária quanto no dia a dia dos europeus”⁴⁴.

As características deste “novo direito”, segundo Ventura, poderiam ser resumidas a três:

- (a) a autonomia de um conjunto de regras, diferenciado dos ordenamentos nacionais, situado acima deles em certos domínios (graças ao princípio da primazia da regra comunitária), para proteger o interesse coletivo das suscetibilidades políticas ou dos interesses nacionais contrários; (b) a origem de tais regras, contratual via fonte primária, mas de natureza peculiar através fontes secundárias; e (c) sua incorporação direta às ordens jurídicas

³⁸ MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 149.

³⁹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação Jurisdicional. Reenvio Prejudicial: Um Mecanismo de Direito Processual a Serviço do Direito Comunitário. Perspectiva para sua Adoção no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2001. p. 112.

⁴⁰ FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 4.

⁴¹ MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 150.

⁴² LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Direito Comunitário e Soberania. Algumas Reflexões*. In. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (coord.). *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional: O Papel do Juiz no Processo de Integração Regional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 184.

⁴³ Uma de suas raras aparições expressas é testemunhada no art. 9º do Tratado de Paris de 1951 (CECA).

⁴⁴ MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 151.

nacionais, tema seguramente polêmico, também apresentado como aplicabilidade imediata das regras de direito comunitário⁴⁵.

O sucesso deste processo de integração europeu parece decorrer exatamente da premissa que carrega, qual seja, de que o Direito da União Europeia é supranacional, o qual está acima das normas nacionais, sendo que em qualquer ponto que este venha a contradizê-lo será subjugado em favor do interesse maior da ordem emanada dos Estados integrados regionalmente. Como assevera Saldanha, “em processo integracionista de natureza supranacional, nos moldes do que ocorre na União Europeia, o interesse comunitário sobrepõe-se ao interesse individual e restrito dos Estados-Membros”⁴⁶.

É exatamente desta característica inigualável que o desenvolvimento da integração europeia se valeu para ganhar a solidez que inspira outros processos há décadas. Na medida em que o processo integracionista europeu reconhece princípios como o da aplicação direta e da primazia de seu direito, numa nítida demonstração de seu caráter supranacional, aliado à constituição de órgãos decisórios dotados de igual característica e independência, transmite a clara intenção dos Estados-membros de que o interesse que deve prevalecer desta união é o da coletividade. Ou seja, afirma que a solidez e efetividade desta união, baseada na colaboração recíproca, passa necessariamente pela supranacionalidade de seu direito.

E não se deve olvidar que tanto as fontes primárias, quanto as fontes secundárias do direito da união, também por reflexo de sua supranacionalidade, atingem não apenas os Estados-membros, mas também as pessoas jurídicas públicas e privadas, bem como a todos os particulares do bloco.

3.2. Fontes Primárias e Fontes Secundárias do Direito da União

Segundo Sabbato, o Direito Originário ou Primário “é fonte que se acha nos instrumentos internacionais, formadores iniciais e em continuação do ordenamento jurídico de uma comunidade econômica”⁴⁷. Portanto, deve-se atentar para o fato de que os documentos

⁴⁵ VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A Ordem Jurídica do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 31.

⁴⁶ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação Jurisdicional. Reenvio Prejudicial: Um Mecanismo de Direito Processual a Serviço do Direito Comunitário. Perspectiva para sua Adoção no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2001. p. 110.

⁴⁷ SABBATO, Luiz Roberto. O Direito Comunitário. Noções introdutórias, conceituação, definições e fontes: direito originário, direito derivado, direito complementar e jurisprudência. Conclusões e respeito da realidade jurídica globalizada, sob a égide deste novo ramo do direito. In: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (coord.). *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional: O Papel do Juiz no Processo de Integração Regional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 161.

internacionais que formam o Direito Originário ou Primário de um bloco econômico não estão apenas nos acordos ou tratados que lhes deram origem, mas em todos aqueles que os seguem, sejam eles outros tratados – inclusive os que incluem novos membros –, reformadores ou não, protocolos ou declarações anexas⁴⁸. E, como refere Mathijsen,

Os Tratados Europeus são algo mais do que meros acordos, criando obrigações recíprocas entre as Partes Contratantes. A Comunidade constitui uma nova ordem jurídica em benefício do qual os Estados limitaram os seus direitos soberanos, ainda que em domínios limitados, e cujos sujeitos são, não apenas os Estados Membros, mas também os seus cidadãos. O direito comunitário, independentemente do direito interno dos Estados Membros, não só impõe obrigações aos particulares, como ainda lhes confere direitos que fazem parte do respectivo património jurídico.⁴⁹

No que se refere ao direito da união, como assevera Jaeger Junior, “estes documentos instituíram um ordenamento jurídico próprio, integrado ao sistema jurídico dos Estados-membros desde sua entrada em vigor, impondo-se com primazia à jurisdição estatal, e que chegou ao ponto de caracterizar ramo independente da Ciência Jurídica”⁵⁰.

A título de exemplo, seriam normas de Direito Originário ou Primário os Tratados de Paris, de 1951, de Roma, de 1957, de Maastricht, de 1992, de Nice, de 2001, e de Lisboa, de 2007, no continente europeu.

Como dito, as fontes primárias ou originárias do Direito da União geram as suas normas supremas, as quais não podem ser atacadas pelas demais, derivadas ou complementares, diante de sua hierarquia superior. Estas fontes originárias possuem alcance territorial sobre todos os Estados-membros do bloco.

Entretanto,

Além do alcance territorial, há que se atentar para a aplicabilidade temporal. Os documentos primários aplicam-se no momento de sua entrada em vigor, salvo se houver um período transitório previsto em seu corpo. Quanto ao período de vigência, os textos que sejam da esfera do Direito Comunitário primário têm, em regra, vigência ilimitada⁵¹.

Afeta, portanto, no espaço de sua vigência, todos os Estados integrados no bloco e,

⁴⁸ Entretanto, compete lembrar que mesmo com “esta diversidade de fontes, dispersas em vários tratados, embora não sendo objeto de um documento legislativo unitário, guardam sua independência, umas em relação as outras” FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 9.

⁴⁹ MATHIJSSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 168.

⁵⁰ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 187.

⁵¹ MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 189.

por consequência, os seus respectivos cidadãos.

As Fontes Secundárias ou Derivadas do Direito da União são oriundas, inicialmente, de regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres. Estes são “atos unilaterais ou autoritários, usados na maioria das vezes para tampar as lacunas dos Tratados”⁵². Entretanto, todos eles nascem por atos das instituições da União Europeia.

Para Jaeger Junior, inclui-se nesta categoria os acordos internacionais da União Europeia com terceiros Estados e com organizações internacionais, bem como a jurisprudência oriunda de seu Tribunal de Justiça⁵³. No entanto, para Machado e Del’Olmo⁵⁴, existem fontes complementares ao Direito da União, constituídas “pelos tratados celebrados pela UE com outros Estados ou organizações internacionais na condição de sujeito do Direito Internacional”⁵⁵, formando uma categoria autônoma.

Em que pese o noticiado dissenso doutrinário, importa afirmar que as normas não originárias – sejam elas classificadas em apenas derivadas, ou derivadas e complementares – não emanam dos tratados formadores, e demais que lhes são afetos, mas sim dos tratados ou convenções que o bloco venha a firmar com terceiros, fundados em Direito Internacional Público, bem como de atos de suas instituições e de seu Tribunal de Justiça, repisa-se.

No que concerne aos atos que emanam das próprias instituições da União Europeia, primeiramente, deve-se referir a importância dos regulamentos para o direito deste bloco, pois por seu caráter geral e obrigatório acabam por atuar diretamente nos ordenamentos internos dos Estados-membros. Nas palavras de Jaeger Junior, “uma primeira diferença dos regulamentos para os demais diplomas é que eles possuem caráter geral, são obrigatórios em todos os seus elementos e diretamente aplicáveis (...) em todos os Estados-membros, e os outros obrigam somente destinatários certos e determinados”⁵⁶.

Diante disto, um de seus objetos, pode-se afirmar, é a uniformização do direito dentro do bloco. Isto em face da desnecessidade de recepção dos regulamentos pelos Estados-membros, bem como pela sua aplicação imediata. Portanto, uma vez editado, podem os particulares invocar um regulamento para aplicação imediata e direta pelos juízes nacionais, em toda a extensão territorial abarcada pela União Europeia. Ou seja, “como leis da União

⁵² JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 188.

⁵³ Como refere o nominado autor, dentre muitos, fazem esta afirmação TAMARES, Ramón; LOPES, Mônica. *La unión Europea*. 4. ed. Madrid: Alianza, p. 185-187; e MATHIJSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 422-423. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 188.

⁵⁴ MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 189.

⁵⁵ MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 189.

⁵⁶ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 188.

que são, os regulamentos devem ser integralmente observados pelos seus destinatários (pessoas físicas ou jurídicas, Estados e instituições comunitários)”⁵⁷. Como aponta Mathijssen, ainda, não se admite que um Estado-membro aplique um regulamento de forma incompleta ou parcial⁵⁸.

Portanto, os regulamentos podem ser considerados como os atos jurídicos mais importantes dentro do bloco, dadas as suas características principais, quais sejam, o seu carácter geral, a sua obrigatoriedade e sua aplicabilidade direta⁵⁹. O Tribunal sempre entendeu, ademais, que “o regulamento, devido à sua própria natureza e à função que desempenha no sistema de fontes do direito comunitário, possui efeito directo, ou seja, é susceptível de criar direitos individuais que os tribunais nacionais devem salvaguardar”⁶⁰.

No entanto, nem todas as normas emanadas do Direito da União possuem aplicabilidade direta, pois, como refere Mathijssen,

Para que tal aconteça é condição necessária e suficiente que a disposição em causa seja susceptível, pela sua própria natureza, de produzir esse efeito, isto é, que a obrigação dela resultante não deixe qualquer margem de discricionariedade ao Estado Membro destinatário, não dependa de qualquer condição e não esteja sujeita, nos seus efeitos ou na sua execução, a qualquer medida complementar das instituições da Comunidade ou dos Estados Membros⁶¹.

As diretivas, por sua vez, são atos jurídicos que têm o objetivo de vincular o Estado para o qual for ela dirigida, embora possa ser direcionada para mais de um ou até mesmo a todos os Estados-membros da União Europeia. Ficam, todavia, à discrição das autoridades nacionais as formas e os meios de atingir o objetivo definido⁶². Ou seja, para a efetividade das diretivas os legisladores nacionais são compelidos a adaptarem o direito interno ao comando dado por estes atos emanados do bloco.

A diferença das diretivas em relação aos regulamentos, portanto, está no fato de que para que aquelas possam ser postuladas pelos particulares e aplicadas pelos juízes internos, necessária a edição de ato interno que a integre ao ordenamento jurídico nacional. No entanto, não podem os organismos internos alterar o conteúdo ou objeto por ela perseguido, disto

⁵⁷ MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 190.

⁵⁸ MATHIJSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 166.

⁵⁹ MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 191.

⁶⁰ MATHIJSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 168.

⁶¹ MATHIJSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 168.

⁶² MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 191.

decorrendo o denominado “efeito de bloqueio”⁶³.

Este ato, que deve ser perfectibilizado pelo Estado, é denominado de transposição. Entretanto, compete referir-se que o Tribunal Europeu, já na década de 80 do século passado, por meio de sua jurisprudência, entendia que mesmo que a transposição não tivesse sido realizada pelo Estado integrante do bloco europeu, em alguns casos, poderia ela vir a ser invocada pelo particular e aplicada pelo juiz nacional, como se depreende do Acórdão proferido no processo nº 103/88, de 22 junho de 1989, pois lá constou no seu parágrafo 29:

Em todos os casos em que, atento o seu conteúdo, disposições de uma directiva parecem incondicionais e suficientemente precisas, os particulares têm o direito de as invocar contra o Estado nos tribunais nacionais, quer quando este não fez a sua transposição para direito nacional nos prazos previstos na directiva quer quando tenha feito uma transposição incorrecta⁶⁴.

No entanto, a discussão sobre os efeitos diretos horizontais, ou seja, a faculdade de o particular poder invocar a diretiva contra outro particular, mesmo quando ainda não transposta, ganha relevância no cenário internacional atual. No caso Dori⁶⁵, de 1994, entretanto, em resposta a um reenvio prejudicial, entendeu o TJUE isto não ser possível. Concluiu o TJUE que “alargar esta jurisprudência ao domínio das relações entre particulares equivaleria a reconhecer à Comunidade o poder de criar, com efeito imediato, deveres na esfera jurídica dos particulares quando ela só tem essa competência nas áreas em que lhe é atribuído o poder de adoptar regulamentos”⁶⁶.

Ainda como fontes derivadas do Direito da União podemos encontrar as decisões, que são atos vinculativos aos destinatários para os quais são dirigidas, que podem ser os Estados-membros, bem como as pessoas físicas e jurídicas que os integrem. Nas palavras de Machado e Del’Olmo, “a decisão tem por fim disciplinar determinadas questões relativamente a destinatários específicos. Veja-se que a especificidade abriga tanto a matéria versada como

⁶³ MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 191.

⁶⁴ TJCE, Acórdão de 22 de junho de 1989, Processo nº 103/89. Acessível em http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d52b26c65a76604e50811a96dd39ff0903_e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbxr0?text=&docid=96045&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=19496. Acesso em 22.03.2016.

⁶⁵ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Reenvio Prejudicial. Processo C-91/92. Acessível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=98358&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=253256>. Acesso em 20.02.1017.

⁶⁶ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Reenvio Prejudicial. Processo C-91/92, § 24. Acessível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=98358&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=253256>. Acesso em 20.02.1017.

os agentes atingidos”⁶⁷.

Possuem as decisões carácter obrigatório para quem forem destinadas. E, portanto, “por ser obrigatória em todos os seus elementos, a decisão pode ter efeito directo”⁶⁸.

Já as recomendações e os pareceres são atos que não vinculam os seus destinatários, pois servem para orientação, ou seja, não geram ônus a quem sejam dirigidos. Mas, mesmo assim, são também fontes derivadas do direito do bloco. Segundo Mathijsen, “de modo geral, pode dizer-se que as recomendações procuram obter uma determinada acção ou comportamento do respectivo destinatário, enquanto os pareceres exprimem um ponto de vista, na maior parte dos casos a pedido de terceiros”⁶⁹.

Outra fonte de suma importância para todo processo de integração consiste na jurisprudência oriunda de seu Tribunal. No entanto, diante da sua importância para o presente trabalho, dela ocupar-se-á mais detidamente no capítulo seguinte.

3.3. Alguns Princípios a Caracterizar a União Europeia

Os princípios do direito da união podem ser encontrados, inicialmente, nas suas fontes primárias. No entanto, estando eles ou não nos tratados e demais documentos constitutivos que os seguem, “possuem forma executiva própria ou são implementados pelos atos das instituições. Eles impõem obrigações e conferem direitos aos Estados-membros e aos seus cidadãos”, como assevera Jaeger Junior⁷⁰.

O Tribunal Europeu teve participação decisiva na construção principiológica da União, sendo que esta construção se deu de forma gradativa, por meio de reiteração de decisões proferidas por este órgão, por seus precedentes.

Dentre outros, destacam-se alguns princípios que se apresentam como da mais alta valia para o desenvolvimento e a consolidação da União Europeia, quais sejam, o princípio da aplicabilidade imediata ou direta⁷¹, o princípio da responsabilidade do Estado-membro por infração ao direito, o princípio da primazia, o princípio da autonomia do direito da união frente às ordens jurídicas internas dos Estados-membros e o princípio democrático. Princípios

⁶⁷ MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 192.

⁶⁸ MATHIJSSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 170.

⁶⁹ MATHIJSSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 170.

⁷⁰ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 198.

⁷¹ Compete referir que em pese se ter ciência de uma tentativa de diferenciação entre efeito direito, como sendo a possibilidade de o particular invocar internamente a norma da integração assim que editada, sem qualquer ato interno de recepção, e aplicação imediata, como sendo a vigência automática da norma da integração no âmbito interno, verifica-se que o efeito é o mesmo, não se vendo a necessidade de tal diferenciação.

estes cuja aplicação extrapola o Direito da União pois ganham aplicabilidade interna pelos Estados-membros.

Inicialmente, compete ter ciência, como asseveram Machado e Del’Olmo, que o Direito advindo da União Europeia “tem por fim regular as relações recíprocas dos cidadãos, dos Estados membros e das instituições que pertencem a um bloco comunitário ou comunidade”⁷². As normas que advêm deste bloco guardam uma característica que lhes dá singularidade, pois gozam de autonomia e superioridade em relação a norma interna dos Estados-membros. Ou seja, as normas do direito da união são supranacionais e estão “acima do ‘querer’ ou do ‘não querer’ dos Estados membros”⁷³.

A supranacionalidade da norma da União a coloca num estágio de hierarquia superior em relação as normas internas, sendo que sequer se faz necessário passar pelos mecanismos de recepção dos países integrantes do bloco, sendo um ponto característico muito marcante a diferenciar este direito do Direito Internacional Público tradicional. E a dispensa do processo de incorporação interna da norma internacional do bloco europeu decorre exatamente do princípio da aplicação imediata ou direta de suas normas, pois são autônomas e superiores. Uma vez editadas passam a produzir direitos a todos os integrantes da União Europeia, podendo, inclusive, ser aplicada pelos tribunais internos de forma direta a casos concretos que lhes sejam submetidos.

Como asseveram Machado e Del’Olmo, “o juiz nacional não precisa aguardar o recebimento ou recepção da norma comunitária, haja visto já estar a norma comunitária inserida no sistema jurídico dos Estados membros, impondo-se, por si só, às respectivas jurisdições”⁷⁴. Para Jaeger Junior:

Quando o direito comunitário está em causa, uma ordem jurídica, *própria e específica*, se impõe, excluída toda possibilidade de escolha de parte dos Estados. Assim, as regras comunitárias integram-se abstratamente às ordens internas sem a necessidade de nenhuma medida nacional de incorporação. Este fenômeno é designado como *aplicabilidade imediata* do direito comunitário.⁷⁵

O paradigma para este princípio decorre do Caso Van Gend end Loos, de 05 de fevereiro de 1963, quando por meio de um reenvio prejudicial se questionou se o art. 12 do

⁷² MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 178.

⁷³ MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 179.

⁷⁴ MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 179.

⁷⁵ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 204.

Tratado CEE teria efeito interno e, com isto, beneficiar particulares. Não resposta ao questionamento, entendeu o Tribunal de Justiça que “a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional, a favor da qual os Estados limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos, e cujos sujeitos são não só os Estados-membros, mas também os seus nacionais”⁷⁶. E Concluiu: “o Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia produz efeitos imediatos e cria na esfera jurídica dos particulares direitos individuais que os órgãos jurisdicionais nacionais devem salvaguardar”⁷⁷.

Para Mathijsen, por sua vez, existem duas formas de entendimento decorrentes do direito da união: “por um lado, as proibições e as obrigações que se impõem às autoridades nacionais, às instituições e aos cidadãos; por outro, os direitos destes últimos, em favor dos quais as proibições foram estabelecidas”⁷⁸. Ou seja, é notória a obrigação dos tribunais nacionais na salvaguarda dos direitos decorrentes das fontes originárias e derivadas do Direito da União.

Portanto, na medida em que os Estados-membros aderem a uma nova ordem jurídica advinda de uma integração regional, dela decorrendo direitos e garantias, por evidente, é defeso aos órgãos jurisdicionais internos escusarem-se de sua imediata e direta aplicabilidade.

Pelo princípio da aplicabilidade direta, então, poderá o particular se valer imediatamente do direito da união, podendo reivindicá-lo em seu valor ou pedir o afastamento de uma norma nacional que a ele seja contrário. Segundo Jaeger Junior, “então, a criação de direitos das normas comunitárias em favor dos particulares pode ser invocada perante os órgãos jurisdicionais nacionais, com vistas a proteger os direitos que aquele direito confere”⁷⁹.

Entretanto, deve-se levar em consideração que este princípio decorre “dum lento processo de adaptação e de aprendizagem, em que o Tribunal de Justiça desempenhou um importante papel”⁸⁰. E, neste processo, mais uma vez surge a atuação decisiva do TJUE para solver este déficit com relação à aplicação imediata do direito do bloco, fazendo nascer o princípio da responsabilidade do Estado-membro por infração a este direito.

O princípio da responsabilidade do Estado-membro por infração ao direito do bloco regional europeu surge exatamente da necessidade de dar-se efetividade a este direito, de

⁷⁶ UNIÃO EUROPEIA. Processo nº 26/62 do TJUE. Sentença de 05 de fevereiro de 1963. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87120&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=207195>. Acesso em 23.12.2016.

⁷⁷ UNIÃO EUROPEIA. Processo nº 26/62 do TJUE. Sentença de 05 de fevereiro de 1963. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87120&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=207195>. Acesso em 23.12.2016.

⁷⁸ MATHIJSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 412.

⁷⁹ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 204.

⁸⁰ MATHIJSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 414.

punir o Estado que não observe as normas da União, quando delas não decorram a aplicação imediata, como antes mencionado. Como refere Jaeger Junior,

A consagração do princípio complementar da responsabilidade dos Estados-membros pelo incumprimento do Direito Comunitário se deu com o acórdão Francovich, de 19 de novembro de 1991, pelo qual os Estados-membros são obrigados a reparar prejuízos causados aos particulares pelas violações do Direito Comunitário que lhes sejam imputáveis⁸¹.

No caso Francovich, assim decidiu o então TJCE:

A obrigação de os Estados-membros repararem estes prejuízos tem igualmente o seu fundamento no artigo 5.º do Tratado, nos termos do qual os Estados-membros são obrigados a tomar todas as medidas gerais ou particulares adequadas para assegurar a execução das obrigações que lhes incumbem por força do direito comunitário. Ora, entre estas obrigações encontra-se a de eliminar as consequências ilícitas de uma violação do direito comunitário⁸².

Portanto, a partir de mais esta construção do Tribunal de Justiça, conferiu-se a possibilidade de o particular buscar indenização por infração do Estado ao Direito da União. Sempre que se esteja diante de uma norma que confira ao Estado a sua execução, o incumprimento a ele é imputável quando causar prejuízos ao particular. Ou seja, criou-se uma alternativa para os casos em que a eficácia imediata de uma norma não viesse a ser reconhecida.

O próprio Tribunal, entretanto, buscou traçar os limites deste direito a reparação civil perante os Estados-membros, pois não poderia qualquer ato imputado aos países integrantes do bloco gerar a obrigação automaticamente. Na realidade, tratam-se dos próprios elementos formadores da responsabilidade civil, pois a responsabilização do Estado somente decorre de uma ação ou omissão estatal que viole direitos conferidos pelo bloco; que desta violação decorram prejuízos ao particular; e que exista nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

A primazia do Direito da União, por sua vez, no conceito de Jaeger Junior, “equivale à determinação de valor prevalente ao ordenamento comunitário frente a qualquer norma

⁸¹ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 206.

⁸² UNIÃO EUROPEIA. Processo nº C-6/90 e C-9/90 do TJUE. Sentença de 19 de novembro de 1991. Acessível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=97140&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=208940>. Acesso em 23.12.2016.

contrária de direito interno e advém de adoção resultante da própria existência da União”⁸³.

Como adverte Mathijsen, “numa retrospectiva, pode parecer evidente que a autonomia da ordem jurídica comunitária e a necessidade da sua interpretação e aplicação uniformes em todos os Estados Membros implica automaticamente, que, em caso de conflito, as disposições comunitárias primam sobre as legislações nacionais”⁸⁴.

No entanto, o Primado ou a Primazia do Direito da União também é fruto do amadurecimento dos precedentes oriundos do Tribunal de Justiça da União europeia, pois não existe previsão expressa nos Tratados Constitutivos primitivos. Esteve próximo de ganhar corpo legal pelo art. I – 6º do Projeto de Constituição Europeia, em que se tentou expressar: “A Constituição e o direito adoptado pelas instituições da União, no exercício das competências que lhe são atribuídas, primam sobre o direito dos Estados-Membros”⁸⁵. No entanto, tal projeto jamais virara realidade.

Hoje em dia, este princípio consta da declaração nº 17 do Tratado de Lisboa que assim estabelece:

A Conferência lembra que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tratados e o direito adotado pela União com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados Membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência⁸⁶.

No entanto, na ausência de previsão expressa, num primeiro momento, buscou-se a solução de conflitos dentro do direito internacional clássico e dos ordenamentos nacionais.

Nos ordenamentos internos, o princípio ganhou corpo. No Reino Unido, a Lei das Comunidades Europeias⁸⁷ prevê o primado da lei do bloco, assim como o respeito às decisões advindas do Tribunal de Justiça⁸⁸. O primado também é previsto pela Constituição holandesa, sendo que esta, inclusive, vai além, pois também o reconhece em relação ao direito derivado desde a então Comunidade Europeia, uma vez que especifica que os atos das

⁸³ JAEGER JUNIOR, Augusto. Metodologia Jurídica Europeia e Mercosulista: Considerações Fundamentais. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*. Assunção, nº 3, ano 2, março de 2014. p. 124.

⁸⁴ MATHIJSSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 415.

⁸⁵ Texto acessível em http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_establishing_a_constitution_for_europe/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_pt.pdf. Acesso em 28.03.2016.

⁸⁶ UNIÃO EUROPEIA. Tratado da União europeia (versão consolidada). Acessível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012M/TXT>. Acesso em: 05.04.2016.

⁸⁷ European Communities Act 1972. Disponível em http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/68/pdfs/ukpga_19720068_en.pdf. Acesso em 31.03.2016.

⁸⁸ MATHIJSSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 415.

instituições criadas por estes acordos internacionais também devem ser respeitados⁸⁹. As Constituições francesa, alemã e italiana, por sua vez, são imprecisas com relação ao primado do Direito da União. Mesmo havendo a previsão da primazia em alguns ordenamentos internos, entretanto, a primeira reação dos juízes nacionais foi de afastá-la em nome da soberania estatal.

Com a falta da materialização inicial da primazia do direito da união, bem como, com a falta de harmonia entre os ordenamentos internos dos Estados-membros, passou-se a buscar uma solução fora deles, vindo este princípio a ser justificado na “própria ordem jurídica comunitária aceita por todos os Estados Membros que aderiram ao Tratado nas mesmas condições, de forma definitiva e sem quaisquer reservas para além das que estão consagradas nos protocolos adicionais”⁹⁰, como refere Mathijsen. Sob esta premissa, surgiu o entendimento de que “havendo um conflito entre uma norma nacional, seja qual for seu valor interno, e uma norma comunitária, deve prevalecer esta última, conforme já decidiu o Tribunal na UE no caso Costa c. Enel, proc. 6/64, de 15 de julho de 1964”⁹¹.

Portanto, o primado do direito da união não nasce com os primeiros atos integracionistas, pois é construção jurisprudencial calcado em mais de meio século.

Compete ainda ressaltar que, atualmente, reconhece-se que a primazia do direito da união tem caráter absoluto, ou seja, subordina não só as leis ordinárias, mas até mesmo as próprias constituições dos Estados-Membros do bloco europeu. Nas palavras de Jaeger Junior, “esse princípio exige a eliminação do direito nacional incompatível com o Direito Comunitário”⁹². E o subjugamento do direito nacional em face do que decorre do processo integracionista é elo fundamental para que este direito ganhe uniformidade e supranacionalidade. Ou seja, “a não-observância da primazia, princípio também amparado na reciprocidade do reconhecimento, atenta contra a própria noção de Comunidade”⁹³, como assevera Jaeger Junior. E este autor vai além:

Ficam, assim, delimitados os contornos da primazia do Direito Comunitário em relação aos ordenamentos internos nacionais. É pertinente dizer que nem sequer as instituições comunitárias ficam sujeitas ao direito interno dos países onde estão sediadas, tampouco ao direito internacional privado. Isto é, as atividades das instituições são reguladas pelo Direito Comunitário. Possui, dessa forma, a Comunidade Européia, como um todo, a imunidade

⁸⁹ MATHIJSSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 416.

⁹⁰ MATHIJSSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 418.

⁹¹ MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 182.

⁹² JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 199.

⁹³ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 200.

necessária para o cumprimento de sua missão e para o desempenho das funções de suas instituições⁹⁴.

O princípio da autonomia do Direito da União frente aos ordenamentos internos dos Estados-membros, por sua vez, também é de importância ímpar, pois, como referem Machado e Del’Olmo, é “premissa para a primazia”⁹⁵, bem como a própria “aplicabilidade imediata e efeito direto são viáveis em razão da autonomia que caracteriza as normas comunitárias”⁹⁶.

Por se tratar de um direito específico advindo do processo de integração, e que deve sempre se afastar das ingerências nacionais, a sua autonomia é imperativa, até porque, como vimos, trata-se de um terceiro direito, não sendo suscetível, portanto, aos ordenamentos internos. O direito da união tem vida própria, desvinculado dos ordenamentos internos, embora possam estes influenciá-lo. E está ele acima das fontes provenientes do Estados-Membros, diante da sua supranacionalidade.

Também o Princípio Democrático não é desde o início mencionado expressamente pelos Tratados da União Europeia, “sendo, assim, parte daquele que se poderia denominar direito constitucional não escrito da Comunidade”⁹⁷, nas palavras de Casella.

Para se tornar um membro da União Europeia, por este princípio, o Estado necessariamente deve contar com estrutura e instituições democráticas. E mais, para continuar como Estado-membro, não pode o integrante da União Europeia jamais perder esta condição.

4. O Sistema Jurídico Interamericano sobre Direitos Humanos

Diferenciando-se em seu objeto principal em relação a União Europeia e ao Mercosul, o acordo voltando especificamente aos Direitos Humanos no marco da Organização dos Estados Americanos, tendo por fonte a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, é outro rico exemplo normativo advindo de um pacto internacional. A participação decisiva da Corte edificada dentro deste sistema regional⁹⁸ é da mesma forma admirável.

⁹⁴ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 203.

⁹⁵ MACHADO, Diego Pereira; DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 183.

⁹⁶ MACHADO, Diego Pereira; DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 183.

⁹⁷ CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1994. p. 293.

⁹⁸ Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, como o interamericano, surgem ao lado do sistema global, sendo que entre eles existe um diferente âmbito de aplicação. As convenções internacionais, constituídas no âmbito das Nações Unidas, podem incidir sobre qualquer dos Estados que participam da comunidade internacional, não havendo, portanto, uma limitação regional. “Consolida-se, assim, a convivência do sistema global (...) com instrumentos do sistema regional de proteção, integrado por sua vez pelo sistema interamericano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos”. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito*

Ao criar a Corte Interamericana de Direitos Humanos, veio este processo regional americano a dotá-la, também, de dupla função, quais sejam, uma contenciosa e outra consultiva, sendo percebido, nesta última, o mesmo protagonismo testemunhado na União Europeia. Fator este que motiva uma breve incursão sobre este processo americano.

3.1. Breve Histórico do desenvolvimento dos Direito Humanos no ambiente regional das Américas

Na esfera global, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, foi o marco inicial do movimento pela defesa dos Direitos Humanos, sendo que a ela seguiram outros documentos como, a título de exemplos, o Pacto Internacional do Direitos Civis e Políticos, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes. Para Zeidan, ainda, “reconhece-se, pois, que só se pode realizar o ideal de ser humano livre, estabelecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, isento do temor da miséria, se se criarem condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como seus direitos civis e políticos”⁹⁹.

Entretanto, paralelamente a esta iniciativa universal, surge o sistema regional visando também à proteção dos Direitos Humanos, “e que busca internacionalizar os direitos humanos no plano regional, particularmente da Europa, América e África”¹⁰⁰. No Sistema Americano, como referido, cria-se um Tribunal, o qual possui, dentre suas atribuições, uma face consultiva.

Este sistema regional interamericano teve início formal em 1948, antes mesmo do sistema global¹⁰¹, com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em Bogotá, pela IX Conferência Internacional Americana¹⁰². Ocasão em que também nasce a

constitucional internacional. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 251. Portanto, ambos os sistemas convivem paralelamente, havendo uma complementariedade entre eles.

⁹⁹ ZEIDAN, Rogério. A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e sua aplicabilidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*. Ano 3, n. 4 – 2000. Franca: Universidade de Franca, 2000. p. 149.

¹⁰⁰ PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos. In. GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coords.). *O Sistema de Proteção dos Direitos Humano e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 21.

¹⁰¹ A Declaração Universal do Direitos Humanos, embora proclamada no mesmo ano, veio a existir alguns meses após a Declaração Interamericana, sendo esta, portanto, a ela precedente

¹⁰² JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 64.

Organização dos Estados Americanos, a qual proclama como um de seus princípios fundamentais a pessoa humana.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem não veio sob a forma de uma Convenção, não correspondendo, assim, às expectativas da comunidade desta região. No entanto, como observa Jayme, “ressalvou-se em seus considerados que a Declaração era apenas o marco inaugural do sistema de proteção dos direitos humanos”¹⁰³.

A importância desta declaração procede, ainda, do fato de que veio a reconhecer que os direitos do homem não decorrem tão somente da sua condição de cidadão de um determinado Estado, recebendo proteção exclusivamente em razão desta condição, mas sim de algo que lhe é intrínseco, pelo que, nas palavras de Jayme, o “Estado não cria ou concede direitos, mas simplesmente reconhece a existência de direitos humanos, anteriores à sua formação e que têm na própria condição de ser humano sua origem”¹⁰⁴.

Foram necessárias duas décadas de discussões para que uma Convenção sobre direitos humanos fosse gestada no âmbito das Américas. Exatamente em 22 de novembro de 1969 nasceu a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada por Pacto de São José da Costa Rica, em razão de ser esse o local onde fora sacramentada.

A Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor em julho de 1978, quando o décimo primeiro instrumento de ratificação foi depositado. Com ela são estabelecidos, originariamente, os mais altos organismos do sistema americano de Direitos Humanos, que são a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

4.2. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

Como visto, ao lado de outros sistemas regionais, como o europeu e o africano, o sistema americano passa a conviver com um sistema global, nascidos quase que simultaneamente, sendo ambos compatíveis. Ou seja, como refere Piovesan, “os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas, ao revés, são complementares”¹⁰⁵.

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos é formado basicamente por dois importantes documentos internacionais que são a Convenção Americana de Direitos

¹⁰³ JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 64.

¹⁰⁴ JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 65.

¹⁰⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 254.

Humanos, também conhecida por Pacto de San José da Costa Rica, e a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA).

O Pacto de San José da Costa Rica, como vimos, nasceu em 1969, exatamente de uma Conferência intergovernamental celebrada pela Organização dos Estados Americanos, entrando em vigor apenas no ano de 1978, quando veio a ser depositada a décima primeira ratificação. Compete referir, entretanto, que a adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos é facultada a apenas aos Estados-partes da OEA.

Assim como ocorre em outros sistemas internacionais semelhantes, a Convenção Americana surge para assegurar direitos civis e políticos ao ser humano, os quais são enumerados no seu capítulo II, como o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3); direito à vida (art. 4); direito à integridade pessoal (art. 5); a proibição da escravidão e da servidão (art. 6); direito à liberdade pessoal (art. 7); proteção da honra e da dignidade (art. 11); liberdade de consciência e religião (art. 12); liberdade de pensamento e de expressão (art. 13); dentre outros tantos de igual envergadura. Sendo que outras garantias ainda foram incluídas pelo Protocolo Adicional à Convenção, também conhecido como Protocolo de San Salvador, de 1988, o qual entrou em vigor no ano de 1999, após o depósito da décima primeira ratificação.

Na sua primeira parte, a Convenção Americana de Direitos Humanos trata dos deveres dos Estados-partes e enumera os direitos protegidos, para num segundo momento dispor sobre os meios de proteção destes direitos, estabelecendo os órgãos competentes para tanto, que são a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos e a Corte Interamericana dos Direitos Humanos.

Como se depreende da Convenção, não houve a inclusão, em seu corpo, de qualquer forma específica de direito, mas “em face desse catálogo de direitos constantes da Convenção Americana cabe ao Estado-partes a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício desses direitos e liberdades, sem qualquer discriminação”, como leciona Piovesan¹⁰⁶. Ou seja, este documento regional obriga os Estados-partes a adequar a sua legislação, e até mesmo a sua Constituição, bem como tomar todas as iniciativas necessárias para a efetivação desses direitos e liberdade estabelecidos na Convenção Americana. Portanto, é imposto ao Estado signatário da Convenção uma conduta ativa de garantia dos Direitos Humanos, podendo ser responsabilizado pela omissão na sua efetivação.

Para a fiscalização deste ônus assumido pelos Estados-partes veio a Convenção

¹⁰⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 256.

Americana a dotar dois organismos com a precípua incumbência de monitorar o estrito cumprimento dos direitos e das liberdades sacramentadas em seu texto, que são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) surge, portanto, com a notória finalidade de velar pelo cumprimento dos direitos e das liberdades estabelecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo uma das entidades do sistema de proteção e promoção dos Direitos Humanos nas Américas.

Esta instituição fora criada em 1959, tendo reunindo-se pela primeira vez em 1960¹⁰⁷, anteriormente, portanto, à Convenção Americana de Direitos Humanos. Surge com a atribuição de promover os Direitos Humanos enunciados pela Declaração de 1948. Sua legitimação como órgão competente para conhecer assuntos relacionados aos compromissos assumidos pelos Estados-partes que ratificaram a Convenção Americana fora reafirmada em seu art. 33.

A CIDH é composta por sete membros, com ilibada conduta moral e reconhecido saber em matéria de Direito Humanos (art. 34), sendo eleitos pela assembleia geral da OEA, com mandato de quatro anos, garantida uma única reeleição. Dentre suas atribuições pode-se destacar as de: receber, analisar e investigar petições individuais que aleguem violação dos Direitos Humanos; observar o cumprimento geral dos Direitos Humanos pelos Estados-partes; realizar visitas, *in loco*, aos Estados para observar a situação geral, bem como para investigar uma situação específica; fazer recomendações aos Estados-partes da OEA para a adoção de medidas para contribuir com a promoção e garantia dos Direitos Humanos; requerer aos Estados que adotem medidas cautelares específicas em casos urgentes, ou solicitar tal medida ao Corte Interamericana de Direitos Humanos; remeter os casos à jurisdição da Corte Interamericana e atuar frente a ela em determinados litígios; solicitar Opiniões Consultivas à Corte sobre aspectos de interpretação da Convenção Americana¹⁰⁸.

E no que se refere às inúmeras competências dotadas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, deve-se destacar que “alcança todos os Estados-partes da Convenção Americana, em relação aos direitos humanos nela consagrados. Alcança ainda todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos, em relação aos direitos consagrados na Declaração Americana de 1948”¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Mais informações históricas podem ser obtidas pelo site: <https://cidh.oas.org/que.port.htm>. Acessado em 03.09.2016.

¹⁰⁸ <https://cidh.oas.org/que.port.htm>. Acessado em 03.09.2016.

¹⁰⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 259.

A CIDH possui, ainda, a competência para o exame de denúncias encaminhadas por indivíduos, ou por um grupo deles, bem como por entidade não governamental sobre a violação dos direitos e liberdades asseguradas na Convenção Americana por parte de um de seus Estados-partes. Portanto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos exerce papel fundamental para a legitimação de atuação do particular no sistema americano, contribuindo decisivamente para a sua subjetividade jurídica internacional.

O procedimento perante a Comissão Interamericana se inicia por meio de petição escrita pela própria vítima, por um terceiro ou por uma entidade não governamental e deve cumprir os requisitos de admissibilidade do art. 46 da Convenção Americana, quais sejam, de que se tenha esgotado os recursos da jurisdição interna; de que seja apresentada até seis meses após o vitimado ser notificado da decisão definitiva; de que não haja litispendência ou coisa julgada internacional sobre o fato. No que se refere a estas duas primeiras exigências, o mesmo artigo afasta sua obrigatoriedade quando comprovadamente não exista no ordenamento jurídico interno legislação de proteção ao direito violado, ou, existindo, não tenha sido propiciado ao ofendido acesso aos recursos internos ou lhe tenha sido impedido de esgotá-los, assim como quando houver demora injustificada na decisão.

Sendo admitida a petição, a Comissão postula informações ao Estado-partes apontado como violador. Com as informações estatais, ou sem elas, a Comissão analisa se estão presentes os motivos da petição denunciante. Caso negativo, arquiva. Em sendo positivo, a Comissão passará a fazer um exame detalhado do assunto e, caso necessário, iniciará um processo investigatório dos fatos.

Ultrapassada esta fase de exame e investigações, a Comissão buscará a conciliação, a qual, sendo alcançada, será seguida de um informe ao peticionário e aos Estados-partes da Convenção, assim como de comunicado a Secretaria da OEA para publicação.

No entanto, caso não seja exitosa a fase amistosa a Comissão fará um relatório dos fatos, com as respectivas conclusões apontando se houve ou não a violação pelo Estado-parte acionado, assim como, se for o caso, com as recomendações a ele dirigida. Terá o Estado apontado como violador o prazo de três meses para acatar as recomendações da Comissão ou solucionar a questão com o denunciante. Caso isto não ocorra, o processo será encaminhado para a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Portanto, como se pode notar, “apenas a Comissão Interamericana e os Estados-partes podem submeter um caso à Corte Interamericana, não estando prevista a legitimação do

indivíduo, nos termos do art. 61 da Convenção Americana”¹¹⁰. Ou seja, o sistema americano, com base em sua Convenção, dota o particular apenas de um acesso indireto a sua Corte, diferentemente do que ocorre com o Mercosul, como se verificará no decorrer do trabalho. Entretanto, isto não significa dizer que o particular, em razão disto, não possa ser considerado como sujeito de direito internacional neste sistema, pois, como visto, ela decorre de outros mecanismos, como o acesso indireto.

Ao lado da Comissão Interamericana, como referido, atua a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual é a grande responsável pela efetivação de todo o ordenamento advindo deste acordo regional, seja na sua face jurisdicional, seja na sua face consultiva.

Entretanto, diante da sua complexidade e da relevância da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos deteremos destacadamente no capítulo dois.

5. O Sistema Jurídico do Mercosul

Como se verá adiante, o direito advindo do Mercosul não possui as mesmas características do Direito formado na União Europeia, sendo que em razão de seu caráter intergovenamental – não possuindo a supranacionalidade da UE, portanto – acaba por influenciar decisivamente na formatação e força de suas fontes e, especialmente, dos princípios a reger este bloco.

Por evidente, uma vez sendo todas as decisões tomadas por conveniência política, e sempre por consenso, as fontes a nutrir esta integração regional não possuem identidade com as presentes em blocos de mesma natureza. Ademais, como referem Machado e Del’Olmo, o direito advindo do Mercosul “ainda não se enraizou no território latino-americano e isto traz consequências significativas para a compreensão das fontes do Direito da Integração”¹¹¹.

No entanto, isto não quer dizer que esta integração regional não seja dotada de fontes próprias, pois se pode observar nitidamente a existência de fontes primárias ou originárias, bem como secundárias ou derivadas e complementares.

E no sistema jurídico do Mercosul, assim como nos demais, como se verá nos capítulos seguintes, o particular é protagonista. Nitidamente o Mercosul dotou-o de capacidade subjetiva, de forma ampla e inovadora, pois conferiu aos particulares o direito de

¹¹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 264.

¹¹¹ MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 97.

acesso ao Tribunal Permanente do Mercosul. Entretanto, antes de adentrar-se neste ponto, necessária a visão do sistema do Mercosul, com suas fontes e princípios.

5.1. A escolha pela Intergovernabilidade feita pelo Mercosul.

Um fator marcante a distinguir processos de integração regionais está sedimentado na opção pela intergovernamentabilidade ou supranacionalidade de seus organismos e decisões. E basicamente a diferenciação entre estes dois institutos se dá pela escolha do interesse dominante. Na intergovernabilidade, como assevera Ventura, “trata-se de fóruns destinados a cotejar interesses individuais e, se for o caso, harmonizá-los”¹¹². No que diz respeito à supranacionalidade pressupõe “a negociação em outro nível, para definir o interesse coletivo, através do processo decisório próprio, a serviço do qual elas colocarão em funcionamento uma estrutura independente”¹¹³.

Diferentemente do que ocorreu na integração europeia em que, como visto, os interesses do bloco se sobrepõem sobre os interesses dos Estados que dela fazem parte, no Mercosul, o interesse predominante é o de cada Estado-parte, pois “não há uma estrutura institucional independente destes, e as normas jurídicas devem ser submetidas aos processos de internalização previstos nos textos legislativos de cada País, em geral, suas Constituições Federais”¹¹⁴.

Portanto, ao escolher a intergovernabilidade para reger o seu processo de integração, os países integrantes do Mercosul optaram claramente pela manutenção de suas soberanias, não aceitando o seu compartilhamento como ocorre na supranacionalidade. Ou seja, “Mantêm a mesma liberdade de ação e decisão que aquela mantinha antes de ingressar no organismo internacional. Permanecem suas vontades individuais e apenas buscam harmonizá-las”¹¹⁵, como refere Saldanha.

Para Perotti, entretanto, a opção pela intergovernabilidade não remete a conclusão de que os Estados-partes mantenham, com isto, a sua soberania absoluta, pois ao decidirem de

¹¹² VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A Ordem Jurídica do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 29.

¹¹³ VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A Ordem Jurídica do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 29.

¹¹⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação Jurisdicional. Reenvio Prejudicial: Um Mecanismo de Direito Processual a Serviço do Direito Comunitário. Perspectiva para sua Adoção no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2001. p. 110.

¹¹⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação Jurisdicional. Reenvio Prejudicial: Um Mecanismo de Direito Processual a Serviço do Direito Comunitário. Perspectiva para sua Adoção no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2001. p. 113.

forma conjunta acabam por ceder espaços à integração regional, uma vez que “los propios Estados han renunciado a desarrollar en forma aislada y que han pasado a compartir con sus socios”¹¹⁶. Para este mesmo autor, o direito emanado destes processos de integrações regionais, sejam eles chamados de comunitários ou de integração, não possui como condição essencial a supranacionalidade. Ou seja, nada veda a existência do direito da integração em bloco optantes da intergovernabilidade, pois, “en realidad, sin perjuicio de que la ligazón entre supranacionalidade y derecho comunitario resulta ser una unión adecuada, ello no convierte dicha vinculación en *conditio sine qua non*”¹¹⁷.

A busca por harmonização do direito num ambiente em que os Estados agem por interesses que lhes são particulares e que as tomadas de decisões devem ser conjuntas e unânimes, entretanto, torna-se muito mais desafiadora. Maiores dificuldades impõem-se, no sistema intergovernamental, obviamente, para um direito autônomo, com aplicação direta ou com primazia em relação aos ordenamentos nacionais. Da mesma forma no que diz com a presença de órgãos desvinculados dos Estados e dotados de efetiva liberdade de atuação.

Como asseveram Machado e Del’Olmo, o modelo da supranacionalidade adotado no continente europeu é “tão distante do Mercosul que nem previsão tem nos dicionários da língua portuguesa”¹¹⁸. No entanto, também para Ventura, a afirmativa de que “uma ordem jurídica comum entre Estados só poderia ocorrer nos moldes de uma organização supranacional”¹¹⁹, não está livre de contestação.

Como visto, o sistema normativo do Mercosul existe e é dotado de fontes originárias e derivadas. Portanto, “no caso do Mercosul, a norma fundamental de seu ordenamento comunitário seria o Tratado de Assunção e o procedimento por ele estabelecido para ditar normas”¹²⁰. Ou seja, ao prescrever o procedimento para a produção de normas o Tratado de Assunção cria o seu próprio sistema, pouco importando que sejam elas regidas pela supranacionalidade ou intergovernabilidade. Tal entendimento, como assevera Ventura, “parece ser o único a sustentar-se à parte do direito comunitário europeu e deste difere basicamente por negar a supranacionalidade como requisito de existência do ordenamento

¹¹⁶ PEROTTI, Alejandro Daniel. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*. Tomo I. Curitiba: Juruá, 2007. p. 159.

¹¹⁷ PEROTTI, Alejandro Daniel. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*. Tomo I. Curitiba: Juruá, 2007. p. 159.

¹¹⁸ MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 150.

¹¹⁹ VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A Ordem Jurídica do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 35.

¹²⁰ VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A Ordem Jurídica do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 37.

comum Inter-Estatal”¹²¹.

Nas Constituições dos países que iniciaram o processo de integração no cone-sul, Brasil, Uruguai, Argentina e Paraguai, a possibilidade de existência de uma ordem supranacional advinda deste bloco sequer é tratada com uniformidade. Até porque, como refere Perotti, “el origen temporal de las constituciones hizo imposible la previsión de cláusulas habilitantes de la integración en el sentido con el que actualmente se conoce”¹²².

Prova do tratamento disforme dado pelos países que integram o Mercosul, no que diz respeito à possibilidade de admitir-se a supranacionalidade, é que a Constituição brasileira, por exemplo, é pouco precisa com relação aos acordos de integração, pois ao ditar os princípios que devem reger suas relações internacionais mantém-se silente neste aspecto, embora no § único do ar. 4º afirme que se buscará a integração latino-americana por meio de uma comunidade de nações¹²³. Ou seja, em decorrência de sua falta de clareza acabou por permitir interpretações antagônicas sobre a possibilidade da admissão da supranacionalidade no ordenamento constitucional brasileiro.

Deste comando constitucional, para Borja¹²⁴, retira-se, por exemplo, a interpretação de que o sistema brasileiro admite a supranacionalidade quando firma acordos como o do Mercosul, pois decorre da busca pela “integração política” com os países continentalmente vizinhos.

Para Perotti, o Constituinte brasileiro, ao afirmar que todos os poderes constituídos *buscarão* uma integração com os povos latino-americanos, vinculou o Estado brasileiro a este objetivo, na medida que não escolheu por comandos que remeteriam a uma interpretação de mera disposição programática do texto constitucional neste particular. Portanto, “el legislador constitucional dejó planteada su voluntad de manera categórica y autoaplicable, acerca de la obligación que tienen los órganos de Estado de enderezar su actividad exterior e interior hacia la concepción de la integración regional”¹²⁵. Trata-se, pois, de uma norma auto-executável.

A constituição uruguaia assemelha-se à brasileira, pois em seu art. 6º expressamente

¹²¹ VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A Ordem Jurídica do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 37.

¹²² PEROTTI, Alejandro Daniel. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*. Tomo II. Curitiba: Juruá, 2007. p. 404.

¹²³ Art. 4º, Parágrafo único, da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”. Acessível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 15.04.2016.

¹²⁴ BORJA, Sergio Augusto Pereira de. O Mercosul pela ótica do direito constitucional: tratados, convênios e acordos celebrados. In. MEDEIROS, Antônio P. Cachapuz de (org.). *O ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997. p. 117.

¹²⁵ PEROTTI, Alejandro Daniel. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*. Tomo I. Curitiba: Juruá, 2007. p. 161.

aponta para a intenção na nação em fazer acordos internacionais para fins de integração social e econômica com os países latino-americanos¹²⁶. No entanto, o seu art. 4º é taxativo: “La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará”.

O constituinte uruguaio deu tratamento diferenciado entre as normas advindas do direito internacional clássicos e dos processos de integrações regionais, o que, conforme Perotti, significa que “en el ámbito de su actuación externa, el gobierno uruguayo debe otorgar sus mayores esfuerzos a los acuerdos de integración, por prescripción de la carta política”¹²⁷

Na constituição argentina, por sua vez, a supranacionalidade vem reconhecida em seu art. 75, o qual traça as competências do Congresso Nacional Argentino. Mais especificamente nas alíneas 22 e 24 deste artigo, pois lá prevê a hierarquia superior às leis internas de acordos e tratados com organizações internacionais¹²⁸. Já na alínea 24, explicitamente admite a supranacionalidade ao estabelecer: “Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”. Nota-se, portanto, que a cláusula é exclusiva para os processos de integrações econômicas e afins, sendo que os demais ficam regidos pelo referido inciso 22¹²⁹.

Assim como na Argentina, a constituição do Paraguai reconhece a supranacionalidade expressamente, pois no seu art. 145 regula o que denomina: “Del Orden Jurídico supranacional”¹³⁰. Segundo Perotti,

¹²⁶ Art 6º da Constituição Uruguaia: “En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos. La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos”. Acessível em: <http://www.rau.edu.uy/uruguay/const97-1.6.htm#1>. Acesso em 15.04.2016.

¹²⁷ PEROTTI, Alejandro Daniel. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*. Tomo I. Curitiba: Juruá, 2007. p. 406.

¹²⁸ Alínea 22 do art. 75 da Constituição Argentina: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Disponível em: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>. Acesso em 15.04.2016.

¹²⁹ PEROTTI, Alejandro Daniel. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*. Tomo II. Curitiba: Juruá, 2007. p. 284.

¹³⁰ Art. 145 da Constituição Paraguuaia: “La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural”. Acessível em: http://www.oas.org/juridico/spanish/par_res3.htm. Acesso em 15.04.2016.

La cláusula de habilitación, inscrita en el art. 145, contiene requisitos de fondo y de forma para autorizar a la República su participación en procesos de integración de naturaleza supranacional, los cuales deben ser complementados (...) de forma subsidiaria con el resto de las normas que regulan el proceso de concertación de los tratados¹³¹.

Na Venezuela, Estado mais recente a ingressar no Mercosul, sua Constituição além de expressamente prever a possibilidade de atribuir a organizações internacionais supranacionais competências necessárias para levar a cabo os processos de integração, avançou com relação as demais ao prescrever que as normas advindas do marco de integração terão aplicação direta e primazia sobre a interna¹³².

Por fim, cabe referir ao tratamento dado a matéria pela Bolívia, tendo em vista que se encontra em estágio avançado para tornar-se o sexto Estado-parte do Mercosul. A Constituição boliviana trata do que denominada como “Relaciones Internacionales” a partir do seu art. 255, onde estabelece: “Las relaciones internacionales y la negociación, suscripción y ratificación de los tratados internacionales responden a los fines del Estado en función de la soberanía y de los intereses del Pueblo”. Ou seja, não abre espaço para a previsão formal da supranacionalidade em acordos de natureza como o do Mercosul.

No entanto, expressamente prevê a supraconstitucionalidade de normas mais favoráveis aos particulares, em se tratando de direitos humanos¹³³. No que diferencia, pelo inc. I do art. 257 de sua constituição, dos demais tratados que seja parte a Bolívia, pois estes terão, tão somente, força de lei. Mas em ambos os casos os tratados deverão ser internalizados.

Portanto, além da Venezuela, integrante mais recente do bloco, “dois dos quatro sócios originais do Mercosul, portanto, foram mais precoces do que os outros dois na criação constitucional da norma necessária à instauração, sem muitos debates internos, de uma autêntica comunidade – o Mercosul como experiência vista não somente sob o ângulo

¹³¹ PEROTTI, Alejandro Daniel. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*. Tomo I. Curitiba: Juruá, 2007. p. 302.

¹³² Art. 153 da Constituição venezuelana: “La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que garanticen el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna”.

¹³³ Art. 256, inc. I, da Constituição Boliviana.

jurídico”¹³⁴, segundo Rezek.

Em que pese esta noticiada dissonância constitucional entre os cinco países integrantes do Mercosul no que diz respeito à possibilidade de haver lugar para a supranacionalidade, como assevera Perotti, acabou-se por outorgar “*a priori* legitimidad jurídica desde el punto de vista nacional, tanto al proceso de integración en si mismo considerado, como a su derecho resultante”¹³⁵, pois claramente houve uma distinção de tratamento entre o Direito Internacional Público Clássico e o advindo dos processos de integração regional nas constituições dos Estados-partes.

Necessário, ainda, ter-se ciência que a supranacionalidade e a intergovernabilidade podem coexistir em um processo de integração. E isto é perfeitamente perceptível pela União criada pelo Tratado de Maastricht, fundada em três pilares básicos: a Comunidade Europeia; a política externa e de segurança comum e a cooperação nos domínios da justiça e assuntos internos¹³⁶. E, dos três, apenas o primeiro pilar é formatado na supranacionalidade.

Alonso García ainda traz um pontual exemplo. Postula este autor que “tomemos como ejemplo el proceso decisorio en un específico sector como la armonización fiscal, donde el Consejo (órgano integrado por representantes gubernamentales) dispone por unanimidad”¹³⁷. Ou seja, a tomada de decisão, neste caso, remete às características da intergovernabilidade.

Portanto, mesmo que se possa depreender, da experiência do bloco europeu, que a supranacionalidade de órgãos e ordenamento são partes fundamentais de um processo de integração, a evolução positiva do Mercosul pode não decorrer desta característica, necessariamente. Não parece inquestionável afirmar que as dificuldades de avanço no processo integracionista mercosurenho decorram necessariamente, ou unicamente, da opção pela intergovernabilidade.

Até porque, como assevera Perotti, “el derecho que se viene analizando tiene, por esencia, una vocación innata a ser aplicado de la misma forma que las normas que conforman el ordenamiento del Estado, en los campos de competencias abrazados por el tratado

¹³⁴ REZEK, Francisco. Tratados e suas relações com o ordenamento jurídico interno: antinomia e norma de conflito. *Revista do Conselho de Justiça Federal*. V. 1. n. 2 mai./ago. 1997. Disponível em www.cjf.jus.br/ojs/index.php/revcej/article/view/93/136. Acesso em 19.10.2016.

¹³⁵ PEROTTI, Alejandro Daniel. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*. Tomo II. Curitiba: Juruá, 2007. p. 409.

¹³⁶ PARLAMENTO EUROPEU. *Os Tratados de Maastricht e Amsterdão*. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.1.3.html. Acesso em 12.10.2016.

¹³⁷ ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración*. Córdoba: Advocatus, 2008. p. 19.

fundacional”¹³⁸. Ou seja, mesmo em integrações regionais caracterizadas pela intergovernabilidade podem conter consigo a força cogente necessária para o respeito, pelas jurisdições internas, da norma emanada do processo de integração regional.

5.2. As Fontes Primárias e Secundárias do Direito do Mercosul

As fontes primárias ou originárias do Direito do Mercosul, assim reconhecidas pela diferenciação que possuem com as ordens nacionais dos Estados-partes e que “asseguram a existência autônoma do bloco, definem sua natureza e sua estrutura, além de estabelecer as regras de funcionamento das instituições comunitárias”¹³⁹. Elas constituem-se, basicamente, pelo documento constitutivo do Mercosul, o Tratado de Assunção, bem como pelos demais Protocolos firmados neste marco. Dentre estes Protocolos, podemos destacar o Protocolo de Ouro Preto, que lhe deu personalidade jurídica de Direito Internacional, bem como o Protocolo de Brasília, que introduziu o seu Sistema de Solução de Conflitos, e o Protocolo de Olivos, que o aperfeiçoou.

Cabe referir que o art. 41 do Protocolo de Ouro Preto traz claramente quais são as fontes jurídicas no Mercosul, sendo que em seu inciso I estabelece as fontes primárias ou originárias do bloco, quais sejam, “o Tratado de Assunção, seus protocolos e instrumentos adicionais ou complementares”.

No entanto, como advertem Seitenfus e Ventura, “para gerir a integração econômica e aplicar os textos constitutivos, as instituições comuns têm necessidade de elaborar novas normas. O resultado do exercício de poder normativo das instituições comuns constitui o *direito derivado* do Mercosul”¹⁴⁰.

Também estão as fontes secundárias delimitadas pelo art. 41 do Protocolo de Ouro Preto, pois seu inciso II aponta as complementares e no seu inciso III as derivadas.

Por fontes complementares do direito da integração no Mercosul se tem, portanto, os acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção. E por fontes derivadas, dentro deste mesmo marco, as Decisões do Conselho do Mercado Comum, as Resoluções do Grupo do Mercado Comum e as Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul, sendo que estas são tidas como obrigatórias, impondo aos Estados-partes a incorporação aos seus ordenamentos

¹³⁸ PEROTTI, Alejandro Daniel. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*. Tomo II. Curitiba: Juruá, 2007. p. 410.

¹³⁹ SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Direito Internacional Público*. 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 219.

¹⁴⁰ SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Direito Internacional Público*. 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 219-220.

jurídicos internos, dentro do sistema de recepção que cada país adota.

Pode-se ainda apontar, como fontes derivadas, outros atos jurídicos que, entretanto, não possuem este caráter obrigatório das Decisões, Resoluções e Diretrizes, pois atuam de forma sugestiva aos Estados tão somente, que são as Recomendações, que podem ser emanadas do Parlamento do Mercosul.

No entanto, destaque deve ser dado às Decisões oriundas do Conselho do Mercado Comum, pois possuem relevante papel na consolidação do direito oriundo deste bloco. Além disso, “regem tanto a dinâmica interna da organização quanto o comportamento dos Estados-Partes em seu território”¹⁴¹.

E prevê o art. 38 do Protocolo de Ouro Preto o compromisso dos países integrantes do Mercosul com o direito do bloco, por meio da efetiva adoção de medidas para o integral cumprimento das decisões que sejam provenientes das instituições do Mercosul.

5.3. Alguns Princípios a caracterizar o Mercosul

O Mercosul, por questões que lhes são muito particulares e em razão da opção pela intergovernabilidade, não replicou os princípios que antes apontamos como alicerces do direito da união, sendo que, alguns deles, geram dúvidas sobre a possibilidade de “importação”. Maiores exemplos estão nos princípios da aplicação direta ou da primazia do Direito da Integração – os quais serão tratados logo a seguir, em separado, em decorrência de sua alta relevância –, pois o processo de integração do continente sul-americano não possui órgãos declaradamente supranacionais como ocorre naquele do continente europeu, bem como argumenta-se que suas normas necessitam passar pelo processo de incorporação de cada país, utilizando-se das regras do Direito Internacional Público clássico¹⁴². Em razão disso é que se pode testemunhar a adoção de princípios, pelo Mercosul, que refletem com exatidão as escolhas políticas feitas por seus Estados-partes, bem como o seu desenvolvimento como processo de integração regional.

Ao firmarem o Tratado de Assunção, os Estados-partes reconheceram que para alcançar os objetivos de sua criação teriam que se valer de uma efetiva colaboração. Princípios básicos como da reciprocidade, da gradualidade, da flexibilidade, do equilíbrio, da solidariedade e democrático passam, com isto, a reger o processo de integração.

¹⁴¹ SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Direito Internacional Público*. 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 221.

¹⁴² MACHADO, Diego Pereira. DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 70.

Já o art. 2º do Tratado de Assunção elege como um de seus princípios a reciprocidade entre os Estados-partes, pois estabelece que esta deve existir, tanto em direitos, quanto em obrigações. Ou seja, os Estados-partes devem sempre pautar suas condutas pelo tratamento igualitário e equivalente com os demais. Por este princípio “diz que cada Estado-parte assume direitos e obrigações equitativas (quem desviar-se deles põe em risco a consecução dos fins comuns). Constitui-se em sistema de mútuo controle”¹⁴³.

Entretanto, é necessário se ter em mente, como adverte Fradera, que

Esta pretendida igualdade entre Estados membros não corresponde à realidade, pois há diferenças entre os Estados Membros do Mercosul, algumas bastante acentuadas, de modo a ser preciso interpretar essa necessidade de igualdade de tratamento com um sentido relativo, respeitando as diferenças. Assim, os direitos e obrigações entre as partes poderão ser, pelo menos, equivalentes.

Este princípio, diferentemente dos demais que veremos, “não diz respeito às metas ou objetivos do Mercosul, mas às relações básicas entre as partes, ou seja, não se destina a regular os efeitos do tratado na ordem interna dos Estados-partes, mas sim reger as relações entre as partes no âmbito do próprio Tratado, matéria eminentemente jurídica”¹⁴⁴.

Com isto garante-se que, por exemplo, qualquer reserva feita por um dos Estados-partes possa também ser invocada pelos demais. E, como assevera Basso,

No caso do Tratado de Assunção, em que há menção expressa à reciprocidade, ela se caracteriza pelo estabelecimento de um sistema no qual a execução do tratado por cada parte servirá de medida às prestações que as outras partes terão de fornecer, especialmente quando a definição dos direitos e obrigações das partes no tratado for insuficiente e deve ser complementada ou precisada por cada parte a sua conta, notadamente porque sua complementação exige promulgação de textos de direito interno, ou de decisões de aplicação mais ou menos discricionária¹⁴⁵.

Portanto, os Estados-partes do Mercosul, ao firmarem o acordo de integração regional da América do Sul, assumiram um compromisso de tratamento isonômico e colaborativo entre eles, de forma que direitos e deveres dentro do bloco a todos submetem.

O princípio da gradualidade, por sua vez, como refere Fradera, consiste no

¹⁴³ DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Direito Internacional Privado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 197.

¹⁴⁴ BASSO, Larissa de Santis. As Decisões Arbitrais do Mercosul e os Princípios da Integração no Bloco. In: BASSO, Maristela (org.). *Mercosul – Mercosur: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 231.

¹⁴⁵ BASSO, Larissa de Santis. As Decisões Arbitrais do Mercosul e os Princípios da Integração no Bloco. In: BASSO, Maristela (org.). *Mercosul – Mercosur: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 231.

compromisso de um “incremento das obrigações dos Estados membros para com a comunidade, na medida da melhoria de suas condições econômicas”¹⁴⁶. Ou seja, assumiram os Estados-partes o compromisso para a criação de um mercado comum dentro do bloco, realizando todos esforços para que venha ele a ser efetivamente alcançado. Ou, como assevera Del’Olmo “é o desejo de que a integração ocorra em etapas definitivas, nas quais mercados e setores produtivos possam fazer gradativamente as adequações necessárias”¹⁴⁷.

No entanto, tiveram o cuidado, os governos, de deixar claro que a integração seria gradual, paulatina, possibilitando assim uma adaptação dos mercados internos por etapas pré-determinadas. Como aduz Basso, “o intuito desse princípio é não criar distorções econômicas graves, mas sim adaptar os interesses de forma a criar o Mercosul, através de etapas sucessivas e de intensidade crescente, concedendo-se aos países períodos de adaptação, podendo os prazos fixados serem ajustados sempre que necessário”¹⁴⁸.

Portanto, por meio desse princípio fica garantido que para que uma nova etapa no processo de integração se inicie, é necessário que uma anterior, teoricamente com nível de exigência menor, seja cumprida.

O princípio da flexibilidade decorre naturalmente da opção pela estrutura intergovernamental do bloco formado pelo Mercosul. Na medida em que todas as decisões devam ser tomadas por consenso entre os governantes dos Estados-partes, a flexibilidade do ritmo e dos objetivos é uma decorrência lógica. Este princípio, para Del’Olmo, “(...) dá uma ideia de maleabilidade e versatilidade. Funciona como uma diretiva de procedimento para a tomada das deliberações”¹⁴⁹.

Diante disso é que se pode conceituar que a “Flexibilidade é a possibilidade de constante ajuste do processo de integração em relação ao seu alcance, ritmo e objetivos, ou, melhor dizendo, a possibilidade de ajustamento e redefinição de metas, prazos e instrumentos”¹⁵⁰.

Ao longo deste processo de integração, a flexibilidade pode-se constatar sob várias formas, pois o próprio Tratado de Assunção remete a protocolos posteriores a tomada de decisões em temas específicos. Ou seja, os Estados-partes têm total controle sobre as fases do

¹⁴⁶ FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 42.

¹⁴⁷ DEL’OLMO. Florisbal de Souza. *Direito Internacional Privado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 197.

¹⁴⁸ BASSO, Larissa de Santis. As Decisões Arbitrais do Mercosul e os Princípios da Integração no Bloco. In. BASSO, Maristela (org.). *Mercosul – Mercosur: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 229.

¹⁴⁹ DEL’OLMO. Florisbal de Souza. *Direito Internacional Privado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 196.

¹⁵⁰ BASSO, Larissa de Santis. As Decisões Arbitrais do Mercosul e os Princípios da Integração no Bloco. In. BASSO, Maristela (org.). *Mercosul – Mercosur: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 230.

processo de integração pois sempre se deve buscar a unanimidade, conferindo que cada governante opte pelo ritmo e pelas etapas que entenda mais conveniente ao país que representa, pouco importando se prejudicial para o bloco.

O Princípio do Equilíbrio existe para que os Estados-partes pratiquem atos que tragam perfeito equilíbrio ao bloco, ou seja, “possibilita equitativamente o acesso de todos a um mercado comum, com igualdade absoluta de condições. Impede o desequilíbrio das ações integrativas. Evita, por consequência, o sacrifício de um determinado Estado em benefício de outros, sem a devida compensação”¹⁵¹. A harmonia no desenvolvimento da integração deve imperar.

Deve-se, portanto, ficar atento a qualquer manifestação de desequilíbrio grave que possa vir a prejudicar o processo de integração, comprometendo-se os Estados-partes a não medir esforços para corrigi-los. Ou seja, o equilíbrio “deve ser interpretado não como a obrigação de só aprovar medidas que tragam perfeito equilíbrio, mas sim como o dever de evitar o desequilíbrio no bloco”¹⁵².

Também se depreende deste princípio que a integração regional mercosurena deva não apenas colher os benefícios que decorram do bloco atuando de forma conjunta no mercado, mas também devam compartilhar os custos sociais e econômicos, para juntos buscarem um crescimento em todos estes campos.

Em que pese não se encontre este princípio corporificado no Tratado de Assunção, decorre do próprio acordo firmado entre os Estados participantes da integração, pois sem solidariedade entre eles jamais se atingirá o objetivo buscado neste processo.

Pelo Princípio da Solidariedade, ficam os Estados-partes cientes que o sucesso do processo de integração passa necessariamente pelo cumprimento dos compromissos por todos assumidos. A solidariedade deve ser recíproca na busca da efetivação do bloco regionalizado, com cada Estado-parte não se imiscuindo da sua parcela, respeitando as decisões tomadas e realizando esforços em prol do comum.

Outro princípio não tipificado inicialmente pelo Tratado de Assunção, a exemplo do que se viu a respeito da União Europeia, mas que, sem dúvidas, decorre do próprio sistema de integração mercosureno, é o Democrático. Por ele, os Estados que já fazem parte do Mercosul devem sempre manter uma estabilidade democrática, sendo uma condição de ingresso para os que ainda dele não façam parte mas que tenham esta intenção.

¹⁵¹ DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Direito Internacional Privado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 197.

¹⁵² BASSO, Larissa de Santis. As Decisões Arbitrais do Mercosul e os Princípios da Integração no Bloco. In: BASSO, Maristela (org.). *Mercosul – Mercosur: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 230.

Este princípio é de tamanha valia e consideração que fora levado ao Mercosul por meio do Protocolo de Ushuaia, onde fora firmado o Compromisso Democrático no Mercosul, Bolívia e Chile, o qual, em seu art. 1º, sentenciou: “a plena vigência das instituições democráticas é condição essencial para o desenvolvimento dos processos de integração entre Estados Partes do presente Protocolo”¹⁵³.

O descumprimento do Princípio Democrático, infringindo o Protocolo de Ushuaia, pode gerar “desde a suspensão do direito de participar nos diferentes órgãos dos respectivos processos de integração até a suspensão dos direitos e obrigações resultantes destes processos”¹⁵⁴.

5.4. A obrigatoriedade, a primazia e aplicação direta das normas do Direito da Integração

Como assevera Perotti, “si acaso lo que determina la esencia comunitaria de Derecho europeo es la existencia de tres principios básicos, a saber, el efecto directo, la primacía y el efecto inmediato, luego, para desentrañar si el ordenamento Mercosur es o no comunitario, debe investigarse sol os principios citado se encuentran reflejados em el derecho del bloque”¹⁵⁵.

Cada organismo do Mercosul, como visto, possui uma forma individual de manifestação, quais sejam, as Decisões do Conselho do Mercado Comum, as Resoluções do Grupo do Mercado Comum e as Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul.

Todas elas possuem em comum o fato de serem apontadas como obrigatórias, impondo aos Estados-partes a incorporação aos seus ordenamentos jurídicos internos, dentro do sistema de recepção que cada país. E isto decorre dos artigos 9, 15 e 20 do Protocolo de Ouro Preto.

Como se pode notar, portanto, ao exigir um ato interno dos Estados integrantes do bloco, as normas do direito da integração aparentemente não possuiriam aplicação direta. Ou seja, para terem eficácia nos ordenamentos internos a normas provenientes do Mercosul dependeriam de providências a serem tomadas pelos Estados-partes. Neste aspecto, apontaram Seitenfus e Ventura, que “as normas dotadas de cláusula de dispensa de

¹⁵³ Art. 1º do Protocolo de Ushuaia, disponível em http://www.mercosur.int/innovaportal/file/110/1/1998_protocolo_de_ushuaia-compromiso_democratico_port.pdf. Acesso em 06.04.2016.

¹⁵⁴ Art. 5º do Protocolo de Ushuaia, disponível em http://www.mercosur.int/innovaportal/file/110/1/1998_protocolo_de_ushuaia-compromiso_democratico_port.pdf. Acesso em 06.04.2016.

¹⁵⁵ PEROTTI, Alejandro Daniel. Estructura Institucional y Derecho em el Mecorsur. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 42, ano 11, jan.-mar. De 2003. p. 24-25.

incorporação são aquelas que produzem efeitos exclusivamente *interna corporis*, no âmbito das instituições do bloco”¹⁵⁶. Outro ponto relevante decorre do fato de o art. 40, deste mesmo protocolo¹⁵⁷, prever um procedimento para que o direito emanado do Mercosul ganhe vigência simultânea, do que também retirar-se-ia a conclusão de que a sua aplicação não é imediata como ocorre na União Europeia. Além do que, como advertem Seitenfus e Ventura, “a não-transposição de uma regra não ocasiona nenhuma sanção ao Estado omissor”¹⁵⁸, assim como poderia ele fazer uma transposição de forma que venha a distorcer o espírito da norma. Ou seja, a transposição da norma do Mercosul ficaria no campo da discricionariedade de cada Estado-parte, relativizando o seu caráter obrigatório.

Entretanto, deve-se lembrar que advém do art. 38 do Protocolo de Ouro Preto, o comando de que “os Estados-Partes comprometem-se a adotar todas as medidas necessárias para assegurar, em seus respectivos territórios, o cumprimento das normas emanadas do Mercosul (...)”. E, reforçando o caráter obrigatório das normas do Mercosul, vem o art. 42 do Protocolo de Ouro Preto, embora traga uma aparente contradição com a exigência de que haja prévia incorporação, pelos procedimentos previstos internamente por cada um dos países, para que a norma do Mercosul tenha aplicação direta.

A contradição decorre do fato da normativa, do referido art. 42 do POP, estabelecer que as normas do Mercosul deverão ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais quando *necessário*. Isto porque, como refere Perotti, “claramente este artículo está reconociendo que existen supuestos de disposiciones Mercosur que no necesitan de transposición al derecho interno”¹⁵⁹. Portanto, pode-se concluir que a norma do Mercosul, de regra, pode ser aplicada diretamente, apenas sendo exigida a incorporação em casos excepcionais, tendo vista, da mesma forma, a obrigação assumida pelos Estados-partes pelo art. 38 do POP, antes mencionado. Em decorrência disto é que Perotti afirma que a exigência

¹⁵⁶ SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Direito Internacional Público*. 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 222.

¹⁵⁷ Artigo 40 do POP: *A fim de garantir a vigência simultânea nos Estados Partes das normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no Artigo 2 deste Protocolo, deverá ser observado o seguinte procedimento: i) Uma vez aprovada a norma, os Estados Partes adotarão as medidas necessárias para a sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional e comunicarão as mesmas à Secretaria Administrativa do Mercosul; ii) Quando todos os Estados Partes tiverem informado sua incorporação aos respectivos ordenamentos jurídicos internos, a Secretaria Administrativa do Mercosul comunicará o fato a cada Estado Parte; iii) As normas entrarão em vigor simultaneamente nos Estados Partes 30 dias após a data da comunicação efetuada pela Secretaria Administrativa do Mercosul, nos termos do item anterior. Com esse objetivo, os Estados Partes, dentro do prazo acima, darão publicidade do início da vigência das referidas normas por intermédio de seus respectivos diários oficiais.* Disponível em: <http://www.antaq.gov.br/portal/pdf/Mercosulprotocoloouropreto.pdf>. Acesso em 07.11.2016.

¹⁵⁸ SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Direito Internacional Público*. 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 222.

¹⁵⁹ PEROTTI, Alejandro Daniel. Estructura Institucional y Derecho em el Mecorsur. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 42, ano 11, jan.-mar. De 2003. p. 47.

de incorporação interna da norma da integração ocorre em duas situações: a) quando a própria norma do Mercosul expressamente assim o exija; b) quando não seja auto-aplicável, remetendo, da mesma forma, à regulamentação interna¹⁶⁰.

Como assevera, ainda, Perotti, esta aparente contradição entre os arts. 40 e 42 do POP,

Desaparece si se realiza una interpretación de conjunto que busque la armonía entre ambas normas y se acaso esto no se logra – circunstancia que pensamos no ocorre en ese supuesto – debe prevalecer la norma del numero 42 ya que, por un lado, se coloca *a posteriori* del art. 40 y por tanto estaría reformando implícitamente su redacción y, además, por el otro, enuncia la regla de la innecesariedad de la incorporación (efecto inmediato)¹⁶¹.

No que diz com o princípio da primazia do direito, assim como o da aplicação direta do direito da integração, o fato de não haver previsão expressa em suas fontes primárias, é insuficiente para afastá-los de plano. Até porque, fenômeno semelhante vivenciou a União Europeia, sendo estes princípios lá forjados pela atuação decisiva de seu Tribunal de Justiça. E o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, já quando proferida a Opinião Consultiva nº 01/2007, sentenciou que “é justo e necessário deslindar claramente nesta primeira opinião consultiva o que o TPR pode e deve fazer e o que o magistrado consultante pode e deve fazer”¹⁶².

E fora exatamente nesta primeira opinião consultiva que o Tribunal Permanente do Mercosul firmou o entendimento de que as normas do bloco primam sobre as nacionais, não apenas pela supremacia que tenham os tratados sobre as normas internas, mas principalmente porque “o direito da integração por seu conceito, natureza e finalidade deve ser sempre prevalente sobre os direitos nacionais respectivos por sua mesma essência”¹⁶³.

Deve ser notado, ainda, que o TPR reconheceu que a qualquer norma interna é vedada a confrontação com a da integração, seja qual natureza for, pouco importando a anterioridade ou posterioridade em relação a esta.

Portanto, a primazia do direito da integração sobre os internos, reconhecido pelo

¹⁶⁰ PEROTTI, Alejandro Daniel. Estructura Institucional y Derecho em el Mecorsur. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 42, ano 11, jan.-mar. De 2003. p. 49.

¹⁶¹ PEROTTI, Alejandro Daniel. Estructura Institucional y Derecho em el Mecorsur. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 42, ano 11, jan.-mar. De 2003. p. 49.

¹⁶² MERCOSUL. Opinião Consultiva 01/2007, disponível em: http://www.tprmercosur.org/pt/docum/opin/OpinCon_01_2007_pt.pdf. Acesso em 03.12.2016.

¹⁶³ MERCOSUL. Opinião Consultiva 01/2007, disponível em: http://www.tprmercosur.org/pt/docum/opin/OpinCon_01_2007_pt.pdf. Acesso em 03.12.2016.

Tribunal Permanente do Mercosul, é uma garantia para o sucesso do bloco, sem a qual se poria em risco a uniformidade deste direito e, por consequência, o próprio processo de integração.

Como assevera Perotti,

Como se ve, hacer depender la fuerza normativa del derecho Mercosur de las disposiciones nacionales que eventualmente le reconozcan alguna virtualidade jurídica, no sólo confunde la naturaleza y esencia del derecho comunitario, sino que además, al ser imposible que se consiga en todos los Estados-miembros la misma base jurídica, con lo cual el derecho regional sería en el fondo distinto en orden a la mayor o menor garantía que le depare el orden estatal, violaría el principio de igualdad entre las Partes, sin olvidar el “quiebre” en la exigencia de la uniformidade tanto en su aplicación como en su interpretación¹⁶⁴.

Ou seja, com isto evita-se que cada Estado-parte, por meio de sua legislação nacional, acabe por desvirtuar a norma da integração, numa tentativa de legitimar o desrespeito ao compromisso assumido pelo citado art. 38 do POP.

Por fim, cabe apenas referir que, como lembra Perotti, “un derecho regional revestido del principio de primacía puede provenir tanto de un órgano supranacional como de un órgano intergubernamental”¹⁶⁵, não sendo aquela a *conditio sine qua non*, para a existência do referido princípio em um processo de integração.

6. Conclusão Parcial

Como se verificou, processos de integração regional são uma realidade contemporânea, tendo por fundamento o desejo colaborativo entre Estados soberanos. A soberania vem a ser mitigada em prol de uma integração regionalizada.

Embora podendo ter consistentes diferenças em seus objetos, os três exemplos trazidos neste primeiro capítulo, União Europeia, Organização dos Estados Americanos – pelo Pacto de San José da Costa Rica – e Mercosul, bem elucidam este *animus* dos Estados em construir um ambiente comum como forma de estreitamento entre povos e economias.

Naturalmente, cada um deles nasce e se desenvolve influenciado pelas condições

¹⁶⁴ PEROTTI, Alejandro Daniel. Estructura Institucional y Derecho en el Mecorsur. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 42, ano 11, jan.-mar. De 2003. p. 35.

¹⁶⁵ PEROTTI, Alejandro Daniel. El Principio de Primacía Del Derecho Del MERCOSUR en las Primeras Opiniones Consultivas del Tribunal Permanente de Revisión. *Revista Judiciária do Paraná*. Curitiba. Ano 7, n. 3, nov. de 2011. p. 40.

sociais, culturais e econômicas que lhes são peculiares, vindo a formar um sistema autônomo, com fontes, princípios e características individualizadas.

A União Europeia traz consigo a complexidade de unir potências europeias com outros países deste mesmo continente que não gozam de igual capacidade de desenvolvimento social e econômico. União esta que é embasada na escolha pela supranacionalidade de seu ordenamento e instituições, onde, como vimos, o direito que dela emana é aplicado diretamente e com primazia sobre o nacional.

Mais próximo, verifica-se a experiência advinda da Organização dos Estados Americanos, responsável pela edição da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Sem dúvidas, outra rica experiência de uma norma situada entre o direito interno e o direito internacional público tradicional. Norma esta com características próprias e que, da mesma forma, entrelaça-se com a norma nacional, no mesmo processo colaborativo verificado em ambientes de integração entre nações.

Como se pode verificar, da força normativa surgida destes processos, União Europeia e OEA, é que se faz crer na capacidade normativa que podem vir a ter os regramentos editados na integração do continente sul-americano. A norma mercosurenha, como visto, possui, da mesma forma, fontes, características e princípios próprios.

E a escolha do Mercosul pela intergovernabilidade não remete necessariamente à conclusão de que, sem a supranacionalidade do direito da União Europeia, sua força e eficácia ficam ameaçadas. Isto porque, em havendo o respeito à norma gerada pela integração, com o diálogo entre esta e a norma nacional, naturalmente ira ela se impor.

Nestes processos normativos, necessariamente, estão inseridos os particulares, pois diretamente atingidos pelas escolhas feitas pelo Estados-partes, o que os torna sujeitos de direito internacional. Portanto, tais normas não apenas vinculam aos Estados-partes de um determinado acordo regional, mas também aos particulares, impondo a eles uma nova gama de direitos e obrigações.

Portanto, pensando ter sido cumprido, neste primeiro capítulo, o encargo de demonstrar as peculiaridades e a importância, para todo processo surgido de acordo entre Estados, do que fora classificado como “terceiro direito”, assim como condição de sujeito de direito internacional dos particulares, resta avançar na investigação sobre a relevância dos Tribunais e Cortes nascidos nestes ambientes e o acesso a eles pelos particulares. Organismos internacionais estes que são criados com a competência de darem a interpretação final da normativa que surge com estes processos, bem como fiscalizarem a sua correta aplicação no âmbito externo e, acima de tudo, internamente, pelos Estados-partes.

CAPÍTULO II. OS TRIBUNAIS E CORTES EM AMBIENTES REGIONAIS E O ACESSO DOS PARTICULARES

1. Considerações Iniciais ao Capítulo

Como se pode notar, cada um dos ordenamentos trazidos ao trabalho possui características próprias, o que os torna únicos. Mercosul e União Europeia, que se fundam em objetivos semelhantes, por exemplo, diferenciam-se substancialmente. Principalmente em razão da escolha inicial feita por cada um deles, que se materializa na supranacionalidade da União Europeia e na intergovernabilidade do Mercosul. Além disso, como visto no primeiro capítulo, praticamente inexistem princípios compartilhados por estes dois processos, o que acaba por afastar eventual busca por semelhanças entre estes. Já no que se refere ao processo da OEA, naturalmente diferencia-se por se tratar de um acordo sedimentado numa matéria específica, qual seja, os Direitos Humanos.

Entretanto, como se verá, a todo processo decorrente de acordos internacionais regionais a harmonização legislativa é necessária, sendo que a experiência internacional em ambientes desta natureza demonstra que ela advém em muito maior proporção da eficaz e firme atuação dos tribunais constituídos nos blocos do que pelo próprio trabalho legislativo. Como adverte Vieira,

Frente à variedade de situações jurídicas surgidas da vasta gama de relações que se estabelecem diariamente e que, por sua vez, envolvem distintos países, se faz necessária a existência de órgãos capazes de interpretar de modo harmônico e uniforme as regras emanadas do seio de cada bloco. Do contrário, uma mesma regra internacional, adotada por um bloco econômico, poderia ser interpretada e aplicada de diversas maneiras em cada um dos Países Membros do processo de integração, seja em razão de diversidade de tradições jurídicas, dos costumes de cada povo, da idiossincrasia das pessoas, etc., o que geraria instabilidade no sistema jurídico, dificultando, desta forma, a integração como finalidade principal do agrupamento de Estados.¹⁶⁶

No Mercosul esta competência foi dada ao Tribunal Permanente de Revisão, o qual, dentre outras atribuições, ficou responsável por emitir opiniões consultivas, as quais lhe podem ser direcionadas por uma série de legitimados. Portanto, existe também no Mercosul

¹⁶⁶ VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretação e Aplicação Uniforme do Direito da Integração. União Europeia, Comunidade Andina, Sistema da Integração Centro-Americana e Mercosul*. Curitiba: Juriá, 2013. p. XX25

um tribunal encarregado de interpretar e aplicar o direito emanado do bloco.

No âmbito da União Europeia, o exemplo que decorre do seu Tribunal de Justiça serve para demonstrar exatamente a importância que tem a sua instituição jurisdicional para o fortalecimento do processo de integração daquela região. Tribunal este que possui dentre as suas competências um mecanismo que se assemelha, embora que com características diferentes, às opiniões consultivas do Mercosul, denominado reenvio prejudicial, o qual funciona como grande propulsor do sucesso do bloco.

O modelo trazido das américas ao estudo, no que se refere a atuação de sua Corte, não é diferente. A Corte Interamericana de Direitos Humanos nasce com a mesma finalidade das demais, qual seja, dar a interpretação da sua normativa para os países que integram o acordo. E também ela é dotada de um mecanismo consultivo, denominado, assim como no Mercosul, de Opiniões Consultivas.

Em razão disto é que se legitima, neste momento, a incursão por estes organismos, com uma análise mais detida em cada um dos seus respectivos Tribunais e Corte. Especialmente no acesso a estes pelos particulares e na competência consultiva que cada um deles detêm.

2. O Tribunal de Justiça da União Europeia e o acesso dos particulares

2.1. O Tribunal de Justiça da União Europeia

O protagonismo do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no processo de integração europeu é notório, como já mencionado. E isto decorre do fato de que, como assevera Tesouro, “la corte di giustizia cui è stato attribuito il controllo giurisdizionale, de una parte, sulla legittimità degli atti e dei comportamenti delle istituzioni comunitarie rispetto ai trattati; dall'altra, sull'interpretazione de diritto comunitario”¹⁶⁷.

Ao TJUE, portanto, é dada esta relevante missão, a qual exerce em duas facetas, uma jurisdicional e outra voluntária, como se verá adiante.

2.1.1. Breve registro histórico sobre o Tribunal de Justiça da União Europeia

Com o Tratado de Paris, de 1951, que constituiu a Comunidade Econômica Europeia do Carvão e do Aço, foram criadas as primeiras instituições europeias, quais sejam, a Alta

¹⁶⁷ TESAURO, Giuseppe. *Diritto comunitario*. 3ª Ed. Milão: Cedam, 2003. p. 47.

Autoridade, a Assembleia Comum, o Conselho de Ministros Especial e o Tribunal. Também pelos dois Tratados de Roma, do ano de 1957, que criaram a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e Comunidade Econômica Europeia de Energia Atômica (Euratom), instituições similares foram criadas, inclusive com seus respectivos Tribunais.

Portanto, não fosse a Convenção sobre certas instituições comuns das Comunidades Europeias, assinada na mesma data¹⁶⁸, estas comunidades teriam que conviver com três tribunais distintos, pois fora ela a responsável pela unificação deste e outros organismos. Estes três tratados conferem ao Tribunal a mesma atribuição, qual seja, garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados¹⁶⁹. Entretanto, como refere Mathijsen,

Esta fórmula, curta e sibilina, cobre um conjunto extremamente diversificado de funções, uma vez que o TCE age em diferentes vestes: *tribunal administrativo* (impondo o respeito da legalidade comunitária, atribuindo indemnizações pelos prejuízos causados pelos actos comunitários, exercendo uma jurisdição plena em matéria de sanções pecuniárias), *jurisdição penal* (demissão dos comissários), *tribunal de trabalho* (litígios entre as Comunidades e os seus funcionários), *tribunal internacional* (conflitos entre Estados Membros), *tribunal constitucional* (conflitos entre instituições, compatibilidade dos acordos internacionais com os Tratados), *jurisdição cível* (quando competente para apreciar os contratos celebrados entre a Comunidade e Terceiro)¹⁷⁰.

Como se pode notar, o então denominado Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) já nascia com a missão de dizer o direito quando a norma não fosse precisa. Era formado por treze juízes e seis advogados-gerais escolhidos entre cidadãos dos Estados-membros que detivessem garantias de independência e que reunissem as exigências mínimas de seus países de origem¹⁷¹, ou que fossem juristas de reconhecida competência¹⁷².

A importância e utilização do órgão jurisdicional da União Europeia paulatinamente cresceram a ponto de que, pela Decisão de 24 de outubro de 1988¹⁷³, fora criado o Tribunal de Primeira Instância – depois nominado Tribunal Geral –, como forma de garantir que o Tribunal Europeu não viesse a ser inviabilizado por conta da crescente demanda que lhe era dirigida. Com este mesmo intuito é que, pelo Tratado de Nice, agregam-se instâncias adicionais, as Câmaras Jurisdicionais, com competência para alguns contenciosos específicos.

¹⁶⁸ Tanto os Tratados de Roma como a Convenção sobre certas instituições comuns das Comunidades Europeias, foram assinadas em 25 de março de 1957.

¹⁶⁹ Art. 164 do Tratado de Roma de 1957.

¹⁷⁰ MATHIJSSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 102-103.

¹⁷¹ 1º parágrafo do art. 167 do Tratado de Roma de 1957.

¹⁷² Também no 1º parágrafo do art. 167 do Tratado de Roma de 1957.

¹⁷³ Decisão do Conselho de 24 de outubro de 1988 (88/591/CECA, CEE, Euratom).

No entanto, como advertem Mangas Martín e Liñan Nogueras, não se deve olvidar que “las tres instancias de TJCE comparten el ejercicio de la función jurisdiccional con los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que son los llamados a aplicar, en primer lugar, las normas comunitarias y que son los jueces ordinarios del Derecho Comunitario”¹⁷⁴. Como se pode notar, existe um controle jurisdiccional descentralizado na União Europeia.

Por fim, o Tratado de Lisboa vem revisar as instituições da União Europeia, sendo que no âmbito de seu Tribunal faz algumas mudanças de nomenclatura, passando o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias a se chamar Tribunal de Justiça da União Europeia, o Tribunal de Primeira Instância de Tribunal Geral e as Câmaras Jurisdicionais de Câmaras Especializadas.

2.1.2. A Dupla Função do Tribunal de Justiça da União Europeia

Quando se fala nas funções que foram conferidas ao Tribunal de Justiça da União Europeia, duas faces se apresentam: uma contenciosa, jurisdiccional, portanto, e outra consultiva, de interpretação e aplicação da norma da União. E, como se verificará logo adiante, o particular não fora tratado da mesma forma nestas duas funções.

2.1.2.1. A Função Contenciosa do TJUE

Na função contenciosa, ou judicial, a competência do TJUE é de interpretar e aplicar o direito da união, originário ou derivado, a casos concretos que lhe sejam submetidos, garantindo a sua observância pelos Estados-membros, bem como pelos cidadãos europeus integrantes do bloco econômico.

Nesta faceta jurisdiccional, devem sempre suas decisões perseguir o respeito aos Tratados constitutivos da União Europeia, os seus princípios fundamentais, bem como a garantia do direito e das liberdades econômicas fundamentais eleitas pelos Estados integrados. Portanto, como leciona Jaeger Junior, “o Tribunal pode ser solicitado a fornecer a correta interpretação ou a julgar a validade dos atos das instituições comunitárias”¹⁷⁵.

Resumidamente, pode-se dizer que, no campo do contencioso, a Corte Europeia “funciona como um tribunal internacional (quando decide sobre litígios envolvendo Estados

¹⁷⁴ MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 205.

¹⁷⁵ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 195.

membros), como uma corte constitucional (quando fiscaliza a legitimidade dos atos adotados pelas instituições do bloco) ou como um tribunal administrativo (quando julga recursos de qualquer pessoa física ou jurídica)”¹⁷⁶.

Entretanto, compete referir que não funciona o TJUE como órgão recursal dos tribunais internos, mesmo quando estes venham a interpretar e aplicar o Direito da União, sendo que, entretanto, como se verá, os organismos jurisdicionais internos podem, e por vezes devem, invocá-lo a título prejudicial, para que se manifeste a respeito do direito nascido no bloco, bem como sobre a validade dos atos emanados de suas instituições. Para Machado e Del’Olmo, “suas decisões são irrecorríveis e têm força executiva imediata nos territórios dos Estados membros, produzindo força obrigatória desde o dia em que foram proferidas”¹⁷⁷.

Em que pese, em sua função contenciosa, refira-se que o TJUE, dentre tantas atribuições, acabe por fazer o papel de uma Corte Internacional, de uma se diferencia por traços que lhe são exclusivos e característicos. Dois deles são muito marcantes, como assevera Silva:

Entre as mais marcantes vislumbra-se a visível capacidade de se integrar ao sistema de órgãos jurisdicionais nacionais, em razão dos mecanismos criados para eliminar óbices dessa inserção, e a real possibilidade de intervenção direta de particulares em demandas na instituição comunitária. Outra distinção substancial situa-se no caráter obrigatório dos seus acórdãos, cuja força impele os Estados a obedecê-los, incitando diretamente sua execução no âmbito espacial comunitário, sem necessitar a mediação dos tribunais nacionais quando em uma das partes figuram particulares¹⁷⁸.

Este aspecto de compartilhamento da missão de guardiões do Direito da União entre o Tribunal e as jurisdições internas talvez seja o ponto maior para este estudo. Isto porque, por este sistema, remete-se aos juízes nacionais a tarefa de serem os primeiros fiscais do correto e harmônico uso do direito advindo desta integração. Ou seja, o compromisso com a norma comunitária a todos vincula. Tanto ao Tribunal de Justiça da União Europeia quanto aos organismos jurisdicionais internos dos Estados-membros, ao ponto de atingir o juiz singular de um específico processo e, por consequência, o particular que dele é parte.

Nesta face jurisdicional, com atuação assemelhada a uma corte internacional, é reservado a qualquer Estado-membro acionar, por meio do TJUE, desde que tenha antes

¹⁷⁶ MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 159.

¹⁷⁷ MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 161.

¹⁷⁸ SILVA, Karine de Souza. *Direito da comunidade européia: fontes, princípios e procedimentos*. Ijuí: Unijuí, 2005. p. 83.

direcionado a reclamação à Comissão da União Europeia, a outro Estado-membro “se considerar que outro Estado-Membro não cumpriu quaisquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados”¹⁷⁹, sendo que o descumprimento de decisão oriunda do TJUE que lhe obrigue a tomada de providências poderá gerar compensações pecuniárias fixas ou progressivas¹⁸⁰.

Compete, ainda, ressaltar que detêm legitimidade as pessoas físicas ou jurídicas dos Estados-membros de dirigirem-se diretamente ao Tribunal de Justiça contra atos do Conselho, da Comissão, do Parlamento e do Banco Central da União Europeia e que lhes venham a afetar¹⁸¹, sob a alegação de incompetência, violação de formalidades essenciais, dos Tratados, ou de qualquer norma relativa a sua aplicação, e desvio de poder perpetrado por estes organismos ou por qualquer Estado-membro.

2.1.2.2. A Função Consultiva do TJUE

A segunda função dada ao Tribunal de Justiça da União Europeia, tão importante quanto a primeira, confere-lhe competências consultivas, pois uma vez perquirido sobre o direito da união, lança parecer sobre a compatibilidade de determinada norma ou ato frente ao direito primário, o qual acaba por vincular os consultantes e os próprios Estados-membros, em sua integralidade. Ademais, nas exatas palavras de Jaeger Junior,

Ao último objeto serve o mecanismo da questão prejudicial, através do qual os órgãos jurisdicionais nacionais podem dirigir-se ao TJCE solicitando um pronunciamento sobre alguma dúvida a respeito da interpretação ou validade, ou compatibilidade do Tratado com qualquer acordo que a Comunidade tenha em vista concluir com terceiros Estados ou organizações internacionais¹⁸².

Uma vez sendo o intérprete máximo do Direito da União, as consultas dirigidas ao TJUE acabam por vincular a todos, inclusive, como dito, os tribunais nacionais e conseqüentemente os seus juízes internos. Busca, portanto, o TJUE, por esta via, dar uma interpretação uniforme ao ordenamento jurídico do bloco dentro da zona desta integração, “evitando disparidades de aplicação por conta de possíveis divergências no marco de sua

¹⁷⁹ Art. 259, §1º do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

¹⁸⁰ Art. 260, §2º do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

¹⁸¹ Art. 263º do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

¹⁸² JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 195.

execução”¹⁸³.

E a manifestação nesta via ocorre de forma bastante corriqueira por meio do reenvio prejudicial, sobre o qual deter-se-á logo adiante.

2.1.3. O Tribunal Geral e os Tribunais Especiais

Como visto, o Tribunal de Justiça da União Europeia não trabalha sozinho, pois além de contar com a participação dos sistemas jurisdicionais nacionais, é auxiliado por dois outros organismos criados com a finalidade específica de servirem de coadjuvantes na interpretação e aplicação do Direito da União. E é exatamente em razão disto que se justifica esta breve menção ao Tribunal Geral e aos Tribunais Especiais antes de se passar a tratar do reenvio prejudicial ao TJUE.

O Tribunal Geral, ou Tribunal de Primeira Instância, introduzido no ex-art. 225 do TCE, atual art. 257 do TFUE, iniciou seu funcionamento em 1989. Com algumas modificações introduzidas pelo Tratado de Nice, sua criação segundo Mangas Martín e Liñan Nogueras, também possui um duplo objetivo:

La mejora de la protección judicial de los justiciables y, en especial, de sus derechos de defensa, sobre todo en recursos que requieren un estudio detenido de hechos complejos, como es el caso de los asuntos de competencia, *dumping*, ayudas de Estado y funcionarios.
La reducción del volumen de trabajo del TJCE, para que pudiera concentrar su actividad en su labor esencial, que es velar por una interpretación uniforme del Derecho Comunitario¹⁸⁴.

Portanto, o Tribunal de Primeira Instância surge, também, com a finalidade de ocupar-se com demandas de maior complexidade fática, retirando carga de trabalho a comprometer a primordial atuação do Tribunal de Justiça, qual seja, a uniformização da interpretação do direito da união. Preocupa-se o TJUE, então, muito mais, a partir deste momento, com questões exclusivamente de direito que acabam por remeter a uma interpretação harmônica do direito do bloco de integração.

A consolidação do Tribunal de Primeira Instância remete ao Tribunal de Justiça o segundo grau da jurisdição da integração europeia, desde que não se trate de matéria exclusiva deste tribunal ou dos Tribunais Especiais. Ou seja, a partir deste momento o Tribunal Geral

¹⁸³ SILVA, Karine de Souza. *Direito da comunidade européia: fontes, principios e procedimientos*. Ijuí: Unijuí, 2005. p. 97.

¹⁸⁴ MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 216.

consolida-se como primeiro grau do TJUE, que assim atua como Corte Suprema, sem abandonar, entretanto, sua competência exclusiva. O qual, na forma do § 2 do n. 1 do art. 256 do TFUE, limita-se a reapreciar apenas a matéria de direito envolvida na demanda.

Cumprido ressaltar que também ao Tribunal Geral é conferido o papel de segunda instância, pois, por previsão expressa do n. 2 do art. 256 de TFUE, a ele devem ser dirigidos os recursos das decisões provenientes dos Tribunais Especializados.

Por fim, compete referir que pelo n. 3 do mesmo art. 256 do TFUE, o Tribunal de Primeira Instância também detém competência consultiva, pois a ele podem ser dirigidas questões prejudiciais em matérias específicas previstas no seu Estatuto. Ou seja, o reenvio prejudicial não é mais monopólio do TJUE. No entanto, pode o Tribunal Geral “remetir el asunto al Tribunal de Justicia cuando considere que *requiere una solución de principio que pueda afectar a la unidad o a la coherencia del derecho comunitario*”¹⁸⁵.

Com o desenvolvimento do processo de integração europeu e a consequente maior regulação de setores por normas específicas, passou-se a necessitar de decisões e de juízes especializados para solver eventuais conflitos, o que acabou por acarretar uma série de dificuldades ao sistema jurisdicional da União Europeia. Além do aumento considerável de demanda, via-se o TJUE diante da dificuldade de buscar juízes dentro de seus quadros com as qualificações necessárias para o julgamento de matérias bem particularizadas e que detinham apenas uma relação indireta com o Direito da União.

Diante deste quadro é que o Tratado de Nice modifica o sistema de solução de conflitos da União Europeia dando a oportunidade de criação de Tribunais autônomos com competência para o julgamento de demandas específicas.

Por deliberação do artigo 257 do TFUE, “o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, podem criar tribunais especializados, adstritos ao Tribunal Geral, encarregados de conhecer em primeira instância de certas categorias de recursos em matérias específicas”.

E como já referido, das decisões dos Tribunais Especiais poderá haver recurso de cassação ao Tribunal de Primeiro Grau, especificamente referente às questões de direito, mas também excepcionalmente sobre questões de fato, quando assim preveja seu regulamento¹⁸⁶. Entretanto, eventualmente a contenda poderá chegar ao Tribunal de Justiça, quando notar-se que a decisão põe em grave risco a unidade e coerência do Direito da União.

¹⁸⁵ MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 218.

¹⁸⁶ n. 3 do art. 257 do TFUE.

Como se pode notar, os Tribunais Especiais fazem parte do sistema jurisdicional da União Europeia, pois, ao regulamentar, o TFUE “impone que sus miembros, a los que designa el Consejo por unanimidad, sean elegidos entre personas que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que posean la capacidad necesaria para el ejercicio de funciones jurisdiccionales”¹⁸⁷, com asseveram Mangas Martín e Liñan Nogueras.

Ao introduzir a possibilidade da existência de Tribunais Especiais, a União Europeia remeteu ao seu Conselho e Parlamento a discricionariedade pela criação destes organismos jurisdicionais.

Com base nesta competência é que em 2004 fora criado o Tribunal da Função Pública, “cuja missão é decidir os litígios entre a União Europeia e os seus agentes”¹⁸⁸, sendo composto por sete juízes nomeados pelo Conselho.

O Tribunal da Função Pública surge, portanto, para retirar parte da competência que primeiramente fora exercida pelo Tribunal de Justiça e, posteriormente, pelo Tribunal Geral, sacramentada no art. 270 do TFUE¹⁸⁹.

2.2. O Reenvio Prejudicial

Como já se pode constatar, para a garantia do sucesso do processo de integração da União Europeia “foi preciso criar um mecanismo que garantisse a apreciação de validade, a interpretação e a aplicação uniforme do Direito Comunitário. O Instrumento de natureza processual previsto pelos Tratados para cumprir esta função é o reenvio prejudicial”¹⁹⁰.

O Reenvio Prejudicial é regulado pelo art. 267 do TFUE¹⁹¹, sendo que, como referido, “através da jurisprudência oriunda dos acórdãos prejudiciais, muitos dos princípios vigentes foram sendo construídos no contexto do bloco, assentando bases comuns aplicáveis no território de todos os Estados Partes”, como refere Vieira¹⁹².

¹⁸⁷ MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 223.

¹⁸⁸ TJUE. *Tribunal da Função Pública*. CVRIA, disponível em: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-05/tfp_pt.pdf. Acesso em 25.04.2015.

¹⁸⁹ Art. 270 do TFUE: O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir sobre todo e qualquer litígio entre a União e os seus agentes, dentro dos limites e condições estabelecidas pelo Estatuto dos Funcionários da União e no Regime aplicável aos Outros Agentes da União.

¹⁹⁰ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação Jurisdicional. Reenvio Prejudicial: Um Mecanismo de Direito Processual a Serviço do Direito Comunitário. Perspectiva para sua Adoção no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2001. p. 23.

¹⁹¹ Já regulado anteriormente pelos art. 234 do Tratado da Comunidade Europeia, art. 150 do Tratado da Comunidade Europeia de Energia Atômica e art. 41 do Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço.

¹⁹² VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretação e Aplicação Uniforme do Direito da Integração. União Europeia, Comunidade Andina, Sistema da Integração Centro-Americana e Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 25.

Mecanismo este que, como se verificará, guarda simetria, e talvez sirva como fonte de inspiração ao Mercosul, sendo que aos particulares guarda íntima relação, mesmo que tenham sido eles tratados de forma diferenciada pelos blocos. Isto porque, foram os particulares incluídos nesta atribuição do TJUE, mesmo que de forma indireta, como se demonstrará logo a seguir.

2.2.1. Breve registro histórico sobre o Reenvio Prejudicial

O Reenvio Prejudicial acompanha o bloco econômico europeu desde os primeiros tratados que o constituíram. Já no Tratado da CECA, Paris, 1951, houve a previsão deste mecanismo. Entretanto, nesta ocasião, a possibilidade de sua utilização limitava-se a apreciar a validade de atos oriundos da Alta Autoridade e do Conselho. Assim era o texto do art. 41 do Tratado da CECA: “Só o Tribunal é competente para decidir, a título prejudicial, sobre a validade das deliberações da Alta Autoridade ou do Conselho se, em litígio submetido ao tribunal nacional, esta validade for posta em causa”¹⁹³.

No entanto, em decisão de 22 de novembro de 1990¹⁹⁴, o próprio Tribunal de Justiça europeu reconheceu que o reenvio prejudicial também em matéria de interpretação seria viável, pois entendeu

Que a colaboração no domínio da CECA entre as jurisdições nacionais e o Tribunal de Justiça é tão necessária como o quadro dos Tratados CEE e CEEA, uma vez que o objetivo de assegurar uma aplicação uniforme do direito comunitário se impõe aqui com a mesma força e a mesma evidência, sendo contrário à finalidade e à coerência dos Tratados excluir dessa colaboração a competência interpretativa¹⁹⁵.

Nos Tratados da CEE e da CEEA, o reenvio prejudicial fora previsto, respectivamente, nos artigos 177 e 150, sendo ele admissível para a apreciação de validade dos atos advindos dos organismos dessas integrações, bem como para a interpretação das normas do bloco, no que veio a inovar em relação ao Tratado da CECA.

Entretanto, naturalmente, com a evolução do processo de integração europeu, o instituto do reenvio prejudicial sofreu algumas modificações, sempre “com o objetivo de

¹⁹³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação Jurisdicional. Reenvio Prejudicial: Um Mecanismo de Direito Processual a Serviço do Direito Comunitário. Perspectiva para sua Adoção no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2001. p. 24.

¹⁹⁴ Acórdão 221/88. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?td=ALL&language=pt&jur=C.T.F&num=221/88>. Acesso em 26.04.2016.

¹⁹⁵ ALMEIDA, José Carlos Moitinho. *O Reenvio Prejudicial perante o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 21.

melhorar o mecanismo e aproveitar o legado trazido pela jurisprudência emanada do próprio Tribunal de Justiça (...)”¹⁹⁶.

Com o Tratado de Maastricht, o qual modificou o nome da CEE para Comunidade Europeia (CE), passa o reenvio prejudicial a ser tratado no seu art. 234, mantendo as características até então adotadas.

O Tratado de Amsterdam, que entrou em vigor de 1º de maio de 1999, modificando “o Tratado de Roma, criando e definindo o perfil das instituições que hoje compõem a União”¹⁹⁷, trouxe consigo importantes e substanciais modificações ao instituto do reenvio prejudicial. Tanto que passou a doutrina a classificá-lo em três espécies: Questão Prejudicial Geral ou Genérica, Questão Prejudicial Específica ou Particular e Questão Prejudicial Especial¹⁹⁸.

A Questão Prejudicial Geral era a do ex-art. 234 do TCE, consolidado no atual art. 267 do TFUE. Já a Questão Prejudicial Específica surgira do ex-art. 68 do TCE que estendeu o reenvio às questões regulamentadas no seu capítulo IV, concernentes a vistos, asilo, imigração e outras políticas que envolvessem à livre circulação de pessoas. Como observa Vieira, no entanto, “este dispositivo foi alvo de críticas durante muito tempo, dado que restringia o acesso ao Tribunal de Justiça por parte de juízes e tribunais nacionais que não fossem de última instância e, ademais, limitava as competências desta Corte para os casos nos quais estivesse em jogo a ordem pública estatal”¹⁹⁹. A Questão Prejudicial Especial, por sua vez, decorria da possibilidade da utilização deste instituto por competência dada pelo art. 35 do Tratado da União Europeia em matéria de cooperação policial e judicial. Entretanto, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, esta classificação deixa de existir na medida que estes dois últimos artigos vieram a ser absorvidos pela competência genérica do art. 267 do TFUE.

O Tratado de Nice, em vigor a partir de 1º de fevereiro de 2003, operou uma série de reformas na estrutura institucional da União Europeia, tentando torná-la mais operacional. No campo do reenvio prejudicial, a competência que era até então exercida exclusivamente pelo Tribunal de Justiça passa a ser compartilhada com o Tribunal de Primeira Instância, o qual passou a poder manifestar-se de forma prejudicial nos casos específicos previstos em seu

¹⁹⁶ VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretação e Aplicação Uniforme do Direito da Integração. União Europeia, Comunidade Andina, Sistema da Integração Centro-Americana e Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 54.

¹⁹⁷ MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 143.

¹⁹⁸ ARRIBAS, Juan José Martin; VAN OVERBERGH, Patricia Dembur. La Cuestión Prejudicial a Luz del Artículo 68 de Tratado de la Comunidad Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Madrid, n. 9, ano 5, 2001. p. 325-327.

¹⁹⁹ VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretação e Aplicação Uniforme do Direito da Integração. União Europeia, Comunidade Andina, Sistema da Integração Centro-Americana e Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 57.

estatuto²⁰⁰.

Por fim, veio o Tratado de Lisboa, o qual modificou o Tratado da União Europeia (TUE) e o Tratado da Comunidade Europeia, inclusive renomeando este para Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), unificando todas as formas de reenvio prejudicial genericamente no art. 267 do TFUE, sendo que ainda previu que a manifestação do TJUE deva ser mais acelerada quando a questão a ele submetida advinha de um tribunal nacional em que esteja alguma pessoa detida²⁰¹.

2.2.2. O objeto do Reenvio Prejudicial

O objeto do reenvio prejudicial é dado pelo art. 267 do TFUE:

O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

- a) Sobre a interpretação dos Tratados;
- b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Estabelece o referido artigo que o Tribunal de Justiça da União Europeia terá competência de se manifestar sobre a interpretação dos Tratados, assim como sobre a validade e interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos e organismos da União. Disto extrai-se, inicialmente, que qualquer juiz, ou tribunal interno, dos Estados-membros da União Europeia poderá solicitar ao Tribunal de Justiça da União Europeia a interpretação do Direito da União, o qual, interpretado, é utilizado vinculativamente pelo julgador interno para a solução de uma demanda que lhe é posta a decidir.

Portanto, constata-se uma dupla competência imputada aos Tribunais da União Europeia em matéria prejudicial, cujas manifestações deverão ser necessariamente observadas para legitimar o direcionamento do questionamento. Ou seja, “por una parte, la interpretación de los Tratados y del Derecho Comunitario derivado (cuestiones prejudiciales de interpretación), y, por otra parte, el exámen de la validez de los actos de las Intituciones (cuestiones prejudiciales de apreciación de validez)”²⁰².

²⁰⁰ Nunca esquecendo que o Tribunal Geral ou de Primeira Instância sempre poderá remeter a questão ao Tribunal de Justiça da União Europeia, ou ter sua decisão reapreciada, sempre que entender que a interpretação a ser dada possa atentar contra a unidade ou a coerência do Direito da União, como se depreende do n. 3 do art. 256 do TFUE.

²⁰¹ Art. 267 do TFUE.

²⁰² MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 447.

Embora guardião do direito da união, o Tribunal de Justiça, por meio do reenvio prejudicial, não pode extrapolar o pedido de interpretação que lhe é dirigido, pois a ele é vedado dentre outras coisas: interpretar o direito nacional; aplicar o direito da união ao litígio; pronunciar-se sobre questão de fato ou declarar a incompatibilidade do direito nacional com o direito da união, pois não possui competência para resolver a demanda por meio deste instrumento. Ou, na lição de Campos, a atuação interpretativa do TJUE “orienta-se por dois tipos de considerações: fornecer ao juiz nacional uma resposta útil para a solução do diferendo que lhe está submetido e não ultrapassar os limites da sua própria competência”²⁰³.

Entretanto, a importância do esclarecimento do direito do bloco advém do fato de que “uma vez prolatado o acórdão interpretativo, em sede de reenvio prejudicial, este passará a formar parte do acervo jurisprudencial da União Europeia, servindo de parâmetro legal para os juízes de todos os Estados-membros”²⁰⁴. A declaração emanada do Tribunal de Justiça acaba por vincular, além do juiz e da jurisdição que a encaminhou, também as demais jurisdições dos demais Estados-membros do bloco. Além disso, “vemos pois que esse mecanismo visa a assegurar, de qualquer forma, a aplicação do Direito da União ao obrigar o juiz nacional a consultar o TJUE, caso da decisão não caiba mais recurso na ordem interna do seu Estado (...)”, como refere Accioly²⁰⁵.

E cumpre não olvidar, ainda, que “se consideran susceptibles de interpretación las mismas sentencias y actos jurisdiccionales de propio TJCE (...)”²⁰⁶. Ou seja, pode o TJUE ser convocado a interpretar uma decisão que seja sua ou dos demais órgãos jurisdicionais da União Europeia.

2.2.2.1. O Reenvio Prejudicial de Interpretação

O Reenvio Prejudicial de Interpretação é, na visão de Martín Mangas e Nogueras Liñan, “el instrumento privilegiado de que dispone el TJCE para desempeñar su función de garante de la interpretación uniforme del Derecho Comunitario en todos los Estados miembros”²⁰⁷.

²⁰³ CAMPOS, João Mota de. *Manual de Direito Comunitário*. 2ª ed., 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 323.

²⁰⁴ VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretação e Aplicação Uniforme do Direito da Integração. União Europeia, Comunidade Andina, Sistema da Integração Centro-Americana e Mercosul*. Curitiba: Juriá, 2013. p. 30.

²⁰⁵ ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul e União Europeia: estrutura jurídico-institucional*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 121/122.

²⁰⁶ MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 478.

²⁰⁷ MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 447.

É por este mecanismo processual, repete-se, que um juiz nacional, quando posta em dúvida à interpretação do direito da união “poderá solicitar ao Tribunal de Justiça que interprete o Direito, clareando-o e determinando o seu alcance e extensão, para que tal interpretação possa contribuir para a posterior aplicação deste Direito”²⁰⁸.

Esta interpretação, ademais, pode advir não só dos tratados, mas das demais instituições, órgãos e organismos da União Europeia, ou seja, “as questões relacionadas à interpretação incluem todas as fontes do Direito da União, seja ele originário ou derivado”²⁰⁹.

Portanto, todos os Tratados tidos como originários, constitutivos ou reformadores, “podem ser interpretados pelo Tribunal de Justiça no tocante às matérias pertencentes à competência da ordem comunitária”²¹⁰. Já no que se refere ao direito derivado da União, “o Tribunal de Justiça entendeu que possui competência para interpretar qualquer ato emanado de instituição comunitária, ainda que o mesmo não tenha efeito direto”²¹¹.

Também veio a firmar-se entendimento de ser competente o TJUE para a interpretação do que se denominou de “acordos mistos”, quando a União Europeia e os seus Estados-membros firmam pactos com terceiros Estados não integrantes do bloco.

Compete, ainda, ressaltar que o TJUE tem alargado o conceito de interpretação, conferindo-lhe amplitude a ponto de afirmarem João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, que

No exercício da sua competência para interpretar o Tratado à solicitação das jurisdições nacionais, o TJCE não se tem limitado a precisar o sentido e alcance de uma dada norma: tem igualmente decidido se essa norma é ou não directamente aplicável e precisado em inúmeros acórdãos as condições da aplicabilidade directa; tem afirmado o princípio da primazia do direito comunitário sobre qualquer norma nacional que se lhe oponha e bem assim as implicações desse princípio; tem determinado os critérios da interpretação das normas comunitárias e evocado, sempre que é caso disso, o princípio da autonomia do direito comunitário (...)²¹².

Ou seja, ao interpretar uma norma da União, o Tribunal acaba por delimitar

²⁰⁸ VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretação e Aplicação Uniforme do Direito da Integração. União Europeia, Comunidade Andina, Sistema da Integração Centro-Americana e Mercosul*. Curitiba: Juriá, 2013. p. 28.

²⁰⁹ VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretação e Aplicação Uniforme do Direito da Integração. União Europeia, Comunidade Andina, Sistema da Integração Centro-Americana e Mercosul*. Curitiba: Juriá, 2013. p. 29.

²¹⁰ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação Jurisdicional. Reenvio Prejudicial: Um Mecanismo de Direito Processual a Serviço do Direito Comunitário. Perspectiva para sua Adoção no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2001. p. 59.

²¹¹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação Jurisdicional. Reenvio Prejudicial: Um Mecanismo de Direito Processual a Serviço do Direito Comunitário. Perspectiva para sua Adoção no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2001. p. 59.

²¹² CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de Direito Comunitário*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 422-423.

claramente todo o âmbito de seu alcance.

2.2.2.2. O Reenvio Prejudicial de Validade

O Tribunal de Justiça da União Europeia também é convocado para pronunciar-se prejudicialmente sobre a validade de um ato normativo emanado das instituições e dos órgãos da União Europeia. Segundo Mangas Martín e Liñán Nogueras, “las cuestiones prejudiciales de apreciación de validez permiten a los jueces nacionales interrogar al TJCE sobre la validez de un acto normativo comunitario, aplicable al litigio principal del que están conociendo”²¹³.

Diferentemente do que ocorre no Reenvio Prejudicial de Intepretação, o de Validade somente pode ter por objeto o direito derivado. Até porque sua função é de informar esta condição ao direito interno.

A importância desta competência é destacada por Saldanha, pois para ela, “não seria possível manter a uniformidade do Direito Comunitário derivado se não lhe fosse garantido apreciar a sua validade”²¹⁴.

Ademais, a jurisprudência advinda do Tribunal de Justiça europeu veio a estabelecer que a apreciação da validade dos atos adotados por seus organismos “comporta não só a *legalidade* intrínseca resultante da observância das condições de fundo como, igualmente, a satisfação das exigências de forma, isto é, a *validade formal*”²¹⁵.

Entretanto, em matéria de declaração de *invalidade* de atos de uma instituição, órgão ou organismo da União Europeia compete referir que o monopólio é do Tribunal de Justiça da União Europeia, pois aos Tribunais internos não é dada esta atribuição. Nas palavras de Vieira, “se isto fosse possível, seria mais difícil ainda manter a aplicação uniforme do Direito da União”²¹⁶.

2.2.3. Os Legitimados

Primeiramente, compete referir, conforme adverte Paulilo, que o reenvio prejudicial,

²¹³ MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 478.

²¹⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação Jurisdicional. Reenvio Prejudicial: Um Mecanismo de Direito Processual a Serviço do Direito Comunitário. Perspectiva para sua Adoção no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2001. p. 62.

²¹⁵ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de Direito Comunitário*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 422-423.

²¹⁶ VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretação e Aplicação Uniforme do Direito da Integração. União Europeia, Comunidade Andina, Sistema da Integração Centro-Americana e Mercosul*. Curitiba: Juriá, 2013. p. 32.

na sistemática europeia, “trata-se de um procedimento entre juízes, pelo que as partes do processo originário não podem suscitá-los, de forma direta (...)”²¹⁷. Isto porque, no segundo parágrafo do art. 267 do TFUE, assim está previsto: “Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, *esse órgão* pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie” (destaca-se).

Esse “órgão” interno que refere a norma europeia remete à ideia de que se tratam dos organismos jurisdicionais assim reconhecidos e previstos na legislação nacional de cada Estado-membro. No entanto, diante da variação que o conceito de órgão jurisdicional possa sofrer em decorrência do diferente tratamento dado internamente pelos países do bloco, surge o que se denominou de órgãos jurisdicionais vistos dentro de um “senso comunitário” ou de uma “noção comunitária de jurisdição”²¹⁸. Em razão disso é que

A Corte tem conferido legitimidade a instâncias que, sem serem reconhecidas expressamente como jurisdicionais pelos sistemas jurídicos de seus Estados-membros, são dotadas de certos critérios que, aos olhos do direito comunitário, podem se enquadrar em jurisdição. E, ao contrário, nada impedirá que negue esse caráter jurisdicional a cortes internas mesmo que a legislação do País lhe dê tal característica²¹⁹.

Portanto, pelo sistema da União Europeia, compete ao juiz nacional o papel de deliberar sobre a necessidade, a oportunidade e o conteúdo do reenvio prejudicial. No entanto, quanto à necessidade, como veremos adiante, será o envio considerado obrigatório em alguns casos. É relevante referir, ainda, como demonstra Saldanha, que “o estudo de alguns casos julgados oportunizou a compreensão de que nem mesmo argumentos apresentados por escrito ou oralmente pelas partes do processo são aceitos, se o juiz do reenvio não os tiver apresentado”²²⁰.

Compete também mencionar que se tem admitido que, dependendo da modalidade em que venha a ser realizado, pode o reenvio vir a ser invocado a partir de um tribunal arbitral.

²¹⁷ PAULILO, Antônio José Silveira. O Renvoi Préjudiciel. In. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (coord.). *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional: O Papel do Juiz no Processo de Integração Regional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 131.

²¹⁸ CAMPOS, João Mota de. *Manual de Direito Comunitário*. 2ª ed., 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 317.

²¹⁹ PAULILO, Antônio José Silveira. O Renvoi Préjudiciel. In. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (coord.). *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional: O Papel do Juiz no Processo de Integração Regional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 131.

²²⁰ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação Jurisdicional. Reenvio Prejudicial: Um Mecanismo de Direito Processual a Serviço do Direito Comunitário. Perspectiva para sua Adoção no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 75.

2.2.4. As fases do procedimento

O procedimento, desde o envio da questão, até a sua devolução pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, basicamente, pode ser resumido a três fases. Surge sempre de forma incidental perante um processo comandado por um juiz nacional que, uma vez admitido, vem a suspende-lo, até a manifestação do Tribunal.

A primeira fase é a do surgimento da questão que envolva o direito da união, perante o juiz interno de um dos Estados-membros da União Europeia. E isto pode ocorrer em qualquer grau de jurisdição, tendo apenas relevância para a sua obrigatoriedade ou não quando se tratar de instância interna que não tenha mais possibilidade de recurso da decisão a ser emitida.

A segunda fase se desenvolve perante o Tribunal de Justiça da União Europeia, pois diz com a análise de mérito da questão a ele submetida. Ou seja, esta corte responde ao questionamento formulado pelo juiz interno e a ele devolve o direito da união aclarado.

A terceira etapa corre novamente perante o juiz nacional, pois este recebe a resposta advinda do Tribunal de Justiça e a utiliza necessariamente para a solução da disputa que esteja sob sua jurisdição. Como se pode notar, as respostas advindas das TJUE são vinculativas e guiarão a decisão interna no que diz com o direito advindo desta integração regional.

Portanto, com assevera Paulilo, este procedimento todo implica “num complexo repartir de funções entre dois níveis jurisdicionais”²²¹. Um nível internacional e outro nacional.

2.2.5. O caráter vinculante

Iniciado o processo do reenvio prejudicial, com o despacho do juiz nacional suspendendo o processo que está sob sua jurisdição para a submissão da questão ao TJUE, será ele findo, necessariamente, “com uma decisão *definitiva*, proferida por este Tribunal sob a forma de acórdão, que permitirá o prosseguimento da instância nacional e a resolução do litígio na conformidade com o Direito Comunitário interpretado pelos juízes do Tribunal Comunitário e aplicado pelo juiz interno”, como leciona Campos²²².

²²¹ PAULILO, Antônio José Silveira. O Renvoi Préjudiciel. In. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (coord.). *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional: O Papel do Juiz no Processo de Integração Regional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 131.

²²² CAMPOS, João Mota de. *Manual de Direito Comunitário*. 2ª ed., 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 317.

Não pairam dúvidas que a importância e a força da manifestação do Tribunal de Justiça Europeu depreende-se da segurança jurídica que traz ao bloco e, especialmente, para seus cidadãos, uma vez que a todos passa a ter ingerência. E, evidentemente, grande parcela desta força advém dos efeitos deste acórdão emitido pelo Tribunal, pois vincula o juiz nacional que encaminhou o questionamento.

E a segurança trazida é tamanha que em matéria já aclarada pelo TJUE fica dispensado o envio pelos tribunais supremos dos Estados-membros, pois se trata de questionamento já enfrentado e decidido por acórdão anterior do Tribunal. Competirá ao Tribunal interno tão somente aplicar o direito da união já interpretado pelo TJUE para a resolução do caso concreto que lhe seja submetido.

E “a sua importância prática, segundo a doutrina europeia, repousa na eficácia e utilidade das decisões proferidas a título prejudicial para a construção do Direito Comunitário europeu ao longo de cinco anos”²²³, hoje chamado de direito da união.

Como se pode notar, ao vincular os juízes internos com sua manifestação, o TJUE acaba por exercer um dos papéis que lhe é mais relevante, que é o de harmonizar eventuais incongruências que existam nos ordenamentos internos. Harmonização esta que seria muito mais dificultada se não fosse o reenvio prejudicial dotado desta característica, qual seja, de vincular ao todos os Tribunais nacionais, em todas as instâncias.

2.2.6. A obrigatoriedade do Reenvio

A obrigatoriedade de se buscar o Tribunal de Justiça da União Europeia sempre que esteja em pauta a interpretação ou declaração de validade ou invalidade do Direito da União são características marcantes do procedimento para harmonizar o direito neste bloco.

Já pelo ex-art. 41 do CECA era estabelecido que sempre que se estivesse diante da alegação de invalidade de um ato da Comissão, as jurisdições nacionais deveriam buscar no Tribunal esta declaração, o que qual detinha, portanto, esta exclusividade. Por outro lado, o art. 177 do CE parecia remeter ao juiz interno a faculdade de declarar esta mesma invalidade arguida nos processos sob sua jurisdição. No entanto, a TJUE veio a firmar o entendimento de que ao juiz interno era possibilitada a declaração de validade deste ato, sendo que sua invalidade era de declaração exclusiva do Tribunal.

²²³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação Jurisdicional. Reenvio Prejudicial: Um Mecanismo de Direito Processual a Serviço do Direito Comunitário. Perspectiva para sua Adoção no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2001. p. 36.

No entanto, a obrigatoriedade do reenvio prejudicial não é absoluta, pois somente deve imperar quando os juízes nacionais estejam julgando em última instância uma causa em que o Direito da União esteja presente, tanto quando seja necessária sua interpretação, quando imperiosa manifestação sobre sua validade. Com leciona Saldanha,

Esgotadas as possibilidades de reanálise das decisões nacionais pela via recursal interna, explica-se a obrigatoriedade de usar da via do reenvio prejudicial, seja em matéria de interpretação ou de apreciação de validade, para evitar a construção de jurisprudência nacional incompatível com os propósitos e princípios do Direito Comunitário, permitindo-se, assim, uma leitura uniforme da norma no sistema jurídico da comunidade²²⁴.

A faculdade dada ao membro do órgão jurisdicional interno de encaminhar ou não a questão prejudicial quando não seja o último julgador também sofre algumas limitações. Quando se está diante da possibilidade de decretação de invalidade de uma norma da União Europeia, presente a exclusividade do TJUE para a sua apreciação, portanto, ao contrário do que acontece quando da interpretação ou declaração de validade, acaba-se por reconhecer a obrigatoriedade do juiz nacional de enviar a questão prejudicial, mesmo que de sua decisão possam as partes recorrerem a outro grau de jurisdição.

2.2.7. O Descumprimento de encaminhamento e de adoção do Reenvio Prejudicial

Por fim, cabe ressaltar que o descumprimento da obrigatoriedade e do caráter vinculante do Reenvio Prejudicial podem levar até mesmo à responsabilização do Estado por eventuais danos causados. No primeiro caso, pode haver o descumprimento, por parte do juiz nacional, em enviar a questão ao TJUE mesmo sendo a última ou única instância do respectivo tribunal interno. No segundo caso, o descumprimento ocorre quando se deixa de aplicar ou adotar uma interpretação já proferida pelo TFUE em decisões anteriores, sem que se tenha encaminhado outras questões prejudiciais com o intuito de modificar o seu entendimento.

O Tribunal europeu consolidou entendimento, como referem João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos,

De que as obrigações decorrentes dos Tratados incumbem aos Estados-

²²⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação Jurisdicional. Reenvio Prejudicial: Um Mecanismo de Direito Processual a Serviço do Direito Comunitário. Perspectiva para sua Adoção no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2001. p. 66.

membros como tais, portanto, ao conjunto das suas instituições, o Tribunal considera que o *incumprimento existe qualquer seja o órgão do Estado – governamental, legislativo, jurisdicional – cuja acção ou omissão esteja na origem da violação da legalidade comunitária, e isto mesmo que se trate de uma instituição constitucionalmente independente.*²²⁵

Na visão de Vieira, o “direito violado pela não proposição da questão prejudicial, quando a mesma deveria ter sido proposta, priva a parte afetada de uma garantia processual que tem como fim garantir um mínimo de unidade na aplicação do Direito da União, de forma a tornar efetivo o princípio da supremacia deste ordenamento jurídico”²²⁶.

Portanto, ao negar o direito ao envio da questão prejudicial ou o não respeito ao precedente gerado pelo Tribunal, o juiz nacional estaria não apenas prejudicando um particular, mas também o bloco todo, pois deporia contra a harmonia que deve existir entre o direito da união e os ordenamentos jurídicos internos, o que, como referido, fora crucial para o sucesso dessa integração regional.

E a responsabilidade do Estado, no qual seja atuante o juiz interno descumpridor da obrigatoriedade de envio da questão prejudicial ou de sua aplicação, é irrefutável, pois “cumpre-lhe providenciar, pelos meios internos adequados, no sentido de que as disposições referidas sejam acatadas pelos tribunais nacionais”²²⁷.

2.3. O Particular e o Tribunal de Justiça da União Europeia

Como visto até aqui, ao criar um sistema normativo próprio, a União Europeia trouxe consigo um tribunal com a precípua finalidade de interpretar e aplicar o direito da união. Sistema normativo este que traz consigo direitos e deveres que se refletem para além dos Estados-partes, pois atingem diretamente aos particulares deles naturais.

Portanto, os particulares passam a gozar de direitos subjetivos decorrentes da norma da União Europeia. Ou seja, são sujeitos de direito internacional. E, com isto, passam a poder invocar estes direitos tanto no âmbito das jurisdições nacionais, amparados pelos princípios da aplicabilidade direta, da primazia e da autonomia do direito da união, quanto na jurisdição internacional, pelo acesso que lhes é conferido ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

A capacidade internacional do particular no sistema da União Europeia nasce,

²²⁵ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Contencioso Comunitário*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 158-159.

²²⁶ VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretação e Aplicação Uniforme do Direito da Integração. União Europeia, Comunidade Andina, Sistema da Integração Centro-Americana e Mercosul*. Curitiba: Juriá, 2013. p. 65.

²²⁷ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Contencioso Comunitário*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 159.

também, da necessidade, para uma efetiva integração, de que políticas sociais sejam afirmadas no bloco. Como isto, passa-se a ver a união dos Estados europeus como uma verdadeira comunidade, a qual é constituída por cidadãos.

A criação de um conceito de cidadania europeia decorre, portanto, de uma necessidade de integrar os cidadãos nacionais dos Estados-membros, gerando neles uma sensação de pertencimento, criando uma identidade coletiva. Como assevera Stelges, “a cidadania europeia é o marco político da construção da União Europeia e representa a evolução de um processo específico de integração econômica”²²⁸.

Para o art. 20 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), “é cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-membro”. Cidadania esta que é complementar a cidadania nacional. Portanto, adquire a cidadania europeia todo o cidadão pertencente a um Estado-membro da União Europeia. Em consequência disto, as formas de aquisição e perda da cidadania ficam sujeitas ao definido internamente por cada Estado integrante do bloco, sendo que “aquele que pelo Direito Constitucional de um Estado for considerado seu nacional se beneficiará, *ipso facto*, da cidadania europeia”²²⁹.

Por serem cidadãos europeus, gozam de todos os direitos e deveres decorrentes desta condição, sendo que “os Estados-membros não podem restringir os direitos e deveres dos cidadãos da União, previstos no Direito Comunitário, pois se o fizessem não seriam Estados Democráticos de Direito e nem poderiam continuar a ser membros da União Europeia”, como adverte Stelges²³⁰.

Dentre as garantias conferidas aos cidadãos europeus pode-se destacar a da livre circulação e de estabelecer-se em qualquer dos territórios dos Estados-membros da União Europeia, a de eleger e ser eleito ao Parlamento Europeu e nas eleições municipais do Estado-membro de sua residência, mesmo não sendo nacional desta localidade, a de apresentar petições ao Provedor de Justiça da União, no que diz respeito à má atuação das instituições e órgãos comunitários e a de petição perante o Parlamento Europeu.

Dentre estes direitos conferidos aos cidadãos europeus também está o acesso ao Tribunal de Justiça da União Europeia. Reza o art. 173 do Tratado de Roma, em seu segundo parágrafo, que qualquer pessoa física ou jurídica pode demandar diretamente ao Tribunal de Justiça da União Europeia quando for destinatária de uma decisão ou regulamento, assim

²²⁸ STELGES, Isabela Hathrin. *A Cidadania da União Européia: uma sugestão para o mercosul*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 22.

²²⁹ MACHADO, Diego Pereira. DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 203.

²³⁰ STELGES, Isabela Hathrin. *A Cidadania da União Européia: uma sugestão para o mercosul*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 23.

como, mesmo não o sendo, seja diretamente ou individualmente atingida. Portanto, “os cidadãos da União Europeia podem recorrer à Jurisdição supranacional, quando os Órgãos ou Instituições Comunitárias e os Estados-membros violarem as normas comunitárias”, como adverte Stelges²³¹.

Entretanto, como referem Machado e Del’Olmo,

Embora os particulares tenham legitimidade para proporem ações no sistema judicial comunitário, é claramente perceptível que não ostentam a mesma capacidade dos Estados e das instituições, pois devem atender um requisito basilar: serem destinatários de um ato ou que este lhes diga direta ou individualmente respeito²³².

E os meios colocados à disposição dos cidadãos europeus são inúmeros, podendo-se citar: a ação de responsabilização civil ou recurso de responsabilidade extracontratual; o recurso por omissão; o recurso de anulação e o Recurso Ordinário contra as decisões do Tribunal de Primeira Instância²³³.

A participação do indivíduo na face consultiva do TJUE, pelo Reenvio Prejudicial, entretanto, é apenas indireta, uma vez que fica a cargo do Órgão Jurisdicional nacional a formulação da consulta, sendo ela uma faculdade e também uma obrigação dos juízes internos dos Estados-membros, como visto.

3. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o acesso dos particulares.

3.1. A Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional estabelecido pela Convenção Americana de direitos humanos. Como refere Jayme, “é o órgão supremo da jurisdição internacional no sistema interamericano, responsável pela interpretação e aplicação das normas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em caráter definitivo e irrecurável”²³⁴. É uma instituição judicial independente e autônoma, portanto, com sede em San José, na Costa Rica.

²³¹ STELGES, Isabela Hathrin. *A Cidadania da União Européia: uma sugestão para o mercosul*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 53.

²³² MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 199.

²³³ Sobre os quais não nos deteremos por não ser objeto da pesquisa.

²³⁴ JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 65.

Ela é composta por sete juízes de nacionalidades provenientes dos Estados-partes da OEA, não devendo haver entre eles dois da mesma nacionalidade. Os juízes são escolhidos dentre juristas de alta qualidade moral e com profundo conhecimento na matéria. São eleitos pelo prazo de seis anos, permitida uma única reeleição²³⁵.

O quórum para a deliberação da Corte é de cinco juízes, sendo as decisões tomadas pela sua maioria simples, votando seu presidente apenas em caso de empate.

Uma vez admitida a competência da Corte por um dos Estados-partes, este consentimento é irrenunciável, pois o art. 62 da Convenção parece deixar claro que a faculdade dada ao Estado-parte de aceitar ou não a jurisdição da Corte IDH, seja quando ratifica a convenção ou em qualquer outro momento posterior, não lhe garante retroagir nesta decisão.²³⁶ Como afirma Jayme,

Apesar de voluntário o reconhecimento do poder Jurisdicional da Corte, o Estado contra ele não mais poderá insurgir-se, a menos que denuncie a Convenção, pois, nos termos do art. 44 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, o direito de uma parte de denunciar o tratado ou dele retirar-se deve ser sobre a sua totalidade, não podendo exercer-se parcialmente, se não houver norma expressa neste sentido²³⁷.

É o que ocorre com a Convenção Americana, pois em nenhum momento se previu que pudesse o Estado-parte, depois de ratificá-la, bem como tendo aceito a jurisdição da Corte, retroceder em seu consentimento. Pelo contrário, pois pela regra esculpida no art. 78, mesmo com a denúncia da Convenção por um dos seus Estados-partes, fica este sujeito aos seus efeitos – portanto também no que diz respeito à jurisdição da Corte Interamericana – pelo período de um ano a contar da sua retirada. Ou seja, com qualquer fato ocorrido neste ano de carência, fica afirmada a competência da Corte.

Como referido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui duas competências bem definidas e distintas: uma consultiva, pela qual dá a interpretação das disposições da Convenção Americana ou de outros tratados concernentes à proteção dos Direitos Humanos nos Estados Americanos; e outra jurisdicional contenciosa, para fins de solução de controvérsias em que um Estado-parte seja acusado de violar a Convenção.

²³⁵ Existe a possibilidade de nomeação de juízes *ad hoc*, os quais atuam estritamente nos casos individuais para os quais foram nomeados, devendo ter eles as mesmas condições pessoais exigidas aos juízes eleitos, assim como as mesmas garantias a estes conferidas.

²³⁶ O Brasil depositou a ratificação à Convenção em 25 de setembro de 1992 e aceitou a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1998.

²³⁷ JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 92.

3.1.1. A competência jurisdicional contenciosa

A importância singular da Corte Interamericana de Direitos Humanos é diretamente proporcional ao *status* jurisdicional que lhe é conferido. *Status* este que decorre logicamente do fato de que suas decisões podem gerar condenações internacionais a um Estado que reconheça como violador dos Direitos Humanos. Isto porque, tendo um Estado ratificado a sua competência, as decisões da Corte adquirem obrigatoriedade. A consequência disto é que “ainda que a sentença não seja cumprida – por descumprimento do Estado – efetiva-se uma condenação em um órgão supranacional e o reconhecimento de direitos dos seres humanos ante a vontade estatal”²³⁸. E, mesmo que possa vir o Estado a alegar questões de soberania para o descumprimento de uma sentença que lhe seja desfavorável, esta conduta certamente será precedida da análise do grave desgaste político decorrente de sua condenação e consequente declaração, perante a comunidade internacional, de ser ele violador dos direitos humanos.

Legitimados apenas os Estados-partes e a Comissão para submissão de casos à Corte Interamericana de Direitos Humanos, por deliberação do art. 61 da Convenção, poderá ela, em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, nos assuntos em que estiver conhecendo, tomar medidas provisórias que entender pertinentes, como preconiza o art. 63.2, da Convenção. E tais medidas também poderá tomar, mesmo não estando o caso a ela submetido, quando a pedido da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Nas palavras de Jayme,

As normas que regulamentam a tutela provisória preveem duas categorias de medidas a cargo da Corte: as de urgência, ditadas pelo seu Presidente, que têm por objeto assegurar a eficácia das providências a serem posteriormente determinadas pelo pleno da Corte, e as propriamente provisórias, determinadas pelo pleno da Corte. As medidas provisórias mantêm sua eficácia enquanto permanecerem presentes as circunstâncias que as motivaram²³⁹.

Pela sua competência contenciosa, precipuamente, busca a Corte Interamericana interpretar e aplicar a norma advinda da Convenção a um determinado caso concreto que lhe seja submetido, onde, apurados os fatos, decide sobre a violação ou não dos Direitos Humanos por um de seus Estados-partes.

²³⁸ PRONER, Carol. *Os Direitos Humanos e seus Paradoxos: Análise do Sistema Americano de Proteção*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 108.

²³⁹ JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 103.

Entendendo pela violação, a “Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará, também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem com o pagamento de indenização justa à parte lesada”, como preconiza o art. 63.1 da Convenção Americana.

Com a publicação da decisão alcança-se a coisa julgada formal e material, pois esta tem caráter irrecorrível. E, por se tratar de uma decisão emanada de uma Corte Internacional, não poderá qualquer das partes buscar rediscuti-la nas jurisdições internas.

A parte indenizatória da sentença da Corte Interamericana deverá ser buscada na jurisdição nacional, sendo que o art. 68.2 da Convenção é claro ao estabelecer que “a parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado”.

Como não poderia deixar de ser, como refere Pereira,

No exercício de sua competência contenciosa a Corte Interamericana de Direitos Humanos, tem prestado relevantes serviços a cidadania, a democracia e a efetividade dos direitos humanos no Continente. É importante salientar a contribuição jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a consagração definitiva e o reconhecimento da existência de normas imperativas no Direito Internacional dos Direitos Humanos²⁴⁰.

Portanto, assim como ocorrera com outros Tribunais Internacionais, a Corte IDH também virou protagonista no ambiente regional em que se inseriu.

O processo contencioso começa por representação dos únicos legitimados admitidos pela Convenção, quais sejam, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os Estados-partes. O Presidente da Corte, caso entenda pelo preenchimento dos pressupostos de admissibilidade, determinará a notificação do Estado para apresentar suas razões no prazo de quatro meses.

Ultrapassada esta fase escrita, inicia a instrução com eventuais depoimentos de testemunhas e laudos periciais, findando com as alegações finais das partes. Após, será proferida a decisão.

Compete, ainda, ressaltar que o art. 25 do Regulamento da Corte veio a possibilitar que “as supostas vítimas ou seus representantes poderão apresentar de forma autônoma o seu escrito de petições, argumentos e provas e continuarão atuando dessa forma durante todo o

²⁴⁰ PEREIRA, Antônio Celso Alves. A Competência Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Interdisciplinar de Direito*. v. 11. p. 25.

processo”. Ou seja, passaram elas a ter a oportunidade de participação efetiva no processo.

3.1.2. A competência consultiva

Ao dotar a Corte Interamericana de Direitos Humanos de uma competência consultiva buscou a Convenção Americana possibilitar uma via que assegurasse a proteção efetiva dos direitos e liberdades salvaguardados em seu texto fora do contencioso. Ou seja, “constitui-se em um método judicial alternativo, de caráter consultivo, destinado a ajudar os estados a cumprir e a aplicar os tratados em matéria de direitos humanos, sem submetê-los ao formalismo e ao sistema de sanções que caracterizam o processo contencioso”²⁴¹.

Portanto, na via consultiva não existem partes, mas tão somente interessados, não havendo o risco de imputação de sanções aos Estados-partes.

3.2. As Opiniões Consultivas

Como se verifica, a face consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos é dotada de um instrumento semelhante ao do Mercosul, levando ambos, inclusive, o mesmo nome: Opiniões Consultivas. Portanto, em que pese, como alertado, serem os acordos fundados em objetivos distintos, justifica-se a incursão pelo mecanismo da Corte IDH, pois, como destacado por Pereira²⁴², a importância da competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos decorre da originalidade e amplitude desta em relação aos demais tribunais internacionais. E isto decorre diretamente do art. 64 da Convenção Americana, que assim estabelece:

1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.
2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Além disso, é por meio da sua competência consultiva que “a Corte Interamericana

²⁴¹ JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 106.

²⁴² PEREIRA, Antônio Celso Alves. A Competência Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Interdisciplinar de Direito*. v. 11. p. 25.

tem desenvolvido análises aprofundadas a respeito do alcance e do impacto dos dispositivos da Convenção Americana”, como assevera Pioversan²⁴³. Não só no que diz respeito ao alcance dos direitos e garantias da Convenção, mas também da sua própria competência. O que parece ser de extrema valia para adiante verificar-se o instituto assemelhado do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul.

As Opiniões Consultivas vêm detalhadamente regulamentadas entre os artigos 70 e 75 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3.2.1. O objeto das Opiniões Consultivas

A partir da premissa de que a Convenção Americana conferiu à Corte Interamericana a mais ampla função consultiva já confiada a um Tribunal internacional, uma vez que seu artigo 64 fora claro em afirmar que o seu objeto não está limitado à Convenção, pois poderá ser postulada com relação aos outros Tratados concernentes à proteção dos Direitos Humanos, além da possibilidade de que seja solicitada para investigar-se a compatibilidade de leis internas com estes documentos internacionais, é necessário buscar quais são os limites para a sua utilização.

Tenha-se que a investigação do objeto das Opiniões Consultivas à Corte IDH veio a ser consolidada exatamente em uma consulta a ela dirigida. Trata-se da Opinião Consultiva nº 01/82. Uma das primeiras conclusões retiradas pela Corte fora de que

La amplitud de los términos del artículo 64 de la Convención no puede, sin embargo, confundirse con la ausencia de límites a la función consultiva de la Corte. En lo que se refiere a las materias que pueden ser objeto de consultas y, en particular, de los tratados que pueden ser interpretados, existen límites de carácter general que se derivan de los términos del artículo 64, dentro de su contexto, así como del objeto y fin del tratado²⁴⁴.

Portanto, assim como é certo que a competência da Corte não se limita a documentos firmados dentro do marco da Convenção Americana, é certo que isto não lhe confere poderes para responder a questionamento de qualquer natureza e por compromissos assumidos por Estados que não façam parte do sistema americano. No entanto, “podrá abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los

²⁴³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 268.

²⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-01/82. § 18. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_espl.pdf. Acesso em 12.09.2016.

derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano”²⁴⁵. Em resumo, é competente a Corte Interamericana para a apreciação de qualquer matéria concernente aos direitos humanos nos Estados americanos, mesmo firmado fora do marco de seu sistema, mas sempre que este venha a produzir seus efeitos ou ter relevância dentro de um de seus Estados-partes.

Compete, ainda, referir que a competência dada pelo art. 64 da Convenção Americana sequer exige expressamente de que os documentos internacionais objeto de interpretações pela Corte Interamericana devam ser bilaterais ou multilaterais. Tampouco de que o objeto destes documentos deva ser especificamente o de defesa dos direitos humanos, pelo que “no parece, pues, determinante el carácter bilateral o multilateral del tratado fuente de esa obligación, ni tampoco cuál sea su objeto principal”²⁴⁶.

Em resposta à Opinião Consultiva nº 01/82, concluiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos que é competente para a interpretação de todos os documentos internacionais referentes aos direitos humanos aplicáveis aos Estados Americanos, sejam eles bilaterais ou unilaterais, independentemente de seu objeto principal ou de que deles sejam firmatários Estados estrangeiros ao Sistema Americano²⁴⁷.

3.2.2. Os legitimados

No campo da legitimidade para postular opiniões consultivas também a Convenção Americana de Direitos Humanos inovou, conferindo esta faculdade a uma gama de atores até então não visto na seara internacional. O art. 64 da Convenção é claro ao afirmar que todos os membros da Organização dos Estados Americanos, bem como os órgãos desta instituição, estão legitimados a postular Opiniões Consultivas à Corte Interamericana. Note-se que a Convenção sequer restringiu a participação dos Estados que não vieram a aceitar a competência jurisdicional da Corte.

No entanto, no que diz respeito a estes dois legitimados, Estados-partes da OEA e seus Órgãos, uma diferenciação em postular Opiniões Consultivas fora feita pelo número 2 do

²⁴⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-01/82. § 21. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf. Acesso em 12.09.2016.

²⁴⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-01/82. § 34. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf. Acesso em 12.09.2016.

²⁴⁷ Conclusão primeira: “La competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-01/82. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf. Acesso em 12.09.2016.

artigo 70 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e por ela confirmada ao responder a Opinião Consultiva nº 02/82, formulada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Por este regramento, os Estados-partes da OEA, mesmo os que não aceitaram sua jurisdição, têm o direito absoluto de postular Opiniões Consultivas dentro de toda a amplitude conferida pelo artigo 64 da Convenção e já especificado no item anterior. No entanto, no que diz com a legitimidade dos Organismos da OEA em fazer a consulta, somente poderão fazê-lo nos estritos limites de sua esfera competência²⁴⁸.

Como se pode notar, em que pesem as inovações trazidas por este sistema, mais especificamente no que diz com o alargamento da matéria que pode ser objeto de opiniões consultivas, bem como de seus legitimados, o particular ficou excluído do processo. Não existe capacidade de postulação de opiniões consultivas pelo particular à Corte Interamericana de Direitos Humanos, ficando, assim, a cargo do Estado de sua naturalidade a conveniência em postulá-las. No entanto, o estudo deste mecanismo do sistema americano de direito humanos justifica-se pelas demais características que o assemelham com as opiniões consultivas do Mercosul, a elas servindo de parâmetro, com a finalidade primordial de buscar-se o igual tratamento das normas da integração pelos Estados-partes, com a sua harmonização, assim como para evidenciar-se o caráter inovador do Mercosul em conferir acesso direto a este instituto pelos seus particulares.

3.2.3. O procedimento

Realizado o pedido de emissão de uma Opinião Consultiva à Corte Interamericana, o seu secretário deverá encaminhar cópias deste documento a todos os Estados-membros da OEA, à Comissão, ao Conselho Permanente, ao Secretário Geral e aos Órgãos desta Organização, cuja a esfera de competência tenha relação com o questionamento²⁴⁹.

A partir daí a presidência fixará um prazo para que os interessados se manifestem por escrito, sendo que ao final desta fase será decidido sobre a conveniência ou não de se realizar a fase oral. Sendo esta necessária, designar-se-á audiência.

Por previsão expressa do art. 74 do Regulamento, às opiniões consultivas poderão ser aplicadas analogicamente o regramento a respeito do processo contencioso. Ou seja, admite-se, antes da emissão do parecer, portanto, que todos os interessados lancem razões finais

²⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-02/82. § 14. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.pdf. Acesso em 16.09.2016.

²⁴⁹ Art. 73 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

escritas.

3.2.4. Caráter não vinculante das opiniões consultivas à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como visto, a amplitude da face consultiva da Corte IDH supera a todos os demais Tribunais Internacionais existentes. Não apenas no que diz com o seu objeto, mas também com relação aos seus legitimados.

E é exatamente em razão deste alargamento de competência e legitimação que decorre a restrição vinculativa das Opiniões Consultivas emitidas pela Corte Interamericana. Ou seja,

Essa potência reduzida das opiniões consultivas da Corte encontra justificativa nas razões mencionadas e, principalmente, porque são legitimados a solicitar a consulta órgãos da OEA e os estados-membros que não tenham reconhecido a competência jurisdicional da Corte e que, portanto, não poderiam ser alcançados pelo seu *jus imperii*.²⁵⁰

A face consultiva da Corte Interamericana, portanto, não possui o mesmo efeito vinculativo que é dado a sua fase contenciosa. Limite este que sempre traz algumas dificuldades para que a cultura da harmonização do direito do bloco se concretize. No que, como se verificará, aproxima os sistemas da OEA e do Mercosul.

No entanto, em que pese esta notada limitação, as opiniões consultivas à Corte Interamericana vêm prestando reconhecido serviço em favor dos Direitos Humanos no continente americano, construindo um acervo normativo edificado nas atuais 22 respostas as consultas que lhes foram dirigidas²⁵¹. Do que, acredita-se, pode o Mercosul tomar de exemplo.

3.3. O Particular e a Corte Interamericana de Direitos Humanos

Como visto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é peça fundamental de todo o sistema de proteção americano nesta área, pois nela se visa garantir a plenitude dos

²⁵⁰ JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 106.

²⁵¹ Contando que até fevereiro de 2017 vinte e duas Opiniões Consultivas foram emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponíveis em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=en. Acesso em 12.12..2016.

direitos decorrentes da pessoa humana. E é exatamente em razão disso que a participação do particular, ou a sua legitimação, é objeto de atenção atual.

A participação do indivíduo em uma corte que defenda exatamente os direitos que lhe são intrínsecos parece ser uma obviedade. Em função disto é que a concepção clássica do direito internacional público de que apenas os Estados podem ser sujeitos de direitos não mais se sustenta, pois é “necessário romper com esta concepção a fim de garantir o efetivo amparo dos indivíduos”²⁵². Até porque, como refere Cançado Trindade, “o direito de petição individual internacional, mediante o qual é assegurado ao indivíduo o acesso direto à justiça em nível internacional, é uma conquista definitiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos”²⁵³.

A legitimação direta do particular perante a Corte Interamericana ainda não é uma realidade no sistema americano, pois este necessita da participação da Comissão para ver sua questão levada a julgamento. Entretanto, é possível verificar-se uma evolução por meios dos regulamentos que se sucederam.

No primeiro Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, aprovado em julho de 1980, inexistia qualquer previsão de participação dos indivíduos no sistema de proteção americano, sendo que, no máximo, se faziam representar pela Comissão. Este regramento servia apenas para solucionar contenciosos entre Estados, amparado no antigo conceito do direito internacional público clássico.

Em agosto de 1991 veio a ser aprovado o segundo Regulamento da Corte Interamericana, sobre o pretexto de que seus procedimentos necessitavam de modificações para dar maior celeridade às decisões. No entanto, em nada modificou a situação dos particulares, os quais continuavam à margem do processo jurisdicional e voluntário do referido órgão. Até este momento, portanto, os indivíduos apenas atuavam, como conceitua Koury, como “assistentes da Comissão”²⁵⁴, sendo que ficava a critério desta chamá-los para a participação na etapa das reparações.

²⁵² KOURY, Luiz Guilherme Costa. Os indivíduos e o sistema interamericano: evolução da participação e as perspectivas para o acesso direto das vítimas à Corte Interamericana. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de (coord.). *O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 296.

²⁵³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A pessoa humana como sujeito de Direito Internacional: A experiência da corte interamericana de Direitos Humanos. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). *Novas Perspectivas do direito internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 506.

²⁵⁴ KOURY, Luiz Guilherme Costa. Os indivíduos e o sistema interamericano: evolução da participação e as perspectivas para o acesso direto das vítimas à Corte Interamericana. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de (coord.). *O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 303.

A participação dos particulares perante a Corte Interamericana passou a modificar-se com a edição do seu terceiro Regulamento, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1997, o qual finalmente outorgou às vítimas e aos seus representantes o direito de intervir nos contenciosos quando da fase das reparações. Segundo o art. 23 do Regulamento de 1997, os indivíduos poderiam submeter à Corte autonomamente as suas razões e provas quando o contencioso alcançasse a fase das reparações.

O quarto Regulamento, aprovado em 24 de novembro de 2000, dentre uma série de importantes modificações, veio transformar a participação do indivíduo na Corte Interamericana, uma vez que em seu art. 23 passou a permitir a participação deste em todas as etapas do procedimento do caso contencioso, e não apenas a partir da etapa de reparações, como até então era regulamentado. É por isto que, nas palavras de Koury, “a partir do Regulamento de 2000, pode-se afirmar que os indivíduos – vítimas, familiares ou representantes – passaram a ser finalmente reconhecidos como partes nos casos contenciosos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, restando à Comissão Interamericana o papel de parte processual”²⁵⁵. Estatuto este que veio a ser reformado em dezembro de 2003 e janeiro de 2009, mas, entretanto, sem alterar a participação dos particulares.

O quinto, e vigente, Regulamento, de novembro de 2009, em seu art. 25, mantém a faculdade às vítimas de participarem do procedimento a partir no momento que a causa for submetida à Corte. Ou seja, basicamente, a participação dos particulares mantém-se inalterada desde o Regulamento de 2000.

Portanto, como se verifica dos regulamentos que se seguiram, a evolução para que o indivíduo possa ter maior participação na corte é uma realidade, por ser uma premissa lógica a uma proteção efetiva dos direitos humanos. Como refere Koury, “a participação dos indivíduos na Corte Interamericana tem sido um dos temas mais discutidos atualmente justamente por conservar essa estreita relação com o objetivo de proteção dos direitos humanos”²⁵⁶.

No entanto, o art. 44 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos estabelece que qualquer pessoa pode apresentar à Comissão petições com denúncias de violações dos direitos nela reconhecidos por um dos seus Estados signatários. Como se pode notar, a

²⁵⁵ KOURY, Luiz Guilherme Costa. Os indivíduos e o sistema interamericano: evolução da participação e as perspectivas para o acesso direto das vítimas à Corte Interamericana. In. OLIVEIRA, Márcio Luís de (coord.). *O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 304.

²⁵⁶ KOURY, Luiz Guilherme Costa. Os indivíduos e o sistema interamericano: evolução da participação e as perspectivas para o acesso direto das vítimas à Corte Interamericana. In. OLIVEIRA, Márcio Luís de (coord.). *O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 294.

convenção dotou o indivíduo de legitimação apenas perante a Comissão. Entretanto, como refere Cançado Trindade no voto proferido no caso *Catillo Petruzzi* e outros contra o Peru, este artigo não pode ser analisado como se fosse uma disposição qualquer devido a sua íntima ligação com o dever dos Estados de não criar obstáculos ao livre exercício do direito de petição individual dos particulares, pois, como refere o ex-magistrado da Corte Interamericana, este direito é “la piedra angular del acceso de los individuos a todo el mecanismo de protección de la Convención Americana”²⁵⁷. E é exatamente em razão disto que cresce o debate sobre a necessidade de acesso direto dos particulares à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O que propõe Cançado Trindade é o

Aperfeiçoamento do mecanismo de proteção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com ênfase na *jurisdicionalização* do sistema de petições individuais perante a Corte – sem prejuízo do uso continuado pela Comissão dos outros métodos (missões de observação *in loco* e elaboração de relatórios), ou seja, com a preservação de suas funções não-contenciosas.²⁵⁸

Ou seja, preservaria a Comissão as suas funções não-contenciosas, reconhecendo, consequentemente, o *locus standi* das vítimas perante a Corte IDH²⁵⁹.

Por fim, compete referir que, como visto, mesmo que não se tenha conferido legitimação ao particular para postular opiniões consultivas perante a Corte IDH, defende Cançado Trindade que a participação destes na face consultiva é viável²⁶⁰. Exemplos disto seriam a opinião consultiva n° 16, de 01 de outubro de 1999, e a opinião consultiva n° 18, de 17 de setembro de 2003, as quais tiveram ampla participação popular, sendo que para Cançado Trindade, isto demonstra também “o acesso direto do ser humano à jurisdição internacional no sistema interamericano de proteção, no âmbito do procedimento consultivo sob a Convenção Americana, além de demonstrar o caráter de *ordre public* de tal

²⁵⁷ CORTE IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Exceções Preliminares*. Sentença de 04 de setembro de 1998. Voto Juiz Cançado Trindade. § 3°.

²⁵⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no limiar do novo século: recomendações par ao fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coords.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 148.

²⁵⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no limiar do novo século: recomendações par ao fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coords.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 148.

²⁶⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A pessoa humana como sujeito de Direito Internacional: A experiência da corte interamericana de Direitos Humanos. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). *Novas Perspectivas do direito internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 519.

procedimento”²⁶¹.

4. O Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul e o acesso dos particulares

4.1. Breve evolução histórica do Sistema de Solução de Conflitos do Mercosul.

O Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul surgiu por determinação expressa do art. 3º do Tratado de Assunção²⁶², e era, por seu anexo III, estruturado em negociações intergovernamentais diretas. Nos incisos 2 e 3 do referido anexo foram previstos, respectivamente, o prazo de 120 dias para a regulamentação de um sistema provisório e um sistema permanente que deveria estar em vigência até 31 de dezembro de 1994.

Surge o Protocolo de Brasília, em 17 de dezembro de 1991, em cumprimento ao disposto no Tratado de Assunção, para fins de regulamentação do sistema provisório de solução de controvérsias do Mercosul, o qual teve sua validade estendida, com pequenas alterações, pelo anexo do Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994.

É importante frisar que nestes dois protocolos iniciais o sistema de controvérsias poderia ter início na Comissão de Comércio do Mercosul (CCM), conforme o anexo do Protocolo de Ouro Preto, ou diretamente no Grupo Mercado Comum (GMC), conforme o Protocolo de Brasília, sendo que este servia "como instância política recursal das consultas concluídas insatisfatoriamente"²⁶³.

Na sequência, veio o Protocolo de Olivos, assinado em 18 de fevereiro de 2002, que revogou expressamente o Protocolo de Brasília e manteve vigente o Sistema de Solução de Conflitos do Protocolo de Ouro Preto. Com ele é retirada a obrigatoriedade da prévia submissão de uma controvérsia ao GMC.

Desde sua criação, portanto, fica evidente a busca pelo aperfeiçoamento do Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul, pois se pode afirmar que a cada regulamentação

²⁶¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A pessoa humana como sujeito de Direito Internacional: A experiência da corte interamericana de Direitos Humanos. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). *Novas Perspectivas do direito internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 519.

²⁶² Art. 3º: Durante o período de transição, que se estenderá desde a entrada em vigor do presente Tratado até 31 de dezembro de 1994, e a fim de facilitar a constituição do Mercado Comum, os Estados Partes adotam um Regime Geral de Origem, um Sistema de Solução de Controvérsias e Cláusulas de Salvaguarda, que constam como anexos II, III e IV ao presente Tratado.

²⁶³ MORAES, Henrique Choer. O Novo Sistema Jurisdicional do Mercosul – Um Primeiro Olhar sobre o Protocolo de Olivos. In. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Nº 39, Ano 10 (2002). p. 59.

avanços puderam ser notados, embora em alguns momentos mais perceptíveis que em outros. Como destaca Moraes, “o Protocolo de Olivos, ao estabelecer novas regras para o procedimento de soluções de controvérsias, pode ser apontado como um instrumento que procura aumentar o grau de legalização do bloco”²⁶⁴. Também pode-se constatar que sua evolução sempre acompanhou o grau de desenvolvimento da própria integração mercosurena. E quanto a sua criação, bem definiram Pires, Fonseca e Croshere: “foi sob o ângulo político do constitucionalismo que se buscou formular um sistema de solução de controvérsias, que continua a se aperfeiçoar, aproveitando as experiências de sistemas já existentes e adaptando-as à realidade dos países-membros do Mercosul”²⁶⁵.

O Sistema de Soluções de Controvérsias do Mercosul, na atualidade, é regido pelo Protocolo de Olivos²⁶⁶, que trouxe, como demonstração de seu desenvolvimento, o primeiro e único tribunal permanente²⁶⁷ do bloco, afirmando o objetivo de reforçar o caráter jurisdicional do sistema, diminuindo seu peso político, sem, entretanto, excluir as negociações diplomáticas.

Com a introdução de uma corte permanente no Mercosul, não há dúvidas que ganha protagonismo seu sistema de solução de controvérsias, “permitindo maior segurança jurídica e é, talvez, o estágio intermediário para um tribunal dotado de supranacionalidade”²⁶⁸. Vem o Tribunal Permanente de Revisão (TPR), além de servir de instância única, atuar como instância recursal, do que carecia o bloco, sendo útil, ainda, para “compensar o caráter precário da composição dos tribunais arbitrais”²⁶⁹.

4.2. O objeto das controvérsias

Já em seu art. 1º, o Protocolo de Olivos deixa claro que ao Sistema de Solução de

²⁶⁴ MORAES, Henrique Choer. O Novo Sistema Jurisdicional do Mercosul – Um Primeiro Olhar sobre o Protocolo de Olivos. In. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Nº 39, Ano 10 (2002). p. 58.

²⁶⁵ PIRES, Alice; FONSECA, Amanda e CROSHERE, Indira. *Solução de Controvérsias no Mercosul*. São Paulo: LTR, 1998. p. 58.

²⁶⁶ Institucionalizado em 18 de fevereiro de 2002, derrogando o Protocolo de Brasília e a Decisão n. 17/98 CMC, seu regulamento de aplicação.

²⁶⁷ Denominado Tribunal Permanente de Revisão, que fora instalado em 13 de agosto de 2004, tendo sua sede em Assunção, Paraguai.

²⁶⁸ NOGUEIRA, Cássia Cavalcante de Oliveira; PRADO, Henrique Sartori de Almeida. *Mercosul: Do Sistema de Solução de Controvérsias à Solicitação de Opiniões Consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão pelo Judiciário Brasileiro*. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, Assunção, n. 4, ano 2, agosto de 2014. p. 33.

²⁶⁹ MORAES, Henrique Choer. O Novo Sistema Jurisdicional do Mercosul – Um Primeiro Olhar sobre o Protocolo de Olivos. In. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Nº 39, Ano 10 (2002), p. 60.

Controvérsias do Mercosul devem ser submetidas todas as desavenças que venham a existir com relação aos Estados-partes²⁷⁰.

O Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul, portanto, poderá ser sempre acionado por um Estado-parte quando tiver por objeto a interpretação do direito desta integração, assim como quando não houver a sua aplicação ou não cumprimento por outro membro do bloco. Isto tanto quando se refira as suas fontes primárias ou originárias, que são, como vimos no início, os Tratado de Assunção, o Protocolo de Ouro Preto e demais protocolos e acordos celebrados neste marco, quando se refira as suas fontes secundárias ou derivadas, que seriam, dentre outras, as decisões do Conselho do Mercado Comum, as resoluções do Grupo Mercado Comum e as diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul.

Portanto, nas palavras de Machado e Del’Olmo, “o Direito aplicável ao caso pelos julgadores *mercosulistas* é o próprio Direito da Integração, são as próprias fontes primárias e secundárias do Mercosul que servirão de fundamentação para os laudos tendentes a solucionar as controvérsias”²⁷¹.

É pelo Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul, então, que os Estados-partes devem prioritariamente, dentro deste objeto, buscar solver eventuais desavenças ou desentendimentos dentro do bloco. Para tanto é que acionam o Tribunal Permanente de Revisão, o qual é legitimado para intervir, tanto na sua função contenciosa como na voluntária, sendo que com relação a esta última voltaremos a tratar mais detidamente logo a seguir.

4.3. As etapas do Sistema de Solução de Conflitos do Mercosul

O artigo primeiro do Protocolo de Olivos, portanto, estabelece que as controvérsias entre os Estados-partes por ele deverão ser solvidas, dentro dos limites do marco firmado pelo Tratado de Assunção, e mediante o procedimento nele sedimentado.

Pelo Protocolo de Olivos há duas ou três etapas a serem seguidas para solver conflitos no âmbito do Mercosul, quais sejam: as Negociações Diretas; a Arbitragem; e o

²⁷⁰ Art. 1º, § 1, do Protocolo de Olivos: As controvérsias que surjam entre os Estados Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul serão submetidas aos procedimentos estabelecidos no presente Protocolo.

²⁷¹ MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 115.

Tribunal Permanente de Revisão. E quando se fala que o procedimento poderá ter duas ou três fases é porque após esgotada a fase das Negociações Diretas as partes poderão optar em demandar diretamente ao TPR, não passando, necessariamente, pela arbitragem em tribunais *ad hoc* do sistema.

A primeira etapa, ou nível, colocada pelo Protocolo de Olivos é o das Negociações Diretas, as quais têm por característica a informalidade e a celeridade, sendo que nesta fase ainda não se adentrou nos meios jurisdicionais de solução de conflitos do bloco. Buscam os Estados-partes, nesta primeira etapa, resolver suas divergências por meio do diálogo. Ou seja, “as negociações diretas são implementadas pelas relações diplomáticas e podem ser conduzidas por agentes diplomáticos e, a depender da gravidade da controvérsia, pelos Chefes de Estado ou Ministros das Relações Exteriores”²⁷².

As negociações diretas são obrigatórias aos Estados-partes antes de avançar na face jurisdicional do sistema de solução de controvérsias do Mercosul por imposição do art. 4º do Protocolo de Olivos, sendo que deverão estar concluídas no prazo de 15 dias, ou, quando se recorrer ao Grupo Mercado Comum, no prazo de 30 dias.

Sendo infrutíferas estas negociações é que se abre aos Estados-partes a possibilidade de acionar as fases seguintes do sistema de solução de controvérsias do bloco. Portanto, superada a etapa obrigatória das negociações diretas, inclusive com a interveniência do GMC, passam os membros do processo de integração mercosureno a contar com a possibilidade de utilização da arbitragem para solver seus conflitos, iniciando-se, assim, uma fase semijudicial, no entendimento de Machado e Del’Olmo²⁷³. Para tanto, basta que um dos Estados envolvidos na disputa comunique a Secretaria Administrativa do Mercosul a opção pela intervenção de um terceiro, um tribunal arbitral, para solver a lide.

A partir daí forma-se um Tribunal Arbitral *ad hoc*, composto por três juízes, o qual é responsável pela emissão de um laudo arbitral decidindo a contenda. Importante modificação, neste campo, fora trazida pelo Protocolo de Olivos ao admitir que o Tribunal Arbitral *ad hoc* possa emitir decisões provisórias, em situações de urgência. As decisões proferidas pelo Tribunal Arbitral são obrigatórias e vinculam os Estados-partes envolvidos na disputa.

Trazido pelo Protocolo de Olivos, o Tribunal Permanente de Revisão, como seu próprio nome revela, veio a introduzir no Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul

²⁷² MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 116.

²⁷³ MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 117.

um órgão que não mais funcionaria *ad hoc*. Surge um Tribunal permanente neste processo de integração sul-americano. A ele é conferida uma competência jurisdicional, podendo as partes optarem em acioná-lo após a primeira etapa obrigatória, e antes referida, quando então seria o TPR a segunda etapa do sistema, ou servir de revisor dos laudos arbitrais, consolidando-se na terceira etapa do mecanismo de solução de controvérsias do Mercosul.

Em resumo, o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul poderá ser, por opção das partes, tanto a segunda etapa, de jurisdição única, ou a terceira etapa, revisora, servindo de uma espécie de segundo grau aos laudos arbitrais.

4.4. A dupla função do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul

Após ser regido pelo Protocolo de Brasília, entre os anos de 1991 a 2002, portanto, o sistema de solução de controvérsias do Mercosul desde de 2002 vem sendo regulado pelas normas esculpidas pela Protocolo de Olivos.

E, como assevera Barral,

A criação do TPR foi a grande inovação trazida pelo Protocolo de Olivos, quando comparado com o procedimento adotado pelo Protocolo de Brasília. Esta inovação pretende claramente obter maior coerência entre as decisões adotadas pelos tribunais *ad hoc* que já adotaram interpretações divergentes nos casos que até agora lhes foram submetidos. Da mesma forma, embora se afirme que a decisão do TPR terá efeito de coisa julgada “com relação às partes”, sem adotar qualquer tipo de posição vinculante para as decisões futuras, é previsível que a jurisprudência do TPR será algo a ser considerado pelos tribunais *ad hoc* posteriores, a exemplo do que ocorre em relação às decisões do Órgão de Apelação da OMC²⁷⁴.

E desde o seu nascimento o Tribunal do Mercosul fora dotado de uma dupla função, quais sejam, uma jurisdicional e outra consultiva.

A função jurisdicional que compete ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, como já referido, pode ser desdobrada também em duas faces, pois ele a exerce primordialmente como órgão de segundo grau, quando vem a revisar os laudos emitidos pelos Tribunais Arbitrais *ad hoc*, assim como a exerce enquanto órgão de primeiro grau, quando as partes a ele diretamente se socorrem para solver uma controvérsia entre Estados-partes. Mas em qualquer delas, “este órgão, (...) é o responsável por dar a última palavra em matéria de interpretação do direito mercosurenho, segundo as normas e princípios que regem o direito da

²⁷⁴ BARRAL, Welber Oliveira. *O Protocolo de Olivos e o Mercosul*. Acessível em www.egov.usc.br/portal/sites/default/files/anexos/1221-1235-1-PB.pdf, p. 150. Acesso em 13.01.2016. p. 158.

integração”²⁷⁵.

A função jurisdicional, exercida em termos revisionais, é acionada quando qualquer das partes envolvidas em uma disputa ingressa com recurso de um laudo emitido por um Tribunal Arbitral *ad hoc*. No entanto, “o recurso de revisão se limitará a questões de direito tratadas na controvérsia e às interpretações jurídicas desenvolvidas no laudo arbitral (art. 17 do Protocolo de Olivos)”²⁷⁶.

Já pela faculdade conferida pelo art. 23 do Protocolo de Olivos, pode o Tribunal Permanente de Revisão atuar como instância única, quando as partes diretamente o elegem como instância primeira e única de decisão. É o que se denomina de “acesso direto”.

Tanto quando atue como instância revisional, quando atue como única instância, suas decisões são inapeláveis, bem como obrigatórias para os Estados-partes envolvidos na disputa, fazendo verdadeira coisa julgada entre estas partes.

Com sede em Assunção, capital do Paraguai, o TPR é formado por um árbitro proveniente de cada Estado-parte²⁷⁷, sendo que em caso dos integrantes do bloco serem em número par, deverão escolher conjuntamente, ou por sorteio, um árbitro adicional, para que o Tribunal funcione sempre com número ímpar. Ao aceitarem a designação, os juízes devem ficar disponíveis permanentemente para atuação em disputas entre os Estados-partes do Mercosul²⁷⁸.

Quando forem apenas dois Estados-partes envolvidos em uma controvérsia, três serão os árbitros designados, um de cada país e o terceiro por sorteio dentre aqueles que não sejam nacionais dos Estados litigantes, exceto quando a atuação for em revisão, quando todos atuarão. Quando forem mais de dois Estados-partes envolvidos, atuarão todos os árbitros²⁷⁹, da mesma forma.

Na sua faceta revisional, os recursos ao Tribunal Permanente de Revisão deverão ser encaminhados no prazo de quinze dias da notificação do laudo arbitral, sempre se limitando a reapreciação às questões de direito e às interpretações jurídicas desenvolvidas²⁸⁰. O Estado-parte adversário terá os mesmo quinze dias para contestar, sendo que o tribunal deverá julgar a controvérsia no prazo de trinta dias, prorrogáveis por mais quinze dias.

²⁷⁵ VIEIRA, Luciane Klein; MARTINS FILHO, Marcos Simões. As Opiniões Consultivas do Mercosul solicitadas pelo Poder Judiciário Brasileiro. *Revista dos Tribunais*. Vol. 931. Maio de 2013. p. 217.

²⁷⁶ MACHADO, Diego Pereira. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 118.

²⁷⁷ Alteração introduzida pelo Protocolo Modificativo do Protocolo de Olivos, firmado no Rio De Janeiro, em 19 de janeiro de 2007.

²⁷⁸ Art. 19 do Protocolo de Olivos.

²⁷⁹ Art. 20 do Protocolo de Olivos, com as alterações pelo Protocolo Modificativo antes mencionado.

²⁸⁰ Parágrafos 1 e 2 do art. 17 do Protocolo de Olivos.

A força jurisdicional desta atuação revisional do TPR decorre, ainda, do art. 22 do Protocolo de Olivos, o qual estipula o alcance do pronunciamento do TPR, pois sua decisão poderá confirmar, modificar ou revogar o laudo arbitral, assim como será definitivo e sobre ele prevalecerá.

Obrigatoriamente os Estados-partes devem se submeter às decisões provenientes do TPR, seja quando este atue como órgão recursal, seja quando as partes optarem pelo acesso direto, as quais, como referido, não estão mais sujeitas a recurso.

Por outro lado, uma importante inovação trazida pelo Protocolo de Olivos foi a introdução do instituto das Opiniões Consultivas dirigidas ao Tribunal Permanente de Revisão. Mecanismo este que, como se verá, veio a afirmar a participação do particular no sistema de solução de conflitos do Mercosul, pois a ele fora dada capacidade de consultar o TPR.

As opiniões consultivas vieram a dotar o Tribunal Permanente de Revisão de uma competência não contenciosa, mas que deve se tornar um instrumento de extrema valia ao ordenamento jurídico do Mercosul, a exemplo do que ocorreu com o Reenvio Prejudicial na União Europeia. Na visão de Vieira e Martins Filho,

O emprego deste instrumento jurídico adquire especial relevância considerando que a aplicação do direito mercosurenho se dá em distintos Estados, por meio de autoridades judiciais que possuem distintos critérios de interpretação jurídica. Essa pluralidade de interpretações leva a uma falta de unidade interpretativa e ao fracionamento do direito, o que poderia violentar os princípios basilares deste esquema de integração e colocar em perigo a efetividade e a estabilidade do direito do Mercosul.

Portanto, dentre as competências dadas ao Tribunal Permanente de Revisão, “a emissão de opiniões consultivas é uma das mais importantes para o avanço do esquema de integração, porque pode permitir uniformizar e/ou harmonizar a interpretação do Direito oriundo do bloco no território de todos os Estados Membros”.²⁸¹

Como se pode notar, no Mercosul, existe um órgão encarregado da interpretação do Direito da Integração, qual seja, o Tribunal Permanente de Revisão, o que demonstra, uma intenção embrionária dos Estados-partes em harmonizar os seus ordenamentos internos em proveito da constituição de um mercado comum efetivo neste bloco.

A relevância do instituto das opiniões consultivas para o fortalecimento do direito

²⁸¹ VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretação e Aplicação Uniforme do Direito da Integração. União Europeia, Comunidade Andina, Sistema da Integração Centro-Americana e Mercosul*. Curitiba: Juriá, 2013, p. 118.

mercosureno é reconhecida por todos, sendo que, nas palavras de Jaeger Junior²⁸², “a expectativa era que o instrumento servisse a uma interpretação uniforme das regras do Mercosul e uma confiança na sua arquitetura judicial”. Além disso, “el hecho de incorporar la OC al sistema de solución de controversias, es un signo latente que refleja el afán de independizar gradualmente la faz jurisdiccional”, segundo Dreyzin de Klor²⁸³. Como assevera Vieira, ainda, “por meio da via consultiva, busca-se eliminar a incerteza das relações jurídicas e ao mesmo tempo integrar o ordenamento regional ao sistema jurídico interno dos países que o conformam”²⁸⁴.

Este relevante mecanismo surge da competência dada pelo art. 3º do Protocolo de Olivos ao Conselho do Mercado Comum, que por meio da decisão CMC nº 37/2003²⁸⁵, aprovou o *Reglamento do Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul*, e o colocou como anexo ao referido Protocolo. Dele interessa, neste momento, mais especificamente, o Capítulo II, o qual é dedicado exclusivamente às Opiniões Consultivas.

4.5. As Opiniões Consultivas

4.5.1. Os legitimados

O capítulo II do anexo do Protocolo de Olivos – Decisão CMC nº 37/2003²⁸⁶ – é inaugurado com a legitimidade para as postulações de Opiniões Consultivas perante o Tribunal Permanente de Revisão, sendo elas: “todos os Estados Partes do Mercosul, atuando conjuntamente, os órgãos com capacidade decisória do Mercosul e os Tribunais Superiores dos Estados Partes com jurisdição nacional, nas condições que se estabeleçam para cada caso”²⁸⁷.

²⁸² JAEGER JUNIOR, Augusto. Metodologia Jurídica Europeia e Mercosulista: Considerações Fundamentais. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*. Assunção, Ano 2, nº 3, março de 2014. p. 128.

²⁸³ DREYZIN DE KLOR, Adriana. *La Primera Opinión Consultiva em MERCOSUR. Germen de cuestión prejudicial?* Disponível em: https://www.academia.edu/7736791/LA_PRIMERA_OPINI%C3%93N_CONSULTIVA_EN_MERCOSUR_GERMEEN_DE_CUESTI%C3%93N_La_primera_Opini%C3%B3n_Consultiva_en_MERCOSUR_Germen_de_cuesti%C3%B3n_prejudicial, p. 440, acesso em 18.06.2015.

²⁸⁴ VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretação e Aplicação Uniforme do Direito da Integração. União Europeia, Comunidade Andina, Sistema da Integração Centro-Americana e Mercosul*. Curitiba: Juriá, 2013, p. 121.

²⁸⁵ Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/495/3/innova.front/decis%C3%B5es-2003>. Acesso em 15.04.2016.

²⁸⁶ Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/495/3/innova.front/decis%C3%B5es-2003>. Acesso em 15.04.2016.

²⁸⁷ Art. 2º da decisão CMC 37/2003.

Com o Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul (Parlasul), em 2005, foi introduzida mais uma legitimação, a do Parlamento, que também passa a gozar da prerrogativa de postular as OCs por previsão expressa em seu art. 13.

Em matéria de legitimidade, cumpre não olvidar que quando as OCs forem provenientes dos Estados-partes, estes devem estar de comum acordo sobre o questionamento, bem como de que os órgãos com poder decisório no Mercosul são exclusivamente o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul, sendo que no que diz respeito aos pedidos advindos dos tribunais superiores nos ocuparemos no capítulo III, por sua relevância para o trabalho.

Portanto, o sistema do Mercosul veio a conferir capacidade de postular opiniões consultiva a praticamente todos os atores hoje reconhecidos como sujeitos de direito internacional, abrindo, inclusive, a possibilidade aos particulares, o que deve ser saudado.

4.5.2. O objeto das Opiniões Consultivas

No art. 3º da decisão CMC referida, por sua vez, encontra-se a matéria que pode ser objeto das Opiniões Consultivas, qual seja, qualquer questão jurídica compreendida no Tratado de Assunção, no Protocolo de Ouro Preto, nos protocolos e acordos realizados no marco do Tratado de Assunção, nas Decisões do CMC, nas Resoluções do GMC e nas Diretrizes da CCM.

A competência do TPR, portanto, em matéria de Opiniões Consultivas, pela redação dada, pareceria ser exclusivamente de interpretação do direito da integração. Entretanto, ainda se busca a extensão do termo “interpretação jurídica”, com a tentativa de demonstrar que no seu núcleo está inserida a competência de o Tribunal afirmar, ou não, a validade e a vigência de uma norma mercosurenha, a exemplo do que faz o Tribunal de Justiça da União Europeia.

Para Vasconcelos e Tavares²⁸⁸ três são as variações decorrentes do objeto das OCs: a sua interpretação, a validade e a vigência. Ainda segundo eles, “la emisión de una opinión consultiva por el TPR sobre la interpretación de norma inválida o sin vigencia representaría una incongruencia lógica inaceptable”²⁸⁹. A apreciação sobre a validade de uma norma emitida pelos organismos do bloco, inclusive, fora admitida por ocasião da emissão da

²⁸⁸ VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; TAVARES, Sérgio Maia. La Competencia Consultiva Del Tribunal Permanente de Revisión Del Mercosur: Legitimación y Objeto. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*. Assunção, Ano 2, nº 4, agosto 2014, p. 128/129.

²⁸⁹ VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; TAVARES, Sérgio Maia. La Competencia Consultiva Del Tribunal Permanente de Revisión Del Mercosur: Legitimación y Objeto. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*. Assunção, Ano 2, nº 4, agosto 2014, p. 130.

primeira opinião consultiva, no ano de 2007²⁹⁰.

Por força do artigo 4º da decisão citada, as Opiniões Consultivas postuladas pelos Tribunais Superiores de Justiça dos Estados-partes deverão respeitar a mesma matéria das demais, desde que estas tenham algum vínculo com o processo em trâmite no Poder Judiciário do respectivo Estado.

Deve-se lembrar, ainda, que a competência do Tribunal do Mercosul, em matéria de opiniões consultivas é sempre, e tão somente, de sanar a dúvida sobre o direito da integração, uma vez que

É competência do TPR, interpretar o direito do Mercosul, sendo competência do magistrado consultante aplicar essa interpretação do TPR (lamentavelmente não é vinculante nossa opinião), assim como interpretar o direito nacional (direito interno e internacional) e aplicá-lo ao caso. O TPR somente pode referir-se aos fatos referentes ao caso, mas, nunca emitir parecer de valor sobre os mesmos²⁹¹.

Portanto, a interpretação consultiva sofre uma limitação, pois não é legitimado o Tribunal do Mercosul a pronunciar-se sobre os fatos postos no processo interno, os quais serão julgados pelo juiz nacional, a exemplo do que ocorre na integração europeia. Para Vieira e Martins Filho, “da mesma forma o tribunal referido não poderá interpretar o direito interno ou qualificá-lo. Por fim, o órgão mencionado também carece de competência para declarar de forma direta a nulidade ou inaplicabilidade de norma nacional”²⁹². Ou seja, a atuação do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul é meramente declaratória do direito da integração.

4.5.3. O procedimento das Opiniões Consultivas quando postulada por Tribunais Superiores dos Estados-partes.

As opiniões consultivas oriundas dos Tribunais Superiores de Justiça dos Estados-partes possuem um rito específico. Ele se inicia com o encaminhamento do questionamento, por quem detém tal legitimidade, ao Tribunal Superior de seu respectivo país, o qual possui a competência deliberativa para o envio da opinião consultiva ao Tribunal Permanente de

²⁹⁰ Opinião Consultiva nº 1/2007, disponível em: http://www.tprmercosur.org/pt/docum/opin/OpinCon_01_2007_pt.pdf. Acesso em 15.03.2016.

²⁹¹ Item B, 4, da Opinião Consultiva 1/2007, disponível em: http://www.tprmercosur.org/pt/docum/opin/OpinCon_01_2007_pt.pdf. Acesso em 25.05.2015.

²⁹² VIEIRA, Luciane Klein; MARTINS FILHO, Marcos Simões. As Opiniões Consultivas do Mercosul solicitadas pelo Poder Judiciário Brasileiro. *Revista dos Tribunais*. Vol. 931. Maio de 2013. p. 219.

Revisão.

Vindo o Tribunal Superior a dizer que estão preenchidos os requisitos formais, enviará o pedido ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul. Competirá à Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão a remessa da questão aos árbitros que lhe integram, juntamente com a informação, sendo o caso, de já haver opinião consultiva anterior sobre o mesmo tema. Terá ainda a Secretaria do TPR que notificar os países que fazem parte do bloco mercosureño para que tenham ciência do questionamento formulado, tendo eles a faculdade de enviarem considerações a respeito da matéria que será objeto de esclarecimento, no prazo de 15 dias.

Com a alteração introduzida pela CMC nº 15/2010²⁹³, os árbitros do TPR agora contam com 65 dias para se pronunciarem sobre a opinião consultiva formulada, contados desde o seu ingresso, sendo que dentro deste prazo podem postular esclarecimentos e documentos úteis para o pronunciamento.

Esgotados estes passos necessários para a emissão de uma opinião consultiva, três são as alternativas para a conclusão do procedimento, que estão expressadas no art. 10 do Regulamento do Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul²⁹⁴:

- a. a emissão das opiniões consultivas;
- b. a comunicação ao peticionante de que as opiniões consultivas não serão emitidas por alguma causa fundamentada, tal como a falta dos elementos necessários para o pronunciamento do TPR;
- c. o início de um procedimento de solução de controvérsias sobre a mesma questão.

Finalizado o procedimento, portanto, deverá a decisão ser publicada no Boletim Oficial do Mercosul, devendo a Secretaria do TPR notificar os Estados-partes e seus respectivos Tribunais Superiores. Apesar de não haver previsão expressa, para Vieira e Martins Filho, “seria conveniente incluir entre os entes que deverão ser notificados o Parlamento do Mercosul”²⁹⁵.

Após, deve retornar ao órgão jurisdicional postulante para utilização no caso concreto posto em julgamento.

²⁹³ Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/2377/3/innova.front/decis%C3%B5es-2010>. Acesso em 15.04.2016.

²⁹⁴ Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/495/3/innova.front/decis%C3%B5es-2003>. Acesso em 15.04.2016.

²⁹⁵ VIEIRA, Luciane Klein; MARTINS FILHO, Marcos Simões. As Opiniões Consultivas do Mercosul solicitadas pelo Poder Judiciário Brasileiro. *Revista dos Tribunais*. Vol. 931. Maio de 2013. p. 221.

4.5.4. O Caráter não-obrigatório e não-vinculativo das Opiniões Consultivas

Optou o Mercosul em estabelecer que o envio de opiniões consultivas por juízes nacionais não é obrigatório, sejam eles de quaisquer das instâncias das jurisdições internas. Além disso, quando enviada, a interpretação do direito da integração dada pelo Tribunal Permanente de Revisão não vinculará o magistrado doméstico, o que, como já referido, é apontado como um dos entraves para a evolução deste processo de integração. Ainda mais quando se pensar, como vimos, no exemplo advindo da utilização de instrumento processual semelhante pela União Europeia, onde a manifestação do seu Tribunal a todos submete, sendo por meio dele formatado o direito da união.

No entanto, mesmo presente a dificuldade em se alcançar a harmonização de interpretação do direito da integração, em decorrência do sistema vigente, mas pouco eficiente, do Mercosul, “é importante observar o que parte da doutrina destaca no sentido de que as opiniões consultivas, mesmo que não sejam dotadas de força obrigatória, podem servir como precedente para os tribunais nacionais, o que de fato vem ocorrendo em alguns laudos arbitrais”²⁹⁶.

Portanto, mesmo deficitário, este mecanismo, segundo Vieira e Martins Filho, “busca lograr a uniformização da interpretação do direito mercosurenho, de forma que os juízes dos Estados que integram o bloco apliquem de igual maneira o direito proveniente do mesmo (...)”²⁹⁷. Ou seja, com a sedimentação da cultura de buscar no Tribunal do Mercosul a correta interpretação do direito advindo deste bloco, até mesmo a falta de obrigatoriedade pode vir a ser superada.

Por ocasião da Opinião Consultiva 01/2007, em seu laudo, fora reconhecida a não vinculação do juiz nacional postulante à resposta dada pelo TPR. No entanto, é de se questionar se isto não afronta o art. 38 do POP, onde os Estados-partes assumiram o compromisso com a realização de todos os esforços para o processo integrativo tenha êxito. Ou seja, parece contraditório que o bloco, ao afirmar que não medirá esforços para cumprir os compromissos assumidos, reconhecendo a importância de que nele haja uma harmônica legislação, criando um tribunal permanente com esta competência, venha a deixar a critério de cada magistrado interno a aceitação, ou não, da interpretação dada pelo órgão jurisdicional máximo do Mercosul.

²⁹⁶ VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretação e Aplicação Uniforme do Direito da Integração. União Europeia, Comunidade Andina, Sistema da Integração Centro-Americana e Mercosul*. Curitiba: Juriá, 2013, p. 148.

²⁹⁷ VIEIRA, Luciane Klein; MARTINS FILHO, Marcos Simões. As Opiniões Consultivas do Mercosul solicitadas pelo Poder Judiciário Brasileiro. *Revista dos Tribunais*. Vol. 931. Maio de 2013. p. 219.

4.6. O Particular e o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul

A participação do particular perante o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul é bastante tímida em sua fase contenciosa. Limita-se, basicamente, às Reclamações Particulares reguladas a partir do art. 39 do Protocolo de Olivos.

Por este procedimento, os particulares podem efetuar reclamações em razão de sanção ou aplicação de medidas legais ou administrativas de efeito restrito, discriminatória ou de concorrência desleal, bem como violação das normas do marco do Tratado de Assunção por qualquer dos Estados-partes, e contra atos das próprias instituições do Mercosul. Entretanto, as reclamações somente podem ser feitas por um particular contra um Estado-parte do Mercosul. Jamais por um particular contra outro particular ou contra um Estado que não pertença ao bloco.

São elas dirigidas a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado-parte onde tenha o particular sua residência habitual, quando pessoa física, ou sede de seus negócios, quando pessoa jurídica.

Tendo o particular fornecido os elementos necessários, exigidos pelo art. 40, § 2º, do Protocolo de Olivos, para a admissibilidade, a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum de residência do Particular fará contato com a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado apontado como infrator para a abertura da fase das consultas e da tentativa de resolução da questão levada até ela.

Uma vez inexistindo solução para a reclamação, esta será encaminhada ao Grupo Mercado Comum do Mercosul, o qual fará novo juízo de admissibilidade e, sendo admitida, convocará um grupo de especialistas que lançará parecer sobre ela. O grupo de especialistas ouvirá as partes em audiência conjunta.

Apenas com o parecer unânime favorável dos especialistas é que qualquer Estado-parte poderá requerer a adoção de medidas corretivas ou a anulação das medidas questionadas. Nos demais casos, a reclamação é dada por encerrada²⁹⁸.

No entanto, como se pode notar, mesmo no caso de procedência da reclamação, fica o particular na dependência de algum dos demais Estados-partes faça o pedido de cumprimento das medidas corretivas, não tendo ele capacidade para tanto. Como refere Ribeiro,

²⁹⁸ RIBEIRO, Jeancezar Ditzz de Souza. *Mercosul: direito da integração e solução de controvérsias*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 77.

Não obstante a importância que revestem os particulares para o processo de integração, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas de caráter privado, continuam tendo uma participação restrita na condição de denunciante e não de litigante, sendo condição para acionar o procedimento arbitral a aceitação do Estado-parte onde residem habitualmente ou tenham sede de seus negócios. O que mantém os atores privados, principalmente as empresas, na mesma condição que têm ante o Direito Internacional Público em geral²⁹⁹.

A isto se resume a participação do particular no sistema de solução de controvérsias do Mercosul, em sua face contenciosa. Ou seja, a participação do particular na face contenciosa do sistema de solução de conflitos do Mercosul é insignificante, pelo que deve ser repensada para fins de possibilitar o seu acesso ao TPR sem a necessidade de interferência dos Estados-partes, tanto no momento postulatório, quanto, e principalmente, na fase de execução das medidas que forem impostas ao um dos Estados do bloco.

Na face consultiva, entretanto, a situação é bem diferente, pois ganhou o particular protagonismo, como se pretende demonstrar no terceiro capítulo.

5. Conclusão Parcial

Como se verificou, no decorrer deste capítulo, a evolução da integração regional formada no Continente Europeu nunca pode ser desassociada de seu Tribunal de Justiça, pois dele emanaram não apenas decisões a solver eventuais controvérsias surgidas entre seus Estados-membros, mas, acima de tudo, advieram manifestações, pela sua via consultiva, que colaboraram de forma decisiva para a constituição de um direito harmonizado dentro do território do bloco. Nas palavras de Alonso García:

Sabido es que el Tribunal de Justicia actuó desde los orígenes de las Comunidades Europeas como auténtico ‘motor de la integración’, en el sentido de decidido impulsor del reconocimiento de su naturaleza *sui generis*, propensa a hacer realidad la cesión de soberanía operada en su favor por los Estados miembros.³⁰⁰

Foi o Tribunal Europeu, portanto, quem moldou o quadro normativo da União Europeia, sendo que para tanto descentralizou o poder jurisdicional que lhe foi conferido por

²⁹⁹ RIBEIRO, Jeanezar Ditz de Souza. *Mercosul: direito da integração e solução de controvérsias*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 78.

³⁰⁰ ALONSO GARCIA, Ricardo. Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de Integración. *Cuadernos de Derecho Público n.º1*. Córdoba: Advocatus, 2008. p. 17.

esta concessão de parcela da soberania dos Estados-membros, pois integrou os tribunais e juízes nacionais, os quais também passaram a ser *juízes comunitários* e, diante disto, responsáveis em igual proporção pela sedimentação e harmonização do direito do bloco.

Em que pese a reconhecida importância de atuação do Tribunal de Justiça europeu na sua faceta contenciosa, protagonismo reconhece-se a sua atuação na função voluntária, mais especificamente oriundo das respostas aos questionamentos prejudiciais que corriqueiramente passaram a lhe ser dirigidos. Por meio das respostas emanadas de reenvios prejudiciais direcionados ao Tribunal de Justiça europeu é que a segurança jurídica do bloco fora se firmando.

Note-se que, por este mecanismo processual, o bloco de integração regional europeu abriu a possibilidade de que todo o cidadão inserido na União Europeia passe a poder invocar o direito do bloco dentro do seu Poder Judiciário de origem. E em qualquer grau de jurisdição, pois confere ao juiz interno a legitimidade de encaminhamento da questão prejudicial para solver um conflito que lhe seja posto e que surja a necessidade de interpretação ou verificação de validade do Direito da União.

Por esta competência dada ao Tribunal de Justiça os Estados-membros da União Europeia, como referido, abrem mão de parcela de sua soberania passando a serem sujeitos de direito neste ambiente de integração. Entretanto, não apenas os Estados-membros passam a ser sujeitos de direito na União Europeia, mas também os seus cidadãos diante do poder que lhes foi conferido de postularem a aplicação do direito da União.

No âmbito da Organização dos Estados Americanos, pela adoção das opiniões consultivas a serem dirigidas à Corte Interamericana sobre Direitos Humanos, constata-se semelhante protagonismo. Desde a primeira Opinião Consultiva emitida no ano de 1982, a qual serviu inclusive para a sua própria delimitação de ingerência, outras vinte e uma lhe seguiram, sendo a vigésima segunda de fevereiro de 2016³⁰¹, o que demonstra a sua importância para o sistema normativo advindo deste processo de integração.

Portanto, a cada atuação da Corte IDH, não só na sua face consultiva, verifica-se o mesmo grau de importância para a consolidação dos direitos humanos nas américas visto no exemplo advindo da União Europeia. E deve-se, ainda, ter em mente, que as opiniões consultivas da Corte IDH inovaram ao alargar a competência para o seu pronunciamento sobre toda a norma relacionada aos direitos humanos, até mesmo fora da Convenção

³⁰¹ Dados levantados até janeiro de 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es. Acesso em 25.01.2017.

Americana de Direitos Humanos, trazendo pra si tal protagonismo.

Evidentemente, embora cada um com suas peculiaridades, o reenvio prejudicial da União Europeia, bem como as opiniões Consultivas da Corte IDH, podem servir de fonte inspiradora para diversos processos de integração regional, como é o caso do Mercosul. Estas experiências podem contaminar o sistema de solução de controvérsias mercosurenho, tanto no procedimento, na obrigatoriedade e na vinculação, quanto na própria utilização de precedentes advindo daquele Tribunal, sendo que para Alonso Garcia, “parece que la creación del Tribunal Permanente de Revisión y, sobre todo, la incorporación al sistema de mecanismo de la opinión consultiva, inspirado en parte en la cuestión prejudicial comunitária, puede llevar a implicar una mayor atención a la doctrina de Tribunal de Justicia europeo”³⁰².

Mas não apenas isto, devem estes exemplos servir para a implementação do instituto das opiniões consultivas no bloco mercosurenho, modificando a tendência atual de quase que total desconhecimento e rara utilização deste valioso instrumento³⁰³. E isto deve ser de responsabilidade de todos os atores jurídicos, sejam eles nacionais ou internacionais.

Como visto nos três exemplos trazidos ao trabalho, foi garantido, aos particulares, o acesso aos tribunais e corte destes blocos. Em todos eles os particulares são protagonistas e passam a ser inseridos definitiva e destacadamente no processo normativo dos blocos, sendo capacitados para invocar a norma da integração sempre que entenderem que ela os protege. Ou seja, são os particulares, da mesma forma, sujeitos de direitos da normativa mercosurenha.

Portanto, a importância do acesso dos particulares nestes três blocos trazidos ao trabalho, que se espera ter ficado demonstrado, refletem exatamente no que se tratará no capítulo três, mais especificamente a teoria do controle de convencionalidade e a importância desta para a harmonização do direito em processos de integração. Aspectos estes que passam a ter relação com a atuação do particular pela competência conferida para postularem opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul.

³⁰² ALONSO GARCIA, Ricardo. Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de Integración. *Cuadernos de Derecho Publico n°1*. Córdoba: Advocatus, 2008. p. 78.

³⁰³ Até o mês de janeiro de 2017, apenas três opiniões consultivas foram respondidas pelo TPR, sendo a última do ano de 2009. Disponível em: http://tprmercosur.org/pt/sol_contr_opiniones.htm. Acesso em 25.01.2017.

CAPÍTULO III. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE, A HARMONIZAÇÃO DO DIREITO E O DIREITO SUBJETIVO DO PARTICULAR EM POSTULAR OPINIÕES CONSULTIVAS AO TPR

1. Considerações Iniciais ao Capítulo

Uma vez visto que todo acordo internacional é seguido de uma normatividade, dotado de fontes e características, bem como a atuação dos tribunais e cortes que normalmente vêm a ser criados para interpretar e fiscalizar a aplicação deste direito, tanto em sua face jurisdicional quanto consultiva, resta verificar a inter-relação entre a norma internacional e a nacional, na busca da harmonização normativa e a participação do particular neste processo.

Por evidente, os Estados, ao reunirem-se em um bloco regional, não possuem de imediato uma simetria normativa, pois, como Estados soberanos que são, estão regidos por uma constituição própria, fruto das escolhas internamente realizadas.

No entanto, em algum momento haverá o choque entre estas normas, seja entre as normas vigentes em cada um dos Estados-partes, seja entre as normas nacionais e as internacionais, advindas desta normatividade editada pelo bloco. É exatamente em razão disto que qualquer intenção integracionista necessita de órgãos com competências específicas de harmonização dos ordenamentos decorrentes dos mais diversos países que o integrem. Se assim não fosse, como refere Vieira,

Uma mesma regra internacional, adotada por um bloco econômico, poderia ser interpretada e aplicada de diversas maneiras em cada um dos Países Membros do processo de integração, seja em razão da diversidade de tradições jurídicas, dos costumes de cada povo, da idiossincrasia das pessoas, etc., o que geraria instabilidade no sistema jurídico, dificultando, desta forma, a integração como finalidade principal do agrupamento de Estados.³⁰⁴

Ou seja, a interpretação do direito tem que se dar por um órgão jurisdicional, o qual, com sua atuação, garanta a correta aplicação das normas dos blocos pelas jurisdições internas dos Estados-partes, o que vem demonstrando-se fundamental para a solidificação destes ambientes integrados.

É em razão disto que se buscou nos exemplos da União Europeia, por seu direito e

³⁰⁴ VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretação e Aplicação Uniforme do Direito da Integração. União Europeia, Comunidade Andina, Sistema da Integração Centro-Americana e Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 21.

pelo seu Tribunal de Justiça, e na Organização dos Estados Americanos, pela Convenção Americana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, elementos para o desenvolvimento do trabalho com o olhar voltado para o Mercosul.

A Corte IDH, notadamente, serve para demonstrar, em que pese decorra de acordo com objeto diverso do Mercosul, a relevância de um órgão desta natureza para o sistema normativo de blocos regionais, especialmente na busca por sua harmonização e respeito por todos os seus Estados-partes. E, como assevera Conti, “a Convenção Americana de Direitos Humanos e sua interpretação derivada das decisões da Corte IDH estão a formar o que denominamos “bloco de convencionalidade””³⁰⁵.

Exatamente em razão disto é que, inicialmente, neste terceiro capítulo, busca-se verificar as características do instituto do Controle de Convencionalidade, o qual tem sido apontado como de alta relevância para a conexão entre o direito internacional, decorrente destes acordos entre Estados, e o direito nacional de cada um dos participantes. Neste cenário, portanto, verifica-se a necessidade de que haja um diálogo entre as cortes internacional e nacionais, ou o que se denominou de “diálogo interjurisdicional”³⁰⁶.

Conexão esta que deve buscar a harmonização entre a norma advinda dos blocos com as internas, bem como entre estas próprias, para que o processo de integração seja efetivado. E verifica-se que é exatamente neste momento que ganha importância a atuação dos organismos internacionais criados com a precípua finalidade de interpretar o direito advindo destes processos. Mas não só eles, pois, como se verá, os órgãos jurisdicionais nacionais também possuem parcela fundamental neste mister, onde cada juiz nacional passa a ser também um juiz internacional, na busca da aplicação coesa da norma convencional. Até porque, como refere Perotti, tendo por exemplo a União Europeia, “la experiencia demuestra que los jueces y tribunales nacionales más propensos al planteamiento de la cuestión prejudicial – sucedáneo de la OC mercosureña – no son los tribunales summos, sino los órganos jurisdiccionales inferiores”³⁰⁷.

Nesta busca por harmonização e validação da norma convencional, ganha relevância a verificação dos atores envolvidos. Dentre eles, não só juízes internacionais ou

³⁰⁵ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O Controle de Convencionalidade como parte de um Constitucionalismo Transnacional fundado na Pessoa Humana. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo: RT. Vol. 10. Ago. 2015. p. 1468.

³⁰⁶ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O Controle de Convencionalidade como parte de um Constitucionalismo Transnacional fundado na Pessoa Humana. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo: RT. Vol. 10. Ago. 2015. p. 1470.

³⁰⁷ PEROTTI, Alejandro Daniel. El Principio de Primacía Del Derecho Del MERCOSUR en las Primeras Opiniones Consultivas del Tribunal Permanente de Revisión. *Revista Judiciária do Paraná*. Curitiba. Ano 7, n. 3, nov. de 2011. p. 34.

nacionais e demais operadores do direito, pois a participação do indivíduo também ganha protagonismo, até porque é ele um dos destinatários finais das normas editadas em acordos internacionais e, como visto, por meio deles ganha capacidade jurídica internacional. Isto se confirma porque, como se verá, em todos os exemplos trazidos ao trabalho tem o indivíduo posição de destaque. E no Mercosul não fora diferente.

Portanto, no presente capítulo, após uma necessária imersão no instituto do controle de convencionalidade e na conseqüente busca pela harmonização do direito, é que se deterá na legitimação de que foram dotados os indivíduos pelo Mercosul, especialmente na competência consultiva do Tribunal Permanente de Revisão. Lembre-se que esta competência consultiva se demonstrou extremamente valiosa para a União Europeia e para o Sistema Americano de Proteção de Direitos Humanos, pelo que, acredita-se, possa vir a gozar da mesma importância para o Mercosul.

2. O controle de Convencionalidade

Quando se fala em controle de convencionalidade é necessário se ter ciência de que se ingressa no tormentoso tema da relação entre convenções ou tratados internacionais e constituições, especialmente pela afirmação de uma possível supraconstitucionalidade das Convenções, as quais teriam a força de invalidar uma norma constitucional quando esta as contrarie. Para Marinoni, “assim, a consequência do controle de convencionalidade seria o de que a norma constitucional que viola o tratado não pode ser aplicada”³⁰⁸.

Compete, preliminarmente, esclarecer que em que pese a defesa, por Mazzuoli, de que a Corte Interamericana, no exercício de sua competência consultiva, não controle a convencionalidade de leis de um Estado, por não ter o poder de invalidá-las, uma vez não tendo força vinculante perante os Estados-partes, mas tão somente seja responsável pela aferição desta³⁰⁹, deve ponderar-se que tanto na manifestação da Corte em sua face contenciosa, quanto na consultiva, acaba por gerar fontes para que o controle de convencionalidade seja exercido pelo juiz interno e pelo próprio organismo internacional.

Como assevera Midón,

³⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 69.

³⁰⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 58.

Es por esta razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos (...) ³¹⁰.

Portanto, com base em qualquer das manifestações da Corte ou Tribunal Internacional, poderá o juiz nacional invalidar uma norma interna no controle difuso de convencionalidade. Ou, como refere Midón, “precisa que el control de convencionalidad que deviene como deber de cada Estado debe realizarse acatando no solo las sentencias de tribunal regional, sino también sus opiniones consultivas” ³¹¹.

Na tentativa de conceituar o Controle de Convencionalidade, Midón, afirma que é “el procedimiento mediante el cual un tribunal verifica se determinado acto legislativo o, en su caso, la omisión de dictarlo, es compatible con los tratados de derechos humanos vigentes en un determinado Estado parte del sistema” ³¹².

E este controle de convencionalidade passa a ser uma responsabilidade tanto dos tribunais internacionais quanto dos próprios juízes internos. Isto por, na atualidade, vivenciarmos um “Estado Constitucional Cooperativo”, como refere Peter Häberle ³¹³. Ou seja, presenciamos uma definição de Estado que não mais é simplesmente um Estado Constitucional voltado exclusivamente para si, mas que também serve de referência para os demais Estados-partes de uma mesma comunidade.

Diante disto, não basta a norma de direito doméstico ser compatível apenas com a sua Constituição, mas também é necessário “estar apta para integrar a ordem jurídica internacional sem violações de qualquer de seus preceitos” ³¹⁴, com refere Mazzuoli. Ou seja, as normas além de passarem pelo crivo da constitucionalidade de um determinado Estado, devem também ser submetidas ao controle de compatibilidade com os tratados que tenha este mesmo Estado ratificado.

Quando se fala nesta interface entre as jurisdições internas e internacionais, “não ignoramos que esta última ostenta uma natureza convencional, coadjuvante e complementar das jurisdições nacionais”, nas palavras de Bazán ³¹⁵, pelo que a cláusula de esgotamento dos

³¹⁰ MIDÓN, Mario A. R. *Control de Convencionalidad*. Buenos Aires: Astrea, 2016. p. 156.

³¹¹ MIDÓN, Mario A. R. *Control de Convencionalidad*. Buenos Aires: Astrea, 2016. p. 157.

³¹² MIDÓN, Mario A. R. *Control de Convencionalidad*. Buenos Aires: Astrea, 2016. p. 71.

³¹³ Em seu livro com este exato nome.

³¹⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 31.

³¹⁵ BAZÁN, Victor. O Controle de Convencionalidade e a necessidade de intensificar um adequado diálogo jurisprudência. *Revista de Direito Público*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público. V. 1, n. 1, jul./set.

recursos internos serve exatamente para demonstrar este aspecto, dando a oportunidade para que o Estado, antes de ser demandado em cortes internacionais, possa reparar eventual infringência à norma da integração.

O controle de convencionalidade como hoje é visto, portanto, tornou-se, nas palavras de Saldanha e Vieira, um “*judicial review* das leis nacionais a partir das normas de direito internacional”³¹⁶. Entretanto, o instituto do “controle de convencionalidade” é muito pouco explorado no Brasil, como se verá adiante, sendo inicialmente utilizado apenas como técnica legislativa para a adequação de seus processos aos comandos advindos dos tratados ratificados pelo país, mais especificamente na área dos direitos humanos, e não com os contornos que hoje adquire, imputando uma face interna, exercida pelos juízes e tribunais nacionais, e uma externa, exercida pelos tribunais e cortes internacionais.

2.1. Características do Controle de Convencionalidade

Dentre estes tratados e convenções citados no trabalho, merece especial atenção, no campo do controle de convencionalidade, o Pacto de San José da Costa Rica, que veio, como visto, a criar a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A importância do controle de convencionalidade para o Pacto e para a comunidade internacional é notória, pois como assevera Sagüés:

Dicho “control de convencionalidad” se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos por el Pacto. Concomitantemente, también es un instrumento de sumo interés para construir un *ius commune* interamericano, en materia de derechos personales y constitucionales³¹⁷.

Diante disto é que se justifica a utilização do sistema interamericano de direitos humanos como um norteador desta parte do trabalho, pois, sem dúvidas, representa um marco importante para a caracterização do instituto do “Controle de Convencionalidade”.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em que pese se tenha notícia da utilização do termo “Controle de Convencionalidade” pela primeira vez pelo Juiz

2003, p. 219.

³¹⁶ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Lucas Pacheco. As Origens do Controle Jurisdicional de Convencionalidade. *Revista de Pesquisa em Direito Libertas*. V. 1, n 1, 2014. p. 2. Acessível em: <http://www.periodicos.ufop.br/pp/index.php/libertas/article/view/255>. Acesso em 23.11.2016.

³¹⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*. Santiago, n. 1, ano 8, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>. Acesso em: 24.09.2016. p. 119.

Sergio García Ramírez, no Caso Myrka Mack Chagas contra a Guatemala³¹⁸, fora por ocasião do seu voto no Caso Tibi contra o Equador³¹⁹ que estabeleceu a íntima relação comparativa entre o trabalho exercido pela Corte IDH com as Cortes Constitucionais nacionais, onde aquela deve analisar a correspondência entre as normas internas e as normas, princípios e valores convencionados.

A partir deste momento histórico, portanto, a Corte IDH, por meio das decisões que seguiram, passou a moldar o instituto, ditando suas características principais, sendo uma das precursoras neste campo.

2.1.1. O Controle de Convencionalidade Externo e Interno

Como referido, há que se ter consciência, ainda, que o controle de convencionalidade é de responsabilidade dos tribunais nacionais – Controle de Convencionalidade em sede nacional ou interno – e também dos tribunais internacionais – Controle de Convencionalidade em sede internacional ou externo³²⁰ –, estes advindos das mais variadas convenções e tratados firmados pelos Estados, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos e outros que lhe seguiram nesta matéria.

A Corte IDH, como guardiã máxima das normas de direitos humanos no âmbito das Américas, é o órgão encarregado de fazer o controle de convencionalidade dentro do sistema interamericano de direitos humanos. Atua, portanto, como um tribunal externo aos Estados-parte pela simples razão de se tratar de um tribunal internacional construído com esta precípua finalidade.

A Corte IDH faz este controle quando em suas decisões “descarta normas locais, incluso constitucionales, opuestas al Pacto de San José de Costa Rica”³²¹, como assevera Sagüés. Ou seja, faz com que os ordenamentos nacionais respeitem a convencionalidade no âmbito internacional em que exerça sua competência.

Na sua face externa, o controle de convencionalidade passa a existir com a própria vigência da Convenção Americana de Direitos Humanos, uma vez que a criação da Corte Interamericana é justificada exatamente nesta competência. Como é possível notar, a Corte

³¹⁸ CORTE IDH. Caso Myrka Mack Chagas vs. Guatemala. N. 101, Série C, de 25.11.2003, § 27.

³¹⁹ CORTE IDH. Caso Tibi vs. Equador. N. 114, Série C, de 07.09.2004. § 3º

³²⁰ Expressões utilizadas por Sangüés. SANGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*. Año 8, Nº 1, 2010, p. 119.

³²¹ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*. Santiago, n. 1, ano 8, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>. Acesso em: 24.09.2016.

fica encarregada da fiscalização das normatizações nacionais, as quais não podem ir de encontro com o estabelecido pelo documento internacional, pois, uma vez isto ocorrendo, a consequência será a invalidade desta norma interna.

Portanto, embora sem utilizar expressamente o termo controle de convencionalidade³²², a Corte Interamericana de Derechos Humanos assim já procedia desde o momento em que emitiu a primeira decisão jurisdicional pelos seus juízes, uma vez que já fiscalizava a correta interpretação e aplicação da norma americana em matéria de direitos humanos, seja ela advinda da Convenção Americana ou de outros acordos que lhe seguiram neste campo.

A competência da Corte Interamericana de Derechos Humanos em controlar a convencionalidade das normas dos continentes americanos em matéria de direitos humanos é exercida não apenas na sua face contenciosa, mas também pela sua face consultiva, representada pelas opiniões consultivas, sobre as quais deteve-se anteriormente.

Cabe lembrar que inexistente diferença de tratamento entre as manifestações advindas da Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pouco importa se a interpretação que se dá às normas americanas sobre direitos humanos venham pela via jurisdicional ou consultiva, pois o que é relevante é que “el tribunal ha agregado *algo* al contenido inicial del Pacto, aunque el texto literal de éste no ha variado”³²³, sendo que com a interferência da Corte a norma ganha maior valoração do que o próprio texto nela inserido, uma vez que já interpretada pelo organismo do sistema que detém esta competência soberana.

Na sua face interna, o termo controle de convencionalidade, como visto, teve início por provocação do juiz García Ramírez e veio a ser tratada pelo plenário da Corte no ano de 2006, no Caso Almonacid Arellano e outros contra o Chile, quando deixou claro que mesmo se afirmando que juízes e tribunais internos estejam sujeitos à legislação de seus respectivos Estados originários, quando este ratifica um acordo internacional, a exemplo da Convenção Americana, seus juízes, como seus integrantes, também ficam a ele submetidos. Com isto, “el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos

³²² A primeira oportunidade em que expressamente utilizou-se o termo “controle de convencionalidade” fora no voto do juiz García Ramírez, no Caso Myrna Mack Chang contra a Guatemala, julgado em 25.11.2003 (CIDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. 25.11.2003. Série C, nº 101, § 27. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em 25.10.2016.

³²³ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*. Año 8, Nº 1, 2010. p. 125. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>. Acesso em: 24.09.2016.

Humanos”³²⁴.

Nesta mesma decisão, ainda, evidencia-se que a tarefa dada aos órgãos jurisdicionais internos vai além do controle de convencionalidade com relação à Convenção Americana, pois devem os juízes e tribunais nacionais também reconhecer e aplicar as interpretações que venha a dar a própria Corte Interamericana em matéria de direitos humanos, pois se trata de sua intérprete máxima.

Pelo controle de convencionalidade, portanto, passa-se a verificar um nítido contato entre juízes nacionais e internacionais, assim como entre, até mesmo, juízes de Estados distintos. Nas palavras de Conci, “trata-se do que se define como diálogo entre cortes ou diálogo interjurisdicional”³²⁵. Passa a existir, como defende este mesmo autor, um diálogo horizontal entre as cortes nacionais e internacionais³²⁶.

Em decisão do mesmo ano, Caso Trabajadores Cesados del Congreso contra Peru, julgado em 24.11.2006, o papel dos juízes e tribunais internos, no controle de convencionalidade, mais uma vez foi destacado, sendo que a Corte, como assevera Sagüés, “parece indicar que el juez que está habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, debe asimismo practicar el control de convencionalidad”³²⁷. Ou seja, passam juízes e tribunais nacionais a exercer um duplo controle: de constitucionalidade e de convencionalidade³²⁸.

Os juízes internos passam a realizar o que Midón refere como um controle difuso de convencionalidade, e “convierte al juez nacional en juez interamericano, en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH

³²⁴ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano e outro vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 154. § 124.

³²⁵ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O Controle de Convencionalidade como parte de um Constitucionalismo Transnacional fundado na Pessoa Humana. *Revista de Processo*. São Paulo: RT. Ano 39. Vol. 232. Jun. 2014. p. 371.

³²⁶ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O Controle de Convencionalidade como parte de um Constitucionalismo Transnacional fundado na Pessoa Humana. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, Ano 39. Vol. 232. Jun. 2014. p. 371.

³²⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*. Año 8, Nº 1, 2010. p. 121. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>. Acesso em: 24.09.2016.

³²⁸ Sagüés traz a problemática em relação a este duplo controle nos sistemas jurídicos internos em que o controle de constitucionalidade seja exclusivamente concentrado, ou seja, realizado apenas por sua Corte Suprema. Em tais casos, para ele, poderia o juiz incompetente para declarar a constitucionalidade (e por consequência a convencionalidade) de uma norma, utilizar-se dos mesmos mecanismos de envio à Corte casos em que envolvam declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. O que importa, segundo este autor é que, em todos os casos, “no se desemboque en una vía muerta y aceptar que no haya, en la esfera nacional, control de convencionalidad”. SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*. Año 8, Nº 1, 2010. p. 121. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>. Acesso em: 24.09.2016.

que interpreta dicha normatividade”³²⁹. Ou seja, exercem um controle interno prévio confrontando a norma interna com a norma internacional, mas sempre em um caso concreto que lhes seja submetido.

2.1.2. O Controle de Convencionalidade “ex officio”

Estas duas decisões paradigmáticas, Caso Almonacid Arellano e outros contra o Chile e Caso Trabajadores Cesados del Congreso contra Peru, que são complementares entre si, deixam claro, ainda, que o controle de convencionalidade, além de ser um direito invocável pelas partes nos processos internos, deve ser exercido de ofício pelos juízes nacionais, sempre na intenção de assegurar o “efeito útil”³³⁰ da Convenção Americana. Portanto, nas palavras de Sagüés,

La directriz de la Corte Interamericana obliga al juez local a practicar *directamente* el control de convencionalidad, en el sentido que ese oficio no necesita estar autorizado por la Constitución o por las autoridades domésticas, todo ello sin perjuicio de lo que ya hemos apuntado sobre la competencia para hacerlo. Más todavía: si una norma local, constitucional o subconstitucional, intentara impedir el control de convencionalidad el juez apto para realizar control de constitucionalidad, esa regla concluiría necesariamente “inconvencional”, por oponerse, (...), a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como se pode notar, este comando advindo da Corte imputa aos juízes nacionais o conhecimento das normas internacionais do sistema interamericano, não podendo escusar-se de aplicá-las sob o argumento de desconhecê-las. O que vem a reforçar a atual necessidade de diálogo entre jurisdições nacionais e internacionais.

A aplicação da norma convencional de ofício pelos juízes nacionais não quebra a sua isenção ou configura decisão *extra petita*, pois se trata, tão somente, da aplicação do direito ao fato trazido pelas partes, e esta é uma atribuição exclusiva do magistrado.

2.1.3. A Norma Interna passível de Controle de Convencionalidade e o momento de invocá-la

Outro aspecto importante que se retira da jurisprudência da Corte Interamericana a respeito do controle de convencionalidade diz respeito ao tipo de norma nacional que pode ser

³²⁹ MIDÓN, Mario A. R. *Control de Convencionalidad*. Buenos Aires: Astrea, 2016. p. 99.

³³⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*. Año 8, Nº 1, 2010. p. 123. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>. Acesso em: 24.09.2016.

atacada pela declaração de inconvenção.

Da leitura das decisões citadas, verifica-se que falam elas apenas em “normas internas”, sem especificar a sua natureza específica. Portanto, poderiam ser objeto de controle de convencionalidade leis, decretos, resoluções e, até mesmo, a própria constituição de um Estado.

Ou seja, reconhecer-se-ia na convenção incorporada por um determinado Estado o seu caráter “supraconstitucional”. Nas palavras de Sagüés, “se parte tácitamente del supuesto de que el Pacto de San José de Costa Rica se encuentra por encima de *todo* el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a la propia constitución”³³¹.

Exemplo do caráter supraconstitucional da Convenção Americana pode retirar-se do caso conhecido como “A última tentação de Cristo”, quando a Corte Interamericana impôs ao Chile uma modificação constitucional para fins de supressão de seu texto do que fora considerado como censura prévia e infração aos direitos de liberdade de expressão e pensamento, explicitamente assegurados no ordenamento americano³³².

No entanto, esta matéria está longe de ser considerada pacificada. Por conta disto é que Sagüés qualifica este ponto como o “tendão de Aquiles” da doutrina do controle de convencionalidade³³³. Até porque inexiste simetria de tratamento entre os Estados-partes, pois a Convenção ora é ser considerada de hierarquia igual às leis ordinárias internas, ora superiores a elas, mas inferiores à Constituição, ou, no máximo, equiparada a esta. Portanto, mesmo nos casos em que se admita a igualdade hierárquica entre Constituição e Convenção, acaba por afastar superioridade desta em relação a aquela, ou seja, nega-se a supraconstitucionalidade implicitamente.

A superioridade hierárquica da Convenção sobre as Constituições dos Estados-partes do Sistema Americano de Direitos Humanos é defendida por Sagüés ao ponto de afirmar que os Estados que vierem a recusar a supraconstitucionalidade resta, tão somente, uma saída, que é denunciar ao Pacto, pois “lo que no parece honroso es ratificar el Pacto y después argumentar que no cumple alguna de sus cláusulas porque ella no coincide con su Constitución”³³⁴.

³³¹ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*. Año 8, Nº 1, 2010. p. 124. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>. Acesso em: 24.09.2016.

³³² Corte IDH. *Caso Olmedo Bustos e outros vs. Chile*. Sentença de 05 de fevereiro de 2001. Série C, nº 73.

³³³ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*. Año 8, Nº 1, 2010. p. 124. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>. Acesso em: 24.09.2016.

³³⁴ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*. Año 8, Nº 1, 2010. p. 125. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>.

Deve-se atentar, ainda, para o fato de que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 22 de maio de 1969, em seu art. 27, é clara ao estabelecer que as partes que a firmaram não podem invocar aspectos da sua norma interna para justificar o incumprimento de compromissos assumidos por um tratado. E, como refere Bazán, “em tal expressão – ‘direito interno’ –, naturalmente está compreendida a Constituição”³³⁵.

A própria Corte IDH, quando da resposta à opinião consultiva nº 4/84, de 11 de janeiro de 1984, já esclareceu a questão:

siempre que un convenio internacional se refiera a "leyes internas" sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, la referencia es para toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales³³⁶.

Compete ainda ressaltar que, no que diz com o momento em que o controle de convencionalidade pode ser invocado, a Corte, num primeiro momento, lançou o entendimento de que somente poderia exercer o controle de convencionalidade quando determinada norma infratora fosse aplicada a um caso concreto.

No entanto, esta interpretação começou a ser questionada por ocasião do voto dissidente do ex-juiz Cançado Trindade, no caso *El Amparo contra Venezuela*, quando afirmou que

la propia existencia de una disposición legal puede *per se* crear una situación que afecta directamente los derechos protegidos por la Convención Americana. Una ley puede ciertamente violar estos derechos en razón de su propia existencia, y, en la ausencia de una medida de aplicación o ejecución, por la *amenaza* real a la(s) persona(s), representada por la situación creada por dicha ley³³⁷.

Portanto, para Cançado Trindade, o controle da legislação nacional em abstrato é viável, não necessitando que esta tenha que necessariamente causar algum dano em concreto, bastando que tenha potencial para tanto. Negar este direito seria negar o dever de prevenção, princípio este consagrado em reiteradas decisões da própria Corte.

Acesso em: 24.09.2016.

³³⁵ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O Controle de Convencionalidade como parte de um Constitucionalismo Transnacional fundado na Pessoa Humana. *Revista de Processo*. São Paulo: RT. Ano 39. Vol. 232. Jun. 2014. p. 225.

³³⁶ Corte IDH. *OC-4/84*, de 19 de janeiro de 1984. Serie A. No. 4, § 14º.

³³⁷ Corte IDH. *Caso El Amparo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas*. Sentença de 14 de setembro de 1996. Serie C, nº 28. § 2.

Tal entendimento fora sacramentado por ocasião de julgamento do caso Suárez Roseto contra o Equador³³⁸, quando a Corte reconheceu sua competência para declarar a inconvenção de norma que violara seu texto, mesmo que a norma não tenha sido aplicada em concreto.

Por fim cabe referir que o controle de convencionalidade também terá lugar quando o Estado se omitir em cumprir os direitos que se obrigou a incorporar a seu ordenamento interno, como refere Midón³³⁹.

2.1.4. O Conflito entre a Ordem Interna e a Internacional. O Princípio *pro homine*.

Nos sistemas de proteção dos direitos humanos um aspecto o diferencia dos demais tratados internacionais quando se apura um eventual conflito entre normas. Este aspecto consiste no que se denomina de *Princípio pro homine*, também chamado de primazia da norma mais favorável³⁴⁰.

Por este princípio, sempre que houver conflitos entre a norma interna e a internacional, prevalece aquela que for mais favorável ao ofendido. Assim, como refere Ramos, “a primazia da norma mais favorável nos leva a aplicar quer a norma internacional, quer a norma interna, a depender de qual seja mais favorável ao indivíduo”³⁴¹.

Como se pode notar, por esta cláusula, resta esvaziada eventual discussão sobre a aplicação da norma interna ou nacional, pois não existe hierarquia ou primazia entre elas, devendo ser aplicada a norma que melhor defenda os interesses da vítima.

Também por ela, não poderá ser invocada a Convenção Americana se existir outro tratado dentro do sistema americano que da mesma forma seja vantajoso para o ofendido em seus direitos humanos. E isto decorre diretamente do art. 29-B da própria Convenção, o qual estabelece que nenhuma disposição deste acordo pode ser interpretado no sentido de “limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados”.

Cabe ainda mencionar que este princípio comporta uma aplicação para além da norma

³³⁸ Corte IDH. *Caso Suárez Roseto Vs. Equador*. Sentença de 21 de maio de 2013. Serie C No. 261.

³³⁹ MIDÓN, Mario A. R. *Control de Convencionalidad*. Buenos Aires: Astrea, 2016. p. 104.

³⁴⁰ RAMOS, André de Carvalho. O impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos na relação do direito internacional e o direito interno. *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília. Ano I, n. 4, jul./set., 2002. p. 68.

³⁴¹ RAMOS, André de Carvalho. O impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos na relação do direito internacional e o direito interno. *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília. Ano I, n. 4, jul./set., 2002. p. 68.

mais acolhedora dos direitos humanos, mas, também, na escolha da norma, dentre aquelas que o desfavoreçam, a menos restritiva.

Como refere Gomes, “as normas de direitos humanos, como se vê, se retroalimentam, se complementam (não são excludentes, sim, complementares). Vale para elas a hermenêutica da compatibilização ou da otimização dos direitos”³⁴².

Este princípio se alimenta exatamente da razão de existência dos acordos internacionais no campo do Direitos Humanos, os quais, diferentemente dos demais, não nascem para regular as relações entre Estados, mas sim com o precípua objetivo de garantir a todo ser humano o pleno exercício dos atributos que lhes são inerentes pela condição humana.

Portanto, como refere Gomes,

Diante do concurso simultâneo de normas (concorrência de normas ou conflito aparente de normas), sejam elas internacionais, sejam elas internacionais e internas (domésticas), observando-se que estas últimas podem ser constitucionais ou não, deve (sempre) ser eleita e aplicada a norma (internacional ou doméstica) (a) que garante mais amplamente o gozo do direito ou (b) que admita menos restrições ao seu exercício ou (c) que sujeite as restrições a um maior número de condições². Muitas vezes é a norma doméstica que prepondera sobre a internacional. Outras, ao contrário³⁴³.

Ou seja, o Princípio *pro homine* vem para garantir a efetivação dos direitos humanos, independentemente de qual ordenamento jurídico seja a sua fonte, pouco importando a discussão se os tratados têm caráter constitucional, infraconstitucional ou apenas supralegal.

2.2. O Controle de Convencionalidade no Brasil

Como já anunciado, o instituto do Controle de Convencionalidade é pouco difundido no Brasil³⁴⁴. Em termos de decisões de nossas Cortes, ou juizados, é quase que inexistente. No presente trabalho, destacam-se dois acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, os quais serão adiante analisados.

Talvez, boa parte desta pouca consideração ao controle de convencionalidade decorra

³⁴² GOMES, Luiz Flávio. *Direitos Humanos e a regra interpretativa “pro homine”*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI42806,41046-Direito+dos+direitos+humanos+e+a+regra+interpretativa+pro+homine>. Acesso em 10.01.17.

³⁴³ GOMES, Luiz Flávio. *Direitos Humanos e a regra interpretativa “pro homine”*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI42806,41046-Direito+dos+direitos+humanos+e+a+regra+interpretativa+pro+homine>. Acesso em 10.01.17.

³⁴⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 129.

da forma em que vieram a ser regulamentados os processos de recepção das convenções e tratados internacionais pelo Brasil. E esta é a razão precípua de fazer-se uma breve incursão nesta temática tão polêmica. Tema este que acaba por refletir na internalização dos documentos internacionais no ordenamento interno, refletindo no direito do particular em vê-los aplicados pelos tribunais brasileiros.

2.2.1. A recepção dos Tratados pelo Ordenamento Brasileiro

A Constituição brasileira de 1988, em seu art. 5º, § 2º, preconizou que os direitos e garantias nela expressos não afastam outros decorrentes dos tratados internacionais que o Brasil faça parte. Entretanto, por meio da Emenda Constitucional nº 45, uma nova norma fora incluída em seu corpo, acrescentando um § 3º ao referido artigo 5º, o qual estabeleceu: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Com isto, como refere Sarlet³⁴⁵, inaugurou-se uma nova fase no debate sobre a recepção dos tratados pelo ordenamento jurídico nacional. O primeiro ponto posto em discussão a partir desta modificação constitucional foi se os tratados incorporados ao sistema jurídico brasileiro antes dela teriam ou não o *status* de emenda constitucional. Sarlet³⁴⁶ argumenta que assim não podem ser considerados em razão da distinção entre os procedimentos legislativos, pois se poderia transmutar um decreto legislativo, aprovado apenas com exigência de maioria, em uma emenda constitucional. Já Francisco³⁴⁷ argumenta que todos os tratados de direitos humanos anteriores a modificação são automaticamente recepcionados em decorrência de sua compatibilidade material. No entanto, o STF já foi chamado a decidir sobre o tema e sentenciou que apenas os tratados recepcionados pelo procedimento do § 3º do art. 5º da CF é que passam a ser parte integrante do corpo

³⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na perspectiva do assim chamado Controle de Convencionalidade. In. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 88.

³⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na perspectiva do assim chamado Controle de Convencionalidade. In. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 88.

³⁴⁷ FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. In. TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora (orgs.). *Reformas do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 103.

constitucional³⁴⁸.

Entretanto, como refere Sarlet,

Há como sustentar que os tratados internacionais (que já são materialmente constitucionais e, portanto, (...) *já possuem hierarquia constitucional* por força do próprio art. 5º, § 2º, da CF!) também poderão ser formalmente constitucionais – ainda que não inseridos no corpo permanente do texto constitucional – caso forem aprovados, a qualquer momento, pelo procedimento reforçado instituído pelo art. 5º, § 3º, da CF³⁴⁹.

Ou seja, por este entendimento, o rito inserido pelo § 3º do art. 5º da CF apenas serviria de reforço ao caráter materialmente constitucional que todo Tratado recepcionado pelo Brasil já possui, dando a ele também aspectos formais.

Por outro lado, a própria constitucionalidade deste § 3º do art. 5º é questionada, pois em se admitindo que os demais tratados em matéria de direitos humanos, que não sejam recepcionados pelo rito por ele criado, tenham apenas força de lei, estar-se-ia, como refere Sarlet, “restringindo, desta forma, o próprio regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais oriundos dos tratados”³⁵⁰, bem como de todos os tratados recepcionados sob a égide do § 2º deste mesmo artigo.

Como visto anteriormente, a vingar o princípio *pro homine*, esta discussão não ganharia maiores contornos práticos no que diz respeito aos tratados no campo dos direitos humanos, pois necessariamente a norma mais favorável ao indivíduo deverá ser aplicada. No entanto, a forma de recepção dos demais tratados, desvinculados dos direitos humanos, como o de Assunção, ganha contornos importantes para o Controle de Convencionalidade e a sonhada harmonização do direito decorrente deste bloco.

Compete referir que para a internalização dos demais tratados, que não envolvam direitos humanos declaradamente, competirá, primeiramente, por força do art. 49, inc. I da Constituição Federal, ao Congresso Nacional iniciar o procedimento, o qual se perfectibilizará por um Decreto Legislativo, que aprova o tratado e, ao mesmo tempo, autoriza o Presidente

³⁴⁸ STF, DJ de 05.07.2009. RE 466.343/SP, Rel. Ministro Cezar Paluso.

³⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na perspectiva do assim chamado Controle de Convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 94.

³⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na perspectiva do assim chamado Controle de Convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 94.

da República a ratifica-lo, quem, por Decreto Executivo, também o promulga. Com isto o tratado passa a ter vigor interno pelo sistema de recepção brasileiro.

Inexiste qualquer definição, no ordenamento brasileiro, sobre o *status* que assume este tratado ao ingressar no corpo jurídico nacional. No entanto, deve ser lembrado que o STF, por ocasião do julgamento do HC 73044³⁵¹, já afirmara o caráter infraconstitucional dos tratados recepcionados pelo Brasil, sendo supralegal quando tratem de direitos humanos, tão somente.

No entanto, em recente decisão, de 25 de maio de 2017³⁵², veio a Corte máxima brasileira a estender a supralegalidade aos demais tratados, mesmo quando sem correlação com os direitos humanos. Isto ocorreu por ocasião do julgamento do RE 636331 e ARE 766618, quando, ao decidir a respeito de prazo prescricional para a postulação de indenização por extravio de bagagens, definiu o STF que a Convenção de Varsóvia e Montreal têm prevalência sobre o Código de Defesa do Consumidor, tendo a Ministra Rosa Weber, em seu voto, declarado expressamente a supralegalidade de tratados ou convenções desta natureza.

2.2.2. A atuação do juiz brasileiro diante dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Em que pese toda a discussão a respeito da polêmica forma de recepção dos tratados no Brasil, há espaço para o controle de convencionalidade, sendo que, embora de forma tímida, já há precedentes em nossa corte constitucional. Portanto, o juiz brasileiro tem participação neste processo, exercendo o papel de verdadeiro juiz internacional para a realização do controle de convencionalidade interno.

Mesmo que o Supremo Tribunal Federal entenda que as normas convencionais tenham apenas natureza supralegal, pelo menos em dois julgamentos exerceu o controle de convencionalidade, invocando normas advindas do Pacto de San Jose da Costa Rica.

O primeiro deles ocorreu quando fora instado a pronunciar-se a respeito da manutenção da prisão civil do depositário infiel em contratos de alienação fiduciária em garantia, o que até então era permitido por sua equiparação com o depositário comum do direito civil. Alegou-se a incompatibilidade da norma constitucional esculpida no art. 5º, inc. LXVII, em face do art. 7, nº 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos vedar a prisão por dívidas, excetuada a decorrente de alimentos.

Num primeiro momento, a Corte Constitucional brasileira, no HC 73.044-SP, veio a

³⁵¹ STF, DJ de 19.03.1996. HC 73.044-SP, Rel. Ministro Maurício Correa.

³⁵² STF, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344530>. Acesso em 01.06.2017.

enunciar a soberania da Constituição brasileira, tendo constado de sua ementa:

Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica, ("ninguém deve ser detido por dívida": "este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar") deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição.³⁵³

Esta posição do STF passou a ser revista com o julgamento do RE 466.343/SP³⁵⁴, em que inicialmente o relator, Ministro Cezar Paluso, encaminhou o voto no sentido da inviabilidade da prisão civil por inconstitucionalidade da lei que equiparava a alienação fiduciária em garantia com os contratos de depósito, pois tão somente este era excetuado pelo inc. LXVII do art. 5º da CF.

No entanto, após interrupção, por pedido de vistas em 2006, a Suprema Corte veio a decretar, de forma unânime, a ilegalidade da prisão por dívida civil, qualquer que seja a sua natureza, por ferir o Pacto de San José da Costa Rica. Ou seja, embora sem manifestação expressa neste sentido, o STF acabou por exercer sua competência no controle de convencionalidade, afastando, inclusive, a norma constitucional esculpida no art. 5º, inc. LXVII. Embora não expressamente, portanto, admitiu-se a supraconstitucionalidade do Pacto de San José da Costa Rica.

O segundo exemplo decorre do famoso e polêmico julgamento da ação penal nº 470, mais conhecida como “Mensalão”, quando se questionou o fato de haver a necessidade de exercício do duplo grau de jurisdição em processos de competência originária do STF. Decidiu-se que sim, e o mecanismo para tanto seriam os Embargos Infringentes, previstos no Regimento Interno da Corte, mais especificamente em seu art. 333, inc. I.

O Ministro Celso de Mello, em seu voto, faz expressa referência ao fato de que o duplo grau de jurisdição é uma das obrigações assumidas pelo Brasil na medida em que ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, pois esta garantia decorre do seu art. 8º, nº 2, alínea “h”. Refere, ainda, que na medida em que o país também reconheceu como obrigatória a jurisdição e competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, veio a admitir o controle de convencionalidade exercido por ela. Nas exatas palavras do Ministro Celso de Mello:

³⁵³ STF, DJ de 19.03.1996. HC 73.044-SP, Rel. Ministro Maurício Correa.

³⁵⁴ STF, DJ de 05.07.2009. RE 466.343/SP, Rel. Ministro Cezar Paluso.

Esse direito ao duplo grau de jurisdição, consoante adverte a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é também invocável mesmo nas hipóteses de condenações penais em decorrência de prerrogativa de foro, decretadas, em sede originária, por Cortes Supremas de Justiça estruturadas no âmbito dos Estados integrantes do sistema interamericano que hajam formalmente reconhecido, como obrigatória, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação do Pacto de São José da Costa Rica.³⁵⁵

Por fim, importante mencionar que o referido Ministro fez expressa referência ao fato de que a normativa nacional não poderia ser oposta à Convenção em razão do art. 27 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados.

Como se pode notar, portanto, pelo menos dois precedentes de atuação de juízes brasileiros, nos casos, juízes da Corte Suprema, em questões que envolvam o controle de convencionalidade existem no país, o que parece legitimar a atuação dos magistrados nacionais, independentemente do grau de jurisdição, neste mecanismo de controle.

Por outro lado, pode-se constatar que a utilização do controle de convencionalidade por juízes brasileiros é quase que nenhuma³⁵⁶. Assim como é pouco invocado pelos próprios advogados militantes nos foros nacionais. Como refere Appio, “os juízes brasileiros não têm considerado as convenções internacionais sobre direitos humanos como fonte formal e material para as suas decisões”³⁵⁷, muito embora possam aplicá-la até mesmo de ofício.

3. A Harmonização do Direito pelas Cortes Internacionais

As manifestações advindas das cortes internacionais, sejam elas na face jurisdicional ou na face consultiva, por meio do controle de convencionalidade, acabam remetendo a almejada harmonização do direito advindo de acordos internacionais, neste diálogo que passaram a ter com as normas internas dos Estados firmatários destes documentos internacionais, os quais, inclusive, admitem a jurisdição destes órgãos jurisdicionais externos.

Deste diálogo, em que não se pretende identificar uma hierarquização entre tribunais internacionais e nacionais, nasce um vínculo de cooperação recíproca na interpretação do

³⁵⁵ STF. Ação Penal 470. Decisão de 18.03.2013. Ministro Celso Mello. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiantociastf/anexo/ap_470_embargos_infringentes.pdf. Acesso em 13.01.2017.

³⁵⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 129.

³⁵⁷ APPIO, Eduardo. Os Juízes e o Controle de Convencionalidade no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 210-211.

direito que advém destes acordos regionais ou multilaterais. Até porque, não é apenas a norma internacional que alimenta a norma interna, pois, nesta troca, o caminho inverso também é testemunhado. Ou seja, muitos dos *standards* na norma internacional têm por fonte de inspiração exatamente uma norma surgida do ordenamento nacional, formando um sistema jurisprudencial que dialoga e que mutuamente se aperfeiçoa.

Como se pode notar, ainda, as cortes, ao interpretarem normas internacionais, estão na busca da efetivação dos preceitos editados a partir de determinada convenção ou tratado que as instituiu. E também não pode se deixar de perceber que tanto quando decidam disputas ou quando atuam como órgãos consultivos, buscam uma unidade internacional do direito lá criado.

3.1. O Papel Harmonizador do Tribunal de Justiça da União Europeia

Não há como negar que no âmbito da União Europeia, o seu Tribunal de Justiça “vem exercendo desde sua criação um papel fundamental na garantia do equilíbrio das instituições comunitárias e na preservação da unidade, coerência e eficácia da ordem jurídica comunitária”³⁵⁸, como asseveram Saldanha e Viera.

Até porque, a harmonização do direito da União veio a concretizar-se como um elemento fundamental para o bloco, sendo que, sem ela, princípios da primazia e da aplicação direta, vistos anteriormente, não se manteriam. E, como asseveram Saldanha e Vieira,

As Cortes e os juízes nacionais viram-se obrigados a compatibilizar a ordem nacional com as normas comunitárias, tanto primárias como secundárias, originárias e derivadas. Trata-se, sem dúvidas, da realização do controle de convencionalidade por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia, caracterizado por uma grande sofisticação, principalmente em relação às sentenças que estabeleceram o princípio da primazia do direito comunitário³⁵⁹.

E não se deve olvidar que estes princípios pilares do Direito da União Europeia foram firmados por meio de questionamentos enviados para o seu Tribunal de Justiça, sendo que, com muita probabilidade, reitera-se, este bloco não teria alcançado o nível de uniformização

³⁵⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Lucas Pacheco. As Origens do Controle Jurisdicional de Convencionalidade. *Revista de Pesquisa em Direito Libertas*. V. 1, n 1, 2014. p. 4. Acessível em: <http://www.periodicos.ufop.br/pp/index.php/libertas/article/view/255>. Acesso em 23.11.2016.

³⁵⁹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Lucas Pacheco. As Origens do Controle Jurisdicional de Convencionalidade. *Revista de Pesquisa em Direito Libertas*. V. 1, n 1, 2014. p. 8. Acessível em: <http://www.periodicos.ufop.br/pp/index.php/libertas/article/view/255>. Acesso em 23.11.2016.

dos ordenamentos internos dos Estados–membros, assim como não haveria a supremacia do direito da União sobre os nacionais, sem a sua participação decisiva. Como alerta Saldanha,

A mais importante contribuição da farta jurisprudência do Tribunal de Justiça, no âmbito do reenvio prejudicial, foi a construção, lapidação e afirmação dos princípios da aplicabilidade direta ou imediata, e da primazia da ordem jurídica comunitária, os quais surgiram, (...), justamente numa época em que, passados os primeiros anos de entusiasmo, a integração europeia começava a dar sinais de esvaziamento, especialmente porque os Estados-Membros buscavam o controle da máquina administrativa e da política comunitária³⁶⁰.

Portanto, parece bastante claro que a coesão e harmonização dos Estados-membros e de suas respectivas normas internas somente seria possível pela existência de um organismo encarregado de dizer o direito da União, e a ele sujeitando todos.

Nesta missão o Tribunal Europeu não atua sozinho, pois conta com a colaboração efetiva dos organismos jurisdicionais interno dos Estados-membros. Os juízes nacionais, no sistema da União Europeia, também possuem fundamental participação para a homogeneidade do direito unional, pois dirigem ao Tribunal questionamentos “para poderem, por exemplo, verificar a conformidade da respectiva legislação nacional com este direito”, como leciona Jaeger Junior³⁶¹. Nas palavras de Saldanha, “ante a falta de competência genérica do Tribunal de Justiça, os Tratados constitutivos confiaram às jurisdições nacionais a missão de aplicar as normas comunitárias, estabelecendo, com isso, verdadeiro sistema de cooperação jurisdicional entre eles”³⁶².

Portanto, “a aplicação do direito comunitário nos diferentes Estado-Membros da União Europeia está vinculada às instâncias nacionais, fazendo com que os tribunais nacionais funcionem como verdadeiros tribunais comuns de direito comunitário”³⁶³. Sempre com um olhar para a uniformização buscada pelo bloco europeu, podendo-se constatar o controle de convencionalidade atuando, tanto na sua face externa, como na face interna.

3.2. O papel harmonizador da Corte Interamericana de Direitos Humanos

³⁶⁰ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação Jurisdicional. Reenvio Prejudicial: Um Mecanismo de Direito Processual a Serviço do Direito Comunitário. Perspectiva para sua Adoção no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2001. p. 37.

³⁶¹ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercados Comum e internos e liberdades econômicas fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 211.

³⁶² SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação Jurisdicional. Reenvio Prejudicial: Um Mecanismo de Direito Processual a Serviço do Direito Comunitário. Perspectiva para sua Adoção no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2001. p. 23.

³⁶³ LOPES, Marcelo Leandro Pereira. O Tribunal de Justiça da União Europeia e a Construção do Direito da União. *Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí*. Vol. 1, n. 4. Jan./jun. de 2013. p. 44.

Valendo-se do exemplo do Pacto de San José da Costa Rica, pode-se constatar, num primeiro momento, que a sua Corte sempre ao decidir contra um Estado-parte determinava a este a modificação da sua ordem jurídica, especificamente naquilo que se contrapunha à norma interamericana. Ou seja, ao declarar uma inconvenção, esta decisão se tornava obrigatória ao Estado-parte, ao qual é imposto o dever de modificação de sua legislação ou ordem constitucional.

Entretanto, esta concepção foi sendo superada pelas próprias decisões emanadas da Corte Interamericana, pois gradativamente “vem afirmando a força obrigatória dos seus precedentes, isto é, a eficácia vinculante dos fundamentos determinantes de suas decisões”³⁶⁴, como refere Marinoni.

Em sentença do ano de 2004, no caso Tibi contra o Equador, expressou a Corte Interamericana que seu objetivo é “resolver un gran número de litigios en lo que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya há dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar”³⁶⁵.

E isto deve ocorrer do entendimento de que a partir do momento em que o Estado firma um tratado internacional, acaba por vincular conjuntamente os seus órgãos internos, dentre eles o próprio do Poder Judiciário nacional, os quais devem zelar pelas normas advindas dos tratados e convenções e, ainda, também têm a obrigação de atentar para as interpretações dadas pela Corte que eventualmente fora criada por estes documentos internacionais, dotada de competência específica na matéria. Ou seja, os tribunais internos dos países devem respeito aos precedentes internacionais, ficando a eles submetidos, “comprometendo-se a cumpri-lo de boa fé”³⁶⁶.

Como afirma Marinoni,

Embora a questão ainda não tenha sido bem analisada pela Corte Interamericana, e pelos Tribunais nacionais, compreende-se que a partir de decisões já proferidas, que se tenta atribuir eficácia vinculante à *ratio decidendi* ou aos fundamentos determinantes das decisões, de modo a obrigar os Tribunais nacionais a adotar o sentido atribuído à norma

³⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 80.

³⁶⁵ CIDH, “Tibi v. Ecuador, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Acesso em 13.02.2016.

³⁶⁶ PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições. In. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 142.

convencional pela Corte Interamericana³⁶⁷.

Entretanto, o reconhecimento do precedente internacional no âmbito americano ainda não é uma realidade. Em que pese demonstre Marinoni³⁶⁸ já haver por parte da Suprema Corte Argentina³⁶⁹ e do Tribunal Constitucional da Bolívia a admissão de que os precedentes advindos da Corte Interamericana, esta não é regra no continente. O Supremo Tribunal Federal brasileiro, como visto, por exemplo, ao entender que as convenções e tratados possuem uma natureza supralegal e, portanto, infraconstitucional no ordenamento jurídico do país, estaria a dizer que os precedentes das cortes internacionais não poderiam se sobrepor a uma norma advinda da Constituição Federal brasileira, mesmo que esta viesse de encontro ao que fora ratificado pelo país. Ou seja, “o precedente convencional contrário à norma constitucional não detém autoridade sobre o Poder Judiciário brasileiro”³⁷⁰.

No entanto, o que se revela é que quando uma corte internacional é acionada, mesmo na sua via consultiva, por impulso das partes, a resposta dada se descola do processo onde é proferida. Como refere Marinoni,

A obrigatoriedade de respeito à fundamentação determinante de uma decisão nada tem a ver com a participação como parte no processo em que proferida. A parte, como óbvio, é sujeita ao dispositivo da decisão, não podendo dela fugir. Sucede que os fundamentos determinantes ou a *ratio decidendi* expressam uma tese jurídica ou sentido atribuído a uma norma diante de determinada realidade fática. Esta tese ou sentido, por revelarem o entendimento da Corte acerca de como a Convenção deve ser compreendida em face de certa situação, certamente devem ser observados por todos aqueles que estão obrigados perante a Convenção.³⁷¹

Em outras palavras, o que prega a doutrina no controle de convencionalidade é que

³⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 82.

³⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 81.

³⁶⁹ Adverte Sangüés que este entendimento argentino, entretanto, não resolve por completo o problema do controle de convencionalidade naquele país, pois “la doctrina del Pacto está *por encima*, y no *en el mismo plano*, que la Constitución. Ello es así porque si una cláusula constitucional va contra el Pacto, no debe aplicarse”. (SANGÜÉS, Néstor Pedro. El Control de Convencionalidad en Argentina. In. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 352).

³⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 83.

³⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 82-83.

os precedentes advindos das cortes internacionais vinculam não apenas o Estado envolvido em determinada disputa, mas também os demais Estados-partes que aderiram a uma determinada convenção ou tratado, assim como aos próprios particulares inseridos no bloco.

Portanto, tendo por exemplo os Direitos Humanos, “a importância das linhas interpretativas estabelecidas pela Corte IDH excede os perfis meramente especulativos ou acadêmicos, e se vincula a questões concretas e exigências práticas que impõem o Estado Constitucional de Direito dentro de um marco de garantia da cobertura tuitiva integral do ser humano”, como refere Bazán³⁷². Ou seja, deste diálogo notadamente pode-se testemunhar que a harmonização do direito que decorre deste acordo vai se concretizando, criando uma cultura única entre os Estados firmatários do Pacto de San Jose da Costa Rica, e, por consequência, de seus particulares, enriquecendo todo o sistema de proteção dos Direitos Humanos no âmbito das Américas.

E neste aspecto deve-se destacar a importância da face consultiva da Corte IDH, exercida pelas Opiniões Consultivas. Como aduz Ramos, no que atina as opiniões consultivas:

É inegável a influência dos pareceres na interpretação do chamado ‘direito convencional dos direitos humanos’ no sistema americano. Assim, paulatinamente, a Corte de San José tem fornecido preciosos elementos para a caracterização do conteúdo de diversos artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos³⁷³.

Ainda como refere Ramos, a “Corte Interamericana de Direitos Humanos emite pareceres consultivos de duas espécies: os pareceres interpretativos de tratados de direitos humanos do sistema americano e os pareceres sobre a compatibilidade entre leis ou projetos de lei internos (...) e a Convenção Americana de Direitos Humanos”³⁷⁴.

O controle de convencionalidade se faz presente expressamente, portanto, nesta segunda espécie de atuação pois, ao verificar a compatibilidade entre as normas internacionais e nacionais, vem a ditar qual é a orientação do sistema americano de direitos humanos para os ordenamentos internos dos Estados que o compõem.

Mesmo não tendo as opiniões consultivas força vinculativa, pelo sistema americano de direitos humanos, “têm o condão de firmar o que é o *direito* na esfera interamericana de proteção dos direitos humanos sem os vieses unilaterais dos Estados”³⁷⁵.

³⁷² BAZÁN, Victor. O Controle de Convencionalidade e a necessidade de intensificar um adequado diálogo jurisprudência. *Revista de Direito Público*. V. 1, n. 1, jul./set. 2003, p. 221.

³⁷³ RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo*. São Paulo: Max Liminad, 2001. p. 346.

³⁷⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo*. São Paulo: Max Liminad, 2001. p. 345.

³⁷⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo*. São Paulo: Max Liminad, 2001. p. 347.

No entanto, existem experiências de aceitação das interpretações da Corte IDH por Estados-partes como forma de evitar uma possível condenação posterior, o que acaba por propiciar a almejada harmonização da matéria em solo americano.

3.3. O Papel Harmonizador que pode exercer o Tribunal Permanente de Revisão

A tentativa de transporte desta cultura de controle de convencionalidade, ou de diálogo entre uma Corte Internacional e as jurisdições internas referidas nos dois exemplos carreados ao trabalho, com a finalidade de harmonização de direitos, não é tão simples no âmbito do Mercosul.

No entanto, como adverte Gomes,

Sobre o Mercosul, atualmente e em virtude das características próprias e peculiares dos Estados da América do Sul, principalmente no mundo pós- crise, o processo de integração deve ser analisado sob outra realidade, que vai muito além dos meros objetivos econômicos e comerciais, pois, (...) o Mercosul também possui políticas sociais, voltadas à proteção dos direitos humanos e à observância da democracia³⁷⁶.

Como visto, o Tribunal Permanente de Revisão carrega consigo a atribuição de ser o interprete máximo do processo de integração mercosurenho. Tem ele, inclusive, a competência de revisar os laudos arbitrais, não só quando envolvam questões econômicas, mas também quando envolvam “temas voltados para a aplicação e a observância da democracia e dos direitos humanos”³⁷⁷.

O mesmo se diga da competência consultiva do Tribunal Permanente do Mercosul, pois através dela os juízes nacionais e, como se verá, até mesmo as partes, independentemente da vontade daqueles, podem dele socorrer-se para que dite a correta interpretação e aplicação de suas normativas. Ou seja, as opiniões consultivas dirigidas ao TPR necessariamente vêm a criar um sistema de cooperação entre as jurisdições nacionais e a do Mercosul. Em que pese, como vimos, não haver vinculação dos tribunais internos à interpretação exarada do Tribunal do Mercosul, devem elas servir de parâmetro aos juízes dos Estados-partes, sempre com a visão voltada para a harmonização das normativas do bloco dentro dos países que o integram.

³⁷⁶ GOMES, Eduardo Biacchi. Controle de convencionalidade nos processos de integração – Democracia e Mercosul (a construção de uma tese). *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Ano 3, n. 11. Jan./mar. 2003. p. 233.

³⁷⁷ GOMES, Eduardo Biacchi. Controle de convencionalidade nos processos de integração – Democracia e Mercosul (a construção de uma tese). *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Ano 3, n. 11. Jan./mar. 2003. p. 239.

Até porque, como advertem Pozzatti Junior e Saldanha, “hoje é inolvidável que existe no âmbito do Mercosul um ordenamento jurídico autônomo complexo, originário das estruturas integracionistas, já recepcionadas em grande parte pelos seus Estados-partes”³⁷⁸.

Todas as políticas integracionistas advindas do Mercosul, portanto, não podem deixar de ganhar reconhecimento e aplicação dentro dos ordenamentos jurídicos de cada um dos Estados-partes que formam o bloco, sendo que, como refere Gomes, “é possível constatar-se que o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul ganha, cada vez mais, destaque e importância no sentido de se firmar como um órgão julgador apto a realizar as funções de buscar a concretização da aplicação das normativas Mercosul”³⁷⁹.

E é exatamente desta vocação do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, em dar a interpretação final e máxima ao direito da integração, que ele tem poderes de “sugerir parâmetros de interpretação das normativas, a serem observados pelos juízes nacionais”³⁸⁰.

Portanto, passa necessariamente pela atuação do Tribunal Permanente do Mercosul a edificação de uma cultura de prevalência de seus precedentes jurisdicionais ou do respeito às respostas das consultas que lhe são dirigidas, culminando na criação de sua própria espécie de controle de convencionalidade, a qual, ao final, colaborará para a harmonização do direito deste processo de integração regional. Até porque, como defendem Pozzatti Junior e Saldanha, “dessa harmonização da interpretação e aplicação do direito mercosulino depende em grande monta o sucesso do Mercosul”³⁸¹.

E, dentre as competências dotadas ao TPR, as opiniões consultivas mostram-se de grande valia para este mister, pois na medida em que passem a ser mais utilizadas pelos Estados-partes integrantes do Mercosul poderão ganhar o protagonismo já demonstrado nos dois outros exemplos trazidos ao trabalho, quais sejam, do Tribunal de Justiça da União Europeia pelo reenvio prejudicial e da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelas da mesma forma denominadas opiniões consultivas.

Entretanto, como dito de início, a tarefa não é tão simplificada, pois se deve lembrar da opção feita pelo Mercosul pela intergovernabilidade, e as consequências desta escolha para a efetiva possibilidade de o instituto do controle de convencionalidade ser instituído. E isto

³⁷⁸ POZZATTI JUNIOR, Ademar; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Uma Experiência Discreta: O Mercosul e as Opiniões Consultivas. *Revistas Eletrônica do Curso de Direito UFSM*. Santa Maria. Vol. 2, n. 2, 2007. p. 2.

³⁷⁹ GOMES, Eduardo Biacchi. Controle de convencionalidade nos processos de integração – Democracia e Mercosul (a construção de uma tese). *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Ano 3, n. 11. Jan./mar. 2003. p. 241.

³⁸⁰ GOMES, Eduardo Biacchi. Controle de convencionalidade nos processos de integração – Democracia e Mercosul (a construção de uma tese). *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Ano 3, n. 11. Jan./mar. 2003. p. 242.

³⁸¹ POZZATTI JUNIOR, Ademar; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Uma Experiência Discreta: O Mercosul e as Opiniões Consultivas. *Revistas Eletrônica do Curso de Direito UFSM*, Vol. 2, n. 2, 2007. p. 3.

tanto na sua forma externa quanto na forma interna. Em que pese esta peculiaridade, defendem Gomes e Winter que

la idea de que el sistema de las opiniones consultivas del Mercosur, principalmente en las cuestiones que se refieran sobre Derechos Humanos, las decisiones puedan ser obligatorias, en virtud de lo dispuesto en los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y el párrafo 2º, art. 5º de Constitución brasileña.³⁸²

Como se verifica, em que pese o dissenso, este debate necessariamente deverá evoluir pois a harmonização da norma convencionada do Mercosul apresenta-se como uma necessidade. No que, como se verá, participa o particular, por meio a capacidade internacional que lhe fora conferida pelo Mercosul.

3.4. O papel do particular, por meio de sua legitimação, no processo de harmonização do direito

Uma vez apresentada a importância atual dos tribunais internacionais situados em acordos multilaterais e regionais, sejam eles de ordem econômica ou social, na busca da harmonização de legislações internacionais e nacionais, compete, ainda, verificar-se o papel do particular neste processo. Presente o fenômeno do indivíduo como sujeito de direito internacional, ou a sua capacidade processual perante o direito que emerge dos acordos internacionais e perante os seus respectivos tribunais, constata-se ser ele um dos atores que se apresentam como legitimados para invocar o direito do bloco, inclusive acionando o mecanismo do controle de convencionalidade, seja ele externo ou interno, colaborando, assim, para a harmonização normativa. Até porque, como refere Cançado Trindade, no que concerne ao particular, “não é razoável conceber direitos no plano internacional sem assegurar a capacidade correspondente de vindica-los”³⁸³. Ou, nas palavras de Perotti,

El derecho nacido del mecanismo de integración se origina no sólo para regular situaciones que pueden presentarse entre Estados, sino para ocuparse, en primer lugar, de la actividad de los particulares que habitan la zona

³⁸² GOMES, Eduardo Biacchi; WINTER, Luís Alexandre Carta. Cooperación judicial en el Mercosur y el sistema de opiniones consultivas. In. AMARAL JÚNIOR, Alberto; VIEIRA, Luciane Klein. *El derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016. p. 740.

³⁸³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no limiar do novo século: recomendações par ao fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In. GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coords.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 147.

integrada, los que se transforman en *destinatarios* directos de las disposiciones emitidas por los órganos de la Comunidad³⁸⁴.

Como visto, historicamente, nas relações internacionais, no direito internacional público clássico, apenas os Estados poderiam ser sujeitos de direitos. Prova disto fora a introdução da proteção diplomática, quando se garantiu ao particular que estivesse num país estrangeiro, e lá sofresse lesão ou ameaça de lesão a direito seu, o socorro por seu país de origem, o qual poderá conferir-lhe proteção e reclamar a reparação de eventual prejuízo.

Pela proteção diplomática, entretanto, ficam excluídos os nacionais e apátridas como sujeitos de direitos internacionais, pois “lo determinante no es el individuo en si mismo sino el estado al que pertenece”³⁸⁵. Como se pode notar, portanto, na proteção diplomática não é o indivíduo quem exerce seu direito, mas sim o próprio Estado.

Marco importante para a mudança de cultura no referente ao tratamento internacional dispensado aos indivíduos é a proclamação da Carta das Nações Unidas, a qual já em seu preâmbulo deixa claro que todo ser humano, em razão da dignidade que lhe é intrínseca, possui direitos oponíveis tanto ao Estado do qual seja natural, quanto a Estados em que esteja sob a jurisdição.

Nas palavras de Salcedo,

La afirmación de que todo ser humano es titular de derechos propios – oponibles jurídicamente a todos los Estados, incluso al Estado del que sea nacional o al Estado bajo cuya jurisdicción se encuentre –, construyó en efecto una revolucionaria innovación en el Derecho internacional ya que, en adelante, la persona no podía ser considerada como un mero objeto del orden internacional³⁸⁶.

Entretanto, é com o surgimento das Comissões, advindas dos mais distintos acordos internacionais, que a relação Estados versus Estados passa a efetivamente mudar, ou seja, com a “aparición de entes distintos del estado, con competencias específicas en determinadas áreas, que emiten opiniones que no necesariamente coinciden con las de los estados que los

³⁸⁴ PEROTTI, Alejandro Daniel. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*. Tomo II. Curitiba: Juruá, 2007. p. 410.

³⁸⁵ PINTO, Mónica. Apuntes sobre la subjetividad internacional del individuo. In: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (coord.). *Os Rumos de Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. Porto Alegre: Fabris, 2005. p. 327.

³⁸⁶ SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. Algunas reflexões sobre la subjetividad internacional del individuo y el proceso de humanización del derecho internacional. In: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (coord.). *Os Rumos de Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. Porto Alegre: Fabris, 2005. p. 279.

integram”³⁸⁷, nas palavras de Pinto.

Portanto, repisa-se, não resta dúvidas de que o direito internacional decorrente de acordos entre Estados acaba por criar direitos e também impor obrigações aos particulares inseridos da respectiva região, tanto que é reconhecido o direito destes invocá-los em seus tribunais internos. Ou seja, todo Estado, ao ratificar um determinado acordo internacional, acaba por obrigar, neste mesmo ato, todos os seus cidadãos nacionais. E com isto as fontes internacionais que fundam este direito servem também aos indivíduos.

Como se viu, em cada um dos sistemas regionais trazidos ao presente trabalho teve, o particular, um tratamento diferenciado. No entanto, em todos verifica-se o protagonismo a eles conferidos, revelando também sua importância para o processo de harmonização normativa, um dos pilares de todo processo de integração, em decorrência da capacidade que lhes é reconhecida modernamente.

No entanto, isto não significa dizer que todos os sistemas de integração e acordos internacionais atualmente dotem o particular de capacidade de acesso direito aos seus respectivos tribunais e cortes jurisdicionais, como se verificou. Mas este não foi o caso do Mercosul, o qual, ao regular as opiniões consultivas que podem ser dirigidas ao seu Tribunal Permanente, acabou por legitimar o particular ao acesso direto, como se verificará a seguir.

4. O direito subjetivo do particular em postular Opiniões Consultivas ao TPR

4.1. A Regulamentação pelos Estados-partes do Mercosul para o envio de Opiniões Consultivas

Quando se deixou suspensa a parte da análise da legitimação atribuída aos Tribunais Superiores dos Estados-partes para postularem opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul é porque nela se encontra a chave para a legitimação dos particulares na formulação do questionamento ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul. Isto porque, como se verá, foram os Tribunais Superiores internos dotados de competência para o encaminhamento das opiniões consultivas ao TPR, tendo os Estados a atribuição para a regulamentação do procedimento para o seu envio. Ou seja, “observa-se aqui a modalidade de cooperação jurídica internacional/interjurisdicional em um movimento desde os Judiciários

³⁸⁷ PINTO, Mónica. Apuntes sobre la subjetividade internacional del individuo. In. LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (coord.). *Os Rumos de Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. Porto Alegre: Fabris, 2005. p. 330.

internos até a cúpula jurídica regional”³⁸⁸.

E a nominata dos Tribunais Superiores competentes para postular OCs de cada Estado-parte foi definida pela Decisão CMC nº 02/07, que em seu art. 2º, os listou: na República Argentina a Corte Suprema de Justicia de la Nación; na República Federativa do Brasil o Supremo Tribunal Federal; na República do Paraguai a Corte Suprema de Justicia; na República Oriental do Uruguai a Suprema Corte de Justicia y Tribunal de lo Contencioso Administrativo. No referente ao quinto país que passou a integrar o bloco, a Venezuela, o Mercosul segue esperando a sua regulamentação³⁸⁹.

É importante notar, como alertam Vasconcelos e Tavares, que “não se veda a possibilidade de competência concorrente, de forma que mais de um tribunal superior de um mesmo Estado-membro poderia deter essa atribuição sem prejuízo”³⁹⁰. No entanto, até o presente momento, como vimos, os Estados-partes optaram por um único tribunal nacional receber esta prerrogativa.

Além disso, pela regulamentação mencionada, resta claro que a exigência do envio das opiniões consultivas pelos tribunais superiores não afastou a competência de proposição pelos demais órgãos jurisdicionais nacionais, inclusive de primeiro grau. Ademais, também pode a competência destes tribunais eleitos ser delegada, desde que a outros tribunais com abrangência nacional, como faculta o art. 3º da referida normativa.

Como base nesta faculdade dada pela Decisão proveniente do CMC é que cada país, portanto, buscou regulamentar internamente o procedimento de postulação e envio das Opiniões Consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul.

Pelo nº 2 do art. 4º da Decisão CMC nº 37/03, repetido no art. 1º da Decisão CMC nº 02/07, cada Corte Suprema dos Estados integrantes do bloco ficou responsável por estabelecer as regras internas para a solicitação das opiniões consultivas, bem como pelo seu juízo de

³⁸⁸ VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; TAVARES, Sérgio Maia. O Mercosul e a Competência Consultiva de seu Tribunal: o Juiz, o Particular e a Harmonização do Direito Regional. In. MENEZES, Wagner; ANUNCIACÃO, Clodoaldo Silva da; VIEIRA, Gustavo Menezes. *Direito Internacional em Expansão*. Vol. III. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 304.

³⁸⁹ Relevante noticiar que pela Carta de Brasília, de novembro de 2004, fora institucionalizado o Fórum Permanente de Cortes Supremas do Mercosul, constituído pelas Cortes Supremas dos Estados-partes, e com a finalidade de fortalecer institucionalmente o processo de integração, bem como aperfeiçoar o direito que dele decorre, sendo que na Declaração de seu III Encontro, solicitou-se “à Coordenação Científica dos Encontros que se encarregue de elaborar proposta de regulamentação do mecanismo de opiniões consultivas, para ser submetido à deliberação dos Tribunais e Cortes Supremas do Mercosul” (DECLARAÇÃO DO 3º ENCONTRO DE TRIBUNAIS E CORTES SUPREMAS DO MERCOSUL E ASSOCIADOS, disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/forumCorteSupremaDocumento/forumCorteSupremaDocumento_AP_75299.pdf. Acesso em 20.06.2016. Pedido de regulamentação esta que fora reiterado no 4º encontro.

³⁹⁰ VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; TAVARES, Sérgio Maia. O Mercosul e a Competência Consultiva de seu Tribunal: o Juiz, o Particular e a Harmonização do Direito Regional. In. MENEZES, Wagner; ANUNCIACÃO, Clodoaldo Silva da; VIEIRA, Gustavo Menezes. *Direito Internacional em Expansão*. Vol. III. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 304.

adequação processual. Nas palavras de Dreyzin de Klor³⁹¹, “Los Supremos Tribunales de Justicia de los EP asumiendo certo protagonismo, contribuyen al objetivo que inspirara la regulación de esta vía consultiva, entendida como un significativo avance hacia la interpretación uniforme del derecho de MERCOSUR”.

À exceção da Venezuela, os demais Estados integrantes do Mercosul já produziram suas normas internas com vistas à regulamentação do envio das opiniões consultivas. Deve-se, ainda, referir que a falta de regulamentação pela Venezuela não a impede de formular opiniões consultivas, pois é de ser lembrado que o Paraguai formulou a sua primeira OC no ano de 2007, antes, portanto, de sua regulamentação interna, que é de 2011.

O primeiro dos Estados-partes a regulamentar o envio de opiniões consultivas ao TPR foi o Uruguai, por meio da Acordada 7604/2007, da Suprema Corte de Justicia del Uruguay, sendo que em seu art. 1º referiu que qualquer órgão do Poder Judiciário daquele país, sendo suscitada uma dúvida acerca da validade ou interpretação jurídica de uma norma decorrente do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, ou dos demais protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, das Decisões do CMC, das Resoluções do GMC, das Diretivas do CCM, poderá requer, por meio da Suprema Corte de Justiça, opiniões consultivas ao TPR do Mercosul.

Embora digna de saudação a previsão expressa da possibilidade, pela regulamentação uruguaia, de requer-se OCs para manifestação sobre a validade da norma do bloco, críticas recebe ela por não fazer referência expressa à possibilidade de o pedido ser feito pela parte do processo em trâmite.

A regulamentação uruguaia ainda ampliou os casos de inadmissibilidade das Opiniões Consultivas ao acolher a teoria do ato claro – quando “a obrigação de consulta desaparece sempre que não existir dúvida razoável sobre o sentido que deve ser dado para a norma comunitária”³⁹² – e do ato aclarado – “quando um determinado caso já foi analisado anteriormente pelo Tribunal”³⁹³.

Por fim, compete ressaltar que a norma uruguaia estabeleceu, na parte final do seu art. 6º, a advertência expressa de que as opiniões consultivas emitidas não podem, em absoluto, vir a afetar o direito uruguaio, nem as faculdades do Poder Judiciário.

O segundo país a regulamentar a matéria foi a Argentina, por meio da Acordada nº

³⁹¹ DREYZIN DE KLOR, Adriana. El Mercosur: Escenario de nuevas opiniones consultivas. *Revista Española de Derecho Europeo*. Madrid: Civitas, nº 32, 2009. p. 546.

³⁹² VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretação e Aplicação Uniforme do Direito da Integração. União Europeia, Comunidade Andina, Sistema da Integração Centro-Americana e Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 80.

³⁹³ VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretação e Aplicação Uniforme do Direito da Integração. União Europeia, Comunidade Andina, Sistema da Integração Centro-Americana e Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 80.

13/2008, da Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Definiu a limitação da matéria nos termos das decisões do CMC, sem, entretanto, tratar expressamente sobre a validade das normas do Mercosul como objeto das OCs, bem como sobre as teorias do ato claro e ato aclarado, como o fizera o Uruguai.

No entanto, além da referência à possibilidade de requisição por todos os juizes da nação, sejam eles da República, sejam provinciais, fez expressa previsão que os envios possam ser de ofício ou a requerimento da parte. Portanto, admitiu o particular como requerente de Opiniões Consultivas por meio de seu Tribunal Superior, embora possa pairar dúvidas, pela redação da regulamentação, se a conveniência do encaminhamento ficaria a cargo do juiz do processo ou do Tribunal.

Também a Argentina estabelece a necessidade de que as questões sejam sempre intermediadas pelo Tribunal imediatamente superior ao qual a causa tramite³⁹⁴, algo que não se testemunha na regulamentação dos demais Estados-partes. Tal constatação mais uma vez reflete a assimetria das regulamentações realizadas pelos países do bloco.

Seguiu-se o Paraguai, pela acordada 549/2011, da Corte Suprema de Justicia de Paraguay, a qual, ao tratar o objeto das opiniões consultivas, replicou as decisões do CMC, e no que diz com a legitimação para requerê-la também foi omissa quanto aos particulares ao referir, tão somente, que qualquer tribunal do país poderia postulá-la.

Na realidade, a regulamentação paraguaia é quase que uma cópia fiel da acordada uruguaia, fazendo também previsão expressa à possibilidade da dúvida sobre a validade de uma norma do bloco ser levada ao TRP, assim como admitiu as teorias já vistas do ato claro e ato aclarado.

Inova apenas, o regramento paraguaio, em algo que não fora objeto de previsão pelos demais Estados-partes, qual seja, a previsão de suspensão da causa em tramitação na justiça nacional até a devolução da consulta.

No Brasil, a regulamentação somente fora realizada no ano de 2012, por meio da emenda 48/2012 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que introduziu os artigos 354H a 354M no Título XIV da Parte II. Já no primeiro artigo refere que as opiniões consultivas devem necessariamente ser originárias de processos em trâmite na justiça brasileira, tendo por objeto a matéria elencada na decisão 37/03, ou seja, devem tratar sobre a interpretação jurídica do direito integracionista.

Também nada menciona a respeito de eventuais questionamentos sobre a sua validade. Quanto à legitimidade de proposição, a regulamentação brasileira, como se analisará

³⁹⁴ Art. 4º da Acordada Argentina.

mais detidamente adiante, é a que deixa mais clara a possibilidade, além do juiz da causa, de a parte postular a consulta³⁹⁵. Pela sua redação, dota a parte de legitimidade para a postulação de OCs por meio do STF, ficando apenas a cargo do órgão supremo o seu juízo de correspondência ao normatizado. Neste importante aspecto, aparenta diferenciar-se substancialmente dos demais regramentos dos Estados-partes do Mercosul.

4.2. A Legitimação dada ao Particular para postular Opiniões Consultiva ao Tribunal Permanente do Mercosul

Como visto no primeiro capítulo do trabalho, o particular, embora não pacificado este entendimento, volta a ser considerado como sujeito de direito de direito internacional. Capacitação que é dada por acordos internacionais assumidos por Estados soberanos e que vêm a atingir de forma direta os seus nacionais.

A norma que advém de acordos regionais, como são o caso da União Europeia, da Organização dos Estados Americanos e do Mercosul, cada um com seus princípios e características, é que legitima o particular internacionalmente, conferindo-lhes direitos e deveres. Com isto, passam a gozar de um dupla personalidade jurídica: a interna, podendo invocar o direito decorrente de acordos entre Estados, e outra internacional, quando postulam este mesmo direito perante tribunais e cortes internacionais, como é o caso do Tribunal de Justiça da União Europeia, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul. Tribunais, os quais, passam os particulares a terem acesso, embora que em alguns deles, como visto, apenas indiretamente.

A capacidade dada ao particular, entretanto, ainda possui uma outra eficácia, que consiste na inserção deste no processo de harmonização normativa em um ambiente integrado, o qual tem se demonstrado, como visto, um fator importante para garantir o sucesso do bloco. Para tanto, o particular passa a poder buscar, por mecanismos como o controle de convencionalidade, a aplicação da norma da integração. Até mesmo quando esta se confronte com a norma interna, o que, portanto, acaba propiciando, ao particular, a oportunidade de participar do processo de harmonização antes referido.

Diante disto, com o acesso dos particulares ao TPR, especialmente na sua esfera consultiva, por meio das opiniões consultivas, conferiu-se, a eles, protagonismo no sistema normativo do Mercosul.

³⁹⁵ Art. 354-I, RISTF: “Têm legitimidade para requerer o encaminhamento de solicitação de opinião consultiva ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, o juiz da causa ou alguma das partes”

No entanto, ao tratar da legitimidade para a postulação de Opiniões Consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul por meio dos Tribunais Superiores de Justiça internos, assim como fizeram em outros tantos aspectos, como referido, não foram uniformes os países do bloco quanto à legitimidade de a parte de um processo em trâmite no Poder Judiciário nacional requerê-las.

Para Vieira e Martins Filho, “a norma mercosurenha tampouco deu ao particular a possibilidade de propor uma consulta interpretativa ao TPR”³⁹⁶. Já para Nogueira e Prado, com as opiniões consultivas verifica-se “um acesso indireto dos particulares ao sistema de solução de controvérsias do Mercosul, pois somente os tribunais superiores de cada Estado parte podem formalmente enviar um pedido ao TPR”³⁹⁷. Entretanto, embora a normativa mercosurenha não tenha feito a previsão expressamente da capacidade do particular em postular opiniões consultivas ao seu tribunal, não a vedou.

Portanto, mesmo presente uma aparente incongruência ou omissão nos ordenamentos internos dos Estados-partes do Mercosul sobre a legitimação das partes do processo nacional em postularem opiniões consultivas, pode reafirmar-se que “o direito mercosulino não afastou, contudo, a formulação das opiniões consultivas de ofício pelos juízos e instâncias *ad quem* ou pelos cidadãos”³⁹⁸, pois apenas delegou aos Tribunais Superiores a atribuição de encaminhamento.

Até porque, o Regulamento do Protocolo de Olivos para a Solução de Conflitos no Mercosul (CMC/DEC. N. 37/2003), em seu art. 2º, genericamente refere que poderão postular OCs “os Tribunais Superiores dos Estados Partes com jurisdição nacional, nas condições que se estabeleçam para cada caso”³⁹⁹. Ou seja, dota os tribunais internos de ampla competência para regulamentar as postulações de opiniões consultivas, as quais somente poderão ser limitadas pelo próprio regramento nacional.

Também o Regulamento do Procedimento para a Solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão pelos Tribunais Superiores de Justiça dos Estados-partes do Mercosul (CMC/DEC. N. 03/2007) não é claro ao estipular a legitimação para o requerimento do questionamento ao TPR. Embora, entretanto, expressamente preveja a

³⁹⁶ VIEIRA, Luciane Klein; MARTINS FILHO, Marcos Simões. As Opiniões Consultivas do Mercosul solicitadas pelo Poder Judiciário Brasileiro. *Revista dos Tribunais*. Vol. 931. Maio de 2013. p. 219.

³⁹⁷ NOGUEIRA, Cássia Cavalcante de Oliveira; PRADO, Henrique Sartori de Almeida. Mercosul: Do sistema de solução de conflitos à solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão pelo judiciário Brasileiro. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*. Assunção, Ano 2, nº 4, agosto 2014. p. 39.

³⁹⁸ VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; TAVARES, Sérgio Maia. O Mercosul e a Competência Consultiva de seu Tribunal: o Juiz, o Particular e a Harmonização do Direito Regional. In. MENEZES, Wagner; ANUNCIACÃO, Clodoaldo Silva da; VIEIRA, Gustavo Menezes. *Direito Internacional em Expansão*. Vol. III. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 304.

³⁹⁹ Art. 2º da CMC/DEC. N. 37/2003.

possibilidade de que juntamente com os seus elementos obrigatórios sejam encaminhadas as “considerações formuladas pelas partes em litígio, se houver, e pelo Ministério Público acerca da questão objeto da consulta”⁴⁰⁰. Como referem Vasconcelos e Tavares,

Percebe-se, contudo, diante da pouca especificação do art. 4º, DEC./CMC N. 37/2003, que os tribunais superiores poderiam até arrogar-se competência exclusiva. Não o fizeram, conforme ressaltado, em benefício dos princípios fundantes do processo integracionista, pois o juiz natural deve ser reconhecido como encarregado de aplicar as disposições regionais e de assegurar o seu pleno efeito cotidiano.⁴⁰¹

E é diante disto, embora reconhecida a capacitação exclusiva das cortes supremas de encaminhamento das opiniões consultivas ao TPR, que, como afirma Vanconcelos, a regulamentação interna de cada judiciário acabou por gerar um resultado inesperado: “o acesso de indivíduos ao sistema de solução de controvérsias do Mercusul”⁴⁰².

Os únicos dois países que claramente trataram sobre a possibilidade de o particular, parte de um processo nacional, vir a encaminhar o questionamento ao Tribunal do Mercosul foram Argentina e Brasil, embora também de maneira não uniformizada. Já as regulamentações de Uruguai e Paraguai, que, como referido, são praticamente idênticas, apenas remeteram, em seus respectivos artigos 1º, a “qualquer órgão do Poder do Judiciário” a faculdade de postular Opiniões Consultivas. Quanto à Venezuela, aguarda-se ainda.

As similares normativas internas do Uruguai e do Paraguai para o procedimento de envio de opiniões consultivas ao TPR são bastante genéricas no que diz respeito à possibilidade dos particulares postularem a consulta diretamente ao Tribunal do Mercosul. Ao afirmarem que compete a qualquer órgão do Poder Judiciário postular as OCs, parecem excluir o particular deste processo. Entretanto, assim como ocorreu com a normativa advinda do Mercosul, não houve a vedação expressa para que as partes do processo interno venham a requerê-las.

Por outro lado, como referido, em razão de terem expressamente previsto a participação das partes do processo que tramita no plano interno para postular opiniões consultivas ao Tribunal do Mercosul, embora também como uma dose de assimetria, destaque

⁴⁰⁰ Art. 4º da CMC/DEC. N. 02/2007.

⁴⁰¹ VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; TAVARES, Sérgio Maia. O Mercosul e a Competência Consultiva de seu Tribunal: o Juiz, o Particular e a Harmonização do Direito Regional. In: MENEZES, Wagner; ANUNCIAÇÃO, Clodoaldo Silva da; VIEIRA, Gustavo Menezes. *Direito Internacional em Expansão*. Vol. III. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 307.

⁴⁰² VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. O Mercosul e as linhas gerais de seu sistema de solução de controvérsias. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*. Assunção, Ano 4, nº 8, agosto 2016, p. 140.

deve ser dado aos regramentos internos formulados por Argentina e Brasil para a matéria.

Na Argentina, os Ministros da Corte Suprema de Justicia de la Nación, em 18 de junho de 2008, regulamentaram as regras internas para a postulação de Opiniões Consultivas ao TPR, por meio da já referida Acordada nº 13/08. Já no parágrafo primeiro de seu anexo assim estabelece a norma:

Todos los Jueces de la República, tanto de jurisdicción nacional como provincial, podrán formular en el marco de una causa en trámite ante sus respectivos estrados, *a instancia de parte* o de oficio, la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR – de carácter no vinculante ni obligatorio –, sobre la interpretación jurídica de las normas del Tratado de Asunción, del Protocolo Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco de dicho Tratado, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio. (grifou-se)

Como se pode notar, claramente o regramento argentino confere ao cidadão argentino e mercosurenho, a legitimidade de invocar, indiretamente, a submissão de consulta ao TPR, quando envolvido em processo nacional, e o direito da integração esteja presente. No entanto, pela regulação dada pela legislação argentina, parece condicionar o requerimento do particular ao crivo do juiz natural interno, ao afirmar que a formulação a este compete, de ofício ou uma vez instado pela parte do processo nacional. Além disso, como visto, o encaminhamento ao Tribunal Superior ainda depende da intermediação do órgão imediatamente superior ao que tramite o processo.

Bem mais ousada fora a legislação brasileira com a edição da Emenda Regimental nº 48, de 03 de abril de 2012, do STF. Primeiramente, acresceu-se o inc. VIII ao art. 7º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, conferindo-lhe uma nova competência, qual seja:

Decidir, administrativamente, sobre o encaminhamento de solicitação de opinião consultiva ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, mediante prévio e necessário juízo de admissibilidade do pedido e sua pertinência processual a ser relatado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Ainda pela Emenda Regimental 48, incluiu-se no Regimento Interno do STF toda a regulamentação para a formulação e envio das opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, com a introdução dos artigos 354-H a 354-M.

No que se refere a legitimação para a postulação das opiniões consultivas é claro o art. 354-I: “Têm legitimidade para requerer o encaminhamento de solicitação de opinião

consultiva ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, o juiz da causa ou *alguma das partes*” (grifou-se). Como se pode notar, a norma brasileira que regula a postulação de opiniões consultivas ao TPR, por este artigo, dota de igual legitimidade o juiz, que, portanto, poderá encaminhá-las de ofício, bem com qualquer cidadão que seja parte de um processo em trâmite no Poder Judiciário brasileiro. Requerimento este, entretanto, dirigido ao STF.

O que dever ser notado é que, diferentemente do que parece exigir a legislação argentina, a brasileira não deixa ao arbítrio do juiz nacional o encaminhamento das OCs, conferindo o direito subjetivo às partes de diretamente dirigirem-se ao TPR, por meio do STF. Tanto que o parágrafo único do art. 354-J do Regimento Interno do STF coloca que “a solicitação deve ser feita por escrito e poderá estar acompanhada das considerações, se as houver, formuladas pelas partes em litígio e pelo Ministério Público acerca da questão objeto da consulta e de qualquer documentação que possa contribuir para sua instrução”.

Embora este parágrafo único do art. 354-J possa guardar alguma semelhança de redação como o ordenamento advindo da Argentina, entre eles existe a sutil diferença de que lá a parte pode apenas instar o juiz argentino a postula a opinião consultiva, enquanto que no Brasil o pode fazer o próprio particular, o que remete à conclusão de que a legislação brasileira inovou ao conferir às partes de um processo a legitimidade de requerem opiniões consultivas diretamente ao TPR, por meio do STF.

Atente-se, portanto, para o fato de que a acordada argentina é clara em estabelecer que a legitimação para postular as opiniões consultivas é dos juízes de toda a nação, podendo, apenas, as partes provocá-los para tanto. Entretanto, como referido, o ordenamento argentino também pode remeter a uma interpretação de que o papel do juiz interno, ao receber o pedido de envio da opinião consultiva da parte, possa ser apenas de fazer o primeiro juízo de admissibilidade para o encaminhamento do questionamento para o seu órgão supremo.

Já o regimento brasileiro, por sua vez, estabelece que tanto o juiz como as partes podem postular as opiniões consultivas por meio do STF, uma vez que refere que um “ou” outro poderão fazer uso deste instituto. Aqui não existe a assertiva de que a postulação deva ser feita pelo juiz, como acontece na Argentina.

O máximo que se poderia admitir é que o juiz brasileiro fosse um mero instrumento de encaminhamento da questão formulada pela parte, ou partes, de um processo que esteja sob sua jurisdição. No entanto, deve-se lembrar que o caráter não obrigatório do questionamento é posto no regulamento do STF, o que reforça a ideia de que a parte poderia, mesmo não sendo admitido o envio pelo juiz do processo, diante da falta de obrigatoriedade, buscar ela própria a corte suprema brasileira para ver sua opinião consultiva direcionada ao Tribunal Permanente

de Revisão do Mercosul. Ou seja, dois caminhos, não excludentes se abririam aos particulares: postular no próprio processo, sob o comando do juiz da causa, o envio da opinião consultiva, ou encaminhar ele própria à corte máxima o instrumento processual.

Outra norma como a brasileira inexistente, portanto, no âmbito de atuação do Mercosul. E uma vez admitida a participação do particular na face consultiva do Tribunal Permanente de Revisão, relevante são as indagações e conclusões formuladas por Viera e Martins Filho:

Quem são as partes, à luz do processo civil brasileiro? A quem se confere legitimidade para requerer o encaminhamento de solicitação de opinião consultiva? Sem grandes controvérsias, pode-se dizer que em sentido processual é parte aquele que pede (autor) e em face de quem se pede (réu) a tutela jurisdicional⁴⁰³.

E não se deve olvidar que em nenhum momento houve a proibição expressa de participação do particular nesta matéria, até porque “convém refletir se haveria algum fundamento em excluir os particulares como sujeitos ativos da provocação de questões envolvendo dúvidas em torno do direito do MERCOSUL”⁴⁰⁴.

Portanto, quanto à atuação dos Tribunais Superiores, nas como lecionam Vasconcelos e Tavares,

Não resta dúvidas de que o papel que corresponde aos tribunais superiores investidos de jurisdição sobre todo o território do Estado-membro em harmonia com a normativa MERCOSUL, é o de *encaminhamento* da solicitação de Opiniões Consultivas a ser pronunciada pelo Tribunal Permanente de Revisão. Trata-se, portanto, de uma etapa não decisória, mas de *deliberação*⁴⁰⁵.

Outro não é o entendimento de Nogueira e Prado, pois igualmente para eles

Uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade, a solicitação será encaminhada ao TPR, com cópia para a Secretaria do Mercosul, e para as demais Cortes Supremas dos Estados Partes. É importante atentar que ao

⁴⁰³ VIEIRA, Luciane Klein; MARTINS FILHO, Marcos Simões. As Opiniões Consultivas do Mercosul solicitadas pelo Poder Judiciário Brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT. Vol. 931. Maio de 2013. p. 231.

⁴⁰⁴ VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; TAVARES, Sérgio Maia. O Mercosul e a Competência Consultiva de seu Tribunal: o Juiz, o Particular e a Harmonização do Direito Regional. In. MENEZES, Wagner; ANUNCIACÃO, Clodoaldo Silva da; VIEIRA, Gustavo Menezes. *Direito Internacional em Expansão*. Vol. III. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 307.

⁴⁰⁵ VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; TAVARES, Sérgio Maia. O Mercosul e a Competência Consultiva de seu Tribunal: o Juiz, o Particular e a Harmonização do Direito Regional. In. MENEZES, Wagner; ANUNCIACÃO, Clodoaldo Silva da; VIEIRA, Gustavo Menezes. *Direito Internacional em Expansão*. Vol. III. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 306.

STF cabe apenas o controle de admissibilidade, não sendo dado a ele a função de discorrer acerca do mérito da consulta⁴⁰⁶.

Ademais, ao permitir, a normativa brasileira, a legitimidade do particular em postular opiniões consultivas diretamente ao TPR, acaba por colaborar para a própria democratização deste tribunal.

4.3. A Opinião Consultiva formulada pelo particular ao STF

Como se pode notar, das opiniões consultivas até o presente momento formuladas⁴⁰⁷ e respondidas pelo Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, nenhuma delas fora oriunda do Brasil. No entanto, pelo menos uma teve início por impulso do particular nacional, embora que tenha ele desistido antes mesmo de o STF adentrar na sua análise formal para encaminhamento ao TPR.

Trata-se da Opinião Consultiva formulada pela Renault do Brasil SA, oriunda de ação judicial que tramitou na 3ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, Paraná (Processo nº 28.055/0000). Peticionou o particular (no caso pessoa jurídica) diretamente ao STF, requerendo o envio de opinião consultiva ao TPR, para que este desse a correta interpretação do art. 7º do Tratado de Assunção e do art. 14 do Acordo de Complementação Econômica do setor de indústria automotiva, por entender não haver o tratamento nacional a produto argentino por ocasião do edital para a aquisição de automóveis pelo Tribunal de Contas do estado do Paraná.

No Supremo Tribunal Federal fora autuado o requerimento como Petição, sob o nº 4383⁴⁰⁸, opinando a Procuradoria Geral da República pelo seu indeferimento. Alguns aspectos importantes decorrem deste parecer lançado pelo então Subprocurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros. No entanto, reserva deve ser feita pelo fato de ser o referido parecer exarado em 20 de maio de 2011, antes, portanto, da emenda regimental que regulamentou a postulação de opiniões consultivas por meio do STF.

Primeiramente reconhece-se, no citado parecer, o instituto das opiniões consultivas como instrumento de *cooperação vertical* entre as jurisdições nacionais e regional. No entanto, afirma serem elas mecanismos de auxílio à jurisdição, e não ao jurisdicionado, os

⁴⁰⁶ NOGUEIRA, Cássia Cavalcante de Oliveira; PRADO, Henrique Sartori de Almeida. Mercosul: Do sistema de solução de conflitos à solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão pelo judiciário Brasileiro. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*. Assunção, Ano 2, nº 4, agosto 2014. p. 40.

⁴⁰⁷ Até 05 de junho de 2017.

⁴⁰⁸ Acompanhamento processual acessível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2633518>. Acesso em 05.06.2017.,

quais teriam apenas acesso indireto a face consultiva do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, pois seu requerimento ficaria a critério do juiz do processo. Também, por esta manifestação da PGR, seriam as opiniões consultivas não-obrigatórias e não-vinculativas.

Interessante verificar-se que a parte postulante fundamenta sua legitimidade no direito de petição, consagrado no art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal brasileira. Afirmou, ainda, que não poderia deixar de ser reconhecido o direito de postular opinião consultiva ao TPR pela não regulamentação de trâmite interno.

O que se revela importante é a verificação de que a argumentação preponderante levantado pela Procuradoria Geral da República para o indeferimento do pedido formulado pelo particular fora no fato deste não possuir legitimidade para tanto, o qual possuiria acesso apenas indireto, pois apenas o juiz da causa, de quaisquer dos graus de jurisdição, teria capacidade para tanto. No entanto, como referido, o parecer fora lançado antes da reforma ao Regimento Interno do STF, o qual, como visto, veio a estabelecer, claramente, a legitimação da parte em postular opiniões consultivas diretamente ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, tendo, tão somente, a Corte Suprema brasileira a prerrogativa de fazer a análise do preenchimento de seus requisitos formais, sem qualquer outro intermediário.

Por decisão do Ministro Dias Toffoli fora o processo extinto, sem julgamento de mérito, por entender que com a regulamentação dada pelo art. 354-K do RISTF, a apreciação do pedido não poderia se dar na seara jurisdicional, determinando o envio à Presidência da Corte como petição administrativa. Ao recebe-la, em decorrência do tempo transcorrido, o então Ministro Joaquim Barbosa, presidente do STF à época, determinou a consulta à parte para dizer sobre o interesse no prosseguimento, quando se operou a desistência, a qual fora homologada.

No entanto, em que pese não tenha sido enfrentados os requisitos de admissibilidade da opinião consultiva apresentada pelo particular brasileiro, serve ela, especialmente pelo parecer da Procuradoria Geral da República citado, para a retirada de elementos a fortalecer o entendimento de que a partir do momento em que houve a regulamentação pelo STF sobre o procedimento para encaminhamento das OCs, acabou-se por dotar o particular do direito subjetivo de postulá-las diretamente ao TPR, sem qualquer outro intermediário que não seja a Corte Suprema, que apenas deve fazer a análise de seus requisitos formais.

4.4. Os requisitos e o procedimento interno brasileiro para o envio de Opiniões Consultivas

Como se pode constatar do regramento introduzido no Regimento Interno do

Supremo Tribunal Federal, em seus arts. 354-H a 354-M, em que pese tenha delimitado os requisitos de admissibilidade do pedido de envio de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente do Mercosul, fora lacunoso no seu procedimento, tendo em vista que nada previu no interregno entre o pedido do particular, ou do juiz da causa, e o seu recebimento pelo Presidente do STF.

No que se refere aos requisitos resta claro que seu objeto diz respeito à vigência e interpretação jurídica do Tratado de Assunção e demais protocolos e acordos firmados em seu marco, bem como dos atos emanados de seus órgãos com poder de decisão, quais sejam, as Decisões do Conselho do Mercado Comum, as Resoluções do Grupo do Mercado Comum e as Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul. Portanto, nada diferente do que fora regrado pela norma mercosurena.

O art. 354-J do RISTF, por sua vez, estabelece que do pedido de solicitação de opinião consultiva deve constar: I – a exposição dos fatos e do objeto da solicitação; II – a descrição das razões que motivam a solicitação; III – a indicação precisa da Normativa Mercosul a respeito da qual se realiza a consulta; e IV – a indicação do juízo e da ação em que origina a solicitação.

Determina, ainda, o parágrafo único deste mesmo artigo que a “solicitação deve ser feita por escrito e poderá ser acompanhada das considerações, se as houver, formuladas pelas partes em litígio e pelo Ministério Público acerca da questão objeto da consulta e de qualquer documentação que possa contribuir para sua instrução”. Ou seja, dois desdobramentos se retiram deste parágrafo único: o primeiro de que, seja quem for o postulante, particular ou juiz da causa, deverá encaminhar a solicitação ao STF na forma escrita; a segunda de que o pedido, que deve ser fundamentado a teor do inc. II do art. 354-J, quando feito pelo magistrado, pode ser acompanhado das razões das partes adversárias no processo, bem como do Ministério Público, quando legitimado a intervir. Ou seja, ao decidir pelo envio de opinião consultiva, deve o magistrado do processo propiciar às partes e ao Ministério Público formularem as suas próprias razões, as quais, entretanto, são facultativas a estes atores do processo judicial interno.

Como referido, no que se refere ao procedimento de envio do pedido ao STF é que é omissa o Regimento Interno da Corte Suprema. No entanto, na medida em que dotou o particular, parte de um processo judicial brasileiro, e juiz nacional de legitimidade *concorrente* para requerer o encaminhamento de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, conforme já demonstrado e esculpido no art. 354-I do RISTF, caminhos distintos abrem-se a estes dois atores processuais.

No que se refere ao pedido formulado pelo juiz brasileiro, ao despachar no processo pela solicitação de opinião consultiva ao TPR, deve dirigir-se diretamente ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, atentando para todos os requisitos estabelecidos pelo art. 354-J do RISTF, propiciando, entretanto, vista prévia às partes e ao Ministério Público, quando for o caso de sua intervenção, para, querendo, lançarem suas próprias razões.

Em que pese não ter previsão expressa no regramento da Corte Suprema, não há como deixar, o magistrado, de suspender o processo em curso na jurisdição interna, pois como referido no parecer PGR lançado por ocasião da opinião consultiva solicitada pela parte Renault do Brasil SA, antes comentada (PET nº 4383, STF), a interpretação dada pelo Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul somente terá valor ao postulante enquanto não transitada em julgado a ação judicial que lhe deu ensejo, “sob pena de tornar inócuo tão valioso instrumento do processo de integração regional”⁴⁰⁹. Além disso, pode ser invocada, ainda, a normativa paraguaia, que, como visto, expressamente previu a suspensão do processo até o pronunciamento do TPR.

No que diz com o particular, entretanto, duas opções lhe é dada pelo regramento brasileiro para postular opiniões consultivas, pois tanto pode ele requer ao juiz do processo, o qual, em aceitando, toma as providências antes mencionadas, quanto pode formular o pedido diretamente ao STF. Do que se verifica da normativa interna já mencionada, e como já demonstrado anteriormente, a competência do particular, parte de um processo em trâmite na justiça brasileira, é concorrente com a do magistrado, podendo solicitá-la, com isto, diretamente ao Presidente do STF, sem qualquer intermediário. O que também pode fazer caso negada pelo juiz da causa, pois se deve recordar que aos opiniões consultivas ainda não são obrigatória, ficando à discricionariedade do magistrado.

Portanto, ao peticionar diretamente ao Presidente do STF, para fins de encaminhamento de uma opinião consultiva ao TPR, o particular deve apenas atentar para os requisitos admissibilidade do art. 354-J do RISTF. Parece conveniente, entretanto, que neste momento informe ao juiz de seu processo o encaminhamento do pedido para fins de dá-lo ciência, até para que possa o magistrado suspender o trâmite do processo até a manifestação pelo não encaminhamento pelo STF, caso não presentes os requisitos formais, ou até o retorno da resposta oriunda do Tribunal Permanente do Mercosul.

Com o recebimento do pedido, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, o procedimento de iniciava do particular ou do juiz toma o mesmo rumo. Qual seja, segue o procedimento estabelecido pelos arts. 354-K e 354-L do Regimento Interno do STF. Por ele o

⁴⁰⁹ Parecer nº 5108/ RJMB na Pet. 4.383 – 9/170.

Presidente do STF poderá encaminhar a decisão administrativa por colheita virtual de votos ou, se achar conveniente, o controle será feito em sessão administrativa dessa Corte, a qual deve se limitar a analisar o preenchimento dos requisitos de admissibilidade para o envio das opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul.

Evidentemente pode o pedido partir do próprio STF, quando somente lá vier a ser levantada a necessidade de interpretação do direito da integração mercosurena, pois, como visto, existe uma dupla legitimação para as OCs no que diz com o envio pelas Cortes Supremas do Estados-partes: dos juízes, e os Ministros do STF também o são, e dos particulares, que são as partes envolvidas em um determinado litígio.

5. Conclusão Parcial

Em que pese se testemunhe uma atual estagnação do processo de integração do Mercosul, como visto, o seu Sistema de Solução de Controvérsias evoluiu a ponto de contar hoje com um Tribunal permanente.

O Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, consolidado há quase uma década e meia, nasce com uma dupla função: uma contenciosa e outra voluntária, esta última pela inserção das opiniões consultivas no sistema mercosureno.

Embora pouco utilizadas até o presente momento, vê-se nas opiniões consultivas a mais promissora possibilidade de que a harmonização do direito interno com o direito da integração torne-se uma realidade no bloco. Vem especialmente da experiência europeia a demonstração de que efetivamente este mecanismo processual pode ser o grande propulsor de um processo de integração regional.

Mesmo sendo, ainda, questionada a possibilidade de que as opiniões consultivas possam ser dotadas de obrigatoriedade, bem como virem a vincular a decisão à manifestação exarada pelo Tribunal mercosureno, sua importância para o bloco é considerável. Isto porque, uma vez iniciada a sua utilização com mais frequência, acarretará na formação de precedentes cada vez mais aptos a mover os Estados-partes a respeitá-los internamente, nos seus organismos jurisdicionais.

Aqui é que deve ser ressaltada a importância deste instituto para a busca da harmonização entre as normas interna e da integração. Para tanto, podem os organismos jurisdicionais internos valerem-se do controle de convencionalidade. Instrumento este que está ao alcance de todos os juízes nacionais, que passam a agir como verdadeiros juízes da integração.

Harmonização esta que, como visto, é bastante palpável na União Europeia e na OEA, pela atuação decisiva do Tribunal de Justiça da União Europeia e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, respectivamente. Em ambos os casos se destacam as faces consultivas do tribunal e corte citados. Papel semelhante, acredita-se, que pode ser exercido pelo Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, por meio de sua competência consultiva.

Mas não só os juízes e demais atores ganham relevância na legitimação conferida pelo Mercosul para postular opiniões consultivas ao seu tribunal, pois a capacidade conferida aos particulares para a postulá-las perante o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul reserva-os papel de protagonismo, no que veio a inovar o Mercosul. Isto porque, como visto, especialmente pela regulamentação interna brasileira para o encaminhamento de opiniões consultivas ao TPR, o particular, parte de um processo que tramite em qualquer instância do Poder Judiciário nacional, é legitimado a fazer uso deste instituto.

Portanto, especialmente pela regulamentação interna brasileira, o particular é alçado à condição de sujeito de direito da norma do Mercosul, podendo utilizar-se do controle de convencionalidade, tanto interno, quanto externo, notadamente colaborando para a harmonização entre o direito interno e o direito da integração. E é em decorrência desta legitimidade que o particular, parte de um processo em curso no Poder Judiciário brasileiro, de forma inovadora no Mercosul, pode, por meio de Supremo Tribunal Federal, postular o envio de opiniões consultivas diretamente ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul. Com isto verifica-se que o Mercosul não repetiu o que se verificou nos dois exemplos trazidos ao processo, onde os mecanismos consultivos, até o presente momento, são meios de diálogo entre juízes, tão somente.

CONCLUSÃO

Este trabalho dedicou-se a investigar a capacidade dada ao particular, pelo Mercosul, em postular opiniões consultivas diretamente ao Tribunal Permanente de Revisão.

No capítulo I viu-se que uma nova ordem mundial surgiu a partir do momento em que Estados soberanos, como forma de crescimento econômico e social, passam unirem-se em blocos regionalizados. Deste fenômeno pode-se constatar que o direito público internacional clássico não mais era suficiente para explicar as novas relações internacionais surgidas.

Por meio dos novos acordos internacionais, tratados e convenções, surge uma normativa com características e princípios próprios. Normas estas que além de dialogarem com as normas nacionais, como visto, podem até mesmo sobrepor-se a elas, como no exemplo da União Europeia.

Esta normativa internacional traz consigo direitos e deveres que, no primeiro momento, reconhece-se ao Estado-parte de um determinado acordo. No entanto, não pode passar despercebido que os reflexos desta normativa ultrapassam a barreira do Estado e atingem diretamente o particular. Surge, com isto, uma nova figura jurídica, pois passa o indivíduo, pessoa física ou jurídica, a ser sujeito de direito internacional.

Portanto, do primeiro capítulo, retira-se a conclusão de que pelo nascimento deste “novo direito”, advindo de acordos internacionais, o particular passa a inserir-se no mundo jurídico internacional, pois é diretamente atingido pelas escolhas feitas pelo Estado do qual seja natural, decorrendo-lhe deveres e direitos. Capacidade esta que decorre exclusivamente dos acordos internacionais e que remetem ao particular, repisa-se, a condição de sujeito de direito internacional.

No capítulo II viu-se que a simples existência de legislação não garante o sucesso de uma integração, pois faz-se necessário que haja também instituições consolidadas e com competências bem definidas para a sua execução e fiscalização. Dentre elas, destacamos, na presente pesquisa, a importância que possui um tribunal com atribuições claras e legitimado. Por ele passa, necessariamente, não apenas os possíveis conflitos oriundos de controvérsias entre os Estados-partes, mas, também, a responsabilidade de harmonização das legislações internas dos Estados, com vistas a criação de um direito comum.

Exemplos de atuação decisiva de um tribunal num sistema regionalizado não faltam, como podemos verificar pelo Tribunal de Justiça da União Europeia e pela Corte Interamericana sobre Direitos Humanos. E nisto, destacado protagonismo tiveram as suas

manifestações a título consultivo, institutos nominados de reenvio prejudicial na União Europeia e de opiniões consultivas no sistema da Organização dos Estados Americanos. Instrumentos estes que não foram apenas responsáveis pela execução dos respectivos direitos ou pela harmonização das legislações internas com estes, mas também por criar uma verdadeira cooperação jurisdicional entre o Tribunal e Corte e as jurisdições dos Estados-partes.

Neste processo teve lugar o particular, pois em cada um dos exemplos explorados na pesquisa teve ele participação, uma vez que lhe fora garantido o acesso aos tribunais e cortes internacionais destes sistemas. Portanto, concluiu-se que, ao serem inseridos neste processo, os particulares ganharam protagonismo internacional, não apenas como obrigados conjuntamente com seus Estados de origem, mas, principalmente, por terem a capacidade de invocar o direito surgido destes acordos, tanto nos organismos jurisdicionais internos, quando nos organismos internacionais, por meio do acesso que lhes fora conferido.

No capítulo III iniciou-se exatamente com a visão de um mecanismo encontrado pela doutrina para legitimar este necessário diálogo entre norma interna e internacional. A cooperação jurídica entre Estados acabou por gerar um novo instituto denominado de *controle de convencionalidade*, o qual, pode ser exercido tanto externamente, pelos organismos jurisdicionais internacionais, quanto internamente, pelos organismos jurisdicionais nacionais. Controle este que se ocupa da fiscalização da correta interpretação e aplicação da norma convencional, contribuindo decisivamente para a sua harmonia com o ordenamento interno dos Estados integrados regionalmente.

Buscou-se, ainda, os exemplos do papel do Tribunal de Justiça da União Europeia e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para justificar a possibilidade de o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul realizar igual feito no campo da harmonização normativa. E, aqui, mais uma vez constatou-se a participação relevante do particular no processo, pois, com sua legitimação, especialmente nas faces consultivas dos três sistemas trazidos ao trabalho, e também por meio do controle de convencionalidade, passam a fazer parte do processo normativo, colaborando, com o envio de consultas, para a harmonização entre as normas nacional e internacional.

Neste importante aspecto, que diz com o acesso do particular aos tribunais e cortes internacionais, inovadora foi a capacitação dada pelo Mercosul, pois, em que pesem todas as críticas sobre a polêmica afirmação da inexistência de um Tribunal dotado de supranacionalidade, não pode passar despercebido um instrumento de alta relevância para o

processo de integração que veio junto com o seu Tribunal Permanente, que são as opiniões consultivas, e que, ao serem regulamentadas, dotou-se o particular de legitimidade em postulá-las.

Como visto, a normativa mercosurenha foi bastante clara ao eleger os legitimados a fazerem o uso do instituto das opiniões consultivas, pois dotou “todos os Estados Partes do Mercosul, atuando conjuntamente, os órgãos com capacidade decisória do Mercosul e os Tribunais Superiores dos Estados Partes com jurisdição nacional, nas condições que se estabeleçam para cada caso”. Além do Parlamento, que fora mais adiante dotado de igual poder.

Entretanto, repete-se, a grande inovação pode ser constatada na legitimação dada ao particular de postular opiniões consultivas por meio do Tribunal Superior nacional do país de residência. Pela competência dada aos Estados-partes pela normativa do Mercosul, foram os particulares protagonistas no regramento para o envio da questão consultiva ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul. Como se pode notar, à exceção da Venezuela, todos os países já regulamentaram a forma de encaminhamento, podendo ser destacada a norma brasileira que veio a conceder o direito subjetivo da parte de um processo nacional de postular opiniões consultivas, por meio do Supremo Tribunal Federal, diretamente ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul.

Como bem asseveram Vieira e Martins Filho:

Compreende-se como extremamente salutar à busca da concretização dos objetivos almejados com as opiniões consultivas a permissão de que o particular se dirija diretamente, sem precisar da intermediação do juiz da causa, ao órgão competente a remeter o pedido de opiniões consultivas ao TPR. Isso porque, existindo menos intermediários, em tese, maiores seriam as chances de a consulta ser remetida ao TPR, permitindo a sua atuação.⁴¹⁰

Portanto, em resposta à pergunta investigativa deste trabalho, conclui-se que, da atenta leitura do regramento brasileiro, resta demonstrado que a parte de um processo em trâmite na justiça brasileira, em qualquer grau, passou a ter o direito subjetivo de postular o encaminhamento de opiniões consultivas diretamente ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, por meio do Supremo Tribunal Federal, sem qualquer outro intermediário, competindo a este Tribunal Supremo, tão somente, deliberar sobre o preenchimento dos requisitos de admissibilidade.

⁴¹⁰ VIEIRA, Luciane Klein; MARTINS FILHO, Marcos Simões. As Opiniões Consultivas do Mercosul solicitadas pelo Poder Judiciário Brasileiro. *Revista dos Tribunais*. Vol. 931. Maio de 2013. p. 231.

Para Nogueira e Prado,

A previsão deste dispositivo, considerando-o convencional de acordo com a normativa internacional, tende a abrir a possibilidade de os litigantes brasileiros elevarem de forma crescente as questões acerca da aplicação das normas do Mercosul, o que, talvez possa propiciar um maior cumprimento pelo Brasil das normas regionais⁴¹¹.

A opção brasileira, portanto, além de inovadora, vem ainda colaborar para a maior aproximação do bloco mercosureño com o seu cidadão, tornando também mais democrático o acesso ao seu Tribunal Permanente.

⁴¹¹ NOGUEIRA, Cássia Cavalcante de Oliveira; PRADO, Henrique Sartori de Almeida. *Mercosul: Do Sistema de Solução de Controvérsias à Solicitação de Opiniões Consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão pelo Judiciário Brasileiro*. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, Assunção, n. 4, ano 2, agosto de 2014. p. 39-40.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul e União Europeia: estrutura jurídico-institucional*. 4ª Ed. Curitiba: Juruá, 2010.

ALMEIDA, José Carlos Moitinho. *O Reenvio Prejudicial perante o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*. Coimbra: Coimbra, 1992.

ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración*. Córdoba: Advocatus, 2008.

APPIO, Eduardo. Os Juízes e o Controle de Convencionalidade no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (orgs.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ARRIBAS, Juan José Martin; VAN OVERBERGH, Patricia Dembur. La Cuestión Prejudicial a Luz del Artículo 68 de Tratado de la Comunidad Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Madrid, n. 9, ano 5, 2001.

BAGNOLI, Vicente. *Introdução ao Direito da Concorrência: Brasil, Globalização, União Europeia, Mercosul, Alca*. São Paulo: Singular, 2005.

BARRAL, Welber Oliveira. *O Protocolo de Olivos e o Mercosul*. Acessível em www.egov.usc.br/portal/sites/default/files/anexos/1221-1235-1-PB.pdf, p. 150. Acesso em 13.01.2015.

BASSO, Larissa de Santis. As Decisões Arbitrais do Mercosul e os Princípios da Integração no Bloco. In: BASSO, Maristela (org.). *Mercosul – Mercosur: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*. São Paulo: Atlas, 2007.

BAZÁN, Victor. O Controle de Convencionalidade e a necessidade de intensificar um adequado diálogo jurisprudência. *Revista de Direito Público*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 1, n. 1, jul./set. 2003.

BORJA, Sergio Augusto Pereira de. O Mercosul pela ótica do direito constitucional: tratados, convênios e acordos celebrados. In: MEDEIROS, Antônio P. Cachapuz de (org.). *O ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

CAMPELLO, Dyle. *O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma contribuição ao MERCOSUL*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Contencioso Comunitário*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de Direito Comunitário*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

CAMPOS, João Mota de. *Manual de Direito Comunitário*. 2ª ed., 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito de direito internacional. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. V. 3, n. 3, 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cançadotrindade/cançado_acesso.html. Acesso em 22.02.2017.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A pessoa humana como sujeito de Direito Internacional: A experiência da corte interamericana de Direitos Humanos. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). *Novas Perspectivas do direito internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no limiar do novo século: recomendações par ao fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In. GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coords.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Algumas reflexões sobre la subjetividade internacional del individuo y el proceso de humanización del derecho internacional. In. LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (coord.). *Os Rumos de Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. Porto Alegre: Fabris Editora, 2005.

CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1994.

CIDH, Tibi v. Ecuador, disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Acesso em 13.02.2016.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O Controle de Convencionalidade como parte de um Constitucionalismo Transnacional fundado na Pessoa Humana. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, Ano 39. Vol. 232. Jun. 2014.

CORRÊA, Antonio. *MERCORSUL Soluções de Conflitos pelos Juízes Brasileiros*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1997.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. A subjetividade internacional do ser humano: algumas reflexões. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CANÇADO TRINDADE, Antônio

Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). *Novas Perspectivas do direito internacional contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DEL´OLMO. Florisbal de Souza. *Direito Internacional Privado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DREYZIN DE KLOR, Adriana. El Mercosur: Escenario de nuevas opiniones consultivas. *Revista Española de Derecho Europeo*. Madrid: Civitas, nº 32, 2009.

DREYZIN DE KLOR, Adriana. *La Primera Opinión Consultiva em MERCOSUR. Germen de cuestión prejudicial?* Disponível em: https://www.academia.edu/7736791/LA_PRIMERA_OPINI%C3%93N_CONSULTIVA_EN_MERCOSUR_GERMEN_DE_CUESTI%C3%93N_La_primera_Opini%C3%B3n_Consultiva_en_MERCOSUR_Germen_de_cuesti%C3%B3n_prejudicial, p. 440, acesso em 18.06.2015.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora (orgs.). *Reformas do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

GOMES, Eduardo Biacchi. Controle de convencionalidade nos processos de integração – Democracia e Mercosul (a construção de uma tese). *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. N. 11, ano 3, jan./mar. 2003.

GOMES, Eduardo Biacchi; WINTER, Luís Alexandre Carta. Cooperación judicial en el Mercosur y el sistema de opiniones consultivas. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; VIEIRA, Luciane Klen (orgs.). *El derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016.

GOMES, Joséli Fiorin. Dificuldades à ampliação da Integração Regional: um estudo a partir da complexa uniformização jurídica em matéria do direito do consumidor na União Europeia e no Mercosul. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*. Assunção, n. 2, ano 1, agosto de 2013.

GOMES, Joséli Fiorin. Estudo sobre as Opiniões Consultivas do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul: a (im)possibilidade de circulação da primazia do direito europeu na integração sul-americana. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*. Porto Alegre: PPGDir./UFRGS, v. 7, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. *Direitos Humanos e a regra interpretativa “pro homine”*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI42806,41046-Direito+dos+direitos+humanos+e+a+regra+interpretativa+pro+homine>. Acesso em 10.01.17.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *A liberdade de concorrência na União Europeia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2006.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência. Entre Perspectivas Unilaterais, Multilaterais, Bilaterais e Regionais*. Curitiba: Juruá, 2008.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercados Comum e interno e liberdades econômicas fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2010.

JAEGER JUNIOR, Augusto. Metodologia Jurídica Europeia e Mercosulista: Considerações Fundamentais. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*. Assunção, nº 3, ano 2, março de 2014.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: LTr, 2002.

JAEGER JUNIOR, Augusto. SCHWAGER, Simon. A Política de Defesa da Concorrência na União Europeia e no Mercosul: Uma Comparação das Experiências Recentes. In: GUEDES, Jefferson Carús; NEIVA, Juliana Sahione Mayrink. *Publicações da Escola da AGU: Debates em Direito da Concorrência*. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2011.

JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KOURY, Luiz Guilherme Costa. Os indivíduos e o sistema interamericano: evolução da participação e as perspectivas para o acesso direto das vítimas à Corte Interamericana. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de (coord.). *O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Direito Comunitário e Soberania. Algumas Reflexões. In: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (coord.). *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional: O Papel do Juiz no Processo de Integração Regional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

LOPES, Marcelo Leandro Pereira. O Tribunal de Justiça da União Europeia e a Construção do Direito da União. *Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí*. Vol. 1, n. 4, jan/jun de 2013. p. 38-57.

MACHADO, Diego Pereira. DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: JusPODIVM, 2011.

MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MATHIJSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1991.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MORAES, Henrique Choer. O Novo Sistema Jurisdicional do Mercosul – Um Primeiro Olhar sobre o Protocolo de Olivos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Nº 39, ano 10, 2002.

MIDÓN, Mario A. R. *Control de Convencionalidad*. Buenos Aires: Astrea, 2016.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer; SCHLEE, Paula Christine. A Defesa da Concorrência no Mercosul e na União Européia. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; MOTA, Carlos Esplugues; BARRAL, Welber (orgs.). *Direito Internacional Privado: União Européia e Mercosul*. Florianópolis: Fundação Boileux, 2007. p. 323-343.

NOGUEIRA, Cássia Cavalcante de Oliveira; PRADO, Henrique Sartori de Almeida. *Mercosul: Do Sistema de Solução de Controvérsias à Solicitação de Opiniões Consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão pelo Judiciário Brasileiro*. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, Assunção, n. 4, ano 2, agosto de 2014.

PARLAMENTO EUROPEU. *Os Tratados de Maastricht e Amsterdão*. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.1.3.html. Acesso em 12.10.2016.

PASSOS, Fernando. O Sistema de Concorrência na União Européia – Modelo para o Mercosul? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 32, jul. 2000.

PAULILO, Antônio José Silveira. O Renvoi Préjudicial. In: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (coord.). *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional: O Papel do Juiz no Processo de Integração Regional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. A Competência Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Interdisciplinar de Direito*. Valência: Faculdade de direito de Valência, v. 11, 2014.

PEROTTI, Alejandro Daniel. El Principio de Primacía Del Derecho Del MERCOSUR en las Primeras Opiniones Consultivas del Tribunal Permanente de Revisión. *Revista Judiciária do Paraná*. Curitiba. Ano 7, n. 3, nov. de 2011.

PEROTTI, Alejandro Daniel. Estrutura Institucional y Derecho em el Mecorsur. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 42, ano 11, jan.-mar. De 2003.

PEROTTI, Alejandro Daniel. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*. Tomo I. Curitiba: Juruá, 2007.

PEROTTI, Alejandro Daniel. *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*. Tomo II. Curitiba: Juruá, 2007.

PINTO, Mônica. Apuntes sobre la subjetividade internacional del individuo. In: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (coord.). *Os Rumos de Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. Porto Alegre: Fabris, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade e Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (orgs.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coords.). *O Sistema de Proteção dos Direitos Humano e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PIRES, Alice; FONSECA, Amanda; CROSHERE, Indira. *Solução de Controvérsias no Mercosul*. São Paulo: LTR, 1998.

POZZATTI JUNIOR, Ademar; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Uma Experiência Discreta: O Mercosul e as Opiniões Consultivas. *Revistas Eletrônica do Curso de Direito UFSM*. Santa Maria, v. 2, n. 2, 2007.

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

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo*. São Paulo: Max Liminad, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. O impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos na relação do direito internacional e o direito interno. *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília, n. 4, ano I, jul./set., 2002.

REZEK, Francisco. Tratados e suas relações com o ordenamento jurídico interno: antinomia e norma de conflito. *Revista do Conselho de Justiça Federal*. V. 1. n. 2 maio/ago. 1997. Disponível em www.cjf.jus.br/ojs/index.php/revcej/article/view/93/136. Acesso em 19.10.2016.

RIBEIRO, Jeancezar Ditzz de Souza. *Mercosul: direito da integração e solução de controvérsias*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *Direito Internacional Público*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SABBATO, Luiz Roberto. O Direito Comunitário. Noções introdutórias, conceituação, definições e fontes: direito originário, direito derivado, direito complementar e jurisprudência. Conclusões e respeito da realidade jurídica globalizada, sob a égide deste novo ramo do direito. In. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (coord.). *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional: O Papel do Juiz no Processo de Integração Regional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 157-166.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*. Santiago, n. 1, ano 8, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>. Acesso em: 24.09.2016.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação Jurisdicional. Reenvio Prejudicial: Um Mecanismo de Direito Processual a Serviço do Direito Comunitário. Perspectiva para sua Adoção no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2001.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Lucas Pacheco. As Origens do Controle Jurisdicional de Convencionalidade. *Revista de Pesquisa em Direito Libertas*. Ouro Preto: Universidade Federal de Ouro Preto, v. 1, n 1, 2014. Acessível em: <http://www.periodicos.ufop.br/pp/index.php/libertas/article/view/255>. Acesso em 23.11.2016.

SANTOS, Maria Cecília de Andrade. Direito Comunitário da Concorrência. Perspectivas para o Mercosul. *Revista do Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 32, out.-dez. de 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na perspectiva do assim chamado Controle de

Convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (orgs.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Direito Internacional Público*. 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Karine de Souza. *Direito da comunidade europeia: fontes, princípios e procedimentos*. Ijuí: Unijuí, 2005.

SOUSA, Denise Silva de. *O Indivíduo como sujeito de Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2004.

STELGES, Isabela Hathrin. *A Cidadania da União Europeia: uma sugestão para o mercosul*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TESAURO, Giuseppe. *Diritto comunitario*. 3ª Ed. Milão: Cedam, 2003.

TJCE, Acórdão de 22 de junho de 1989, Processo nº 103/89. Acessível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d52b26c65a76604e50811a96d39ff0903.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbxr0?text=&docid=96045&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=19496>. Acesso em 22.03.2016.

UNIÃO EUROPEIA. Processo nº 26/62 do TJUE. Sentença de 05 de fevereiro de 1963. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87120&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=207195>. Acesso em 23.12.2016.

UNIÃO EUROPEIA. Processo nº C-6/90 e C-9/90 do TJUE. Sentença de 19 de novembro de 1991. Acessível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=97140&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=208940>. Acesso em 23.12.2016.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado da União europeia (versão consolidada). Acessível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012M/TXT>. Acesso em: 05.04.2016.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Reenvio Prejudicial. Processo C-522/13. Acessível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=158425&occ=first&dir=&cid=316694. Acesso em 25.03.2015.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Reenvio Prejudicial. Processo C-91/92. Acessível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=98358&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=253256>. Acesso em 20.02.1017.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. O Mercosul e as linhas gerais de seu sistema de solução de controvérsias. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*. Assunção, Ano 4, nº 8, agosto 2016.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; TAVARES, Sérgio Maia. La Competencia Consultiva del Tribunal Permanente de Revisión Del Mercosur: Legitimación y Objeto. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*. Assunção, Ano 2, nº 4, agosto 2014, p. 117-136.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; TAVARES, Sérgio Maia. O Mercosul e a Competência Consultiva de seu Tribunal: o Juiz, o Particular e a Harmonização do Direito Regional. In. MENEZES, Wagner; ANUNCIACÃO, Clodoaldo Silva da; VIEIRA, Gustavo Menezes. *Direito Internacional em Expansão*. Vol. III. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

VAZ, Alcides Costa. O Relançamento do Mercosul. *Meridiano 47 – Journal of Global Studies*. Vol. 1. Nº 1, 2000. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/4768/4001>. Acesso em 22.01.2017.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A Ordem Jurídica do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretação e Aplicação Uniforme do Direito da Integração. União Europeia, Comunidade Andina, Sistema da Integração Centro-Americana e Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2013.

VIEIRA, Luciane Klein; MARTINS FILHO, Marcos Simões. As Opiniões Consultivas do Mercosul solicitadas pelo Poder Judiciário Brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 931, maio de 2013.

ZEIDAN, Rogério. A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e sua aplicabilidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*. Franca: Universidade de Franca, n. 4, ano 3, 2000.