

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



**ORDENS JURÍDICAS, INTERNORMATIVIDADE E JURISDIÇÃO: O
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA É MODELO PARA O
MERCOSUL?**

Uma abordagem a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann

LUCIANO GIAMBARRESI GANHO

(Nº 29406)

**MESTRADO EM DIREITO - CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS
ESPECIALIDADE EM DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA**

LISBOA

2019

LUCIANO GIAMBARRESI GANHO



**ORDENS JURÍDICAS, INTERNORMATIVIDADE E JURISDIÇÃO: O
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA É MODELO PARA O
MERCOSUL?**

Uma abordagem a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann

Dissertação de mestrado apresentada como
requisito parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direito.

Área de concentração: Ciências Jurídico-
políticas

Especialidade: Direito da União Europeia

**Orientadora: Professora Doutora Maria
Luísa Duarte**

LISBOA

2019

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos professores com os quais tive a oportunidade de compartilhar o ambiente acadêmico no período de meu mestrado em Portugal, Prof. Dr. Fausto de Quadros, Prof. Dr. Luís de Lima Pinheiro, Profa. Dra. Catarina Monteiro Pires e, principalmente, à Profa. Dra. Maria Luísa Duarte, pela orientação.

À minha família e aos meus amigos.

À Beatriz, pela paciência, compreensão e apoio, durante o longo período de pesquisa e escrita do trabalho.

RESUMO

A Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann, apresenta terreno frutífero para o estudo da internormatividade e da jurisdição. O ponto de vista sociológico-jurídico permite observar o direito externamente (hetero-observação) enquanto “*realidade social*”, desde o que produz o direito até os seus efeitos.

Com fundamento nesta abordagem, o trabalho apresenta as bases necessárias para a compreensão da Teoria dos Sistemas, especialmente com relação à posição dos tribunais no sistema jurídico, sem deixar de lado importantes críticas/contribuições feitas por Marcelo Neves.

Partindo da análise do tema da jurisdição, constata-se a necessidade de um tribunal para a diferenciação funcional do sistema jurídico, com proeminência do papel do princípio do *non liquet* (vedação à denegação de justiça). O tribunal é o centro do sistema jurídico e responsável pelo manejo do paradoxo, transformando incertezas em certezas aparentes.

A constatação teórica apresenta seu correlato prático na experiência europeia, o que é demonstrado nos capítulos posteriores, a partir de uma análise da história da União Europeia, pela introdução de um tribunal ainda no Tratado CECA e os caminhos férteis da jurisprudência na constituição da integração Europeia.

Tratou-se, portanto, da criação de um tribunal com jurisdição de atribuição, obrigatória, exclusiva e de pronúncia definitiva, que se demonstrou como um dos principais motores da integração. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia foi responsável pelo desenvolvimento dos mais importantes princípios de direito da União Europeia.

Adiante, o trabalho faz uma descrição do funcionamento do Mercosul, com ênfase em seu sistema de solução de controvérsias, que é constituído por um sistema arbitral que conta com um Tribunal Permanente de Revisão, o TPR, que funciona como tribunal de recurso ou, dependendo da opção das partes como tribunal de única instância. Destacou-se também a importância – embora subutilizado – do mecanismo de solicitação de opiniões consultivas.

Por fim, é feita uma comparação entre ambos os modelos de integração regional, a partir do seu sistema jurisdicional, sempre tendo em vista às lições iniciais da Teoria dos Sistemas Sociais.

Palavras-chave: União Europeia, Mercosul, integração, Teoria dos Sistemas, jurisdição

ABSTRACT

Niklas Luhmann's Systems Theory presents fruitful ground for the study of internormativity and jurisdiction. The sociological-legal point of view allows the observation the law externally (hetero-observation) as a “social reality”, from what produces the law to its effects.

Based on this approach, the work presents the necessary bases for the understanding of the Systems Theory, especially regarding the position of the Courts in the legal system, without neglecting important criticisms/contributions made by Marcelo Neves.

Starting from an analysis on the subject of jurisdiction, it is found a need for a court for the functional differentiation of the legal system, with prominence of the principle of *non liquet*. The court is the center of the legal system and is responsible for managing the paradox, turning uncertainties into apparent certainties.

The theoretical finding presents its practical correlate in European experience, as shown in later chapters, from an analysis of the history of the European Union, by the introduction of a court in the ECSC Treaty and the fertile paths of case law in constitution of European integration.

It was therefore the creation of a court with binding, exclusive and final jurisdiction, which proved to be one of the main drivers of integration. The case law of the Court of Justice of the European Union has been responsible for developing the most important principles of European Union law.

This work gives a description of how Mercosur operate, with emphasis on its dispute settlement system, which consists of an arbitral system that has a Permanent Review Court, the TPR, which acts as a court of appeal or, depending on the choice of the parties as a single court. The work also point out the importance – albeit underutilized – of the mechanism for requesting advisory opinions.

Finally, a comparison is made between both models of regional integration, based on their jurisdictional system, always in view of the initial lessons given by the Social Systems Theory.

Keywords: European Union, Mercosul, Systems Theory, integration, jurisdiction

SIGLAS E ABREVIATURAS

A., AA.	-	autor, autores
Ac.	-	Acórdão
ALADI	-	Associação Latino-Americana de Integração
ALALC	-	Associação Latino-Americana de Livre Comércio
art., arts.	-	artigo, artigos
AUE	-	Ato Único Europeu
BCE	-	Banco Central Europeu
CAN	-	Comunidade Andina de Nações
cap.	-	capítulo
CCM	-	Comissão de Comércio do Mercosul
CE	-	Comunidade Europeia
CECA	-	Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
CEE	-	Comunidade Económica Europeia
CEEA	-	Comunidade Europeia de Energia Atômica
CEDH	-	Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais
CETA	-	Comprehensive Economic and Trade Agreement (Acordo Económico Comercial Global entre Canadá e União Europeia)
CIG	-	Conferência Intergovernamental
CMC	-	Conselho Mercado Comum
cf.	-	confira, conforme
cit., cits.	-	citado, citada, etc., cita-se; citação, citações
CRP	-	Constituição da República Portuguesa
DIP	-	Direito Internacional Público
ed., eds.	-	edição, edições; editora, editoras
<i>e. g.</i>	-	exempli gratia (por exemplo)
GMC	-	Grupo Mercado Comum
<i>i. e.</i>	-	id est (isto é)
ICSID	-	International Centre for Settlement of Investment Disputes (Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos)
ISDS	-	Investor-State Dispute Settlement
n.º, n.ºs	-	número, números
NAFTA	-	North American Free Trade Agreement (Tratado Norte-Americano de Livre Comércio)
OMC	-	Organização Mundial do Comércio
org.	-	organizador, organização
p., pp.	-	página, páginas
p. ex.	-	por exemplo
parág.	-	parágrafo
PE	-	Parlamento Europeu
PARLASUL	-	Parlamento do Mercosul
PO	-	Protocolo de Olivos
POP	-	Protocolo de Ouro Preto
rev.	-	revisão, revista
RLIE	-	Resolução de litígios em matéria de investimento entre os investidores e os Estados
s., ss.	-	seguinte, seguintes

TA	-	Tratado de Assunção
TAAH	-	Tribunais Arbitrais Ad Hoc
TCE	-	Tratado da Comunidade Europeia
TCECA	-	Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
TCEE	-	Tratado da Comunidade Economica Europeia
TCEEA	-	Tratado da Comunidade Europeia de Energia Atómica
TEC	-	Tarifa Externa Comum
TEDH	-	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TFUE	-	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TFP	-	Tribunal da Função Pública da União Europeia
TG	-	Tribunal Geral da União Europeia
TJ	-	Tribunal de Justiça
TJCE	-	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TJUE	-	Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE	-	Tratado da União Europeia
TPR	-	Tribunal Permanente de Revisão
UE	-	União Europeia
vol., vols.	-	volume, volumes

SUMÁRIO

SUMÁRIO.....	8
INTRODUÇÃO	11
PRIMEIRA PARTE – UMA ABORDAGEM TEÓRICA.....	14
1. SISTEMAS.....	14
1.1 SISTEMA SOCIAL E AUTOPOIESE.....	15
2. FECHAMENTO DO SISTEMA JURÍDICO NA MODERNIDADE E SEU CÓDIGO, PROGRAMAS E FUNÇÃO	27
2.1 FECHAMENTO DO SISTEMA JURÍDICO NA MODERNIDADE	27
2.2 FUNÇÃO, CÓDIGO E PROGRAMAS	35
2.2.1 FUNÇÃO	35
2.2.2 CÓDIGO	40
2.2.3 PROGRAMAS.....	42
2.3 FECHAMENTO INSUFICIENTE NOS PAÍSES PERIFÉRICOS	44
3. INTERNORMATIVIDADE	50
3.1 DE SISTEMA PARA SISTEMAS JURÍDICOS	52
3.2 RELAÇÕES INTERSISTÊMICAS E AUTOPOIESE	54
SEGUNDA PARTE – A CENTRALIDADE DOS TRIBUNAIS NO SISTEMA JURÍDICO	56
1. JURISDIÇÃO – UMA INTRODUÇÃO.....	56
2. REDUNDÂNCIA.....	62
3. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO “NON LIQUET”	65
4. INTERPRETAÇÃO	68
5. PROCESSO COMO LEGITIMADOR DA DECISÃO.....	69
TERCEIRA PARTE – UMA INTERPRETAÇÃO DO CASO DA UNIÃO EUROPEIA	70
1. A INTEGRAÇÃO EUROPEIA	70
1.1 A INTEGRAÇÃO EUROPEIA PELO MÉTODO FUNCIONALISTA	71
1.2 STATUS DO <i>ACQUIS COMMUNAUTAIRE</i>	73
1.2.1 ATRIBUIÇÃO	74
1.2.2 FONTES DE DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA.....	76
1.2.3 TRATA-SE DE UM “ADQUIRIDO COMUNITÁRIO”	77
2. UMA CERTA IDEIA DE EUROPA – FUNÇÃO INTEGRADORA DA JURISPRUDÊNCIA.....	79
2.1 BREVES NOTAS DA ORIGEM E DO DESENVOLVIMENTO DE UM TRIBUNAL.....	79

2.2	FUNÇÃO INTEGRADORA.....	84
2.2.1	INTRODUÇÃO GRADUAL DE NOVAS DOCTRINAS	86
2.3	INDEPENDÊNCIA DOS JULGADORES E OBRIGATORIEDADE DA JURISDIÇÃO.....	87
3.	A PROTEÇÃO JUDICIAL NA UNIÃO EUROPEIA: UM SISTEMA COMPLETO DE VIAS DE RECURSO E PROCEDIMENTOS	89
3.1	PAPEL DOS TRIBUNAIS NACIONAIS.....	90
4.	A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DE IMPORTANTES BASES DA ORDEM JURÍDICA DA UNIÃO EUROPEIA – <i>LEADING CASES</i>	92
4.1	O RECONHECIMENTO DE UM PRIMADO	92
4.1.1	REAÇÃO DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS DOS ESTADOS-MEMBROS AO PRIMADO	96
4.1.2	DESENVOLVIMENTO JURISPRUDENCIAL DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	97
4.1.3	A MANUTENÇÃO DO PRIMADO	98
4.2	EFEITO DIRETO.....	100
4.2.1	A AMPLIAÇÃO DO ESCOPO DO EFEITO DIRETO PELO TRIBUNAL	103
4.2.2	REQUISITOS DO EFEITO DIRETO	105
4.2.3	EFEITO DIRETO HORIZONTAL E VERTICAL	107
4.2.4	INTERPRETAÇÃO CONFORME	111
5.	JURISDIÇÃO EXCLUSIVA: PARECERES DO TJUE DEMONSTRAM CAUTELA EXCESSIVA?.....	114
5.1	PARECER nº 2/13 – ADESÃO À CEDH.....	114
5.2	PARACER nº 1/91 E PARECER nº 1/09 – ESPAÇO ECONÔMICO EUROPEU E TRIBUNAL DAS PATENTES EUROPEIAS E COMUNITÁRIAS	120
5.3	PARECER nº 1/17 - CETA	121
	QUARTA PARTE – O MERCOSUL (E O QUE A UNIÃO EUROPEIA PODE OFERECER DE ENSINAMENTO?).....	124
1.	O SURGIMENTO DO MERCOSUL	124
2.	O PROTOCOLO DE OURO PRETO E O DESENHO INSTITUCIONAL DO MERCOSUL	129
2.1	CONSELHO DO MERCADO COMUM	129
2.2	GRUPO MERCADO COMUM.....	130
2.3	COMISSÃO DE COMÉRCIO DO MERCOSUL	131
2.4	PARLASUL – PARLAMENTO DO MERCOSUL.....	132
2.5	OUTROS ÓRGÃOS.....	132
3.	AS FONTES DE DIREITO DO MERCOSUL.....	134

3.1	DECISÕES	135
3.2	RESOLUÇÕES	136
3.3	DIRETIVAS	137
3.4	FONTES COMPLEMENTARES	137
3.5	DA NECESSIDADE DE INCORPORAÇÃO DAS NORMAS E DA VIGÊNCIA SIMULTÂNEA	138
4.	O SISTEMA DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL.....	143
4.1	PROTOCOLO DE BRASÍLIA E PROTOCOLO DE OURO PRETO.....	143
4.2	PROTOCOLO DE OLIVOS	144
4.2.1	O TPR	145
4.2.2	OPÇÃO DE FORO	146
4.2.3	OPINIÕES CONSULTIVAS	146
4.2.3.1	PROCEDIMENTO DA EMENDA REGIMENTAL Nº 48/2012, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	147
4.2.3.2	OPINIÕES CONSULTIVAS PARA ALÉM DA QUESTÃO COMERCIAL – REGRAS DE CARÁTERES SOCIAIS E CIDADÃS	149
4.2.3.3	CASO PRÁTICO PEDENTE DE ANÁLISE – ISENÇÃO PREVISTA NO ACORDO DE RESIDÊNCIA COM RELAÇÃO À MULTA POR PERMANÊNCIA IRREGULAR	150
5.	PARA EFEITO DE UMA COMPARAÇÃO – O QUE A UNIÃO EUROPEIA PODE OFERECER DE ENSINAMENTO?	155
	CONCLUSÕES.....	158
	BIBLIOGRAFIA	162

INTRODUÇÃO

O estudo da integração regional encontra terreno bastante frutífero na teoria dos sistemas, seja porque a teoria possui pretensão de universalidade, seja porque é, sem dúvida, a mais adequada à compreensão da internormatividade.

O enviesamento para o tema da jurisdição leva em consideração aspectos relevantes da teoria e da prática. De um lado, a teoria dos sistemas coloca o tribunal como centro do sistema jurídico, de outro, a experiência europeia demonstra que o Tribunal de Justiça da União Europeia foi uma das instituições de maior relevância para o desenvolvimento e afirmação do direito da União Europeia.

A aplicação da teoria dos sistemas à melhor compreensão da internormatividade – um fenômeno correlacionado à integração regional – não é novidade. Para exemplificar, J. J. Gomes Canotilho já tratou desta abordagem em alguns trabalhos, à exemplo da obra “Brançosos e Interconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional”.¹

A abordagem que seguirá nas próximas linhas deste trabalho é manifestamente interdisciplinar, com enfoque na sociologia do direito, na história das instituições e da jurisprudência e na dogmática jurídica.

Trata-se de uma pesquisa acerca da jurisdição e da integração regional, que inicia-se com duas partes abstratas, teórico-gerais (primeira e segunda partes) e termina com duas partes concretas, uma destinada à apresentação do caso da União Europeia (terceira) e outra destinada à apresentação do caso do Mercosul, que conta, ainda, com a comparação entre ambos os casos (quarta parte).

Embora possa-se considerar uma abordagem não usual, esta metodologia permitiu a análise comparada entre os sistemas da União Europeia e do Mercosul sob uma perspectiva diferente da correntemente utilizada. Não faria sentido somente comparar textos legislativos e repetir as inúmeras pesquisas existentes que são incapazes de propor caminhos efetivos para mudanças.

Como poderá ser observado ao longo das páginas deste trabalho, a sociologia do direito, pela corrente optada, permitiu verificar regras gerais abstratas a respeito do tema da jurisdição, que puderam ser comprovadas pela experiência de integração europeia. Com isso, pretendeu-se agir com rigor técnico e, na medida do possível, aproximar-se da

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e Interconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª Ed., Coimbra: Almedina, 2012.

aplicação do método hipotético-dedutivo, em que as hipóteses são testadas ao longo do trabalho, mediante procedimentos descritivos, históricos e comparativos, que buscaram elucidar possíveis soluções.

A sociologia do direito permite um olhar a partir de um ponto de vista diverso da dogmática jurídica, como ensina Niklas Luhmann, “*o sociólogo observa o direito de fora, o jurista observa de dentro*”.² O ponto de vista sociológico-jurídico permite observar o direito externamente (hetero-observação) enquanto “*realidade social*”, desde o que produz o direito até os seus efeitos. Ademais, com isso, é possível observar o sistema jurídico, mas também observar como o sistema jurídico observa a si mesmo.³

Raffaele de Giorgi chega afirmar que a abordagem luhmanniana “*despedaça certezas sedimentadas pela ciência jurídica*”.⁴

Desta forma, optar por combinar métodos de análise é também combinar pontos de observação.

A primeira parte consiste em uma abordagem introdutória da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, com enfoque no sistema jurídico, que tem o intuito de viabilizar ao leitor o conhecimento dos conceitos necessários à compreensão da teoria.

A segunda parte consiste em uma abordagem do tema da jurisdição, partindo de uma discussão acerca da necessidade de um tribunal para diferenciação funcional do sistema jurídico e do papel do princípio do *non liquet*.

A terceira parte consiste, especialmente, na descrição de alguns aspectos da história do Tribunal de Justiça da União Europeia e de decisões que foram importantes para a consolidação da integração Europeia. Se destina também à explicação de alguns elementos necessários à compreensão do funcionamento da União Europeia.

A quarta parte se destina a apresentação das particularidades do Mercosul e a comparação entre a experiência da União Europeia e do Mercosul, com enfoque no tema da jurisdição, mas também com a ponderação de outras características.

O objetivo consiste, em primeiro lugar, partindo da teoria, em sustentar a importância da jurisdição para a autorreprodução e para o fechamento do sistema, muitas vezes com papel mais importante que a legislação. Em segundo lugar, demonstrar como o Tribunal de Justiça da União Europeia foi elementar para a integração, inclusive na

² LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade, São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 21-22.

³ DE GIORGI, Raffaele. Luhmann e a Teoria Jurídica dos Anos 1970 in CAMPILONGO, Celso. Direito na Sociedade Complexa, 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 176, 187.

⁴ Ibidem, p. 188.

tarefa de suprir lacunas legislativas. E, em terceiro lugar, numa perspectiva comparada, apontar como um dos grandes diferenciais do nível de desenvolvimento da integração da União Europeia e do Mercosul, a existência de um tribunal com jurisdição de atribuição, obrigatória, exclusiva e de pronúncia definitiva.

PRIMEIRA PARTE – UMA ABORDAGEM TEÓRICA

1. SISTEMAS

A Teoria Geral dos Sistemas, tal qual apresentada por Niklas Luhmann, pretende-se ser uma teoria geral/universal para a disciplina sociológica. Essa pretensão foi claramente exposta por Luhmann em diversas obras, dentre elas em *“Sistemas Sociais: Esboço de uma teoria geral”*, algo que o autor afirma que não havia sido tentado desde Talcott Parsons.⁵

O que importa para a presente pesquisa são as contribuições da Teoria Geral dos Sistemas especificamente para a Teoria do Direito e para a Sociologia do Direito. Contudo, na formulação de sua teoria, Luhmann criou um grande arcabouço conceitual, uma linguagem própria, com o objetivo de se afastar dos conceitos altamente carregados de significados da “sociologia clássica”.

Essa linguagem particular nos obriga a uma introdução nos conceitos luhmannianos, nos termos de sua teoria geral, para posteriormente adentrarmos em uma análise específica de seus estudos com enfoque no sistema jurídico.

A opção deste trabalho pela Teoria Geral dos Sistemas não se faz por mero capricho. Embora não se despreze a importância de diversas outras análises possíveis, a partir de outros pontos de vista teóricos, e sejam consideradas as críticas⁶ (dentre elas: o diálogo permanente entre Habermas e Luhmann⁷, as críticas ao funcionalismo e ao construtivismo operativo⁸, o caráter abstrato de seus conceitos ou sua referência as

⁵ “Trata-se da formulação de uma teoria universal para disciplina, o que não se havia ousado tentar desde Parsons. Mas o respectivo reino do objeto não é mais pressuposto, de maneira substancializante, como um segmento do mundo (faits sociaux) examinado de fora pela sociologia. Ele também não é tomado apenas como um correlato da formação analítica do conceito elaborado pela sociologia, no sentido do ‘realismo analítico’ de Parsons. Ele é, antes, pensado como o mundo total, relacionado à referência sistêmica dos sistemas sociais, quer dizer relacionado à diferença, característica dos sistemas sociais, entre sistema e ambiente”. (LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais: Esboço de uma teoria geral*, Petrópolis: Vozes, 2016, p.11)

⁶ Um interessante artigo sobre a resistência a recepção da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann no Brasil: OLIVEIRA, David Barbosa; MAIA, Vinicius Madureira. Niklas Luhmann no Brasil: Resistências Acadêmicas ao Estudo da Teoria dos Sistemas, *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 5, nº 3, set./dez. 2018.

⁷ HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade: Doze lições*, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 511-534.

⁸ Luhmann era funcionalista (com notável influência de Parsons) e Construtivista (pois para ele o “mundo é produto de observações frequentes”); Sobre De Giorgi (e, em consequência, também válido para Luhmann), C. Campilongo faz a seguinte reflexão: “A teoria dos sistemas, nos moldes desenvolvidos por De Giorgi, filia-se ao construtivismo, ou seja, um conjunto heterogêneo e variado de aportes científicos dos campos da biologia, cibernética, neurofisiologia, sociologia etc. Fundamentalmente, essas teses partem da afirmação de que todo conhecimento é, inevitavelmente, uma construção interna de um sistema.

disciplinas científicas⁹), a Teoria dos Sistemas é a mais adequada à complexidade e à interdisciplinaridade.

Isso significa que ela permite a análise dos sistemas sociais nas suas relações internas (fechamento) e na sua relação com os demais sistemas (p. ex., do sistema jurídico com os sistemas econômico e político) e, sobretudo, a relação dos sistemas jurídicos entre si (p. ex., entre os sistemas jurídicos nacional, supranacional, internacional, arbitragem transnacional) e na internormatividade que é consequente dessas relações.

Embora Niklas Luhmann seja a grande referência teórica, a pesquisa não se limita aos seus estudos, mas também as importantes contribuições de outros pesquisadores, ainda que estes avancem em terrenos não visitados por Luhmann, como é o caso, p. ex., das contribuições de Raffaele de Giorgi, J. J. Gomes Canotilho, Celso Campilongo e Marcelo Neves.

No âmbito da análise dos sistemas jurídicos, se buscará analisar a importância da jurisdição para o fechamento operacional do sistema, o que será acompanhado de uma análise de direito comparado entre os sistemas jurídicos da União Europeia e do Mercosul.

1.1 SISTEMA SOCIAL E AUTOPOIESE

O caminho percorrido pela obra de Niklas Luhmann é extenso, e se alimenta, dentre outras influências, de contribuições do funcionalismo sociológico de Talcott Parsons¹⁰ (com quem estudou em 1961), da matemática de Spencer Brown¹¹, da Fenomenologia de Husserl e da aceitação da contradição de Hegel.

Mas, no que interessa para a elaboração de sua concepção de autopoiese e na diferenciação sistema/ambiente (elementos centrais em sua teoria), encontram-se as influências dos estudos de Humberto Maturana e Francisco Varela. Estes biólogos

O conhecimento não passa de operação de observação. Como essas operações ocorrem apenas no interior dos sistemas, De Giorgi trabalha com uma variável do construtivismo que pode ser designada construtivismo operativo". (CAMPILONGO, Celso. In DE GIORGI, Raffaele. Direito, Tempo e Memória, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 18).

⁹ LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 31.

¹⁰ "A diferença entre o 'estrutural-funcionalismo', de inspiração parsoniana, e o 'funcionalismo-estrutural', de inspiração luhmanniana, reside no fato de que o primeiro 'destaca o elemento estático-ordenador da estrutura' enquanto o segundo enfatiza o elemento 'dinâmico-processual da função'". (CAMPILONGO, Celso. Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial, 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76)

¹¹ NAFARRATE, Javier Torres. Luhmann e as "Formas Elementares da Vida Social", Revista Brasileira de Sociologia do Direito, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 28-36, jan./jun., 2015.

chilenos desenvolveram a Teoria dos Sistemas imbuídos do desafio da criação de novas bases para epistemologia. Que, embora seja uma teoria de forte orientação na biologia¹², logo ganhou desdobramentos nas ciências sociais e em outras áreas do conhecimento.

A organização dos seres vivos é por excelência uma organização autopoietica¹³, pois os seres vivos se caracterizam por “*produzirem de modo contínuo a si próprios*”¹⁴ em uma rede contínua de interações entre o metabolismo celular (interior) e o ambiente (exterior), separados por uma fronteira (membrana) responsável pela realização de seleções. A membrana, portanto, é a fronteira que possibilita a clivagem e gera a unidade da célula.¹⁵

Portanto, assim como os seres vivos, os sistemas sociais também serão caracterizados pela capacidade de produzirem de modo contínuo a si próprios e serão, por isso, considerados autopoieticos.

Comparações com a estrutura celular serão feitas ao longo do trabalho, mas somente para o efeito didático, como mera metáfora. Pois o estudo dos sistemas sociais apenas se inspirou no modelo biológico, tendo percorrido um caminho autônomo.

A diferenciação entre organismos e sistemas sociais já havia sido feita por Maturana e Varela, que destacaram a importância da linguagem para os segundos.¹⁶ Em Luhmann veremos claramente que o elemento central de análise dos sistemas sociais é a comunicação.

¹² MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. A Árvore do Conhecimento: As bases biológicas da compressão humana, 5ª Ed., São Paulo: Palas Athena, 2005.

¹³ Neste sentido: “*na medida em que a organização autopoietica determina a fenomenologia biológica – ao configurar os seres vivos como unidades autônomas –, será chamado de biológico todo fenômeno que implique a autopoiese de pelo menos um ser vivo.*” (Ibidem, p. 61)

¹⁴ Ibidem, p. 52.

¹⁵ Sobre as primeiras organizações autopoieticas celulares: “*Como toda organização, a autopoietica pode ser obtida por meio de muitas espécies diversas de componentes. No entanto, devemos tomar consciência de que no âmbito molecular de origem dos seres vivos terrestres, apenas algumas espécies moleculares devem ter tido características que permitiram a constituição de unidades autopoietica, dando início à história estrutural à qual nós próprios pertencemos. Por exemplo, foi necessário contar com moléculas capazes de formar membranas suficientemente estáveis e plásticas para serem, por sua vez, barreiras eficazes e de propriedades mutantes que permitissem a difusão de moléculas e íons por longos períodos, em relação às velocidades moleculares.*” (Ibidem, p. 57)

¹⁶ Para uma diferenciação entre organismos e sistemas sociais em Maturana e Varela: “*Nos sistemas sociais humanos o quadro é diferente. Como comunidades humanas eles também têm clausura operacional, que ocorre no acoplamento estrutural de seus componentes. No entanto, os sistemas sociais humanos também existem como unidades para seus componentes no domínio da linguagem. A identidade dos sistemas sociais humanos depende, portanto, da conservação da adaptação dos seres humanos não apenas como organismos – num sentido geral –, mas também como componentes dos domínios linguísticos que eles constituem.*” (Ibidem, p. 220)

Sociedade é comunicação.¹⁷ Celso Campilongo chega a afirmar que para a teoria dos sistemas “*sociedade é sinônimo de comunicação*”¹⁸, portanto, quanto mais se ampliam as comunicações, suas possibilidades e vieses, maior será a complexidade da sociedade.

Nota-se, desde já, que o paradoxo¹⁹ é inerente à teoria luhmanniana, está na sua base. O próprio surgimento da sociedade opera como um paradoxo, haja vista que para o surgimento da comunicação é necessária a sociedade e para o surgimento da sociedade é necessária a comunicação. Comunicação é, então, um pressuposto da sociedade.

Aqui reside uma grande diferença com relação as demais teorias sociológicas, já que a sociedade não é vista como a soma de todos os indivíduos, mas como a soma de toda a comunicação.²⁰

E nem por isso se poderá dizer que a Teoria dos Sistemas é um mero método de análise – Luhmann deixa claro que sua teoria se refere ao mundo real.²¹

Uma vez que se considere que a sociedade é comunicação (e não a soma dos indivíduos), os seres humanos são entendidos não como parte da sociedade, mas como parte do ambiente da sociedade.²² Em outras palavras, na relação entre sistemas psíquicos (de consciência) e sociais (de comunicação), um é ambiente para o outro.

A relação sistema/ambiente será melhor demonstrada adiante. Mas de forma preliminar, deve-se compreender como ambiente “tudo-o-que-não-é-o-sistema”. Deste modo, se o indivíduo é considerado um sistema de consciência, todos os demais indivíduos serão ambiente para ele, assim como a sociedade também será ambiente para ele. E do ponto de vista de um sistema social, como p. ex. o sistema econômico, todos os indivíduos, enquanto sistemas de consciência, serão ambiente para ele, assim como o sistema político também será ambiente para ele.

¹⁷ Considerando que o constitui o sistema social é o processo comunicativo, para Luhmann sistemas sociais não são constituídos de ações, mas decompostos em ações. (LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais...*, p. 162-164)

¹⁸ CAMPILONGO, Celso. In: DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Tempo e Memória...*, p. 12.

¹⁹ Sobre o uso (e a fundamentalidade) do paradoxo no Direito, consultar: LUHMANN, Niklas. *A Terceira Questão: O Uso Criativo dos Paradoxos no Direito e na História do Direito*, n° 39 (1), pp. 45-52, jan.-jun., 2006.

²⁰ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais...*, p. 80.

²¹ “*As reflexões seguintes partem do princípio de que existem sistemas. Portanto, elas não começam com uma dívida epistemológica. Elas também não defendem a posição retraída de uma “relevância meramente analítica” da Teoria dos Sistemas. E, principalmente, deve-se evitar a estreita interpretação da Teoria dos Sistemas como um simples método de análise da realidade. (...) Mas, pelo menos no caso da Teoria dos Sistemas, eles se referem ao mundo real. O conceito de sistema designa, portanto, algo que realmente é um sistema e, com isso, assume a responsabilidade de comprovar seus enunciados com a realidade*”. (Ibidem, p. 29)

²² Ibidem, p. 240.

A sociedade, concebida como toda a comunicação, é então a unidade do conjunto do social. É análoga à mundo e contém em si todos os sistemas sociais. E, na sua configuração atual - sua máxima evolução, trata-se da sociedade mundial e não há nenhuma comunicação além dela.

Neste sentido, a sociedade mundial é ambiente de todos os sistemas sociais.²³

Compreendida a noção luhmanniana de sociedade, passaremos a introdução de alguns conceitos essenciais.

Um primeiro conceito de importância abissal é a seleção.

Em termos abstratos, a comunicação é processamento de seleção²⁴, sendo a síntese de quatro tipos de seleção: informação, participação, compreensão e aceitação/rejeição (“*aceitação ou rejeição da redução de sentido que foi participada*”). Embora o conceito de comunicação não dependa da reação de aceitação ou rejeição, é na reação que se encerra a comunicação.²⁵ As três seleções – informação/participação/compreensão – “*formam a unidade à qual a comunicação seguinte pode ser conectada*”.²⁶

Quando falamos em processamento de seleções na comunicação, o destaque conferido por De Giorgi ao conceito de memória, não se faz ao acaso. A memória opera no presente, como uma distinção entre recordar e esquecer (eis uma estrutura dupla da memória, que não deve ser compreendida somente como recordação, mas também, simultaneamente, como esquecimento). É a memória que permite ao sistema identificar quais operações são “*fruto(s) de si*” mesmo, i.e., de operações anteriores do mesmo sistema.²⁷ A operação do sistema – e sua tarefa de seleção –, é um contínuo recordar e esquecer, que viabiliza a “*construção do presente*”.²⁸

Luhmann também fala em seleção na diferenciação entre sistema e ambiente, pois menciona que o sistema é sempre coagido a realizar seleções.²⁹ Trata-se então de seleção feita pelo sistema, com relação ao ambiente. Em uma metáfora, para fins meramente

²³ Ibidem, p. 463.

²⁴ Sobre sentido e seleção (a comunicação pressuporá uma seleção de sentido): “*Se partirmos do conceito de sentido, fica primeiramente claro que comunicação é sempre um acontecimento seletivo. Sentido não deixa outra escolha senão escolher. A comunicação opta por algo do atual horizonte referencial constituído já por ela mesma, e deixa outra coisa de lado. Comunicação é processamento de seleção. (...) A seleção utilizada na comunicação constitui seu próprio horizonte; ela constitui aquilo que ela escolhe já como seleção, isto é, como informação*”. (Ibidem, p. 164)

²⁵ Ibidem, p. 171-178.

²⁶ Ibidem, p. 273.

²⁷ “*Neste sentido, o sistema opera como um sistema histórico, ou seja, como um sistema determinado estruturalmente, um sistema que inventa continuamente sua própria história*”. (DE GIORGI, Raffaele. Direito, Tempo e Memória..., p. 59)

²⁸ Ibidem, p. 60.

²⁹ LUHMANN, Niklas. Sistemas Sociais..., p. 44.

didáticos, é através da membrana que a célula faz a seleção ao permitir que determinados íons sejam introduzidos em si e outros sejam impedidos.³⁰

Os sistemas sociais também processam seleções. No caso do sistema jurídico, o sistema fará a seleção ao permitir que determinadas comunicações sejam introduzidas em si, mediante a conversão ao seu código específico – ou seja, que as comunicações do ambiente sejam convertidas ao código lícito/ilícito. Somente farão parte do sistema jurídico as comunicações especificamente jurídicas. O mesmo poderá ser dito do sistema político, que somente processará comunicações que respeitem o seu código específico (poder/não poder). Da complexidade incompreensível do ambiente, será selecionada a complexidade estruturada do sistema.³¹

A diferenciação do sistema ocorre mediante autorreferência³², i.e., ao fazer uma descrição de si o sistema é obrigado a realizar internamente uma diferenciação entre sistema e ambiente.³³ Nesta senda, os elementos e operações do sistema fazem referência a si mesmos e se diferenciam do ambiente.

Segundo Luhmann, a diferença entre sistema e ambiente³⁴ é o “*ponto de partida para toda a análise sistêmico-teórica*”. Sem ambiente os sistemas não poderiam existir, haja vista que se estruturam exatamente na sua diferença em relação ao ambiente.³⁵ Note-se que o ambiente não é sistema, mas é ‘o que não é sistema’³⁶, sempre visto do ponto de observação do sistema. Por este motivo, o ambiente de cada sistema é diferente, já que é um “*correlato negativo do sistema*”.³⁷

O ambiente do sistema jurídico dirá respeito a tudo que não for possível a conversão ao seu código específico. Isso significa que, aquilo que não for orientado por uma lógica compreendida pelo código binário lícito/ilícito não fará parte do sistema jurídico, mas sim de seu ambiente.

³⁰ MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. Op. cit, p. 88.

³¹ LUHMANN, Niklas. Sistemas Sociais..., p. 46.

³² Autorreferência é o mesmo que auto-organização e autopoiese. Especialmente em razão deste conceito, o paradoxo é inerente a teoria luhmanniana – o paradoxo está na base da teoria, já que o sistema se cria a si mesmo: “*Sob a forma de paradoxo, a autorreferência tem complexidade indeterminável. (...) Pode-se designar um sistema como autorreferencial, quando ele mesmo constitui, como unidades funcionais, os elementos dos quais ele se constitui*”. (Ibidem, p. 52-53)

³³ Ibidem, p. 25.

³⁴ É justamente nessa distinção sistema/ambiente que recai a crítica Habermasiana. Para Habermas, a distinção sistema/ambiente nada mais é do que um novo nome para a clássica distinção sujeito/objeto. (HABERMAS, Jürgen. O Discurso Filosófico..., p. 511-534)

³⁵ LUHMANN, Niklas. Sistemas Sociais..., p. 33.

³⁶ “(...) cada sistema exclui somente a si mesmo de seu ambiente”. (Ibidem, p. 34)

³⁷ “(...) o sistema se autototaliza. O ambiente é simplesmente ‘todo resto’”. (Ibidem, p. 207)

O ambiente é sempre mais complexo que o sistema, o que ocorre devido ao maior número de elementos e relações possíveis no ambiente. O sistema opera, neste sentido, justamente como redução de complexidade, pois, por meio da seleção descarta o que no ambiente é indeterminável ou irrelevante ao sistema.

Em outras palavras, a complexidade do sistema é, portanto, própria e estruturada e a do ambiente é alheia e inapreensível ao sistema.³⁸ Essa distinção sistema/ambiente poderá ser mais facilmente compreendida nos tópicos seguintes, com exemplos concretos, a partir da análise de determinados sistemas sociais.

Para realizar a redução da complexidade, portanto, o sistema transforma problemas do ambiente em problemas do sistema (deslocamento do problema), seleciona os elementos (e conseqüentemente descarta outros) com base em seu código e conecta-os (dupla seletividade).³⁹

A diferença sistema/ambiente é distinguida por uma segunda diferença elemento/relação: não há “*elementos sem conexões relacionais ou relações sem elementos*”.⁴⁰ O elemento é a unidade ‘não mais reduzível’ do sistema – o que implica na impossibilidade de redução dos elementos em unidades menores e, conseqüentemente, que o sistema só pode se alterar mediante novas relações destes elementos ou com a introdução de novos.⁴¹

Com a delimitação das fronteiras do sistema, os elementos são atribuídos ao sistema (internos) ou ao ambiente (externos).⁴² Essa seleção⁴³ é, portanto, obrigatória ao sistema, haja vista a sua menor e estruturada complexidade. Isso não impede que estímulos externos se apresentem como informação⁴⁴ ou recurso (*Ressource*)⁴⁵, mas em linhas gerais ocorrências e processos externos são irrelevantes ao sistema.

Estruturas e processos se prestam à seletividade das comunicações. Estruturas permitem ligar um elemento a qualquer outro e são temporalmente reversíveis, já nos

³⁸ Ibidem, p. 242, 503.

³⁹ CAMPILONGO, Celso. Política, Sistema..., p. 20-21.

⁴⁰ LUHMANN, Niklas. Sistemas Sociais..., p. 38.

⁴¹ Ibidem p. 40.

⁴² Ibidem, p. 48.

⁴³ Do ponto de vista biológico, a seleção orienta quais serão as interações com o meio: “*O acoplamento estrutural das células permite que essas interações ocorram somente em certos íons, pois se outros íons (como césio ou lítio, por exemplo) forem introduzidos no meio, as mudanças estruturais que eles desencadearão na célula não serão conciliáveis com a realização da autopoiese dessa célula*”. (MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. Op. cit., p. 88)

⁴⁴ LUHMANN, Niklas. Sistemas Sociais..., p. 61-62.

⁴⁵ Ibidem, p. 210.

processos, as ocorrências seletivas são concatenadas (conectam-se obrigatoriamente às seleções anteriores) e são temporalmente irreversíveis.⁴⁶

Embora conte com a importância do conceito de estrutura, Luhmann não é um estruturalista. Em uma simplificação, os estruturalistas passam da teoria para a realidade; o caminho inverso é feito para a teoria dos sistemas, na qual os sistemas formam as estruturas, a partir de seu modo de autorreprodução. Para a Teoria Geral dos Sistemas Sociais, as estruturas⁴⁷ articulam comunicação com comunicação, estruturando a complexidade não estruturada, construindo uma ordem e restringindo as relações admitidas no sistema (a alteração da estrutura mantém a estrutura, pois a divergência deve ser “conforme”, p. ex. inovação permitida pela legislação; ou indefinida, p. ex., estruturas semanticamente ainda não ocupadas). Nesse contexto, aquilo que não se adapta não tem chance de virar estrutura.⁴⁸ Ademais, as estruturas são sempre atuais, o que exclui a possibilidade de outras formações estruturais.⁴⁹

O processo, por seu turno, depende da articulação temporal, onde “*a diferença entre antes e depois é decisiva*”⁵⁰, por isso versa sobre ocorrências seletivas concatenadas e irreversíveis.

Desse longo rol de conceitos, pode-se pressupor que o sistema constitui, então, uma unidade – um fechamento operativo –, com estruturas e limites, que produz e reproduz operações, que são, basicamente, comunicações providas de sentido.⁵¹ Cada operação se faz com base em uma diferença, i.e. “*algo se faz diferente do que era antes*”.⁵²

A recorrente atualização das possibilidades é possibilitada pelo sentido. Ambos os sistemas (psíquicos e sociais) trabalham com sentido – que é a totalidade das remissões à um determinado objeto⁵³ e que “*força o próximo passo à seleção*”, pois sempre coloca

⁴⁶ Ibidem, p. 65.

⁴⁷ “(...) *entre estrutura e operação existe uma relação circular, de modo que estruturas só podem ser construídas e variadas por operações, que por sua vez, são especificadas pelas estruturas*”. (LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 49)

⁴⁸ LUHMANN, Niklas. Sistemas Sociais..., p. 313-318, 336, 397.

⁴⁹ Ibidem, p. 331.

⁵⁰ Ibidem, p. 323-525.

⁵¹ LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 46, 59.

⁵² Luhmann exemplifica, com relação ao sistema jurídico, como operações, a interposição de um recurso contra um julgado ou a formulação de uma questão jurídica em face de uma situação cotidiana. (Ibidem, p. 67)

⁵³ “*Como todo e qualquer sentido apresenta-se uma complexidade inconceivelmente elevada (complexidade do mundo), a qual fica disponível para as operações de sistemas psíquicos ou sociais. Por um lado, o sentido atua nisso de modo a fazer com que essas operações não possam eliminar complexidade, mas sim regenerá-la continuamente mediante o emprego do sentido.*” (LUHMANN, Niklas. Sistemas Sociais..., p. 82)

mais alternativas à disposição do que pode ser atualizado no momento seguinte – e, deste modo, o sistema seleciona estruturas possíveis com relação a complexidade extremamente elevada do mundo⁵⁴.

Ao selecionar determinado sentido, afastam-se ou reduzem-se as probabilidades de outras possibilidades de conexão. Sentido, portanto, é uma forma de reprodução e é sempre autorreferencial – para o sistema, o sentido torna-se universal (ainda que como fluxo seja obrigado sempre a se atualizar) e possibilita o processamento da informação baseada na diferença.⁵⁵

Percebe-se, então, uma diferença entre sentido e informação. A informação é uma ocorrência que atualiza a estrutura e pode ser atribuída ao ambiente – se a informação se repete, deixa de ser informação (pois mantém na repetição o mesmo sentido e perde o caráter informativo).⁵⁶ Já o processo de sentido “*vive de perturbações, alimenta-se de desordem*”⁵⁷, essa desordem é desencadeada por informações, ruídos, dissensos.

A dimensão social do sentido estabelece que o sentido pode ter referência ao social, i.e., que ele pode ser compreendido e vivenciado de outra forma. Abre-se um “parênteses”: Aqui encontra-se uma das questões de relevância (e, certamente mal compreendida) para a teoria dos sistemas sociais, a oposição entre o consenso e o dissenso.⁵⁸ Para uma parte da crítica à Teoria dos Sistemas, ela seria uma deferência ao consenso, como se Luhmann fosse um defensor de alguma espécie de consenso social. Uma concepção dessa natureza é apenas uma incompreensão de sua teoria, sobretudo porque Luhmann coloca o dissenso como condição de evolução social.⁵⁹ Outra parte da crítica coloca Luhmann como contrário aos postulados de uma teoria democrática, por duvidar da “idealização do consenso democrático” (essa dúvida de Luhmann dirige-se, dentre outros, contra Habermas), contra essa parte da crítica, Campilongo esclarece que

⁵⁴ “(...) o mundo é mais do que a simples soma de todas as possibilidades, de todas as remissões com base em sentido que possa imaginar. Ele não é somente a soma, ele é a unidade dessas possibilidades. Isso significa, sobretudo, que o horizonte do mundo garante a toda diferença sua própria unidade como diferença. Ele suspende também as diferenças de todas as perspectivas sistêmicas isoladas porque, para cada sistema, o mundo é a unidade da própria diferença entre sistema e ambiente. Assim em cada consumação específica, o mundo atua como “mundo da vida” (*‘Lebenswelt’*)”. (Ibidem, p. 92) Em outra passagem, Luhmann também descreve o conceito de mundo como unidade da diferença entre sistema e ambiente; e que o mundo é multicêntrico, já que cada diferença sistema/ambiente se torna o centro do mundo. (Ibidem, p. 235-236)

⁵⁵ Ibidem, p. 80-90.

⁵⁶ Ibidem, p. 88-89.

⁵⁷ Ibidem, p. 106.

⁵⁸ Ibidem, p. 103-104.

⁵⁹ Ibidem, p. 104.

duvidar da possibilidade de consenso é reconhecer a legitimidade do dissenso – o que mantém Luhmann atrelado a postulados eminentemente democráticos.⁶⁰

Retornando ao tema da seleção, é justamente pela “*redução na totalidade das comunicações possíveis*” em decorrência das seleções – portanto, redução da complexidade –, é que se torna possível à sociedade aumentar sua complexidade: trata-se, portanto, de mais um paradoxo. Em outras palavras, quanto mais a diferenciação funcional permite a redução da complexidade social, mais a sociedade pode tornar-se complexa.⁶¹

O fechamento operacional, característico dos sistemas autopoieticos (autorreferentes) pressupõe uma estabilidade dinâmica de suas estruturas, o que significa que podem ocorrer mudanças na configuração da estrutura do sistema, sem que ele perca sua unidade. Para o sistema jurídico, p. ex., o mais relevante para a autopoiese do sistema é que operação jurídica se conecte com operação jurídica e assim por diante; e as estruturas são especialmente importantes, já que só com a legislação é possível a vinculação do juiz à lei (tornando o sistema jurídico mais protegido de pressões sociais, amizades e inimizades com relação aos juízes e partes).⁶²

Já se definiu com clareza a distinção sistema ambiente e alguns conceitos basilares. Mas como então um sistema diferencia de outros sistemas? Aqui deve se ter em mente que a diferenciação funcional dos sistemas é orientada justamente pela função de cada qual na sociedade.

O que diferencia um sistema dos demais é a sua função, que também se presta a orientação da seletividade (com base em seu código e em seus programas). A identificação da função é, portanto, comparativa em relação aos demais sistemas e estabelece uma perspectiva de observação.⁶³ Dito de outro modo, função é a orientação para um problema social específico: para o direito essa função é “*generalização de*

⁶⁰ “Luhmann procura escapar tanto de uma idealização do “consenso democrático”, quando de uma fundamentação ética do processo de legitimação política. Entretanto, nada disso autoriza um juízo de comensurabilidade entre as posições de Luhmann e os principais postulados da teoria democrática. Duvidar da possibilidade de consenso – consenso esse no mínimo improvável nas sociedades altamente diferenciadas e complexas – significa reconhecer legitimidade ao dissenso”. (CAMPILONGO, Celso. Política, Sistema Jurídico..., p. 124)

⁶¹ CAMPILONGO, Celso. In: DE GIORGI, Raffaele. Direito, Tempo e Memória..., p. 13. No mesmo sentido: NEVES, Marcelo. Constituição e Direito na Modernidade Periférica: Uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro, São Paulo: WMF, 2018, p. 13.

⁶² LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 79.

⁶³ LUHMANN, Niklas. Sistemas Sociais..., p. 77.

expectativas”⁶⁴, que são expectativas contrafactuais, conforme poderá ser melhor compreendido pela diferenciação entre expectativas cognitivas e expectativas normativas.

Expectativas normativas são internas ao sistema jurídico (portanto, dizem respeito a autorreferência), expectativas cognitivas são externas (portanto, dizem respeito à heterorreferência). Daí que se possa dizer que o direito é um sistema normativamente fechado e ao cognitivamente aberto, dado o duplo caráter de independência/dependência do sistema com o ambiente.⁶⁵

Ao lado da função, a diferenciação e o fechamento do sistema dependem de uma codificação binária: um valor positivo (no caso do direito, lícito) e um valor negativo (ilícito). De modo que, o que não for compreendido pelo esquema legal/ilegal, não fará parte do sistema jurídico e “*sempre que se faz referência ao lícito e ao ilícito, a comunicação é atribuída ao sistema do direito*”.⁶⁶

Diante da importante tarefa de fixação dos limites do direito, a questão de “natureza do direito” – além de não achar resposta satisfatória –, é menos relevante. A determinação dos limites do direito deve ser orientada por seu objeto, de modo que se atribui ao próprio direito a tarefa de encontrar seus limites.⁶⁷ Essa perspectiva de autodescrição do direito pressupõe uma observação de segunda ordem (o observador deve observar seu objeto – nesse caso, o sistema jurídico – como um observador).⁶⁸ Portanto, o sistema jurídico, assim como os demais sistemas sociais, se auto-observa, de modo a regular sua relação com o ambiente e se autodescreve.

É neste sentido que Luhmann afirma que nenhum sistema pode representar a própria sociedade. Neste viés, além das considerações preliminares já tecidas sobre o sistema jurídico, pode-se considerar que a unidade do sistema econômico moderno, p. ex., se encontra no dinheiro (monetarização) e na propriedade e operará com base em seu

⁶⁴ LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 80,

⁶⁵ Embora se possa verificar uma relação de dependência do sistema com o ambiente, é de extrema importância ter em mente que o sistema é autopoietico porque a relação de independência/dependência é controlada pelo próprio sistema. No caso específico do direito, será o sistema jurídico que determinará o que terá valor de “direito” (compreendido pelo esquema legal/ilegal) ou “não direito”. O que for tido como “não direito” não terá relevância na comunicação jurídica.

⁶⁶ Ibidem, p. 81, 94.

⁶⁷ Ibidem, p. 19-20.

⁶⁸ Sobre observação de segunda ordem, ver: LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 20, 21, 82, 94 e s., 103, 107 e s., 147, 192, 198, 223, 243, 249, 287, 314 e s., 317, 325, 346, 358, 404, 437, 454 e s., 461, 495, 498, 502, 511, 538 e s., 693, 715 e s. 731. Em outras palavras, nós observamos como o sistema observa. E, sobre a distinção de observação de primeira e segunda ordem, Celso Campilongo: “*As observações de primeira ordem (observação de objetos) e de segunda ordem (observação de observadores). Toda observação pressupõe uma delimitação, uma demarcação de espaço. Como nenhum sistema pode operar fora de suas fronteiras, observar é o mesmo que diferenciar e distinguir: observar é construir*” (CAMPILONGO, Celso. In: DE GIORGI, Raffaele. Direito, Tempo e Memória..., p. 18)

código (ter/não ter); a unidade do sistema político se encontra no poder (articulado no Estado)⁶⁹ e operará com um código poder/não poder; a unidade do sistema científico se encontra na verdade (cujo código opera na distinção verdadeiro/falso).

Com base nestes pressupostos, Marcelo Neves atribui a diferenciação sistêmico-funcional como característica distintiva da sociedade moderna. E mais, afirma que é isso que permite que a sociedade seja “aberta para o futuro”, supercomplexa⁷⁰ e supercontingente.⁷¹

A contingência⁷² é central na compreensão da sociedade, pois parte-se do pressuposto que tudo o que é, poderia ter sido de outra forma; em outras termos: “*de todas as possibilidades anunciadas de experiências seguintes poderiam resultar também diferentes das esperadas*”.⁷³ Assim, de um lado, a sociedade não se inicia, por já estar iniciada (ou como dito por De Giorgi, “*tudo se inicia como já iniciado*”). E, de outro, o presente é uma improbabilidade⁷⁴ e o futuro “*permanecerá sempre contingente e indomável*”: “*não se conhece o futuro na véspera*”.⁷⁵

No âmbito de cada sistema, então, e de forma a assegurar o seu fechamento operacional, é essencial que o sistema se autorreproduza – nunca se conclui, nunca se acaba, mas liga/conecta de forma constante operação em operação.

Assim, se entende por fechamento operacional que, mesmo quando deparado com estímulos, distúrbios, ruídos do ambiente, o sistema só atuará a partir de suas operações internas.⁷⁶ Qualquer elemento externo ao sistema só pode ser operacionalizado pelo sistema mediante o seu código específico.

A consequência do fechamento operacional é a autopoiese (ou autorreferência), que é conceituada por De Giorgi como “*sistema que produz e reproduz os elementos dos*

⁶⁹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais...*, p. 523, 525.

⁷⁰ “*Por complexidade sugerimos o entendimento de que há sempre mais possibilidades do que as que podem ser atualizadas*” (NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade...*, p. 13)

⁷¹ *Ibidem*, p. 14.

⁷² “*Contingente é algo que não é necessário, nem impossível; portanto, algo que pode ser assim como é (ou era, ou será), embora seja possível de outro modo. O conceito designa, assim, o dado (o experimentado, o esperado, o pensado, o fantasiado) em relação a um possível ser-de-outra-maneira; ele designa objetos no horizonte de possíveis variações. Ele pressupõe o mundo dado, não designa, portanto, o possível em geral, mas aquilo que, do ponto de vista da realidade, é possível de outro modo*”. (LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais...*, p. 129)

⁷³ NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica...*, p.14.

⁷⁴ “*Hegel afirmara que o problema da lógica era o início. Para Luhmann, não era este o problema. Tudo inicia, dissera ele, com o já estar iniciado. (...) O problema é o presente, sua improbabilidade, sua presença, seu poder de surpresa, seu existir porque não existe, o fato de um tempo que tem tempo*”. (DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Tempo e Memória...*, p. 102).

⁷⁵ CAMPILONGO, Celso. In DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Tempo e Memória...*, p. 13.

⁷⁶ DE GIORGI, Raffaele. *Luhmann e a Teoria Jurídica dos Anos 1970*, in: CAMPILONGO, Celso. *Direito na Sociedade Complexa*, 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 185.

quais é constituído, mediante os elementos que o constituem". Trata-se, portanto, de um fechamento do sistema (fechamento operacional), no qual o sistema é fechado para o ambiente no que tange a operacionalização de seus elementos, cuja orientação será sempre seu código específico. Embora o sistema também seja simultaneamente aberto, pois está situado no ambiente (o sistema existe exatamente na sua diferença com o ambiente); mas é sempre o sistema que determinará sua dependência e independência com relação ao ambiente (é o sistema que se autodetermina e se autoidentifica).⁷⁷

No aspecto da autopoiese, M. Neves destaca um afastamento da concepção de Luhmann com relação à concepção de Maturana. I.e., para Luhmann a autopoiese biológica permite uma concepção radical de fechamento – haja vista que as relações entre sistema e ambiente são vistas por um observador externo ao sistema (outro sistema); já nos sistemas constituintes de sentido (psíquicos e sociais), prevalece a auto-observação – de modo que a distinção sistema/ambiente é feita internamente.⁷⁸

É neste horizonte que Luhmann prescreve o sistema como uma visão de mundo; o código determina uma visão de mundo que é, para o sistema, completa/universal (*"com base na referência ao sistema, existem muitos sistemas funcionando com códigos diferentes, todos ele reivindicando um primado funcional e uma validade universal"*) – mas nunca será a única possível, já que é apenas a perspectiva de um determinado sistema.⁷⁹

Vejamos o caso do sistema jurídico para orientação de problemas e sua distinção com relação aos demais sistemas sociais. Para os demais sistemas, o direito oferece *"garantias sociais"*, dentre outras, p.ex.: obrigatoriedade de ensino (sistema educativo); propriedade (sistema econômico); etc.⁸⁰ Mas nunca substituirá a função específica dos respectivos sistemas, que sempre deverão se orientar com base em seus códigos próprios, p. ex., no sistema educativo, de caráter avaliativo (boas/más notas); e no sistema econômico, ter/não ter.

Em conclusão parcial, e para o que se propõe para esta fração do trabalho, é possível compreender que os limites do sistema *"são constituídos pela unidade do sistema, isto é, pelo seu potencial de autorreprodução"*.⁸¹

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ NEVES, Marcelo. Constituição e Direito na Modernidade Periférica..., p. 43.

⁷⁹ LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 247.

⁸⁰ Ibidem p. 270.

⁸¹ *"Os limites do direito não podem ser prescritos ou induzidos: eles são constituídos pela unidade do sistema, isto é, pelo seu potencial de autorreprodução"*. (DE GIORGI, Raffaele. Luhmann e a Teoria Jurídica..., p. 185)

2. FECHAMENTO DO SISTEMA JURÍDICO NA MODERNIDADE E SEU CÓDIGO, PROGRAMAS E FUNÇÃO

O sistema jurídico, na condição de subsistema do sistema social, possui destacada importância na Teoria dos Sistemas.

Mas a plena diferenciação do sistema jurídico é resultado de um longo processo que tem sua culminância na modernidade⁸² – a partir de quando se permitiu ao direito a possibilidade de operação independente, com base em seu código, de forma autônoma com relação à política e à moral.

Este processo de diferenciação funcional do direito guarda relação com (e é resultado do) constitucionalismo moderno.⁸³

Em razão disso, o que se propõe aqui é demonstrar como o fechamento operacional do sistema jurídico guarda relação com a modernidade; a importância de seu código, de seus programas e de sua função; e, por fim, como os países periféricos possuem fechamento insuficiente de seus sistemas jurídicos e quais as consequências dessa insuficiência.

A compreensão do arcabouço teórico relacionado à análise sociológico-jurídica do sistema jurídico será necessária para a compreensão da centralidade da posição dos tribunais.

2.1 FECHAMENTO DO SISTEMA JURÍDICO NA MODERNIDADE

O conceito de modernidade é bastante plurívoco, portanto, de difícil delimitação – uma vez que existem diversos pontos de vista, calcados em diferentes pontos de referência.

A título de curiosidade, uma vertente teórica latino-americana (filosofia da libertação), aqui representada pela obra de Enrique Dussel, coloca a modernidade como momento de expansão da dominação europeia e afirmação de um pensamento baseado no *ego conquiro* (a justificação, portanto, da subjugação de outros povos).⁸⁴

⁸² Guardadas as críticas à modernidade periférica que serão tecidas em tópico próprio.

⁸³ E não só a diferenciação funcional do direito, pois será notada uma relação entre essa “evolução social” vivenciada na modernidade e a construção do Estado de Direito, cf., dentre outros: NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito, Revista Lua Nova, nº 37, p. 93-106, 1996, p. 93.

⁸⁴ DUSSEL, Enrique. Meditaciones anti-cartesianas: Sobre el origen del anti-discurso de la modernidad, Tabula Rasa. Bogotá – Colombia, nº 9: 153-197, jul.-dez. 2008, p. 160; E, sob uma perspectiva de um ensaio literário, meu ensaio sobre a obra “Catatau” do poeta Paulo Leminski: GANHO, Luciano

Mas para o que importa ao presente trabalho “*a modernidade é compreendida como processo progressivo de diferenciação racional-com-respeito-a-fins, moralmente neutralizadora, dos sistemas econômico, político e jurídico*”.⁸⁵ Dito de outra forma, a modernidade possibilitou o afastamento da moral como critério de referência social e viabilizou os subsistemas sociais funcionassem de acordo com seus próprios códigos, com isso, oportunizou os seus respectivos fechamentos operacionais.

A primeira consequência óbvia (e paradoxalmente, também sua causa) é o aumento de complexidade da sociedade moderna, em razão de uma elevada diferenciação funcional.

Portanto, embora se possa visualizar um processo de diferenciação do sistema do direito no direito civil romano e na sistematização do direito na idade média⁸⁶, é a modernidade que consolida a diferenciação sistêmica – onde o direito ganha autonomia (fechamento operacional/autopoiese) –, viabilizada pelo direito positivo, que é originário de um procedimento legiferante e constantemente alterável por decisão.

Há uma alteração completa da perspectiva da sociedade, antes voltada para o passado (para a tradição, costumes), agora está voltada para o futuro⁸⁷, haja vista que as decisões/alterações a serem provocadas no direito terão efeitos futuros.⁸⁸

Em sua teoria, Luhmann estabelece três etapas de evolução social, caracterizadas como sociedades arcaicas (organizadas pelo parentesco e “segmentariamente diferenciadas”), civilizações pré-modernas (com incompleta diferenciação funcional, organizadas pela hierarquia) e sociedade moderna (diferenciada funcionalmente, supercomplexa e supercontingente).⁸⁹

Sendo assim, o sistema jurídico, para as sociedades arcaicas, carece de fechamento operacional, pois nem mesmo possui um procedimento de aplicação jurídica: “*o direito não é, a rigor, aplicado ou executado, mas sim assegurado e afirmado expressivamente pelo respectivo indivíduo ou grupo ofendido*”.⁹⁰ Isso se dá por uma completa indiferenciação (“confusão”) entre moral, costumes e direito.⁹¹

Giambarresi. Não Este Pensamento Não: Catatau de Leminski e o antidiscurso da Modernidade, *Jornal Relevo*, Ed. II, Ano VI, out. 2015.

⁸⁵ NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica...*, p. 12.

⁸⁶ LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade...*, p. 337.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 635.

⁸⁸ O conceito de vigência é essencial para a compreensão deste tema e adiante será abordado em maior detalhe.

⁸⁹ NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica...*, p. 27.

⁹⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 20-21.

⁹¹ *Ibidem*, p. 21.

Como decorrência da falta de procedimento, inviabiliza-se um tratamento diferenciado dos conflitos e faz prevalecer reações de autodefesa (reações imediatas às ofensas).⁹²

Nas civilizações pré-modernas, já é possível visualizarmos determinados procedimentos de aplicação jurídica e de execução da decisão por terceiros, o que já caracteriza um considerável avanço em relação às sociedades arcaicas do ponto de vista jurídico. Porém, ainda não há direito positivo, uma vez que este não é alterável por decisão, mas sim, determinado por fundamentos imutáveis (direito natural como última instância) – como consequência, o direito é reconhecido como “algo verdadeiro”.⁹³

Mesmo na sociedade grega, grande referência histórica ao desenvolvimento da democracia direta, não havia entre política e direito uma concreta distinção. Mas antes, tratava-se de uma sociedade fundada na união de famílias, unidas em torno de um culto comum – onde o direito servia à manutenção de uma determinada hierarquia.⁹⁴

Na sociedade romana, ao seu turno, o direito também carecia de uma distinção forte com relação as estruturas sociais da família e da moral religiosa, i.e., dependia de outros sistemas sociais, que se sobrepunham a possibilidade de sua diferenciação: o direito não era plenamente alterável por decisão. Marcelo Neves atribui essa imutabilidade do direito à manutenção da ordem social hierárquica (“*o direito permanecia assentado na tradição e em princípios de natureza religiosa*”). Porém se deve destacar que a sociedade romana já contava com alguns procedimentos bastante complexos para resolução de casos jurídicos.⁹⁵

Portanto, nas sociedades arcaicas e pré-modernas, em razão da carência de direito positivo (positividade no seu sentido moderno: direito alterável por decisão), o direito não alcançava autonomia. Uma vez que era sempre visto como imutável - mesmo quando produzido mediante processo legislativo – já que sua última referência era sempre externa ao direito (divina ou *jusnatural*).

Havia, então, uma dependência do sistema jurídico com relação a outros sistemas sociais, p. ex., a dependência da religião - orientada pelo código binário transcendente/imanente, e a dependência da política - poder/não poder.⁹⁶

⁹² Idem.

⁹³ Ibidem, p. 21-23.

⁹⁴ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo..., p. 11-14.

⁹⁵ Ibidem, p. 10, 14-15.

⁹⁶ NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã..., p. 19-24.

O direito natural operou um papel importante na transição das civilizações pré-modernas para a sociedade moderna, muito embora o direito mutável (legislado) ainda estivesse condicionado ao direito imutável (natural).

Já na Idade Média – a partir dela –, a sociedade europeia vivenciou uma grande criação de “*regulamentações legais*”, acompanhada do incremento do estudo do direito canônico, de modo que muito se deve à produção jurídica deste período e ao papel central do direito na transformação para a sociedade moderna.⁹⁷

Em um primeiro momento, o direito natural pressupunha a existência de uma perfeição (origem divina), de uma constituição natural da sociedade como um organismo, um corpo político.⁹⁸

Mas paulatinamente, em decorrência das guerras religiosas, ocorridas durante o século XVI, combinadas com a frutificação de um pluralismo religioso, obrigou-se a uma alteração da antiga fórmula de legitimação divina dos reis, que passou a não ser mais suficiente. Com isso, se deu causa a um processo de secularização do Estado⁹⁹ e de passagem do fundamento divino para o fundamento contratualista – mesmo que ainda jusnatural.

Embora sem representar uma efetiva cisão com o fundamento jusnatural¹⁰⁰ (e, portanto, ainda não se tratando efetivamente de modernidade), há é uma substituição do fundamento religioso por um fundamento secular, conquanto ainda metafísico.¹⁰¹

Paralelamente a isso, pode-se constatar um enaltecimento do homem na justificação da ordem jurídico-política, seja pela menção ao “estado de natureza” ou à “vontade geral dos homens”.

⁹⁷ LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 32.

⁹⁸ Ibidem, p. 658-659.

⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. O Estado-nação Europeu Frente aos Desafios da Globalização: O passado e o futuro da soberania e da cidadania, Revista Novos Estudos CEBRAP, nº 43, nov. 1995, p. 91.

¹⁰⁰ “No absolutismo, essa tensão pendular balança fortemente para a instrumentalização política do direito, que não é obstaculizada pela semântica do novo direito natural, sem referência ao transcendente: a invocação aos princípios metajurídicos do jusnaturalismo (considerados imutáveis), na prática política das monarquias, servia antes para legitimar um espaço juridicamente livre para o soberano, no âmbito do qual ele tinha o poder de estabelecer, aplicar e impor o direito”. (NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo..., 17-18)

¹⁰¹ Ibidem, p. 17-18.

Por sua vez, o Estado territorial, desde seus primórdios, teve importante papel de unificação do direito vigente em toda a sua extensão¹⁰², isto é, o monopólio de capacidade de formulação do direito positivo¹⁰³ – elemento característico da soberania.¹⁰⁴

O século XVIII será determinante para a superação do conceito de contrato social e a sociedade passará a ser vista como produto de sua história (neste aspecto, Luhmann concede destaque especial para David Hume).¹⁰⁵

Neste período (Séc. XVIII), há um destaque para o desenvolvimento do papel do direito de propriedade e do contrato (acoplamentos estruturais entre os sistemas jurídico e econômico) – Luhmann chega a mencionar que a garantia da propriedade passa a ser a principal função do direito –, e da Constituição (acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político).¹⁰⁶

A complexidade crescente da sociedade amplificou as incertezas¹⁰⁷ das expectativas de modo que o retorno ao ritual fixo (a religião) e o poder político (por si só) se tornaram incapazes de oferecer segurança¹⁰⁸: *“Na transição para a modernidade, a sociedade se transpõe cada vez mais para o interior da diferenciação de sistemas funcionais”*.¹⁰⁹

Mas quando, então, o direito passa a contar com características modernas? Só quando o direito vem a ser modificável por decisão *“é que se pode falar de positividade”*.¹¹⁰

Com uma grande capacidade de síntese, Goyard-Fabre descreve três “ondas” de amadurecimento do conceito de direito. A primeira onda: *dessacralização do direito*, com importante papel desempenhado por Hugo Grócio (e posteriormente por Hobbes). A

¹⁰² LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 548.

¹⁰³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, 7ª Ed, Coimbra: Almedina, 2011, p. 89-90.

¹⁰⁴ *“Portanto, desde a metade do século XVI, soberania passou a significar, em termos práticos, sobretudo o controle político centralizados dos tribunais e a remoção dos direitos feudais, dos direitos da Igreja, bem como dos direitos corporativos, que se exerciam em jurisdições de direito próprio. Soberania significava, então, o registro e a unificação de direitos regionais especiais, para tal valendo-se já das publicações impressas; soberania veio assim a significar recepção da linguagem e aquisições conceituais do direito civil romano – ao menos se se tomar como base a erudição jurídica, quando não o direito vigente”*. (LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 649)

¹⁰⁵ Ibidem, p. 659.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 660.

¹⁰⁷ *“Neste contexto, visto historicamente desde a segunda metade do século XVII, a certeza se torna tal como nunca antes o tema de uma comunicação explícita. O mesmo vale para a incerteza, e não em última instância: para uma incerteza explicitamente produzida”*. (LUHMANN, Niklas. Sistemas Sociais..., p. 354)

¹⁰⁸ Ibidem, p. 351.

¹⁰⁹ Ibidem p. 354.

¹¹⁰ NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviaã..., p. 24.

segunda onda: *separação da moral*, com importante papel desempenhado por Kant e Fichte. A terceira onda: *neutralidade axiológica do direito*, possibilitada pelo positivismo jurídico.¹¹¹

Com a concretização da Constituição, em seu sentido moderno, decorre a autonomia dos sistemas sociais jurídico e político. Mas não só, a diferenciação funcional ocorrida na modernidade opera em todos os âmbitos da vida social, como bem descrito pelas palavras de Marcelo Neves, para o qual, neste período “*há não só um destrincamento de lei, poder e saber, nem apenas a obtenção da liberdade religiosa e econômica pelo homem, mas um amplo processo de diferenciação sistêmico-funcional.*”¹¹²

A sociedade diferenciada é vista como “multicêntrica”, em outras palavras também pode ser definida como “policontextural”¹¹³ – estes conceitos estarão fartamente presentes na obra de Luhmann e demais autores dedicados ao estudo da Teoria Geral dos Sistemas Sociais.

Em uma sociedade multicêntrica, como a sociedade mundial atual, há a concorrência de diversos códigos, cada qual ordenador do respectivo subsistema social. Embora todo código-diferença diga respeito exclusivamente as relações específicas do determinado sistema social, cada qual pretende-se universal na descrição do “mundo da vida”.¹¹⁴

Para melhor compreensão deste processo de diferenciação funcional, cita-se alguns casos em concreto. Em primeiro lugar, a diferenciação sistêmico-funcional da economia ocorre mediante o desprendimento da lógica econômica com relação à moral religiosa (ideia de bem/mal) e a política – a economia passa a operar com orientação ao lucro.

A arte também vive um processo parecido, pois com a modernidade ela passa a ter um valor por si mesmo. Não há mais a sua subordinação a “*um fim educativo edificante*” ou ao “*serviço da salvação da alma dos fiéis*”. Paulo Leminski esclarece que a doutrina da “arte pela arte” surge na França do séc. XIX.¹¹⁵

¹¹¹ GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica, São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. XIX-XXIX.

¹¹² NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo..., p. 23.

¹¹³ Ibidem, p. 24.

¹¹⁴ Ibidem, p. 24.

¹¹⁵ LEMINSKI, Paulo. Ensaio e anseio crípticos, Curitiba: Inventiva, 2014, p. 23-24.

No horizonte científico, o saber separa-se da religião e do poder para alcançar uma racionalidade calcada na verdade (código verdadeiro/falso) – e essa separação não se deu de forma pacífica, haja vista a violência dirigida à Galileu Galilei.¹¹⁶

Na política, a legitimação do poder se dará na circularidade da ideia de povo constitucional – viabilizada, justamente, pela Constituição.

No sistema jurídico, para o qual destina-se o objeto da presente pesquisa, destaca-se que a mera existência de normas criadas por meio do processo legislativo, não é suficiente para a caracterização do direito positivo – uma vez que a legislação, por si só, é observável em civilizações antigas. A grande diferença, neste momento, é a “*decidibilidade*” e “*alterabilidade*” a que se submetem o direito, i.e., que a agora pode ser produzido e alterado a qualquer momento.¹¹⁷ Assim, “*a legislação não se destina mais, então, simplesmente a identificação e à compilação do direito já vigente, mas sim atua como fundamento da validade jurídica*”¹¹⁸; por decisão política pode-se colocar e retirar de vigência as normas jurídicas.¹¹⁹

Outrossim, a positivação do direito depende de condições características da sociedade moderna – sua complexidade e contingência –, que no direito representam um excedente de expectativas.¹²⁰ Como as expectativas cognitivas são as mais diversas (e, portanto, muitas vezes contraditórias), além de transformarem-se ao longo do tempo, acarretam o crescimento do “*volume de temas juridificáveis*”.¹²¹

A diferenciação funcional do sistema jurídico, especialmente com relação ao sistema político, é viabilizada pela Constituição – que garante o fechamento de ambos os sistemas (jurídico e político) e lhes atribui autonomia. De um lado, o direito é legitimado pela política (pela via da democracia), de outra a política é legitimada pelo direito (por meio da estrutura jurídico-constitucional e seus procedimentos; *rule of law*).¹²²

A circularidade do fechamento dos sistemas jurídico e político apresenta-se na seguinte fórmula: “*a Constituição fecha o sistema jurídico’ e o povo fecha o sistema*

¹¹⁶ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo..., p. 22.

¹¹⁷ NEVES, Marcelo. Constituição e Direito na Modernidade Periférica..., p. 30.

¹¹⁸ Ibidem, p. 30.

¹¹⁹ Com a ressalva de que: “*é verdade que numa ordem jurídica positivada todo o direito pode ser alterado por decisão, mas não tudo de uma vez*”. (LUHMANN, Niklas *apud* NEVES, Marcelo. Constituição e Direito na Modernidade Periférica..., p. 31)

¹²⁰ NEVES, Marcelo. Constituição e Direito na Modernidade Periférica..., p. 32.

¹²¹ Ibidem, p. 32.

¹²² NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo, São Paulo: WMF, p. 56-57; No mesmo sentido: LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 571, 630.

político, autolegitimando-os".¹²³ Trata-se aqui, de uma solução para o problema da autorreferência de ambos os sistemas.¹²⁴

O que significa que as Constituições não somente estabelecem normas jurídicas, mas também – e principalmente –, viabilizam a diferenciação funcional entre a política e o direito, bem como conferem ao poder sua validade.¹²⁵

A essa relação entre sistema jurídico e sistema político, podemos chamar de acoplamento estrutural (a Constituição, na definição de Luhmann, é o acoplamento estrutural entre política e direito). O acoplamento estrutural é, então, propriamente o contato entre os sistemas, mas que mantém a autopoiese de cada qual.¹²⁶

Os acoplamentos estruturais podem existir na relação de quaisquer subsistemas sociais entre si e funcionam como filtros que recusam algumas e facilitam outras influências.¹²⁷ Note-se que, aqui a lógica é exatamente a mesma da já descrita relação sistema/ambiente, na qual os sistemas garantem, a partir de si mesmos seu grau de dependência/independência.

Tratando das consequências do modelo constitucional, Marcelo Neves fala em interdependência desses sistemas (jurídico e político).¹²⁸ Em termos práticos, de um lado, a Constituição converte o código do sistema jurídico (lícito/ilícito) em relevante para o político, pois oferece mecanismos de controle do poder e das decisões e assegura a circulação do poder.¹²⁹

Nesse caso, todas as decisões da política passam a ser subordinadas à legalidade – eis a principal característica do que veio a se denominar Estado Democrático de Direito, onde não é admitido o uso arbitrário do poder.¹³⁰ Doutra lado, transforma o código do sistema político (poder/não-poder) em relevante para o jurídico, introduzindo no sistema jurídico um viés democrático, caracterizado pelo processo legislativo para a produção de normas jurídicas.¹³¹

¹²³ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo..., p. 62; Em igual sentido: LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico, Revista AJURIS, nº 49, jul. 1990, p. 151.

¹²⁴ LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 641.

¹²⁵ NEVES, Marcelo. La Constitución y La Esfera Pública: entre diferenciación sistémica, inclusión y reconocimiento, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, v. 37, p. 163-192, 2014, p. 167.

¹²⁶ NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã..., p. 87.

¹²⁷ NEVES, Marcelo. La Constitución..., p. 167.

¹²⁸ NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã..., p. 89.

¹²⁹ Ibidem, p. 85-87.

¹³⁰ Ibidem, p. 94-95.

¹³¹ NEVES, Marcelo. La Constitución, p. 167.

Como já mencionado, a Constituição (sobretudo, a positividade do direito e instituto da vigência¹³²) altera a orientação pelo passado (tradição, costume) e estabelece uma orientação para o futuro¹³³, já que o direito é alterável por decisão, as expectativas cognitivas (pretensões) podem ser alcançadas, não para o presente, mas em um futuro.

O direito passa então a contar com a possibilidade de modificação contínua, desde que respeite o processo legislativo.

Paralelo a isso, tão logo a Constituição começou a operar, a distinção “*constitucional/inconstitucional*” apresentou seu caráter reflexivo para o sistema jurídico. Além do sistema jurídico determinar o que é lícito, ele garante seu fechamento determinando o que é constitucional. Mediante a distinção “constitucional/inconstitucional” o direito fundamenta a si mesmo constitucionalmente, de modo que o reingresso da política no direito só ocorre por meio de procedimentos legislativos assentidos no texto e na prática constitucional.¹³⁴

Em síntese, verifica-se que o processo de diferenciação funcional do sistema jurídico (e, em consequência, seu fechamento operacional) se realizou em um contexto de diferenciação sistêmico-funcional da sociedade moderna, no qual outros sistemas também afirmaram seus códigos parciais – e, como decorrência, pode-se observar um aumento de complexidade na sociedade moderna (multicêntrica e policontextural). No caso do sistema jurídico, há um destaque especial para a importância da Constituição, que foi/é condição para o seu fechamento – antes da Constituição não se podia falar em positividade (no seu sentido moderno).

2.2 FUNÇÃO, CÓDIGO E PROGRAMAS

2.2.1 FUNÇÃO

De acordo com considerações já tecidas anteriormente, a diferenciação funcional é um dos traços marcantes da Teoria dos Sistemas Sociais. Essa diferenciação pressupõe

¹³² “Torna-se possível incluir os fundamentos da vigência do Direito no próprio sistema jurídico na forma de uma lei constitucional, embora na forma de uma regulamentação especial, para a qual as regras jurídicas costumeiras (por exemplo a regra da colisão, pela qual o Direito novo derroga em caso de contradição o Direito mais antigo) quando este incompatível. Não têm vigência. Ao mesmo tempo a legislação constitucional exige uma reorganização das referências externas, pois não podemos esperar com bons argumentos que Deus ou o monarca, que o representa, providenciem o texto no ano exato da revolução. Como é sabido, a solução chama-se ‘povo’.” (LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais..., p. 149-168)

¹³³ LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 635.

¹³⁴ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo..., p. 59.

que o sistema funcionalmente diferenciado estará voltado para a resolução de um determinado problema social.¹³⁵ E que depende de uma codificação, que fará justamente uma distinção das comunicações de um sistema, com relação às comunicações dos demais sistemas.

Para o enfoque do presente trabalho, trataremos com aprofundamento a função do sistema jurídico e, como consequência, seu código e seus programas.

O tópico anterior já serviu para demonstração do processo vivenciado para que fosse possível almejar um fechamento operacional do direito e, portanto, também sua diferenciação funcional. Com relação à política e à moral, a diferenciação do direito viveu um período de transição – pela construção de uma justificação do direito calcada no direito natural, até o desenvolvimento de um direito eminentemente positivo, onde os direitos subjetivos são “*desnaturalizados e reconstruídos como mero reflexo do direito objetivo (incluído na constituição)*”.¹³⁶

Segundo Niklas Luhmann, o sistema jurídico – subsistema do sistema social – funciona como sistema imunológico do sistema social¹³⁷, cuja função essencial é a de assegurar a segurança das expectativas por meio da *generalização congruente de expectativas normativas*. Pois, através do direito, é possível a antecipação de soluções em casos de conflitos.¹³⁸ Disso se conclui que o direito possa ser instrumento de previsibilidade.¹³⁹

Numa lição bastante didática de Celso Campilongo, podemos entender por generalização congruente de expectativas normativas o seguinte¹⁴⁰: em primeiro lugar, por generalização, entende-se o estabelecimento de critérios intersubjetivos – não haveria generalização se os critérios fossem individuais.

Em segundo lugar, por congruente, entende-se a segurança do sistema nas dimensões temporal, social e material. Temporal, caracterizada por segurança contra desilusões e assegurada pela positivação; social, por segurança contra o dissenso, assegurada pelos procedimentos; material por segurança contra contradições e

¹³⁵ LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 747.

¹³⁶ LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 201.

¹³⁷ Cf. LUHMANN, Niklas. Sistemas Sociais..., p. 215. E, também: LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 765-766; CAMPILONGO, Celso. Política, Sistema Jurídico..., p. 19.

¹³⁸ LUHMANN, Niklas. Sistemas Sociais..., p. 424-425, 204.

¹³⁹ “O direito deve ser maximamente previsível e, também, um instrumento cujos efeitos sejam passíveis de cálculo”. (Ibidem, p. 24)

¹⁴⁰ CAMPILONGO, Celso. Política, Sistema Jurídico..., p. 19-20.

inconsistências, assegurada por mecanismos que estabeleçam o sentido da generalização, tais quais, programas, valores, instituições.

Em terceiro lugar, por expectativas normativas, entende-se as expectativas que resistem aos fatos. As expectativas normativas “*não se adaptam às frustrações (...), não estão dispostas à aprendizagem*”.

Sistemas psíquicos (indivíduos) e sistemas sociais (sociedade) são incapazes de constituir uma unidade, de modo que a expectativa se constituirá de formas diversas.¹⁴¹ Do ponto de vista do indivíduo a expectativa dirá respeito à consciência (e determinará o modo como se lida com a contingência a que está submetido, i.e., na medida da incerteza de seu modo de reprodução autopoiético, uma vez que a incerteza é inerente ao futuro).¹⁴² Do ponto de vista da sociedade, a expectativa é constituída como comunicação.¹⁴³

A dupla contingência da expectativa (sua reflexividade) se estabelece justamente nessa relação entre o sistema psíquico e o social, pois, a expectativa pressupõe que ela exista no âmbito da consciência e que ao mesmo tempo “*saiba de si mesma como esperada*”. Com base nessa reflexividade, geram-se as possibilidades de correção da expectativa (readequação para uma aproximação do que realmente poderá ser esperado) e de sua reversibilidade.¹⁴⁴

O que importa para o direito, na sua função de generalização de expectativas é a estabilização de expectativas normativas dos atores sociais. Sendo assim, quando falamos em expectativas asseguradas pelo direito, estamos nos referindo às expectativas sociais, constituídas como comunicação.

As expectativas normativas são eminentemente contrafáticas.¹⁴⁵ Isso significa que as expectativas normativas asseguradas pelo direito são diversas das expectativas cognitivas.

¹⁴¹ O que permite a interpenetração entre os sistemas sociais e psíquicos é a linguagem. (LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais...*, p. 305).

¹⁴² “*Uma expectativa sonda terreno incerto por meio de uma diferença que ela própria torna tangível: ela pode ser realizada ou não realizada, e isto não depende unicamente dela. (...) É possível construir uma expectativa sem que se conheça o mundo – contando com a sorte. (...) Após algum tempo de uma conduta de vida consciente, preenchida por experiências sociais, expectativas totalmente arbitrárias deixam de se constituir. Uma vez imerso na sucessão progressiva normal de representação para representação, não ocorre mais o desvio para algo inteiramente alheio. (...) por diferença em relação a essa vivência, expectativas puramente arbitrárias não podem ser formadas*”. (Ibidem, p. 301)

¹⁴³ Ibidem, p. 300-301.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 342-345.

¹⁴⁵ RIBERIRO, Paulo de Tarso Ramos in CAMPILONGO, Celso. *Direito e Diferenciação Social*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 8-11.

As expectativas cognitivas, orientadas pelo resultado, não são determinantes para o direito, na medida em que não correspondam com a normatividade. É por esse motivo que as partes podem pretender determinados resultados, calcados em orientações de caráter moral, econômico ou científico (apenas para exemplificar) e não terem o correspondente amparo no direito.

Por outro lado, o direito é o sistema que poderá fornecer determinada segurança para os destinatários das normas jurídicas, justamente por esse caráter contrafático, pois não importam as orientações dadas pelos demais sistemas sociais, o direito sempre assegurará determinada expectativa com base no que foi decidido no passado com a normatização de tema.

Conforme Luhmann, mesmo quando ainda inexistente um direito oficial/legiferado, o direito “surge de maneira rudimentar” em todos os sistemas sociais (seja em grupos, famílias, vizinhança, etc.). Pois somente com o direito, pode-se mediar essa relação entre as expectativas normativas e cognitivas ao longo do tempo.¹⁴⁶

Todas as operações do sistema jurídico são, conseqüentemente, operações da sociedade, de modo que o sistema jurídico opera um “corte” na sociedade que surge por meio da diferenciação entre o sistema (jurídico) e o ambiente do sistema (jurídico).¹⁴⁷ E todos os temas podem ser objeto de tratamento jurídico, bastando somente que o sistema se limite ao cumprimento de sua função. Disso decorre que, embora todos os temas sejam tratáveis juridicamente, não é recomendável esperar do sistema jurídico a resolução de problemas eminentemente políticos, econômicos, etc., pois, diante da complexidade da sociedade, as estruturas de cada sistema são as mais adequadas para o tratamento dos problemas vinculados às suas funções.¹⁴⁸

¹⁴⁶ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais...*, p. 376.

¹⁴⁷ LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade...*, p. 44-45.

¹⁴⁸ CAMPILONGO, Celso. In DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Tempo e Memória...*, p. 15.

Para a Teoria dos Sistemas Sociais, essa invasão de um sistema na resolução de problemas caracterizadamente titularizados por outro sistema se denomina “desdiferenciação”¹⁴⁹ e dela decorre o que se convencionou “corrupção sistêmica”.¹⁵⁰

Contudo, não são todos os contatos tidos entre os sistemas sociais que implicam em desdiferenciação. O direito assegurará diversas prestações aos demais sistemas, justamente para lhes oferecer “*garantias sociais*”. Dentre outros exemplos, pode-se citar a obrigatoriedade do ensino, no âmbito do sistema educativo e o asseguramento do direito de propriedade, para o sistema econômico.¹⁵¹

O mesmo poderá acontecer com o sistema jurídico a partir de outros sistemas, como, p. ex., o direito poderá ser objeto de investigação pelo sistema científico.¹⁵² Ou, como no âmbito de parte considerável do presente trabalho, poderá ser objeto de uma heterodescrição a partir de um ponto de observação sociológico.

Embora o direito seja instrumento de previsibilidade, deve se ter em mente que o direito não garante resultados, em primeiro lugar, porque a história nos demonstra como normas podem ser mantidas em uma realidade frontalmente oposta¹⁵³ e, em segundo lugar, pois não há como prever quais serão os resultados num futuro que se mantém incerto “*e nem a economia e nem o direito haverão de controlar essa contingência*”.¹⁵⁴

¹⁴⁹ Campilongo exemplifica como desdiferenciação o fenômeno que ocorre em ditaduras, que tendem a “*desdiferenciação totalitária entre direito e política*”. Nestes casos, o direito é suprimido ou utilizado de forma instrumental, para a satisfação de interesses dos detentores do poder. Porém, de forma quase poética, o autor nos traz uma importante lição, quando explica que a “*a complexidade do mundo moderno reconstrói essa diferença sempre ameaçada. Isso explica como e por que, mesmo em meio a uma ditadura, advogados e juizes, dentro de uma ordem jurídica e valendo-se dos muros construídos pelo direito, como dia Faoro, conseguem abater o autoritarismo e restaurar a diferença entre política e direito*”. (CAMPILONGO, Celso. Kelsen, o Positivismo e o Ensino do Direito nos Anos 70. In CAMPILONGO, Celso. Direito e Diferenciação..., p 36)

¹⁵⁰ “*No sistema do direito, um ato de arbitrariedade sustentado por uma “afirmação autoritária” do sistema político seria reconhecível como ruptura do direito -mesmo que daí não se seguisse nenhuma consequência advinda da falta de cobertura pelo poder.*

Um sistema jurídico que é frequentemente exposto a tal interferência num amplo espectro de questões – e quem há de negar que isso acontece? – opera num estado de corrupção. Por meio de suas normas, o sistema não reconhece não ser capaz de resistir à pressão política”. (LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 109)

¹⁵¹ Ibidem, p. 270.

¹⁵² Ibidem, p. 668.

¹⁵³ Luhmann cita, a partir da história dos direitos humanos, o caso da manutenção de escravidão, ou da restrição de liberdades religiosas, em que pese a positivação em sentido oposto na sociedade americana de 1776. (Ibidem, p. 180) De Giogi também falará da negação de direitos como uma característica intrínseca ao direito: dentro outros exemplos a normalização da negação de direitos à migrantes “ilegais” na Europa - integração negativa.

¹⁵⁴ RIBERIRO, Paulo de Tarso Ramos in CAMPILONGO, Celso. Direito e Diferenciação..., p. 11.

Mas, ao menos, a função normativa visa preparar a expectativa para tal futuro desconhecido, possibilitando maior grau de confiança e uma maior previsibilidade no cálculo dos riscos.¹⁵⁵

Quando M. Neves fala em fechamento insuficiente do sistema jurídico nos países periféricos (em especial com relação ao caso brasileiro), a principal crítica é a de que o sistema jurídico não cumpre com sua função de estabilização das expectativas normativas. Isso é ocasionado por uma diferenciação funcional deficiente do sistema jurídico, que permanece sujeito às influências dos sistemas político e econômico.¹⁵⁶

Embora as críticas formuladas, o sistema jurídico se presta ao cumprimento de sua função de generalização congruente de expectativas normativas, voltada para a antecipação de soluções em casos de conflitos e ao asseguramento de maior grau de confiança e previsibilidade.

2.2.2 CÓDIGO

Contiguamente à função, a diferenciação e o fechamento do sistema jurídico dependem de uma codificação binária, caracterizada por um valor positivo: lícito; e um valor negativo: ilícito.

Só será compreendida pelo sistema jurídico a comunicação que corresponder ao esquema legal/ilegal (um indicado e o outro subintendido¹⁵⁷), o restante não será direito.

A distinção direito/não-direito também é frequentemente vista nas obras dos autores dedicados ao estudo da Teoria dos Sistemas Sociais, e terá correspondência na distinção sistema (direito – comunicações compreendidas pelo código lícito/ilícito) / ambiente (não direito).

É por esse motivo que Luhmann eleva o código binário à um lugar proeminente na sua teoria, conforme adjetivo por ele mesmo utilizado. Essa proeminência decorre do papel central que o código desempenha na identificação do sistema jurídico.¹⁵⁸

O código, também denominado código-diferença, é o que permite a delimitação de quais expectativas são normativas e, conseqüentemente, sua distinção com relação às expectativas cognitivas.¹⁵⁹

¹⁵⁵ LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 173-175.

¹⁵⁶ NEVES, Marcelo. Constituição e Direito na Modernidade Periférica..., p. 15.

¹⁵⁷ CAMPILONGO, Celso. In DE GIORGI, Raffaele. Direito, Tempo e Memória..., p. 23.

¹⁵⁸ LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 221.

¹⁵⁹ NEVES, Marcelo. Constituição e Direito na Modernidade Periférica..., p. 47.

As operações¹⁶⁰ do sistema jurídico em sua constante autorreprodução somente poderão ligar operação em operação dispondo dos valores lícito/ilícito, e, portanto, é o código que permite que o sistema se conecte¹⁶¹: “*O direito é, portanto, uma história sem fim, um sistema autopoietico, que só produz elementos para poder produzir mais elementos; a codificação binária é a forma estrutural que garante justamente isso*”.¹⁶²

Com um código propriamente jurídico, o sistema mantém-se vinculado apenas à positividade – e, deste modo, isolado de determinações externas, como interesses políticos, ou critérios morais, já que estes valores se tornam irrelevantes ao sistema jurídico.¹⁶³ Neste aspecto reside uma importante crítica às teorias axiológicas do direito, das mais diferentes vertentes, sejam as teorias vinculadas ao direito natural ou as mais recentes teorias pós-positivistas: uma invasão de ponderações axiológicas causam a imobilidade do sistema jurídico; M. Neves fala em bloqueio da tarefa seletiva¹⁶⁴, poderia se falar ainda em bloqueio do próprio código e, portanto, em desdiferenciação.

A justiça pode ser entendida por dois vieses, de um ponto de vista externo, como complexidade adequada, isto é, se o sistema jurídico como um todo satisfaz valores de justiça atribuídos pelo ambiente do sistema (capacidade de adaptação); e de um ponto de vista interno, como consistência das decisões, se as decisões correspondem aos valores de legalidade/ilegalidade prescritos normativamente (capacidade de reprodução autopoietica).¹⁶⁵

¹⁶⁰ Celso Campilongo ressalta que, embora sempre opere com base no seu código-diferença, o sistema não vê que o faz em cada operação, daí denomina a estrutura como latente, simplesmente se reproduz: “*Uma operação sempre está conectada a outras do mesmo sistema. Constrói-se, assim, a identidade sistêmica. A unidade dos sistemas sociais é produzida pelas operações de comunicação. É dessas operações internas ao sistema que se extrai, igualmente, a diferença entre sistema e ambiente. Porém, como operar também é observar, cada observação é fruto das próprias operações. Ocorre que, em seu contínuo operar orientado para distinções específicas (lícito/ilícito, ter/não ter, governo/oposição etc.), os sistemas não são capazes de observar as próprias distinções. Trata-se de um “ponto cego” das operações do sistema. O sistema jurídico, por exemplo, opera com base na distinção lícito/ilícito. Mas não pode, a cada operação, indagar se a diferenciação entre lícito e ilícito é ou não lícita. Esse é o ponto de partida ou sua estrutura latente, diria Luhmann. De modo paradoxal: o ponto cego não vê que não vê essa distinção*”. (CAMPILONGO, Celso. In: DE GIORGI, Raffaele. Direito, Tempo e Memória..., p. 19)

¹⁶¹ LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 125.

¹⁶² Ibidem, p. 238.

¹⁶³ NEVES, Marcelo. Constituição e Direito na Modernidade Periférica..., p. 50.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 51.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 50.

2.2.3 PROGRAMAS

Como se viu, o código opera somente com base em dois valores (um indicado e outro subentendido). Justamente por sua natureza binária e sua invariabilidade, o código por si só não garante qualquer adaptação ao ambiente.¹⁶⁶

Diante das características de rigidez e invariabilidade, o sistema não pode orientar-se exclusivamente por seu código.¹⁶⁷ Ademais, os valores legal e ilegal nem mesmo são suficientes para a própria delimitação do que é legal/ilegal.¹⁶⁸

Os programas serão, então, os critérios para a determinação dos valores do código legal/ilegal¹⁶⁹; Luhmann fala em uma “*semântica adicional*”.¹⁷⁰ Em uma grande simplificação, os programas realizam a indicação do que é propriamente legal/ilegal.

Para o sistema jurídico, portanto, os programas são normativos, caracterizados todas as premissas decisivas do direito: especialmente as leis, mas também precedentes, contratos, regulamentos, institutos jurídicos.¹⁷¹ M. Neves fala em *tudo que é posto à disposição da função de atribuição de valores do código à fatos típicos*.¹⁷²

Diferentemente do código, os programas jurídicos podem ser constantemente alterados, bastando somente que sejam respeitados os procedimentos para tanto, que são determinados pelo próprio sistema. Há, portanto, uma possibilidade de alteração profunda no conteúdo dos programas¹⁷³, permitindo uma ampla variação do que se entende por legal/ilegal – eis aqui a variabilidade que é própria do direito positivo.¹⁷⁴

O código permanecerá o mesmo, mas ao direito é sempre possibilitada sua adaptação, sobretudo porque a sociedade constantemente impulsiona o direito à sua modificação. Apenas para exemplificação, quanto à temas atuais, verifica-se uma paulatina modificação do direito com relação à legalização do aborto, legalização de determinadas drogas (ou ao menos a descriminalização do uso), casamento homoafetivo.

¹⁶⁶ LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade, p. 250.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 249.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 252.

¹⁶⁹ “O que é correto só pode ser fixado por programas do próprio direito”. (Ibidem, p. 256.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 252.

¹⁷¹ Cf. LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 125; também: CAMPILONGO, Celso. Política, Sistema Jurídico..., p. 77.

¹⁷² NEVES, Marcelo. Constituição e Direito na Modernidade Periférica..., p. 215.

¹⁷³ “(...) a invariância e incondicionalidade são representadas pelo código; o caráter mutável e, nesse sentido, a positividade, pelos programas do sistema”. LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 258.

¹⁷⁴ CAMPILONGO, Celso. Política, Sistema Jurídico..., p. 77.

Embora impulsionada por mudanças na sociedade (seja com relação à valores morais, critérios econômicos ou avanços científicos, etc.), a modificação correspondente no direito dependerá, portanto, de critérios próprios¹⁷⁵ – i.e.: as mudanças nos seus programas, prioritariamente pelo processo legislativo, mas não só.

Niklas Luhmann menciona uma imposição binária inflexível seria socialmente difícil de suportar.¹⁷⁶ Neste contexto, os programas permitem a acomodação entre direito e sociedade, estabilizando as dissonâncias existentes entre ambos. Especialmente porque, o sistema visa estar sempre adaptado.¹⁷⁷

A autopoiese do sistema é regida por essa relação entre o código e programas. De um lado, a programação permite a abertura do sistema jurídico, viabilizando o aprendizado; de outro, o código assegura o fechamento.¹⁷⁸

Com a programação é viável um desprendimento do direito natural¹⁷⁹, pois mediante programas passa ser possível ao direito orientar-se de forma integral por processos de tomada de decisão (portanto, direito positivo: alterável por decisão).

Neste viés, a palavra de ordem com relação aos programas é adaptação. É a programação, por seu caráter variável, que viabiliza uma adaptabilidade do sistema jurídico.¹⁸⁰

Enquanto os códigos são estruturas invariantes, programas possibilitam a alteração das estruturas.

Outrossim, como bem destacado por N. Luhmann, como tratam-se de comunicações, as estruturas só tem “valor de realidade” quando efetivamente utilizadas

¹⁷⁵ Sobre a aprendizagem, Luhmann: “É evidente que isso não nega a possibilidade de uma transformação de temas e tampouco exclui o caso de as dificuldades de adaptação no interior do direito (como ceder ao clamor popular em questões relativas à proteção do meio ambiente, por exemplo) serem grandes a ponto de o sistema acabar por ceder a pressões externas. A autopoiese do sistema do direito não o bloqueia, mas, de um modo ou de outro, continua, isso se não for destruído o próprio sistema, a partir do qual a sociedade realiza as modificações no direito. E, da perspectiva do sistema do direito, é preciso que seja construído um filtro por meio do qual as mudanças de opinião sejam tomadas como circunstância de aprendizagem, ou seja, como circunstância cognitiva, e não, por exemplo, como imposição direta de novas normas”. (LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 127)

¹⁷⁶ Em sociedades pré-modernas ou nos países do Extremo Oriente – casos de sistemas com códigos inflexíveis –, decorre uma “recomendação de não aplicação *in situ*”. A consequência é uma “renúncia à juridicização a fundo das operações do sistema social”. (Ibidem, p. 254)

¹⁷⁷ “Deste caráter estrutural do direito resulta que o sistema jurídico está sempre adaptado às situações, pois ele inventa a situação à qual se adapta. Isto é possível pela memória que não é nada mais que a diferença entre recordar e esquecer, incluir e excluir”. (DE GIORGI, Raffaele. Direito, Tempo e Memória..., p. 149).

¹⁷⁸ NEVES, Marcelo. Constituição e Direito na Modernidade Periférica..., p. 216.

¹⁷⁹ LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 255.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 258.

para fins comunicativos. No caso das normas, só terão “valor de realidade” quando mencionadas – ainda que implicitamente.

Com isso, o mero esquecimento também se apresenta como um instrumento de adaptação (ainda que dificultado com o advento da escrita).¹⁸¹ Pois, é a memória que permite ao sistema recordar¹⁸² quais são os elementos e estruturas capazes de conexão, para manutenção da autopoiese do sistema; nas palavras de De Giorgi, é a memória que possibilita ao sistema “*sintetizar aquelas transformações que se revelam capazes de conexão*” e que “*com a construção do presente, o direito inventa a sua história*”.¹⁸³

Com a utilização de programas, é possível então a conservação da autopoiese. Assim, mantém-se as estruturas do sistema, ao mesmo tempo que viabiliza as suas mudanças.¹⁸⁴ À essa mudança compatível, dá-se o nome de evolução, caracterizada pela variação de um elemento, seleção da estrutura e por fim, estabilização do sistema.¹⁸⁵

Em síntese, por meio dos programas, é proporcionada a abertura do sistema jurídico, sem a correlata perda de seu fechamento, que permanece sendo preservado pelo código.

2.3 FECHAMENTO INSUFICIENTE NOS PAÍSES PERIFÉRICOS

Uma vez que o estudo versa sobre uma análise comparada da experiência europeia de integração regional (União Europeia) com a experiência sul-americana (Mercosul), faz-se relevante a referência aos aportes proporcionados por Marcelo Neves à teoria de Niklas Luhmann, particularmente no que diz respeito à modernidade periférica.

Entre os anos de 1987 e 1991, M. Neves desenvolveu suas pesquisas de doutoramento e tendo sido aluno de Niklas Luhmann, apontou-lhe algumas

¹⁸¹ “Tão logo a escrita passou a ser usada e as fixações textuais se fizeram possíveis, o sistema foi confrontado pela própria memória. O esquecer já não era tão fácil, e a todo momento foi preciso contar com normas que, por acidente, tinham sido deixadas de lado. Chegou-se, com a Idade Média e o início dos tempos modernos, a uma animosidade bastante visível, direcionada à forma escrita e, ao mesmo tempo, aos desenvolvimentos compensatórios que reagem a novos problemas o como (1) o desenvolvimento de jurisprudências e competências profissionais para o trato eventual com os textos para alguns, dentre muitos casos; e (2) a aceitação de mudanças de normas, realizadas com a ajuda de procedimentos que o sistema promoveu para o caso em questão, como equivalente funcional do esquecimento”. (Ibidem, p. 62)

¹⁸² A recordação é apenas um dos “lados” da memória, que se constitui na distinção recordar/esquecer: “Recordação não é a memória. Ela é um lado da distinção com a qual opera a memória. O outro lado é o esquecimento. A recordação é aquela parte que dispõe do poder de se conectar. Uma recordação conecta a outra recordação” (DE GIORGI, Raffaele. Direito, Tempo e Memória..., p. 78).

¹⁸³ Ibidem, p. 148.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 322.

¹⁸⁵ LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 322.

particularidades da realidade periférica que até então não tinham sido observadas pelo autor.

Luhmann já havia desenvolvido seu conceito de modernidade, caracterizado pela diferenciação funcional e já considerava a sociedade como mundial. Entretanto, compreendia os países em desenvolvimento como “sociedades simples”/tradicionais.¹⁸⁶

A divergência apresentada por Neves se deu justamente com referência a questão da diferenciação funcional: os países em desenvolvimento deveriam ser considerados plenamente integrados na sociedade mundial (e, portanto, modernos para todos os fins), embora não possuíssem plena diferenciação funcional, sobretudo quando se trata do sistema jurídico. Havia, portanto, um lado negativo da modernidade desconsiderado pela teoria luhmanniana.

Nas palavras de Neves: “*não seria sustentável, na perspectiva típica da modernidade periférica, a tese do primado da diferenciação funcional, muito menos da preferência sistêmica por inclusão*”.¹⁸⁷

Em verdade, observando que os Estados “periféricos”, à exemplo da América Latina, Ásia e África, representam a maior parte dos Estados, e que estes Estados possuem concretas falhas de diferenciação funcional no plano da política e do direito, sobretudo em razão de uma influência desdiferenciadora da economia e de outros sistemas políticos nacionais (corrupção sistêmica), conclui-se que a regra na sociedade mundial é ainda a incompleta diferenciação funcional.¹⁸⁸

O desdobramento lógico dessa conclusão é o fato de que a plena diferenciação funcional representa apenas uma pequena realidade de países desenvolvidos (centrais) da Europa Ocidental e da América do Norte.

Neves também destaca que ainda essa inferência poderia ser colocada em questão, em razão de uma recente “*tendência à periferização dos centros quanto por força de mudanças sociais em alguns países periféricos*”.¹⁸⁹

¹⁸⁶ NEVES, Marcelo. Constituição e Direito na Modernidade Periférica..., p. 390.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 391.

¹⁸⁸ “*Em vez autopoiese, caberia falar de alopoiese do direito*”. (NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito..., p. 99). Ainda, Cf: NEVES, Marcelo. Constituição e Direito na Modernidade Periférica..., p. 106.

¹⁸⁹ NEVES, Marcelo. Constituição e Direito na Modernidade Periférica..., p. 391.

As considerações de M. Neves geraram alterações na obra de Niklas Luhmann, que reconheceu os aportes e incluiu-os em sua teoria.¹⁹⁰ Isso se fez com a introdução da diferença inclusão/exclusão da sociedade mundial.

Fala-se em sociedade mundial, porque todas as comunicações produzem-se nela - é a única sociedade que existe.¹⁹¹ Isto é, não há nenhuma comunicação além dela, já que a sociedade mundial não possui contato com o ambiente (é completamente fechada) e é, antes de tudo, ambiente de todos os sistemas sociais.¹⁹²

Portanto, já não era mais possível manter a compreensão de que, numa sociedade notadamente mundial, os países em desenvolvimento (periféricos) fossem sociedades tradicionais. Toda a sociedade mundial é então moderna e a exclusão é produzida justamente na medida da inclusão universal. Trata-se do paradoxo da inclusão, ao incluir gera exclusão. Como menciona De Giorgi: “*Não existem mais diferenças de estamentos na sociedade moderna, não existe mais nobreza, mas existem as favelas e os “Sul do mundo”*”.¹⁹³

Ademais, os setores subintegrados (aos quais também se pode denominar excluídos ou incluídos negativamente) são altamente dependentes dos sistemas funcionais, ou seja, não possuem um grande grau de liberdade. Trata-se, então, de uma inclusão negativa, que inclui na medida que explora o trabalho e exclui na medida em que não garante quaisquer direitos. No plano jurídico, os subintegrados somente são incluídos na qualidade de réus, devedores, etc.¹⁹⁴

Já aos sobreintegrados (subintegração é inseparável da sobreintegração dos privilegiados) são destinatários de uma integração positiva, que lhes garante alto grau de liberdade e asseguramento pleno de direitos.¹⁹⁵

A importância do fechamento operacional ainda é central na Teoria dos Sistemas, contudo, não pode ser vislumbrado sem sua correspondente análise em concreto. A existência real de situações de corrupção sistêmica, a utilização do direito como “*mero*

¹⁹⁰ “(...) reagiu às minhas críticas de forma marcante no próprio prefácio do original, sustentando que esta tese “remete a problemas para os quais nem a teoria marxista de classes, ou de proveniência pós-marxista, nem a concepção usual de diferenciação funcional da sociedade sabem dar uma resposta”, arguindo ser necessária outra teoria para refutar essas teorias. Assim, antecipa sua resposta ao afirmar que “talvez já existam, entretanto, indícios para uma diferença preordenada, primordial, que regule o acesso às vantagens da diferenciação funcional, a saber, a diferença entre inclusão e exclusão”. (Ibidem, p. 392). Cf. também: Ibidem, p. 395.

¹⁹¹ DE GIORGI, Raffaele. Direito, Tempo e Memória..., p. 230.

¹⁹² LUHMANN, Niklas. Sistemas Sociais..., p. 463.

¹⁹³ DE GIORGI, Raffaele. Direito, Tempo e Memória..., p. 230.

¹⁹⁴ NEVES, Marcelo. Constituição e Direito na Modernidade Periférica..., p. 109, 133, 394.

¹⁹⁵ NEVES, Marcelo. Constituição e Direito na Modernidade Periférica..., p. 133, 394.

instrumento de poder” (disponível ao abuso dos detentores do poder na medida de seus interesses), impedem a afirmação de que o fechamento operativo é regra – pois não é, sobretudo na periferia.¹⁹⁶

Disso decorre que o direito nem sempre terá êxito na sua função de generalização congruente de expectativas normativas, nestes casos M. Neves falará de instrumentalismo e nominalismo constitucional, como também em Constituição simbólica.¹⁹⁷ A referência à Constituição simbólica pode também ser encontrada em Luhmann, com menção à utilização da Constituição de forma instrumental pela política (e a consequente impossibilidade de fechamento operacional do sistema jurídico).¹⁹⁸

Ao tratar de Constituição, neste capítulo, se refere a ela menos na perspectiva de acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político (perspectiva jurídico-sociológica) e mais na sua perspectiva de subsistema do sistema jurídico (como direito constitucional e, portanto, numa perspectiva teórico-jurídica).¹⁹⁹

Por Constituição simbólica entende-se que o ordenamento jurídico (mais propriamente o texto constitucional) não cumpre com sua função jurídica de generalização congruente de expectativas normativas (causando insegurança jurídica) e falha na sua posição de instância reflexiva do sistema jurídico (caracterizada pela tarefa de orientação de constitucionalidade/inconstitucionalidade).²⁰⁰ Simbólico, porque, nestes casos, o texto constitucional prevê determinadas situações sem considerar a viabilidade social de sua concretização (embora chegue a prever determinados direitos fundamentais, a falta de correspondência com a realidade social acaba transformando-se em obstrução

¹⁹⁶ “*O próprio Luhmann, na conclusão de sua obra prima sobre o direito como sistema social, parece-me admitir de certa maneira essa tese, ao sustentar ser plenamente possível que a autonomia do sistema jurídico, a saber, a dependência da sociedade de “um funcionamento do código jurídico não seja nada mais do que uma anomalia europeia que se enfraquecerá no curso da evolução da sociedade mundial”.* Com essas e outras ressalvas, Luhmann afasta-se de certo provincialismo europeu, para não dizer alemão, que marcou sua obra sobre a diferenciação funcional da sociedade mundial e a autonomia dos respectivos subsistemas funcionais, principalmente o direito, até o início da década de 1990”. (NEVES, Marcelo. Constituição e Direito na Modernidade Periférica..., p. 396)

¹⁹⁷ Cf. NEVES, Marcelo. Constituição e Direito na Modernidade Periférica..., p. 131. E, também, Cf. NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito..., p. 99.

¹⁹⁸ “(...) ainda não se conseguiu fechar operativamente o sistema jurídico e torna-lo impermeável à influência política e de outras forças sociais”. (LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 642)

¹⁹⁹ “Nessa perspectiva, a norma constitucional, como um caso particular de norma jurídica, representa um tipo de expectativa de comportamento estabilizada em termos contrafáticos”. (NEVES, Marcelo. Constituição e Direito na Modernidade Periférica..., p. 65)

²⁰⁰ Cf. NEVES, Marcelo. Constituição e Direito na Modernidade Periférica..., p. 83, 87, 269-272. Neste aspecto, também podem ser observadas as críticas (e a abrupta mudança de posição) de J. J. Gomes Canotilho à Constituição Dirigente, cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos” e Interconstitucionalidade...

para a mudança²⁰¹), cujas consequências serão instrumentalismo ou nominalismo, como se verá adiante.

Em ambos os casos, a Constituição assume função político-ideológica²⁰² (em desrespeito ao importante “princípio da não-identificação” da Constituição²⁰³).

A classificação de M. Neves a respeito das constituições normativas, nominalistas e instrumentalistas, segue a orientação de Karl Lowenstein, embora este denomine as constituições instrumentalistas como “semânticas”.

Em primeiro lugar, as constituições normativas são justamente as constituições que operam plenamente suas funções (de positividade), cumprem o papel de generalização congruente de expectativas normativas e operam de forma diferenciada.²⁰⁴

Já as constituições nominalistas e instrumentais (ou semânticas) tratam-se dos desvios ao modelo normativo.

Como constituições nominalistas, entendem-se os casos nos quais há divergência entre as normas constitucionais e a realidade social.²⁰⁵ Isto é, tal é o caráter das normas constitucionais (pode-se atribuir essa discrepância ao modelo de constituição dirigente) que há total descompasso com a realidade. No brasileiro, pode-se destacar o posicionamento da doutrina acerca das normas de eficácia limitada de princípios programáticos.²⁰⁶ O efeito da inclusão de normas sem qualquer possibilidade de concretização, gera completa ineficácia e, inclusive impossibilita a concretização de direito. Por este motivo, então, chama-se nominalista, já que os direitos fundamentais e princípios constitucionais de caráter institucional são alocados na constituição apenas de forma nominal, quando em verdade o que se pretende é a manutenção de situações manifestamente opostas: sua função é eminentemente simbólica.²⁰⁷

As constituições instrumentais (ou semânticas), tratam-se de um desvio ainda mais grave, há nestes casos uma utilização notadamente instrumental da constituição por meio de decisões políticas arbitrárias.²⁰⁸ Nas palavras de Karl Loewenstein “*tornam-se*

²⁰¹ NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica...*, p. 86.

²⁰² *Idem*.

²⁰³ Por princípio da não-identificação entende-se que a Constituição não deve se identificar com determinadas orientações morais, filosóficas, ideológicas ou religiosas, sob pena de perder sua principal característica: a positividade, cf. *Ibidem*, p. 70.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 89.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 88.

²⁰⁶ Cf. *Ibidem*, p. 229. E, sobre a referida classificação, José Afonso da Silva.

²⁰⁷ “*a Constituição (é) apenas uma homenagem às tradições jurídicas, um álibi que mal consegue encobrir o primado do fático sobre o direito*”. (NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica...*, p. 91-92).

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 88, 93.

instrumento para estabilização e perpetuação do controle da comunidade pelos detentores fáticos do poder”.²⁰⁹ No caso brasileiro, pode-se mencionar as constituições do período ditatorial (1964-1985).

Portanto, em ambos os casos, a Constituição não funciona no seu papel de diferenciação social do sistema jurídico, permitindo sua heterodeterminação por outros sistemas e interesses alheios ao direito propriamente dito.²¹⁰

Do ponto de vista histórico, pode-se dizer que a constitucionalização periférica foi um processo de descolonização formal, sem assegurar efetivamente a soberania, a democracia e o *rule of law* nestes Estados.²¹¹

Todas as constatações mencionadas no presente tópico nos permitem verificar que a primeira formulação de Luhmann acerca da positividade do direito como pressuposto da sociedade moderna é insuficiente. Para uma caracterização da modernidade deve-se tomar em conta a realidade periférica, que, embora moderna, carece de suficiente diferenciação funcional.²¹²

Apenas para registro, uma crítica ainda mais profunda pode ser vista em De Giorgi, que coloca a violação do direito como pressuposto de seu funcionamento.²¹³ Porém, tal abordagem não será desenvolvida em pormenores nos limites do presente trabalho.

²⁰⁹ LOEWENSTEIN, Karl. Apud NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica...*, p. 88.

²¹⁰ “*A alternância entre Constituições nominalista e instrumentalista caracteriza a modernização periférica*”. (Ibidem, p. 127). No mesmo sentido, cf. Ibidem, p. 155, 210.

²¹¹ Ibidem, p. 125.

²¹² Ibidem, p. 131.

²¹³ “*O direito, em outros termos, constrói hierarquias e prioridades de bens jurídicos, os quais não representam, absolutamente, qualidades ontológicas de coisas, de situações ou de fatos, mas constituem o reflexo invertido da disponibilidade para tolerar a violação estrutural do direito. Em sentido muito diverso daquele que, há cerca de meio século, empregou Kelsen, podemos dizer que o ilícito, a violação do direito, é o pressuposto do funcionamento do direito. Constitutiva é a estrutura do processo, a qual age de modo seletivo seja em relação ao acesso ao direito, seja em relação ao resultado da intervenção do direito. Na Itália, quase a totalidade da assistência domiciliar aos idosos é desenvolvida por mão-de-obra clandestina, proveniente de países do leste europeu. Uma lei neo-fascista regula o fluxo migratório de modo a tornar quase impossível o ingresso, na Itália, de pessoas devindas de países extracomunitários. Nenhum daqueles que há anos trabalham nessas condições de ilegalidade se dirigiria ao direito para fazer valer tal pretensão ou expectativa. Creio que nunca tenha existido um processo contra um desses trabalhadores. Porém, qualquer percepção de hipotética perturbação da ordem pública leva-os à expulsão seletiva. Obviamente, nenhum destes trabalhadores pode adoecer. Morrer sim: isso é possível e lícito. (...) No fundo, os direitos humanos. Mais que direitos de proteção frente à ingerência do Estado, mais que direitos que se possui para serem tutelados pelo direito, mais que direitos de qualquer ser humano, compreendida a maioria dos homens que vive na exclusão, mais que isto, os direitos humanos são direitos de assistência humanitária. Condensam a angústia, o medo e a ilusão daqueles que vivem na exclusão. E a humanidade se descobre verdadeiramente livre quando é violentada. Para o direito, ela é somente um papel humorístico. Assim como para a política*”. (DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Tempo e Memória...*, p. 238-239)

3. INTERNORMATIVIDADE

Além das contribuições para a análise do sistema jurídico (e uma deliberada ruptura com as teorias mais consagradas, tais quais, o positivismo, jusnaturalismo, lógica, hermenêutica, etc.²¹⁴), o atual aumento da concorrência entre diversas ordens jurídicas tem criado um espaço fértil para a Teoria dos Sistemas.

O Estado ainda possui posição central na articulação da política e do direito. Porém, uma globalização mais intensa dos sistemas econômicos e científicos (apenas para exemplificar) ocasionaram um enfraquecimento da política e do direito. Embora Campilongo insista que a ideia de enfraquecimento do Estado não passa de um mito²¹⁵ (e há de se concordar que o Estado ainda é a maior referência de articulação política, sobretudo do ponto de vista da democracia), a verdade é que as decisões políticas e as decisões jurídicas já não dão conta de determinados efeitos da globalização econômica, nem mesmo no plano teórico.

Uma das consequências diretas desse fenômeno, é a busca a um retorno de um direito não-estatal, que vise satisfazer as necessidades específicas do comércio internacional - a nova *lex mercatória* –, cujas decisões emanam das câmaras arbitrais.²¹⁶

Outro lado desse fenômeno é a constituição de ordens supranacionais, embora a única que efetivamente constitua uma ordem jurídica autônoma de natureza supranacional seja a União Europeia.

Tanto se tratam de ordens jurídicas concorrentes entre si, que a discussão é atual e bastante acalorada a respeito da possibilidade da jurisdição arbitral no âmbito dos Acordos CETA e TTIP.

J. J. Gomes Canotilho propõe que o processo de construção europeia²¹⁷ seja estudado por meio de uma teoria da interconstitucionalidade, cujo objetivo seria indicar

²¹⁴ CAMPILONGO, Celso. Política, Sistema Jurídico..., p. 18.

²¹⁵ CAMPILONGO, Celso. Globalização e Democracia in CAMPILONGO, Celso. Direito na Sociedade Complexa..., p. 114-126.

²¹⁶ GALGANO, Francesco. The New Lex Mercatoria. Annual Survey of International & Comparative Law: Vol. 2, disponível em: <<http://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol2/iss1/7/>>, acesso em: 26/05/2019.

²¹⁷ “A especificidade relativa da associação europeia de estados soberanos reconduz-se aos seguintes tópicos: (i) existência de uma rede de constituições de estados soberanos; (ii) turbulência produzida na organização constitucional dos estados soberanos pelas organizações políticas supranacionais; (iii) recombinação das dimensões constitucionais clássicas através de sistemas organizativos de natureza superior; (iv) articulação da coerência constitucional estatal com a diversidade de constituições inseridas na rede interconstitucional; (v) criação de esquemas jurídico-políticos caracterizados por um grau suficiente de confiança condicionada entre as várias constituições imbricadas na rede e entre essas

as relações de convergências, concorrências, conflitos entre os sistemas constitucionais.²¹⁸ Neste viés, Canotilho relata a formação de uma rede que envolve normas constitucionais dos estados nacionais e normas europeias “de valor constitucional”, que acarretaram a relativização de princípios estruturantes (tais quais, a soberania interna e externa, independência, *kompetenz-kompetenz*, hierarquia de normas, etc.).²¹⁹

E, embora se deva ter muita cautela no uso do termo “constitucional” para ordens jurídicas não estatais (em respeito à tradição constitucional), M. Neves dedica uma obra bastante complexa ao tema da transconstitucionalidade.²²⁰ Mesmo que com denominações distintas, o traço comum entre ambas as teorias é a clara influência da Teoria dos Sistemas de N. Luhmann.

A orientação do presente trabalho será pelo uso do termo internormatividade (o mesmo utilizado por M. Luísa Duarte²²¹), cujo enfoque é igualmente descrever a relação entre os ordenamentos jurídicos, porém considerando: a tradição constitucional, que relaciona o termo constitucionalismo ao modelo estadual, sobretudo como resultado das revoluções liberais do século XVIII (ademais, cf. Maria Luísa Duarte, mostrou-se apressada a menção à ideia de um constitucionalismo europeu que não veio efetivamente a se concretizar²²² – ao menos não até o presente momento e nem se imagina em um futuro tão próximo); e a necessidade de pensar a relação não somente no âmbito dos direitos fundamentais, mas em toda forma de manifestação da normatividade jurídica.

constituições e a constituição revelada pela organização política de grandeza superior”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos”..., p. 267)

²¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos”..., p. 265-266; No mesmo sentido de J. J. G. Canotilho, Alessandra Silveira e Sophie P. Fernandes sugerem que a teoria da interconstitucionalidade teve origem a partir da constatação da complexa articulação entre normas constitucionais de diferentes fontes (com legitimidades diversas), aplicáveis ao mesmo problema constitucional. (SILVEIRA, Alessandra; FERNANDES, Sophie Perez. Coordenadas de vertebração de uma metódica da interconstitucionalidade a partir de um caso de estudo sobre a responsabilidade do Estado-juiz por violação do direito da União Europeia, In: Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos, Coimbra: Almedina, p. 579- 598, 2016, p. 579)

²¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos”..., p. 269.

²²⁰ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo...

²²¹ Maria Luísa Duarte opta pela utilização do termo internormatividade. Outrossim, menciona a correspondência da expressão ao seu equivalente (interconstitucionalidade) na obra de J. J. Gomes Canotilho. Outra observação relevante é a de que há uma “*policentricidade das fontes de direito no universo jurídico da União Europeia*”, que deverá ser observada para a identificação da norma aplicável e para aferição do juízo competente. Para a determinação do juízo competente, em matéria de direitos fundamentais, à título de exemplo, encontramos a concomitância de três planos de tutela judicial (“triângulo judicial europeu”): tribunais nacionais, tribunais da União Europeia e o Tribunal Europeu de Direitos do Homem. (DUARTE, Maria Luísa. União Europeia e Direitos Fundamentais: No espaço da internormatividade, Lisboa: AAFDL, 2006, p. 24-25, 35).

²²² DUARTE, Maria Luísa. União Europeia: Estática e dinâmica da ordem jurídica eurocomunitária, Coimbra: Almedina, 2011, p. 18.

3.1 DE SISTEMA PARA SISTEMAS JURÍDICOS

Como já mencionado, a Teoria dos Sistemas representa uma ruptura com a tradição, o que inclui diversas diferenças com relação ao positivismo jurídico.

Desde já, é importante salientar que essas diferenças não implicam em uma negação da positividade do direito, que segue bastante presente, já que ambas as teorias coincidem no valor atribuído à validade formal e à vigência.

Justamente por isso, ambas as teorias (Teoria dos Sistemas e Positivismo) são igualmente contrapostas à todas as teorias que priorizam a eficácia e/ou consequências sociais.

Na comparação que será feita adiante, as menções ao positivismo terão como referência a teoria de Hans Kelsen.²²³ E, haja vista a importância histórica de suas contribuições, se evitará uma crítica vulgar.²²⁴

Partiremos, então, de uma posição similar à de Mario Losano, que ressalta a importância da “teoria pura” de Hans Kelsen, considerando-a como uma satisfatória descrição dos “ordenamentos jurídicos positivos da Europa continental do século XX”, mas que deve ser enriquecida com uma visão funcional do direito.²²⁵

A primeira grande consideração de Niklas Luhmann é a de que, ao contrário do defendido por Hans Kelsen, “a unidade do sistema do direito não é premissa operativa do sistema do direito”.²²⁶

Conforme o esquema teórico de H. Kelsen, em uma brevíssima síntese, o sistema jurídico é meramente normativo, cujo objeto de estudo são as normas válidas organizadas em um sistema unitário. A validade de todo o sistema normativo deriva do que Kelsen denominou de “norma fundamental” (ou “norma hipotética fundamental”), que funciona como elemento unificador.

Para a Teoria dos Sistemas, a unidade não pode ser vista como norma ou princípio, nem enunciada na decisão judicial. Ela é, antes de tudo, resultado da reprodução contínua

²²³ Para uma exposição do positivismo jurídico de H. Kelsen: KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, 8ª Ed, São Paulo: Martins Fontes, 2009.

²²⁴ Contra uma crítica vulgar a H. Kelsen: CAMPILONGO, Celso. Kelsen, o Positivismo e o Ensino do Direito nos Anos 70. In CAMPILONGO, Celso. Direito e Diferenciação Social....

²²⁵ LOSANO, Mario G. Sistema e Estrutura no Direito, Vol. 2: O Século XX, São Paulo, Martins Fontes, 2010, p. XX.

²²⁶ LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 98.

do sistema jurídico: portanto, “*em qualquer operação, a unidade se reproduz como resultado*”.²²⁷

Aqui se nota a importância da função do sistema, pela qual o direito é orientado para a generalização congruente de expectativas normativas; expectativas quais, como já mencionado anteriormente, possuem caráter contrafático e visam estabilizar as comunicações sociais.²²⁸

Outra característica marcante do Positivismo é a distinção entre ser e dever ser. Luhmann entende que não há oposição entre ser (fático) e dever-ser (normativo) – uma vez que ambos se referem à expectativas fáticas.²²⁹ Pois o esperar (ou seja, o dever-ser) também é fático, seja na sua concretização ou no seu desapontamento.²³⁰ A distinção mais correta, ao ver de N. Luhmann, seria entre expectativas cognitivas e normativas, estas últimas consideradas as que fazem referência à normatividade e as quais se poderá exigir cumprimento por meio de mecanismos jurídicos.

Como consequência, há um rompimento com o que ainda há de metafísico na teoria de H. Kelsen – um plano de normas, valores e deveres sem referência empírica e a tentativa de fechamento do sistema jurídico com a invocação de uma norma hipotética fundamental (em termos de uma Teoria dos Sistemas, poderia se dizer que a norma hipotética fundamental é a tentativa de ocultação de um paradoxo).

Nas palavras de N. Luhmann: “*não existe (para os sociólogos) nenhuma ‘ideia de direito’ acima do direito. Tampouco lhes cabe a representação de um “direito supralegal” como um plano de validação especial acima da ordenação prática do direito*”.²³¹

Em conclusões parciais, são notáveis diferenças entre os pontos de partida das Teorias do Direito e da análise jurídico-sociológica da Teoria dos Sistemas.

²²⁷ “Por isso, para a sua execução operativa o direito tampouco requer uma estrutura hierárquica com a função de garantir a unidade do direito mediante uma norma superior capaz de referência, uma lei superior (a constituição) ou uma instância superior”. (Ibidem, p. 98)

²²⁸ NEVES, Marcelo. Constituição e Direito na Modernidade Periférica..., p. 24-26.

²²⁹ “O conceito de norma relaciona-se com determinada forma de expectativas práticas, que têm de ser observadas ou psiquicamente, ou num sentido suposto e compreensível de comunicações. Tais expectativas são cumpridas – ou não. E se se quiser formular que elas devem se cumprir, não se terá que remontar a um dever normativo num plano do ser, mas, ainda uma vez, às expectativas, em especial aquelas que se fazem quanto à normatividade, já que é quanto às normas que se deve ter expectativas”. (LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 41)

²³⁰ NEVES, Marcelo. Constituição e Direito na Modernidade Periférica..., p. 24-26.

²³¹ LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 41.

A um, as Teorias do Direito remetem primordialmente às estruturas (normas), já a Teoria dos Sistemas remete às operações.²³²

A dois, tratam-se de diferentes pontos de partida (pontos de observação); de uma Teoria do Direito (calcada em uma auto-observação) e uma sociologia do direito (calcada em uma hétero-observação). Para a Teoria do Direito, basta (e é resultada da) a auto-observação e a autodescrição do sistema jurídico, na medida em que necessárias para a operação do direito.²³³ Em outras palavras, o sistema jurídico se auto-observa e se autodescreve, em razão disso é capaz de produzir suas próprias teorias (“*procedendo de modo ‘construtivista’*”).²³⁴ Daí porque, se diga que os paradoxos constitutivos sejam invisíveis ao próprio sistema (fala-se em ponto cego²³⁵ e em invisibilidade/ocultação/disfarce²³⁶).

3.2 RELAÇÕES INTERSISTÊMICAS E AUTOPOIESE

Mas não só para isso importa a Teoria dos Sistemas. No que tange ao estudo da internormatividade, a teoria conta com aportes teóricos de importante valia, já que poderá

²³² “Na condição de atrelamentos altamente seletivos de operações, as estruturas são altamente necessárias; no entanto, o direito adquire sua realidade não por alguma idealidade estável, mas exclusivamente pelas operações, que produzem e reproduzem o sentido específico do direito”. (Ibidem)

²³³ “A teoria do direito não é um instrumental externo que prepara conhecimento sobre objeto, mas sistema parcial mediante o qual o sistema do direito observa e descreve a si mesmo. (...) As operações da teoria têm a função de imunizar o sistema contra problemas que provêm de fora, vale dizer, de conduzir o sistema do direito nas operações em que ele entre em contato consigo mesmo” (p. 180). (...) A referência da teoria do direito, então, não é uma teoria do conhecimento, assim como sua função não é aquela de produzir um verdadeiro saber sobre o direito, isto é, descrever o objeto como um dado externo pertencente a uma realidade sobre a qual se exercita a ciência. Para a teoria dos sistemas, a teoria do direito é, ela mesma, uma estrutura da realidade autorreferencial do direito, que tem sua função na solução dos problemas postos pela forma da diferenciação social”. (DE GIORGI, Raffaele. *Luhmann e a Teoria Jurídica dos Anos 1970...*, p. 187)

²³⁴ “Assim, não se deve entender o trabalho interno em sistemas jurídicos na teoria do direito, na dogmática jurídica e nos princípios e conceitos do direito como se tratasse exclusivamente de uma defesa profissional contra a crítica, uma justificação de suas próprias ações ou de um processo simbólico de legitimação das funções. O que há, em vez disso, são esforços para se obter consistência conceitual ou regras de decisão e, portanto, a “amplificação” e então a correção de generalizações que foram muito ampliadas, sobretudo pelo esquema de regra e exceção”. (LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade...*, p. 14, 31)

²³⁵ “Ocorre que, em seu contínuo operar orientado para distinções específicas (lícito/ilícito, ter/não ter, governo/oposição etc.), os sistemas não são capazes de observar as próprias distinções. Trata-se de um “ponto cego” das operações do sistema. O sistema jurídico, por exemplo, opera com base na distinção lícito/ilícito. Mas não pode, a cada operação, indagar se a diferenciação entre lícito e ilícito é ou não lícita. Esse é o ponto de partida ou sua estrutura latente, diria Luhmann. De modo paradoxal: o ponto cego não vê que não vê essa distinção”. (CAMPILONGO, Celso. In DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Tempo e Memória...*, p. 19)

²³⁶ LUHMANN, Niklas. *A Terceira Questão...*, p. 49-50.

fazer uso de um acervo que conta com conceitos como: relações intersistêmicas²³⁷, interpenetração²³⁸, acoplamento estrutural²³⁹ e racionalidade transversal²⁴⁰.

A diferença entre todo e parte é substituída pela diferenciação sistêmica, o que permite a formação de sistemas no interior dos sistemas.²⁴¹ Na concorrência de diversos sistemas jurídicos (p. ex. entre sistemas nacionais e supranacionais), um sistema é ambiente para os demais. De modo que a alteração ou aumento de complexidade de um sistema é alteração (ou aumento de complexidade) no ambiente dos demais sistemas.²⁴²

A relação dos sistemas entre si, pressupõe então inclusão e exclusão. Cada sistema oferece ao outro a sua própria complexidade estruturada, mas ao mesmo tempo ela só é aproveitada na medida definida pelo sistema “recedor” que prezar pela preservação de sua autopoiese.²⁴³

No que importa para o presente trabalho, será especialmente a relação entre sistemas nacionais e supranacionais – com uma atenção destacada para a autopoiese do sistema supranacional e a importância da jurisdição – e, de forma mais lateral, também será abordada a discussão vivenciada na UE nos acordos comerciais (CETA e TTIP) e a adesão da UE à CEDH, cujos motes também são a jurisdição.

²³⁷ Em Luhmann já há menção expressa a relação dos sistemas entre si, que será abordada em pormenores por outros autores (p. ex. G. Teubner e M. Neves). Nisto se destaca que a relação intersistêmica não é propriamente uma relação sistema/ambiente, mas sim, sistema/sistema: “já no nível da Teoria Geral dos Sistemas, vimo-nos obrigados a distinguir as relações entre sistema e ambiente das relações intersistêmicas. Essas últimas pressupõem que cada sistema se encontre reciprocamente no ambiente do outro”. (LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais...*, p. 208)

²³⁸ *Ibidem*, p. 241-244, 261.

²³⁹ “Isso significa que duas (ou mais) unidades autopoieticas podem estar acopladas em sua ontogenia, quando suas interações adquirem um caráter recorrente ou muito estável. (...) ficará claro que as interações – se forem recorrentes entre unidade e meio – constituirão perturbações recíprocas. (...) O resultado será uma história de mudanças estruturais mútuas e concordantes, até a que a unidade e o meio se desintegram: haverá acoplamento estrutural”. (MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *Op. cit.*, p. 87); Ver também: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 35-37 e LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade...*, p. 75.

²⁴⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 38-42.

²⁴¹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais...*, p. 35, 38, 74.

²⁴² *Ibidem*, p. 203.

²⁴³ *Ibidem*, p. 246-248.

SEGUNDA PARTE – A CENTRALIDADE DOS TRIBUNAIS NO SISTEMA JURÍDICO

1. JURISDIÇÃO – UMA INTRODUÇÃO

Um professor uma vez contara uma anedota, na qual descrevia uma ida ao Museu Picasso, em Barcelona, juntamente com amigos.

Ao subirem as escadas do museu, um dos amigos avistou um quadro (*“ciència i caritat”*, 1897) pintado por Picasso aos 15 anos de idade, que retrata com bastante detalhe uma mulher adoecida. A obra marcada pelo realismo social da segunda metade do século XIX não guardava semelhança com os estilos inovadores com os quais Picasso veio a protagonizar o campo da arte no século seguinte.

Em tom de brincadeira, o amigo ao olhar para o quadro logo desatou: *“olhem só, não é que ele sabia pintar?”*.

Com isso, a grande lição deixada pelo professor era a de que, antes de propor algo inusitado, diferente ou revolucionário, era recomendado (senão necessário) demonstrar o domínio no manejo das tintas.

Mesmo que sem a grande pretensão do célebre artista, a parte introdutória do trabalho tem uma primeira intenção de demonstrar esse domínio básico da Teoria dos Sistemas, isto é, a capacidade de “misturar as tintas” dessa teoria aos temas que serão abordados a seguir, além de dar ao leitor um acervo mínimo de conceitos que lhe ajudarão na compreensão das proposições.

Mas não só isso, também teve a introdução teórica na Teoria dos Sistemas o intuito de forjar as bases para uma abordagem acerca da posição dos tribunais no sistema jurídico. É sobre isso que se destinarão as próximas linhas deste trabalho.

A compreensão da função dos tribunais no sistema jurídico se faz a partir da distinção jurisdição e legislação. N. Luhmann, ensina que a diferenciação plena entre tribunais e legislação só veio a ocorrer no século XVIII, com a afirmação da positividade do direito.²⁴⁴

²⁴⁴ LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais..., p. 150. Também, Cf. LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 402-403: *“Apenas no século XVIII essa condição vai mudar radicalmente, e só então a diferenciação entre legislação e jurisprudência adquire a proeminência que hoje conhecemos”*.

Antes disso, legislação e jurisdição confundiam-se na “*iurisdictio*”, que pertencia exclusivamente ao poder político do soberano.²⁴⁵

Além da necessidade da consolidação da positividade do direito para que a separação ocorresse, também era necessária a evolução das normas de competência, de que caberia ao juiz a aplicação da lei de acordo com as instruções da legislação.²⁴⁶

Dentre as consequências dessa separação²⁴⁷, podem ser destacadas: a neutralização política da jurisdição; a função de interpretação delegada aos Tribunais; a separação entre legislação e jurisprudência.

Assim, em primeiro lugar, durante o século XVIII há uma neutralização política da jurisdição, com uma afirmação do princípio da separação dos poderes, na qual os Tribunais são destituídos de funções administrativas e passam por um processo de especialização em suas funções. Com isso, claramente se afirma um “descarregamento” da responsabilidade política das decisões, já que os Tribunais “*não poderão ser responsabilizados pelas consequências de suas decisões*”.²⁴⁸

Seguindo essa tradição, p. ex., a Constituição da República Portuguesa faz constar de forma expressa em seu artigo 203.º que “*os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei*”.

Em segundo lugar, a interpretação da lei deixa de ser tarefa do legislador e passa a ser tarefa dos juízes, isto é, toda a tarefa de interpretação é delegada aos Tribunais. Essa transição não se tratou de um mero capricho, mas de uma necessidade; já que, só quando imbuído da competência para interpretação, foi possível exigir que os Tribunais decidissem a integralidade dos casos a eles submetidos.²⁴⁹ Portanto, ao mesmo tempo que está subordinado à lei, é ao juiz que caberá a sua interpretação.

Em terceiro lugar, e em decorrência direta do exposto imediatamente acima, ocorre uma separação entre legislação e jurisprudência.²⁵⁰

Diante da grande multiplicidade de casos diferentes entre si, o legislador remete aos Tribunais a tarefa de dar concreção das regulamentações gerais às circunstâncias concretas.²⁵¹ De outro lado, na impossibilidade de conferir uma decisão justa pela falta

²⁴⁵ LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 401.

²⁴⁶ Ibidem, p. 403-404.

²⁴⁷ N. Luhmann menciona sete consequências, mas nos limitaremos a descrição das que serão relevantes para o desenvolvimento da pesquisa.

²⁴⁸ LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais..., p. 152.

²⁴⁹ Ibidem, p. 152-153.

²⁵⁰ Ibidem, p. 154-155; Também em: LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade, p. 400.

²⁵¹ LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais..., p. 157.

de adequado acervo normativo, os tribunais se desencarregam do ônus, remetendo ao legislador a responsabilidade pela falta da regulamentação apropriada.²⁵²

O sistema jurídico exercita um deslocamento do problema, ao traduzir tudo que lhe é submetido em termos de legalidade ou ilegalidade.²⁵³ Isso ocorre em todo o sistema jurídico, tanto na periferia como no centro do sistema. Essa questão já foi bastante debatida anteriormente, e é nessa seleção (submissão ao código) que ocorre a redução da complexidade desordenada do ambiente em complexidade estruturada do sistema. Neste contexto, os tribunais (e, portanto, aqui pode-se também falar em jurisdição e em decisão judicial) desempenham um papel essencial para o fechamento operativo do sistema.²⁵⁴

Os tribunais caracterizam, então, o que se pode denominar de centro do sistema.²⁵⁵ E na periferia poderão ser encontradas diversas outras comunicações jurídicas²⁵⁶, tais quais, os contratos, notificações, análises de risco, consultas realizadas por especialistas e qualquer outra comunicação que seja regida pelo código jurídico - até mesmo uma mera expectativa normativa já fará parte do sistema jurídico, pois já considera como ponto de partida o código lícito/ilícito.

Mas, por que, então, falar que a jurisdição (e não a legislação) ocupa papel central no sistema jurídico? Num sistema suficientemente diferenciado, essa relação centro e periferia²⁵⁷ não é uma relação hierárquica²⁵⁸, mas antes “*uma forma de dois lados*”.²⁵⁹ Para o centro do sistema jurídico, não é interessante que todas as comunicações jurídicas recaiam nos tribunais²⁶⁰, desta forma, a autopoiese também acontece na periferia do

²⁵² Ibidem, p. 157.

²⁵³ CAMPILONGO, Celso. Política, Sistema Jurídico..., p. 21.

²⁵⁴ Ibidem, p. 21; Também Cf. LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 4434.

²⁵⁵ Para uma diferenciação centro/periferia (com relação ao sistema jurídico, mas também com referências aos sistemas político e econômico), ver: LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais..., p. 149-168; e também: LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 446-448.

²⁵⁶ Diversas comunicações jurídicas ocorrem fora dos Tribunais e, até mesmo, há criação de direito fora dos parlamentos, como é o caso dos contratos. (Cf. LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 99)

²⁵⁷ Na periferia do sistema, não há obrigação de decidir. Nela se apresentam interesses mais variados e há maior contato com outros sistemas funcionais da sociedade. (Cf. Ibidem, p. 429)

²⁵⁸ LUHMANN, Niklas. Sistemas Sociais..., p. 218; Cf. também LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais..., p. 165: “*A dominância da distinção entre periferia e centro mostra claramente que o sistema total não pode ser estruturado hierarquicamente. Ele é excessivamente complexo para tal e, do ponto de vista temporal, excessivamente dinâmico. Só o próprio centro, só a jurisdição (Gerichtsbareit) pode ser constituída hierarquicamente. Ela conhece várias instâncias, que interligam os Tribunais Superiores e as Cortes comuns. Assim, a coerção para a decisão é desdobrada e a área problemática é tendencialmente deslocada para cima. A diferenciação de periferia e centro possibilita assim uma hierarquização no centro sob a condição de não ser estendida ao sistema total; ela possibilita uma diferenciação de formas de diferenciação*”.

²⁵⁹ CAMPILONGO, Celso. Política, Sistema Jurídico..., p. 84.

²⁶⁰ Ibidem, p. 84; Cf. Também LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais..., p. 155-156: Luhmann esclarece que a periferia ajuda a sustentar a reprodução autopoietica do sistema e, ainda, “*filtra irritações advindas do mundo circundante*”.

sistema, com complexidade superior à do centro, conectando comunicação jurídica com comunicação jurídica.

Mas mais importante, o centro (os tribunais) desenvolve uma importante função para o manejo do paradoxo constitutivo do sistema, pois visa transformar incertezas “*em certezas aparentes*”.²⁶¹

Sobre a posição do centro do sistema no manejo do paradoxo, Luhmann esclarece que devemos atentar “*para a maneira pela qual o sistema dissolve o paradoxo da sua autorreferência; e uma possibilidade consiste em delegar essa tarefa a um centro do sistema, para o qual não há alternativas, portanto não há concorrência dentro do sistema*”.²⁶²

Diante da complexidade incompreensível do ambiente, o sistema precisa realizar seleções, mesmo sendo incerto para si o real conteúdo das operações dos sistemas que compõem seu ambiente. A decisão judicial “colocará um ponto” na questão, gerando essa certeza aparente.

Ao decidir, os tribunais também garantem que a demanda jurídica será resolvida em termos jurídicos, isto é, que será resolvida com base no código próprio do sistema jurídico (direito/não direito), e não com base nos códigos de outros sistemas parciais da sociedade (como política, ciência ou moral).²⁶³ O sistema se vê, então, obrigado a decidir, de forma a garantir seu fechamento, assegurando a aplicação do seu código específico.

Os tribunais poderão, sempre que provocados, decidir; e uma vez provocados, serão obrigados à tanto – já não poderão denegar o acesso à justiça e não decidir não será uma escolha.

²⁶¹ “O processo de comunicação e de definição de situações sociais é sempre contingente. Enquanto “posições comunicativas”, para exemplificar, ego e alter são intercambiáveis. Ego é alter para alter. Ego nunca sabe o que se passa no interior de alter e vice-versa. Se transportado para as relações intersistêmicas, o modelo da dupla contingência, relativo às posições sociais, reproduz a dupla contingência das seleções comunicativas de cada subsistema. Como o sistema jurídico “lê” o sistema político a partir de seu código particular – direito/não direito – e não pode oferecer nenhuma comunicação a não ser com esse código, as seleções do sistema jurídico são dependentes, incertas e arriscadas. Nesse sentido, um sistema sempre desconhece as reais operações dos sistemas que compõem seu ambiente. Daí a recíproca dependência de seleções. Isso gera incertezas. No interior de cada sistema cria-se estruturas comunicativas que procuram transformar essas incertezas em certezas aparentes. Nas palavras de Luhmann, estruturas que procura desatar o paradoxo constitutivo dos sistemas autopoieticos. No que diz respeito ao sistema jurídico, essa é a função atribuída aos tribunais”. (CAMPILONGO, Celso. Política, Sistema Jurídico..., p. 158)

²⁶² LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais..., p. 168.

²⁶³ CAMPILONGO, Celso. Política, Sistema Jurídico..., p. 127; No mesmo viés, cf. LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 410.

Celso Campilongo chega a afirmar que “a obrigação de decidir fecha o sistema jurídico em si mesmo”²⁶⁴ e confere unidade ao sistema jurídico.²⁶⁵

E Luhmann menciona que “o círculo não se daria se os tribunais, onde não puderem ‘encontrar’ o direito, em vez disso pudessem se contentar com um non liquet [não está claro]”.²⁶⁶

Soma-se a isso, que no constitucionalismo os tribunais ainda exercem a atividade de decidir sobre a conformidade do direito²⁶⁷ (tanto de suas fontes, como as suas decisões) à Constituição, reforçando o papel desta como instância reflexiva do direito.

Toda a comunicação jurídica tratará de vivenciar a ponderação dos valores positivo (lícito) e negativo do sistema (ilícito), sem que haja qualquer intervenção externa na execução dessa tarefa. Mas será a jurisdição (assim, interna ao sistema) que dará o reconhecimento destes valores.²⁶⁸

A pretensão de resolução de um litígio por meio de uma decisão judicial pressupõe que uma das partes entende que alguma de suas expectativas normativas não foi respeitada. A decisão judicial somente será exigida quando expectada e é essa expectativa que demanda o dever de decidir, mesmo que seja em desacordo da pretensão.²⁶⁹ Dessa forma, a decisão “atualiza a autorreferência do agir” que antes era vivenciada como uma contingência aberta – pois antes do resultado, ele também poderia ser vivenciado de outro modo e com isso, desaparecem as velhas expectativas e formam-se novas.²⁷⁰

É de especial importância o “desencargo de atenção e responsabilidade para as consequências da decisão”. I.e., o sistema jurídico é dotado da função de generalização congruente de expectativas normativas, isso implica em um caráter excludente, uma vez que poderá gerar desapontamentos em determinadas partes. Porém, o juiz fica isento das consequências da decisão.²⁷¹

As sábias observações de Luhmann podem ser tomadas como importantes lições especialmente aos advogados. Talvez a mais importante seja a apresentada em seu livro “O Direito da Sociedade”, na qual ele constata que “toda e qualquer comunicação efetuada no sistema do direito muito rapidamente conduz à incerteza”. Com isso, ele

²⁶⁴ CAMPILONGO, Celso. Política, Sistema Jurídico..., p. 163.

²⁶⁵ Ibidem, p. 80-81.

²⁶⁶ LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 410.

²⁶⁷ LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais..., p. 157-158.

²⁶⁸ LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 237.

²⁶⁹ LUHMANN, Niklas. Sistemas Sociais..., p. 322.

²⁷⁰ Ibidem, p. 334.

²⁷¹ NEVES, Marcelo. Constituição e Direito na Modernidade Periférica..., p. 34.

quer dizer que embora o direito vise a generalização congruente e expectativas normativas, nem sempre (ou, melhor dizendo, nunca) essas comunicações fornecerão qualquer certeza às partes interessadas, até mesmo quando submetidas à um tribunal. Diante dessas circunstâncias, ele arremata: “*no cotidiano extrajurídico do sistema do direito não existe nenhum tipo de relação orientada pela distinção caso/norma; o que existe são valorações de experiências com no trato do direito*” e que essas experiências, inclusive, ensinam a evitar os inconvenientes decorrentes da incerteza.²⁷²

²⁷² LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 91-92.

2. REDUNDÂNCIA

A redundância também é de grande valia para as comunicações jurídicas. Veremos que com decisões judiciais cujos entendimentos se repetem é reafirmada determinada comunicação do sistema.

Mas antes, passemos à definição de redundância. Com um exemplo, Luhmann menciona que a redundância ocorre da seguinte forma: “quando A, mediante comunicação, informa B sobre alguma coisa e a informação lhe é obtida, C e qualquer outro pode se dirigir tanto a A quanto a B quando quiser ser informado”. Nota-se, assim, que a redundância é o excedente de possibilidades informativas que assegura contra o perigo de perda da informação.²⁷³

Além disso, a redundância auxilia “a filtrar aquilo que se comprova como eficaz em muitas comunicações, formando, assim, estrutura”.²⁷⁴

Conforme explica Raffaele de Giorgi, a redundância não é informação, mas é sempre produzida na comunicação e disponibiliza dados necessários para que a informação seja produzida.²⁷⁵

No âmbito das decisões judiciais, decisões iguais sobre os mesmos temas, que mencionem decisões anteriores, são exemplos característicos de redundância. Desta forma, a redundância também possibilita a observação de características específicas do caso, que permitam sua diferenciação. É a identidade formada pela redundância que permite a identificação do desvio.²⁷⁶ Outrossim, como também corretamente observado por De Giorgi, a redundância possibilita uma dispensa da explicação da origem da informação, facilitando a seu acesso e a sua reprodução.²⁷⁷

Luhmann, da mesma forma, ressalta esse caráter de facilitação das operações do sistema viabilizado pela repetição contínua da informação e conclui que essa característica se relaciona com a capacidade de generalização do sistema.²⁷⁸ Isto é, se a função do sistema jurídico determina a generalização de expectativas, a redundância funcionará como uma contínua reafirmação de determinada expectativa, facilitando,

²⁷³ Ibidem, p. 198.

²⁷⁴ Idem.

²⁷⁵ DE GIORGI, Raffaele. Direito, Tempo e Memória..., p. 65.

²⁷⁶ Idem.

²⁷⁷ Idem.

²⁷⁸ LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 286.

como já dito, o acesso (já que será mais facilmente conhecida) e a reprodução (já que será mais facilmente utilizada em novas operações) de determinada informação.

A linguagem jurídica se diferencia da linguagem cotidiana não sem motivo. Essa especificidade da linguagem jurídica é muitas vezes criticada por alhear aquele que não possui o conhecimento técnico do acesso do “mundo” jurídico. É evidente que formalismos e rebuscamentos desnecessários não são recomendados, mas os conceitos auxiliam na tarefa de produção de redundância, já que armazenam e tornam disponíveis diversas informações, que auxiliam na tomada da decisão. Sendo assim, conceitos cumprem uma importantíssima função, já que reúnem informações e produzem redundância.²⁷⁹

Sobre os conceitos²⁸⁰, Luhmann traz a seguinte definição: “*são artefatos históricos autênticos, ferramentas para tornar a retomar experiências relativas a casos de direito. (...) a argumentação mediante conceitos é uma argumentação histórica (mesmo quando não são citados textos antigos)*”. E arremata, dizendo que a jurisprudência conceitual é histórica.²⁸¹

A essa valorização da argumentação mediante conceitos, que reduz a possibilidade de questionamentos acerca de sua aplicação, chama-se dogmática.²⁸²

Disso se conclui que a redundância se relaciona com a informação que já se tem, e, portanto, do outro lado de distinção, encontra-se a variância/variação²⁸³, que é a informação faltante (pode-se dizer, nova), a qual assegura a evolução.²⁸⁴ Sobre a variação, Luhmann fala que “*toda comunicação convida ao protesto*” e que se toda a comunicação fosse derivada de redundância, haveria grande perigo de que posicionamentos errados fossem unanimemente aceitos.²⁸⁵ Essa ideia de variação deixa claro que a teoria de Luhmann não é uma mera teoria sobre o consenso, como pretendem imputar alguns.

Certamente a mais importante constatação acerca da redundância é a sua relação com a justiça. Na perspectiva interna do sistema jurídico (sendo assim, uma perspectiva

²⁷⁹ Ibidem, p. 514.

²⁸⁰ Em outra passagem, Luhmann também diz o seguinte: “*Conceitos são experiências armazenadas tomadas de casos, que já não são percebidos ou criticamente debatidos como experiências*”. (Ibidem, p. 525)

²⁸¹ Ibidem, p. 515.

²⁸² Ibidem, p. 517.

²⁸³ Raffaele de Giorgi explica que a variação é, grande parte das vezes, introduzida pela produção legislativa: “*A variação é induzida no sistema, em grande medida também pela política, que persegue finalidades que, depois, tornam-se conflitos. Isso leva a uma contínua e inconsistente produção de normas*”. (DE GIORGI, Raffaele. Direito, Tempo e Memória..., p. 150)

²⁸⁴ Idem.

²⁸⁵ LUHMANN, Niklas. Sistemas Sociais..., p. 198.

isolada de valores de morais, econômicos, etc.) a justiça é vista como consistência das decisões – sendo assim considerada, a justiça é redundância.²⁸⁶

Como uma consideração que será melhor desenvolvida ao final do trabalho, desde já se menciona que, sem um tribunal próprio (e dependendo somente dos tribunais nacionais), um sistema jurídico supranacional carecerá de redundância, o que é extremamente lesivo ao princípio do tratamento não-discriminatório. Haja vista que, relegando as decisões em matéria de direito supranacional exclusivamente para diversos tribunais nacionais (sem a última palavra de um tribunal próprio supranacional), reduzem-se as chances de redundância e aumentam as probabilidades de decisões conflitantes.

A principal decorrência disso é que o sistema (se é que se poderá falar de sistema, na ausência de um tribunal próprio) terá uma imensidão de variedade, o que dificulta a dedução de uma operação a partir de outra com um reduzido acréscimo de informação. Para que a operação se realize, torna-se necessária a utilização de muita informação e com pouca garantia de consistência.²⁸⁷

²⁸⁶ LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 462.

²⁸⁷ Ibidem, p. 479.

3. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO “NON LIQUET”

Já se falou que os Tribunais são o local de tratamento do paradoxo constitutivo do direito, ver-se-á que isso se deve à um princípio de suma importância: a proibição do “*non liquet*”.

Na Constituição brasileira, pode-se encontrar tal princípio no artigo 5º, inciso XXXV (“*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”). Também se encontram previsões na legislação ordinária, p. ex. o art. 35, incisos I e III, da Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar nº 35/1979), no art. 140 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942). Já na Constituição portuguesa, tal princípio está presente no artigo 20º, nº 1 (“*A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos*”).

Maria Luísa Duarte define a natureza da jurisdição da União Europeia da seguinte forma: “*o Tribunal de Justiça exerce os seus poderes de ‘interpretação e aplicação’ do Direito da União Europeia no âmbito de uma jurisdição que podemos definir como: de atribuição (i), obrigatória (ii), exclusiva (iii) e de pronúncia definitiva (iv)*”.²⁸⁸ Mais adiante se tratará de todos os temas mencionados, mas o que importa previamente para o presente tópico é o princípio da tutela jurisdicional efetiva.²⁸⁹

Com o reconhecimento da força jurídica obrigatória da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (cf. art. 6.º, nº 1, TUE²⁹⁰), o ordenamento jurídico da União Europeia ganhou previsão expressa do princípio da proibição do “*non liquet*” no artigo 47.º da Carta²⁹¹, que estabelece que: “*toda a pessoa cujos direitos e liberdades*

²⁸⁸ DUARTE, Maria Luísa. Direito do Contencioso da União Europeia, Lisboa: AAFDL, 2017, p. 49.

²⁸⁹ Sobre o princípio da tutela jurisdicional efetiva: DUARTE, Maria Luísa. Direito do Contencioso..., p. 75.

²⁹⁰ “Artigo 6.º

1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados.

De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados.

Os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da Carta que regem a sua interpretação e aplicação e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições”.

²⁹¹ “Artigo 47.º

Direito à ação e a um tribunal imparcial

Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal nos termos previstos no presente artigo.

garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal nos termos previstos no presente artigo". O referido artigo ainda vai além, estabelece que a causa deve ser julgada de forma equitativa, pública, em um prazo razoável e por um tribunal independente e imparcial.

Em que consiste exatamente o princípio? A expressão "*non liquet*" provém do latim e significa "não é claro"²⁹², era utilizada pelos juízes romanos quando não entendiam uma causa²⁹³, ou melhor dizendo, quando o direito aplicável ou os fatos não se mostravam claros o suficiente para viabilizar uma solução à demanda. No direito romano, essas situações liberavam o juiz da obrigação de decidir.²⁹⁴ Contudo, no direito moderno, a existência de lacunas ou obscuridade na lei não desobriga o juiz de decidir o caso – portanto, no direito moderno pode-se falar tanto de princípio da proibição *non liquet*, como de proibição de juízos de *non liquet* ou proibição da denegação de justiça.

Note-se que a norma que estabelece essa vedação à recusa da justiça é constituída em uma dupla negação: "a não-decisão não é permitida".²⁹⁵

Luhmann e outros autores vinculados à corrente da Teoria dos Sistemas falarão somente de "princípio do *non liquet*", se referindo, da mesma forma, à proibição da denegação da justiça (portanto, da proibição de juízos de *non liquet*, no sentido romano do termo). Assim, mesmo diante de diferente designação, trata-se exatamente do mesmo princípio.

Com isso se parte do pressuposto que, no direito moderno, o sistema coage os Tribunais à tomada de decisão²⁹⁶ e, a partir disso, Luhmann afirma que os tribunais constituem o centro do sistema jurídico e "*tudo mais, inclusive legislação, representa a periferia*".²⁹⁷

Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo.

É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efetividade do acesso à justiça".

²⁹² SANTOS, Washington dos. Dicionário Jurídico Brasileiro, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 307.

²⁹³ VOLTAIRE. Dicionário Filosófico, São Paulo: Lafonte, 2018, no conceito de: Bem (Tudo está).

²⁹⁴ Luhmann menciona que o Direito Romano antigo e o direito Medieval não previam proteção jurídica para todas as direitas e a tutela jurisdicional acaba se limitando a "queixas bem determinadas". E atribui à passagem para a Idade Moderna essa ampliação da proteção jurídica para todos os "direitos legítimos presuntivos". (cf. LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais..., p. 160)

²⁹⁵ Ibidem, p. 160.

²⁹⁶ "Em última instância toda e qualquer coação legal para a decisão se resume na proibição da recusa da prestação jurisdicional (*Verbot der Justizverweigerung*)". (cf. Ibidem, p. 160)

²⁹⁷ Ibidem, p. 160.

“Certeza jurídica” é, então, a certeza de que uma decisão será tomada e não a certeza de seu futuro conteúdo.²⁹⁸ O que os Tribunais têm a fazer é, portanto, tomar decisão.²⁹⁹

É justamente essa coerção à decisão, caracterizada pela obrigação de decidir todos os casos que lhes são submetidos, que paradoxalmente confere uma grande liberdade aos juízes na fundamentação de suas decisões (obviamente uma liberdade subordinada à observação das fontes de direito). Essa liberdade acompanha também uma espécie de proteção: os juízes não são responsáveis pelas consequências de suas decisões.³⁰⁰

Luhmann define essa dinâmica como “*paradoxo da transformação da coerção em liberdade*”. É somente em razão dessa obrigação de decidir que o direito se “salva” do problema das lacunas (com isso, pode-se considerar que inexitem lacunas no direito) e já não se pode mais separar a “função interpretativa” da “função judicativa”.³⁰¹

Celso Campilongo confirma tal entendimento, ao sustentar que a obrigação de decidir confere ao sistema jurídico abertura à diversas demandas do ambiente, colocando o judiciário como “*interprete, criador e construtor do direito*”.³⁰²

Portanto, em razão do princípio do *non liquet* (no seu sentido moderno, proibição à denegação da justiça) o ordenamento jurídico é dotado de unidade. Ao juiz não é conferida escolha senão decidir e com isso, o juiz se valerá de regras de interpretação e argumentação para viabilizar a aplicação do código jurídico no caso concreto. Para Campilongo, “*é a partir dessa operação e com base no non liquet que se dá o fechamento autopoietico do direito*”.³⁰³

²⁹⁸ CAMPILONGO, Celso. Política, Sistema..., p. 82.

²⁹⁹ LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 411.

³⁰⁰ Idem.

³⁰¹ LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais..., p. 163.

³⁰² CAMPILONGO, Celso. Política, Sistema Jurídico..., 2011, p. 34-35: “*a norma fundamental da atividade dos tribunais como paradoxal: transforma a coação (proibição da denegação de justiça) em liberdade (formulação de um direito judicial); o fechamento (completude do ordenamento) em abertura (o Judiciário deve responder a todas as demandas)*”.

³⁰³ Ibidem, p. 80-81.

4. INTERPRETAÇÃO

Antes da modernidade, casos nos quais não fosse possível a identificação do direito aplicável pela via do método dedutivo decidiam-se com base em um juízo divino³⁰⁴ ou nem mesmo eram decididos. Contudo, com a concepção de autonomia do direito, e de forma a preservar sua autopoiese, estes juízos (estranhos ao direito) já não são mais possíveis.

Após a transição para a modernidade³⁰⁵ e, então, já consolidada a ideia de que não há lugar para a denegação da justiça, os tribunais são obrigados a decidir todas as causas, ainda que se encontrem diante de “lacunas”, “hard cases”, etc.

Neste sentido, para N. Luhmann, a atual posição alçada pelos princípios jurídicos é decorrência da proibição à denegação de justiça.³⁰⁶

Com isso, e como já mencionado anteriormente, a interpretação da lei deixa de ser tarefa do legislador e passa a ser tarefa dos juízes. Assim, toda a tarefa de interpretação³⁰⁷ é delegada aos tribunais e com isso viabiliza-se que possa ser decidida a integralidade dos casos a eles submetidos.³⁰⁸

³⁰⁴ LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 420-421.

³⁰⁵ “(...) durante a transição para a modernidade era ponto pacífico que qualquer demanda fosse respondida com uma decisão, ainda que esta não fosse prevista em lei (por exemplo, o célebre Art. 4 do Código Civil). Só mesmo com essa medida que estipula a necessidade de conceder à jurisdição a responsabilidade pela própria o juiz se emancipou do velho controle imperial da política”. (Ibidem, p. 415)

³⁰⁶ Ibidem, p. 419.

³⁰⁷ “Não se pode subtrair aos tribunais a competência de interpretar as leis e, de modo correspondente, a autodeterminação das tomadas de decisão. O “apego à lei” se torna objeto de interpretação jurídica. Os tribunais devem decidir até que ponto podem resolver os casos amparando-se na interpretação e até que ponto, no caso de as soluções serem satisfatórias, devem exigir mudanças jurídicas por parte do legislador. Somente essa concepção de tarefa jurídica possibilita que se chegue a proibir a denegação da justiça e exigir que os tribunais decidam sobre todos os casos que se lhes apresentem (...) Em relação ao legislador, os poderes de interpretação do juiz têm aumentado – e, para esse efeito, não foi de pouca importância o envelhecimento das grandes codificações. Os tribunais cada vez mais se ocupam em interpretar os contratos (ou seja, interpretar a vontade dos contraentes). Discute-se a pluralidade de métodos nas interpretações das leis, e cada vez menos se fala em uma dedução estrita. O juiz se depara com uma dupla exigência: decidir sobre cada caso e decidir de maneira justa, o que, no mínimo, quer dizer aplicar a igualdade nos casos particulares, isto é, aplicar as mesmas regras”. (Ibidem, p. 405-406)

³⁰⁸ LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais..., p. 152-153.

5. PROCESSO COMO LEGITIMADOR DA DECISÃO

Já vimos exaustivamente que os tribunais são compelidos a decidir. Mas ainda importa ressaltar que a decisão é sempre uma alternativa. Se algo pode ser decidido, quer dizer que há, ao menos, duas respostas possíveis. Se somente uma resposta fosse possível, nem mesmo seria necessário decidir, mas somente reconhecer tal resposta.³⁰⁹

E, embora trate com material oriundo do passado (tanto do ponto de vista dos fatos analisados, como da legislação empregada), a decisão sempre se constrói no presente e possui consequências para o futuro.³¹⁰

Para viabilizar a tomada da decisão, o processo se presta a sua legitimação. Diante da incerteza do resultado da decisão, o processo dela se utiliza para incentivar as participações das partes e, ao mesmo tempo, obtém o seu reconhecimento. Luhmann chega a mencionar que as partes “*se convertem em prisioneiras da própria participação*” e que com isso diminuem-se as possibilidades de questionamento da legitimidade do processo.³¹¹

³⁰⁹ LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 410-411.

³¹⁰ Ibidem, p. 413.

³¹¹ Ibidem, p. 277.

TERCEIRA PARTE – UMA INTERPRETAÇÃO DO CASO DA UNIÃO EUROPEIA

1. A INTEGRAÇÃO EUROPEIA

No que tange a efetiva integração de carácter supranacional, apta a configurar um sistema jurídico autónomo, é possível dizer que somente a União Europeia alcançou tal grau de complexidade e autonomia.

O carácter inovador da natureza do modelo institucional da União Europeia é o seu cunho supranacional. E reside no fato de que os Estados-membros conservam a sua soberania, porém delegam poderes para a União³¹², que passa, com isso, a ter exclusividade no seu exercício.

O exercício exclusivo dessas competências delegadas, deve-se à vigência de princípios importantíssimos ao ordenamento jurídico da União Europeia, tais quais, o princípio da autonomia, o princípio do primado³¹³ e o princípio da atribuição³¹⁴ (que resulta no exercício privilegiado e prevalente³¹⁵ pela União das competências que lhe foram atribuídas)³¹⁶.

Neste contexto, a delegação dos poderes acarreta a preempção, o que impossibilita aos Estados o exercício de tais competências atribuídas durante o período e que perdurar a delegação.³¹⁷

³¹² Cumpre esclarecer, então, que os Estados-membros delegam poderes soberanos, mas conservam sua titularidade, de modo que não há nenhuma forma de transferência definitiva da soberania para a União Europeia. Para uma compreensão mais aprofundada sobre o tema, ver: Acórdãos Solange I e Solange II e acórdão de 12 de outubro de 1993 sobre a Constitucionalidade do Tratado de Maastricht, do Tribunal Constitucional alemão; Caso Frontini, do Tribunal Constitucional Italiano; E para um resumo: DUARTE, Maria Luísa. A Constituição Europeia e os direitos de soberania dos Estados-membros: elementos de um aparente paradoxo, In: O direito / propr. Juridireito, A. 137, nº 4-5, Lisboa, p. 837-863, 2005.

³¹³ v. Acórdão de 15.07.1964, Costa/ENEL, 6/64; v., também: AMARAL, Diogo Freitas; PIÇARRA, Nuno. O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do Direito da União Europeia: uma evolução na continuidade In: Revista de direito público, Instituto de Direito Público, Almedina, A. 1, nº 1, p. 9-56, Jan.-Jun, 2009; DUARTE, Maria Luísa. A Constituição..., p. 837-863, 2005; MARTINS, Patrícia Fragoso. O princípio do primado do direito comunitário sobre as normas constitucionais dos Estados-Membros: dos tratados ao projecto de “Constituição europeia”, Estoril: Princípiã, 2006.

³¹⁴ Cf. Artigo 5.º, nº 1 e 2, TUE, artigo 13.º, nº 2, TUE e artigo 7.º TFUE.

³¹⁵ Previamente ao Tratado de Lisboa, as competências não haviam sido atribuídas de forma suficientemente clara e dependiam de interpretação judicial/construção jurisprudencial. Porém, após o Tratado de Lisboa, as competências fizeram-se claramente definidas nos artigos 3.º (exclusivas), 4.º (concorrentes); 6.º (complementares) do TFUE.

³¹⁶ Cf. Acórdão de 13 de julho de 1972, Processo 48/71, Comissão/Itália, estabeleceu a interpretação de que a “a atribuição à Comunidade dos direitos e poderes que constam das disposições do Tratado, efetuada pelos Estados-membros, origina, com efeito, uma limitação definitiva dos seus direitos soberanos”

³¹⁷ MARTINS, Patrícia Fragoso. O princípio do primado..., p. 24.

Do ponto de vista dos Estados e da Teoria Constitucional, a delegação de poderes é proporcionada pela presença de cláusulas³¹⁸ previstas nas Constituições dos Estados-membros.

1.1 A INTEGRAÇÃO EUROPEIA PELO MÉTODO FUNCIONALISTA

O método funcionalista de integração já havia se manifestado na Declaração Schuman³¹⁹ (elaborada por Jean Monnet), de 1950, na qual constava a seguinte “fórmula”: “*A Europa não se fará de um golpe, nem numa construção de conjunto: far-se-á por meio de realizações concretas que criem em primeiro lugar uma solidariedade de fato*”.³²⁰

Como previsto por Jean Monnet, tentativas muito “agressivas” de integração política, feitas de forma intensa e de rompante, não tiveram aceitação: assim se sucedeu com a tentativa de criação da Comunidade Europeia de Defesa (rejeitada em 1954) e da Constituição Europeia (rejeitada em 2005).³²¹ A construção da União Europeia, para alcançar os avançados níveis de integração atuais, se deu em “pequenos passos”³²², isto é, pequenas contribuições contínuas e setoriais ao longo de décadas.³²³

Isto leva Maria Luísa Duarte a concluir que “*o aprofundamento da integração entre Estados-membros faz-se seguindo em frente, pelo mesmo caminho, aproveitando as rotas conhecidas. Um caminho radicalmente diferente gera o receio do desconhecido e paralisa a caminhada da Europa.*”³²⁴

Dentre os diversos fatores que deram causa ao projeto europeu e que levaram ao aprofundamento do processo de integração, pode-se citar a ocorrência de momentos

³¹⁸ Em Portugal, o art. 7.º, n.º 6 da Constituição; na Alemanha, o art. 23, parágrafo primeiro, da Constituição; na França, o art. 88-1, da Constituição.

³¹⁹ DUARTE, Maria Luísa. União Europeia: Estática e dinâmica..., p. 82.

³²⁰ Integra da Declaração Schuman de 09 de maio de 1950, disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_pt>, acesso em: 01/02/2019.

³²¹ DUARTE, Maria Luísa. União Europeia: Estática e dinâmica..., p. 82-83.

³²² “(...) esteve na base do designado método dos pequenos passos – avanços graduais, mas irreversíveis (*point of no return*); avanços susceptíveis mesmo de provocar recuos táticos (*stop and go*)”. (Ibidem, p. 83-84)

³²³ Paulo de Pita e Cunha fala em “*integrações parcelares, relativas a setores limitados da vida das nações*”. Ademais, que “*ao federalismo contrapôs-se o funcionalismo. (...) A divergência entre funcionalistas e federalistas respeitava apenas ao meio de atingir um objetivo comumente aceite*”. (CUNHA, Paulo de Pita e. O Movimento Europeu, In: Integração Europeia: Estudos de Economia, Direito e Política Comunitários, 2ª Edição, Coimbra: Almedina, 2004, p. 68-69)

³²⁴ DUARTE, Maria Luísa. União Europeia: Estática e dinâmica..., p. 83.

políticos de forte ativismo europeu; as dificuldades específicas na superação de crises; e a função integradora da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Paulo de Pita e Cunha, em dois sábios textos de 1963, colocava a centralidade da necessidade da integração europeia sob o ponto de vista da manutenção de uma posição geopolítica e econômica. Isto é, defendia que a organização da Europa não servia mais a mediar conflitos internos, mas servia para “*sustar o declínio da Europa em face do progresso dos demais continentes*”.³²⁵ A constatação óbvia era a de que a Europa havia, no pós-segunda guerra mundial, perdido definitivamente a sua posição de hegemonia, em um mundo polarizado entre Rússia e Estados Unidos.³²⁶

Obviamente, essa polarização foi “*minimizada pela distribuição das forças*” nos anos mais recentes³²⁷, porém, é certo que a União Europeia tem parte na construção de um contexto geopolítico global mais multipolar.

Mesmo tendo iniciado a integração de forma pontual, segmentada a um determinado setor da atividade econômica dos Estados-membros, a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço consistiu em um fenômeno inédito da supranacionalidade³²⁸, cujo tratado trazia consigo a questão da transferência de poderes soberanos.³²⁹

Interessante notar, que Paulo de Pita e Cunha chega a mencionar num determinado momento que “*em 1954, o vento mudou para o movimento europeu*”.³³⁰ Essa constatação é importante, pois na política os “ventos” muitas vezes se alteram, intercalando-se em momentos de prevalência pró-europeia e em outros de prevalência eurocética (e/ou nacionalista).

Em texto recente, José Manuel Durão Barroso (Presidente da Comissão Europeia de 2004 a 2014), ressaltava a ascensão de movimentos “eurocéticos e eurofóbicos”, geralmente protagonizados por partidos resistentes à globalização.³³¹

³²⁵ CUNHA, Paulo de Pita e. Tentativas Históricas de União Europeia, In: Integração Europeia: Estudos de Economia, Direito e Política Comunitários, 2ª Edição, Coimbra: Almedina, 2004, p. 15.

³²⁶ CUNHA, Paulo de Pita e. O Movimento Europeu..., p. 52-53.

³²⁷ Ibidem, p. 53.

³²⁸ Ibidem, p. 73.

³²⁹ Ibidem, p. 74.

³³⁰ Ibidem, p. 58.

³³¹ Contra estes “eurocéticos”, Barroso sabiamente destaca que a Europa de 28 estados detém mais poder do que a “Europa de seis” ou aos Estados separadamente (que “*não consegue(m) disponibilizar soluções para os problemas contemporâneos*”): “*Mas esses que dão prioridade à “nostalgia negativa” de uma Europa mais pequena, mais confortável e mais gerível esquecem convenientemente que a Europa de seis, nove ou doze nações exerceu significativamente menos poder do que a actual! A Europa de 2015 com 28 membros tem verdadeiramente uma escala continental e uma influência global*”. (BARROSO, José

Portanto, facilmente se nota que os impulsos políticos integracionistas resultam em conquistas pontuais, algumas vezes imbuídos por um certo “espírito europeu”, outras vezes pela necessidade de solucionar crises/problemas específicos.³³²

Diferentemente dos impulsos políticos que culminaram, via de regra, na elaboração de tratados, a evolução da jurisprudência se fez de forma contínua, cujos sucessivos julgados demonstram a evolução na construção de institutos, princípios e precedentes que vieram a integrar o Direito da União Europeia.

1.2 STATUS DO *ACQUIS COMMUNAUTAIRE*

Algo já se falou sobre o caráter inovativo da União Europeia, cuja característica mais destacada é a delegação de poderes soberanos. João M. D. Barroso caracteriza a União Europeia como um “projeto *sui generis*”, que não encontra nenhuma outra comparação, por não seguir modelos políticos conhecidos.³³³

Celso Campilongo, conclui, com autoridade de quem possui denotado domínio da teoria dos sistemas, que a União Europeia é o único modelo de integração regional capaz de representar um sistema jurídico. Os demais, movidos pelas bases do direito internacional público aproximam-se “*muito mais de um ‘amontoado’ do que um sistema jurídico. E mais: um amontoado incapaz de desempenhar ou substituir, como equivalente funcional, o papel do direito*”.³³⁴

Deste modo, partindo da teoria dos sistemas (e, portanto, de um ponto de vista jurídico-sociológico), ou das lições do próprio direito da União Europeia (portanto, de um ponto de vista eminentemente jurídico), constatamos que a União Europeia constitui

Manuel Durão. União Europeia: Onde estamos e para onde vamos, In: Liber Amicorum Fausto de Quadros, Vol. I, p. 937-951, 2016, p. 944)

³³² Outra citação bastante expressiva de Jean Monnet é lembrada por José Manuel Durão Barroso: “L’Europe se fera dans les crises et elle sera la somme des solutions apportées à ces crises” – que a Europa será feita em tempos de crise e será o produto das soluções para estas crises”. (Ibidem, p. 942)

³³³ Idem.

³³⁴ CAMPILONGO, Celso. Globalização e Democracia, In: CAMPILONGO, Celso. Direito na Sociedade Complexa..., p. 131.

um sistema jurídico autônomo³³⁵, trata-se de uma união de direito regida pelo princípio da legalidade (cuja origem é derivada de tratados internacionais).³³⁶

Tanto é assim, que, em matéria de direitos fundamentais, Maria Luísa Duarte faz a seguinte afirmação: “*a natureza dos direitos reconhecidos e as garantias que rodeiam a aplicação são típicas de um ordenamento jurídico autônomo e autorreferencial no que toca ao sistema de controlo de validade*”.³³⁷

A autonomia³³⁸ é, destarte, um princípio de direito, que afirma a independência de normas e princípios da União com relação aos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros.

A autonomia é exercida no limite de sua atribuição, a atribuição de competências à União é, simultaneamente, a limitação da competência dos estados nas matérias delegadas. O que, após alguma relutância dos Estados-membros, foi devidamente reconhecido e aceito pelos Tribunais dos Estados. Dentre outras decisões, a decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 12 de outubro de 1993 (Maastricht) retrata bem o tema, para qual “*o fato de uma associação de Estados como a União Europeia assumir poderes soberanos resulta de autorizações que foram dadas por Estados que permanecem soberanos*”.³³⁹

1.2.1 ATRIBUIÇÃO

O princípio da atribuição representa uma divisão material das competências, i.e., que estabelece que a União somente atuará – em todas as suas atividades: legislativas,

³³⁵ “*Beyond of being a creature of law and acting through law, the EU is to be understood as an autonomous legal order, as a system of law in itself created by the Treaties and further developed by legislation through the institutions established by the Treaties*”. (PERNICE, Ingolf. European Constitutionalism and the National Constitutions of the Member States: Implications for Brexit, in Boletim da Faculdade de Direito, Vol. XCIII, Tomo I, Universidade de Coimbra, Coimbra, p. 211-244, 2017, p. 220). Idem em: QUADROS, Fausto. Direito da União Europeia, 3ª Ed., Coimbra: Almedina, 2015, p. 416; DUARTE, Maria Luísa. União Europeia: Estática..., p. 20.

³³⁶ CAMPOS, João Mota de.; PEREIRA, António Pinto; CAMPOS, João Luiz Mota de. O Direito Processual da União Europeia: Contencioso comunitário, 2ª Ed. Rev. e Aumentada, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 515; DUARTE, Maria Luísa. União Europeia e Direitos Fundamentais..., p. 82.

³³⁷ E, ainda, complementa: “*não se confundindo com a textura declarativa e o controle imperfeito do Direito Internacional dos Direitos do Homem*”. (DUARTE, Maria Luísa. União Europeia: Estática e dinâmica..., p. 38)

³³⁸ DUARTE, Maria Luísa. União Europeia e Direitos Fundamentais..., p. 78.

³³⁹ DUARTE, Maria Luísa; ALVES, Pedro Delgado. União Europeia e Jurisprudência Constitucional dos Estados-membros, Lisboa: AAFDL, 2016, p. 312-313.

administrativas e judiciais –, somente na medida das competências delegadas pelos Estados-membros, por meio dos tratados.

A legitimação deste sistema jurídico encontra, em última instância, sua sustentação nas próprias Constituições dos Estados-membros.³⁴⁰ Prova desta afirmação é a necessidade de constatação de “cláusulas europeias” nas Constituições dos Estados-membros.³⁴¹ Como esclarece M. L. Duarte, em alguns Estados-membros as Constituições podem fazer referência a “organizações internacionais”, pois, nestes casos, as “cláusulas” foram originalmente criadas para permitir a adesão à instituições ou organizações de caráter internacional (como, p. ex., as Nações Unidas).³⁴²

No caso de Portugal, revisões constitucionais incluíram “cláusulas” (art. 7.º, n.º 6 da Constituição) que possibilitaram do ponto de vista jurídico-constitucional a delegação de poderes para a União Europeia.³⁴³

O Tribunal de Justiça cedo manifestou-se acerca do princípio da atribuição, no âmbito do Processo 48/71, Comissão/Itália, para o qual “*a atribuição à Comunidade dos direitos e poderes que constam das disposições do Tratado efetuada pelos Estados-membros, origina, com efeito, uma limitação definitiva dos seus direitos soberanos, contra a qual não pode prevalecer a invocação de disposições de direito interno, seja de que natureza for.*”³⁴⁴ Ademais, definiu que, com fundamento nesta concepção, os Estados-membros estavam impedidos, nas matérias de atribuição da UE, de pretender a prevalência de disposição de direito interno, independentemente de sua natureza.

O Tratado da União Europeia (TUE), em seu art. 5.º, n.º 1 e 2, faz expressa menção ao tema, estabelecendo que as competências da União são regidas pelo princípio da atribuição. Em decorrência lógica, cumpre a União atuar dentro do escopo das competências que os Estados atribuíram nos tratados, sendo que todas as demais competências que não tenham sido atribuídas, permanecem aos Estados. Os artigos 13.º,

³⁴⁰ Neste viés, para J. J. Gomes CANOTILHO: “*legitimação europeia do poder constituinte só será concebida como irradiação interestadual (‘os Estados são donos do tratado-constitucional’) da cascata de legitimações operadas a nível estatal*”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos”..., p. 241); Ver também o Acórdão do Tribunal Constitucional Alemão, ao analisar a constitucionalidade do Tratado de Maastricht no acórdão de 12 de outubro de 1993, em: DUARTE, Maria Luísa; ALVES, Pedro Delgado. União Europeia e Jurisprudência..., 2016.

³⁴¹ PERNICE, Ingo. *European Constitutionalism*..., p. 219.

³⁴² DUARTE, Maria Luísa. O tratado da União Europeia e a garantia da Constituição: notas de uma reflexão crítica In: Estudos em memória do professor doutor João de Castro Mendes, Lisboa, p. 665-715, 1995, p. 687.

³⁴³ São exemplos destas “cláusulas”: na Alemanha, o art. 23, parágrafo primeiro, da Constituição; na França, o art. 88-1, da Constituição; na Polónia, o art. 90, da Constituição.

³⁴⁴ Acórdão de 13 de julho de 1972, Processo 48/71, Comissão/Itália, cons. 9.

n.º 2, TUE e 7.º TFUE também versam sobre o tema. Quanto aos atos praticados no extravasamento das competências atribuídas e dos objetivos dos tratados, devem ser declarados inválidos.

O Tratado de Lisboa³⁴⁵ concedeu tratamento claro às atribuições, deixando ao cargo do artigo 3.º TFUE a definição das atribuições exclusivas; o artigo 4.º TFUE das atribuições partilhadas (concorrentes); o artigo 6.º TFUE das atribuições de apoio, coordenação e complemento a ação dos Estados-membros (complementares); o artigo 4.º, n.º 2, TUE, das atribuições exclusivas dos Estados. Embora constem competências atribuídas aos Estados, é importante ressaltar que os Estados não estão submetidos ao princípio da especialidade (atribuição), o que lhes garante competência geral – i.e., na ausência de competências atribuídas à União, essas sempre serão dos Estados-membros, em razão da competência geral (regra elementar da soberania).

Seguindo essa estrutura, o Tribunal de Justiça da União Europeia (assim como todas as instituições da União) atua nos limites das competências atribuídas. Este complexo sistema judicial conta com uma especial particularidade, nem todo exercício dessa jurisdição será procedido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (instituição, que conta com dois Tribunais, o TJ e o TG), mas também caberá aos Tribunais nacionais a tarefa de aplicação do direito da União³⁴⁶, conforme se extrai do art. 274, TFUE.

1.2.2 FONTES DE DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

Em razão do princípio uniformidade³⁴⁷, que deve ser lido em conjunto aos princípios da igualdade e da não-discriminação, o Direito da União Europeia deve ser aplicado de forma uniforme em todos os Estados-membros.³⁴⁸

Como em qualquer ordenamento jurídico hodierno, as fontes normativas são constituídas em regras e princípios, decorrentes de fontes escritas ou não escritas.

Conforme catalogado pela doutrina, são fontes de direito da União Europeia: os Tratados (TUE, TFUE); os princípios gerais de direito; o direito derivado, que inclui

³⁴⁵ Anteriormente ao Tratado de Lisboa, p. ex., a delimitação das atribuições exclusivas dependia de uma construção jurisprudencial.

³⁴⁶ DUARTE, Maria Luísa. União Europeia: Estática e dinâmica..., p. 239.

³⁴⁷ “O princípio da uniformidade, por sua vez, impõe que a Ordem Jurídica da União seja interpretada e aplicada de modo uniforme no espaço da União e, concretamente, na ordem interna de todos os Estados-membros”. (QUADROS, Fausto de. Direito da União Europeia..., p. 118)

³⁴⁸ Há exceções a esta regra, tanto nos artigos 349.º e 355.º TFUE quanto em relação aos *opting outs* (derrogações) em matérias específicas (Acordo Schengen; união econômica e monetária; defesa; Carta de Direitos Fundamentais; espaço de liberdade, segurança e justiça).

regulamentos, diretivas, decisões, pareceres e recomendações; disposições de acordos internacionais concluídos pela União; a jurisprudência e a doutrina; entre outras fontes típicas e atípicas, como acordos institucionais, despachos, comunicações, conclusões e resoluções.³⁴⁹

Ademais, quanto aos princípios estruturantes da União Europeia (alguns autores chegam a falar em materialidade constitucional destes princípios³⁵⁰) conferem corpo a um *ius cogens* europeu e a uma ordem pública da União.

Como pertinentemente lembra Ingolf Pernice, a União Europeia age somente por meio de instrumentos legais, ou seja, mediante seus regulamentos, diretivas e decisões, que são obrigatórias, como também mediante recomendações e opiniões.³⁵¹

1.2.3 TRATA-SE DE UM “ADQUIRIDO COMUNITÁRIO”

O Tratado de Lisboa retirou as disposições expressas acerca do acervo comunitário, tal como inseriu, no TUE, o artigo 50º, que prescreve o direito de qualquer dos Estados-membros desvincular-se livremente da União, opção que foi adotada pelo Reino Unido no “*Brexit*”.

Contudo, ainda se pode entender que o atual *status* do ordenamento jurídico da União constitui um adquirido comunitário. Conforme ensina Fausto de Quadros, o princípio do adquirido comunitário prescreve que o processo de integração se “*deve considerar, a todo momento, como definitivamente consolidado*”. Isto é, a marcha da integração é uma marcha para frente, na qual os avanços alcançados por Tratados, pelo direito derivado e por objetivos e opções estabelecidas, devem ser “*em cada momento*”, entendidas como definitivas.³⁵²

Esta concepção do adquirido comunitário deriva do princípio da lealdade e também da boa-fé e da *pacta sunt servanda*.³⁵³

No sentido dessa compreensão, encontram-se diversas manifestações do TJ, como, p. ex., mas não só, Caso Costa/ENEL.³⁵⁴

³⁴⁹ QUADROS, Fausto de. Direito da União Europeia..., p. 439-506.

³⁵⁰ Para leituras neste sentido: QUADROS, Fausto. Direito da União Europeia..., p. 434.

³⁵¹ PERNICE, Ingolf. European Constitutionalism..., p. 219.

³⁵² QUADROS, Fausto de. Direito da União Europeia..., p. 133.

³⁵³ Idem.

³⁵⁴ Acórdão de 15 de julho de 1964, Processo 6/64, Costa/ENEL, que prescreve o seguinte: “*A transferência efetuada pelos Estados, da sua ordem jurídica interna em benefício da ordem jurídica comunitária, dos direitos e obrigações correspondentes às disposições do Tratado, implica, pois uma limitação definitiva*

Deste modo, nenhum dos Estados-membros poderá agir fora dos parâmetros deste acervo comunitário e os Estados-aderentes, passado o período de transição e ressalvadas as cláusulas de salvaguarda, estarão obrigados ao respeito de todo o acervo comunitário³⁵⁵, o que inclui o respeito aos princípios e à jurisprudência, bem como o aceite dos objetivos, construídos antes de sua adesão.

Embora se possa dizer que, em um contexto de “*Brexit*” e até de uma viabilidade de reversão da integração em certas matérias, o adquirido não seja invulnerável, ainda se pode dizer da sua existência e importância.

dos seus direitos soberanos, sobre a qual não pode prevalecer um ato unilateral ulterior incompatível com o conceito de comunidade”.

³⁵⁵ HERZOG, Tamar. *A Short History of European Law: The Last and a Half Millennia*, Cambridge: Harvard University Press, 2018, p. 234.

2. UMA CERTA IDEIA DE EUROPA – FUNÇÃO INTEGRADORA DA JURISPRUDÊNCIA

2.1 BREVES NOTAS DA ORIGEM E DO DESENVOLVIMENTO DE UM TRIBUNAL

A existência do Tribunal de Justiça marca a história da integração europeia desde a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA)³⁵⁶, e sempre contou com um complexo e completo sistema de recursos, que foram constantemente reforçados e que permitiu o acesso de Estados-parte, Instituições e particulares à sua jurisdição. Com isso, reuniu elementos essenciais à sua manutenção, isto é, para a sua reprodução ao longo dos anos, com a produção de um amplo acervo jurisprudencial.

Essa trajetória do Tribunal de Justiça, inicia-se ainda na década de 1950. Em 9 de maio de 1950, o Ministro de Negócios Estrangeiros da França, Robert Schuman, apresentou a proposta de integração (Declaração Schuman, elaborada por Jean Monnet), que colocava sob o controle de uma autoridade comum a produção do carvão e do aço.³⁵⁷ A proposta culminou na criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço³⁵⁸, com a participação da França, Alemanha, Itália, Holanda, Bélgica e Luxemburgo, cujo tratado já previa a constituição de um tribunal para a resolução de litígios (cf. artigos 31 ao 43 do Tratado CECA).

Como mencionado por Ana Maria Guerra Martins, o projeto era modesto, mas revelou-se um grande impulso para a integração europeia, já que culminou na criação da primeira Comunidade Europeia.³⁵⁹

Ditlev Tamm relembra que a criação da referida Corte – embora imbuída de características que lhe eram bastante peculiares –, não era fato isolado, pois havia um

³⁵⁶ Conforme esclarece Maria Luísa Duarte, a natureza das relações jurídicas e econômicas atribuídas pelos Tratados possuía “*incidência direta na esfera jurídica e patrimonial dos particulares*” e, por este motivo, demandava a existência de um tribunal com competências suficientes, i.e., com características à altura das garantias necessárias a proteção destes direitos. (DUARTE, Maria Luísa. União Europeia: Estática e dinâmica..., p. 243).

³⁵⁷ Sobre os interesses franceses e alemães envolvidos na criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, ver: JUDT, Tony. Uma Grande Ilusão? Um ensaio sobre a Europa, Lisboa: Edições 70, 2013, p. 23-26. Para a França, seu programa de reconstrução da indústria, dependia de matérias primas alemãs “acessíveis e baratas”, deste modo, a França logrou “europeizar a sua dificuldade histórica”, sem demonstrar seus interesses particulares; para a Alemanha, a CECA era a oportunidade que necessitava para regressar à comunidade internacional em condições de igualdade.

³⁵⁸ O Tratado institutivo foi assinado em 18 de abril de 1951 e entrou em vigor em 25 de julho de 1952.

³⁵⁹ MARTINS, Ana Maria Guerra. Manual de Direito da União Europeia, 2ª Ed. Atual. e Aumentada, Coimbra: Almedina, 2018, p. 78.

contexto de “justiça de transição” após a segunda guerra mundial, que culminou na criação de diversos órgãos jurisdicionais, como o Tribunal de Nuremberg e a corte Europeia dos Direitos do Homem, como também da criação dos Tribunais Constitucionais Alemão e Italiano.³⁶⁰

Já nesta época, o Tribunal possuía competência “*para assegurar o respeito do Direito na interpretação e aplicação do Tratado e dos regulamentos de execução (artigo 31º do TCECA). A sua jurisdição era obrigatória*”.³⁶¹

Tratava-se, portanto, desde o início, de um órgão jurisdicional imbuído das tarefas de garantia da conformidade dos atos das instituições da União e dos direitos dos Estados-membros com as fontes de direito da União (ao tempo de sua criação, do direito comunitário).³⁶²

Conforme a acurada observação de Nuno Piçarra, o órgão jurisdicional previsto no Tratado CECA não se tratava de mero tribunal arbitral, como usualmente previsto nos tratados de cunho mais “tradicional” de direito internacional público.³⁶³

Aliás, o projeto inicial de Jean Monnet contava com apenas um “*fraco sistema Ad Hoc de recurso*”.³⁶⁴ A sugestão de um Tribunal permanente, defendida pela delegação alemã, conduzida por Walter Hallstein (e seu consultor jurídico Carl F. Ophüs), foi formalizada em memorando lavrado por Paul Reuter (consultor jurídico de Jean Monnet), em agosto de 1950, o que foi prontamente apoiado pelos países do Benelux.³⁶⁵

³⁶⁰ TAMM, Ditlev. The History of the Court of Justice of European Union Since its Origin, In: The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law, Hague: Asser Press, p. 9-35, 2013, p. 12.

³⁶¹ MARTINS, Ana Maria Guerra. Manual de Direito da União..., 2018, p. 79.

³⁶² PIÇARRA, Nuno. A Justiça Constitucional da União Europeia, In: Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, p. 467-501, 2006, p. 468.

³⁶³ PIÇARRA, Nuno. A Justiça Constitucional..., p. 469.

³⁶⁴ A primeira sugestão de uma via arbitral de controle das decisões da Alta Autoridade, foi inclusive confirmada por Jean Monnet em suas memórias, como relembra Maurice Lagrange: “*estávamos em posição de apresentar a um conselho interministerial francês um projeto que organizava a independência da Alta Autoridade e especificava os meios de apelação contra suas decisões. Já apareceu a ideia de um tribunal arbitral, bem como a noção de responsabilidade política do executivo perante um órgão parlamentar*”. (MONNET, Jean. Apud LAGRANGE, Maurice. La Cour de Justice des Communautés Européennes du Plan Schuman à l'Union Européenne, disponível em: <http://www.cvce.eu/obj/maurice_lagrange_la_cour_de_justice_des_communautes_europeennes_du_plan_schuman_a_l_union_europeenne-fr-30dbbb02-97f2-46ad-898c-49b074cb2ab2.html>, acesso em: 24/09/2019, tradução nossa)

³⁶⁵ TAMM, Ditlev. The History of the Court of Justice..., p. 16.

O escopo de atribuição de competências ao Tribunal e as partes legitimadas ao acesso não eram unanimidades entre os Estados-membros.³⁶⁶

A convocação³⁶⁷ de Maurice Lagrange³⁶⁸ para participar das negociações certamente foi decisiva para a construção de um efetivo órgão jurisdicional, com inspiração no tribunal administrativo francês³⁶⁹. A pretensão era de que esse Tribunal funcionasse como “freios e contrapesos” à atuação da Alta Autoridade e, não obstante, com poderes necessários para preservar os interesses e direitos dos particulares.³⁷⁰ E, sem parar por aí, Piçarra também destaca que o Tribunal já acumulava competências de “natureza funcionalmente constitucional”, como a de analisar a compatibilidade da revisão do Tratado CECA e a conformidade dos atos da Alta Autoridade com os direitos fundamentais.³⁷¹

Logo na sequência, haja vista o decurso de um pequeno lapso temporal de poucos anos, em 25 de março de 1957, em Roma, foram assinados o Tratado CEE e o Tratado CEEA e, conjuntamente a eles, o Tratado relativo a certas instituições comuns³⁷², o qual assegurou a competência do Tribunal acerca dos três Tratados.³⁷³ O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias era então um órgão jurisdicional independente dos Estados e deveria assegurar o cumprimento das normas supranacionais.

Embora o TJCE fosse uma continuação do Tribunal previsto para a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, Ditlev Tamm destaca que, após o Tratado de Roma a Corte se fortaleceu de forma bastante considerável.³⁷⁴

Tornou-se usual a atividade do Tribunal de julgar a conformidade do direito comunitário derivado com os tratados institutivos (direito comunitário originário), “*por*

³⁶⁶ Sobre o tema: “*The right to bring an action against the High Authority was seen as an important legal guarantee against arbitrary decision-making and as such it eventually became a decisive part of the Treaty. It was a wish from the Benelux countries that the court could determine questions both of legality and discretion (opportunité), and only member states, but not individuals, should have access to it. The Germans however wanted a court more similar to a constitutional court and as such accessible to private enterprises, with jurisdiction to hear cases relating to conflicts between the Community’s organs and with monopoly of interpreting the treaty. Seen from French side, the question of the court determining more than legality of decisions or even the right for private litigants to sue in the court was a step too far*”. (Ibidem, p. 9-35, 2013, p. 17)

³⁶⁷ LAGRANGE, Maurice. La Cour de Justice...

³⁶⁸ TAMM, Ditlev. The History of the Court of Justice..., p. 17.

³⁶⁹ Da influência do tribunal administrativo francês, foi inserida a figura do Advogado-Geral.

³⁷⁰ PIÇARRA, Nuno. A Justiça Constitucional..., p. 469.

³⁷¹ Ibidem, p. 469.

³⁷² Os três tratados entraram em vigor em 1º de janeiro de 1958.

³⁷³ DUARTE, Maria Luísa. União Europeia: Estática e dinâmica..., p. 243.

³⁷⁴ TAMM, Ditlev. The History of the Court of Justice..., p. 16.

parâmetros de validade constituídos por princípios e direitos fundamentais, cuja natureza constitucional é manifesta”.³⁷⁵

Por sugestão do juiz italiano Nicola Catalano³⁷⁶, foi inserido no Tratado (art. 177 TCEE) o reenvio prejudicial, que certamente se tornou o meio jurisdicional mais importante na garantia da uniformidade.³⁷⁷ Esta via processual também permitiu um acréscimo do número de processos, o que reforçou a importância desta jurisdição e viabilizou a tomada de decisões paradigmáticas para o desenvolvimento de princípios fundamentais da ordem jurídica (apenas para exemplificar, o primado, desenvolvido inicialmente no caso Costa/ENEL e o efeito direto, decorrente no acórdão proferido no caso Van Gend em Loos, ambos acórdãos já proferidos no início dos anos 60).

O Ato Único Europeu³⁷⁸, por sua vez, incluiu no artigo 168º-A do TCEE a previsão da possibilidade de criação do Tribunal de Primeira Instância, que posteriormente veio a se chamar Tribunal Geral com a vigência do Tratado de Lisboa.³⁷⁹

Conforme opina Ana Maria Martins Guerra, *“a criação do TPI representou um passo importante na democratização do sistema judicial comunitário, com a consequente redução do défice judiciário, na medida em que permitiu uma maior proteção judicial dos particulares”*.³⁸⁰

Com relação à jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia, o Tratado de Amsterdã trouxe uma importante novidade. Ele foi responsável por introduzir a proteção aos direitos fundamentais, permitindo ao TJ apreciar atos dos órgãos sempre que presente alguma violação.³⁸¹

O Tratado de Nice promoveu uma reforma no sistema jurisdicional da União. Antes da CIG 2000, o TJ e o TPI apresentaram o documento de reflexão “Futuro do Sistema Jurisdicional da União Europeia”, que visava apresentar propostas de modificações em diversas matérias. O intuito das alterações voltava-se a reduzir a carga

³⁷⁵ PIÇARRA, Nuno. A Justiça Constitucional..., p. 467-501, 2006, p. 470.

³⁷⁶ TAMM, Ditlev. The History of the Court of Justice..., p. 19.

³⁷⁷ JACOBS, Francis. The Court of Justice in the Twenty-First Century: Challenges Ahead for the Judicial System?, In: The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law, Hague: Asser Press, p. 49-59, 2013, p. 50.

³⁷⁸ O Ato Único Europeu foi assinado em fevereiro de 1986 e entrou em vigor em 1º de julho de 1987.

³⁷⁹ Com o Tratado de Lisboa, o Tribunal de Primeira Instância passou a ser designado por Tribunal Geral (cf. art. 254º TFUE).

³⁸⁰ MARTINS, Ana Maria Guerra. Manual de Direito da União..., 2018, p. 95.

³⁸¹ Ibidem, p. 119; Ainda, Ana Maria Martins Guerra recorda que a competência do TJ foi alargada nos seguintes domínios: *“- à matéria dos vistos, do asilo, da imigração e de outras matérias referentes à livre circulação de pessoas bem como ao acervo proveniente dos acordos de Schengen; - ao terceiro pilar, embora com restrições; - à garantia do cumprimento das condições relativas à cooperação reforçada; - à matéria de proteção dos direitos fundamentais no âmbito do pilar comunitário”*. (Ibidem, p. 126)

de trabalho do TJ e preparar o Tribunal para o alargamento da União ao leste. Foram consolidadas no Tratado, dentre outras, modificações na composição e organização dos tribunais, na transferência de competências do TJ ao TPI e a possibilidade de criação de tribunais especializados para contenciosos específicos.³⁸²

O Tribunal da Função Pública da União Europeia foi criado por Decisão do Conselho de 02 de novembro de 2004 (Decisão 2004/752/CE, Euratom). Contudo, em 2016, por meio do Regulamento do Parlamento e do Conselho nº 2016/1192/UE, Euratom, de 06 de julho de 2016, a primeira Decisão foi revogada e, como consequência, determinou-se a extinção do Tribunal da Função Pública, de modo que as competências relativas aos litígios entre a União e seus agentes retornaram Tribunal Geral (cf. artigo 3º).

Dentre as funções do Tribunal de Justiça da União Europeia, destacam-se, o dever de assegurar a aplicação do Direito da União Europeia (inclusive contra os Estados-membros), atuar na solução de impasses entre os Estados-Membros e a União, bem como entre as instituições da União e garantir a interpretação e aplicação uniformes do Direito da União Europeia.³⁸³

A interpretação dos Tratados é, seguramente, uma das principais tarefas da Corte, a quem cabe a última palavra acerca da interpretação das normas a serem aceitas e seguidas por todos os destinatários.

Considerando o teor dos artigos 13º, nº 1 c/c 19, nº 1 do TUE, verifica-se hoje a existência de uma instituição³⁸⁴, denominada Tribunal de Justiça da União Europeia, que compreende o Tribunal de Justiça (TJ) o Tribunal Geral (TG) e os tribunais especializados – na medida em que forem criados –, trata-se, então, de uma única instituição com múltiplos tribunais.³⁸⁵

Embora hoje inexistam tribunais especializados, se criados, suas decisões serão impugnáveis via recurso ao Tribunal Geral (art. 257º, parágrafo terceiro, TFUE). Já as decisões do Tribunal Geral são recorríveis, com a limitação a questões de direito, ao Tribunal de Justiça (art. 256º, nº 1, parágrafo segundo, TFUE).

³⁸² Ibidem, p. 140.

³⁸³ HARTLEY, T. C. *The Foundations of European Union Law*, 18ª Ed., Oxford University Press, 2014, p. 49.

³⁸⁴ DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia: Estática e dinâmica...*, p. 235.

³⁸⁵ Para informações sobre composição e funcionamento do TJUE, ver: DUARTE, Maria Luísa. *Direito do Contencioso da União Europeia...*, p. 43-67; DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia: Estática e dinâmica...*, p. 236 e segs.; MESQUITA, Maria José Rangel de. *Introdução ao Contencioso da União Europeia: Lições*, 3ª Ed., Coimbra: Almedina, 2018, p. 53-73.

A ampliação das competências, alçada pela vigência do Tratado de Lisboa, trouxe ao Tribunal um aumento do volume de processos, especialmente o incremento no número de reenvios prejudiciais.³⁸⁶

2.2 FUNÇÃO INTEGRADORA

A criação de um Tribunal foi determinante para os avanços logrados pela integração europeia, haja vista o papel protagonista assumido pelos seus juízes em diversos momentos.

Teria tal instituição já nascido com a função de, como parte de um projeto político, modelar a Europa, como propõe Ditlev Tamm?³⁸⁷ Independentemente da intenção de seus criadores, um Tribunal da União Europeia (inicialmente um Tribunal das comunidades) dotado da última palavra³⁸⁸ em matéria de Direito da União Europeia, foi importante, senão essencial, para o aprofundamento da integração.

A jurisprudência do TJUE assumiu uma função integradora, na qual o Juiz comunitário agiu proativamente na construção deste projeto europeu. Maria Luísa Duarte menciona a adesão dos Juízes à uma “*concepção voluntarista*”.³⁸⁹ Ditlev Tamm fala em “*interpretação teleológica*” baseada nos objetivos da União.³⁹⁰

É neste contexto que a frase do Juiz Pierre Pescatore é unanimemente lembrada pela doutrina, para descrever essa concepção que preponderou no Tribunal: “*o raciocínio do Tribunal mostra que os juízes tem ‘uma certa ideia da Europa’ que lhe é própria, e esta ideia que foi decisiva e não os argumentos decorrentes das especificidades técnico-jurídicas*”.

³⁸⁶ Em 2018, o Tribunal de Justiça recebeu 849 novos processos, sendo 568 processos de reenvio prejudicial. O Tribunal Geral, por sua vez, recebeu 834 processos no mesmo ano. Comparado com o ano de 2008, o Tribunal de Justiça havia recebido 592 novos processos, dos quais 288 eram processos de reenvio prejudiciais. O Tribunal de Primeira Instância havia recebido 629 processos no mesmo ano. Os relatórios anuais do Tribunal estão disponíveis em: <<https://curia.europa.eu>>. Em especial, os relatórios citados foram acessados em: 26/09/2018.

³⁸⁷ TAMM, Ditlev. *The History of the Court of Justice...*, p. 14.

³⁸⁸ Sobre a função de determinar a interpretação última dos Tratados: “*The European Court of Justice (now called the Court of Justice of European Union is charged with authoritatively interpreting European law in cases in which member states and/of European institutions disagree about its meaning, extension, or application*”. (HERZOG, Tamar. *A Short History of European Law...*, p. 235)

³⁸⁹ DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia: Estática e dinâmica...*, p. 242.

³⁹⁰ TAMM, Ditlev. *The History of the Court of Justice...*, p. 14.

Com isso, quer-se dizer que a análise dos casos sempre carregou consigo uma interpretação favorável a integração europeia, algo como uma interpretação sistemática e teleológica capaz de extrair o “espírito dos tratados” e dar-lhe concreção.³⁹¹

T.C. Hartley menciona que o TJUE é geralmente considerado a instituição com a “*mentalidade mais europeia*” dentre as instituições da União³⁹² e que a instituição foi a mais importante promotora da integração.³⁹³ Para o autor, as decisões do Tribunal foram forjadas com orientações políticas³⁹⁴, que correspondem essencialmente à: *i.* fortalecer a União e seus elementos federais; *ii.* incrementar a abrangência e efetividade do direito da União; e *iii.* aumentar o poder das instituições.³⁹⁵

De um ponto de vista mais pragmático da atuação da Corte, Ditlev Tamm aduz que há convergências entre a história do tribunal e as grandes questões políticas europeias do mesmo período.³⁹⁶

Ele divide essa história em três períodos. O primeiro período compreendido entre a criação do Tribunal em 1952 até as primeiras decisões paradigmáticas dos anos 60; o segundo período de reflexão sobre a estrutura da Corte compreendido até o fim dos anos 80; e por terceiro, o período de celebração de novos tratados (AUE até Lisboa).³⁹⁷

A importância da jurisprudência do Tribunal de Justiça para integração pode ser comparada à importância dos Tratados, tamanha foi (e é) a contribuição concreta do Tribunal na integração europeia.³⁹⁸

Ademais, apesar da intensa atuação do Tribunal, a autoridade das decisões nunca foi “seriamente” contestada politicamente, como lembra Gráinne de Búrca. A título de exemplo, o primado e o efeito direto permanecem como princípios estruturantes deste ordenamento, diante das mais diversas oportunidades que os Estados-membros tenham tido para a revogação ou alteração de seus conteúdos.³⁹⁹

³⁹¹ Maria Luísa Duarte fala em “*prioridade interpretativa ao espírito dos Tratados em detrimento das letras dos Tratados*”. (DUARTE, Maria Luísa. União Europeia: Estática e dinâmica..., p. 242)

³⁹² HARTLEY, T. C. The Foundations of European Union Law..., p. 51.

³⁹³ Ibidem, p. 235.

³⁹⁴ “*This is sometimes called the ‘teleological method of interpretation’, but it really goes beyond interpretation properly so called: it is decision-making on the basis of judicial policy*”. (Ibidem, p. 73)

³⁹⁵ Ibidem, p. 73.

³⁹⁶ TAMM, Ditlev. The History of the Court of Justice..., p. 10.

³⁹⁷ Ibidem, p. 22.

³⁹⁸ Conforme Tamar Herzog: “*no less vital was the jurisprudence*”. (HERZOG, Tamar. A Short History of European Law..., p. 234)

³⁹⁹ DE BÚRCA, Gráinne. Sovereignty and the Supremacy Doctrine of the European Court of Justice, In: WALKER, Neil (Org.). Sovereignty in Transition, Portland: Oxford, 2003, p. 450.

Neste sentido, há comparações entre o *modus operandi* do Tribunal e a doutrina do precedente. T.C. Hartley esclarece que, embora ausente a doutrina da *stare decisis*, o TJ segue suas prévias decisões na grande maioria dos casos. Essa jurisprudência chega a ser de observância mais imperativa que o próprio direito da União.⁴⁰⁰

Ao considerar que a União Europeia é uma ordem jurídica autônoma, regida pelo princípio da legalidade e que age somente por meio de instrumentos legais, Ingolf Pernice conclui que o Tribunal de Justiça atua como uma “corte constitucional” em sentido pleno, assegurando e promovendo os valores essenciais da União, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais.⁴⁰¹

Portanto, como se pode verificar de todo o exposto, é incontroverso que o Tribunal surgiu com poderes limitados, mas tomou as mais importantes decisões para a promoção da integração da União Europeia.

2.2.1 INTRODUÇÃO GRADUAL DE NOVAS DOCTRINAS

O Acórdão “*Os Verdes*”⁴⁰², a título exemplificativo, entendeu por conferir ao Tribunal de Justiça da União Europeia a competência para conhecer o recurso de anulação contra ato do parlamento. Ao tempo da ação de anulação, os Tratados eram omissos com relação a possibilidade de ser intentada a ação de anulação em face de atos do Parlamento Europeu, pois somente versavam sobre a possibilidade de serem anulados os atos do Conselho e da Comissão (cf. o então art. 173, CE).

O Tribunal de Justiça então justificou a sua competência mediante a afirmação de que a então Comunidade Econômica Europeia era uma comunidade de direito e que, em razão disso, pressupunha um sistema completo de vias de recurso e procedimentos – isto é, não poderia, em nenhum caso, ser denegado o acesso à justiça. E conclui que “*uma interpretação do art. 173º do Tratado, que excluísse os atos do Parlamento Europeu dentre os que podem ser impugnados, teria um resultado contrário, tanto ao espírito do Tratado, tal como foi consignado no artigo 164º, como ao seu sistema*”.⁴⁰³

⁴⁰⁰ HARTLEY, T. C. *The Foundations of European Union Law...*, p. 71. No mesmo sentido: TRIDMAS, Takis. *Bifurcated Justice: The dual character of judicial protection in EU law*, In: *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, Hague: Asser Press, p. 367-379, 2013, p. 374.

⁴⁰¹ PERNICE, Ingolf. *European Constitutionalism...*, p. 220-221.

⁴⁰² Acórdão de 23 de abril de 1986, *Os Verdes*, Processo nº 294/83.

⁴⁰³ Cons. 25.

No Acórdão interlocutório de 22 de maio de 1990, proferido no caso “Chernobyl”⁴⁰⁴, o Tribunal avançou na temática e concedeu um pleito que já havia sido formulado pelo Parlamento Europeu em suas razões apresentadas no Caso “Os Verdes”. Isto é, reconheceu o Parlamento Europeu como legitimado para a propositura do recurso de anulação.

Na comparação destas ambas decisões, T.C. Hartley aduz a presença de uma evidente alteração da lei pelo exercício de sua interpretação e que o TJ, de forma cuidadosa, introduziu uma doutrina de forma gradual.

Os exemplos falam por si sós. Tratou-se de uma fórmula usual de atuação do TJ, que de forma gradual introduziu novas doutrinas, sobretudo, desenvolveu princípios estruturantes da ordem jurídica da UE.

2.3 INDEPENDÊNCIA DOS JULGADORES E OBRIGATORIEDADE DA JURISDIÇÃO

Tal é a preocupação com a independência dos julgadores (correspondendo ao que já foi mencionado acerca da centralidade dos Tribunais no Sistema Jurídico, Segunda Parte), que para fins de neutralização política da jurisdição, o ordenamento lhes assegura a imunidade de jurisdição para qualquer ato cometido durante o mandato e a inamovibilidade do mandato⁴⁰⁵, só afastáveis em circunstâncias extremas.

Mas o Estatuto do Tribunal de Justiça ainda foi mais adiante na preocupação com a independência dos juízes face a interferências externas, ao estabelecer, no artigo 35^o⁴⁰⁶, que as deliberações do Tribunal são secretas.⁴⁰⁷

Deste modo, considerando que a jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia é obrigatória, tornando-o competente para o julgamento de litígios entre Estados-membros (art. 259º, TFUE), entre instituições da União (art. 263.º, TFUE), entre Estados-membros e instituições da União (art. 263º, 265º e 268º, TFUE), entre comissão e Estados-membros (art. 358º, TFUE) e entre particulares e instituições da União (art.

⁴⁰⁴ Acórdão de 22 de maio de 1990, Chernobyl, Processo nº C-70/88.

⁴⁰⁵ DUARTE, Maria Luísa. União Europeia: Estática e dinâmica..., p. 238.

⁴⁰⁶ Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia (Versão Consolidada), Artigo 35.º: “*As deliberações do Tribunal de Justiça são e permanecem secretas*”.

⁴⁰⁷ Em complemento ao assunto, Maria Luísa Duarte esclarece que: “*só os juízes participam nas reuniões de deliberação, com exclusão do advogado-geral e dos tradutores interpretes. Assim se compreende a existência – informalmente admitida – de uma língua de comunicação entre os juízes, que é o francês, e a ausência, contrariamente à tradição cultivada nas jurisdições supremas, nacionais e internacionais, de declarações de voto*”. (DUARTE, Maria Luísa. União Europeia: Estática e dinâmica..., p. 238)

263º, 265º e 268º, TFUE), a imunidade de jurisdição e a inamovibilidade, amparada pelo sigilo das deliberações, permite que os juízes do TJUE resolvam todos os casos que lhes são submetidos.

Por sua vez, as lides que envolvem os particulares e Estados-membros mantêm-se sob jurisdição dos Tribunais nacionais, que atuam, nestas causas, como tribunais da União.

Ademais, nos termos do art. 344º TFUE⁴⁰⁸, a jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia é exclusiva. Isto significa que há um monopólio da jurisdição, com exclusão de todos os demais tribunais internacionais. Essa discussão voltará a ser mencionada quando do tratamento acerca do Parecer nº 2/13, do TJUE.

Dentre algumas obrigações que contribuem para o compromisso dos juízes com um “projeto europeu”, está o fato de que estes devem fixar residência no local de sede do Tribunal de Justiça, portanto, em Luxemburgo. E o fato de que estão proibidos de exercer outra atividade profissional, função política ou administrativa.⁴⁰⁹

⁴⁰⁸ Artigo 344º TFUE (ex-artigo 292º TCE): “*Os Estados-Membros comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que neles estão previstos*”.

⁴⁰⁹ DUARTE, Maria Luísa. União Europeia: Estática e dinâmica..., p. 238.

3. A PROTEÇÃO JUDICIAL NA UNIÃO EUROPEIA: UM SISTEMA COMPLETO DE VIAS DE RECURSO E PROCEDIMENTOS

Conforme expressamente dito pelo Tribunal de Justiça, no âmbito do caso “*Os Verdes*”, a União Europeia (naquele momento tratava-se ainda do TJCE, no âmbito da CEE) é uma união de direito cujo Tratado estabeleceu “*um sistema completo de vias de recurso e procedimentos destinados à confiar ao Tribunal de Justiça a fiscalização da legalidade dos atos das instituições*”.⁴¹⁰

É nesta senda que se conclui que, desde sempre se buscou interpretar o sistema jurisdicional da União Europeia como completo e apto para oferecer uma tutela efetiva.

Sobretudo, porque a competência do Tribunal de Justiça da União Europeia é exclusiva, tal como dispõe o artigo 344º TFUE: “*Os Estados-Membros comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que neles estão previstos*”.

O Acórdão proferido no Caso Johnston⁴¹¹, guardou um tópico específico para o tema do “*direito a um recurso jurisdicional efetivo*”, cuja passagem esclarece de forma clara a vedação à denegação de justiça: “*o controle jurisdicional imposto por este artigo é a expressão de um princípio geral de direito que está na base das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros. Este princípio foi igualmente consignado pelos artigos 6º e 13º da convenção europeia para proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, de 4 de novembro de 1950. (...)*”

Já no caso Kadi⁴¹², o Tribunal também reconheceu que a tutela jurisdicional efetiva é um princípio geral de direito da União, em decorrência das tradições constitucionais comuns dos Estados-membros e da previsão expressa do art. 47, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Para que haja uniformidade na aplicação do direito da União e seja viável o controle jurisdicional de sua legalidade, algumas vias foram instituídas pelos Tratados, mediante um sistema que não encontra *símile* em outros ordenamentos jurídicos.

O artigo 19º, nº 3, prescreve que o TJUE possui jurisdição sobre recursos interpostos por Estados-membros, instituições ou pessoas singulares ou coletivas; a título

⁴¹⁰ Acórdão de 23 de abril de 1986, *Os Verdes/Parlamento Europeu*, 294/83, cons. nº 23.

⁴¹¹ Acórdão de 15 de maio de 1986, *Johnston*, 222/84, cons. nº 18.

⁴¹² Acórdão de 03 de setembro de 2008, *Kadi*, 402/05, cons. nº 335.

prejudicial, sobre interpretação e validade dos tratados; e nos demais casos previstos pelos tratados.

Segundo a divisão adotada por Maria Luísa Duarte⁴¹³, são as vias verificadas:

(a) o processo das questões prejudiciais, com previsão no artigo 267º TFUE.

(b) as vias processuais comuns, consistentes no (b.1) contencioso de legalidade: *i.* o recurso de anulação, com previsão nos artigos nº 263 e 264, TFUE; *ii.* o recurso por omissão, com previsão no artigo nº 265, TFUE; e a *iii.* a exceção de ilegalidade, com previsão no artigo nº 277, TFUE; (b.2) a ação por incumprimento, com previsão nos artigos nº 258, 259 e 260 do TFUE; e, por fim, (b.3) a ação de indenização, com previsão nos artigos nº 268 e 340, TFUE.

Caberá ao TJUE, ainda, se solicitado por algum Estado-membro, pelo Parlamento, Conselho ou Comissão, a analisar a compatibilidade de projetos de acordo internacional, nos termos do art. 218, nº 11, TFUE. Trata-se de uma via consultiva, de caráter obrigatório/vinculativo, pois caso o parecer do Tribunal seja negativo, o acordo não poderá entrar em vigor.

Não obstante, o sistema conta com vias cautelares, previstas nos artigos 278º, que permite a suspensão do ato impugnado, e 279º TFUE, que viabiliza a concessão de medidas provisórias.

Os artigos 272º e 273º TFUE, permitem a ampliação das competências, respectivamente, em razão de cláusula compromissória constante de contrato celebrado pela União ou por sua conta; e, no segundo caso, em razão de compromisso firmado entre os Estados-membros.⁴¹⁴

3.1 PAPEL DOS TRIBUNAIS NACIONAIS

Sempre que inexista uma via direta de acesso ao Tribunal de Justiça da União Europeia, o particular poderá fazer valer judicialmente seus direitos invocando-os nos Tribunais nacionais, que funcionam como tribunais da União sempre que deparados com matérias atinentes às competências atribuídas pelos Tratados à UE. Neste contexto, o direito da União é assegurado tanto pelo TJUE como pelos Tribunais nacionais.

⁴¹³ DUARTE, Maria Luísa. Direito do Contencioso da União..., 2017.

⁴¹⁴ Sobre o tema: DUARTE, Maria Luísa. União Europeia: Estática e dinâmica..., p. 244.

Tridmas Takis utiliza em artigo o termo “*bifurcated justice*”, fazendo menção à um sistema judicial descentralizado. Sendo que, para os particulares, os tribunais nacionais costumam ser as primeiras vias para a proteção judicial.⁴¹⁵

É neste viés que o art. 19, n° 1, TUE, estabelece que os Estados-membros devem assegurar as vias de recurso necessárias à uma tutela jurisdicional efetiva “*nos domínios abrangidos pelo direito da União*”.

A via do reenvio prejudicial ganha bastante relevância, pois, com a maior parte dos litígios submetidos aos tribunais nacionais, a garantia da uniformidade e consistência⁴¹⁶ do direito da União é assegurada a partir deste meio processual, no qual compete aos tribunais nacionais submeter ao TJ todas as questões de interpretação e validade.

⁴¹⁵ “*What reaches the ECH is the tip of the iceberg. The vast majority of EU claims are adjudicated at national level*”. TRIDMAS, Takis. Op. cit., p. 367-375.

⁴¹⁶ O tratado também fala em “unidade e coerência”, nos termos do art. 256, n° 3, TFUE.

4. A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DE IMPORTANTES BASES DA ORDEM JURÍDICA DA UNIÃO EUROPEIA – *LEADING CASES*

Já se falou da função integradora da jurisprudência e da concepção voluntarista dos juízes, em um tribunal que assumiu progressivamente mais poderes e tornou-se o maior promotor da integração europeia.

Seguindo esta linha, adiante será demonstrado como foram construídos, de forma pretoriana, alguns dos mais importantes princípios e institutos da integração Europeia.

4.1 O RECONHECIMENTO DE UM PRIMADO

O princípio do primado é certamente um dos mais centrais princípios de direito da União Europeia e consiste no fato de que, nas matérias atribuídas à União, todo o direito da União Europeia prevalece sobre o direito Estadual.

Este princípio nunca contou com qualquer positivação formal nos tratados, situação que se perpetua até os dias de hoje.⁴¹⁷ O Tratado Constitucional, embora rejeitado, possuía previsão do princípio do primado no artigo I-6º. O Tratado de Lisboa limitou-se a incluí-lo em seus anexos, por meio da Declaração sobre o princípio do primado (Declaração nº 17)⁴¹⁸.

Sua origem é eminentemente jurisprudencial, cujo desenvolvimento é resultado da elaboração do TJ⁴¹⁹ que se iniciou no caso *Costa/ENEL*.⁴²⁰ Note-se que o acórdão foi proferido no ano de 1964, portanto, numa fase bastante inicial da história do Tribunal.⁴²¹

Prevalecia, no Tribunal Constitucional Italiano, o entendimento de que a lei que há instituído a ENEL (Ente Nazionale de Energia Elettrica) era posterior à lei que ratificou o Tratado CEE, de modo que a primeira deveria prevalecer sobre a segunda, a respeito da

⁴¹⁷ MARTINS, Patrícia Fragoso. In: PAIS, Sofia Oliveira. *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia: Uma abordagem jurisprudencial*, 3ª Ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 45.

⁴¹⁸ A qual fez constar: “*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 jurisprudência*”.

⁴¹⁹ “*O caso Costa/ENEL não foi o primeiro caso onde o TJUE se viu confrontado com um conflito normativo entre uma disposição de direito da União e outra de direito interno de um dos Estados-membros (vide Acórdão de 16 de dezembro de 1960, Proc. 6/60, Humblet). Não obstante, foi sem dúvida a primeira decisão na qual se afirmou e fundamentou, de forma inequívoca, e em termos constitucionais, a superioridade da norma de direito da União sobre a norma nacional.*” (MARTINS, Patrícia Fragoso. In: PAIS, Sofia Oliveira. *Princípios Fundamentais de Direito da União...*, p. 46)

⁴²⁰ v. Acórdão de 15 de julho de 1964, *Costa/ENEL*, 6/64.

⁴²¹ Para uma compreensão do contexto e das nuances fáticas do caso, ver: MARTINS, Patrícia Fragoso. In: PAIS, Sofia Oliveira. *Princípios Fundamentais de Direito da União...*

regra da *lex posteriori*, por considerar a existência de mero conflito entre leis ordinárias.⁴²²

Em primeiro lugar, o acórdão fez menção a existência de uma ordem jurídica própria (a qual se pode designar princípio da autonomia do direito da União Europeia), ao dispor que: “*diversamente dos tratados internacionais ordinários, o Tratado CEE institui uma ordem jurídica própria que é integrada no sistema jurídicos dos Estados-membros, a partir da entrada em vigor do Tratado e que se impõe aos seus órgãos jurídicos nacionais*”.

Adiante, restou definido que a “*transferência efetuada pelos Estados, da sua ordem jurídica interna em benefício da ordem jurídica comunitária (...) implica, pois, em uma limitação definitiva dos seus direitos soberanos*”, de modo que uma lei ou ato nacional incompatível com o direito da União não poderá prevalecer.

Trata-se de uma decisão paradigmática, na qual a Corte não só atestou a prevalência do direito da União sobre o direito nacional, nas matérias que lhe foram atribuídas pelos Tratados, como declarou que tais limitações aos direitos soberanos dos Estados-membros haviam sido realizadas de modo definitivo. Eis um dos critérios essenciais para a aferição da supranacionalidade deste ordenamento jurídico, condição que lhe é característica e lhe diferencia dos demais tratados de direito internacional público “*tradicional*”.

O acórdão também deixou claro que a eficácia do direito comunitário não poderia variar de Estado para Estado, sob pena de violação ao princípio da não-discriminação e da reciprocidade. E estabeleceu que as regras previstas nos tratados, debatidas no caso, produziam efeitos imediatos e atribuíam direitos aos particulares, gerando aos Estados-membros obrigações de abstenção, que no caso prático, decorriam da “*não introdução de novas restrições ao estabelecimento, no seu território, dos nacionais dos outros Estados-membros*”.

É de se destacar que tal acórdão foi proferido em sede de reenvio prejudicial, o que demonstra a relevância de tal via processual, pois fez chegar ao tribunal questão que, via de regra, seria debatida de forma exclusiva pela jurisdição estadual (e que, no sentido do entendimento até então prevalente no Tribunal Constitucional Italiano, afrontava de forma grave a uniformidade da ordem jurídica da União).

⁴²² Ibidem, p. 42.

Neste e em outros processos, os advogados-gerais⁴²³ exerceram um papel de protagonismo ao lado dos juízes da corte. As conclusões desenvolvidas pelo Advogado-geral Mauricio Lagrange certamente tiveram influência no resultado obtido pelo acórdão. Lagrange, logo ao início de suas conclusões destacou a importância da matéria a ser debatida naquele caso, antevendo seu potencial construtivo.

Lagrange constatou, de forma bastante didática, que o problema apresentado no caso era mais problemático para os ordenamentos jurídicos de dois Estados-membros: Itália e Alemanha.

Isto porque, o problema “estava resolvido” nos Países Baixos e no Luxemburgo, onde as Constituições atribuíam aos tribunais a competência para “*suscitar a exceção de ilegalidade em relação a leis contrárias aos tratados internacionais*”. Na França, encontrava-se solução similar, uma vez que aceita de forma quase unânime pela doutrina, a respeito do “*primado dos tratados internacionais regularmente ratificados e publicados sobre a lei*”. E, por fim, na Bélgica, o mesmo entendimento prevalecia por construção doutrinária. Nestes Estados prevalecia uma doutrina monista⁴²⁴ quanto a aplicabilidade do direito internacional.

De fato, o problema era mais grave para os ordenamentos alemão e italiano (e, por este motivo, não é de se estranhar que o caso tenha surgido pelo reenvio praticado por um tribunal italiano), em que prevalecia uma concepção dualista⁴²⁵ e, nos quais os tratados haviam sido ratificados por leis ordinárias sem valor constitucional. O entendimento manifestado por estes dois Estados-membros era lesivo à unidade do ordenamento e culminavam em certa discriminação, o que demandava uma solução. Lagrange formulou sua argumentação, demonstrando que a aceitação do entendimento formulado por estes Estados acabaria por acarretar “*consequências desastrosas*”, que

⁴²³ A função do advogado-geral está descrita com precisão no art. 252º, TFUE: “*Ao advogado-geral cabe apresentar publicamente, com toda a imparcialidade e independência, conclusões fundamentadas sobre as causas que, nos termos do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, requeiram a sua intervenção*”. Cf. Maria Luísa Duarte, a inclusão do advogado-geral na estrutura jurídica da União Europeia teve inspiração no “comissário de governo”, existente junto ao Conselho de Estado da França e do Supremo Tribunal dos Países Baixos. Outrossim, importa ressaltar que, no exercício de sua função, não estão vinculados aos interesses de qualquer das partes envolvidas ou da defesa de qualquer interesse, isto é, “*a importância das conclusões do advogado-geral ultrapassa o contexto do processo em que são apresentadas. O advogado-geral pode, por força da autoridade técnica que é reconhecida à sua análise e pela oportunidade das suas respostas, ascender ao papel de autor do adquirido jurisprudencial*”. (DUARTE, Maria Luísa. Direito do Contencioso da União..., p. 46-47)

⁴²⁴ MARTINS, Patrícia Fragoso. In: PAIS, Sofia Oliveira. Princípios Fundamentais de Direito da União..., p. 49.

⁴²⁵ PIÇARRA, Nuno. Nos 50 Anos do Acórdão Van Gend en Loos: A génese dos princípios do efeito direto e do primado do direito da União Europeia e o seu impacto constitucional nos Estados Membros, Themis: Revista da Faculdade de Direito da UNL, Ano XIII, nº 24/25, p. 101-121, 2013, p. 107.

colocaria em causa todo o funcionamento do sistema estabelecido pelos Tratados e o próprio futuro do mercado comum.

Patrícia Fragoso Martins menciona uma certa divergência⁴²⁶ entre sua leitura da decisão (de que o primado teria surgido unicamente como resultado do direito comunitário) e a leitura de Maria Luísa Duarte, sob a alegação de que o entendimento manifestado pela última seria o de que os Estados-membros consentiram com a limitação de seus direitos soberanos. Contudo, nesta matéria, tomamos parte da concepção de Maria Luísa Duarte⁴²⁷, já que decisões posteriores (resultantes de um diálogo entre Tribunais dos Estados e da União), manifestaram de forma inequívoca a delegação de poderes soberanos à União Europeia, o que será confirmado com a introdução do art. 50, TUE e a efetiva opção britânica pelo *Brexit*.

Embora, deve-se compreender que na aplicação do direito da União Europeia não será necessário recorrer às constituições, pois que este direito prima sobre o direito Estadual, por ser materialmente competente no caso concreto – não se trata de uma questão de hierarquia, mas de atribuição.⁴²⁸ Em razão disso, o efeito do primado não será a inconstitucionalidade, mas a inaplicabilidade.⁴²⁹

O caso *Simmenthal*⁴³⁰ é bastante esclarecedor neste aspecto. O Tribunal Constitucional Italiano possuía um entendimento acerca da necessidade de declaração de inconstitucionalidade para afastar a aplicação do direito interno contrário ao direito União, o que foi refutado pelo Tribunal de Justiça. Conforme acórdão, o direito da União não pode ser afastado por norma interna posterior, caberá então, ao juiz da causa declará-la inaplicável, mesmo que inexistente de revogação ou declaração de inconstitucionalidade.⁴³¹

⁴²⁶ MARTINS, Patrícia Fragoso. In: PAIS, Sofia Oliveira. Princípios Fundamentais de Direito da União..., p. 50.

⁴²⁷ DUARTE, Maria Luísa. O Tratado da União Europeia e a garantia da Constituição...

⁴²⁸ AMARAL, Diogo Freitas; PIÇARRA, Nuno. O Tratado de Lisboa e o princípio do primado..., p. 14, 17. No mesmo sentido: DUARTE, Maria Luísa. Sobre o caso *Gauweiler*: estará o Tribunal de Justiça pronto a fazer o que for necessário para preservar o primado do Direito da União Europeia?, In: Estudos em Homenagem ao Conselheiro Rui Moura Ramos, Vol. I, Coimbra: Almedina, p. 749-768, 2016, p. 759.

⁴²⁹ DUARTE, Maria Luísa. A Constituição Europeia..., p. 843; também: AMARAL, Diogo Freitas; PIÇARRA, Nuno. O Tratado de Lisboa e o princípio do primado..., p. 17-18; MARTINS, Patrícia Fragoso. O Princípio do Primado..., p. 63.

⁴³⁰ Para uma ampla exposição e debate acerca do Acórdão *Simmenthal*: MARTINS, Patrícia Fragoso. Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de março de 1978 – Processo 106/77 *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal*, In: PAIS, Sofia Oliveira. Princípios Fundamentais de Direito da União..., p. 61-91.

⁴³¹ Acórdão de 09 de março de 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal*, 106/77, 25.

Com isso, decorrem dois efeitos do primado: o efeito abrogatório, que demanda a inaplicabilidade toda a regra ou ato de direito incompatível com o direito da União. E, o efeito bloqueador, que impede que nova legislação contrária ao direito da União seja aprovada.⁴³²

Outrossim, embora os Estados não possam ser responsabilizados pela ausência de transposição da diretiva antes do término do prazo de transposição, estão impedidos de adotar medidas que sejam suscetíveis de comprometer os resultados nela prescritos. Isto é, ainda durante o prazo para a transposição, os Estados devem tomar as medidas necessárias para que o resultado da diretiva seja atingido no prazo.⁴³³

Não seria menos importante afirmar que, em consequência ao primado, outros dois princípios ganham relevo, a aplicabilidade direta e o efeito direto, que serão objeto de tratamento específico na sequência deste trabalho.

O primado implica que todo o direito da União prevaleça sobre todo o direito estadual. Não escapam desta regra nem mesmo as disposições constitucionais, conforme solução do caso Kreil/Alemanha.⁴³⁴ Contudo, deve se considerar como limitadores do primado, que não é absoluto, os princípios nucleares de configuração do sistema democrático⁴³⁵ e de direitos fundamentais protegidos nas constituições.⁴³⁶

4.1.1 REAÇÃO DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS DOS ESTADOS-MEMBROS AO PRIMADO

Toda a construção jurisprudencial do princípio se deu, inicialmente, sem qualquer limitação - o primado era integral e decorria de todas as fontes de direito da União (originárias e derivadas)⁴³⁷, prevalecendo a jurisprudência “Stork”⁴³⁸.

Porém, com a progressiva ampliação de competências atribuídas à União, e diante da ausência (ao menos durante um longo tempo) de um catálogo próprio de proteção de direitos fundamentais, aumentou-se o risco de decisões lesivas a estes direitos.

⁴³² QUADROS, Fausto. Direito da União Europeia..., p. 513.

⁴³³ Acórdão de 18 de dezembro de 1997, Inter-Environnement Wallonie, C-129-96, cons. 43 e 44; e Acórdão de 08 de maio de 2003, ATRAL, C-14/02.

⁴³⁴ Acórdão de 11.01.2000, Kreil/Alemanha, C-285/98.

⁴³⁵ DUARTE, Maria Luísa. União Europeia e Direitos Fundamentais..., p. 320.

⁴³⁶ QUADROS, Fausto. Direito da União Europeia..., p. 516.

⁴³⁷ MARTINS, Patrícia Fragoso. O Princípio do Primado..., p. 58.

⁴³⁸ Acórdão de 04 de fevereiro de 1959, Stork & Cie./Alta Autoridade, C-1/58. Ver também: Acórdão de 15 de julho de 1960, Comptoirs de vente de la Rhur, 36 a 38 e 40/59.

Com isso, surgiu uma jurisprudência resistente⁴³⁹ dos Estados-membros, protagonizada pelos Tribunais Constitucionais da Alemanha⁴⁴⁰ e da Itália⁴⁴¹, ambos Estados onde o controle de constitucionalidade não possui limitação temporal.⁴⁴²

A jurisprudência resistente dos Tribunais dos Estados-membros foi gradativamente maleabilizada após o reconhecimento, pelo Tribunal de Justiça de meios de proteção de direitos fundamentais, que fossem similares aos assegurados pelos ordenamentos jurídicos nacionais.

4.1.2 DESENVOLVIMENTO JURISPRUDENCIAL DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como se sabe, o desenvolvimento de uma jurisprudência que assegurasse a ampla proteção aos direitos fundamentais foi essencial para a redução da resistência dos Estados-membros ao princípio do primado.

De forma bastante sintética, resumiremos os julgados mais importante do Tribunal de Justiça para a concretização dos direitos fundamentais pela via jurisprudencial.

O primeiro, trata-se do caso Stauder⁴⁴³, que reconheceu a existência de princípios gerais de direito comunitário. Após, o caso Internationale Handelsgesellschaft⁴⁴⁴, desenvolveu, para proteção de direitos fundamentais, a utilização de princípios gerais de direito e das tradições constitucionais dos Estados-membros. O caso Nold⁴⁴⁵ foi responsável pela aplicação de instrumentos internacionais voltados à proteção de direitos humanos, aos quais aderiram os Estados-membros. E o caso Rutili⁴⁴⁶, por sua vez, reconheceu a aplicabilidade da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.⁴⁴⁷

⁴³⁹ Para uma análise mais completa do tema da jurisprudência resistente dos Estados-membros, nosso relatório apresentado à disciplina de Direito Institucional da União Europeia: *“A Soberania do Estado Moderno e a Delegação de Poderes nos Projetos de Integração Regional”*.

⁴⁴⁰ Para um aprofundamento do tema: caso Solange I, acórdão de 29 de maio de 1974; Caso Solange II, acórdão de 22 de outubro de 1986; caso Maastricht, acórdão de 12 de outubro de 1993; disponíveis em: DUARTE, Maria Luísa; ALVES, Pedro Delgado. União Europeia e Jurisprudência Constitucional dos Estados-membros, Lisboa: AAFDL, 2016.

⁴⁴¹ Para um aprofundamento do tema: caso Frontini; caso Granital, acórdão de 5 de junho de 1984.

⁴⁴² DUARTE, Maria Luísa. O Tratado da União Europeia..., p. 675.

⁴⁴³ Acórdão de 12 de novembro de 1969, caso Stauder, 29/69.

⁴⁴⁴ Acórdão de 17 de dezembro de 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, C-11/70.

⁴⁴⁵ Acórdão de 11 de janeiro de 1977, Nold KG/Comissão, 4/73.

⁴⁴⁶ Acórdão de 28 de outubro de 1975, Rutili/Ministre de l'intérieur, C-36/75. Ver também: Acórdão de 13 de dezembro de 1979, Hauer, 44/79; e Acórdão de 15 de maio de 1986, Johnston, 222/84.

⁴⁴⁷ DUARTE, Maria Luísa. União Europeia e Direitos Fundamentais..., p. 104-147.

A adoção de um catalogo expresso de direitos fundamentais, com a força de tratado, só veio a se concretizar com a vigência do Tratado de Lisboa, por este motivo, a atividade judicial foi essencial para assegurar o cumprimento destes direitos durante o longo período de ausência de positivação.

4.1.3 A MANUTENÇÃO DO PRIMADO

Viu-se a construção do primado e a sua consolidação, após a resistência inicial manifestada pelos Estados-membros. Mas ao longo dos anos, novos desafios foram apresentados à União Europeia e, especialmente, ao Tribunal de Justiça.

Um exemplo recente de desafio ao Tribunal de Justiça para a manutenção do primado, se fez com o reenvio prejudicial efetuado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no caso Gauweiler.⁴⁴⁸

O grupo de particulares que deu início à ação no âmbito da justiça alemã alegava, em síntese, que as decisões do Banco Central Europeu relativas às OMT⁴⁴⁹ constituíam, em conjunto, um ato *ultra vires*, isto é, defendia que o BCE agiu além das competências que lhe foram atribuídas (atos “não cobertos pelo mandato do BCE”), adentrando em competências ainda iminentes aos Estados-membros. Ademais, que as decisões violavam o teor do art. 123º TFUE.⁴⁵⁰

O grande desconforto gerado pelo pedido de reenvio tratava-se da ameaça feita pelo tribunal alemão acerca do não reconhecimento do valor interpretativo definitivo e vinculativo da resposta do TJUE. Ou seja, o tribunal de reenvio entendia que estava reservada a si a última palavra a respeito da validade das decisões impugnadas, nos termos

⁴⁴⁸ Acórdão de 16 de junho de 2015, Gauweiler, C-62/14.

⁴⁴⁹ Sigla para *Outright Monetary Transactions*. O programa OMT foi proposto pelo BCE durante a presidência de Mario Draghi. O programa, ademais, nunca chegou a ser ativado, mas o seu mero anúncio surtiu efeito equivalente. (cf. Discurso de Mario Draghi, Presidente do BCE, “ECB Forum on Central Banking”, Sintra, 18 de junho de 2019, disponível em: <<https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2019/html/ecb.sp190618~ec4cd2443b.en.html>>, acesso em: 29/09/2019)

⁴⁵⁰ Artigo 123.º TFUE

1. É proibida a concessão de créditos sob a forma de descobertos ou sob qualquer outra forma pelo Banco Central Europeu ou pelos bancos centrais nacionais dos Estados-Membros, adiante designados por "bancos centrais nacionais", em benefício de instituições, órgãos ou organismos da União, governos centrais, autoridades regionais, locais, ou outras autoridades públicas, outros organismos do setor público ou empresas públicas dos Estados-Membros, bem como a compra direta de títulos de dívida a essas entidades, pelo Banco Central Europeu ou pelos bancos centrais nacionais.

2. As disposições do n.º 1 não se aplicam às instituições de crédito de capitais públicos às quais, no contexto da oferta de reservas pelos bancos centrais, será dado, pelos bancos centrais nacionais e pelo Banco Central Europeu, o mesmo tratamento que às instituições de crédito privadas.

e limites da lei alemã. Tratava-se, portanto, de uma ameaça ao primado e ao monopólio interpretativo do TJUE a respeito do direito da União.

Diferentemente das discussões anteriores travadas entre o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha e o Tribunal de Justiça da União Europeia, o caso não tratava da proteção de direitos fundamentais. A reserva de jurisdição do Estado-membro estava mais relacionada a uma doutrina *ultra vires*, pois estava em pauta os limites da competência do BCE, “*como instituição decisora em matéria de política monetária e garante da estabilidade do euro*”.⁴⁵¹

Maria Luísa Duarte destaca que seria ingênuo acreditar que a discussão travada no processo diria respeito somente a um exercício de hermenêutica jurídica, uma vez que o que estava em causa tratava-se muito mais de uma questão política, relacionada à distribuição de competências entre União e Estados-membros e às opções de políticas monetárias a serem adotadas.⁴⁵²

Quanto ao mérito do reenvio, a apreciação do TJUE se deu no sentido de que o programa OMT estava de acordo com as competências atribuídas ao BCE: “*Tendo em conta todas as considerações precedentes, há que responder às questões prejudiciais submetidas que os artigos 119.º TFUE, 123.º, n.º 1, TFUE e 127.º, n.os 1 e 2, TFUE, bem como os artigos 17.º a 24.º do Protocolo relativo ao SEBC e ao BCE, devem ser interpretados no sentido de que autorizam o SEBC a adotar um programa de compra de obrigações soberanas nos mercados secundários como o anunciado no comunicado de imprensa*”.⁴⁵³

Com respeito à última palavra a respeito das matérias atinentes ao direito da União, o TJUE rebateu a pretensão do Tribunal Constitucional Alemão, ao recordar que compete ao primeiro a fiscalização jurisdicional dos atos do SEBC⁴⁵⁴ e que os acórdãos proferidos à título prejudicial vinculam o juiz nacional.⁴⁵⁵

⁴⁵¹ DUARTE, Maria Luísa. Sobre o caso Gauweiler..., p. 758-759.

⁴⁵² Ibidem, p. 758-759.

⁴⁵³ Acórdão de 16 de junho de 2015, Gauweiler, C-62/14, cons. 127.

⁴⁵⁴ “*Em conformidade com o princípio da atribuição de competências, consagrado no artigo 5.º, n.º 2, TUE, o SEBC deve atuar nos limites das atribuições que lhe são conferidas pelo direito primário e não pode, portanto, adotar e executar validamente um programa suscetível de exorbitar do domínio atribuído à política monetária pelo direito primário. A fim de garantir o respeito deste princípio, os atos do SEBC estão sujeitos, nas condições previstas pelos Tratados, à fiscalização jurisdicional do Tribunal de Justiça (v., neste sentido, acórdão Comissão/BCE, C-11/00, EU:C:2003:395, n.º 135)*”. (cons. 41)

⁴⁵⁵ “*Há também que recordar que resulta de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que um acórdão por si proferido a título prejudicial vincula o juiz nacional, quanto à interpretação ou à validade dos atos das instituições da União em causa, para a resolução do litígio no processo principal (v., designadamente, acórdãos Fazenda Pública, C-446/98, EU:C:2000:691, n.º 49, e Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, n.º 29)*”. (cons. 16)

Com essas duas observações, o Tribunal de Justiça reafirmou a doutrina do primado e ao mesmo tempo, a exclusividade de sua jurisdição.

Neste contexto, da forma como proposto o programa OMT atendia aos Tratados e aos objetivos das atividades a serem desenvolvidas pelo SEBC. Outrossim, a atuação do BCE deveria atender ao princípio da proporcionalidade (cons. 66), que, ademais, eventual desvio caberia ser analisado pelo próprio TJUE.

Em 21 de junho de 2016, o Tribunal Constitucional Alemão atendeu a decisão do TJUE, que havia concluído pela compatibilidade do programa OMT com a legislação da União.

Portanto, em que pese a ameaça inicial apresentada pela decisão de reenvio, o desfecho do caso se fez com a reafirmação do primado e da competência exclusiva do TJUE na apreciação do direito da União.

Mas a doutrina *ultra vires* tem sido, de fato, a maior ameaça ao primado e a jurisdição do Tribunal de Justiça. A exemplo, pode se citar a decisão do Tribunal Constitucional da República Checa, de 31 de janeiro de 2012, que considerou que o Acórdão proferido no caso *Landtová* era *ultra vires*, por entender tratar-se de matéria que excedia o escopo de atribuições do direito da União, e, não obstante, deixou de apreciar a possibilidade de reenvio prejudicial.⁴⁵⁶

4.2 EFEITO DIRETO

O efeito direto é outro princípio estruturante do ordenamento jurídico, de suma importância para a garantia de eficácia da aplicação uniforme do direito da União em todos os Estados-membros.

O Acórdão *Van Gend en Loos*⁴⁵⁷, de 05 de fevereiro de 1963, foi a primeira decisão a desenvolver o princípio do efeito direto. O caso chegou ao TJ pela via do reenvio prejudicial, oriundo de um litígio entre a empresa *Van Gend en Loos* e a Administração Fiscal holandesa.⁴⁵⁸ A questão colocada pelo Tribunal holandês que

⁴⁵⁶ MARTINS, Patrícia Fragoso. In: PAIS, Sofia Oliveira. *Princípios Fundamentais...*, p. 57.

⁴⁵⁷ Acórdão de 05 de fevereiro de 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62.

⁴⁵⁸ O resumo do caso foi feito de forma bastante esclarecedora por Sofia Oliveira Pais: “*Em 1960 os países do Benelux adotaram uma nova classificação dos produtos na sua pauta aduaneira. Tal alteração conduziu a um aumento dos direitos aduaneiros para uma série de mercadorias. A sociedade holandesa Van Gend en Loos, que importava produtos químicos da República Federal da Alemanha, viu ser lhe aplicado um direito aduaneiro de 8% (quando anteriormente tal direito era apenas de 3%). A sociedade recusou-se a aceitar o aumento e recorreu para o tribunal (Tariefcommissie) alegando que a alteração introduzida violava a obrigação de standstill fixada no artigo 12º do Tratado CEE [atual art. 30º TFUE], nos termos*”

visava saber se o artigo 12º do Tratado CEE poderia ser invocado por particulares em litígios judiciais, fazendo-lhes valer direitos individuais.

A primeira questão foi colocada da seguinte forma: “1) O artigo 12º do Tratado CEE tem efeito interno, isto é, os particulares podem, com base neste artigo, fazer valer direitos individuais que o juiz deva tutelar?”

Os governos da Bélgica e dos Países Baixos logo suscitaram a incompetência do Tribunal para responder as questões submetidas, pois alegavam invasão de competência dos tribunais nacionais, que seria exclusiva para discussão de questões constitucionais destes Estados.

Essa primeira objeção foi respondida pelo TJUE sob o argumento de que a interpretação do Tratado era de sua responsabilidade e não dizia respeito às questões constitucionais dos Estados-membros.

Na análise do mérito, o Tribunal reconheceu que os tratados instituíam uma nova ordem jurídica de direito internacional, pela qual os Estados haviam limitado seus direitos soberanos. Nota-se que, portanto, ainda que o TJUE tenha se limitado a interpretar os tratados, deixando de analisar questões constitucionais dos Estados-membros, os efeitos da decisão são certamente de grande relevância constitucional.

As considerações tecidas na decisão, culminaram na conclusão de que o direito comunitário instituíam direitos aos particulares, independentemente da legislação dos Estados-membros.

Para o caso em questão, o artigo 12º do Tratado CEE prescrevia de forma “*clara e incondicional*” a proibição, que deveria ser lida pelos Estados-membros como uma abstenção de ação, que impediria que o governo neerlandês procedesse o aumento de encargos aduaneiros, a ser verificado no âmbito do caso concreto pelo juiz nacional.

Embora a abstenção prevista no tratado tivesse como destinatário o Estado-membro, os direitos decorrentes deste dever de abstenção, com efeitos na esfera jurídica dos particulares, poderiam ser invocados por estes.

Ademais, é relevante a observação feita por Sofia Oliveira Pais, de que o acórdão não fez uma diferenciação entre aplicabilidade direta e efeito direto, partindo de um

da qual os Estados-membros não podem criar novos direitos aduaneiros ou aumentar os existentes. A *Tariefcommissie* suspendeu o processo e colocou ao Tribunal de Justiça, nomeadamente, a seguinte questão: “O artigo 12º do Tratado CEE tem efeito interno, isto é, os particulares podem, com base neste artigo, fazer valer direitos individuais que o juiz deva tutelar?” (PAIS. Sofia Oliveira. Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de fevereiro de 1963 – Processo 26/62 *Van Gend & Loos c. Administração Fiscal neerlandesa*. In: PAIS, Sofia Oliveira. *Princípios Fundamentais...*, p. 15).

conceito amplo de normas “diretamente aplicáveis”. A autora esclarece que a aplicabilidade direta refere-se a “*disposições da União automaticamente incorporadas na ordem jurídica dos Estados-membros, dispensando uma forma especial de recepção, como é o caso dos regulamentos*”. E, de outro lado, que o efeito direto se refere a “*invocação pelos particulares, das normas da União perante os tribunais nacionais ou autoridades nacionais*”.⁴⁵⁹

Ainda que o efeito direto possua uma relação bastante umbilical com o princípio do primado, o TJUE não se manifestou sobre este princípio no Acórdão Van Gend en Loos.⁴⁶⁰ Como já mencionado anteriormente, as questões do primado e da produção de efeitos diretos não eram um problema no âmbito da ordem jurídica holandesa, cuja adoção de uma doutrina monista de direito internacional, permitia, nos termos do art. 66º da Constituição Holandesa, o *self-executing* do referido tratado. A mesma solução, não poderia ser *a priori* extraída do ordenamento jurídico de outros Estados-membros (especialmente Itália e Alemanha).⁴⁶¹ Mas, no âmbito da apreciação dos tratados internacionais, a questão do *self-executing* (e, portanto, da possibilidade da aplicação pelo tribunal nacional independentemente de medidas de execução) sempre foi uma questão de direito constitucional.⁴⁶²

A inovação trazida pelo Acórdão Van Gend en Loos deve-se ao fato de que essa questão deixou ser apreciada pelo Estado (em termos constitucionais) e afirmou-se como reservada ao Tribunal de Justiça, sempre que estiver em causa o direito da União.⁴⁶³

A questão, aparentemente simples, representou uma verdadeira novidade, que, embora retirada de uma interpretação dos tratados institutivos, dependia da sua manifestação pelo Tribunal de Justiça, que já contava com a jurisdição necessária para apreciação do direito da União.

⁴⁵⁹ Ibidem, p. 19. Ademais, para um aprofundamento de tais conceitos: QUADROS, Fausto. Direito da União Europeia..., p. 541-562; Ana Maria Guerra Martins explica que a distinção entre aplicabilidade direta e efeito direto não é de aceite unânime: “*a distinção entre aplicabilidade direta e efeito direto nem é admitida pela maioria da Doutrina. A jurisprudência do TJ utiliza mais frequentemente, a expressão efeito direto do que aplicabilidade direta*”. Mas considera que, em razão da previsão da aplicabilidade direta no art. 288º TFUE, a diferenciação “*faz todo o sentido*”. (MARTINS, Ana Maria Guerra. Manual de Direito da União..., 2018, p. 549)

⁴⁶⁰ PAIS. Sofia Oliveira. Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de fevereiro de 1963 – Processo 26/62 Van Gend & Loos c. Administração Fiscal neerlandesa. In: PAIS, Sofia Oliveira. Princípios Fundamentais..., p. 19.

⁴⁶¹ PIÇARRA, Nuno. Nos 50 Anos do Acórdão Van Gend en Loos..., p. 111. No mesmo sentido: HARTLEY, T. C. European Community Law, 15ª Ed., Oxford University Press, 2003, p. 191-192.

⁴⁶² PAIS. Sofia Oliveira. Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de fevereiro de 1963 – Processo 26/62 Van Gend & Loos c. Administração Fiscal neerlandesa. In: PAIS, Sofia Oliveira. Princípios Fundamentais..., p. 20.

⁴⁶³ Idem.

Com o desenvolvimento de tal princípio, tornava-se irrelevante a verificação da adoção de um regime monista ou dualista. A discussão deixava de residir no caráter superior da norma internacional (sistema piramidal) para adentrar na esfera da distribuição de competências atribuídas.

Para que a aplicação do direito da UE se fizesse de maneira uniforme, também foi necessário conceder aos tribunais nacionais, em todas as instâncias, a competência para recorrer a aplicação de normas nacionais incompatíveis com o direito da União.

4.2.1 A AMPLIAÇÃO DO ESCOPO DO EFEITO DIRETO PELO TRIBUNAL

Hartley ressalta que o histórico da jurisprudência acerca do efeito direto é um exemplo bastante evidente de como a Corte adotou uma estratégia de introdução progressiva do princípio. De início, dando a entender que sua aplicação seria pontual e excepcional, i.e., estaria sujeita a um teste rigoroso e, uma vez aceito tal princípio como válido, avançou na sua aplicação em outros casos, até torna-lo regra (e não mais exceção).⁴⁶⁴

Como já constatado, a decisão proferida no caso Van Gend en Loos versava sobre uma disposição clara e incondicional do Tratado CEE.

Os acórdãos posteriores do TJ, paulatinamente ampliaram o escopo do efeito direto, de modo a incluir os regulamentos, diretivas, decisões e acordos internacionais, como se verá adiante.

Embora o Tratado CEE já contasse com a menção de que os regulamentos⁴⁶⁵ deveriam ser diretamente aplicados⁴⁶⁶ em todos os Estados-membros (art. 189º TCEE,

⁴⁶⁴ HARTLEY, T. C. *European Community Law...*, p. 202.

⁴⁶⁵ Ana Maria Guerra Martins esclarece que mesmo aos regulamentos, é necessário verificar se há necessidade de adoção de medidas de execução pelos Estados-membros, caso não adotadas, caberá a aplicação do efeito direto: “à primeira vista, o regulamento em razão da sua natureza e da aplicabilidade direta que o artigo 288º lhe confere, é invocável de plano pelos particulares perante os tribunais nacionais, pois é, para eles, fonte de direitos e obrigações. Mas um escrutínio mais atento revela que, apesar de o regulamento impor obrigações aos Estados e aos particulares, nem todas e cada das suas disposições podem ser invocadas pelos tribunais nacionais. Tudo depende de saber se o regulamento necessita, ou não, de medidas de execução por parte dos Estados-membros. Nesses casos, tendo em conta a discricionariedade de que normalmente gozam os Estados neste domínio, pode fazer sentido a invocação dos direitos consagrados no regulamento por parte dos particulares se as medidas de execução não forem adotadas. O efeito direto não se pode aferir em abstrato, antes dependendo da interpretação das disposições do regulamento. Se elas satisfizerem os critérios atrás enunciados, então as normas dos regulamentos dispõem de efeito direto vertical em relação às autoridades nacionais e de efeito direto horizontal em relação aos particulares”. MARTINS, Ana Maria Guerra. *Manual de Direito da União...*, 2018, p. 554.

⁴⁶⁶ Fausto de Quadros, partindo do atual estágio de desenvolvimento do direito da União, ensina que, “quanto aos atos da União que gozam de aplicabilidade direta não se suscitam, em princípio, problemas

atual 288º, §2º TFUE), a questão foi levada ao TJUE, no âmbito do caso Politi.⁴⁶⁷ Neste caso, o TJUE manifestou que “*devido a sua natureza e função no sistema das fontes de direito comunitário, regulamentos possuem efeito direto e, como tal, capaz de criar direitos individuais que os tribunais nacionais devem proteger*”.

Fausto de Quadros ressalta que, em que pese a teoria do efeito direto tenha surgido com respeito à disposição dos tratados, sua evolução e aprofundamento se fez com relação às diretivas. Sobretudo, porque os Estados, em muitas ocasiões, deixaram de transpor as diretivas no prazo estabelecido, ou o fizeram de modo insuficiente.⁴⁶⁸

É relevante esclarecer que as diretivas são em sua essência incompletas, pois dependem de medidas de transposição para o direito interno, a serem adotadas pelos Estados-membros em um prazo determinado.⁴⁶⁹

O caso Van Duyn, de igual forma chegou ao TJ à título prejudicial, oriundo de Tribunal Inglês, para interpretação do artigo 48º do Tratado CEE e do artigo 3º da Diretiva 64/221 do Conselho, de 25 de fevereiro de 1964.

O Reino Unido havia impedido o ingresso de uma cidadã holandesa, sob a justificativa desta integrar a “*igreja de cientologia*”, cujas atividades eram consideradas um perigo social para este Estado-membro.

A primeira questão suscitada versava sobre a aplicabilidade direta do art. 48º do Tratado, no sentido de conferir direitos aos particulares a serem invocadas perante juízo em um Estado-membro. A resposta, sem qualquer inovação, foi positiva, por considerar que a disposição era precisa e não dependia de qualquer ato posterior e que, desta forma, conferia aos particulares direitos passíveis de invocação perante a jurisdição estadual.

A novidade se deu com relação a atribuição de efeitos diretos à diretiva 64/221/CEE. O Reino Unido se manifestou de maneira contrária, alegando que ao adotar uma diretiva (e não um regulamento) o Conselho optou pela ausência de efeitos diretos.

Porém, o Tribunal de Justiça, argumentou que “*o efeito útil de tais atos ver-se-ia diminuído se os particulares fossem impedidos de invocar perante os órgãos*

quanto à possibilidade da invocação imediata, perante as instâncias nacionais, de aplicação do Direito, dos direitos que eles conferem”. Com relação ao efeito direto, o problema de coloca “*quanto aos atos sem aplicabilidade direta, ou seja, quanto aos atos que não são de subordinação, mas de mera cooperação, isto é, que formalmente apresentam natureza interestadual. São eles: as disposições dos Tratados, as diretivas, as decisões que tem como destinatários Estados, e os acordos internacionais que obrigam a União. Foi quanto a eles que o TJ, muito cedo, começou a elaborar a teoria do efeito direto*”. (QUADROS, Fausto. Direito da União Europeia..., p. 544)

⁴⁶⁷ Acórdão de 14 de dezembro de 1971, Politi, 43/71.

⁴⁶⁸ QUADROS, Fausto. Direito da União Europeia..., p. 549-550.

⁴⁶⁹ MARTINS, Ana Maria Guerra. Manual de Direito da União..., 2018, p. 554.

jurisdicionais nacionais e se estes não pudessem tê-los em consideração como elementos de direito comunitário”, mas que a análise da produção de efeitos diretos das diretivas deveria ser analisada caso a caso.

Como naquele caso, as obrigações não estavam sujeitas à restrições ou condições, nem dependiam de atos posteriores, de modo que concluiu que a referida diretiva conferia aos particulares os referidos efeitos diretos, que poderiam ser invocadas em processos judiciais por particulares.

O caso Ratti⁴⁷⁰, contribuiu para o tema, ao estabelecer que o Estado-membro estava impedido de arguir em face dos particulares a negativa do direito em razão da própria omissão em não adotar medidas de transposição. O que decorre do fato de que as diretivas são de adoção obrigatória pelos Estados.⁴⁷¹

Com relação às decisões, no âmbito do caso Hansa Fleisch⁴⁷², o TJUE reconheceu a viabilidade do efeito direto vertical, quando a decisão designa um país como destinatário.

Com relação aos acordos internacionais, no âmbito do caso Demirel⁴⁷³, o TJUE reconheceu o efeito direto à determinados acordos, mas recusou naquele caso em concreto. O Tribunal pronunciou que a disposição de acordos concluídos pela comunidade com terceiros países deve ser considerada como sendo *“de aplicabilidade direta se, tendo em conta os seus termos assim como o objeto e a natureza do acordo, ela comporta uma obrigação clara, precisa, que não está subordinada na sua execução e nos seus efeitos, à intervenção de nenhum ato posterior”*.

4.2.2 REQUISITOS DO EFEITO DIRETO

Com a evolução do direito da União, também pode ser vista de forma mais clara a distinção entre o efeito direto e a aplicabilidade direta. Conforme definição de Ana Maria Guerra Martins, a aplicabilidade direta: *“é a suscetibilidade de aplicação de um ato ou norma na União, sem a necessidade de transposição por parte do Estado”*. Já o efeito direto, *“é a suscetibilidade de invocação de uma norma da União, por parte daquele a quem essa norma confere direitos ou obrigações, num tribunal nacional ou*

⁴⁷⁰ Acórdão de 05 de abril de 1979, Ratti, 148/78.

⁴⁷¹ QUADROS, Fausto. Direito da União Europeia..., p. 550.

⁴⁷² Acórdão de 10 de novembro de 1992, Hansa Fleisch, C-156/91.

⁴⁷³ Acórdão de 30 de setembro de 1987, Demirel, 12/86. Ver, em sentido similar: Acórdão de 12 de abril de 2005, Simutenkov, C-265/03

perante qualquer autoridade pública, quer tenha sido implementada, quer não, por parte do Estado-membro em causa”.⁴⁷⁴

A concessão de efeito direto às diretivas depende da existência de um quadro patológico, caracterizado pela falta de transposição (ou transposição incorreta) da diretiva no prazo fixado.⁴⁷⁵ Todavia, com relação ao efeito bloqueador do primado, o Estado estará impedido de tomar medidas contrárias ao teor da diretiva antes mesmo do seu prazo de transposição, conforme definido no caso *Mangold*.⁴⁷⁶

Para a atribuição de efeito direto, é necessário o atendimento de condições estabelecidas pelo Tribunal de Justiça: a norma deve (i.) ser suficientemente clara e precisa; (ii.) apresentar caráter incondicional; e (iii.) estar apta a produzir efeitos, sem a dependência de qualquer disposição ou ação posterior que a complete, seja nacional ou da União.⁴⁷⁷

Porém, tais regras têm sido flexibilizadas pelo Tribunal, assegurando a possibilidade de que, na falta de clareza e precisão, tanto o tribunal nacional ou da União clarifique o comando da norma através da sua interpretação.⁴⁷⁸

Sobre o tema, Ana Maria Guerra Martins também ensina que, de início, o Tribunal exigiu a verificação de clareza e precisão da norma, sob uma concepção relacionada à ausência de necessidade de medidas nacionais ou comunitárias complementares para a produção de efeitos diretos. Contudo, julgados posteriores alteraram tais critérios, “*abandonando a exigência da ausência da necessidade de medidas nacionais*”, se inexistente margem de apreciação ao Estado.⁴⁷⁹

Portanto, em casos de maior complexidade, a produção de efeitos diretos dependerá da interpretação a ser dada ao caso concreto.

Outrossim, é importante ressaltar que o Estado não poderá invocar o efeito direto de uma diretiva não transposta em face do particular, conforme entendimento já adotado

⁴⁷⁴ MARTINS, Ana Maria Guerra. Manual de Direito da União..., 2018, p. 550.

⁴⁷⁵ QUADROS, Fausto. Direito da União Europeia..., p. 550.

⁴⁷⁶ Acórdão de 22 de novembro de 2005, *Mangold*, C-144/04, cons. 71 e 72: O referido acórdão ainda determinou que o Estado está obrigado a adotar imediatamente medidas concretas para alcançar de forma progressiva o resultado almejado pela diretiva, antes mesmo da expiração do prazo de transposição.

⁴⁷⁷ QUADROS, Fausto. Direito da União Europeia..., p. 547; Também: HARTLEY, T. C. *European Community Law*..., p. 198.

⁴⁷⁸ QUADROS, Fausto. Direito da União Europeia..., p. 547. Em referência aos Acórdãos: de 14 de abril de 1968, *Fink-Frucht*, 27/67; e de 17 de maio de 1990, *Barber*, C-262/88.

⁴⁷⁹ MARTINS, Ana Maria Guerra. Manual de Direito da União..., 2018, p. 552. Em referência aos Acórdãos: de 16 de junho de 1966, *Lütticke*, 57/65; de 19 de dezembro de 1968, *Salgoil*, 13/68; de 21 de junho de 1974, *Reyners*, 2/74.

pelo TJ no âmbito do caso Pretore di Salò⁴⁸⁰, que estabeleceu a proibição ao efeito direto inverso.⁴⁸¹

4.2.3 EFEITO DIRETO HORIZONTAL E VERTICAL

O efeito direto ainda compreende duas formas de aplicação, o efeito direto vertical e o efeito direto horizontal.

Por efeito direto vertical, deve-se entender a produção de efeitos do direito da União ao particular com relação ao Estado. Isto é, parte da ideia de que a norma da União impõe obrigações ao Estado, que está obrigado a respeitar os direitos conferidos aos particulares, com isso, assegura-se aos particulares invocarem o efeito direto em ações judiciais em desfavor do Estado.⁴⁸²

Por efeito direto horizontal, deve-se entender a produção de efeitos do direito da União aos particulares entre si. Isto é, parte da ideia de que a norma da União em causa impõe obrigações também aos particulares, com isso, assegura-se a invocação do efeito direto também em disputas judiciais que envolvam exclusivamente partes privadas.⁴⁸³

A dificuldade encontra-se em saber quando é caso de aplicação do efeito direto horizontal.

O TJ já reconheceu, em diversas hipóteses, o efeito direto horizontal aos Tratados.⁴⁸⁴ Porém, ficam impedidas de produzir efeito direto horizontal as disposições dos Tratados que somente imponham obrigações aos Estados.⁴⁸⁵

A exemplo do caso Defrenne⁴⁸⁶, o Tribunal de Justiça reconheceu o efeito direto horizontal ao art. 119, TCEE, do que diz respeito ao princípio à igualdade de remuneração entre homens e mulheres, mas modulou os efeitos de seu entendimento, para que aplicasse aos casos em que as ações já tivessem sido distribuídas antes da data do julgamento. Para T. C. Hartley, este é um exemplo de conciliação do Tribunal com os interesses dos Estados-membros.⁴⁸⁷

⁴⁸⁰ Acórdão de 11 de junho de 1987, Pretore di Salò, 14/86.

⁴⁸¹ QUADROS, Fausto. Direito da União Europeia..., p. 551.

⁴⁸² QUADROS, Fausto. Direito da União Europeia..., p. 553.

⁴⁸³ QUADROS, Fausto. Direito da União Europeia..., p. 553.

⁴⁸⁴ QUADROS, Fausto. Direito da União Europeia..., p. 554. Em referência aos Acórdãos: de 30 de janeiro de 1974, BRT/Sabam, 127/73; de 12 de dezembro de 1974, Walrave, 36/75; de 22 de janeiro de 1981, Dansk Supermarked, 58/80; de 08 de abril de 1976, Dafrenne, 43/75.

⁴⁸⁵ QUADROS, Fausto. Direito da União Europeia..., p. 554.

⁴⁸⁶ Acórdão de 08 de abril de 1976, Defrenne, 43/75.

⁴⁸⁷ HARTLEY, T. C. The Foundations of European Union Law..., p. 76.

Dentre os inúmeros exemplos de normas previstas nos tratados que possuem efeito direto horizontal, Koen Lenartes destaca as normas relativas às regras de livre-circulação de trabalhadores, previstas no artigo 18 TFUE, que versa sobre não-discriminação em razão da nacionalidade, artigo 45 TFUE⁴⁸⁸, que versa sobre a liberdade de circulação de trabalhadores e o artigo 157 TFUE, que versa sobre o princípio da igualdade de remuneração entre homens e mulheres pelo mesmo trabalhos ou de igual valor. Nestes casos, essa legislação social da União Europeia impõe obrigações às partes em suas relações privadas, e cujos comandos prevalecerão em caso de conflitos com a legislações nacionais contrárias.⁴⁸⁹

A questão é mais complexa no que diz respeito às diretivas. O entendimento consolidado do TJUE é de que as diretivas somente produzem efeito direto vertical, sendo-lhes vedada a produção de efeito direto horizontal, ainda que as provisões sejam claras e precisas.⁴⁹⁰

Conforme exposto no caso Marshall⁴⁹¹, como as diretivas somente possuem os Estados como destinatários, a princípio só é passível de produzir efeito direto vertical.

No acórdão proferido no caso Maribel Dominguez⁴⁹², o TJUE deixou a cargo do órgão jurisdicional nacional a verificação da natureza jurídica do recorrido (CICOA), caso verificada a natureza privada, a diretiva estaria impedida da produção de efeitos diretos, que, por sua vez, seria possível se verificada a atuação como um organismo de Estado e, portanto, confirmando que quanto as diretivas só é possível a atribuição de efeito direto vertical.

Dentre outros casos, que se somam ao Marshall, de recusa ao efeito direto horizontal: o acórdão proferido no caso Pfeiffer⁴⁹³, em que se discutia a transposição incorreta de diretiva; e, também, o acórdão proferido no caso AMS.⁴⁹⁴

⁴⁸⁸ Quanto a este artigo: Acórdão de 06 de junho de 2000, Angeose, C-281/98.

⁴⁸⁹ LENAERTS, Koen. The European Court of Justice and the Horizontal Application of the Principle of Non-discrimination, In: Estudos em Homenagem ao Conselheiro Rui Moura Ramos, Vol. I, Coimbra: Almedina, p. 1105-11020, 2016, p. 1106

⁴⁹⁰ Ibidem, p. 1107.

⁴⁹¹ Acórdão de 02 de agosto de 1993, Marshall, C-271/91.

⁴⁹² Acórdão de 24 de janeiro de 2012, Maribel Dominguez, C-282/10.

⁴⁹³ Acórdão de 05 de outubro de 2004, Pfeiffer, C-379/01 a C-403/01.

⁴⁹⁴ Acórdão de 15 de janeiro de 2014, AMS, C-176/12, cons. 36 e 37: *“No entanto, cabe lembrar que, segundo jurisprudência constante, mesmo uma disposição clara, precisa e incondicional de uma diretiva que tem por objeto conferir direitos ou impor obrigações aos particulares não pode ter aplicação, enquanto tal, no âmbito de um litígio exclusivamente entre particulares (v. acórdão Pfeiffer e o., já referido, n.º 109, e acórdão de 19 de janeiro de 2010, Küçükdeveci, C-555/07, Colet., p. I-365, n.º 46).*

A este respeito, já se constatou no n.º 13 do presente acórdão que a AMS é uma associação de direito privado, apesar de ter vocação social. Donde resulta que, devido à natureza jurídica da AMS, os recorridos

Note-se que, no âmbito do caso AMS⁴⁹⁵, o Tribunal de Justiça também negou efeito direto horizontal ao art. 27 da Carta de Direitos Fundamentais.⁴⁹⁶

Ana Maria Guerra Martins menciona que a negativa de efeito direto horizontal às diretivas se deu em razão de questões políticas, relacionadas as dificuldades que seriam enfrentadas nos tribunais dos Estados-membros, no caso de uma eventual aceitação. Em alguns casos, tal posição restou insustentável, algumas outras medidas foram tomadas para abrandar a falta de efeito direto horizontal, como a adoção de um conceito mais amplo de Estado.⁴⁹⁷

Já Fausto de Quadros defende⁴⁹⁸ o acerto da fórmula propugnada no âmbito do caso Faccini Dori, cujo posicionamento do TJ se fez da seguinte forma: “*alargar esta jurisprudência (sobre o efeito direto vertical) ao domínio das relações entre particulares equivaleria reconhecer a Comunidade o poder de criar, com efeito imediato, obrigações para os particulares, quando é certo que ela só tem competência nas áreas em que lhe é atribuído o poder de adotar regulamentos*”.⁴⁹⁹ Uma eventual atribuição de efeito direto horizontal as diretivas esgotaria a diferenciação entre diretivas e regulamentos e acarretaria desvios na repartição de atribuições executada pelos tratados.⁵⁰⁰

Com isso, se conclui-se que, conforme a jurisprudência do TJUE, não é possível atribuir efeito direto horizontal às diretivas, o que impossibilita a sua suscitação em litígios envolvendo apenas particulares.

Ainda assim, conforme se extrai da jurisprudência criada no caso Francovich⁵⁰¹, o particular lesado pela inconformidade do direito nacional com o direito da União poderá pleitear a indenização pelos danos sofridos⁵⁰², o que poderá decorrer da ausência de

no processo principal não podem opor a esta associação as disposições da Diretiva 2002/14, enquanto tais (v., neste sentido, acórdão de 24 de janeiro de 2012, Dominguez, C-282/10, n.º 42)”.

⁴⁹⁵ Acórdão de 15 de janeiro de 2014, AMS, C-176/12, cons. 51: “*Resulta do conjunto das precedentes considerações que o artigo 27.º da Carta, isoladamente ou em conjugação com as disposições da Diretiva 2002/14, deve ser interpretado no sentido de que, quando se conclua que uma disposição nacional de transposição dessa diretiva, como o artigo L. 1111-3 do Código do Trabalho, é incompatível com o direito da União, esse artigo da Carta não pode ser invocado num litígio entre particulares a fim de não ser aplicada essa disposição nacional*”.

⁴⁹⁶ PAIS, Sofia Oliveira. Eficácia Horizontal da Carta dos Direitos Fundamentais da União: O caminho se faz caminhando, In: Liber Amicorum Fausto de Quadros, Vol. II, p. 795-812, 2016.

⁴⁹⁷ MARTINS, Ana Maria Guerra. Manual de Direito da União..., 2018, p. 556-557. Em referência aos Acórdãos: de 22 de junho de 1989, Fratelli Costanzo, 103/88; e de 12 de julho de 1990, Foster, C-188/89.

⁴⁹⁸ QUADROS, Fausto. Direito da União Europeia..., p. 558-559.

⁴⁹⁹ Acórdão de 14 de julho de 1994, Faccini Dori. C-91/92.

⁵⁰⁰ QUADROS, Fausto. Direito da União Europeia..., p. 559.

⁵⁰¹ Acórdão de 19 de novembro de 1991, Francovich, C-6/90 e C-9/90.

⁵⁰² Sofia Oliveira Pais comenta que, na prática, a responsabilidade da União não é uma fácil alternativa: “*Quanto a esta última solução, e independentemente da questão de saber se a responsabilidade do Estado é uma alternativa ao princípios do efeito direto e da interpretação conforme ou se é apenas uma solução subsidiária, é preciso sublinhar que não será fácil a sua invocação pelos particulares perante os tribunais*

transposição de uma diretiva. Contudo, para que a indenização seja possível, a diretiva em causa deve atribuir direitos aos particulares, cujos direitos devem ser identificados com base na própria diretiva e, por fim, deve existir um nexo de causalidade entre a violação e o dano sofrido.⁵⁰³

Ademais, ainda que não seja possível atribuir efeito direto horizontal às diretivas, o acórdão proferido no caso Mangold⁵⁰⁴, já mencionado, manifestou a posição do TJ pela aplicação de tal efeito aos princípios gerais de direito da União Europeia. No caso, estava em discussão uma diretiva (1999/70/CE do Conselho), que versava sobre matéria atinente ao princípio da não-discriminação em razão da idade.⁵⁰⁵

A jurisprudência Mangold foi reafirmada⁵⁰⁶ no acórdão proferido no caso Küçükdeveci⁵⁰⁷, em que se discutia a ausência de transposição de uma diretiva. Tendo o TJUE pronunciado que: *“num litígio entre particulares, cabe ao órgão jurisdicional nacional garantir a observância do princípio da não discriminação em razão da idade”*.

Quanto a questão atinente aos princípios gerais, Koen Lenarts ao tratar do tema recorda que estes princípios são de criação jurisprudencial e que atendem ao *status* de direito primário (*“eles possuem ‘status constitucional’”*).⁵⁰⁸

Portanto, é possível diferenciar os casos Mangold e Küçükdeveci do caso AMS. No caso do último, o TJUE não concedeu o efeito direto horizontal por entender que a previsão do art. 27 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia necessita de implementação de medidas legislativas tanto ao nível da União como ao nível nacional.⁵⁰⁹

No que diz respeito às decisões, o efeito direto horizontal tem sido aceito para os casos em que a decisão se dirige aos particulares e às empresas, sendo requisito para sua

nacionais. De fato, a prova dos requisitos dessa responsabilidade é bastante onerosa, pelo que o interesse desta solução poderá acabar, na prática, por se revelar bastante limitado”. (PAIS, Sofia Oliveira. Eficácia Horizontal da Carta..., p. 32)

⁵⁰³ Cf. Acórdão de 14 de julho de 1994, Faccini Dori, C-91/92, cons. 27.

⁵⁰⁴ Acórdão de 22 de novembro de 2005, Mangold, C-144/04: O referido acórdão ainda determinou que o Estado está obrigado a adotar imediatamente medidas concretas para alcançar de forma progressiva o resultado almejado pela diretiva, antes mesmo da expiração do prazo de transposição.

⁵⁰⁵ Assim, formulou o tribunal que cabe ao órgão jurisdicional nacional *“ao qual foi submetido um litígio que põe em causa o princípio da não discriminação em razão da idade, garantir, no quadro das suas competências, a proteção jurídica que para os particulares decorre do direito comunitário e garantir o pleno efeito deste, não aplicando todas as disposições de lei nacional eventualmente contrárias”*. Mencionou os precedentes Simmenthal e Solred. (Cons. 77).

⁵⁰⁶ Ver também: Acórdão de 23 de setembro de 2008, Birgit Bartsch, C-427/06.

⁵⁰⁷ Acórdão de 11 de janeiro de 2010, Küçükdeveci, C-555/07.

⁵⁰⁸ LENAERTS, Koen. The European Court of Justice and the Horizontal Application..., p. 1108, tradução nossa.

⁵⁰⁹ Ibidem, p. 1120.

concessão, da mesma forma, o atendimento de todas as condições enumeradas anteriormente.⁵¹⁰

4.2.4 INTERPRETAÇÃO CONFORME

A obrigação de interpretação conforme é aplicável com relação a todo o direito da União Europeia, seja ele originário ou derivado. Contudo, seu desenvolvimento foi certamente influenciado pelos casos nos quais havia impossibilidade de se conceber a produção de efeitos diretos às diretivas. Ana Soares Pinto afirma que “*o princípio da interpretação conforme era apresentado como uma solução para a ausência de efeito direto*”.⁵¹¹

A jurisprudência do TJUE determina que, no exercício de interpretação conforme, os tribunais devem tomar em conta todo o direito interno e utilizar todos os métodos de interpretação por ele conhecidos quanto necessários para garantir o resultado pretendido pela diretiva.⁵¹²

Ademais, conforme disposto no acórdão Pfeiffer, essa obrigação de interpretação conforme é exigida também nas causas que envolvam exclusivamente particulares.⁵¹³

A aplicação da interpretação conforme privilegia o princípio da subsidiariedade, uma vez que permite a manutenção da norma de direito nacional, dando-lhe uma interpretação compatível ao direito da União. Então, mesmo nos casos em que o efeito direto seja cabível, conforme interpretação recente do TJ⁵¹⁴, prevalece a possibilidade de interpretação conforme da norma nacional com o direito da União, em detrimento da sua desaplicação.⁵¹⁵

⁵¹⁰ MARTINS, Ana Maria Guerra. Manual de Direito da União..., 2018, p. 559.

⁵¹¹ PINTO, Ana Soares. A Obrigação de Interpretação Conforme em Direito da União Europeia, In: Liber Amicorum Fausto de Quadros, Vol. I, Coimbra: Almedina, p. 147-170, 2016, p. 148.

⁵¹² Cf. Acórdão 05 de outubro de 2004, de Pfeiffer, C-397/01 e 403/01, cons. 115-119; e Acórdão de 04 de julho de 2006, Adeneler, C-212/04, cons. 111.

⁵¹³ Cons. 119.

⁵¹⁴ Acórdão de 24 de janeiro de 2012, Maribel Dominguez, C-282/10, cons. 23: “*Importa começar por assinalar que a questão de saber se uma disposição nacional, na medida em que seja contrária ao direito da União, deve deixar de ser aplicada só se coloca se uma interpretação conforme desta disposição não for possível*”; Ver também, em sentido similar: Acórdão de 10 de outubro de 2013, Spedition Welter, C-306/12; e Acórdão de 25 de junho de 2015, Indėlių ir investicijų draudimas en Nemaniūnas, C-671/13.

⁵¹⁵ PINTO, Ana Soares. A Obrigação de Interpretação Conforme..., p. 151.

Como manifestado no acórdão do caso Von Colson⁵¹⁶, a interpretação conforme decorre da obrigação de resultado prevista pela diretiva e do princípio da cooperação leal.⁵¹⁷

A exemplo do caso Marleasing⁵¹⁸, que envolvia exclusivamente partes privadas, a pedido do juiz nacional pretendia-se com o reenvio prejudicial a interpretação do art. 11 da Diretiva 68/151/CEE do Conselho.

Considerou-se ao longo do caso que, como o prazo para a transposição da diretiva ainda não havia transcorrido, não era possível atribuir-lhe efeito direto, quanto menos em seu viés horizontal. Para tanto, o TJUE recordou a jurisprudência Marshall para negar a possibilidade de que a diretiva fosse invocada pelo particular em litígio entre partes privadas, para a produção de efeitos diretos.

Doutro lado, embora impossível a produção de efeitos diretos, o Tribunal recordou os requisitos desenvolvidos no âmbito do caso Von Colson, em especial a obrigação do Estados de tomar todas as medidas necessárias a assegurar a execução das diretivas e, que, em virtude da cooperação leal, deve interpretar o direito nacional, na medida do possível, “à luz do texto e da finalidade da diretiva, para atingir o resultado por ela prosseguido”.⁵¹⁹

Cabe aos tribunais dos Estados-membros exercerem de ofício a interpretação conforme do direito da União, i.e., não há necessidade de que a questão seja suscitada por qualquer das partes envolvidas no litígio.

Ademais, a interpretação conforme deve ser realizada antes mesmo de encerrado o prazo de transposição das diretivas. Nestes casos, o TJUE estabeleceu que há um dever de abstenção de interpretação incompatível com o conteúdo da diretiva. Antes de findo o prazo para transposição, há, então, uma obrigação negativa (de abstenção); após o prazo há uma obrigação positiva de interpretar a legislação conforme a finalidade da diretiva.⁵²⁰

Mas em nenhum dos casos, a utilização do método de interpretação conforme deverá dar azo à uma interpretação *contra legem* do direito nacional⁵²¹, neste sentido, p. ex., o acórdão proferido no caso Impact, no qual ficou consignado que a obrigação, a qual é submetida o juiz nacional, de tomar o conteúdo de uma diretiva como referência para à

⁵¹⁶ Acórdão de 10 de abril de 1984, Von Colson, 14/83, cons. 26.

⁵¹⁷ PINTO, Ana Soares. A Obrigação de Interpretação Conforme..., p. 152.

⁵¹⁸ Acórdão de 13 de novembro de 1990, Marleasing, C-106/89.

⁵¹⁹ Acórdão de 13 de novembro de 1990, Marleasing, C-106/89, cons. 8.

⁵²⁰ PINTO, Ana Soares. A Obrigação de Interpretação Conforme..., p. 161-162.

⁵²¹ Ibidem, p. 163.

realização da interpretação conforme “*é limitada pelos princípios gerais de direito, designadamente os da segurança jurídica e da não retroatividade, e não pode servir de fundamento a uma interpretação contra legem do direito nacional*”.⁵²²

Como manifestado no Acórdão Pfeiffer, a interpretação conforme é “*inerente ao sistema do Tratado na medida em que permite aos órgãos de aplicação do direito assegurar, no âmbito das suas competências, a plena eficácia do direito da União*”.⁵²³

⁵²² Acórdão de 15 de abril de 2008, Impact, C-268/06, cons. 100. Ver também, no mesmo sentido: Acórdão de 16 de junho de 2005, Pupino, C-105/03, cons. 44 e 47; e Acórdão de 05 de setembro de 2012, Lopes da Silva Jorge, C-42/11, cons. 55.

⁵²³ Acórdão 05 de outubro de 2004, de Pfeiffer, C-397/01 e 403/01, cons. 54.

5. JURISDIÇÃO EXCLUSIVA: PARECERES DO TJUE DEMONSTRAM CAUTELA EXCESSIVA?

Como se verá adiante, em diversas oportunidades o TJUE foi chamado a se pronunciar, no âmbito da previsão do art. 218, nº 11, TFUE⁵²⁴, por meio de parecer sobre a compatibilidade de projeto de acordo internacional a ser firmado pela União, em relação aos Tratados.

Os pareceres adiante mencionados visaram a apreciação de situações em que se colocava em causa a exclusividade da jurisdição do TJUE e a proteção da autonomia da ordem jurídica da União.

Além dos pareceres, a título de menção, a preocupação de com a exclusividade de jurisdição também se mostrou bastante evidente no caso Comissão/Irlanda⁵²⁵, que condenou a Irlanda por incumprimento, em decorrência de ter submetido um litígio contra o Reino Unido ao sistema arbitral estabelecido na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, em prejuízo da apreciação do TJ, sob o qual recaía a competência exclusiva.

5.1 PARECER nº 2/13 – ADESÃO À CEDH

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem há tempos figura dentre as fontes de direito da União Europeia, a partir de uma construção jurisprudencial para a proteção de direitos fundamentais.⁵²⁶ Sua aplicação foi reconhecida a sua aplicação no âmbito do caso Rutili.⁵²⁷ Embora, com a força adquirida pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia com a aprovação do Tratado de Lisboa, grande parte dos direitos constantes na CEDH encontram seu análogo na Carta.

A posição pala adesão da União Europeia à CEDH sempre encontrou adeptos⁵²⁸. O primeiro projeto de adesão foi submetido ao Tribunal de Justiça em 1994, o que deu origem ao parecer nº 2/94. A recusa à adesão se fez por um argumento central: a (então)

⁵²⁴ Artigo 218 (...), 11. Qualquer Estado-Membro, o Parlamento Europeu, o Conselho ou a Comissão podem obter o parecer do Tribunal de Justiça sobre a compatibilidade de um projeto de acordo com os Tratados. Em caso de parecer negativo do Tribunal, o acordo projetado não pode entrar em vigor, salvo alteração deste ou revisão dos Tratados.

⁵²⁵ Acórdão de 30 de maio de 2006, Comissão/Irlanda, C-459/03.

⁵²⁶ DUARTE, Maria Luísa. União Europeia e Direitos Fundamentais..., p. 116.

⁵²⁷ Acórdão de 28 de outubro de 1975, Rutili/Ministre de l'intérieur, C-36/75. Ver também: Acórdão de 13 de dezembro de 1979, Hauer, 44/79; e Acórdão de 15 de maio de 1986, Johnston, 222/84.

⁵²⁸ QUADROS, Fausto. Direito da União Europeia..., p. 217.

Comunidade não possuía competência⁵²⁹ para aderir à CEDH, a qual sequer constava nos seus objetivos. Portanto, para que a adesão se fizesse possível, seria necessária a previsão nos Tratados.⁵³⁰

Com a aprovação do Tratado de Lisboa, enfim, o TUE passou a conter, em seu artigo 6º⁵³¹, a previsão da viabilidade de adesão à Convenção. Anexo ao Tratado, fez-se constar um Protocolo (nº 8) e uma declaração a respeito do tema. A Declaração ao nº 2 do art. 6º, anexa ao Tratado, fez menção às condições de uma adesão, i.e., deveriam “*preservar as especificidades do ordenamento jurídico da União*”.⁵³²

Sendo assim, foi no contexto de uma efetiva possibilidade de adesão à CEDH, que o TJUE foi novamente solicitado a apresentar sua opinião, que deu origem ao Parecer nº 2/13, de 18 de dezembro de 2014.

A análise submetida ao TJ pela Comissão versava sobre a compatibilidade do “projeto de acordo” relativo à adesão à CEDH, que se fez acompanhada dos documentos a serem subscritos pela UE em caso de adesão.

Do ponto de vista da Comissão, a conformidade do projeto de acordo se fazia evidente, pois, no seu entender, estaria respeitada a autonomia da ordem jurídica da União.

⁵²⁹ Cf. Conclusões do Parecer nº 2/94, de 28 de março de 1996, o TJ: “(...) emite o seguinte parecer: No estado atual do direito comunitário, a Comunidade não tem competência para aderir à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”.

⁵³⁰ FONSECA, Guilherme da; CAMARA, Miguel Bettencourt da. Diálogo Judicial: Efeito da Desterritorialização do Poder do Estado? Crise da Constituição da República Portuguesa? (Outros níveis de protecção dos direitos fundamentais – breves notas), In: Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos, Coimbra: Almedina, p. 671- 690, 2016, p. 673.

⁵³¹ Artigo 6º (ex-artigo 6º TUE)

1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados.

De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados.

Os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da Carta que regem a sua interpretação e aplicação e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições.

2. A União adere à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados.

3. Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.

⁵³² 2. Declaração ad n.º 2 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia:

“A Conferência acorda em que a adesão da União à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais se deverá realizar segundo modalidades que permitam preservar as especificidades do ordenamento jurídico da União. Neste contexto, a Conferência constata a existência de um diálogo regular entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, diálogo esse que poderá ser reforçado quando a União aderir àquela Convenção”.

De início, o parecer do TJ menciona o teor do Protocolo nº 8, anexo ao TUE e ao TFUE⁵³³. Assim como a declaração, o protocolo traz consigo diversas condicionantes à adesão à CEDH. Em primeiro lugar, o acordo de adesão deveria ser feito de modo à preservar as características próprias da União e do direito da União (art. 1º). Na sequência, o artigo 2º estabelece que o acordo deveria preservar as competências e atribuições das instituições da União e não poderia alterar a situação dos Estados-membros perante a CEDH.

Justamente essas condições foram tomadas como parâmetro para análise do TJ e, que, de forma mais expressiva giraram em torno da preservação das competências do próprio tribunal.

Algumas das razões manifestadas na decisão serão aventadas adiante de forma sumariada.

Cita o parecer que, para a garantia da “*preservação das características específicas e da autonomia*” do ordenamento jurídico da União Europeia, os tratados institutivos criaram “*um sistema jurisdicional destinado a assegurar a coerência e a unidade na interpretação do direito da União*”, cujo mecanismo de destaque na preservação desta unidade (e, conseqüentemente, coerência, efeito e autonomia) devia-se à via processual do reenvio prejudicial.

⁵³³ PROTOCOLO (n.º 8) RELATIVO AO N.º 2 DO ARTIGO 6.º DO TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA RESPEITANTE À ADESÃO DA UNIÃO À CONVENÇÃO EUROPEIA PARA A PROTECÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS

“AS ALTAS PARTES CONTRATANTES:

ACORDARAM nas disposições seguintes, que vêm anexas ao Tratado da União Europeia e ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia:

Artigo 1.º O acordo relativo à adesão da União à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (adiante designada “Convenção Europeia”), prevista no n.º 2 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia, deve incluir cláusulas que preservem as características próprias da União e do direito da União, nomeadamente no que se refere:

a) Às regras específicas da eventual participação da União nas instâncias de controlo da Convenção Europeia;

b) Aos mecanismos necessários para assegurar que os recursos interpostos por Estados terceiros e os recursos interpostos por indivíduos sejam dirigidos corretamente contra os Estados-Membros e/ou a União, conforme o caso.

Artigo 2.º O acordo a que se refere o artigo 1.º deve assegurar que a adesão da União não afete as suas competências nem as atribuições das suas instituições. Deve assegurar que nenhuma das suas disposições afete a situação dos Estados-Membros em relação à Convenção Europeia, nomeadamente no que se refere aos seus Protocolos, às medidas tomadas pelos Estados-Membros em derrogação da Convenção Europeia, nos termos do seu artigo 15.º, e às reservas à Convenção Europeia emitidas pelos Estados-Membros, nos termos do seu artigo 57.º.

Artigo 3.º Nenhuma disposição do acordo a que se refere o artigo 1.º afeta o artigo 344.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”.

Uma vez aderindo à CEDH, todas as instituições da União estariam sujeitas à fiscalização, conforme mecanismos previstos na Convenção e, inclusive, às decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Embora o Tribunal já tivesse decidido anteriormente pela viabilidade do aceite de acordo internacional que preveja a criação de jurisdição que vincule as instituições da União, o fez com determinadas reservas. Sendo elas, justamente, a preservação da natureza das competências da União e o respeito a autonomia da ordem jurídica.⁵³⁴

A primeira restrição do TJUE, foi feita a respeito da incompatibilidade do artigo 53º da CEDH com o artigo 53º da Carta, aos quais deveria ser construída uma especificação da forma de coordenação.⁵³⁵

A segunda restrição se fez com relação ao comprometimento do princípio da confiança mútua entre os Estados-membros, pois a adesão à CEDH significaria exigir dos Estados a verificação do respeito à Convenção pelos outros Estados-membros e, em consequência, comprometeria o equilíbrio nas relações e a autonomia do direito da União.⁵³⁶

O Protocolo nº 16 também foi aventado com um dos fatores problemáticos à adesão à CEDH. Isto porque, o referido protocolo autorizaria ao Estados-membros dirigirem ao TEDH pedidos de pareceres consultivos acerca da interpretação da CEDH, algo que se faria de frente ao dever de reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça.

Parece evidente que uma adesão ao Protocolo nº 16 seria lesiva ao mecanismo das decisões prejudiciais previsto no art. 267º TFUE, ocorre que o projeto de acordo analisado pelo TJ não previa a adesão ao Protocolo nº 16.

Ainda assim, concluiu o TJ que *“o Acordo Projetado, nada prevendo quanto à articulação entre o mecanismo instituído pelo Protocolo n.º 16 e o processo de reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º TFUE, é suscetível de lesar a autonomia e a eficácia deste processo”*.

Outrossim, o TJ também manifestou a incompatibilidade com o art. 344º TFUE⁵³⁷, pois o mecanismo previsto do art. 33º da CEDH, o qual assegura à parte Contratante interpelar outra parte Contratante em caso de violação da Convenção, afrontaria a sua

⁵³⁴ Parecer nº 1/91, de 14 de dezembro de 1991, cons. 40.

⁵³⁵ MARTINS, Ana Maria Guerra. Manual de Direito da União..., 2018, p. 295.

⁵³⁶ Idem.

⁵³⁷ Artigo 344.º (ex-artigo 292.o TCE)

Os Estados-Membros comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que neles estão previstos.

competência exclusiva: “o facto de os Estados-Membros ou a União terem a possibilidade de apresentar uma petição no TEDH seria suscetível de, por si só, prejudicar a finalidade do artigo 344.º TFUE e, além disso, seria contrário à própria natureza do direito da União, que exige, (...) que as relações entre os Estados-Membros sejam reguladas por este direito, com exclusão, se este assim o exigir, de qualquer outro direito”.

Ademais, a respeito do mecanismo do “corresponsável”, o TJUE corretamente constatou que uma análise da corresponsabilidade acarretaria na necessidade de apreciação do direito da União Europeia, novamente, uma seara de apreciação exclusiva do TJ.

E, com relação ao processo de apreciação prévia, o TJ também destacou uma incompatibilidade. Muito embora proposto um mecanismo de consulta ao TJUE quando a apreciação do TEDH dependesse da análise do direito da União, só seria possível a sua aceitação em caso de vinculação da interpretação à decisão a ser proferida pelo TEDH.

Contudo, da apreciação do TJUE, no âmbito do parecer nº 2/13, este entendeu que o projeto de acordo não deixava clara a delimitação da questão, i.e., não excluía as dúvidas a respeito de uma eventual interpretação do TEDH a respeito da jurisprudência do TJ e do direito da União. Ou seja, em determinados casos, o TEDH poderia vir a interpretar a jurisprudência da União e deixar de submeter uma apreciação prévia.

Ao final⁵³⁸, o TJUE, portanto, declarou a incompatibilidade do projeto de acordo com o direito da União Europeia.

⁵³⁸ Em um resumo final do parecer, o Tribunal proferiu as seguintes conclusões:

“À luz do conjunto das considerações precedentes, há que declarar que o Acordo Projetado, na medida em que:

- é suscetível de lesar as características específicas e a autonomia do direito da União, uma vez que não garante a coordenação entre o artigo 53.º da CEDH e o artigo 53.º da Carta, não previne o risco de violação do princípio da confiança mútua entre os Estados-Membros no direito da União e não prevê uma articulação entre o mecanismo instituído pelo Protocolo n.º 16 e o processo de reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º TFUE;

- é suscetível de afetar o artigo 344.º TFUE, uma vez que não exclui a possibilidade de os litígios entre os Estados-Membros ou entre estes e a União, relativos à aplicação da CEDH no âmbito de aplicação material do direito da União, serem submetidos ao TEDH;

não prevê modalidades de funcionamento do mecanismo do corresponsável e do processo de apreciação prévia pelo Tribunal de Justiça que permitam preservar as características específicas da União e do seu direito; e não tem em conta as características específicas do direito da União relativo à fiscalização jurisdicional dos atos, ações ou omissões da União em matéria de PESC, uma vez que confia a fiscalização jurisdicional de alguns desses atos, ações ou omissões exclusivamente a um órgão externo à União;

- não é compatível com o artigo 6.º, n.º 2, TUE nem com o Protocolo n.º 8 UE. Consequentemente, o Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno) emite o seguinte parecer:

O Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais não é compatível com o artigo 6.º, n.º 2, TUE nem com o Protocolo

A solução adotada foi decepcionante para um grande número de entusiastas⁵³⁹, que viram a adesão da União Europeia à CEDH ser adiada para um futuro distante.⁵⁴⁰ Deve-se considerar que as opiniões preferidas no parecer não foram integralmente condizentes com as opiniões expressadas pela Advogada-geral, que opinou pela compatibilidade do projeto de acordo.⁵⁴¹ Ademais, no que diz respeito à discussão envolvendo o artigo 344, o problema poderia ser resolvido por meio da ação por incumprimento (adotando a mesma solução dada ao caso Comissão/Irlanda, C-459/03).⁵⁴²

A discussão acerca do parecer do TJ sobre a adesão à CEDH pode ser tratada sobre diversos pontos de vista, colocando como central a discussão a respeito do princípio da autonomia ou o princípio da atribuição. Essas questões estão diretamente relacionadas à exclusividade da jurisdição, que certamente foi determinante na opção adotada pelo Tribunal de Justiça em seu parecer.

Francisco de Abreu Duarte define a distinção entre autonomia interna e externa. A autonomia interna é assunto já pacificado no âmbito do direito da União Europeia, isto é, que a União possui autonomia com relação aos Estados-membros que a compõem. Já a autonomia externa tem como parâmetro o direito internacional. Isto é, versa sobre à ameaça que o direito internacional poderá constituir à autonomia do direito da União Europeia. Em menção à Graig e De Burca, Francisco Duarte afirma que o Tribunal tem

(n.º 8) relativo ao n.º 2 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia respeitante à adesão da União à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”.

⁵³⁹ Fausto de Quadros sumariza os argumentos contrários e favoráveis à adesão. Dentre os argumentos contrários, i. as dificuldades provenientes de uma dupla jurisdição (TJUE e TEDH) e os riscos de decorrentes à uniformidade e autonomia do direito da União; ii. a desnecessidade da adesão, haja vista um sistema de proteção equivalente garantido pela Carta, além da incorporação da CEDH como fonte de direito. Pela defesa da adesão à CEDH, Quadros alega que a adesão seria necessária para a garantia do maior nível de proteção em matéria de direitos fundamentais, resumizando, dentre outros, os seguintes argumentos: i. o recurso de anulação para impugnação dos atos praticados por órgãos da UE tem um rol de legitimados muito escasso, impedindo o acesso amplo ao TJ; ii. as questões prejudiciais devem ser suscitadas pelos tribunais nacionais, dos quais dependem as partes; iii. em um processo perante a CEDH, contra um Estado-membro, em que se discuta o direito da União, não será permitida à União a apresentação de suas razões. O autor ainda complementa os argumentos favoráveis, contrarrazoando as críticas à adesão: i. a dupla jurisdição não será um problema e já é realidade no direito da União Europeia, uma vez que há sujeição destes direitos à processos no âmbito dos tribunais da União e dos tribunais nacionais; ii. a adesão não obrigará à exaustão dos meios internos, quando ausente a legitimidade dos particulares. (QUADROS, Fausto. *Direito da União Europeia...*, p. 219-228).

⁵⁴⁰ SPIELMANN, Dean; DARCY, John. A Presentation of Opinion 2/13 of the Court of Justice of the European Union on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, In: *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Vol. I, Coimbra: Almedina, p. 655-669, 2016, p. 656.

⁵⁴¹ Conclusões da Advogada-geral Juliane Kokott, de 13 de junho de 2014, Processo de emissão de Parecer 2/13.

⁵⁴² SPIELMANN, Dean; DARCY, John. A Presentation of Opinion 2/13..., p. 660.

sido insistente na defesa da sua autonomia externa, para impedir que outros tribunais internacionais venham a apreciar o direito da União.⁵⁴³

Diante deste quadro, pode-se concluir que ao não aderir à CEDH, o Tribunal de Justiça prezou pela manutenção de suas competências, de modo a evitar uma ameaça às suas atribuições.

Ademais, é possível concluir que a proteção aos direitos fundamentais contra atos da União, perante o TEDH, não restou de todo comprometida, pois, conforme mencionado no “Documento de Reflexão do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre Determinados Aspectos da Adesão da União Europeia à Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”, os atos da União dependem, via de regra, de medidas nacionais de transposição ou execução, as quais podem ser colocadas em causa perante o TEDH, o que assegura a fiscalização indireta da ação da União.⁵⁴⁴

5.2 PARACER n° 1/91 E PARECER n° 1/09 – ESPAÇO ECONÔMICO EUROPEU E TRIBUNAL DAS PATENTES EUROPEIAS E COMUNITÁRIAS

No Parecer n° 1/91, de 14 de dezembro de 1991, o Tribunal de Justiça avaliou, a pedido da Comissão, a compatibilidade do sistema de fiscalização jurisdicional proposto pelo acordo que visava a criação do Espaço Econômico Europeu, abrangendo os territórios dos Estados-membros da CEE e da EFTA.

O referido acordo pretendia instituir um tribunal (Tribunal EEE), que possuísse competência para resolução de litígios entre as partes contratantes.

Após uma justificação da divergência da natureza do acordo submetido à parecer com os Tratados institutivos da UE, o TJ avançou para a análise do sistema jurisdicional proposto, quando então suscitou que uma eventual aceitação colocaria em causa a

⁵⁴³ DUARTE, Francisco de Abreu. Crónica de uma morte anunciada: o protocolo n.º 16 à CEDH e o princípio da autonomia da União Europeia, Disponível em: <<https://institutoeuropeu.eu/biblioteca-ie/publicacoes/outras-publicacoes/528-chronica-de-uma-morte-anunciada-o-protocolo-n-16-a-cedh-e-o-principio-da-autonomia-da-uniao-europeia>>, acesso em: 10/07/2019, p. 4.

⁵⁴⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, Documento de Reflexão do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre Determinados Aspectos da Adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 05 de maio de 2010, disponível em <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_pt_2010-05-21_08-58-24_524.pdf>, acesso em: 24/07/2019, p. 2-3.

autonomia da ordem jurídica comunitária, pois as decisões do Tribunal EEE afetariam a interpretação do direito comunitário e, inclusive, feririam a divisão das competências.

E, sobretudo, colocariam em causa a exclusividade da jurisdição do Tribunal de Justiça.⁵⁴⁵

Destino similar teve o Parecer nº 1/09, de 08 de março de 2011, solicitado pelo Conselho da União Europeia, no qual o TJ foi chamado para se manifestar acerca da compatibilidade do acordo que previa um sistema jurisdicional a ser criado no âmbito da Convenção sobre a Patente Europeia. A proposta versava sobre a criação de um tribunal competente para julgar litígios envolvendo patentes europeias e comunitárias.

Em resposta, o TJ também entendeu que este projeto de acordo, que criaria um sistema unificado de resolução de litígios em matéria de patentes não se fazia compatível com o direito da União, pois, ao atribuir competência exclusiva para o conhecimento de inúmeras matérias, ficaria a cargo do Tribunal de Patentes a interpretação e aplicação do direito da União, algo inadmissível se levada em consideração a natureza específica da União e as competências estabelecidas nos Tratados.

Estas duas decisões certamente anteciparam o resultado da decisão proferida no Parecer nº 2/13, acima mencionado.⁵⁴⁶ Ademais, ambas as decisões deram destaque ao respeito pelo mecanismo do reenvio prejudicial⁵⁴⁷, especialmente no que tange à uniformização do direito da União.

5.3 PARECER nº 1/17 - CETA

O recente Parecer nº 1/17, de 30 de abril de 2019, versou sobre um pedido de parecer apresentado pela Bélgica, acerca da compatibilidade do mecanismo de resolução

⁵⁴⁵ “A este propósito, é conveniente precisar que o acordo é um ato adotado por uma das instituições da Comunidade, na acepção do artigo 177.º, primeiro parágrafo, alínea b), do Tratado CEE, e que, desse modo, o Tribunal de Justiça é competente para se pronunciar a título prejudicial sobre a interpretação do mesmo. É igualmente competente para se pronunciar sobre este acordo quando os Estados-membros da Comunidade não cumpram as obrigações que lhes incumbem por força do mesmo.

Ora, quando um acordo internacional prevê um sistema jurisdicional próprio que compreende um tribunal competente para regular os diferendos entre as Partes Contratantes desse acordo e, por consequência, para interpretar as suas disposições, as decisões desse Tribunal vinculam as instituições da Comunidade, incluindo o Tribunal de Justiça; Essas decisões impõem-se igualmente quando este Tribunal é chamado a decidir, a título prejudicial, ou no quadro de uma ação ou recurso, sobre a interpretação do acordo internacional, na medida em que este último faz parte integrante da ordem jurídica comunitária”. (cons. 38 e 39)

⁵⁴⁶ MARTINS, Ana Maria Guerra. Manual de Direito da União..., 2018, p. 300.

⁵⁴⁷ DUARTE, Francisco de Abreu. Crónica de uma morte anunciada..., p. 9.

de litígios entre investidores e Estados (RLIE), previsto no Acordo Econômico Comercial Global entre Canadá e União Europeia (CETA), com o direito da União.

O pedido foi apresentado da seguinte forma: *“É o Acordo Económico e Comercial Global entre o Canadá, por um lado, e a União Europeia e os seus Estados-Membros, por outro, assinado em Bruxelas em 30 de outubro de 2016 [(JO 2017, L 11, p. 23; a seguir “AECG”)], compatível, no seu capítulo oito (“Investimento”), secção F (“Resolução de litígios em matéria de investimento entre investidores e Estados”), com os Tratados, incluindo os direitos fundamentais?”*

O Acordo CETA foi elaborado no contexto de acordos de livre comércio e investimentos de última geração, cujos objetivos ultrapassam a mera eliminação de tarifas e, no seu caso, traz consigo um mecanismo para resolução de litígios entre Estados e investidores. Este mecanismo pode ser comparável ao ISDC previsto no acordo NAFTA e ao ICSID.

O artigo 8.27 do acordo estabelece a constituição do Tribunal CETA e o artigo 8.28, uma instância de recurso. Além da previsão da instituição posterior de um tribunal multilateral de investimento e um mecanismo de recurso conexo, conforme artigo 8.29.⁵⁴⁸

O TJ ponderou de início que a criação dos citados tribunais seria possível, desde que não colocasse em causa a autonomia da ordem jurídica da União.⁵⁴⁹

Segundo o TJ, é possível a instituição de um sistema jurisdicional externo, apto a interpretar as disposições do acordo, mediante a observância de regras e princípios do direito internacional. Outrossim, reafirmou que tais tribunais exteriores não estão aptos a *“interpretar ou aplicar disposições do direito da União diferentes das do CETA ou a proferir sentenças que possam ter por efeito impedir as instituições da União de funcionar em conformidade com o quadro constitucional desta”*.⁵⁵⁰

Outrossim, o parecer destacou que as disposições do art. 8.31 do CETA deixam clara a limitação de interpretação e aplicação apenas às disposições do acordo. Impedindo o Tribunal CETA a se manifestar sobre a legalidade das medidas que constituam alguma violação ao acordo.⁵⁵¹

Daí a diferenciação da solução alçada no Parecer n° 1/17, com a solução do Parecer 1/09. A distinção de tratamentos foi justificada pelo TJ, ao esclarecer que no caso

⁵⁴⁸ Cons. 6 e 7.

⁵⁴⁹ Const. 108-111.

⁵⁵⁰ Cons. 118.

⁵⁵¹ Cons. 121-122.

do acordo relativo à patente comunitária, ao tribunal a ser instituído eram previstos poderes de interpretação acerca do direito derivado (designadamente, futuros regulamentos sobre a patente comunitária e outros instrumentos de direito da União, dentre os quais, regulamentos e diretivas).⁵⁵²

Após ponderações acerca do princípio da igualdade de tratamento, da efetividade, do direito de acesso e da exigência de independência, o TJ concluiu pela compatibilidade das matérias submetidas à parecer com o direito primário da União Europeia.

Certamente foi relevante para as conclusões tomadas pelo Tribunal, a questão da garantia de confiança aos investidores estrangeiros, de modo que, para que ela seja assegurada é necessária a independência do sistema jurisdicional a ser instituído pelo acordo CETA.

⁵⁵² Justificativa símile foi dada com relação ao Acórdão de 06 de março de 2018, Achmea, C-284/16, em especial cons. 58: “*no presente caso, para além do facto de os litígios que cabem na competência do tribunal arbitral visado no artigo 8.º TBI poderem ser relativos à interpretação tanto deste acordo como do direito da União, a possibilidade de submeter esses litígios a um organismo que não constitui um elemento do sistema jurisdicional da União está prevista por um acordo que não foi celebrado pela União, mas por Estados-Membros. Ora, o referido artigo 8.º é suscetível de pôr em causa, para além do princípio da confiança mútua entre os Estados-Membros, a preservação do carácter adequado do direito instituído pelos Tratados, assegurada pelo mecanismo do reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º TFUE, e não é, por conseguinte, compatível com o princípio da cooperação leal recordado no n.º 34 do presente acórdão*”. Deste modo, no caso Achmea, o TJUE entendeu pela impossibilidade de arbitragens de investimento “intra-EU”, para tanto, estabeleceu que aos Estados-membros o dever tomar medidas internas para assegurar que não haveriam arbitragens de investimento (investidor-Estado) no âmbito da União Europeia.

QUARTA PARTE – O MERCOSUL (E O QUE A UNIÃO EUROPEIA PODE OFERECER DE ENSINAMENTO?)

1. O SURGIMENTO DO MERCOSUL

Entre o surgimento da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (em 1951) e o surgimento do Mercosul (em 1991), tem-se um lapso temporal de 40 anos, o que demonstra que os impulsos que deram causa a criação de cada uma das formas de integração são distintos.

Enquanto a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço surgiu no contexto do pós-segunda guerra mundial, o Mercosul surgiu em uma “*segunda onda*” de regionalismo, característica dos anos 1990, que visava a formação de blocos econômicos fechados.⁵⁵³ Também se deve considerar que os países do “cone sul” da América do Sul passavam por um processo de redemocratização, que contribuiu para a reaproximação dos Estados fundadores, Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, que foram originalmente os signatários do Tratado de Assunção.

Héctor Gros Espiell, então Ministro de Relações Exteriores do Uruguai, escreveu, ainda em 1991, que estava convencido de que o tratado possuía enorme importância política e econômica, de suma relevância para o futuro de seu país. Ademais, complementou, justificando que o Tratado de Assunção se tratava de “*um tratado que introduz desafios que obrigam a encarar a manhã com brio, valor, imaginação e criatividade. Não nos dá certezas, mas nos abre possibilidades enormes, se soubermos aproveitá-las, de crescimento, de desenvolvimento e de prosperidade*”.⁵⁵⁴

O Tratado de Assunção é, então, o tratado de fundação do Mercosul, assinado em 26 de março de 1991. Possuindo natureza de tratado internacional, estabeleceu como objetivo primordial, prescrito em seu artigo 1º, a criação de um mercado comum (o “Mercado Comum do Sul”), a ser estabelecido em 31 de dezembro de 1994. Este tratado se destinava a fomentar um período de transição, que deveria culminar na constituição futura de um mercado comum, formalizado legalmente por meio de outros tratados ou

⁵⁵³ PORTO, Manuel Carlos Lopes; FLÔRES JR, Renato Galvão. Teoria e Políticas de Integração na União Europeia e no Mercosul, Rio de Janeiro: Almedina, 2006, p. 12.

⁵⁵⁴ ESPIELL, Héctor Gros. El Tratado de Asunción y Algunas Cuestiones Jurídicas que Plantea, In: Revista de Informação Legislativa, vol. 28, nº 111, p. 203-228 jul./set. 1991, p. 203-204, tradução nossa.

protocolos adicionais – portanto, já em 1991, os redatores do tratado o tinham por “*provisório*”.⁵⁵⁵

Para compreender os objetivos deste projeto de integração, a doutrina⁵⁵⁶ costuma a categorizar os “níveis de integração”⁵⁵⁷, que se compõem de zonas de livre-comércio, uniões aduaneiras, mercados comuns, uniões econômicas e monetárias. Tomando por parâmetro para a definição de zonas de livre-comércio⁵⁵⁸ e uniões aduaneiras⁵⁵⁹, a catalogação feita no Acordo Geral de Tarifas de Comércio (GATT).

Contudo, o *nomen iuris* destinado aos tratados não pode ser delimitador das obrigações nele contidas, que podem ser as mais diversas e alterarem o escopo “limitativo” das definições conhecidas. À exemplo da integração europeia, o Tratado de Roma, inicialmente catalogava-a como um mercado comum, mas o seu desenvolvimento apresentou níveis de integração política e de proteção de direitos sociais.

O objetivo último explicitado pelo Tratado de Assunção é a constituição de um mercado comum. Hector Espiell, que, como dito, havia participado das negociações do tratado, define o mercado comum como “*uma forma de integração econômica mais profunda e integral do que a constituída por uma zona livre de comércio*”, pois a zona de livre comércio “*em geral, exige como condição de sua existência somente uma redução e uma eliminação final dos direitos de aduana e equivalentes entre as partes*”.⁵⁶⁰

⁵⁵⁵ Ibidem, p 207.

⁵⁵⁶ v. MAIA, Cristina Campos Mamede; CUNHA, Leopoldo Faria da. Direito de Integração, in RIBEIRO, Elisa de Souza. Direito do Mercosul, Curitiba: Appris, 2013, p. 36; PORTO, Manuel Carlos Lopes; FLÔRES JR, Renato Galvão. Op. cit, p. 15; e ACCIOLY, Elisabeth. Op. cit., p. 24-44.

⁵⁵⁷ “*Sinteticamente, podemos dizer que uma zona preferencial é a forma de associação econômica de menor alcance, onde os países membros se concedem um tratamento tarifário diferencial; na zona de livre-comércio se eliminam os direitos aduaneiros porém cada país conserva a fixação de sua política comercial e de direitos aduaneiros extrazona; a união aduaneira implica na eliminação total de restrições tributárias entre os integrantes, o estabelecimento de uma tarifa uniforme sobre as importações do exterior e a distribuição das receitas aduaneiras entre os membros; o mercado comum envolve a livre circulação de mercadorias, pessoas e capitais e a livre prestação de serviços; a união econômica se dá quando os membros unificam suas políticas macroeconômicas e a união monetária quando têm moeda e autoridade monetária comuns*”. (MARANIELLO, Patricio. Control de Integración: La Garantía del Cumplimiento de los Tratados de Integración. Rev. Secr. Trib. Perm. Revis., ano 7, nº 14, p. 44-83, ago. 2019, p. 48, tradução nossa)

⁵⁵⁸ Segundo o Acordo Geral de Tarifas de Comércio (GATT), art. XXIV, n.º8, “b”, as zonas de livre-comércio são definidas como: “*entende-se por zona de livre troca um grupo de dois ou mais territórios aduaneiros entre os quais os direitos aduaneiros e outras regulamentações restritivas das trocas comerciais (com exceção, na medida necessária, das restrições autorizadas nos termos dos Artigos XI, XII, XIII, XIV, XV e XX) são eliminados para a maioria das trocas comerciais relativas aos produtos originários dos territórios constitutivos da zona de livre troca*”.

⁵⁵⁹ Segundo o Acordo Geral de Tarifas de Comércio (GATT), art. XXIV, n.º2: “*Para os fins de aplicação do presente Acordo, entende-se por território aduaneiro todo o território para o qual tarifas aduaneiras distintas ou outras regulamentações aplicáveis às trocas comerciais sejam mantidas a respeito de outros territórios para uma parte substancial do comércio do território em questão*”.

⁵⁶⁰ ESPIELL, Héctor Gros. Op. cit., p 210, tradução nossa.

Em viés similar, porém mais amplo, Cláudia Lima Marques descreve que um mercado comum versa a respeito de uma união aduaneira efetiva, dotada de uma “*estrutura supranacional*” encarregada de controlar as liberdades básicas de livre circulação de produtos, serviços, pessoas e capitais e, não obstante, apta “*a ditar uma política macroeconômica comum*”.⁵⁶¹

Por sua vez, o próprio Tratado (artigo 1º) trouxe consigo uma definição de mercado comum, apoiada em quatro vértices.

Sendo o primeiro, conforme exata redação do art. 1º do Tratado de Assunção: “*a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente*”.

O segundo: “*o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais*”.

O terceiro: “*a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegárias, de transporte e comunicações e outras que se acordem, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes*”.

E, por fim, o quarto: “*o compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração*”.

De um lado, o Mercosul visava a criação de um mercado comum, de outro o Tratado de Assunção apresentava-se apenas com caráter transitório, o que colocou seu objetivo final como uma meta a ser atingida no futuro. Os passos para seu atendimento deveriam se conformar de forma gradual, cujo início se daria mediante o estabelecimento de uma zona de livre-comércio, seguido do estabelecimento de uma união aduaneira, com a criação de uma tarifa externa comum (TEC), passível de viabilizar a livre circulação de bens importados e o estabelecimento de uma política comercial comum.

Do ponto de vista de Espiell, e para quem esperava mais do processo de integração regional, o Tratado de Assunção poderia ter sido tecnicamente melhor. Porém, o então

⁵⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima. O “Direito do Mercosul”: Direito oriundo do Mercosul, entre direito internacional clássico e novos caminhos de integração, In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, vol. 35, 2001, p.79.

Ministro uruguaio, justifica que “*o perfeccionismo era impossível*” naquele contexto, o que levou à opção pela elaboração de um documento simples, que funcionasse como base do processo e fosse passível de incrementação a partir das experiências vindouras.⁵⁶²

Sob outro ponto de análise, Luiz Olavo Baptista destaca que, ao observar o Tratado, é possível verificar que a preocupação se fez exclusivamente com relação ao comércio, haja vista que, ao descrever os “*aspectos operacionais*”, o tratado os fez sempre com orientação à sua veia comercial.⁵⁶³

Na prática, o primeiro período, compreendido pelos anos de 1991 e 1994, teve alguns resultados positivos, haja vista o êxito no desenvolvimento de uma área de livre-comércio efetiva, no que tange a liberdade de circulação de bens, serviços e fatores produtivos.⁵⁶⁴

Como previsto no artigo 18 do Tratado de Assunção, em 1994, os Estados-partes deveriam conformar a estrutura institucional definitiva e os órgãos de administração, com suas atribuições e sistema de tomada de decisões. Assim, em 17 de dezembro de 1994, na cidade de Ouro Preto, em Minas Gerais, foi assinado o Protocolo de Ouro Preto (POP).

Este protocolo é o responsável pelo estabelecimento da estrutura institucional do Mercosul e pelo seu sistema de princípios e fontes, que serão tratados de forma mais pormenorizada adiante.

Ao observar as competências atribuídas aos seus órgãos, se verifica uma preocupação prioritária com o funcionamento de uma União aduaneira. Neste norte, em 05 de agosto de 1994, foi aprovada Tarifa Externa Comum (TEC).

Segundo Claudia Lima Marques, já em 1995, o Mercosul alcançava o nível de uma união aduaneira imperfeita, pois já possuía um TEC e instituições destinadas ao atingimento da união aduaneira e para a coordenação de políticas macroeconômicas (sobretudo, p. e.x., em áreas como comércio exterior, agricultura, indústria, impostos, sistema monetário, energia, transportes, concorrência, relações trabalhistas e previdência social).⁵⁶⁵

⁵⁶² ESPIELL, Héctor Gros. Op. cit., p 205.

⁵⁶³ BAPTISTA, Luiz Olavo. O Mercosul Após o Protocolo de Ouro Preto, In: Estudos Avançados, Vol. 10, nº 27, mai.-ago. 1996, p. 179

⁵⁶⁴ MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 74

⁵⁶⁵ Idem.

Esse tem sido o entendimento da doutrina, ao posicionar o Mercosul em um nível de desenvolvimento compreendido entre o livre-mercado e a união aduaneira, por entender a esta última não está completamente consolidada.⁵⁶⁶

Como curiosidades relevantes a compreensão do atual “estado das coisas do Mercosul”, é importante pontuar alguns temas.

Em 02 de agosto de 2010, foi aprovado o Código Aduaneiro do Mercosul, por meio da Decisão CMC n.º 27/10, que contribui ao caminho de uma conformação completa da união aduaneira.

Em 2012, a Venezuela aderiu ao bloco, mas encontra-se suspensa, desde 2016, em razão de descumprimento ao Protocolo de Adesão e, desde 2017, em razão de violação da Cláusula Democrática.

Considerando que um certo perigo de autoritarismo ronda a história da América do Sul, o Mercosul pode ser utilizado como uma importante ferramenta para a proteção da democracia na região. Nesta matéria, em 1998 foi assinado o Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático, que estabelece que a alteração da ordem democrática é inaceitável à continuidade do Mercosul.

A Bolívia, por sua vez, encontra-se em processo de adesão. E são Estados Associados: Chile (desde 1996), Peru (desde 2003), Colômbia (desde 2004), Equador (desde 2004), Guiana (desde 2013) e Suriname (desde 2013).

⁵⁶⁶ ACCIOLY, Elisabeth. Op. cit., p. 27-28. No mesmo sentido: GAMIO, José Maria. Balance y Perspectivas de la Integración Regional. Rev. Secr. Trib. Perm., ano 7, nº 14, p. 327-333, Ago. 2019, p. 329.

2. O PROTOCOLO DE OURO PRETO E O DESENHO INSTITUCIONAL DO MERCOSUL

O protocolo de Ouro Preto, assinado em 1994, destinou-se ao desenho da estrutura institucional do Mercosul. Os seus órgãos, desde logo arrolados no artigo primeiro, são: o Conselho do Mercado Comum (CMC), o Grupo Mercado Comum (GMC), a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM), a Comissão Parlamentar Conjunta (CPC), o Foro Consultivo Econômico-Social (FCES) e a Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM).

O Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul, de 2005, criou o Parlamento (Parlasul), em substituição da comissão parlamentar.

A primeira característica que se nota é a de que os órgãos são formados, via de regra, por representantes dos governos dos Estados-partes, sendo eles, servidores públicos, ministros e os respectivos presidentes, o que torna o processo decisório integralmente dependente das políticas nacionais.⁵⁶⁷

Para efeito do presente trabalho, a descrição mais pormenorizada focará aos órgãos de competência decisória, alistados no artigo 2, do Protocolo, o CMC e GMC e a CCM. Conforme redação do mesmo artigo, todos estes órgãos possuem natureza intergovernamental.

Outrossim, cabe considerar que o artigo 34, do Protocolo de Ouro Preto, atribuiu ao Mercosul personalidade jurídica de direito internacional, que é exercida e titularizada pelo Conselho (CMC).

2.1 CONSELHO DO MERCADO COMUM

O Conselho do Mercado Comum é o órgão superior do Mercosul, cuja tarefa é a condução política do processo de integração⁵⁶⁸. Sua composição é feita por Ministros das Relações Exteriores e da Economia dos Estados-partes.

⁵⁶⁷ MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p.80.

⁵⁶⁸ Protocolo de Ouro Preto, Artigo 3

O Conselho do Mercado Comum é o órgão superior do Mercosul ao qual incumbe a condução política do processo de integração e a tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo Tratado de Assunção e para lograr a constituição final do mercado comum.

Artigo 8

São funções e atribuições do Conselho do Mercado Comum:

I - velar pelo cumprimento do Tratado de Assunção, de sus Protocolos e dos acordos firmados em seu âmbito;

II - formular políticas e promover as ações necessárias à conformação do mercado comum;

III - exercer a titularidade da personalidade jurídica do Mercosul.

Nos termos do art. 9, do POP, o Conselho se manifesta por meio de *decisões*, pelo que se verificará mais adiante que o sistema de fontes do Mercosul está mais relacionado à repartição das competências, do que pela natureza das fontes.

Pela análise de Luiz Olavo Baptista, considerando a opção de uma estrutura institucional focada na cooperação, “*era lógico que o órgão superior fosse o Conselho do Mercado Comum (CMC), nada mais, nada menos que uma comissão de ministros das relações exteriores e da economia*”.⁵⁶⁹

2.2 GRUPO MERCADO COMUM

O Grupo Mercado Comum, nos termos do artigo 10, POP, é o órgão executivo, sendo composto por representantes dos Ministérios de Relações Exteriores e da Economia e Bancos Centrais, sob coordenação dos Ministérios de Relações Exteriores.

As funções do GMC, prescritas no art. 14⁵⁷⁰, são amplas, e incluem, velar pelo cumprimento do Tratado, dar cumprimento às decisões do Conselho e coordenar políticas

IV - negociar e firmar acordos em nome do Mercosul com terceiros países, grupos de países e organizações internacionais. Estas funções podem ser delegadas ao Grupo Mercado Comum por mandato expresso, nas condições estipuladas no inciso VII do artigo 14;

V - manifestar-se sobre as propostas que lhe sejam elevadas pelo Grupo Mercado Comum;

VI - criar reuniões de ministros e pronunciar-se sobre os acordos que lhe sejam remetidos pela mesmas;

VII - criar órgãos que estime pertinentes, assim como modificá-los ou extingui-los;

VIII - esclarecer, quando estime necessário, o conteúdo e o alcance de suas Decisões;

IX - designar o Diretor da Secretaria Administrativa do Mercosul;

X - adotar Decisões em matéria financeira e orçamentária;

XI - homologar o Regimento Interno do Grupo Mercado Comum.

⁵⁶⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. O Mercosul Após o Protocolo de Ouro Preto, In: Estudos Avançados, Vol. 10, nº 27, mai.-ago. 1996, p. 181.

⁵⁷⁰ Protocolo de Ouro Preto, Artigo 14

São funções e atribuições do Grupo Mercado Comum:

I - velar, nos limites de suas competências, pelo cumprimento do Tratado de Assunção, de seus Protocolos e dos Acordos firmados em seu âmbito;

II - propor projetos de Decisão ao Conselho do Mercado Comum;

III - tomar as medidas necessárias ao cumprimento das Decisões adotadas pelo Conselho do Mercado Comum;

IV - fixar programas de trabalho que assegurem avanços para o estabelecimento do mercado comum;

V - criar, modificar ou extinguir órgãos tais como subgrupos de trabalho e reuniões especializadas, para o cumprimento de seus objetivo;

VI - manifestar-se sobre as propostas ou recomendações que lhe forem submetidas pelos demais órgãos do Mercosul no âmbito de suas competências;

VII - negociar com a participação de representantes de todos os Estados Partes, por delegação expressa do Conselho do Mercado Comum e dentro dos limites estabelecidos em mandatos específicos concedidos para este fim, acordos em nome do Mercosul com terceiros países, grupos de países e organismos internacionais. O Grupo Mercado Comum, quando dispuser de mandato para tal fim, procederá à assinatura dos mencionados acordos. O Grupo Mercado Comum, quando autorizado pelo Conselho do Mercado Comum, poderá delegar os referidos poderes à Comissão de Comércio do Mercosul.

VIII - aprovar o orçamento e a prestação de contas anual apresentada pela Secretaria Administrativa do Mercosul;

macroeconômica. Tal como nos demais órgãos decisórios, as deliberações são tomadas por consenso, mas neste caso, formalizadas por meio de *resoluções*, obrigatórias para os Estados-partes.

Cumpra observar, entretanto, que o caráter executivo das atividades do GMC se soma à existência de funções de natureza opinativa, homologatória e fiscalizadora.⁵⁷¹

2.3 COMISSÃO DE COMÉRCIO DO MERCOSUL

A Comissão de Comércio do Mercosul, ao seu turno, é, nos termos do art. 16, imbuída da responsabilidade de velar pela aplicação dos instrumentos de política comercial comum, acompanhar e revisar as políticas comerciais comuns tanto no âmbito infra-Mercosul quanto com terceiros países⁵⁷².

As manifestações da CCM são realizadas mediante *diretrizes*, obrigatórias aos Estados partes, e *propostas*.

IX - adotar resoluções em matéria financeira e orçamentária, com base nas orientações emanadas do Conselho do Mercado Comum;

X - Submeter ao Conselho do Mercado Comum seu Regimento Interno;

XI - organizar as reuniões do Conselho do Mercado Comum e preparar os relatórios e estudos que este lhe solicitar;

XII - eleger o Diretor da Secretaria Administrativa do Mercosul;

XIII - supervisionar as atividades da Secretaria Administrativa do Mercosul;

XIV - homologar os Regimentos Internos da Comissão de Comércio e do Foro Consultivo Econômico-Social;

⁵⁷¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. Op. cit., p. 184.

⁵⁷² Protocolo de Ouro Preto, Artigo 19

São funções e atribuições da Comissão de Comércio do Mercosul:

I - velar pela aplicação dos instrumentos comuns de política comercial infra-Mercosul e com terceiros países, organizações intencionais e acordos de comércio;

II – considerar e pronunciar-se sobre as solicitações apresentadas pelos Estados Partes com respeito à aplicação e ao cumprimento da tarifa externa comum e dos demais instrumentos de política comercial comum;

III – acompanhar a aplicação dos instrumentos de política comercial comum nos Estados Partes;

IV – analisar a evolução dos instrumentos de política comercial comum para o funcionamento da união aduaneira e formular propostas a respeito ao Grupo Mercado Comum;

V – tomar as decisões vinculadas à administração e à aplicação de tarifa externa comum e dos instrumentos de política comercial comum acordados pelos Estados Partes;

VI – informar ao Grupo Mercado Comum sobre a evolução e a aplicação dos instrumentos de política comercial comum, sobre o trâmite das solicitações recebidas e sobre as decisões adotadas a respeito delas;

VII – propor ao Grupo Mercado Comum novas normas ou modificações às normas existentes referentes à matéria comercial e aduaneira do Mercosul;

VIII – propor a revisão das alíquotas tarifárias de itens específicos da tarifa comum, inclusive para contemplar casos referentes a novas atividades produtivas no âmbito do Mercosul.;

IX – estabelecer os comitês técnicos necessários ao adequado cumprimento de suas funções, bem como dirigir e supervisionar as atividades dos mesmos;

X – desempenhar as tarefas vinculadas à política comercial comum que lhe solicite o Grupo Mercado Comum;

XI – adotar o Regimento Interno, que submeterá ao Grupo Mercado Comum para sua homologação

Ademais, cf. decorre do art. 21, a CCM ainda é responsável por considerar as reclamações apresentadas pelas Seções Nacionais de Comissão de Comércio do Mercosul.

2.4 PARLASUL – PARLAMENTO DO MERCOSUL

Embora o Protocolo de Ouro Preto tenha estabelecido uma Comissão Parlamentar Conjunta, integrada por parlamentares dos Estados partes, tal órgão foi alterado posteriormente. Em 2005, o Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul criou o Parlamento (Parlasul), em substituição da comissão.

O Preâmbulo do protocolo destaca a “*vontade política de aprofundar o processo de integração*” e, de modo bastante afortunado, colocou entre seus objetivos a contribuição para o desenvolvimento da democracia, da participação, da representatividade, da transparência e da legitimidade social.

São atos do Parlamento, nos termos do art. 19, os pareceres, projetos de normas, anteprojetos de normas, declarações, recomendações, relatórios e disposições. Os quais, conforme é possível observar, possuem caráter de recomendações, projetos e organização interna.

No período de transição estabelecido no Protocolo Constitutivo do Parlasul, a representação teve número igual de parlamentares por Estado. Posteriormente, como já era esperado, a representação passou a respeitar critérios demográficos.

Embora prescreva que os parlamentares devam ser eleitos pelos cidadãos, por meio de sufrágio direto, universal e secreto (art. 6.º), o Brasil e o Uruguai ainda não realizam eleições diretas. O Paraguai, desde 2007 já realiza eleições diretas de seus representantes, a Argentina, desde 2015. O prazo limite estabelecido para a realização de eleições diretas foi inicialmente previsto para 2020, porém, recentemente, o prazo foi postergado.

A eleição direta de representantes certamente poderá contribuir ao aprofundamento e desenvolvimento da integração na região.

2.5 OUTROS ÓRGÃOS

Apenas para menção, também são órgãos do Mercosul o Foro Consultivo Econômico-social e a Secretaria Administrativa.

O Foro Consultivo Econômico-Social, estabelecido pelo art. 28 do Protocolo de Ouro Preto, é órgão de representação de setores econômicos e sociais dos Estados-partes, cuja função é consultiva.

A Secretaria Administrativa, prevista no art. 31, do Protocolo de Ouro Preto, é o órgão responsável “*pela prestação dos serviços aos demais órgãos*” e possui sede permanente em Montevideú.

3. AS FONTES DE DIREITO DO MERCOSUL

O Tratado de Assunção, que fundou o Mercado Comum do Sul, não dispôs sobre o rol de fontes, nem sobre seus efeitos e relações. A primeira referência às fontes de direito do Mercosul foi estabelecida no Protocolo de Brasília, assinado em 17 de dezembro de 1991.⁵⁷³

Os artigos 1º, 19 e 25 do Protocolo de Brasília, então, mencionavam como fontes de direito do Mercosul: as disposições do Tratado de Assunção, os acordos celebrados no âmbito do mesmo, as decisões do Conselho do Mercado Comum, as resoluções do Grupo Mercado Comum e, por fim, os princípios⁵⁷⁴ e as disposições de direito internacional aplicáveis na matéria.⁵⁷⁵

O Protocolo de Ouro Preto, que definiu a estrutura definitiva do Mercosul, passou a regulamentar especificamente a matéria, com um capítulo próprio para fontes jurídicas do Mercosul.

As fontes estão elencadas no artigo 41, do Protocolo de Ouro Preto, sendo elas: o Tratado de Assunção, seus protocolos e instrumentos adicionais ou complementares; os acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção e seus protocolos; as decisões do conselho, as resoluções do Grupo Mercado Comum e as Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul. Além das enumerados no artigo 41, também podem ser considerados os princípios gerais de direito e os laudos do tribunal arbitral.

Não possuem efeito obrigatório os atos jurídicos não enunciados no art. 41, ou seja, as propostas da Comissão de Comércio do Mercosul, os atos do Parlamento

⁵⁷³ DELPIAZZO, Carlos E. Fuentes de Derecho del Mercosur, In: Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Curitiba: Juruá, p. 13-28, 2002, p. 15.

⁵⁷⁴ Podem ser considerados princípios de direito do Mercosul, em rol não exaustivo: princípio da reciprocidade de direitos e obrigações entre os Estados-partes (art. 2.º); princípio da não-discriminação (art. 8.º); métodos para combater as diferenças pontuais de ritmo no Programa de Liberação Comercial para Paraguai e Uruguai (art. 6.º); normas de tratamento nacional para produtos provenientes de qualquer Estado-parte (art. 7.º); transparência na coordenação de políticas nacionais para assegurar condições equitativas de comércio com terceiros (art. 4.º); respeito a *pacta sunt servanda* (art. 8.º, “a” e “b”).

⁵⁷⁵ Para exemplificar, o teor do art. 19, do Protocolo de Brasília:

“Artigo 19

1. O Tribunal Arbitral decidirá a controvérsia com base nas disposições do Tratado de Assunção, nos acordos celebrados no âmbito do mesmo, nas decisões do Conselho do Mercado Comum, nas resoluções do Grupo Mercado Comum, bem como nos princípios e disposições de direito internacional aplicáveis na matéria.

2. A presente disposição não restringe a faculdade do Tribunal Arbitral de decidir uma controvérsia *ex aequo et bono*, se as partes assim o convierem”.

(pareceres, projetos de normas, anteprojetos de normas, declarações, recomendações, relatórios e disposições) e as recomendações do Foro Consultivo Econômico Social.⁵⁷⁶

Tal como a classificação feita em sede de direito da União Europeia, Carlos Delpiazzo distingue as fontes de direito do Mercosul em originárias, assim consideradas as provenientes dos tratados institutivos, e derivadas, provenientes dos órgãos previstos nos referidos tratados.⁵⁷⁷

Neste contexto, tem-se como direito originário, as disposições do Tratado de Assunção e os acordos celebrados no âmbito do mesmo e, de outro lado, como direito derivado, todas as demais fontes mencionadas.

Falaremos adiante das fontes derivadas, provenientes dos órgãos do Mercado Comum do Sul, com enfoque especialmente nas normas indicadas no artigo 42 do Protocolo de Ouro Preto (decisões, resoluções e diretivas), que possuem caráter obrigatório.

Notar-se-á, que as fontes de direito do Mercosul seguiram uma classificação de correspondência aos órgãos das quais são provenientes. Cada órgão, então, se manifesta por um tipo específico de fonte.

Assim sendo, tratando-se das normas de direito derivado, a hierarquia é estabelecida de acordo com o órgão que a proferiu e, desta forma, prevalece a seguinte ordem: decisões, resoluções, diretivas.⁵⁷⁸

3.1 DECISÕES

Conforme disposto no art. 9º, do Protocolo de Ouro Preto, as decisões são os atos emanados do Conselho do Mercado Comum (órgão superior do Mercosul, conforme disposto no artigo 3º do mesmo protocolo).

As decisões, cf. art. 37, POP, serão tomadas por consenso e sempre na presença de todos os Estados partes.

Tais dispositivos devem ser lidos em consonância com o artigo 42, POP, que estabelece que as decisões (assim como as resoluções e diretivas) possuem caráter obrigatório aos Estados partes e deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais, mediante os procedimentos particulares de cada país.

⁵⁷⁶ DELPIAZZO, Carlos E. Op. cit., p. 16.

⁵⁷⁷ Ibidem, p. 14.

⁵⁷⁸ Ibidem, p. 23.

Claudia Lima Marques menciona que o valor jurídico das decisões CMC ainda é muito discutido, pois de um lado, aproxima-se da orientação clássica de direito internacional público e, de outro, estabelece uma regra de vigência simultânea. Ademais, a autora defende que, quanto ao direito brasileiro, inexistente a previsão de *self-executing* aos tratados internacionais, de modo que todas as normas deveriam passar por aprovação do Parlamento nacional.⁵⁷⁹

Este tema, em específico, parece ter sido contornado em alguns casos por determinadas decisões do Conselho Mercado Comum. E foi, como já visto anteriormente, foco de muita discussão em direito da União Europeia (p. ex., no já citado acórdão Costa/ENEL).

Além da discussão acerca da necessidade de incorporação e de suas formalidades, discute-se também a execução. Embora uma parte da doutrina mencione como um “problema” o fato de que a execução das normas seja incumbência dos Estados partes⁵⁸⁰, na realidade, a execução do direito da União Europeia também recai, via de regra, sobre os Estados-membros, sem que isso seja efetivamente um problema. As medidas de execução incumbem aos Estados e são fiscalizadas, no caso Europeu, pela Comissão, que aferirá (especialmente no caso das diretivas) se as medidas de transposição foram adotadas.

Outrossim, é de se destacar que, para um modelo de integração regional, o princípio da subsidiariedade possui função manifestamente central, e seria de importante consideração também no direito do Mercosul, pois, estando os Estados mais próximos aos cidadãos, deverão ter preferência para a adoção de medidas.

3.2 RESOLUÇÕES

Conforme disposto no art. 15 do Protocolo de Outro Preto as resoluções são os atos emanados pelo Grupo Mercado Comum. Tratam-se dos atos provenientes do órgão executivo do Mercosul (art. 10), que está subordinado hierarquicamente ao Conselho do Mercado Comum.⁵⁸¹

⁵⁷⁹ MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p.82.

⁵⁸⁰ Neste sentido, p. ex. BAPTISTA, Luiz Olavo. Op. cit., p. 181.

⁵⁸¹ DELPIAZZO, Carlos E. Op. cit, p. 19.

Quando se fala em resoluções, não se está fazendo referência ao sentido usual conferido pelo direito administrativo⁵⁸², i.e., o direito do Mercosul dá outro sentido para a expressão. Neste caso, destina-se tão somente a designar os atos provenientes do GMC, seguindo a lógica de diferenciação das fontes de direito do Mercosul a partir de sua divisão institucional.

3.3 DIRETIVAS

Conforme o artigo 20, do Protocolo de Ouro Preto, as diretivas são os atos emanados pela Comissão de Comércio do Mercosul e são obrigatórias as Estados partes.

A Comissão de Comércio do Mercosul também se manifesta por meio de propostas, as quais não são obrigatórias.

3.4 FONTES COMPLEMENTARES

Devem ser consideradas, também, as fontes de direito internacional⁵⁸³, a jurisprudência, a doutrina e os princípios gerais de direito.⁵⁸⁴

A respeito dos princípios gerais de direito, tratam-se especialmente das regras jurídicas comuns aos ordenamentos jurídicos dos Estados partes e ao direito internacional.⁵⁸⁵

⁵⁸² Diferentemente da designação usual de direito administrativo para resoluções, o direito do Mercosul dá outra destinação ao termo, conforme explica Delpiazzo: “*Outros atos típicos dentro do direito derivado do Mercosul são as resoluções. Mas além do sentido habitual da expressão do direito administrativo para individualizar as normas particulares e concretas criadas por ato administrativo*”. (Ibidem, p. 18, tradução nossa). Observa-se, aqui, que também em direito da União Europeia o termo resolução ganha acepção bastante particular e, muito provavelmente, tenha servido de inspiração para a nomenclatura adotada no âmbito do Mercosul.

⁵⁸³ “*A respeito das fontes de direito internacional, o Mercosul, como organização internacional que é, estará submetido à regras gerais, tais como as que regem o direito dos tratados, o sistema de privilégios e imunidades. Ainda, serão de aplicação normas particulares resultantes de acordos concluídos por Estados membros*”. (Ibidem, p. 20)

⁵⁸⁴ Idem.

⁵⁸⁵ Ibidem, p. 21.

3.5 DA NECESSIDADE DE INCORPORAÇÃO DAS NORMAS E DA VIGÊNCIA SIMULTÂNEA

O direito originário foi devidamente incorporado em todos os Estados partes, seguindo procedimentos específicos necessários em cada país⁵⁸⁶, em razão disso, não suscita maiores problemas.

Contudo, com relação ao direito derivado, os problemas são dos mais diversos.

Neste campo residem questões bastante delicadas ao direito do Mercosul. De um lado, conforme artigo 42 do Protocolo de Ouro Preto, as normas possuem caráter obrigatório, de outro, pelo mesmo artigo, deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos dos Estados partes.

Vejamos o teor do artigo 42: *“As normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstas no Artigo 2 deste Protocolo terão caráter obrigatório e deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada país”*.

O artigo 38, do Protocolo de Ouro Preto, deve ser lido em conjunto, pois estabelece que *“os Estados partes comprometem-se a adotar todas as medidas necessárias para assegurar, em seus respectivos territórios, o cumprimento das normas emanadas dos órgãos do Mercosul (...)”*.

A necessidade de incorporação é certamente um empecilho ao caráter supranacional do Mercosul, pois pode levar ao entendimento de que as normas carecem de aplicabilidade direta e efeito direto. Embora, conforme parte final do artigo 42, a incorporação fique a critério das especificidades do ordenamento jurídico de cada país.

Sobre essa questão, seriam possíveis avanços interpretativos.

Grande parte da doutrina coloca a “questão constitucional”⁵⁸⁷ dos Estados partes como um empecilho para a aplicabilidade do direito do Mercosul, sobretudo em razão da falta de *self-executing* dos tratados internacionais⁵⁸⁸, porém, como se sabe, questão

⁵⁸⁶ Ibidem, p. 24.

⁵⁸⁷ REYES, Jorge E. Fernández. La Cuestión Constitucional em el Uruguay com Relación al Mercosur. Rev. Sec. Trib. Perm., ano 6, nº 11, p. 47-65, Abr. 2018, p. 55-56.

⁵⁸⁸ *“A aplicabilidade das ditas fontes coloca o relacionamento entre o ordenamento jurídico do Mercosul e o direito interno de cada um dos países participantes, o que nos enfrenta e chamada ‘questão constitucional’, é dizer ‘a compatibilidade da Constituição com uma organização internacional... que estructure um sistema de órgãos capazes de adotar decisões válidas na matéria, que obriguem ao Estado e que tenha ademais, uma aplicabilidade direta e imediata, erga omnes na esfera interna’. Certamente, o tema suscita diversidades entre os quatro Estados fundadores do Mercosul, não obstante seja possível realizar algumas afirmações gerais”*. (DELPIAZZO, Carlos E. Op. cit., p. 13-28, 2002, p. 21, tradução nossa); Em sentido similar: MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 83.

similar foi tratada no caso Costa/ENEL no âmbito do direito da União Europeia. Naquele caso, para dizer que não se tratava de uma questão constitucional, o Tribunal entendeu que os Estados-membros, por *lex posteriori* interna não poderiam revogar norma anterior de direito da União. A posição pretoriana, necessária para assegurar a uniformidade do direito da União, afirmou-se no sentido de que o caso não se tratava de uma questão usual de direito internacional clássico, mas sim, de uma questão de direito supranacional.

Ademais, não se pode dizer que as Constituições dos Estados partes do Mercosul sejam completamente omissas sobre a matéria. Pode se dizer, inclusive, que as previsões existentes em muito se assemelham as encontradas nas Constituições dos Estados-membros da União Europeia (as quais também “evoluíram” desde a criação da CECA).

Neste viés, a Constituição do Paraguai, de 1992, prevê, em seu art. 145, a supranacionalidade.⁵⁸⁹ A Constituição Argentina, de 1994 em seu art. 75, inciso 24, possibilita a delegação de competências e jurisdição às organizações supranacionais.⁵⁹⁰⁵⁹¹

Para estes dois Estados, Jorge Reyes coloca a questão como resolvida, por habilitarem os referidos países a participarem de “*esquemas de integração regional de caráter supranacional e supraestatal*”.⁵⁹²

No Brasil, a previsão Constitucional não é tão expressa, porém o art. 4, par. Único, faz menção à integração⁵⁹³, para parte da doutrina esse entendimento seria suficiente para fundamentar a criação, ao menos, de um tribunal supranacional, haja vista a participação do Brasil no Tribunal Internacional de Haia e no Tribunal de Direitos Humanos da Costa Rica.⁵⁹⁴

⁵⁸⁹ “*A República do Paraguai, em condição de igualdade com outros Estados, admite uma ordem jurídica supranacional que garanta a vigência dos direitos humanos, da paz, da cooperação e do desenvolvimento político, econômico, social e cultural*”.

⁵⁹⁰ (...) ao Congresso corresponde: “*Aprovar tratados de integração que deleguem competências e jurisdição a organizações supraestatais em condições de reciprocidade e igualdade e que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos. As normas ditadas em sua consequência têm hierarquia superior às leis*”.

⁵⁹¹ “*Outro problema que pode ser citado em relação à dimensão jurídica do MERCOSUL são as assimetrias constitucionais entre os Estados Partes, no que tange ao tratamento do direito derivado do bloco. Por exemplo, a Argentina e o Paraguai conferem hierarquia supralegal aos tratados internacionais de integração, ao passo que Brasil e Uruguai lhe reconhecem o status de lei ordinária*”. (VIEIRA, Luciane Klein; COSTA, Vitória Volcato da. A Opinião Consultiva como Ferramenta para a Uniformização da Interpretação e Aplicação do Direito do Mercosul, na Temática Migratória. Rev. Secr. Trib. Perm. Revis., ano 7, nº 14, p. 172-197, ago. 2019, p. 184)

⁵⁹² REYES, Jorge E. Fernández. Op. cit, p. 56-57.

⁵⁹³ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...). Parágrafo único. 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.

⁵⁹⁴ NORTHFLEET, Ellen Gracie apud ACCIOLY, Elisabeth. Op. cit., p. 149.

No Uruguai, o artigo 6º, da Constituição⁵⁹⁵, prevê como objetivo a integração social e econômica dos Estados latino-americanos.⁵⁹⁶

A questão, contudo, tem sido tratada de outra forma. Os órgãos do Mercosul têm tentado medidas que, embora encontram-se extremamente distantes da aplicabilidade direta e do efeito direto, tentam contornar os empecilhos da necessidade de aprovação pela via legislativa.

Trata-se especialmente da Decisão CMC nº 23/00, que não passou isenta de críticas⁵⁹⁷, mas que certamente contribui ao avanço da integração.

A Decisão CMC n.º 23/00 buscou melhor otimizar as regras a respeito da necessidade de incorporação e vigência, estabelecendo a diferenciação entre três tipos de normas, de modo a facilitar tais procedimentos.⁵⁹⁸

Quanto aos três tipos de normas, ensina Martha Lucía Olivar Jiménez que se tratam: (i.) das que se referem a regra geral do artigo 40.º, do POP, que prevê a obrigação dos Estados de notificar a secretaria (tarefa hoje confiada à Coordenação Nacional do Grupo Mercado Comum); (ii.) as normas que não necessitam de incorporação, sendo elas: as que tratem de questões orgânicas do Mercosul ou relações externas (e que, neste caso possuem vigência imediata); as que, nos termos da Decisão 20/02, digam respeito à uma

⁵⁹⁵ Art. 6. (...) A República procurará a integração social e econômica dos Estados Latino-americanos, especialmente no que se refere a defesa comum dos seus produtos e matérias primas. Também, propenderá a efetiva complementação de seus serviços públicos.

⁵⁹⁶ “Ao respeito, e de acordo a praticamente toda a doutrina nacional que tem se ocupado do tema – com algumas exceções – o inciso 2 do artigo 6 da Constituição é uma norma de caráter programático, de diretiva ou de diretiva política, e como se trata de uma norma programática contém um critério de interpretação da Constituição, que sem lugar a dúvidas habilita a participação do Uruguai a processos de integração econômicos e sociais que impliquem uma institucionalidade orgânica e normativa de tipo intergovernamental.

Isso não significa que não existam outras posições doutrinárias a partir do mesmo texto constitucional, é dizer, que estimem que o constituinte foi mais além e habilitou a participação da Nação em processos de integração cuja institucionalidade orgânica e normativa incorporará aspectos comunitários ou supranacionais”. (REYES, Jorge E. Fernández. Op. cit., p. 56-57, tradução nossa)

⁵⁹⁷ “A incorporação de normas é um tema tão latente no Mercosul que no ‘relançamento do Mercosul’ editou-se estranha norma denominada ‘incorporação da normativa Mercosul ao ordenamento jurídico dos Estados-partes’, em que se renova a obrigatoriedade das normas derivadas do Mercosul, se estabelecesse um sistema de ‘acompanhamento’ das incorporações e prazos para que tal aconteça (Dec. 23/2000). A doutrina pergunta-se que força tal tipo de norma terá, se nem sequer passou pelo Parlamento, e seu modelo repete o que já foi dito em tratados anteriores. A estranha norma, porém, conclui em seu art. 10: ‘Esta decisão não necessita ser incorporada ao ordenamento jurídico dos Estados-partes, nos termos do art. 42 do Protocolo de Ouro Preto, por regulamentar aspectos da organização e funcionamento do Mercosul’. Como, em tempos tão dualistas, esta norma pode estar em vigor é um mistério, mas efetivamente parece estar sendo considerada pelos servidores públicos nacionais envolvidos no Mercosul”. (MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 83)

⁵⁹⁸ As considerações iniciais da decisão, que conferem o caráter de uma exposição dos motivos, foram feitas da seguinte forma: “A importância da incorporação das normas do MERCOSUL ao ordenamento jurídico interno dos Estados Partes para a consolidação da União Aduaneira”. E, “a necessidade de que o MERCOSUL conte com um acompanhamento eficaz e atualizado sobre o processo de incorporação da normativa MERCOSUL ao ordenamento dos Estados Partes”.

norma nacional com conteúdo idêntico; as que os Estados partes entendam que pela desnecessidade de ato de incorporação; e as que não necessitem de incorporação em todos os Estados partes; por fim, (iii.) os Tratados internacionais adotados no âmbito do Mercosul, que exigem ratificação e depósito, conforme as regras e princípios de direito internacional público.⁵⁹⁹

De modo complementar, as Decisões CMC n.º 07/03 e 22/04 preveem as hipóteses em que a incorporação pode ser realizada pela via administrativa, dispensando de ato legislativo.

Questão sob a qual há certamente mais dificuldade, é a regra de vigência simultânea⁶⁰⁰, prevista no artigo 40.⁶⁰¹

Vejamos o teor do *caput* do artigo 40: “*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*”.

Isto é, as normas emanadas do Mercosul só possuem vigência a partir da incorporação por todos os ordenamentos jurídicos dos Estados partes. Certamente uma cautela para que seja assegurada a uniformidade e a reciprocidade, mas que impede os avanços da integração.

Para que ocorra a vigência simultânea, há um longo caminho a ser observado.⁶⁰² O procedimento contém três fases: depois de aprovada a norma do âmbito do Mercosul,

⁵⁹⁹ JIMENEZ, Martha Lucía Olivar. El Derecho del MERCOSUR y el Derecho Internacional - La lucha por independencia, in Revista Electrónica de Estudios Internacionales, n.º 18, 2009, disponível em: <<http://www.reei.org/index.php/revista/num18/articulos/derecho-mercosur-derecho-internacional-lucha-independencia>>, acesso em: 09/08/2017, p. 10.

⁶⁰⁰ A qual Delpiazzo denomina “*princípio de aplicação simultânea*”, segundo o qual substitui a aplicação imediata pela “*internação*” das normas ditadas pelos órgãos comuns de forma simultânea por todos os Estados”. (DELPIAZZO, Carlos E. Op. cit., p. 25)

⁶⁰¹ Artigo 40

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 Estado 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.

⁶⁰² “*Necessário, pois, um caminho fortemente ‘dualista’: negociação em órgãos intergovernamentais, aprovação pelos plenipotenciários/ministros/presidentes, esforços de incorporação nacional, comunicação do Estado-membro à Secretaria (uma quase ratificação) e somente após a chegar do último documento de ‘incorporação/ratificação’, notificação da Secretaria sobre a entrada em vigor simultânea 30 dias depois, se outro caminho não dispuser a norma/Tratado (art. 6º da Dec. 23/2000), sendo ainda necessário que os Estados-membros completem o iter com a publicidade da entrada em vigor em ‘seus*”

(i) os Estados devem adotar as medidas necessárias à incorporação e comunicar a Secretaria Administrativa do Mercosul; (ii) após todos os Estados comunicarem a incorporação, a Secretaria comunicará o fato aos Estados; (iii) a norma só entrará em vigor, de forma simultânea, 30 dias após a data da comunicação; (iv) por fim, ainda caberá aos Estados dar publicidade do início da vigência, em seus diários oficiais.

Muito embora o artigo 40 trace este grande trajeto para a vigência simultânea, há uma questão que fica em aberto. Isto é, o artigo 42, fala em necessidade de incorporação das normas aos ordenamentos dos Estados partes, contudo, há uma clara menção de que essa incorporação deverá ser realizado somente “*quando necessário*”.⁶⁰³ Parece-nos que a aferição da necessidade será apurada em relação às legislações internas, podendo variar caso a caso. Sendo dispensada a incorporação, podemos seguir o entendimento de vigência simultânea, ou a regra terá vigência no Estado em questão?

Um laudo do Tribunal Arbitral, de 21 de maio de 2001, abordou a questão, arguindo a inexistência de conflito entre os artigos 40 e 42 do Protocolo de Ouro Preto. Segundo o laudo, o regime do protocolo não é incoerente nem contraditório, mas responde ao conceito chamado “*doutrina ‘de vigência simultânea’ – por oposição a aplicação imediata*”. Ou seja, que seriam obrigatórias para os Estados partes desde a aprovação, mas a vigência só produz efeitos após todos os Estados partes cumprirem os procedimentos do art. 40.⁶⁰⁴

respectivos diários oficiais’ (art. 40, III in fine Procolo de Ouro Preto)”. (MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 83-84)

⁶⁰³ “Ratifica o dito enfoque a circunstância de que o artigo 42 do mesmo protocolo de Ouro Preto dispõe que ‘as normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no artigo 2 deste protocolo terão caráter obrigatório e, quando seja necessário, deverão ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos na legislação de cada país’. Quer dizer que o direito secundário só deve ser expressamente incorporado ou internalizado ‘quando seja necessário’, ou seja quando esteja sujeito à condições. Em vez disso, não será requerido ato de incorporação da chamada doutrina do ‘self executing’ ou da autoexecutividade das normas provenientes de órgãos tanto supranacionais como intergovernamentais.”. (DELPIAZZO, Carlos E. Op. cit., p. 26, tradução nossa)

⁶⁰⁴ Laudo do Tribunal Arbitral, de 20 de maio de 2001. Disponível em: <http://tprmercosur.org/pt/docum/laudos/bras/Laudo_br_04_pt_Antidumping_expor_pollos.pdf>, acesso em: 03/11/2019,

4. O SISTEMA DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL

Ao tempo da redação do Tratado de Assunção, a definição do meio jurisdicional para a solução de litígios não era questão central. A opção por um sistema de solução de controvérsias entre os Estados partes se deu de forma apressada e, sobretudo, não era um problema, em razão do caráter transitório do tratado.

Em 1991, Espiell confessava que essa decisão havia sido postergada ao futuro: *“também terá que ser decidido se será criado um verdadeiro sistema jurisdicional, superando o embrionário, provisório e parcial previsto atualmente no anexo III do Tratado de Assunção, que responde somente as necessidades atuais, para encarar um verdadeiro regime jurisdicional, como também assegurar a proeminência do Direito Comunitário sobre o direito interno dos Estados partes”*.⁶⁰⁵

4.1 PROTOCOLO DE BRASÍLIA E PROTOCOLO DE OURO PRETO

Em dezembro de 1991, nove meses após o Tratado de Assunção, a redação do Protocolo de Brasília apresentava um novo sistema arbitral provisório, que contava com características muito mais completas que o anterior.⁶⁰⁶

Tal sistema limitava-se a um modelo *ad hoc* de arbitragem⁶⁰⁷, somado a mecanismos diplomáticos. O caráter diplomático do sistema foi ampliado com o Protocolo de Ouro Preto, pela inclusão da Comissão de Comércio como órgão “semi-judicial”. Com base neste modelo, a busca pela resolução arbitral do litígio deveria obrigatoriamente ser precedida da fase diplomática.⁶⁰⁸

O acesso dos particulares, por sua vez, era bastante limitado, em razão da necessidade de representação pela respectiva Seção nacional, isto é, não era assegurado o acesso direto ao sistema.⁶⁰⁹

⁶⁰⁵ ESPIELL, Héctor Gros. Op. cit., p. 209, tradução nossa.

⁶⁰⁶ VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. O TPR e o Mercosul: Os 15 anos do fiador do direito regional, Rev. Secr. Trib. Perm., ano 7, nº 14, p. 84-96, Ago. 2019, p. 87.

⁶⁰⁷ NÓBREGA, Aline Rosado Targino da; SILVA, Marcelo Mauricio da. A Incorporação dos Laudos Arbitrais do Tribunal Permanente de revisão do Mercosul e o Direito Brasileiro. Rev. Secr. Trib. Perm. Revis. Ano 4, Nº 8, p. 157-176, Ago. 2016, p. 161.

⁶⁰⁸ MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 87.

⁶⁰⁹ Idem.

4.2 PROTOCOLO DE OLIVOS

O atual mecanismo de solução de controvérsias do Mercosul foi estabelecido pelo Protocolo de Olivos (PO), assinado em 18 de fevereiro de 2002, na cidade de Olivos, Argentina.

O sistema se aplica a: (a.) controvérsias entre Estados Partes; (b.) reclamações de particulares, que acessam indiretamente ao sistema, apresentado suas reclamações ao Estados de sua residência habitual ou sede de negócios; (c.) opiniões consultivas, que são pronunciamentos jurídicos fundados com caráter não vinculantes nem obrigatórios, realizados pelo TPR, a respeito da interpretação e aplicação das normas do Mercosul em um caso concreto, que podem ser solicitadas pelos órgãos decisórios do Mercosul, pelo Parlasul e por Tribunais Superiores dos Estados partes.⁶¹⁰

A grande inovação do Protocolo de Olivos é a criação do Tribunal Permanente de Revisão (TPR), que está além de um simples sistema de arbitragem *ad hoc* e aquém de uma efetiva corte judicial.

Conforme Raphael Vasconcelos, este modo “*foi o projeto possível no futuro regional desejado pelos Estados membros (...) conciliadora entre a integração desejada e o realismo diplomático*”, ao estabelecer este modelo arbitral com duas instâncias, que, no topo, prevê um tribunal permanente com capacidade para reavaliar as decisões proferidas em julgamentos *ad hoc*.⁶¹¹

Não era de interesse dos Estados-membros assegurar o efetivo acesso ao sistema de solução de controvérsias pelos cidadãos. Manteve-se, portanto, a necessidade de apoio dos respectivos Estados para que os particulares possam se valer o mecanismo de solução de controvérsias, como define o artigo 40, POP: “*os particulares afetados formalizarão as reclamações ante a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado parte onde tenham sua residência habitual ou a sede de seus negócios*”.

Sendo assim, aos particulares não é permitido o acesso direto ao sistema arbitral, que não podem formular de forma autônoma as suas demandas, que dependem de aceitação dos Estados - o que torna o acesso “*indireto*” para particulares.⁶¹²

⁶¹⁰ Conforme Decisão do Conselho Mercado Comum: MERCOSUL/CMC/DEC. N° 37/03: Regulamento do Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul

⁶¹¹ VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Op. cit., p. 89-90.

⁶¹² NOGUEIRA, Cassia 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, Rev. Secr. Trib. Perm. Revis. Ano 2, N° 4, p. 27-47, Ago. 2014, p. 39.

Doutro lado, possibilitou o acesso dos particulares ao sistema de solicitação de opiniões consultivas, cuja tratamento será melhor aprofundado adiante.

Deve-se ressaltar, ainda, que o Protocolo Olivos manteve fases de negociação diplomática, prévias ao estabelecimento da arbitragem.

4.2.1 O TPR

O Protocolo de Olivos criou o Tribunal de Permanente de Revisão (TPR), que é composto por árbitros permanentes, conforme artigo 18, PO.

Cada Estado parte é responsável pela designação de um árbitro e de um suplente, pelo período de 02 (dois) anos, sendo renovável por mais dois períodos iguais.

O quinto árbitro é designado pelo período, não renovável, de 03 (três) anos, cuja escolha deve ser unânime entre os Estados partes.

As controvérsias que contem com a participação de apenas dois Estados terão o tribunal composto por três membros, um de cada Estado parte e um eleito por sorteio. Já as controvérsias em que participem mais de dois Estados partes, o tribunal é composto pela totalidade de seus membros.

O TPR pode atuar tanto como tribunal de recurso, para os laudos proferidos por tribunais arbitrais *ad hoc* (TAAH), como como tribunal de primeira e única instância (art. 23, PO), a depender da escolha das partes.

O laudo arbitral faz coisa julgada formal e material e é obrigatório seu cumprimento, sob pena da configuração de ilícito internacional.⁶¹³ Em caso de não cumprimento de decisões do TPR⁶¹⁴, o Estado parte poderá adotar medidas compensatórias, tais como a suspensão de concessões ou outras obrigações equivalentes, com vistas a obter o cumprimento do laudo (art. 31 PO)⁶¹⁵ – as sanções ao descumprimento dos laudos são, portanto, apenas bilaterais.⁶¹⁶ Isso também corrobora para a demonstração de um regime baseado na reciprocidade e não na “união de direito”.

⁶¹³ NÓBREGA, Aline Rosado Targino da; SILVA, Marcelo Mauricio da. Op. cit., p. 162-164.

⁶¹⁴ Cf. Aline da Nóbrega e Marcelo Silva, não são claros os métodos de internalização do laudo arbitral proferido por tribunal arbitral internacional ao qual o Brasil é signatário e que, ademais, não existe nenhuma jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre laudos oriundos do TPR. (Ibidem, 167)

⁶¹⁵ Art. 31, (...) 2. O Estado Parte beneficiado pelo laudo procurará, em primeiro lugar, suspender as concessões ou obrigações equivalentes no mesmo setor ou setores afetados. Caso considere impraticável ou ineficaz a suspensão no mesmo setor, poderá suspender concessões ou obrigações em outro setor, devendo indicar as razões que fundamentam essa decisão.

⁶¹⁶ NÓBREGA, Aline Rosado Targino da; SILVA, Marcelo Mauricio da. Op. cit., p. 171.

4.2.2 OPÇÃO DE FORO

Conforme prevê o artigo 1º do Protocolo de Olivos e o artigo 1º, do Anexo (Regulamento do Protocolo de Olivos para Solução de Controvérsias no Mercosul), da Decisão/CMC nº 37/03⁶¹⁷, a jurisdição do sistema do Mercosul não é exclusiva. Ou seja, os Estados podem optar por submeter as controvérsias à mecanismos distintos, tal como o previsto na Organização Mundial do Comércio (OMC).

Porém, uma vez iniciado o procedimento pelo mecanismo previsto no Mercosul, as partes não poderão mais submeter o litígio a outros foros.

4.2.3 OPINIÕES CONSULTIVAS

As opiniões consultivas são pronunciamentos jurídicos emitidos pelo TPR, com caráter não vinculante nem obrigatório, a respeito da interpretação e aplicação das normas do Mercosul em um caso concreto.⁶¹⁸

A competência consultiva representa uma importante inovação ao sistema de solução de controvérsias do Mercosul. Embora tenha sido prevista em 2002, no âmbito do Protocolo de Olivos, a regulamentação pelo Brasil só se fez 10 (dez) anos depois.

Por ser um mecanismo pouco conhecido pelos profissionais do direito, tem sido pouco utilizado, até o momento (portanto, num prazo de 15 anos de existência do TPR), somente três opiniões consultivas foram proferidas pelo TPR.

⁶¹⁷ Artigo 1. Opção de foro (art. 1.2 PO)

1. Se um Estado Parte decidir submeter uma controvérsia a um sistema de solução de controvérsias distinto ao estabelecido no Protocolo de Olivos, deverá informar ao outro Estado Parte o foro escolhido. Se, no prazo de quinze (15) dias, contados a partir da notificação, as partes não acordarem submeter a controvérsia a outro foro, a parte demandante poderá exercer sua opção, comunicando sua decisão à parte demandada e ao Grupo Mercado Comum (doravante GMC).

2. A opção de foro deve ser expressa antes do início do procedimento previsto nos artigos 4 e 41 do Protocolo de Olivos.

3. Entende-se que um Estado Parte optou pelo sistema de solução de controvérsias do Protocolo de Olivos, ao solicitar o início dos procedimentos previstos nos artigos 4 e 41.

4. Para os efeitos deste artigo, será considerado iniciado um procedimento sob o sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio, quando a parte demandante solicitar a conformação de um Grupo Especial nos termos do artigo 6 do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos pelo qual se Rege a Solução de Controvérsias.

5. O Conselho Mercado Comum (doravante CMC) regulamentará oportunamente a aplicação do presente artigo em relação aos sistemas de solução de controvérsias de outros esquemas preferenciais de comércio

⁶¹⁸ Conforme Decisão do Conselho Mercado Comum: MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 37/03: Regulamento do Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul.

A previsão inicial do Protocolo de Olivos, artigo 3º, estabeleceu ao Conselho Mercado Comum a competência de determinar o alcance e os procedimentos do regime de solicitação de opiniões consultivas.

Foi o Regulamento do Protocolo de Olivos para Solução de Controvérsias no Mercosul (Decisão/CMC nº 37/03), que estabeleceu um rol ampliado de legitimados para a solicitação, sendo composto pelos: órgãos decisórios do Mercosul e Tribunais Superiores dos Estados partes.

O Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul, ao seu turno, possibilitou ao Parlasul solicitar opiniões consultivas ao TPR.

A Decisão/CMC nº 02/2007, estabeleceu aos Tribunais Superiores de Justiça a possibilidade de solicitar opiniões consultivas. No Brasil, conforme Emenda Regimental nº 48/2012, do Supremo Tribunal Federal, foi instituído o procedimento de solicitação de opiniões consultivas ao TPR.

Ainda que as opiniões proferidas pelo TPR não possuam caráter obrigatório, é evidente que o sistema, se devidamente utilizado, contribuirá com a interpretação e aplicação uniforme das normas do Mercosul.

4.2.3.1 PROCEDIMENTO DA EMENDA REGIMENTAL Nº 48/2012, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O primeiro “Juiz do Mercosul” será sempre o Juiz nacional (e em matéria de residência, no Brasil, o Juiz Federal), que exerce ao mesmo tempo o mandato de Juiz nacional e Juiz do Mercosul – cabendo a ele velar pela aplicação dos Tratados institutivos.

Embora o Brasil tenha sido o último país a regulamentar o envio de opiniões consultivas ao TPR, foi o único a permitir às partes a possibilidade de requerimento de opinião consultiva. Nos casos dos demais estados, somente o juiz da causa está autorizado a realizar o requerimento de tal procedimento.⁶¹⁹

No Brasil, o STF regulamentou o procedimento consultivo por meio da Emenda Regimental n.º 48, de 03 de abril de 2012, que incluiu o inciso VIII, ao artigo 7.º e os artigos 354-H a 354-M:

Art. 7º Compete ainda ao Plenário: (...)

⁶¹⁹ NOGUEIRA, Cassia Cavalcante de Oliveira; PRADO, Henrique Sartori de Almeida. Op. cit., p. 39

VIII – 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.

Art. 354-H. A solicitação de opinião consultiva deve originar-se necessariamente de processo em curso perante o Poder Judiciário brasileiro e restringe-se exclusivamente à vigência ou interpretação jurídica do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho do Mercado Comum – CMC, das Resoluções do Grupo Mercado Comum – GMC e das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul – CCM.

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.

Art. 354-J. A solicitação de opinião consultiva indicará: I – a exposição dos fatos e do objeto da solicitação; II – a descrição das razões que motivaram 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 originada a solicitação; Parágrafo único. 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.

Art. 354-K. Ao receber a solicitação, o Presidente do Supremo Tribunal Federal iniciará o processo de colheita de votos dos demais Ministros pelo processo virtual ou, se entender conveniente, encaminhará cópias aos demais Ministros antes da sessão administrativa designada para deliberação sobre a presença dos requisitos de admissibilidade do pedido e sua pertinência processual.

Art. 354-L. Uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade, a solicitação será encaminhada ao Tribunal Permanente de Revisão, com cópia para a Secretaria do Mercosul, e para as demais Cortes Supremas dos Estados Partes do Mercosul.

Art. 354-M. A opinião consultiva emitida pelo Tribunal Permanente de Revisão não terá caráter vinculante nem obrigatório.”

Destaca-se que são exigências do art. 354-J que a solicitação de opinião consultiva contenha: (i.) a exposição dos fatos e do objeto da solicitação; (ii.) a descrição das razões que motivaram a solicitação; (iii.) a indicação precisa da Normativa Mercosul a respeito da qual se realiza a consulta; (iv.) indicação do juízo e da ação em que originada a solicitação.

Nestes termos, o solicitante deve requerer o encaminhamento ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, para que este proceda o envio da solicitação ao Tribunal Permanente de Revisão.

4.2.3.2 OPINIÕES CONSULTIVAS PARA ALÉM DA QUESTÃO COMERCIAL – REGRAS DE CARÁTERES SOCIAIS E CIDADÃS

Embora o Mercosul tenha sido criado com forte orientação para fins comerciais (a criação progressiva de um mercado comum), o bloco vivenciou a celebração de instrumentos de direito internacional público (tratados, acordos e protocolos) que ampliaram o escopo da integração para obrigações de carâteres sociais e cidadãs.⁶²⁰

O mais importante desses instrumentos é certamente Acordo de Residência do Mercosul, recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro pelo o Artigo 3º, do Decreto nº 6975/2009. No domínio do sistema de fontes do Mercosul, o Acordo de Residência é um acordo estabelecido no âmbito do Tratado de Assunção.

Assim, qualquer questão jurídica acerca do Tratado de Assunção, no Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção, das Decisões do CMC, das Resoluções do GMC e das Diretrizes da CCM, pode ser submetida às opiniões consultivas do Tribunal Permanente de Revisão⁶²¹ (o que inclui todo o acervo normativo de caráter social e, inclusive, o Acordo de Residência do Mercosul).

A opinião consultiva do TPR, com a ciência de todos as Cortes Supremas dos Estados-partes (art. 354-L) é essencial para um caráter uniforme de aplicação do direito do Mercosul, incluindo todas as matérias relacionadas ao comércio, aos direitos sociais e a cidadania, dentre as quais, o disposto no Acordo de Residência e as normas proteção dos direitos fundamentais e humanos dos cidadãos do Mercosul.

⁶²⁰ Plano Estratégico de Ação Social do Mercosul (PEAS), Plano de Ação para a Conformação Progressiva de um Estatuto da Cidadania do Mercosul, Declaração Sociolaboral do Mercosul (1998) - revisada em julho de 2015, Acordo Multilateral sobre Seguridade Social do Mercosul, Acordo sobre Documentos de Viagem e Retorno dos Estados Partes do Mercosul e Estados Associados.

⁶²¹ Art. 3.º, n.º 1, da Dec.CMC Nº37/03.

4.2.3.3 CASO PRÁTICO PEDENTE DE ANÁLISE – ISENÇÃO PREVISTA NO ACORDO DE RESIDÊNCIA COM RELAÇÃO À MULTA POR PERMANÊNCIA IRREGULAR

Sabe-se que o Mercosul logrou importantes avanços no tema da migração e da livre circulação de pessoas, contudo, a falta de harmonização das legislações nacionais e as diferentes interpretações dos tribunais nacionais tem sido empecilho à aplicação uniforme das normas de direito do Mercosul.⁶²²

Neste viés, defendo a possibilidade de solicitação de opinião consultiva para uniformização da interpretação de matéria relacionada aos temas de migração e livre circulação de pessoas.

Foi com esse entendimento que solicitei (juntamente aos recursos especial e extraordinário), enquanto procurador da parte, em 09 de outubro de 2018, o envio de opinião consultiva ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, para que o TPR esclarecesse o âmbito de aplicação do artigo 3º do Acordo de Residência e se havia incompatibilidade do art. 125 da Lei (Brasileira) nº 6.815/80 com o referido artigo do acordo de residência.⁶²³ O processo⁶²⁴ pende de exame de admissibilidade do recurso especial e extraordinário e a falta de conhecimento acerca do direito do Mercosul e dos procedimentos de envio de solicitações ao TPR pelo poder judiciário nacional, tem protelado o andamento da causa.

Para compreensão do tema, e para verificar os problemas causados pela falta de uma jurisdição centralizada para a uniformidade e para o asseguramento da não-discriminação, seguir-se-á um resumo do caso.

⁶²² VIEIRA, Luciane Klein; COSTA, Vitória Volcato da. Op. cit., p. 174.

⁶²³ As questões suscitadas do TPR foram as seguintes: i. Qual é o escopo das obrigações assumidas pelos Estados-partes no âmbito do Tratado de Residência do Mercosul?; ii. O Tratado de Residência do Mercosul estabelece um regime jurídico mais benéfico aos cidadãos do Mercosul?; iii. O Tratado de Residência do Mercosul autoriza que os Estados-partes destinem tratamento mais lesivo aos cidadãos de outros Estados-partes? Como por exemplo o afastamento da regra de isenção de multas?; iv. O art. 3º do Acordo de Residência, que prevê a isenção de multas, deve ser aplicado a todos os cidadãos do Mercosul? Quais são as hipóteses de seu afastamento pelas autoridades dos Estados-partes?; v. Aos Estados-partes cabe dar interpretação uniforme ao direito do Mercosul?; vi. No caso em questão, a Polícia Federal (representada pela autoridade coatora - DELEGADO DA POLÍCIA FEDERAL – CHEFE DA DELEMIG/ DREX/ SR/ PF/ PR) violou o direito da solicitante ao negar a isenção de multa?; vii. Há incompatibilidade do art. 125 da Lei nº 6.815/80 com o art. 3º do Acordo de Residência, quando o destinatário da regra for cidadão do Mercosul?

⁶²⁴ Processo nº 5050496-86.2016.4.04.7000/PR, atualmente em trâmite no Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Trata-se de Mandado de Segurança, cuja impetrante é uma cidadã Argentina, que ingressou no Brasil em 10 de fevereiro de 1984. Durante o período vivenciado no país, estabeleceu união estável com brasileiro e com seu companheiro teve 6 (seis) filhas, sendo 5 (cinco) delas de nacionalidade brasileira.

Seu companheiro faleceu em 16 de março de 2007, deixando-a como a única provedora da casa, responsável pelo sustento de 3 (três) de suas filhas que, ainda menores de idade, dependem unicamente de seu sustento.

A impetrante não conseguiu durante um longo período realizar o pedido de permanência porque não possuía recursos financeiros para o pagamento das taxas necessárias e para expedir os documentos (na Argentina e no Brasil) e realizar cópias autenticadas, sem prejuízo do sustento de sua família.

Ocorre que a regularização de sua situação era extremamente urgente, para que a impetrante pudesse, enfim, buscar um trabalho formal e utilizar do serviço de saúde pública.

A solução encontrada foi o pedido de permanência com fundamento em prole brasileira, com fundamento na Portaria MJ nº 04/2015, na Lei nº 6815/80 e RN nº 108/2014 CNIg, haja vista a impetrante ser mãe de 5 (cinco) filhas brasileiras.

Em 2016, foi deferido o pedido de permanência, com fundamento em prole brasileira. Mas para a surpresa da impetrante, o Departamento da Polícia Federal lhe aplicou multa no valor máximo previsto em lei, no montante de R\$ 827,75 (oitocentos e vinte e sete reais e setenta e cinco centavos), conforme artigo nº 125, inciso III, da Lei nº 6815/80.⁶²⁵

A decisão, contudo, desconsiderou o tratamento mais benéfico destinado aos cidadãos do Mercosul, previsto do artigo 3º do Acordo de Residência (internalizado pelo Decreto nº 6975/2009)⁶²⁶ que determina a isenção de multas e outras sanções

⁶²⁵ Lei 6.815/80. Art. 125. Constitui infração, sujeitando o infrator às penas aqui cominadas: (...)

II - demorar-se no território nacional após esgotado o prazo legal de estada:

Pena: multa de um décimo do Maior Valor de Referência, por dia de excesso, até o máximo de 10 (dez) vezes o Maior Valor de Referência, e deportação, caso não saia no prazo fixado.

⁶²⁶ Artigo 3

ÂMBITO DE APLICAÇÃO

O presente Acordo aplica-se a:

- 1) Nacionais de uma Parte, que desejem estabelecer-se no território de outra e que apresentem perante o consulado respectivo sua solicitação de ingresso no país e a documentação determinada no artigo seguinte;
- 2) Nacionais de uma Parte, que se encontrem no território de outra Parte, desejando estabelecer-se no mesmo e apresentem perante aos serviços de migração sua solicitação de regularização e a documentação determinada no artigo seguinte.

administrativas. Como também desconsiderou os objetivos deste acordo⁶²⁷, as considerações iniciais do Tratado de Assunção⁶²⁸ e a própria Constituição brasileira.⁶²⁹

As decisões judiciais subscreveram o entendimento equivocado do Departamento da Polícia Federal, fundamentando a decisão por um critério hermenêutico próprio da jurisprudência tributária nacional, de que “*não é possível mesclar diferentes regimes jurídicos para ficar com o melhor de cada um deles*”. Para o judiciário brasileiro, só seria possível a isenção da multa, se o requerimento de permanência fosse realizado com base na regra do próprio acordo.

Isto é, o judiciário entende que, caso o cidadão do Mercosul tenha um vínculo mais forte de permanência, como é o caso, no qual a impetrante possui 5 (cinco) filhas brasileiras, a isenção de multa não lhe é direito, pois escolheu propor seu pedido de permanência com base neste vínculo mais forte, com procedimento mais simplificado e agilizado.

O entendimento é manifestamente equivocado e leva em consideração a aplicação de jurisprudência tributária, que sequer é relacionada à matéria de circulação de pessoas.

Não se trata da “aplicação de diferentes regimes”, como defenderam as decisões judiciais de primeiro e segundo graus. Trata-se, em verdade, de um direito relativo à cidadania.

Este direito inerente à cidadania do Mercosul prevalece, independente da modalidade de permanência optada. As decisões da justiça brasileira são, portanto, equivocadas ao fazerem um paralelo com a jurisprudência tributária.

O procedimento previsto no parágrafo 2 aplicar-se-á independente da condição migratória em que houver ingressado o peticionante no território do país de recepção e implicará a isenção de multas e outras sanções administrativas mais gravosas.

⁶²⁷ Dentre os objetivos prescritos no Acordo de Residência: “(...) o desejo dos Estados Partes do MERCOSUL e dos Países Associados de fortalecer e aprofundar o processo de integração, assim como os fraternais vínculos existentes entre eles.”

“TENDO PRESENTE que a implementação de uma política de livre circulação de pessoas na Região é essencial para a consecução desses objetivos.” e “VISANDO a solucionar a situação migratória dos nacionais dos Estados Partes e Países Associados na região, a fim de fortalecer os laços que unem a comunidade regional”.

⁶²⁸ Dentre as considerações iniciais do Tratado de Assunção (Decreto Nº 350, de 21 de novembro de 1991): “Reafirmando sua vontade política de deixar estabelecidas as bases para uma união cada vez mais estreita entre seus povos, com a finalidade de alcançar os objetivos supramencionados”.

⁶²⁹ CF. Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

Parágrafo único. 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.

Não se trata de optar por dois regimes (prole ou residência temporária), mas sim de uma condição de <SER CIDADÃO DO MERCOSUL> ou não ser.⁶³⁰ Na condição de cidadã argentina, a cidadania do Mercosul adere a cidadania do nacional deste estado membro, garantindo-lhe os direitos previstos nos tratados e acordos, incorporados/internalizados no ordenamento jurídico brasileiro.

Uma interpretação sistemática e teleológica da legislação e dos tratados, ou seja, uma análise ampla do acervo jurídico relacionado ao pedido de permanência, garante aos cidadãos do Mercosul a isenção de multas que derivem do ingresso irregular no país, uma vez que concedida sua permanência.

Assim, verifica-se que é cogente a isenção da multa, em razão do direito da impetrante, expressado no teor do artigo 3º do Acordo de Residência, o que se verifica mediante a aferição dos objetivos dos tratados e acordos do Mercosul, que garantem a todos os cidadãos dos Estados partes a livre circulação de pessoas, independentemente do fundamento jurídico sob o qual se fez o pedido de permanência, seja ele por prole, nos termos do art. 1 da Portaria MJ nº 04/2015⁶³¹ e legislação correlata (Lei nº 6815/80⁶³² e RN nº 108/2014 CNIg), ou pelas regras do Acordo de Residência, em consonância com uma interpretação conforme à Constituição (art. 4, parágrafo único).

Pontua-se ainda, que seria uma grande incoerência normativa e confrontaria os princípios e objetivos elencados no referido Acordo impor um meio mais gravoso aos cidadãos dos Estados partes.

Isto porque o Acordo foi criado com o intuito de “*fortalecer e aprofundar o processo de integração*”, buscando “*uma política de livre circulação de pessoas na Região é essencial para a consecução desses objetivos*” e “*visando a solucionar a situação migratória dos nacionais dos Estados Partes e Países Associados na região, a fim de fortalecer os laços que unem a comunidade regional*”. Nesse sentido, a escolha da impetrante pela forma menos gravosa de requerer a permanência não deveria extinguir seu benefício de isenção da multa. Afinal, impor obstáculos para a sua finalidade é uma ofensa grave aos direitos fundamentais.

⁶³⁰ No mesmo sentido defendido por nós, Luciane Klein Vieira e Vitória Costa também sustentam que a concessão de benefícios previstos no Acordo de Residência é decorrente da nacionalidade do solicitante, e não de requisitos relacionados à atividade laboral e ao vínculo de emprego. (VIEIRA, Luciane Klein; COSTA, Vitória Volcato da. Op. cit., p. 181)

⁶³¹ Art. 1º São regulados por esta Portaria os seguintes procedimentos, no âmbito do Ministério da Justiça: I - permanência definitiva e registro de estrangeiros, com base nas modalidades de reunião familiar, prole, casamento e união estável;

⁶³² Lei vigente ao tempo dos fatos, hoje revogada Nova Lei de Migrações (nº 13.445/2017).

Como se verifica, a interpretação do direito do Mercosul se faz, via de regra, pelo juiz nacional, que geralmente desconhece o direito do Mercosul, é incapaz de fazer uma análise sistêmica das fontes e está de olhos fechados para os objetivos prescritos nos tratados, protocolos e acordos.

Tal é a prova do desconhecimento e da falta de compromisso com a integração sul-americana, que tanto o juiz de primeiro grau, como o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao julgarem o caso, ignoraram regras e princípios de direito do Mercosul (mesmo certos de que todas as regras estavam devidamente internalizadas ao ordenamento jurídico brasileiro!) e fundamentaram a decisão em uma jurisprudência típica de direito tributário nacional.

Martha Lucía Olivar Jimenez também tem feito referência à temática, ao sustentar que uma das grandes causas de inaplicação do direito do Mercosul e do “*estancamento*” do processo de integração é a equiparação das normas de direito do Mercosul com as normas de direito internacional público.⁶³³

Conclusões similares foram as apresentadas no “Primeiro Relatório sobre a Aplicação do Direito do Mercosul pelos Tribunais Nacionais (2003)”⁶³⁴, para o qual a ausência de um Tribunal de Justiça do Mercosul tinha como consequência a dependência da interpretação do direito do Mercosul aos tribunais nacionais, que funcionam como última instância na interpretação e aplicação do direito do Mercosul.

A falta de uma jurisdição centralizada, é lesiva a uniformidade do direito do Mercosul – e tal situação se faz evidente pelo caso narrado. Como também é lesiva ao princípio da não-discriminação, pois, no estado de coisas deste processo, foi negado a parte um direito assegurado pelo acordo de residência, que poderá, de forma oposta, ser assegurado por outro Estado parte, sem que haja qualquer meio mais efetivo de dar repercussão geral à matéria para todos os Estados.

A opinião consultiva certamente já é um começo, pois uma opinião fundamentada, proferida pelo TPR, embora não obrigatória aos Estados, já poderá causar o constrangimento necessário à sua aplicação. Contudo, é necessário que a ferramenta seja utilizada – mais vezes e com agilidade –, o que só será possível com a difusão de sua existência e funcionamento.

⁶³³ JIMENEZ, Martha Lucía Olivar. Op. cit., p. 5.

⁶³⁴ Disponível em: http://www.mercosur.int/innovaportal/file/741/1/infome_derecho_mercosur2003.pdf, acesso em: 09/09/2017.

5. PARA EFEITO DE UMA COMPARAÇÃO – O QUE A UNIÃO EUROPEIA PODE OFERECER DE ENSINAMENTO?

Não há dúvida de que o modelo de integração da União Europeia é referência para a maioria – senão para todos – os processos de integração regional, dentre os quais se inclui o Mercosul.

Ocorre que a comparação usualmente feita entre ambos os sistemas se limita à afirmação de que a União Europeia atingiu um estágio de supranacionalidade, enquanto o Mercosul mantém-se regido por um modelo de intergovernabilidade, seguindo as regras tradicionais do direito internacional público clássico.

Conforme já observado, é verdade que a União Europeia atingiu um nível de organização inovador, cuja natureza própria decorre da delegação de poderes pelos Estados-membros em favor da União.

Neste aspecto, a primeira diferença importante a ser observada pelo Mercosul é a forma de tomada de decisões. Enquanto no Mercosul, seguindo a uma lógica de direito internacional público, todas as decisões são tomadas por consenso (regra da unanimidade), a União Europeia optou pela prevalência da tomada de decisões por maioria.

A utilização do método de decisão por unanimidade possui caráter diplomático e destaca o viés de uma instituição de cooperação – uma vez que permite a qualquer um dos Estados partes o exercício do direito ao veto. É certo que essa característica é um empecilho ao avanço da integração.

A segunda diferença a ser observada refere-se ao modo de sancionamento do descumprimento. Enquanto no Mercosul prevalece a reciprocidade (princípio de direito internacional público), no qual o Estado parte prejudicado pelo descumprimento de outro Estado poderá adotar medidas compensatórias, na União Europeia as medidas unilaterais são vedadas. Para que um Estado-membro da União reaja contra o descumprimento de outro Estado, deverá o fazer mediante os mecanismos próprios previstos nos Tratados, especialmente o uso da ação por incumprimento.

A terceira diferença bastante expressiva diz respeito à vigência das normas de direito derivado. No caso da União Europeia, os regulamentos possuem aplicabilidade direta, que assegura a vigência independentemente da adoção de medidas pelos Estados-membros, e as diretivas são dotadas de efeito direto, o que assegura sua aplicação no caso de ausência de transposição ou transposição incompleta pelos Estados-membros. No

direito do Mercosul, as normas de direito derivado dependem de uma regra de “vigência simultânea”, que depende da incorporação e comunicação por todos os Estados partes para que se dê início à vigência – o que ressalta o caráter intergovernamental e dificulta o avanço da integração.

Porém, é de se destacar que a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia foi de suma importância para a condução de inúmeros avanços alcançados pelo direito da União Europeia, o que se demonstrou especialmente pela jurisprudência que afirmou os princípios do primado, da autonomia e do efeito direto.

Até o acórdão Costa/ENEL, não havia um entendimento pacífico acerca da existência de uma distinção entre o direito internacional público e a supranacionalidade do sistema jurídico da União Europeia. Tanto assim era, que os tribunais italianos davam ao Tratado CEE o mesmo tratamento destinado aos demais tratados de direito internacional, tratando o conflito entre a lei que ratificou o Tratado CEE e lei ordinária posterior como mero conflito de leis ordinárias.

Foi com essa decisão paradigmática que a Corte atestou a prevalência do direito da União sobre o direito nacional, nas matérias que lhe foram atribuídas pelos Tratados e declarou que tais limitações aos direitos soberanos dos Estados-membros haviam sido realizadas de modo definitivo

Essa e outras decisões mencionadas comprovam o papel integrador da jurisprudência do TJUE e provam cabalmente os aspectos teóricos apontados pela Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann, a respeito da posição dos tribunais no sistema jurídico.

A existência de um tribunal, no Mercosul, com jurisdição de atribuição, obrigatória, exclusiva e de pronúncia definitiva, que lhe assegurasse a última palavra em direito do Mercosul, certamente traria um aprofundamento na integração regional similar ao atingido na União Europeia.

Dentre alguns dos efeitos práticos que seriam possivelmente atingidos pela existência de um tribunal, estariam a uniformidade de interpretação – que asseguraria a proteção de direitos fundamentais, a não-discriminação, a superação da “barreira econômica” com ampliação dos aspectos sociais –; a ampliação da utilização dos mecanismos consultivos; a criação de uma jurisprudência mais favorável e adequada à integração (gerando redundância); a desvinculação da jurisprudência nacional e da aplicação de institutos de direito internacional público clássico.

É notório que a criação de um tribunal, com as características inerentes à ampla jurisdição, deveria ser acompanhada de um sistema completo de vias jurisdicionais capaz

de assegurar o acesso à justiça. Que deveria contar, principalmente, com um sistema de reenvio prejudicial que possibilitasse a última palavra em matéria de interpretação do direito e com a ação por incumprimento, para coibir a tomada de medidas unilaterais (para proibir a possibilidade de suspensão da aplicação do tratado ou qualquer outra medida unilateral).

Nota-se que, como bem afirmado pela teoria dos sistemas, o tribunal atua como centro do sistema jurídico, pois em razão do princípio do *non liquet*, ao juiz recai a obrigação de decidir.

Na ausência de um tribunal, não há nem como afirmar que o direito do Mercosul configure um sistema jurídico independente, uma vez que a interpretação final do direito do Mercosul recai via de regra aos Tribunais nacionais.

Também do ponto de vista da Teoria dos Sistemas (e com especial destaque à crítica/contribuição de Marcelo Neves à essa teoria), pode-se verificar que há pouco reflexo do direito do Mercosul nas comunicações ocorridas na periferia do sistema. O direito do Mercosul, via de regra, sequer faz parte das comunicações jurídicas.

A falta de concreção do direito do Mercosul nos possibilita afirmar que há um caráter simbólico deste direito, que muitas vezes não cumpre com sua função de generalização de expectativas normativas e, em determinadas situações, o texto sequer é considerado/lembrado – deixando problemas sem solução e obstruindo mudanças.

Diante de todas estas ponderações, dentre as reconhecidas diferenças entre ambos os sistemas, temos que a maior delas reside na jurisdição, ao optar por um tribunal de caráter arbitral, o Mercosul enveredou por um caminho tímido de integração, deixando a interpretação deste direito à cargo dos tribunais nacionais.

A Teoria dos Sistemas e a experiência europeia, a primeira correspondendo à um viés teórico e a segunda à testagem prática desta teoria, demonstram os efeitos da constituição de um tribunal com jurisdição de atribuição, obrigatória, exclusiva e de pronúncia definitiva – o qual, se constituído, asseguraria a evolução do direito do Mercosul.

Como se sabe, constituir um tribunal não foi a opção adotada pelo Mercosul, sua escolha é uma decisão política de grande responsabilidade, haja vista as consequências que lhe são decorrentes. Por outro lado, tal opção foi a dos redatores do Tratado CECA, que desde a primeira iniciativa de integração, enveredaram pela criação de um tribunal, sem ela, provavelmente não teríamos a União Europeia que hoje conhecemos.

CONCLUSÕES

A integração regional não é o único caminho possível a ser tomado em um mundo globalizado, no qual a economia e os meios de comunicação de massa gradativamente ganham papel mais destacado.⁶³⁵

Mas não há dúvida que a integração é uma das soluções, sobretudo porque permite uma ampliação do poder político e do direito (que não é possível ao nível estatal), com o asseguramento de níveis admissíveis de legitimação democrática.

Uma vez tendo decidido pela utilização da Teoria dos Sistemas, a opção pela análise do sistema jurídico era óbvia. Mas não tão óbvia a opção pela análise da jurisdição, em detrimento da legiferação.

Sabe-se quão importantes são os tratados e as demais fontes de direito para a União Europeia e o Mercosul, mas restava saber qual é efetivamente a importância da jurisdição.

Embora a primeira parte do trabalho possuísse o intuito de introduzir conceitos necessários para a compressão da Teoria dos Sistemas, também permitiu a tomada de diversas conclusões.

As contribuições de Niklas Luhmann para a Teoria do Direito e para a Sociologia do Direito são inegáveis.

Por meio da Teoria dos Sistemas, é possível compreender o sistema jurídico como o sistema que opera por uma racionalidade própria, regida pelo código legal/ilegal, que buscará assegurar seu contínuo fechamento operacional e sua autorreprodução.

O fechamento do sistema jurídico se deu em um longo processo histórico, que tem sua culminância no constitucionalismo, no qual a Constituição, que funciona como acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, possibilita a diferenciação funcional do sistema e sua autopoiese.

Uma ampla descrição da função, código e programas do sistema jurídico permitiu apurar quais são as características diferenciadoras do sistema jurídico e seu modo de

⁶³⁵ Sobre o tema, diversas poderiam ser as referências (Habermas, Bauman, Dussel, Luhmann, etc). Limitamo-nos a um trecho da obra de Marcelo Neves, que bem esclarece o problema: *“essa dependência persistente da segmentação territorial em Estados, especialmente no que concerne ao problema da legitimação torna a política e o direito relativamente fracos diante dos sistemas que se reproduzem no plano mundial de forma cada vez mais intensa, desenvolvidos primariamente com base em expectativas cognitivas, seja no plano estrutural (economia, técnica e ciência) ou no nível semântico (meios de comunicação de massa), sem dependerem de segmentação territorial”*. (NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo...*, p. 31.

funcionamento. A função do direito, com base na concepção luhmanniana, é a generalização congruente de expectativas normativas, em outras palavras, o direito oferece determinada segurança aos destinatários das normas jurídicas por possuir um caráter contrafático.

Demonstrou-se, por meio das críticas/contribuições de Marcelo Neves para a Teoria dos Sistemas, que existem particularidades nos sistemas jurídicos da modernidade periférica. Estas considerações são de importante verificação na comparação dos ordenamentos jurídicos da União Europeia e do Mercosul, mas também em uma comparação entre os Estados-membros de cada qual. Há problemas na realidade periférica, que impedem um pleno fechamento operacional do sistema jurídico, que acaba por sofrer influências desdiferenciadoras de outros sistemas sociais, que faz com que o direito, muitas vezes, não cumpra a sua função de generalização congruente de expectativas normativas, causando exclusão social e insegurança jurídica.

Analizou-se, ainda, do ponto de vista teórico-sociológico-jurídico, o fenômeno da relação entre diferentes ordens jurídicas e a opção pela adoção do termo internormatividade. Neste ponto, demonstrou-se como a Teoria dos Sistemas afasta-se da compreensão de sistema adotada pelo positivismo, trazendo uma compreensão mais adequada ao fenômeno da internormatividade.

Em uma segunda parte do trabalho, adentrou-se ao tema da jurisdição. Luhmann tratou de forma competente em sua obra a função dos tribunais no sistema jurídico.

No sistema jurídico, os tribunais representam o centro. A periferia do sistema é tudo mais que funcione com base no código jurídico – contratos, notificações, análise de risco, consultas realizadas por especialistas, etc. Mas é no centro que ocorre o “*manejo do paradoxo*”, em que são transformadas as incertezas em certezas aparentes.⁶³⁶

Na dificuldade de resolução de paradoxos constitutivos do sistema, o sistema delega a tarefa a um centro, “*para o qual não há alternativas, (pois) não há concorrência dentro do sistema*”.⁶³⁷ Ou seja, a decisão judicial é capaz de fechar/“colocar um ponto final” na questão – garantindo que a demanda seja resolvida em termos jurídicos (com base no código do próprio sistema), assegurando a autopoiese do sistema jurídico.

Há uma relação dessa importante posição dos tribunais no sistema jurídico com o princípio do *non liquet*, que assegura que os tribunais não poderão denegar o acesso à justiça – o que implica que, sempre que provocados, terão de decidir.

⁶³⁶ CAMPILONGO, Celso. Política, Sistema Jurídico..., p. 158.

⁶³⁷ LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais..., p. 168.

Vale citar novamente a lição de Niklas Luhmann: “o círculo não se daria se os tribunais, onde não puderem ‘encontrar’ o direito, em vez disso pudessem se contentar com um *non liquet* [não está claro]”.⁶³⁸

Com isso, pode-se perceber que, do ponto de vista teórico, é possível afirmar que os tribunais possuem grande importância ao fechamento do sistema jurídico e, assim, somente com um tribunal, a União Europeia logrou o fechamento de sua ordem jurídica.

A história da integração europeia fala por si – e ao mesmo tempo é a comprovação cabal da teoria explicitada ao início do trabalho.

Por isso, optamos por contar a história da União Europeia a partir da importante opção de introdução de um tribunal ainda no Tratado CECA e os caminhos frutíferos da jurisprudência no fortalecimento da integração europeia.

O direito internacional, como diz Campilongo, é mais um “amontoado” do que um sistema jurídico. Mas na União Europeia, a conformação de um sistema jurídico é fato consumado. A afirmação dessa ordem jurídica não se fez sem um longo trabalho do Tribunal de Justiça, seja pela afirmação do primado (caso Costa/ENEL), como pela afirmação do efeito direto (caso Van Gend en Loos).

O Tribunal tinha “*uma certa ideia de Europa*”, como disse Pescatore, mas poderia não ter? A certa ideia de Europa vigente no pensamento do Tribunal é resultado de sua posição como centro do sistema e, ao mesmo tempo, pela ciência dos juízes da responsabilidade que tinham com o asseguramento deste direito. Não decidir em conformidade com uma ideia de Europa seria relegar ao simbolismo o acervo normativo da integração – que, aliás, é o que ocorre correntemente no Mercosul, para vias de uma comparação.

Para que tudo isso ocorresse, logicamente, era necessário que o Tribunal possuísse uma jurisdição em seu sentido completo: de atribuição, obrigatória, exclusiva e de pronúncia definitiva.

A análise dos pareceres do Tribunal de Justiça da União Europeia possibilitou aferir a sua atuação na proteção dessa jurisdição exclusiva.

Adiante, após uma descrição do Mercosul e de seu sistema de solução de controvérsias, foi possível compreender os reflexos da carência de um tribunal com jurisdição para o fechamento do sistema. Não há como dizer que o Mercosul funcione como um sistema jurídico independente.

⁶³⁸ LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade..., p. 410.

Como consequência, pelo fato de a interpretação dos tratados recair aos tribunais nacionais (dotados, via de regra, de última palavra em direito do Mercosul, salvo nos casos de julgamento arbitral da controvérsia), decorre grave violação ao princípio da não-discriminação.

Embora já mencionado no último capítulo, cabe pontuar novamente que a falta de concreção do direito do Mercosul nos possibilita afirmar que há um caráter simbólico deste direito, que muitas vezes não cumpre com sua função de generalização de expectativas normativas e, em determinadas situações, o texto sequer é considerado/lembrado – deixando problemas sem solução e obstruindo mudanças.

O cumprimento do direito do Mercosul adere mais a via diplomática das relações internacionais do que ao caráter de um efetivo sistema jurídico, principalmente se considerarmos que as sanções ao descumprimento dos laudos arbitrais são apenas bilaterais, baseadas em um regime de reciprocidade e não de “união de direito”.

É possível concluir, portanto, que, dentre todas as características diferenciadoras do Mercosul e da União Europeia no que tange a noção de sistema jurídico, a principal reside na constituição de um tribunal, com jurisdição de atribuição, obrigatória, exclusiva e de pronúncia definitiva.

A América do Sul (e, pode-se dizer, também a América Latina) é mais que um território, é uma ética, composta de valores compartilhados por diversas pessoas e que remetem a sentimentos de luta, esperança, vida, resistência à exploração, justiça/equidade e solidariedade. Uma estrutura real potencializa uma ética? A América do Sul é uma possibilidade política? Essas respostas não ficam a cargo deste trabalho, mas, na medida do possível, espera-se que ele possa contribuir para decisões futuras.

BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, Elisabeth. Mercosul e União Europeia: Estrutura jurídico-institucional. 4ª Ed. Rev. e Atual. Tratado de Lisboa, Curitiba: Juruá, 2010.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. O Mercosul no Contexto da Integração Latino-Americana, in RIBEIRO, Elisa de Souza. Direito do Mercosul, Curitiba: Appris, 2013.

AMARAL, Diogo Freitas; PIÇARRA, Nuno. O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do Direito da União Europeia: uma evolução na continuidade In: Revista de direito público, Instituto de Direito Público, Almedina, A. 1, nº 1, p. 9-56, Jan.-Jun, 2009.

BAPTISTA, Luiz Olavo. O Mercosul Após o Protocolo de Ouro Preto, In: Estudos Avançados, Vol. 10, nº 27, mai.-ago. 1996.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio da Subsidiariedade: Conceito e revolução, in: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 21-54, abr.-jun. 1995.

BARROSO, José Manuel Durão. União Europeia: Onde estamos e para onde vamos, In: Liber Amicorum Fausto de Quadros, Vol. I, p. 937-951, 2016.

BASSO, Maristela. Harmonização do Direito dos Países do Mercosul, In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, vol. 33, 2000.

CAMPILONGO, Celso. Direito e Diferenciação Social, São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Direito na Sociedade Complexa, 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial, 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, João Mota de.; PEREIRA, António Pinto; CAMPOS, João Luiz Mota de. Manual de Direito Europeu: O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia, 7ª Ed., Coimbra Editora, 2014.

_____; _____. O Direito Processual da União Europeia: Contencioso comunitário, 2ª Ed. Rev. e Aumentada, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, 7ª Ed, Coimbra: Almedina, 2011.

_____. “Brançosos” e Insterconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, 2ª Ed., Coimbra: Almedina, 2012.

CICCO FILHO, Alceu José; CORTEZ, Cynthia Coelho. Solução de Controvérsias, in RIBEIRO, Elisa de Souza. Direito do Mercosul, Curitiba: Appris, 2013.

CUNHA, Paulo de Pita e. O Movimento Europeu, In: Integração Europeia: Estudos de Economia, Direito e Política Comunitários, 2ª Edição, Coimbra: Almedina, 2004.

_____. Tentativas Históricas de União Europeia, In: Integração Europeia: Estudos de Economia, Direito e Política Comunitários, 2ª Edição, Coimbra: Almedina, 2004.

DE BÚRCA, Gráinne. Sovereignty and the Supremacy Doctrine of the European Court of Justice, In: WALKER, Neil (Org.). Sovereignty in Transition, Portland: Oxford, 2003.

DE GIORGI, Raffaele. Direito, Tempo e Memória, São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. Luhmann e a Teoria Jurídica dos Anos 1970 in: CAMPILONGO, Celso. Direito na Sociedade Complexa, 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Ciência do Direito e Legitimação: A crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann, Curitiba: Juruá, 2017.

DELPIAZZO, Carlos E. Fuentes de Derecho del Mercosur, In: Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Curitiba: Juruá, p. 13-28, 2002.

DUARTE, Francisco de Abreu. Crónica de uma morte anunciada: o protocolo n.º 16 à CEDH e o princípio da autonomia da União Europeia, Disponível em: <<https://institutoeuropeu.eu/biblioteca-ie/publicacoes/outras-publicacoes/528-chronica-de-uma-morte-anunciada-o-protocolo-n-16-a-cedh-e-o-principio-da-autonomia-da-uniao-europeia>>, acesso em: 10/07/2019, 2018.

DUARTE, Maria Luísa. A Liberdade de Circulação de Pessoas e a Ordem Pública no Direito Comunitário. Tese de Mestrado em Ciências Jurídico Política – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1989.

_____. O Tratado da União Europeia e a garantia da Constituição: notas de uma reflexão crítica In: Estudos em memória do professor doutor João de Castro Mendes, Lisboa, p. 665-715, 1995.

_____. A aplicação jurisdicional do princípio da subsidiariedade no direito comunitário: pressupostos e limites in Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor João Umbrales, Coimbra: Coimbra Editora, p. 779-813, 2000.

_____. Constituição Europeia e os direitos de soberania dos Estados-membros: elementos de um aparente paradoxo, In: O direito / propr. Juridireito, A. 137, n° 4-5, Lisboa, p. 837-863, 2005.

_____. O Banco Central Europeu e o Sistema Judicial da União Europeia: Supremacia decisória e controlo da legalidade, In: Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Douro António de Sousa Franco, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, p. 151-176, 2006.

_____. União Europeia e Direitos Fundamentais: No espaço da internormatividade, Lisboa: AAFDL, 2006.

_____. União Europeia: Estática e dinâmica da ordem jurídica eurocomunitária, Coimbra: Almedina, 2011.

_____. União Europeia, Identidade Nacional e Igualdade Linguística, In: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. V, Coimbra: Coimbra Editora, p. 283-406, 2012.

_____. União Europeia, Estatuto de Cidadania e Direitos de Participação Política, In: Liber Amicorum em Homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

_____. Sobre o caso Gauweiler: estará o Tribunal de Justiça pronto a fazer o que for necessário para preservar o primado do Direito da União Europeia?, In: Estudos em Homenagem ao Conselheiro Rui Moura Ramos, Vol. I, Coimbra: Almedina, p. 749-768, 2016.

_____; ALVES, Pedro Delgado. União Europeia e Jurisprudência Constitucional dos Estados-membros, Lisboa: AAFDL, 2016.

_____. Direito do Contencioso da União Europeia, Lisboa: AAFDL, 2017.

DUSSEL, Enrique. Meditaciones anti-cartesianas: Sobre el origen del anti-discurso de la modernidad, Tabula Rasa. Bogotá – Colombia, nº 9, pp.153-197, jul.-dez. 2008.

ESPIELL, Héctor Gros Espiell. El Tratado de Asunción y Algunas Cuestiones Jurídicas que Plantea, In: Revista de Informação Legislativa, vol. 28, nº 111, p. 203-228 jul./set. 1991.

FENNELLY, Nial. The National Judge as Judge of the European Union, In: The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law, Hague: Asser Press, p. 61-79, 2013.

FONSECA, Guilherme da; CAMARA, Miguel Bettencourt da. Diálogo Judicial: Efeito da Desterritorialização do Poder do Estado? Crise da Constituição da República Portuguesa? (Outros níveis de protecção dos direitos fundamentais – breves notas), In: Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos, Coimbra: Almedina, p. 671- 690, 2016.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Integración Meercosuleña: Entre lo intergubernamental y lo supranacional, Rev. Secr. Trib. Perm., ano 3, nº 6, p. 226-250, Ago. 2015.

GALGANO, Francesco. The New Lex Mercatoria. Annual Survey of International & Comparative Law: Vol. 2, disponível em: <<http://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol2/iss1/7/>>, acesso em: 26/05/2019.

GAMIO, José Maria. Balance y Perspectivas de la Integración Regional, Rev. Secr. Trib. Perm., ano 7, nº 14, p. 327-333, Ago. 2019.

GANHO, Luciano Giambarresi. Não Este Pensamento Não: Catatau de Leminski e o antidiscurso da Modernidade, Jornal Relevô, Ed. II, Ano VI, out. 2015.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. Direito da União: História, direito, cidadania, mercado interno e concorrência, 6ª Ed., Coimbra: Almedina, 2010.

GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica, São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. Os princípios filosóficos do direito político moderno, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUERRA, Sidney. Curso de direito internacional público, 10ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

HABERMAS, Jurgen. O Estado-nação Europeu Frente aos Desafios da Globalização: O passado e o futuro da soberania e da cidadania, Revista Novos Estudos CEBRAP, nº 43, nov. 1995.

_____. O Discurso Filosófico da Modernidade: Doze lições, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HARTLEY, T. C. European Community Law, 15ª Ed., Oxford University Press, 2003.

_____. The Foundations of European Union Law, 18ª Ed., Oxford University Press, 2014.

HERZOG, Tamar. A Short History of European Law: The Last and a Half Millennia, Cambridge: Harvard University Press, 2018.

JACOBS, Francis. The Court of Justice in the Twenty-First Century: Challenges Ahead for the Judicial System?, In: The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law, Hague: Asser Press, p. 49-59, 2013.

JIMENEZ, Martha Lucía Olivar. El Derecho del MERCOSUR y el Derecho Internacional - La lucha por independencia, in Revista Electrónica de Estudios Internacionales, nº 18, 2009, disponível em: <<http://www.reei.org/index.php/revista/num18/articulos/derecho-mercosur-derecho-internacional-lucha-independencia>>, acesso em: 10/10/2019.

JUDT, Tony. Uma Grande Ilusão? Um ensaio sobre a Europa, Lisboa: Edições 70, 2013.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, 8ª Ed, São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LAGRANGE, Maurice. La Cour de Justice des Communautés Européennes du Plan Schuman à l'Union Européenne, 1979 disponível em: <http://www.cvce.eu/obj/maurice_lagrange_la_cour_de_justice_des_communautes_europeennes_du_plan_schuman_a_l_union_europeenne-fr-30dbbb02-97f2-46ad-898c-49b074cb2ab2.html>, acesso em: 24/09/2019.

LANCEIRO, Rui Tavares. A “Erosão” dos Princípios da Autoridade do Caso Julgado e do Caso Decidido pelo Direito da União Europeia, In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. V, Coimbra: Coimbra Editora, p. 459-489, 2012.

_____. O fim (parcial) da jurisprudência Plaumann ou um novo caso Jégo-Quére? A Convenção de Aarhus e o acesso público ao juiz do TJUE no âmbito do ambiente, In: Liber Amicorum Fausto de Quadros, Vol. I, Coimbra: Almedina, p. 761-781, 2016.

LEMINSKI, Paulo. Ensaio e anseio crípticos, Curitiba: Inventiva, 2014.

LENAERTS, Koen; NUFFEL, Piet Van. Constitutional Law of the European Union, 2ª Ed., London: Thomson Sweet & Maxwell, 2005.

_____; MASELIS, Ignace; KATHLEEN, Gutman. EU Procedural Law, Oxford: Oxford University Press, 2014.

_____. The European Court of Justice and the Horizontal Application of the Principle of Non-discrimination, In: Estudos em Homenagem ao Conselheiro Rui Moura Ramos, Vol. I, Coimbra: Almedina, p. 1105-11020, 2016.

LINHARES, José Manuel Aroso. Constitucionalidade, Juridicidade e Identidade Europeia: Será a Europa Hoje Verdadeiramente um 'Projecto' Constitucional? Um diálogo entre uma narrativa de continuidade e descontinuidade, In: Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos, Coimbra: Almedina, p. 721-748, 2016.

LOSANO, Mario G. Sistema e Estrutura no Direito, Vol. 2: O Século XX, São Paulo, Martins Fontes, 2010.

LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico, Revista AJURIS, nº 49, p. 149-168, jul. 1990.

_____. A Terceira Questão: O Uso Criativo dos Paradoxos no Direito e na História do Direito, nº 39 (1), pp. 45-52, jan.-jun., 2006.

_____. O Direito da Sociedade, São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. Sistemas Sociais: Esboço de uma teoria geral, Petrópolis: Vozes, 2016.

MACHADO, Jónatas E. M. Direito da União Europeia, 3ª Ed., Coimbra: Gestlegal, 2018.

MADURO, Miguel Poiães. Os desafios da Europa, In: Liber Amicorum Fausto de Quadros, Vol. II, p. 451-459, 2016.

MAFFEI, Brenda Luciana. Análisis Sistemico de La Controversia por los Pneumáticos Remoldeados: Um caso emblemático del Tribunal Permanente de Revisión. Rev. Secr. Trib. Perm. Revis., ano 7, nº 14, p. 149-171, ago. 2019.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. A Árvore do Conhecimento: As bases biológicas da compressão humana, 5ª Ed., São Paulo: Palas Athena, 2005.

MAIA, Cristina Campos Mamede; CUNHA, Leopoldo Faria da. Direito de Integração, in RIBEIRO, Elisa de Souza. Direito do Mercosul, Curitiba: Appris, 2013.

MARANIELLO, Patricio. Control de Integracionalidad: La Garantía del Cumplimiento de los Tratados de Integración. Rev. Secr. Trib. Perm. Revis., ano 7, nº 14, p. 44-83, ago. 2019.

MARQUES, Claudia Lima. O “Direito do Mercosul”: Direito oriundo do Mercosul, entre direito internacional clássico e novos caminhos de integração, In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, vol. 35, 2001.

MARTINS, Ana Maria Guerra. Manual de Direito da União Europeia, Coimbra: Almedina, 2012.

_____. Manual de Direito da União Europeia, 2ª Ed. Atual. e Aumentada, Coimbra: Almedina, 2018.

MARTINS, Patrícia Fragoso. O princípio do primado do direito comunitário sobre as normas constitucionais dos Estados-Membros: dos tratados ao projecto de "Constituição europeia", Estoril: Princípiã, 2006.

_____. O Caso Kadi e a Fórmula “Solange”: Das relações entre o direito da União Europeia e a ordem jurídica internacional em matéria de direitos fundamentais, In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Mirante, Vol. V, Coimbra: Coimbra Editora, p. 407-432, 2012.

_____. In: PAIS, Sofia Oliveira. Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia: Uma abordagem jurisprudencial, 3ª Ed., Coimbra: Almedina, 2017.

MÉNDEZ, Maider. Tribunal Permanente de Revisión en la Línea del Tiempo: 2002-2019, MARANIELLO, Patricio. Control de Integracionalidad: La Garantía del Cumplimiento de los Tratados de Integración. Rev. Secr. Trib. Perm. Revis., ano 7, nº 14, p. 97-128, ago. 2019.

MESQUITA, Maria José Rangel de. O Controlo da Execução dos Acórdãos Sancionatórios por Incumprimento Estadual à Luz da Saga Portuguesa em Matéria de Responsabilidade do Estado por Incumprimento do Direito da União Europeia: O monopólio do Tribunal de Justiça e a dupla delimitação da sua competência em face da Comissão e do Tribunal Geral, In: Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos, Coimbra: Almedina, p. 1157-1188, 2016.

_____. Introdução ao Contencioso da União Europeia: Lições, 3ª Ed., Coimbra: Almedina, 2018.

MORAIS, Carlos Blanco. As “ideologias da Interpretação” e o Ativismo Judicial: O impacto das “ideologias da interpretação nos princípios democrático e da separação de poderes, In: Liber Amicorum Fausto de Quadros, Vol. I, Coimbra: Almedina, p. 273-290, 2016.

NAFARRATE, Javier Torres. Luhmann e as “Formas Elementares da Vida Social”, Revista Brasileira de Sociologia do Direito, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 28-36, jan./jun., 2015.

NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito, *Revista Lua Nova*, nº 37, p. 93-106, 1996.

_____. *Entre Têmis e Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Transconstitucionalismo*, São Paulo: WMF, 2009.

_____. *La Constitución y La Esfera Pública: entre diferenciación sistémica, inclusión y reconocimiento*, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 37, p. 163-192, 2014.

_____. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica: Uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*, São Paulo: WMF, 2018.

NÓBREGA, Aline Rosado Targino da; SILVA, Marcelo Mauricio da. A Incorporação dos Laudos Arbitrais do Tribunal Permanente de revisão do Mercosul e o Direito Brasileiro. *Rev. Secr. Trib. Perm. Revis.*, Ano 4, Nº 8, p. 157-176, Ago. 2016.

NOGUEIRA, Cassia 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, *Rev. Secr. Trib. Perm. Revis.*, Ano 2, Nº 4, p. 27-47, Ago. 2014.

OLIVEIRA, David Barbosa; MAIA, Vinicius Madureira. Niklas Luhmann no Brasil: Resistências Acadêmicas ao Estudo da Teoria dos Sistemas, *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 5, nº 3, set./dez. 2018.

PAIS, Sofia Oliveira. Assimetrias no Contencioso da União Europeia Depois de Lisboa e a Sensação de Déjà Vu, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. V, Coimbra: Coimbra Editora, p. 559-574, 2012.

_____. *Eficácia Horizontal da Carta dos Direitos Fundamentais da União: O caminho se faz caminhando*, In: *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, Vol. II, p. 795-812, 2016.

_____. *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia: Uma abordagem jurisprudencial*, 3ª Ed., Coimbra: Almedina, 2017.

PERNICE, Ingolf. The Right to Effective Judicial Protection and Remedies in the EU, in *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and perspectives on sixty years of case-law*, Hague: Asser Press, p. 381- , 2013.

_____. *European Constitutionalism and the National Constitutions of the Member States: Implications for Brexit*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XCIII, Tomo I, Universidade de Coimbra, Coimbra, p. 211-244, 2017.

PETIT, Nicolas. The Future of the Court of Justice in EU Competition Law: New role and responsibilities, In: *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, Hague: Asser Press, p. 397-421, 2013.

PIÇARRA, Nuno. A Justiça Constitucional da União Europeia, In: Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, p. 467-501, 2006.

_____. Nos 50 Anos do Acórdão Van Gend en Loos: A génese dos princípios do efeito direto e do primado do direito da União Europeia e o seu impacto constitucional nos Estados Membros, Themis: Revista da Faculdade de Direito da UNL, Ano XIII, nº 24/25, p. 101-121, 2013.

PINTO, Ana Soares. A Obrigação de Interpretação Conforme em Direito da União Europeia, In: Liber Amicorum Fausto de Quadros, Vol. I, Coimbra: Almedina, p. 147-170, 2016.

PIRES, Francisco Lucas. A Caminho de uma Constituição Política Europeia, Revista Análise Social, Vol. XXVII, nº 118-119, p. 725-727, 1992.

_____. Introdução ao direito constitucional europeu: seu sentido, problemas e limites, Coimbra: Almedina, 1997.

PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio; COLSA; Juan Manuel Uruburu. História da União Europeia, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PORTO, Manuel Carlos Lopes; FLÔRES JR, Renato Galvão. Teoria e Políticas de Integração na União Europeia e no Mercosul, Rio de Janeiro: Almedina, 2006.

PROCHÁZKA, Radoslav. To Decide or Not to Decide: On the political theology of Simmenthal, Lyckeskog et al., In: The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law, Hague: Asser Press, p. 337-365, 2013.

QUADROS, Fausto. O princípio da subsidiariedade no Tratado da União Europeia: contributos para a revisão do Tratado, In: Em torno da revisão do Tratado da União Europeia, Coimbra, p. 231-247, 1997.

_____. Direito da União Europeia, 3ª Ed., Coimbra: Almedina, 2015.

RAMOS, Rui Manuel Moura. O Tribunal de Justiça e o Acesso dos Particulares à Jurisdição da União Após as Alterações Decorrentes do Tratado de Lisboa, In: Liber Amicorum Fausto de Quadros, Vol. II, p. 737-759, 2016.

REYES, Jorge E. Fernández. La Cuestión Constitucional em el Uruguay com Relación al Mercosur. Rev. Secr. Trib. Perm., ano 6, nº 11, p. 47-65, Abr. 2018.

REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: Curso elementar, 15ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

RIBEIRO, Elisa de Souza. Órgãos Executivos, in RIBEIRO, Elisa de Souza. Direito do Mercosul, Curitiba: Appris, 2013.

_____; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; RAEL, Robson Cunha. Parlamento, in RIBEIRO, Elisa de Souza. Direito do Mercosul, Curitiba: Appris, 2013.

ROCHA, Maria Elisabeth Guimarães Teixeira; GALVÃO, Eduardo Ribeiro; LANNES, Carolina Nogueira. Procedimentos de Internalização de Normativas do Mercosul nos Estados Partes, in RIBEIRO, Elisa de Souza. Direito do Mercosul, Curitiba: Appris, 2013.

SANTOS, Washington dos. Dicionário Jurídico Brasileiro, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCHWARZE, Jürgen. Balancing EU Integration and National Interests in the Case-law of the Court of Justice, In: The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law, Hague: Asser Press, p. 257-278, 2013.

SILVEIRA, Alessandra; FERNANDES, Sophie Perez. Coordenadas de vertebração de uma metódica da interconstitucionalidade a partir de um caso de estudo sobre a responsabilidade do Estado-juiz por violação do direito da União Europeia, In: Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos, Coimbra: Almedina, p. 579- 598, 2016.

SKOURIS, Vassilios. The Court of Justice of the European Union: A Judiciary in a Constant State of Transformation, In: CARDONNEL, Pascal; ROSES, Allan; WAHL, Nils (Orgs.). Constitutionalising the EU Judicial System, Oxford: Hart Publishing, 2012.

SPIELMANN, Dean; DARCY, John. A Presentation of Opinion 2/13 of the Court of Justice of the European Union on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, In: Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos, Vol. I, Coimbra: Almedina, p. 655-669, 2016.

TAMM, Ditlev. The History of the Court of Justice of European Union Since its Origin, In: The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law, Hague: Asser Press, p. 9-35, 2013.

TRIDMAS, Takis. Bifurcated Justice: The dual character of judicial protection in EU law, In: The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law, Hague: Asser Press, p. 367-379, 2013.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. O TPR e o Mercosul: Os 15 anos do fiador do direito regional, Rev. Secr. Trib. Perm., ano 7, nº 14, p. 84-96, Ago. 2019.

VIEIRA, Luciane Klein; COSTA, Vitória Volcato da. A Opinião Consultiva como Ferramenta para a Uniformização da Interpretação e Aplicação do Direito do Mercosul, na Temática Migratória. Rev. Secr. Trib. Perm. Revis., ano 7, nº 14, p. 172-197, ago. 2019.

VILIZZIO, Magdalena Bas. Protección de los Derechos Humanos en la Solución de Controversias Inversor-Estado: Confluencia o bifurcación de caminos?. Rev. Secr. Trib. Perm., ano 7, nº 14, p. 129-148, Ago. 2019.

VOLTAIRE. Dicionário Filosófico, São Paulo: Lafonte, 2018.