

**REVISTA DO PROGRAMA  
DE DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA**

**FGV — Fundação Getulio Vargas**

Praia de Botafogo 190

Botafogo — RJ

CEP: 22250-900

Tels: 55 21 3799-5938/6000

E-mail: faleconosco@fgv.br

**FGV Direito Rio — Escola de Direito do Rio de Janeiro**

Praia de Botafogo, 190 13ª andar

Tel: 55 21 3799-5445

E-mail: diretorio@fgv.br

**REVISTA DO PROGRAMA  
DE DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA**

Módulo Europeu do Programa Jean Monnet  
da FGV Direito Rio

**Organização:**

Paula Wojcikiewicz Almeida

ISBN: 978-85-63265-23-4

Obra licenciada em: Creative Commons

EDIÇÃO FGV DIREITO RIO

Praia de Botafogo 190 13º andar — Botafogo

Rio de Janeiro — RJ

CEP: 22.250-900

e-mail: [diretorio@fgv.br](mailto:diretorio@fgv.br)

web site: [www.diretorio.fgv.br](http://www.diretorio.fgv.br)

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

*Os conceitos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade dos autores.*

1ª edição — 2012-11-16

COORDENAÇÃO: Felipe Dutra Asensi, Thaís Teixeira Mesquita e Rodrigo Vianna

DIAGRAMAÇÃO: Leandro Collares — Selênia Serviços

REVISÃO: Clarissa Peixoto

CAPA: Thales Estefani

Ficha catalográfica elaborada pela  
Biblioteca Mario Henrique Simonsen / FGV

Revista do Programa de Direito da União Europeia : revista do módulo europeu do Programa Jean Monnet da FGV Direito Rio. – N.2 (2012)- .  
– Rio de Janeiro : Edição FGV Direito Rio, 2012.

Organizadora: Paula Wojcikiewicz Almeida.  
Inclui bibliografia.

1. União Europeia - Periódicos. 2. Direito internacional público – Periódicos. I. Almeida, Paula Wojcikiewicz. II. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.

CDD — 341.115

## SUMÁRIO

I – APRESENTAÇÃO DA OBRA	7
II – APRESENTAÇÃO DOS PROFESSORES	11
III – ARTIGOS	13
O CONTROLE DAS <i>ANTI-SUIT INJUNCTIONS</i> CONCEDIDAS POR JUÍZES EM FACE DE ARBITRAGENS NO CENÁRIO DA UNIÃO EUROPEIA: O CASO C-185/07 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA COMUNIDADE EUROPEIA	15
LARISSA CLARE POCHMANN DA SILVA SYLVIA CHAVES LIMA COSTA	
O MANDADO DE DETENÇÃO EUROPEU VS. O MANDADO DE CAPTURA DO MERCOSUL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA	27
DAIANA SEABRA VENANCIO	
A APLICAÇÃO DOS MECANISMOS DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA DIANTE DA IMPERFEIÇÃO DAS OPINIÕES CONSULTIVAS NO MERCOSUL	55
MARIANA CAMPOS DE CARVALHO	
A REGULAMENTAÇÃO DA CRIAÇÃO INTELECTUAL NA INTERNET: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE AS MEDIDAS FRANCESAS E OS PROJETOS BRASILEIROS	75
MARÍLIA DE AGUIAR MONTEIRO	



## I – APRESENTAÇÃO DA OBRA

Apresento ao leitor o segundo volume da **Revista do Programa de Direito da União Europeia**. O livro constitui uma publicação dos trabalhos de conclusão de curso dos alunos inscritos e selecionados no *Módulo Europeu do Programa Jean Monnet de Direito da União Europeia* da FGV Direito Rio. A FGV Direito Rio é uma das poucas Instituições de Ensino Superior do Brasil eleitas para contar com o apoio institucional e financeiro da Comissão Europeia.

O *Programa de Direito da União Europeia* é um curso inovador, realizado no âmbito do Programa *Jean Monnet*, capitaneado pela Comissão Europeia, que se insere no objetivo do bloco de estimular o ensino, a pesquisa e a reflexão de temas relacionados à integração europeia em instituições de ensino superior dentro e fora da União. É com este objetivo que é publicado o segundo volume da Revista, que conta com trabalhos de alunos internos e externos à FGV Direito Rio.

O Programa possui a duração de um semestre e é ministrado nas instalações da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Trata-se de um projeto conjunto, que não poderia se realizar sem a colaboração dos professores da Escola, que atuam para difundir o conhecimento acerca do Direito da União Europeia no Brasil, bem como de favorecer a pesquisa e a reflexão crítica de diversos temas relacionados à integração no bloco. Os professores que tornaram possível essa rica iniciativa e que participam do Programa são: Carlos Affonso Pereira de Souza, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, Carina Costa de Oliveira e Paula Wojcikiewicz Almeida, além de professores convidados. Destacam-se por terem sido aprovados pela Comissão Europeia em função de sua alta qualificação e dedicação a temas relacionados à integração do bloco.

A diversidade do grupo permitiu a elaboração de um curso interdisciplinar, que percorre diversas áreas do conhecimento necessárias à inserção de um profissional no mercado comum europeu, sendo igualmente importantes para todos aqueles que possuem especial interesse por temas relacionados à integração

do bloco. O curso possui enfoque no Direito Institucional da União Europeia, bem como em áreas substantivas como Direito da Sociedade da Informação, Direito Ambiental e Direito da Concorrência da União Europeia. A interdisciplinaridade constitui a maior riqueza e atratividade do curso, e se reflete igualmente na presente publicação.

Os trabalhos ora apresentados foram realizados sob a orientação dos professores que integram o Programa e relacionam-se com os assuntos tratados durante o curso. A presente edição traz quatro contribuições acerca de temas importantes e atuais da integração europeia.

O primeiro trabalho é realizado pelas alunas Larissa Clare Pochmann da Silva e Sylvia Chaves Lima Costa. As autoras dissertam sobre as *anti-suit injunctions*, medidas de natureza cautelar adotadas pelos países de *common law* para impedir o início de um processo ou obstar seu prosseguimento. Trata-se de um tema atual, que merece maior debate sobretudo do ponto de vista da União Europeia. O artigo analisa as *anti-suit injunctions* concedidas por juízes em face de procedimentos arbitrais no âmbito de alguns países membros da União Europeia, tendo como ponto de partida o caso *Allianz v. West Tankers*, julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em 2009, e suas repercussões para o bloco.

A segunda contribuição é apresentada pela aluna Daiana Seabra Venâncio, que examina o mandado de detenção europeu *vs.* o mandado de captura do Mercosul de forma comparada. O objetivo da autora é analisar comparativamente as alterações propostas pelos dois institutos no que tange à entrega de pessoas que respondem a processo penal ou que foram condenadas para, em seguida, verificar eventuais incompatibilidades entre as leis internas dos Estados-membros na matéria.

A aluna Mariana Campos de Carvalho avalia, em um terceiro momento, um tema de extrema atualidade e importância para os países do MERCOSUL: a opinião consultiva. A autora analisa criticamente a opinião consultiva no âmbito do MERCOSUL e questiona a eventual aplicação dos mecanismos do reenvio prejudicial, previstos na ordem jurídica da União Europeia, como uma possível solução diante dos problemas identificados no trabalho.

A quarta contribuição da presente edição é redigida por Marília de Aguiar Monteiro, que analisa o tema referente à regulamentação da criação intelectual na internet, efetuando uma análise comparada entre as medidas francesas e os projetos brasileiros. O trabalho busca discutir a melhor abordagem para enfrentar os desafios da regulação das condutas dos usuários na internet, avaliando a proposta francesa para a regulação da criação intelectual na internet e sua reper-

cussão na União Europeia, bem como os projetos desenvolvidos no Brasil que influenciaram a criação na internet.

Todos os tópicos abordados demonstram que o segundo volume da **Revista do Programa de Direito da União Europeia** vem igualmente contribuir para o estudo do direito do bloco no Brasil, favorecendo a difusão e pesquisa de temas relevantes e atuais cuja importância afigura-se crescente.

No término dessa apresentação, gostaria de agradecer a todos que, direta ou indiretamente, tornaram possível a elaboração deste livro, em especial aos alunos que se destacaram no curso em virtude da qualidade de seus trabalhos que ora são publicados e aos professores do Programa que se dedicaram na orientação dos referidos trabalhos de forma que os mesmos pudessem atender às exigências da Revista, e que foram os grandes responsáveis para que esse esforço coletivo tenha sido levado a bom termo.

*Paula Wojcikiewicz Almeida*  
Coordenadora do *Módulo Europeu*  
*do Programa Jean Monnet*  
*de Direito da União Europeia*  
da FGV Direito Rio



## II – APRESENTAÇÃO DOS PROFESSORES

### **PAULA WOJCIKIEWICZ ALMEIDA**

#### **Direito Institucional da União Europeia**

Professora de Direito Internacional e Europeu da FGV Direito Rio e Pesquisadora do Centro de Justiça e Sociedade — CJUS/FGV Direito Rio. Coordenadora do Módulo Europeu do Programa Jean Monnet de Direito da União Europeia da FGV Direito Rio. Pesquisadora associada do Institut de Recherche en Droit International et Européen de la Sorbonne (IREDIÉS). Doutora em Direito Internacional e Europeu pela Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne e pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Público Internacional e Europeu pela Université de Paris XI.

### **CARLOS AFFONSO PEREIRA DE SOUZA**

#### **Direito da Sociedade da Informação da União Europeia**

Vice-Coordenador do Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas — RJ (FGV Direito Rio). Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisador Visitante do Information Society Program, da Faculdade de Direito da Universidade de Yale. Bacharel pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

### **PATRICIA REGINA PINHEIRO SAMPAIO**

#### **Direito da Concorrência da União Europeia**

Professora da FGV Direito Rio e Pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito e Economia — CPDE/FGV Direito Rio. Doutora e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela PUC-Rio.

**CARINA COSTA DE OLIVEIRA****Direito Ambiental da União Europeia**

Professora e Pesquisadora do PDMA — Programa de Direito e Meio Ambiente da FGV Direito Rio. Doutora em Direito internacional pela Universidade de Paris II — Panthéon-Assas, França. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília.

### III – ARTIGOS



# O CONTROLE DAS *ANTI-SUIT INJUNCTIONS* CONCEDIDAS POR JUÍZES EM FACE DE ARBITRAGENS NO CENÁRIO DA UNIÃO EUROPEIA: O CASO C-185/07 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA COMUNIDADE EUROPEIA<sup>1</sup>

LARISSA CLARE POCHMANN DA SILVA<sup>2</sup>

SYLVIA CHAVES LIMA COSTA<sup>3</sup>

## RESUMO

As *anti-suit injunctions* são medidas de urgência, de natureza cautelar, adotadas pelos países de *common law* para impedir o início de um processo ou obstar seu prosseguimento. Essas medidas podem ser concedidas por árbitros ou por juízes em face de procedimentos judiciais ou arbitrais. No presente trabalho, analisa-se a medida concedida por juízes em face de procedimentos arbitrais no âmbito de alguns países membros da União Europeia, a partir de um caso paradigma — o caso “*Allianz v. West Tankers*”, julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em 2009 — e suas repercussões, já que o bloco não possui normas específicas sobre arbitragem.

## PALAVRAS-CHAVE

*Anti-suit injunction*; Poder Judiciário; Arbitragem; União Europeia; C-187/07

## Introdução

O termo *anti-suit injunction*, composto pelos vocábulos anti (contra), *suit* (processo) e *injunction* (injunção, ordem), tem origem na língua inglesa e significa

- 1 Conforme orientação do bloco no endereço eletrônico de seu tribunal de justiça, toda referência à jurisprudência anterior à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a partir de 1º de dezembro de 2009, manterá o adjetivo comunitário e fará referência ao Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em 1º de maio de 2012). Tendo o caso objeto de análise no presente artigo sido julgado antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, preserva-se, então, a denominação Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, atualmente Tribunal de Justiça da União Europeia.
- 2 Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestranda em “Acesso à Justiça e Efetividade do Processo” na Universidade Estácio de Sá (UNESA). Bolsista CAPES. Trabalho orientado pela professora Paula Wojcikiewicz Almeida.
- 3 Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestranda em Direito Penal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bolsista CAPES.

uma ordem, de natureza cautelar,<sup>4</sup> dada para impedir o início ou o prosseguimento de um determinado processo judicial ou arbitral, preservando uma arbitragem em curso ou um processo judicial já em tramitação.<sup>5</sup> Esta ordem pode ser concedida por árbitros ou por juízes estatais.

As *anti-suit injunctions* concedidas para preservar uma arbitragem têm o intuito de impedir que partes ingressem com outros procedimentos, judiciais ou arbitrais, em violação aos termos da convenção de arbitragem que pactuaram. O árbitro como conessor tem previsão, no cenário brasileiro, no artigo 22, *caput*, da Lei de Arbitragem brasileira<sup>6</sup> (Lei nº 9.307/1996) e, no cenário internacional, pelo disposto no artigo 17 da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 21/06/1985.<sup>7</sup> De acordo com esses dispositivos, o árbitro tem o poder de proferir decisões e adotar todos os tipos de medidas para assegurar os direitos e as obrigações das partes signatárias da convenção de arbitragem. Contudo, tais medidas se concedidas por árbitro só terão coercibilidade se submetidas ao juiz estatal. Nessas hipóteses, a parte que se sentir prejudicada pode, igualmente, se socorrer ao Poder Judiciário, normalmente o da sede da arbitragem, a fim de impedir o prosseguimento do processo instaurado em violação da convenção arbitral.

Já as *anti-suit injunction* concedidas para preservar um processo judicial são um assunto ainda não regulamentado, na medida em que são geralmente concedidas em face de outros tribunais de justiça, nacionais ou estrangeiros. O objetivo das medidas nesse caso é que se pare de litigar em outro foro, ou até mesmo ou que cesse uma demanda proposta de má-fé, funcionando como um controle para a manutenção da boa-fé processual. A concessão da medida por um juiz depende de uma série de condições, mas o principal critério é o interesse do tribunal que pode conceder a medida no julgamento da causa,<sup>8</sup> para definir qual jurisdição seria a mais adequada para a solução do litígio. Trata-se

4 ROBERSON, Eric. Comity Be Damned: The Use of Antisuit Injunctions against the Courts of a Foreign Nation. In: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 147, n. 2, Dec., 1998, p. 413.

5 PHILLIPS, John Ray. A Proposed Solution to the Puzzle of Antisuit Injunctions. In: *The University of Chicago Law Review*, v. 69, n. 4, Autumn, 2002, p. 2009.

6 Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

7 Artigo 17 Poder do Tribunal Arbitral Ordenar Medidas Provisórias:

Salvo em convenção em contrário das partes, o tribunal arbitral pode, a pedido de uma parte, ordenar a qualquer delas que tome as medidas provisórias ou conservatórias que o tribunal arbitral considere necessário tomar em relação ao objeto do litígio. O tribunal arbitral pode exigir a qualquer das partes que, em conexão com essas medidas, preste uma garantia adequada.

8 Para uma análise mais detalhada das razões que levariam um tribunal a conceder uma *anti-suit injunction* para paralisar um outro processo judicial, remetemos a PHILLIPS, John Ray. A Proposed Solution to the Puzzle of Antisuit Injunctions. In: *The University of Chicago Law Review*, v. 69, n. 4, Autumn, 2002, p.

de preocupação para evitar processos duplicados, nos casos em que se tenha a mesma questão sendo levada pelas mesmas partes a julgamento em foros distintos. Por outro lado, as medidas concedidas por juízes decorrem, na maioria dos casos, da violação por uma parte da convenção de arbitragem que, quando do surgimento de um litígio, opta por dirimi-lo perante uma corte estatal, alegando, por exemplo, a invalidade da cláusula compromissória ou do compromisso. Esse tipo de conduta pode ocorrer também mesmo quando a arbitragem já tiver sido instaurada.

As *anti-suit injunctions* são, assim, espécies de medidas urgentes de natureza inibitória que podem envolver graves reflexos no âmbito internacional, pois o processo que se pretende evitar ou interromper pode envolver uma jurisdição estrangeira. É importante ressaltar, contudo, que a ordem para suspender ou impedir determinado processo (a *anti-suit injunction*) será sempre dirigida às partes do processo e não ao tribunal especificamente.

No presente trabalho, tratar-se-á especificamente de tais medidas quando concedidas por juízes estatais em face de arbitragens nos Estados membros da União Europeia, deixando-se, no entanto, o registro de que elas podem também ser concedidas por árbitros e até mesmo por juízes estatais face a processos judiciais.

Para isso, o trabalho se iniciará por um breve estudo do histórico das medidas em alguns países do bloco, especialmente a Inglaterra, onde se tem um cenário mais desenvolvido.

Em seguida, será feita a análise da difusão do questionamento sobre a possibilidade ou não de aplicação das *anti-suit injunctions* no bloco, demonstrando o posicionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia, em face da legislação vigente no bloco, especialmente porque, embora não haja previsão específica, o Tribunal analisou a compatibilidade da medida com a legislação comunitária. Por fim, qual foi o efeito da decisão do bloco.

### I — O surgimento das *anti-suit injunctions* no contexto dos Estados-membros da União Europeia: a análise do reino unido

Afirma-se que um dos ancestrais das *anti-suit injunction* está no direito da *common law*. Dessa forma, o exame da matéria necessariamente tem seu enfoque, no contexto da União Europeia, no Reino Unido.<sup>9</sup>

---

2007 e ROBERSON, Eric. Comity Be Damned: The Use of Antisuit Injunctions against the Courts of a Foreign Nation. In: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 147, n. 2, Dec., 1998, pp. 421/422.

9 POHJANKOSKI, Pekka. Can International Arbitration Remain Unaffected by EU Law? Anti-Suit Injunctions and the Scope of the Arbitration Exception. In: *Helsinki Law Review*. Finlândia: Edilex, 2010/2. p. 84.

O desenvolvimento dessas medidas, no modelo atual, iniciou-se a partir do século XIII, quando os tribunais ingleses se distanciaram do julgamento por equidade para se preocuparem cada vez mais com o formalismo,<sup>10</sup> mas seu desenvolvimento só foi perceptível a partir da segunda metade do século XIV, diretamente ligado à evolução dos tribunais ingleses e de sua colônia norte-americana.

Posteriormente, as *anti-suit injunctions* foram também utilizadas como forma de punir advogados e partes que pretendiam procrastinar processos, no instituto inglês do *contempt of court*.

O primeiro caso de utilização de uma *injunction* por um tribunal inglês foi em 1821,<sup>11</sup> para impedir processos em cortes estrangeiras ou suspender demandas em cortes locais. Na ocasião, um tribunal inglês entendeu ser mais conveniente julgar na própria Inglaterra litígio envolvendo dois réus residentes no país, e não em um tribunal na Escócia,<sup>12</sup> como pretendia um dos réus.

Em 1911, o Tribunal de Apelação inglês concedeu a primeira *anti-suit injunction* de que se tem notícia envolvendo a arbitragem, para preservar a eficácia de uma convenção de arbitragem ajustada entre as partes. O Tribunal Inglês, ao conceder a medida, impediu o prosseguimento de um processo ajuizado por uma parte inglesa perante um tribunal espanhol.<sup>13</sup>

Já em 1919, no caso *Cohen v. Rothfiel*, a medida foi requerida com o fim de impedir que a parte ré continuasse uma ação na Escócia, considerando a existência de outra ação na Inglaterra. O tribunal inglês deferiu a cautelar, por entender que a continuidade de duas ações poderia causar uma situação opressiva ou vexatória (*oppressive or vexatious*), quando o procedimento estrangeiro é iniciado como uma manobra para fraudar os direitos da parte, colocando-a diante de uma jurisdição estrangeira com a finalidade de lhe causar dificuldades.<sup>14</sup>

O fundamento de concessão das injunções está no disposto pelo artigo 37 (1) do *Supreme Court Act* de 1981<sup>15</sup> e no artigo 44 do *Arbitration Act* de

10 Inicialmente, as cortes inglesas julgavam com base nas regras de direito e na equidade. Com a formação de alguns poucos precedentes, as cortes inglesas sentiam-se livres para aplicar medidas específicas, de acordo com o caso concreto. No fim do século XIV, contudo, as cortes da Inglaterra passaram a se ater somente aos precedentes já firmados. Por essa razão, as cortes foram duramente criticadas por sua rigidez formal. (ROBERSON, Eric. *Op. cit.*, p.6)

11 William Bushby v. James Munday, Jeremiah Cloves and C W Cracroft [1821], (1821) 5 Madd 297, March 08, 1821.

12 BERRYMAN, BLACK, CASSELS, PRATT, ROACH, WADDAMS. Remedies: Cases and Materials. In: *Emond Montgomery Publication*, Fifth Edition, 2006, p. 980.

13 *Pena Copper Mines Ltd v Rio Tinto Co Ltd (1911)* 105 LT 846.

14 BOLFER, Sabrina Ribas. *Arbitragem Comercial Internacional & Anti-suit Injunctions*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 29.

15 O Supremo Tribunal pode, por fim, conceder uma medida cautelar, em caráter interlocutório ou definitivo, em todos os casos em que parece ao tribunal para ser justo e conveniente fazê-lo. (Tradução livre.)

1996.<sup>16-17</sup> O artigo 37 (1) do *Supreme Court Act* de 1981 demonstra a ampla discricionariedade das cortes inglesas em conceder *anti-suit injunctions*.

Por sua vez, o artigo 44 (1) e (2) demonstra que, de acordo com o *Arbitration Act* de 1996, as cortes inglesas teriam o poder-dever de conceder *anti-suit injunctions* para suspender processos ajuizados em violação a convenções de arbitragem.

Caso o requerido não cumpra a medida, pode sofrer as consequências do *Contempt of Court*, que inclui penas severas — como penas privativas de liberdade ou confiscação dos bens localizados no território do Reino Unido. Além disso, os órgãos jurisdicionais britânicos tendem a não reconhecer ou não executar sentenças estrangeiras proferidas em violação de uma *anti-suit injunction*.

Apesar de ter origem nos países do *common law*, alguns países membros da União Europeia concediam *anti-suit injunctions*, enquanto outros rejeitavam tais medidas, não havendo, até 2009, uma homogeneidade no bloco quanto ao tema.

## II. O controle das *anti-suit injunctions* pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia

A questão precisava de uma uniformização no bloco e, já no século XXI, foi objeto de análise pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, que, a partir de dezembro de 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, passou a ser denominado Tribunal de Justiça da União Europeia. A primeira situação analisada foi a concessão de tais medidas em face de processo judicial, no caso *Turner v. Grovit*, C-159/02,

16 O *Arbitration Act* de 1996 introduziu na Inglaterra, no País de Gales e na Irlanda do Norte a ideia do Princípio Kompetenz-kompetenz, permitindo ao árbitro decidir sobre sua própria competência, importado do modelo da UNCITRAL. O *Arbitration Act* de 1996 não é aplicado na Escócia.

17 Seção 9 — Suspensão do processo legal: (1) Uma parte de um acordo de arbitragem contra quem procedimentos legais são trazidas (seja por meio de reclamação ou pedido reconvenicional) em relação a um assunto que no âmbito do acordo deve ser submetida à arbitragem pode (mediante aviso às outras partes no processo) requerer ao tribunal em que o processo foi levado a suspender o processo até o momento em que digam respeito a esse assunto. (2) O pedido pode ser feito sem prejuízo de que a matéria deve ser submetida à arbitragem somente após o esgotamento dos procedimentos de resolução de controvérsias. (3) A suspensão não pode ser feita antes de se certificar que o procedimento judicial é adequado ou depois que tomou qualquer medida para atender a reivindicação de direito material. (4) Em um pedido descrito nesta seção, o tribunal deve conceder a medida, a menos que convencido de que a convenção de arbitragem é nula e sem efeitos, inoperante ou inexecutável. (5) Se o tribunal se recusa a suspender o processo, qualquer disposição é uma condição prévia para a propositura de procedimentos judiciais para analisar a questão, não produzindo qualquer efeito o processo a que o Tribunal se recusou a suspender. (Tradução livre.)

Art. 44: Poderes do Tribunal em processos de arbitragem: (1) Salvo convenção das partes em contrário, o tribunal tem para os fins e em relação ao processo de arbitragem o mesmo poder dos processos judiciais. (2) Estas questões são: (...) (e) a concessão de uma providência cautelar e a nomeação de um receptor dessa providência. (Tradução livre.)

julgado em 2004.<sup>18</sup> *G. Turner* possuía nacionalidade britânica e foi contratado, em 1990, como assessor jurídico de um grupo de empresas, sendo que esse grupo possui diversas empresas, em vários países. A empresa que assumiu o contrato de *Grovit* foi a *Harada*, com sede no Reino Unido e a *Changepoint*, com sede na Espanha. *G. Grovit* trabalhava em Londres, mas, em 1997, a seu pedido, foi transferido para Madri. Em 1998, demitiu-se, afirmando que as empresas estariam obrigando que realizasse práticas ilícitas, intentando ação em Londres. A *Harada* alegou incompetência do Tribunal Inglês, que não foi acolhida. A *Changepoint*, por sua vez, processou *Grovit* na Espanha, pedindo indenização por ele ter se demitido. Em dezembro de 1998, *Grovit* solicitou ao Tribunal Inglês que parasse o litígio contra ele na Espanha, sendo que foi concedida uma injunção para que não houvesse mais processos discutindo o seu contrato de trabalho, além do que já estava em curso no Reino Unido.

Houve recurso e a questão chegou até o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, hoje, Tribunal de Justiça da União Europeia. A jurisprudência do Tribunal das Comunidades Europeias (CE)<sup>19</sup> desautorizou a prática das *anti-suit injunctions* quando as ações judiciais estejam pendentes perante tribunais dos Estados-membros da União Europeia.

Porém, o caso de maior relevância, até porque era o de maior frequência, e considerado mais relevante sobre o tema, é o acórdão do caso *Allianz SpA* (anteriormente *Riunione Adriatica di Sicurta SpA — RAS*) *v. West Tankers Inc.* (“*Allianz v. West Tankers*”), de 10 de fevereiro de 2009, quando o Tribunal finalmente analisou a concessão destas medidas em face de arbitragens, definindo um regramento para o bloco quanto a essas medidas de natureza cautelar.

Após discorrer sobre o julgamento C-185/07, será feita a análise do cenário europeu após o julgamento, com o objetivo de analisar como passaram a se comportar os Estados-membros face à determinação do bloco.

#### A. O caso C-185/07: uma definição para as *anti-suit injunctions* em face de arbitragem

No final de 2007, a Câmara dos Lordes, Tribunal Supremo inglês, submeteu uma nova questão prejudicial ao Tribunal de Justiça das Comunidades Eu-

18 Sobre o tema: KRUGER, Thalia. The Anti-Suit Injunction in the European Judicial Space: Turner v Grovit. In: *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 53, n. 4, Oct., 2004, pp.1030-1040.

19 O Tratado de Lisboa determinou o final da Comunidade Europeia, e a sua absorção pela União Europeia. De uma perspectiva juridicopolítica, passou a existir uma única entidade, a União. Após o Tratado de Lisboa, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias passou a ser denominado de Tribunal de Justiça da União Europeia. No presente trabalho, utilizaremos a denominação de Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias quando nos referirmos ao Tribunal antes do Tratado de Lisboa e Tribunal de Justiça da União Europeia para nos referirmos ao Tribunal após o Tratado de Lisboa.

ropeias acerca da compatibilidade de uma *anti-suit injunction* com o Direito Comunitário, mas, dessa vez, especificamente sobre a concessão de *anti-suit injunctions* para impedir a continuidade de processos judiciais quando há convenção de arbitragem.

O acórdão do caso *Allianz SpA* (anteriormente *Riunione Adriatica di Sicurtà SpA — RAS*) *v. West Tankers Inc.* (“*Allianz v. West Tankers*”), de 10 de fevereiro de 2009, julgamento C-185/07, causou muita repercussão quanto ao futuro das *anti-suit injunctions* no âmbito da CE.

O fato ocorreu em agosto de 2000, quando um navio pertencente à *West Tankers* e fretado pela *Erg Petroli SpA* (“*Erg*”), colidiu em Siracusa (Itália), causando danos ao cais de embarque pertencente à *Erg*. O contrato de fretamento continha uma cláusula que previa a resolução de eventual litígio por arbitragem em Londres (Reino Unido).

Considerando os danos decorrentes do acidente, *Erg* dirigiu-se aos seus seguradores *Allianz e Generali*, no sentido de obter uma indenização até o limite do montante seguro e instaurou, nos termos do contrato, um processo de arbitragem contra a *West Tankers* em relação aos danos remanescentes. A *West Tankers* contestou a sua responsabilidade relativamente aos danos causados pela colisão.

Após ter pago à *Erg* a indenização pelo prejuízo por ela sofrido, a *Allianz* intentou, em 30 de julho de 2003, uma ação contra a *West Tankers*, no *Tribunale di Siracusa* (Itália), a fim de recuperar os montantes que tinha pago à *Erg*. A *Allianz* alegou que, nos termos da lei italiana, teria se sub-rogado nos direitos da *Erg*.

Por sua vez, baseada na existência de uma convenção de arbitragem, a *West Tankers* alegou a incompetência do Tribunal de Siracusa e, paralelamente, ajuizou ação perante a *High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division (Commercial Court)* (Reino Unido) visando à declaração de que o litígio entre a seguradora e ela deveria ser submetido à arbitragem e à concessão de uma *anti-suit injunction* proibindo a seguradora de prosseguir com o processo na Itália.

Em 21 de março de 2005, o Tribunal inglês — *High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division (Commercial Court)* — deferiu os pedidos da *West Tankers* e concedeu a *anti-suit injunction* contra a seguradora. A seguradora interpôs recurso contra essa decisão perante a *House of Lords*, sob o fundamento de que a concessão de *anti-suit injunction* violaria o Regulamento 44/2001.

A *House of Lords* submeteu ao Tribunal de Justiça da CE uma questão prejudicial, com a intenção de que a referida prática fosse também adotada pelos tribunais dos outros Estados-membros, como forma de contribuir para a competitividade da Comunidade Europeia face aos centros mundiais de arbitragem

como Nova York, as Bermudas e Singapura, para checar se *anti-suit injunctions* para a execução de convenções arbitrais são compatíveis com o Regulamento 44/2001 da CE, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.

De acordo com o Tribunal de Justiça da CE, a concessão de *anti-suit injunctions* pelos tribunais dos Estados-membros para impedir a continuidade de procedimentos judiciais quando há convenção de arbitragem viola o Regulamento 44/2001 da CE, relativo à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial.<sup>20</sup>

O acórdão da CE proferido no caso C-185/07 foi considerado um divisor de águas a respeito da matéria dentro da CE, na medida em que tem efeito vinculante no referido órgão e nos demais órgãos jurisdicionais nacionais dos Estados-membros que porventura sejam provocados sobre a mesma matéria.<sup>21</sup>

#### B. A repercussão da jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia

A repercussão do julgamento do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, a partir de dezembro de 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa denominado Tribunal de Justiça da União Europeia, foi maior, obviamente, nos países da *common law*, considerando a posição permissiva de seus tribunais na concessão de *anti-suit injunctions*.

Nestes países, alegou-se que as *anti-suit injunctions* apenas estariam proibidas se houvesse vedação expressa.<sup>22</sup> Ademais, se, por um lado, a posição do Tribunal de Justiça foi bastante criticada,<sup>23</sup> sob a alegação de que a concessão de *anti-suit injunctions* a favor de arbitragens não violaria o Regulamento 44/2001

20 O Regulamento 44/2001 substituiu a Convenção de Bruxelas de 27 de setembro de 1968, ampliada em 1988 pela Convenção de Lugano, que também dispunham sobre a competência judiciária, o reconhecimento e a execução de decisões proferidas por tribunais dos Estados-membros. Este é o teor do artigo 68 do referido regulamento: "Artigo 68º 1. O presente regulamento substitui, entre os Estados-membros, a Convenção de Bruxelas, à exceção dos territórios dos Estados-membros que são abrangidos pela aplicação territorial da convenção e que ficam excluídos do presente regulamento por força do artigo 299º do Tratado. 2. Na medida em que o presente regulamento substitui entre os Estados-membros as disposições da Convenção de Bruxelas, as referências feitas a esta entendem-se como sendo feitas ao presente regulamento".

21 Trata-se do fenômeno do reenvio prejudicial, exercido perante o Tribunal de Justiça da União Europeia, que permite uma jurisdição nacional interrogar o Tribunal de Justiça sobre a interpretação ou a validade do direito europeu. Os juízes de cada Estado membro podem recorrer ao Tribunal para indagá-lo sobre a interpretação ou a validade do direito europeu num processo em curso. A resposta do Tribunal deverá ser observada por todos os juízes dos Estados membros.

22 Neste sentido: BOLFERR, Sabrina Ribas. Op. cit., pp. 137-138.

23 BYRNE, Ruth. WEINIGER, Matthew. GREENAWAY, Joanne. *ECJ Rules on Anti-suit Injunctions in Support of Arbitration Agreements*. Disponível em: <www.herbertysmith.com>. Acesso em 03 de março de 2011.

da CE e de que o acórdão desprivilegiou a arbitragem, na medida em que permite que se perpetue a submissão da mesma questão a diversas jurisdições e que se incentive a má-fé processual.

Por outro lado, imediatamente após a disponibilização do acórdão, vários juristas ingleses tentaram abrandar os seus efeitos de forma a impedir que o Reino Unido passasse a ser visto como um país menos seguro para arbitragens.<sup>24</sup> A visão de que o Reino Unido continuaria um lugar seguro para a arbitragem repousaria na ideia de que vários outros Estados-membros da União Europeia, como a França, Portugal e a Finlândia, são considerados países seguros para arbitragem, apesar de suas cortes nunca terem tido a tradição de conceder *anti-suit injunctions*.<sup>25</sup>

A rejeição às *anti-suit injunctions* no âmbito dos países europeus já provocou repercussão. Os Estados-membros do bloco já não concedem mais estas medidas. Embora Portugal já não fosse um país que acolhesse a medida,<sup>26</sup> o Projeto da Nova Lei de Arbitragem Portuguesa,<sup>27</sup> submetido ao governo de Portugal no primeiro semestre de 2009, e que se tornou a nova lei de arbitragem portuguesa em 14 de dezembro de 2011, veda expressamente a concessão desse tipo de medida em seu artigo 5º.<sup>28</sup>

24 CHARLES, Philippa. European Union: Anti-suit Injunctions: ECJ Decision of 10 February 2009 In: *West Tankers Case*. Disponível em: <www.mondaq.com>. Acesso em 03 de março de 2011.

25 *Idem*.

26 Cabe registrar que a maioria dos Estados-membros do bloco não concordavam com tal medida antes da decisão do Tribunal de Justiça.

27 O projeto foi elaborado pela Associação de Arbitragem Portuguesa — APA. A íntegra do projeto da Nova Lei de Arbitragem está disponível no site da APA <www.arbitragem.pt>..

28 Artigo 5º (Efeito negativo da convenção de arbitragem)

“1. O tribunal estadual no qual seja proposta uma acção relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem deve, a requerimento do demandado deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, absolver da instância, a menos que verifique que a convenção de arbitragem é manifestamente nula, é ou se tornou manifestante ineficaz ou é manifestamente inexecutável.

2. No caso previsto no número anterior, o processo arbitral pode ser iniciado ou prosseguir, e ser nele proferida uma sentença, enquanto a questão estiver pendente no tribunal estadual.

3. O processo arbitral cessa e a sentença nele proferida deixa de produzir efeitos, logo que um tribunal estadual considere, mediante decisão transitada em julgado, que o tribunal arbitral é incompetente para julgar o litígio que lhe foi submetido, quer tal decisão do tribunal estadual seja proferida na acção referida no nº 1 do presente artigo, quer seja proferida ao abrigo do disposto nos artigos 18º, nº 7 e 45º, nº 3, a) iii).

4. As questões da nulidade, cessação de eficácia ou inexecutabilidade de uma convenção de arbitragem não podem ser discutidas autonomamente em acção de simples apreciação proposta em tribunal estadual nem em processo cautelar instaurado perante o mesmo tribunal tendo como finalidade impedir a constituição ou funcionamento de um tribunal arbitral.

A justificação do Projeto da Nova Lei para o item com grifo nosso é vedar o recurso a eventuais *anti-arbitration injunctions* (ou dos seus equivalentes no direito português).”

Projeto de Lei Anotado extraído de <www.arbitragem.pt>. Acesso em 11 de maio de 2011, com grifo nosso.

Assim, pode-se exemplificar a preocupação de Portugal, em consonância com a Corte Europeia, quanto à multiplicação de *anti-suit injunctions* como forma de causar obstáculo ao curso do procedimento arbitral. O projeto, hoje lei, é referência em toda a Europa para a discussão dos novos contornos da arbitragem na União Europeia.<sup>29</sup>

Resta, ainda, porém, a necessidade de coordenação das legislações dos Estados-membros da União Europeia sobre a arbitragem internacional.

### Conclusão

Por não haver uma regulação sobre as arbitragens na União Europeia, as *anti-suit injunctions* em face de arbitragens eram concedidas ou não de acordo com cada país no continente europeu. Assim, pela origem do instituto estar no *common law*, países como o Reino Unido possuem em seu histórico diversos casos de concessão da medida, enquanto países como Portugal, que têm, em sua origem, a tradição romano-germânica, recusavam sua aplicação.

A questão, por duas vezes, chegou ao Tribunal de Justiça na União Europeia, sendo que, pela última vez, através do caso C-185/07, julgado em fevereiro de 2009. Esse caso ficou conhecido como um divisor de águas na matéria, já que a decisão do Tribunal vincula todos os países membros da União Europeia, que não mais poderão paralisar arbitragens.

Seguindo o posicionamento do bloco, desde 2009, os países que concediam tais medidas, mesmo discordando do julgamento, deixaram de concedê-las, pois queriam se manter no cenário internacional como locais seguros para a realização de arbitragens.

Por outro lado, países que não concediam mantiveram tal orientação, sendo que Portugal foi o pioneiro a prever expressamente em sua legislação tal restrição, tendo sua nova lei de arbitragem repercussão positiva em toda a União Europeia. Resta, porém, ainda para o bloco a necessidade de novas e coordenadas legislações sobre arbitragem, em consonância com a decisão do Tribunal de Justiça.

---

29 A repercussão da nova lei de arbitragem portuguesa pode ser encontrada em: <<http://arbitragem.pt/noticias/index.php>>. Acesso em 02 de maio de 2012.

## Referências bibliográficas

### 1. Obras

BOLFER, Sabrina Ribas. *Arbitragem Comercial Internacional & Anti-suit Injunctions*. Curitiba: Juruá, 2007. 192 pp.

HARTLEY, Trevor C. *International Commercial Litigation: text, cases and materials on private international law*. London: Trevor C. Hartley, [s.d.]. 962 pp.

### 2. Artigos

BERMANN, George A. The use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation. In: *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 98, p. 587-631, 1990.

BYRNE, Ruth; WEINIGER, Matthew; GREENAWAY, Joanne. *ECJ Rules on Anti-suit Injunctions in Support of Arbitration Agreements*. Disponível em: <[www.herbertsmith.com](http://www.herbertsmith.com)>. Acesso em 03 de março de 2011.

CHARLES, Philippa. European Union: Anti-suit Injunctions: ECJ Decision of 10 February 2009. In: *West Tankers Case*. Disponível em: <[www.mondaq.com](http://www.mondaq.com)>. Acesso em 03 de março de 2011.

DIAZ JR, Michael; GONZÁLES, Carlos F. International anti-suit Injunctions. In: *The National Law Journal*, February 25, p.25, 2008.

KRUGER, Thalia. The Anti-Suit Injunction in the European Judicial Space: Turner v Grovit. In: *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 53, n. 4 p.1030-1040, Oct., 2004.

NUNES, Thiago Marinho. A Prática das Anti-Suit Injunctions no Procedimento Arbitral e seu Recente Desenvolvimento no Direito Brasileiro. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: Thomsom IOB, Cbar, v. 5, p. 15-51, jan.-mar. de 2005.

POHJANKOSKI, Pekka. Can International Arbitration Remain Unaffected by EU Law? Anti-Suit Injunctions and the Scope of the Arbitration Exception. In: *Helsinki Law Review*. Finlândia: Edilex, 2010/2. p.81-115.

PHILLIPS, John Ray. A Proposed Solution to the Puzzle of Antisuit Injunctions. In: *The University of Chicago Law Review*, v. 69, n. 4, p. 2007-2032, Autumn, 2002.

ROBERSON, Eric. Comity Be Damned: The Use of Antisuit Injunctions against the Courts of a Foreign Nation. In: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 147, n. 2, p. 409-433, Dec., 1998.

STERNLIGHT, Jean R. Forum Shopping for Arbitration Decisions: Federal Courts' Use of Antisuit Injunctions against State Courts. In: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 147, n. 1, p. 91-203, Nov., 1998.

WALD, Arnaldo. As Anti-Suit Injunctions no Direito Brasileiro. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 9, Revista dos Tribunais, p. 29/43, abr./jun. de 2006.

### 3. Jurisprudência

CJCE, 27 de abril de 2004, Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça da União Europeia, caso C-159/02, *Rec.*, p. 1-3565.

CJCE, 10 de fevereiro de 2009, Grande Seção do Tribunal de Justiça da União Europeia, caso C-185/07 *Rec.*, p.1-663.

# O MANDADO DE DETENÇÃO EUROPEU VS. O MANDADO DE CAPTURA DO MERCOSUL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA

DAIANA SEABRA VENANCIO<sup>1</sup>

## Resumo

O objetivo do presente artigo é analisar comparativamente as alterações propostas por esses dois institutos no que tange à entrega de pessoas que respondem a processo penal ou que foram condenadas. Inicialmente este artigo analisa o mandado de detenção europeu e o contexto em que foi criado, utilizando como parâmetro o tradicional instrumento de cooperação judiciária em matéria penal — a extradição. Posteriormente, serão mencionados os casos de incompatibilidade entre as leis que transpuseram o mandado de detenção e a ordem constitucional de alguns Estados-membros. A segunda parte refere-se ao mandado de captura no âmbito do Mercosul, suas características e, finalmente, a análise sobre as eventuais questões de incompatibilidade com a ordem jurídica interna dos Estados-partes.

## Palavras-chave

Mandado de detenção europeu, Cooperação judiciária em matéria penal, Mercosul.

## Introdução

A União Europeia (UE) é o resultado de uma integração que se fazia necessária num contexto pós-Segunda Guerra, no qual os países precisavam de estabilidade e desenvolvimento econômico para se reconstruírem. O processo de integração teve origem no projeto apresentado pelo então ministro dos Negócios Estrangeiros francês Robert Schuman conjuntamente com o consultor econômico e político francês Jean Monnet, que propuseram a unificação da indústria europeia do carvão e do aço através da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA). A formação de uma Europa unida deixou de ter objetivos puramente econômicos e, na atualidade, se assenta em princípios fundamentais reconhecidos pelos Estados-membros, dentre os quais se desta-

---

<sup>1</sup> Discente do curso de mestrado em Direito Internacional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Pesquisadora do Laboratório de Simulações e Cenários da Escola de Guerra Naval (EGN). Trabalho orientado pela Professora Doutora Paula Wojcikiewicz Almeida.

cam: a realização de uma paz duradoura, a unidade, a igualdade, a liberdade, a segurança e a solidariedade.<sup>2</sup>

O Mercosul, por sua vez, surge dentro da perspectiva de fortalecimento do papel sul-americano na política e na economia mundial. Utilizando a União Europeia como parâmetro, o Mercosul, embora esteja num estágio menos avançado de integração, existe no intuito de aprimorar a cooperação e promover o desenvolvimento regional.

A criação do Espaço Schengen permitiu a livre circulação de pessoas entre os países europeus que aderiram ao Acordo,<sup>3</sup> fortalecendo as fronteiras externas e eliminando as fronteiras internas. Dentro do Mercosul a circulação de pessoas também é flexível, de maneira que se pode, por exemplo, ingressar nos países-membros apenas com o documento de identidade, dispensando o passaporte. Esta maleabilidade relativa ao trânsito de pessoas traz aspectos positivos, em especial para o turismo; porém, o principal problema é relativo ao combate à criminalidade — como nos casos em que indivíduos respondendo a processo penal ou que foram condenados por decisão transitada em julgado utilizam essa liberdade para se ocultarem da justiça. Buscando evitar a impunidade, tornou-se necessário o fortalecimento dos instrumentos de cooperação em matéria penal.

A extradição é o instrumento tradicional de cooperação judiciária entre os Estados em matéria penal e consiste na entrega de um indivíduo que está no território do Estado solicitado para responder a um processo penal ou cumprir pena no Estado solicitante.<sup>4</sup> Embora seja o instrumento que, em geral, é utilizado, a extradição constitui um processo moroso e marcado por diversas formalidades. O principal elemento que torna o processo lento é a exigência da intervenção do poder Executivo.

---

2 BORCHARDT, Klaus-Dieter. *ABC do Direito da União Europeia*. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2011. p. 10-28.

3 O espaço Schengen foi gradualmente alargado para incluir quase todos os Estados-membros. A Itália assinou os acordos em 27 de novembro de 1990, a Espanha e Portugal em 25 de junho de 1991, a Grécia em 6 de novembro de 1992, a Áustria em 28 de abril de 1995 e a Dinamarca, a Finlândia e a Suécia em 19 de dezembro de 1996. A República Checa, a Estônia, a Letônia, a Lituânia, a Hungria, Malta, a Polónia, a Eslovênia e a Eslováquia aderiram em 21 de dezembro de 2007, e a Suíça, país associado, em 12 de dezembro de 2008. A Bulgária, o Chipre e a Romênia não são ainda membros de pleno direito do espaço Schengen; os controles fronteiriços entre estes países e o espaço Schengen manter-se-ão até que o Conselho Europeu decida que estão reunidas as condições para a supressão dos controles nas fronteiras internas. O Reino Unido e a Irlanda não aderiram a todo o acervo Schengen e apenas fazem parte da cooperação policial e judiciária em matéria penal, a luta contra o tráfico de estupefacientes e o Sistema de Informação Schengen (SIS). Informações disponíveis em: <[http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/free\\_movement\\_of\\_persons\\_asylum\\_immigration/l33020\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/l33020_pt.htm)>. Acesso em 09 de setembro de 2012.

4 TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 211.

Os Estados-membros de blocos regionais buscam meios de fortalecer a coordenação entre os judiciários e as polícias para propiciar um efetivo combate ao crime organizado internacional. Dentro dessa perspectiva, foram criados o mandado de detenção europeu e mandado de captura do Mercosul. Para analisar esses dois instrumentos, o presente artigo está estruturado em duas partes. A primeira dedicar-se-á ao estudo do mandado de detenção europeu (I), do contexto que levou à criação deste instrumento (1.1), das inovações promovidas no sistema europeu de cooperação judicial (1.2) e das incompatibilidades constitucionais decorrentes das leis internas de transposição responsáveis por trazer o mandado de detenção para a ordem jurídica nacional. A segunda parte trata do mandado de captura (II) e busca compreender o funcionamento da cooperação judicial em matéria penal no Mercosul (2.1), as características do mandado de captura em relação ao mandado de detenção (2.2) e, por fim, quais seriam as incompatibilidades potenciais decorrentes de sua adoção.

## I. O mandado de detenção europeu

### 1.1. Antecedentes

A Convenção Europeia de Extradução, de 13 de dezembro de 1957, foi o instrumento multilateral destinado a substituir os tratados bilaterais de extradição entre as partes contratantes e a propiciar uniformidade relativa à cooperação em matéria penal no âmbito europeu. A possibilidade de proibir a extradição de nacionais, a necessidade de que o crime que motiva o pedido extraditório esteja previsto simultaneamente na legislação do Estado requerente e do Estado requerido (Princípio da Dupla Tipicidade ou Dupla Incriminação); são disposições comuns presentes em tratados bilaterais sobre o tema e constituem empecilhos ao deferimento do pedido de extradição que também estão presentes na Convenção de 1957.<sup>5</sup>

A União Europeia se configurava, além das perspectivas puramente econômicas, em uma união jurídica organizada em três pilares básicos:<sup>6</sup> o primeiro correspondia à Comunidade Europeia, o segundo compreendia a Política Externa e de Segurança Comum (PESC) e a Política Europeia de Segurança e de

5 Artigo 1º e Artigo 6º da Convenção Europeia de Extradução de 1957.

6 Em 2007 foi celebrado o Tratado de Lisboa que instituiu o fim da estrutura em pilares, na qual as deliberações referentes ao segundo e terceiro pilares eram intergovernamentais — dessa maneira, a cooperação policial e judiciária passou para o âmbito da codecisão.

Defesa (PESD) e o terceiro pilar — diretamente relacionado ao objeto deste estudo — que representava a Cooperação no Âmbito da Justiça e dos Assuntos Internos. As matérias relativas à cooperação policial e judiciária em matéria penal faziam parte do terceiro pilar e eram tratadas no Título VI, do artigo K ao K.9.<sup>7</sup>

O Tratado de Maastricht de 1992 traz, nos artigos K.1 item 7 e K.3,<sup>8</sup> a necessidade de os Estados promoverem a cooperação judiciária em matéria penal. Na tentativa de substituir os mecanismos previstos pela Convenção de 1957,<sup>9</sup> a reunião extraordinária do Conselho Europeu realizada em Tampere nos dias 15 e 16 de outubro de 1999 teve como objetivo debater a criação “de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça na União Europeia”.<sup>10</sup> O ponto 35 das conclusões do Conselho Europeu de Tampere instou os Estados-membros a ratificarem a Convenção de 1995 relativa ao *Processo Simplificado* de Extradicação<sup>11</sup> e a Convenção Relativa à Extradicação entre Estados Membros da União Europeia de 1996<sup>12</sup> estabelecidas com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia relativo à extradicação entre os Estados-membros da União Europeia. Nenhuma das duas Convenções entrou em vigor, uma vez que os signatários não cumpriram as formalidades necessárias para tal. Ainda sobre o ponto 35, o Conselho Europeu deixou claro que o procedimento de extradicação deveria ser abolido em situações em que há sentença transitada em julgado, dando lugar a uma simples transferência de pessoas.<sup>13</sup> No ponto 37, o Conselho estabelece a

7 CARMO, Luís Mota. *O ne bis in idem como fundamento de recusa do cumprimento do mandado de detenção europeu*. Dissertação. Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Programa de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais. Lisboa, 2009. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10451/3429>>. Acesso em 09 de setembro de 2012. p. 47.

8 Ver: Tratado de Maastricht, Título V “Disposições relativas à política externa e de segurança comum”.

9 Efetuaram o depósito do instrumento relativo à Convenção de 1995 relativa ao Procedimento Simplificado de Extradicação entre os Estados-membros: Alemanha, Dinamarca, Espanha, Portugal e Suécia. Informação disponível em: <[http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/doc.php?id=BOE-A-1999-8346](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1999-8346)>. Acesso em 13 de dezembro de 2011.

10 PARLAMENTO EUROPEU. Conselho Europeu de Tampere 15 e 16 de outubro. Conclusões da Presidência. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_pt.htm#b](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm#b)>. Acesso em 13 de dezembro 2011.

11 Convenção celebrada em Bruxelas, 10 de março de 1995, que prevê um processo simplificado com a comunicação direta entre as autoridades dos Estados para requerer a extradicação e possibilita a renúncia ao princípio da especialidade. CARMO, Luís Mota. *Op.cit.*, p.48.

12 Convenção celebrada em Dublin, 27 de setembro de 1996, com a finalidade de complementar a Convenção Europeia de Extradicação de 1957, eliminando alguns obstáculos clássicos à extradicação passiva. CARMO, Luís Mota. *Op.cit.*, p.48

13 Conselho Europeu de Tampere, 15 e 16 de outubro. Conclusões da Presidência, ponto 35: “Em matéria penal, o Conselho Europeu insta os Estados-membros a ratificarem rapidamente as Convenções UE, de 1995 e 1996, relativas à extradicação. O Conselho Europeu considera que o procedimento formal de extradicação deverá ser abolido entre os Estados-membros no que diz respeito às pessoas julgadas à revelia cuja sentença já tenha transitado em julgado e substituído por uma simples transferência dessas pessoas, nos termos do artigo 6º do TUE. Dever-se-á também refletir sobre a possibilidade de estabelecer procedimentos de extradicação acelerados, sem prejuízo do princípio do julgamento equitativo. O Conselho

meta de adotar um programa legislativo que implemente o princípio do reconhecimento mútuo,<sup>14</sup> a ser posteriormente analisado.

Em novembro de 2001, por iniciativa do Reino da Suécia, foi proposto ao Conselho que determinasse as disposições da Convenção de 1995 e de 1996 relativas à Extradicação como instrumentos necessários ao desenvolvimento do acervo de Schengen. Esta tentativa de retomar as propostas para alterar a Convenção Europeia de Extradicação está diretamente relacionada ao contexto pós atentados terroristas de 11 de setembro nos Estados Unidos da América — em que a promoção da “guerra ao terror” e as medidas que fortalecem a cooperação em matéria penal ganharam expressividade. Em 13 de junho de 2002, a Decisão Quadro do Conselho 2002/584/JAI criou o mandado de detenção europeu para substituir as disposições relativas à extradicação entre os Estados membros. Esta Decisão Quadro passou a vigorar na União Europeia em 7 de agosto de 2002 e impôs como prazo para transposição a data de 31 de dezembro de 2003.

## 1.2. Inovações trazidas pelo mandado de detenção europeu

O mandado de detenção europeu é uma decisão judiciária válida no espaço da União Europeia emitida num Estado-membro e executada em outro com base no princípio do reconhecimento mútuo, que substitui a extradicação ao criar um mecanismo simplificado e célere de entrega de pessoas procuradas para fins de procedimento penal ou para a execução de pena decorrente de sentença judicial.<sup>15</sup>

“Artigo 1º — Definição de mandado de detenção europeu e obrigação de o executar

1. O mandado de detenção europeu é uma decisão judiciária emitida por um Estado-membro com vista à detenção e entrega por outro Estado-membro de uma pessoa procurada para efeitos de procedimento

---

Europeu convida a Comissão a apresentar propostas sobre esta matéria à luz da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen.”

14 Conselho Europeu de Tampere. Conclusões da Presidência, ponto 37: “O Conselho Europeu solicita ao Conselho e à Comissão que adotem, até Dezembro de 2000, um programa legislativo tendo em vista a implementação do princípio do reconhecimento mútuo. No âmbito deste programa, deverão igualmente ser iniciados trabalhos sobre um título executório europeu e sobre os aspectos do direito processual relativamente aos quais se consideram necessárias normas mínimas comuns para facilitar a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo, no respeito dos princípios jurídicos fundamentais dos Estados-membros.”

15 PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA PORTUGUESA. *Manual de Procedimentos relativos à emissão do Mandado de Detenção Europeu*. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 2007, p. 4-8.

penal ou de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas de liberdade.”<sup>16</sup>

A proposta da Comissão Europeia projetou o mandado de detenção como uma ferramenta dupla: primeiro, como um instrumento para criar um procedimento eficaz que propiciasse uma melhor cooperação judiciária em matéria penal e; segundo, como um meio a ser utilizado no combate ao terrorismo, possibilitando a prisão e julgamento de terroristas situados em outros Estados-membros.<sup>17</sup>

O processo de extradição, em geral, envolve necessariamente a intervenção do poder Executivo. O mandado de detenção europeu, por sua vez, cria um procedimento judicializado, em que a fase de intervenção do Executivo destinada a ponderar critérios de oportunidade política é eliminada e substituída pela cooperação direta entre as autoridades judiciárias.

O princípio do reconhecimento mútuo corresponde a uma filosofia de integração para um espaço judiciário comum, criando um novo paradigma de cooperação baseado na confiança entre os Estados. Esse princípio tem duas acepções principais: (i) assegurar a livre circulação de mercadorias e serviços sem que seja necessário harmonizar as legislações nacionais dos Estados-membros e (ii) assegurar o reconhecimento das decisões judiciais penais entre os Estados-membros. O mandado de detenção reflete a concretização do princípio do reconhecimento mútuo,<sup>18</sup> e cria condições para que a entrega do sujeito ao qual o pedido se refere deixe de ser encarada sob a perspectiva política em detrimento da análise judicial de legalidade.

Os motivos de recusa à entrega de procurados são reduzidos e limitados a determinadas situações. Conforme disposto na Decisão 2002/584/JAI, o artigo 2º cria um rol de 32 crimes em que se dispensa o controle de dupla incriminação do fato, derivado do princípio da dupla tipicidade — este é, tradicionalmente, considerado um dos requisitos para o deferimento do pedido de extradição. Dentre as infrações listadas, não constam apenas ações criminosas ligadas ao terrorismo — crime que motivou a revisão do Tratado de Extradição de 1957 — mas também racismo, xenofobia e roubo à mão armada e corrupção compõem o rol de crimes que dispensam o juízo de dupla tipicidade.

16 Decisão Quadro do Conselho 2002/584/JAI.

17 GRUSZCZAK, Arthur. *European Arrest Warrant — success story or constitutional troublemaker?*. In: *European Arrest Warrant — Achievements and Dilemmas*. Warsaw: European Centre, 2006. p. 5-13.

18 Decisão Quadro do Conselho 2002/584/JAI. Considerações preliminares, item (6): “O mandado de detenção europeu previsto na presente decisão-quadro constitui a primeira concretização no domínio do direito penal, do princípio do reconhecimento mútuo, que o Conselho Europeu qualificou de ‘pedra angular’ da cooperação judiciária.”

O artigo 3º da Decisão Quadro do Conselho 2002/584/JAI traz as hipóteses de impedimento para execução do mandado:

“Artigo 3º — Motivos de não execução obrigatória do mandado de detenção europeu. A autoridade judiciária do Estado-membro de execução (a seguir designada “autoridade judiciária de execução”) recusa a execução de um mandado de detenção europeu nos seguintes casos:

1. Se a infração na origem do mandado de detenção estiver abrangida por anistia no Estado-membro de execução, quando este for competente para o respectivo procedimento penal nos termos da sua legislação penal;

2. Se das informações de que dispõe a autoridade judiciária de execução resultar que a pessoa procurada foi definitivamente julgada pelos mesmos fatos por um Estado-membro, na condição de que, em caso de condenação, a pena tenha sido cumprida ou esteja atualmente em cumprimento ou não possa já ser cumprida segundo as leis do Estado-membro de condenação;

3. Se, nos termos do direito do Estado-membro de execução, a pessoa sobre a qual recai o mandado de detenção europeu não puder, devido à sua idade, ser responsabilizada pelos factos que fundamentam o mandado de detenção europeu.”<sup>19</sup>

Basicamente, são três hipóteses de denegação obrigatória: (i) se a infração objeto do mandado estiver abrangida por anistia quando o Estado de execução também for competente; (ii) pessoa procurada foi julgada pelos mesmos fatos por um Estado-membro e já cumpriu pena ou está cumprindo atualmente, ou já não pode cumprir pena segundo as leis do Estado-membro de condenação — configurando, portanto, a aplicação do princípio do *ne bis in idem*; (iii) se de acordo com a legislação do Estado de execução, a pessoa referida no mandado não tiver atingido a maioria penal.

O artigo 4º da Decisão Quadro faculta a não execução do mandado em algumas situações, das quais destacam-se:

“Artigo 4º — Motivos de não execução facultativa do mandado de detenção europeu.

A autoridade judiciária de execução pode recusar a execução de um mandado de detenção europeu:

1. Se, num dos casos referidos no nº 4 do artigo 2º, o fato que determina o mandado de detenção europeu não constituir uma infração nos termos do direito do Estado-membro de execução; todavia, em ma-

<sup>19</sup> Decisão Quadro do Conselho 2002/584/JAI.

téria de contribuições e impostos, de alfândegas e de câmbios, a execução do mandado de detenção europeu não pode ser recusada pelo fato de a legislação do Estado-membro de execução não impor o mesmo tipo de contribuições e impostos ou não prever o mesmo tipo de regulamentação em matéria de contribuições e impostos, de alfândegas e de câmbios que a legislação do Estado-membro de emissão;(...)

4. Quando houver prescrição da ação penal ou da pena nos termos da legislação do Estado-membro de execução e os fatos forem da competência desse Estado-membro nos termos da sua legislação penal; (...)

6. Se o mandado de detenção europeu tiver sido emitido para efeitos de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas de liberdade, quando a pessoa procurada se encontrar no Estado-membro de execução, for sua nacional ou sua residente e este Estado se comprometa a executar essa pena ou medida de segurança nos termos do seu direito nacional; (...)<sup>20</sup>

Dentre as hipóteses, observa-se que existe a possibilidade de denegar a solicitação de entrega quando: (i) não há dupla tipicidade, não podendo invocar esta exceção em questões tributárias e nas hipóteses do artigo 2º, item 2; (ii) quando há prescrição da ação penal ou da pena nos termos da legislação do Estado-membro de execução e os fatos forem da competência deste Estado; (iii) quando a pessoa procurada for nacional ou residente no Estado de execução e se comprometa a executar a pena ou medida de segurança nos termos do seu direito nacional. A não prescrição da ação penal ou da pena é requisito para a procedência de um pedido de extradição tradicional — mas, de acordo com o artigo 4º, é facultado ao judiciário do Estado de execução o cumprimento ou não do mandado de detenção nessa circunstância.

A mais controversa modificação trazida pelo mandado de detenção europeu diz respeito à instituição da entrega de nacionais como princípio e regra geral. Alguns problemas surgiram na transposição da Decisão Quadro para a legislação penal dos Estados-membros — os Tribunais Constitucionais da Polônia, da Alemanha e do Chipre consideraram a lei de transposição inconstitucional no que tange à possibilidade de entrega de nacionais.

---

20 Decisão Quadro do Conselho 2002/584/JAI.

### 1.3. Controvérsias constitucionais relativas ao mandado de detenção europeu

#### 1.3.1. Alemanha

A lei que transpôs a Decisão Quadro 2002/584/JAI modificou a Lei de Assistência Jurídica em Matéria Penal da Alemanha nos parágrafos 78 e seguintes. O Tribunal Constitucional da Alemanha, por decisão proferida em 18 de julho de 2005,<sup>21</sup> declarou nula a lei de transposição da Decisão Quadro que instituiu o mandado de detenção por incompatibilidade com a Constituição alemã. Simultaneamente, a Corte declarou que a Decisão Quadro sobre o mandado de detenção não seria, em si, contrária à Constituição — dessa maneira, apenas a lei de transposição era inconstitucional, e não o conteúdo da normativa europeia. A possibilidade de extraditar nacional não é inédita no direito alemão — em 1998, a Constituição alemã precisou ser modificada para se adequar ao Tratado de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional, no tópico relativo ao impedimento de extraditar nacional. A Corte Constitucional alemã apontou duas falhas principais na lei de transposição: (i) violação ao artigo 16 (2)<sup>22</sup> da Constituição por não atender aos requisitos previstos e (ii) ofensa ao artigo 19(2)<sup>23</sup> por suprimir a possibilidade de recurso contra a decisão de extraditar a um Estado-membro. Sobre esse tema, a sentença do Tribunal Constitucional da Alemanha declarou que a extradição de nacionais alemães somente pode ser permitida na medida em que os princípios constitucionais não são desrespeitados.<sup>24</sup>

Entraram em vigor em 2 de agosto de 2006 as alterações na Lei de Assistência Jurídica em Matéria Penal da Alemanha para a transposição da Decisão 2002/584/JAI, que encerrou a controvérsia constitucional ao incorporar as orientações da Corte alemã,<sup>25</sup> tais como a criação de dois estágios no processo de admissibilidade do mandado de detenção europeu em que há a garantia de

21 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT). 18 de julho de 2005. **Caso 2 BvR 2236/04**.

22 ALEMANHA. Constituição da República Federal da Alemanha. “Article 16 [Citizenship; extradition]. (2) No German may be extradited to a foreign country.” Disponível em: <<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/GG.htm#16>>. Acesso em 9 de setembro de 2012.

23 ALEMANHA. Constituição da República Federal da Alemanha. “Article 19 [Restriction of basic rights] (2) In no case may the essence of a basic right be affected.” Disponível em: <<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/GG.htm#16>>. Acesso em 9 de setembro de 2012.

24 GÓRSKI, Adam. HOFMAŃSKI, Piotr. **The European Arrest Warrant and its Implementation in the Member States of the European Union**. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2008. p. 20-35.

25 Decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha BVerfG 2 BvR 2236/04 proferida em 18 de julho de 2005.

recurso perante o Judiciário e a necessidade de necessidade de verificar a dupla incriminação.<sup>26</sup>

### 1.3.2. Chipre

A Lei 133 (I)/2004<sup>27</sup> foi responsável por reproduzir o conteúdo da Decisão Quadro relativa ao mandado de detenção europeu na legislação do Chipre. O pedido de entrega formulado pelo Reino Unido suscitou o questionamento sobre a Lei de transposição — tratava-se de um indivíduo sob acusação de cometer o crime de fraude e que possuía cidadania dupla — cipriota e britânico. Em decisão na Apelação Cível 294/2005 Procurador-Geral *vs.* Konstantinou, datada de 7 de novembro de 2005, o plenário Supremo Tribunal da República de Chipre declarou que não pôde encontrar uma base jurídica adequada na Constituição que justificasse a prisão de um nacional cipriota com o propósito de entregá-lo às autoridades judiciais competentes de outro Estado-membro com base num mandado de detenção europeu. O artigo 11 da Constituição de Chipre<sup>28</sup> lista as situações em que um indivíduo pode ser detido ou preso e a Suprema Corte do país declarou que, primeiro, (i) este artigo impedia a extradição de nacionais cipriotas e que, segundo, (ii) as Decisões Quadro adotadas no âmbito do terceiro pilar não teriam qualquer efeito direto, portanto, o valor da Decisão 2002/584/JAI não poderia ser superior à Constituição.<sup>29</sup> Esta manifestação da Suprema Corte faz uma referência explícita ao caso Maria Pupino (C-105/03) em que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) decidiu que “O órgão jurisdicional nacional é obrigado a tomar em consideração as regras de direito nacional no seu todo e a interpretá-las, na medida do possível, à

26 COMISSÃO DA UNIÃO EUROPEIA. Report from the comission COM(2007) 407 final. Bruxelas, 11 de julho de 2007. Disponível em: < [http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/eaw\\_implementation\\_report\\_2007\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/eaw_implementation_report_2007_en.pdf)>. Acesso em 9 de setembro de 2012. p. 04.

27 CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Gazeta Oficial*, Anexo I(I) nº 3850 de 30 de abril de 2004. Disponível em: < [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/polju/en/EJN584.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/polju/en/EJN584.pdf)>. Acesso em 9 de setembro de 2012.

28 Trecho do artigo 11 da Constituição do Chipre de 1960: “Nobody is deprived of their liberty except in those cases where the law so provides, namely:[...] (f) “for the arrest or detention of a person in order to prevent his entry into the Republic without a permit or in the case of an alien against whom procedures have been instituted to have him expelled or extradited.” Apud. GÓRSKI, Adam; HOFMAŃSKI, Piotr. *The European Arrest Warrant and its Implementation in the Member States of the European Union*. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2008. p. 19.

29 LONG, Nadja. Implementation of the European Arrest Warrant and Joint Investigation Teams at EU and National Level. Estudo solicitado pela Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos do Parlamento Europeu. Janeiro de 2009, PE 410.671, p. 20. Disponível em: < <http://www.eipa.eu/files/EUROPEANARRESTWARRANT.pdf>>. Acesso em 06 de junho de 2012.

luz do teor e da finalidade da referida decisão quadro”.<sup>30</sup> Nesses termos, o TJUE ampliou a sua jurisprudência sobre o *efeito indireto* das diretivas, e passou a aplicar este entendimento às decisões quadro em matéria de cooperação policial e judiciária em matéria penal.<sup>31</sup>

Após o acórdão do Supremo Tribunal do Chipre considerar que não existia base legal adequada na Constituição para permitir a entrega de um nacional cipriota, o Governo do país propôs uma emenda à Constituição e um novo artigo 11 foi aprovado. A modificação entrou em vigor apenas em 28 de julho 2006, portanto, entre 7 novembro de 2005 e 28 de julho de 2006, nenhum mandado de detenção emitido contra os cidadãos de Chipre poderia ser executado.<sup>32</sup>

### 1.3.3. Polónia

A Constituição de 1997 da República da Polónia estabelecia, no artigo 55(1), a proibição de extraditar nacionais.<sup>33</sup> O legislador polonês decidiu transpor a Decisão Quadro 2002/584/JAI através da alteração do Código de Processo Penal, sem alterar a Constituição. Dois novos capítulos foram introduzidos no Código de Processo Penal polonês: Capítulo 65-A, que regulou situações em que um tribunal da Polónia emite um mandado de detenção europeu; e o Capítulo 65-B, que dispôs sobre situações em que um mandado emitido por um tribunal de outro Estado Membro da UE diz respeito a uma pessoa que está em território polonês. Para evitar o conflito constitucional, o legislador criou uma distinção terminológica entre a *extradição* e a *entrega* de uma pessoa para permitir a entrega de nacional polonês em cumprimento a um mandado de detenção.<sup>34</sup>

O questionamento sobre a adequação das normas de transposição chegou ao Tribunal Constitucional após recurso interposto perante o Tribunal Regional de Gdańsk, em um caso em que um cidadão polonês seria entregue com base artigo 607 §1º do Código de Processo Penal da Polónia para responder a um

30 TJUE. 16 de junho de 2005. Maria Pupino, caso C-105/03. Coletânea de Jurisprudência 2005 I-05285.

31 LONG, *op. cit.*, p. 20-21.

32 LONG, *op. cit.*, p. 21.

33 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DA POLÓNIA. “Art. 55. 1. The extradition of a Polish citizen shall be forbidden. 2. The extradition of a person suspected of the commission of a crime for political reasons but without the use of force shall be forbidden. 3. The courts shall adjudicate on the admissibility of extradition.” Resumo do Julgamento “P 1/05” de 27 de abril de 2007 da Corte Constitucional Polonesa. Disponível em: < [http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/summaries\\_assets/documents/P\\_1\\_05\\_GB.pdf](http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/summaries_assets/documents/P_1_05_GB.pdf) >. Acesso em 06 de junho de 2012, p. 7.

34 Resumo do Julgamento “P 1/05” de 27 de abril de 2007 da Corte Constitucional Polonesa. Disponível em: < [http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/summaries\\_assets/documents/P\\_1\\_05\\_GB.pdf](http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/summaries_assets/documents/P_1_05_GB.pdf) >. Acesso em 01 de junho de 2012, p. 2-4.

processo criminal instaurado na Holanda.<sup>35</sup> Segundo a decisão *P 1/05* do Tribunal Constitucional Polonês em 27 de abril de 2005, a norma de transposição da Decisão Quadro 2002/584/JAI foi considerada contrária ao artigo 55 da Constituição da Polónia no que diz respeito à entrega de nacionais. O Tribunal modulou os efeitos da incompatibilidade com o texto constitucional e suspendeu por 18 meses a perda de eficácia das normas de transposição.

A partir de 07 de novembro de 2006, após a revisão constitucional, o artigo 55 da Constituição teve a redação alterada<sup>36</sup> e a Polónia passou a admitir a entrega de nacionais, porém sujeita à dupla condição: (i) a infração que fundamenta o mandado deve ter sido praticada fora do território polonês e (ii) deve constituir infração de acordo com a legislação polonesa ou teria constituído uma infração nos termos da legislação em vigor na Polónia se tivesse sido cometida dentro do território desta.

## II. O mandado de captura no âmbito do MERCOSUL

### 2.1. Antecedentes

O estágio de integração e cooperação em matéria penal é ainda incipiente no âmbito mercosulino. Alguns exemplos fáticos ilustram a necessidade de fortalecer os mecanismos de combate ao crime organizado transfronteiriço entre os

35 Ver: LONG, Nadja. *Implementation of the European Arrest Warrant and Joint Investigation Teams at EU and National Level*. Estudo solicitado pela Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos do Parlamento Europeu. Janeiro de 2009, PE 410.671. Disponível em: < <http://www.eipa.eu/files/EUROPEANARRESTWARRANT.pdf>>. Acesso em 06 de junho de 2012.

36 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DA POLÓNIA. "Article 55: The extradition of a Polish citizen shall be prohibited, except in cases specified in paras 2 and 3. Extradition of a Polish citizen may be granted upon a request made by a foreign state or an international judicial body if such a possibility stems from an international treaty ratified by Poland or a statute implementing a legal instrument enacted by an international organisation of which the Republic of Poland is a member, provided that the act covered by a request for extradition: 1) was committed outside the territory of the Republic of Poland, and 2) constituted an offence under the law in force in the Republic of Poland or would have constituted an offence under the law in force in the Republic of Poland if it had been committed within the territory of the Republic of Poland, both at the time of its commitment and at the time of the making of the request. Compliance with the conditions specified in para. 2 subparas 1 and 2 shall not be required if an extradition request is made by an international judicial body established under an international treaty ratified by Poland, in connection with a crime of genocide, crime against humanity, war crime or a crime of aggression, covered by the jurisdiction of that body. The extradition of a person suspected of the commission of a crime for political reasons but without the use of force shall be forbidden, so as an extradition which would violate rights and freedoms of persons and citizens. The courts shall adjudicate on the admissibility of extradition." Disponível em: < <http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>>. Acesso em 03 de junho de 2012.

países do bloco. Quando foi deflagrada a operação Fênix, a Polícia Federal do Brasil identificou seis fornecedores de drogas e armas paraguaios que tinham ligação com o traficante brasileiro conhecido como Fernandinho Beira-Mar. Havia acordo com o Ministério Público do Paraguai e a polícia paraguaia devia ter prendido os acusados, mas ninguém foi preso no Paraguai.<sup>37</sup> A ligação entre o tráfico nos dois países é profunda, tanto que, segundo informações da imprensa, 70% do plantio de maconha em território paraguaio seria dominado por um “consórcio” de traficantes do Rio de Janeiro e de São Paulo.<sup>38</sup> Esse fato ressalta a relevância de instrumentos de cooperação como o mandado de captura ante à necessidade de promover o combate ao tráfico de drogas e outros crimes que afetam os países do bloco.

O início do processo de cooperação em matéria penal deu-se com a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), que se reuniu na cidade de Nassau em maio de 1992 para firmar a Convenção Interamericana sobre assistência mútua em matéria penal.<sup>39</sup> Esta convenção foi assinada por todos os Estados-membros do Mercosul — o Brasil internalizou a Convenção através do Decreto 6.340 de 03 de janeiro de 2008; o Paraguai ratificou em 2004; a Argentina, em 2006; e o Uruguai assinou em 1993 e ainda não ratificou. A Convenção celebrada em Nassau se torna relevante em virtude do alto número de países pertencentes à OEA que a ratificaram, e também pela influência do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em assuntos penais celebrado em 1996 na cidade de São Luís (CMC/DEC.Nº 2/96). A Convenção de Nassau e o Protocolo de São Luís fomentam a assistência mútua em matéria penal e possuem mecanismos interessantes, tais como, por exemplo, o dever de prestar assistência independente de haver dupla incriminação,<sup>40</sup> mas que não substituem ou simplificam o processo de extradição. Cabe ressaltar, finalmente, que os dois documentos caracterizam a assistência não como uma faculdade, mas como um dever.<sup>41</sup>

37 RUSSOWSKY, Iris Saraiva. *O mandado de detenção na União Europeia: um modelo para o MERCOSUL*. Dissertação — Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2011. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/39528>>. Acesso em 01 de junho de 2012, p. 96.

38 GLOBO RIO. RAMALHO, Sérgio. Fornecedor de maconha do Complexo do Alemão domina 70% do plantio da droga no Paraguai. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/fornecedor-de-maconha-do-complexo-do-alemao-domina-70-do-plantio-da-droga-no-paraguai-2914736>>. Acesso em 08 de junho de 2012.

39 RUSSOWSKY, *op. cit.*, p. 97.

40 Ver o Artigo 5º da Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal e o artigo 1º item 5 do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em assuntos penais.

41 RUSSOWSKY, *op. cit.*, p. 96-100.

Em 1998, o Acordo sobre Extradicação entre os Estados-partes do Mercosul foi celebrado<sup>42</sup> e um dos aspectos a se destacar é a previsão de que, em regra, é possível extraditar nacionais, ressalvadas as hipóteses em que existe disposição constitucional contrária. Nesse caso, o Estado que denegar a extradicação ao requerente deverá: (i) promover o julgamento do indivíduo; (ii) informar periodicamente o Estado requerente sobre o andamento processual; e (iii) re-meter cópia da sentença proferida.<sup>43</sup> São esses parâmetros que estão em vigor atualmente no Mercosul e o objetivo do próximo tópico é abordar as principais modificações que o mandado de captura pretende introduzir no processo de integração e cooperação regional em matéria penal.

## 2.2. inovações trazidas pelo mandado de captura do MERCOSUL

Durante a Reunião do Conselho do Mercado Comum do Sul realizada em 16 de dezembro de 2010, os governos do Brasil, Argentina, Bolívia, Equador, Paraguai, Peru e Uruguai assinaram o Acordo sobre o Mandado Mercosul de Captura e Procedimentos de Entrega entre Estados-partes do Mercosul e Estados Associados (MERCOSUL/CMC/DEC. N° 48/10). Inspirado no mandado de detenção europeu, este instrumento simplifica o procedimento de extradicação tradicional no âmbito mercosulino, além de incluir os Estados associados.

O artigo 22 da Decisão do CMC n° 48/10 estabelece que a vigência do Acordo inicia 30 dias após o depósito do instrumento de ratificação por todos os Estados-partes do Mercosul — e nesta data entra em vigor para os Estados que ratificaram antes.<sup>44</sup> Nenhum Estado ratificou o Acordo, portanto, não existe previsão para que o documento entre em vigor.

A definição do mandado de captura é bastante semelhante ao mandado de detenção — constitui uma decisão judicial que determina a entrega de uma pessoa para responder a uma ação penal em curso ou para cumprir pena:

“Artigo 1° — Obrigação de executar

1. O Mandado MERCOSUL de Captura é uma decisão judicial emitida por uma das Partes (Parte emissora) deste Acordo, com vistas à

42 MERCOSUL/CMC/DEC. N° 14/98 promulgada no Brasil pelo Decreto Executivo 4.975 de 31/01/2004.

43 TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 219.

44 MERCOSUL/CMC/DEC. N° 48/10. “Artigo 22 — Vigência. 1. O presente Acordo entrará em vigor trinta (30) dias após o depósito do instrumento de ratificação pelo quarto Estado Parte do MERCOSUL. Na mesma data, entrará em vigor para os Estados Associados que hajam anteriormente ratificado. 2. Para os Estados Associados que não tenham ratificado com antecedência a esta data, o Acordo passará a vigorar no mesmo dia em que seja depositado o respectivo instrumento de ratificação. (...)”

prisão e entrega por outra Parte (Parte executora), de uma pessoa procurada para ser processada pelo suposto cometimento de crime, para que responda a um processo em curso ou para execução de uma pena privativa de liberdade.”<sup>45</sup>

Apesar de o mandado de captura ter inspiração no modelo europeu, as análises subsequentes pretendem apontar importantes diferenças entre os dois instrumentos. Em primeiro lugar, o âmbito de aplicação do Acordo é extremamente restrito, pois apenas estão abrangidos os crimes contidos em convenções internacionais ratificadas pelo Estado emissor e pelo Estado executor do mandado:

“Artigo 3º — Âmbito de aplicação

1. Darão lugar à entrega, em virtude de um Mandado MERCOSUL de Captura, aqueles crimes que a Parte emissora e a Parte executora tenham tipificado em virtude de instrumentos internacionais ratificados pelas mesmas, mencionados no Anexo I<sup>46</sup> do presente Acordo, entendendo que, desse modo, ocorre o requisito da dupla incriminação.”<sup>47</sup>

O requisito da dupla incriminação não comporta exceções no mandado de captura — necessariamente, o crime que enseja o mandado deve estar presente na legislação do Estado emissor e do Estado executor, dessa maneira, tanto o Emissor como o Executor obrigatoriamente teriam que ter ratificado as convenções internacionais mencionadas no Anexo I do Acordo para concretização do pedido, e, além disso, os Estados deveriam ter o crime tipificado na legislação

45 MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 48/10.

46 Constam no Anexo I do Acordo sobre o mandado de captura do Mercosul as seguintes convenções: “Anexo I: Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo)/Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e de Crianças/Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea/Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional/Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio/Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas/Convenção Relativa a Infrações e Certos Atos Cometidos a Bordo de Aeronaves/Convenção para Repressão ao Aposseamento Ilícito de Aeronaves/Convenção para Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil/Protocolo para a Repressão de Atos Ilícitos de Violência em Aeroportos ao Serviço da Aviação Civil Internacional/Convenção sobre a Marcação de Explosivos Plásticos para Fins de Detecção/Convenção para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima/Protocolo para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança das Plataformas Fixas Localizadas na Plataforma Continental adicional a Convenção para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima/Convenção sobre a Proteção Física de Materiais Nucleares/Convenção sobre a Prevenção e Punição de Crimes contra Pessoas que Gozam de Proteção Internacional, inclusive Agentes Diplomáticos/Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns/Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo/Convenção Internacional para a Supressão de Atentados Terroristas à Bomba/Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção

47 MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 48/10.

interna, uma vez que as Convenções Internacionais estabelecem crimes, mas não cominam pena mínima e máxima — tarefa que fica sob responsabilidade do Estado signatário.

O Acordo dispõe sobre as situações em que o mandado de captura pode ser denegado no artigo quarto:

“Artigo 4º — Denegação facultativa do cumprimento do Mandado MERCOSUL de Captura.

1. A Autoridade Judicial da Parte executora pode recusar-se a cumprir o Mandado MERCOSUL de Captura, conforme o seguinte:

a) a nacionalidade da pessoa reclamada não poderá ser invocada para denegar a entrega, salvo disposição constitucional em contrário. As Partes que não contemplem disposição de natureza igual poderão denegar a extradição de seus nacionais, no caso em que a outra Parte invoque a exceção da nacionalidade. A Parte que denegar a entrega deverá, a pedido da Parte emissora, julgar a pessoa reclamada e manter a outra Parte informada acerca do julgamento e remeter cópia da sentença, se for o caso. A esses efeitos a condição de nacional se determinará pela legislação da Parte executora vigente no momento de emissão do Mandado MERCOSUL de Captura, sempre que a nacionalidade não tenha sido adquirida com o propósito fraudulento de impedir a entrega;

b) tratar-se de crimes cometidos, no todo ou em parte, no território da Parte executora;

c) a pessoa procurada já estiver respondendo a processo criminal na Parte executora pelo mesmo crime ou crimes que fundamentam o Mandado MERCOSUL de Captura; ou

2. Sem prejuízo da decisão da autoridade judicial, o Estado-Parte de execução poderá, em conformidade com sua legislação interna, denegar o cumprimento do Mandado quando existam razões especiais de soberania nacional, segurança ou ordem pública ou outros interesses essenciais que impeçam o cumprimento do Mandado MERCOSUL de Captura.”<sup>48</sup>

Sistematicamente, são causas de denegação facultativa do cumprimento do mandado de captura: (i) a nacionalidade do indivíduo reclamado não pode ser invocada como causa de escusa, salvo disposição constitucional contrária; (ii) crimes cometidos no todo, ou em parte, no Estado de execução; (iii) se a pessoa procurada já estiver respondendo processo penal pelo crime ou pelos crimes que fundamentam o mandado; (iv) por questões especiais de soberania nacional, segurança ou ordem pública ou outros interesses essenciais.<sup>49</sup> O

48 MERCOSUL/CMC/DEC. N° 48/10.

49 MERCOSUL/CMC/DEC. N° 48/10.

Acordo não pretende impor a entrega de nacionais como regra absoluta e se coloca num patamar inferior ao da constituição dos Estados-membros, como será visto no item 2.3, mas, faculta a negativa por parte do Estado membro que, mesmo sem vedação constitucional, pode denegar a entrega alegando ausência de reciprocidade no caso do outro Estado invocar a exceção de nacionalidade. Em virtude dessa disposição do Acordo do Mercosul, todos os questionamentos constitucionais decorrentes da transposição da Decisão Quadro 2002/584/JAI são inaplicáveis ao mandado de captura.

As hipóteses (ii) e (iii) são similares ao disposto no mandado de detenção, mas a hipótese (iv), prevista no artigo 4º item 2 do Acordo, permite de que os Estados se recusem a cumprir o mandado de captura por questões internas envolvendo segurança e ordem pública. A utilização de conceitos jurídicos indeterminados acaba por possibilitar o afastamento das disposições contidas no Acordo em situações que, na opinião da autora deste artigo, podem acabar beirando a subjetividade e incentivam descumprimentos arbitrários. Isso prejudica os objetivos primordiais do mandado de captura, que seriam simplificar o procedimento e afastar as questões de natureza política, de maneira a fortalecer o combate à criminalidade. Esta última hipótese aproxima o mandado de captura da discricionariedade que o Poder Executivo possui no caso de extradição.

O artigo 5º do Acordo traz as situações de denegação obrigatória do mandado de captura, que são:

“Artigo 5º — Denegação de cumprimento do Mandado MERCOSUL de Captura.

Autoridade Judicial da Parte executora não poderá dar cumprimento ao Mandado MERCOSUL de Captura quando:

- a) não houver dupla incriminação com relação aos fatos que embasam o Mandado MERCOSUL de Captura;
- b) quando a ação ou a pena estiverem prescritas conforme a legislação da Parte emissora ou da Parte executora;
- c) a pessoa procurada já tenha sido julgada, indultada, beneficiada por anistia ou obtido graça na Parte executora ou em um terceiro Estado em função do mesmo fato ou fatos puníveis que fundamentam o Mandado MERCOSUL de Captura;
- d) a Parte executora considere que os crimes sejam de cunho político ou relacionados a outros crimes de igual natureza. A mera alegação de um fim político não implicará que o crime deva necessariamente ser qualificado como tal.”<sup>50</sup>

50 MERCOSUL/CMC/DEC. N° 48/10

O Acordo estabelece quatro hipóteses básicas em que o Estado é impedido de executar o pedido de entrega (i) quando não há dupla incriminação; (ii) a pena estiver prescrita de acordo com a legislação do Estado emissor ou do Estado executor; (iii) quando a pessoa for beneficiada com graça, anistia ou indulto no Estado executor ou em terceiro Estado em função do fato que ensejou o mandado e (iv) quando se tratar de crime político. No mandado de detenção europeu, a prescrição é causa de denegação facultativa, mas, assim como o mandado de captura, a concessão de anistia ao fato também configura causa impeditiva ao cumprimento.

O mandado de captura do Mercosul tem uma aplicação restrita aos crimes objeto de convenções internacionais, e não constitui a regra, mas sim a exceção — a regra aplicável aos crimes comuns continua sendo os Acordos sobre Extradicação vigentes entre os Estados.<sup>51</sup> O Acordo de Extradicação entre os Estados-partes do Mercosul, concluído no Rio de Janeiro em 10 de dezembro de 1998, rege os pedidos extradicionais entre os membros do Mercosul. Dois Estados Associados, Chile e Bolívia, têm um acordo de extradicação com o Mercosul, porém, eventuais pedidos de Extradicação que não estejam regidos por acordos celebrados no âmbito mercosulino serão aplicados os tratados bilaterais.

### 2.3. Relação entre o mandado de captura e a legislação interna dos estados membros do MERCOSUL.

A extradicação não é tratada na constituição de três dos Estados-membros do Mercosul — a Argentina, o Paraguai e o Uruguai possuem as disposições relativas à extradicação em leis infraconstitucionais. O Brasil e a Venezuela — país recém integrado como membro do Mercosul<sup>52</sup> — possuem vedação constitucional à extradicação de nacionais.

Considerando objetivo almejado pelo mandado de captura de substituir a extradicação em determinados casos, é necessário investigar os requisitos e o procedimento extradicional nos ordenamentos jurídicos nacionais para melhor compreender o impacto que o mandado de captura terá perante a legislação dos

51 Acordo sobre o mandado de captura. “Artigo 3º — Âmbito de aplicação (...) 4. Para todos os crimes não contemplados por este Acordo, serão aplicados os Acordos sobre Extradicação vigentes entre as Partes.”

52 O Congresso Nacional da Argentina, Brasil e Uruguai aprovaram o ingresso da Venezuela no Mercosul, mas o Congresso do Paraguai ainda não tinha aceitado. Com a suspensão do Paraguai em 29 de junho de 2006 por descumprimento ao art. 5º do Protocolo de Ushuaia, na mesma data, Argentina, Brasil e Uruguai aprovaram o ingresso da Venezuela ao bloco. Informações disponíveis em: <<http://www.mercosur.int/innovaportal/types/file/downloadfilecontent.jsp?contentid=4500&site=1&channel=secretaria&back=yes>>. Acesso em 09 de setembro de 2012.

Estados do Mercosul e Associados quando entrar em vigor. Por esse motivo, analisar-se-á sucintamente como os Estados tratam o tema da extradição no direito interno.

### 2.3.1. Argentina

A Lei argentina 27.767 de 1997 sobre Cooperação Internacional em Matéria Penal, prevê, no artigo 12, a possibilidade de escolha por parte do nacional cuja extradição foi requerida se prefere ser julgado por tribunais argentinos, exceto se for uma situação em que a Argentina se comprometeu por tratado internacional a extraditar nacionais.<sup>53</sup>

O artigo 6º da referida lei impõe os seguintes requisitos gerais para deferir o pedido de extradição: (i) dupla incriminação, (ii) pena privativa de liberdade cujo mínimo e o máximo sejam tais que a metade da soma dê ao menos um ano, (iii) extradição para cumprimento de pena: é necessário que a pena de privação de liberdade a ser cumprida não seja inferior a um ano.<sup>54</sup>

Existe a abertura na legislação argentina para permitir a extradição de nacionais nos casos em que o país se comprometeu perante a ordem internacional — e o Acordo relativo ao mandado de captura pode se encaixar nessa exceção. Quanto aos requisitos para o deferimento do pedido de extradição, provavelmente todos serão cumpridos, uma vez que, embora as Convenções Internacionais em geral não estabeleçam limite máximo e mínimo de pena — cabendo aos Estados signatários fixar tais limites —, as Convenções presentes no Anexo

53 REPÚBLICA ARGENTINA, *Lei Cooperação Internacional em Matéria Penal, N° 24.767*. “Artículo 12. -Si el requerido para la realización de un proceso fuese nacional argentino, podrá optar por ser juzgado por los tribunales argentinos, a no ser que fuere aplicable al caso un tratado que obligue a la extradición de nacionales. La calidad de nacional argentino deberá haber existido al momento de la comisión del hecho, y deberá subsistir al momento de la opción. Si el nacional ejerciere esta opción, la extracción será denegada. El nacional será entonces juzgado en el país, según la ley penal argentina, siempre que el Estado requirente preste conformidad para ello, renunciando a su jurisdicción, y remita todos los antecedentes y pruebas que permitan el juzgamiento. Si fuere aplicable al caso un tratado que falta la extradición de nacionales, el Poder Ejecutivo, en la oportunidad prevista en el artículo 36, resolverá si se hace o no lugar a la opción.” Disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/sp\\_arg-ext-leg-24-767.html](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/sp_arg-ext-leg-24-767.html)>. Acesso em 08 de junho de 2012.

54 REPÚBLICA ARGENTINA, *Lei Cooperação Internacional em Matéria Penal, N° 24.767*. “Artículo 6º — Para que proceda la extradición de una persona, el hecho materia del proceso deberá constituir un delito que tanto en la ley argentina cuanto en la del Estado requirente tenga prevista una pena privativa de libertad con mínimo y máximo tales que su semisuma sea al menos de un año. Si un Estado requiriese una extradición por varios delitos, bastará que uno de ellos cumpla con esta condición para que la extradición pueda ser concedida respecto de los restantes. En caso que la extradición se solicitara para el cumplimiento de una pena, se requerirá, además, que la pena que faltare cumplir fuese no menor de un año de privación de libertad en el momento en que se presente la solicitud.” Disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/sp\\_arg-ext-leg-24-767.html](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/sp_arg-ext-leg-24-767.html)>. Acesso em 08 de junho de 2012.

I do Acordo punem crimes graves, com grande probabilidade de os Estados estabelecerem penas maiores do que o mínimo previsto no artigo 6º da Lei de Cooperação Internacional em Matéria Penal da Argentina.

### 2.3.2. Brasil

A legislação brasileira prevê, no artigo 5º inciso LI da Constituição Federal de 1988, que nenhum brasileiro poderá ser extraditado, salvo o naturalizado nas hipóteses previstas neste inciso.<sup>55</sup> A eventual necessidade de mudar esse dispositivo seria, para a esta estrutura da Constituição, uma possibilidade inconstitucional, uma vez que o artigo 60 §4º prevê o impedimento de emendas que pretendam abolir direitos e garantias individuais.<sup>56</sup> Diante desse quadro, não existe a possibilidade de extraditar brasileiro nato.

O artigo 102, inciso I, alínea g) da Constituição Federal brasileira dispõe que o Supremo Tribunal Federal é o órgão competente para julgar o pedido de extradição. Mas, uma vez verificada a atenção aos requisitos legais, cabe ao chefe do poder Executivo definir sobre a conveniência (política) do pedido.

O Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815/80, prevê os requisitos para o pedido de extradição. Os limites materiais à concessão do pedido estão previstos no artigo 77 da lei e são: (i) proibição de extraditar nacionais; (ii) necessidade de considerar o fato crime no Brasil ou no Estado requerente — requisito da dupla tipificação; (iii) se o Brasil for competente para julgar o crime; (iv) imposição de pena igual ou inferior a um ano na legislação brasileira, (v) extraditando já tiver sido condenado ou estiver cumprindo pena — vedação ao *ne bis in idem*; (vi) impossibilidade de extraditar quando o fato constituir crime político; (viii) extraditando puder ser submentido a juízo ou tribunal de exceção.<sup>57</sup>

55 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Constituição Federal do Brasil*. “Artigo 5º, inciso LI — nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.”

56 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Constituição Federal do Brasil**. “Artigo 60, § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I — a forma federativa de Estado; II — o voto direto, secreto, universal e periódico; III — a separação dos Poderes; IV — os direitos e garantias individuais.”

57 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815/80**. “Art. 77. Não se concederá a extradição quando: I — se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido; II — o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente; III — o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando; IV — a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a 1 (um) ano; V — o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido; VI — estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente; VII — o fato constituir crime político; e

Como é possível observar, a legislação brasileira impõe dois impedimentos além daqueles estabelecidos pelo Acordo, quais sejam, a vedação a extraditar o indivíduo que possa ser submetido a juízo de exceção e pena igual ou inferior a um ano na legislação brasileira. Mas, considerando a raridade desse tipo de tribunal e a gravidade dos delitos — o que enseja penas maiores — tais hipóteses parecem remotas para fundamentar a denegação de um pedido. Finalmente, o quadro normativo obsta a extradição de nacionais, de maneira que o Brasil necessariamente precisa invocar a hipótese facultativa de não cumprimento do mandado de captura prevista no artigo 4º, item 1, alínea a) do Acordo.<sup>58</sup>

Cabe fazer uma rápida digressão relativa ao Estatuto de Roma no direito brasileiro. O Estatuto ingressou no ordenamento jurídico nacional através do Decreto nº 4.388 de 2002, mas existem questões constitucionais e legais ainda pendentes para a sua efetiva implementação, dentre as quais destacam-se: (i) ausência de lei que defina os crimes previstos no Estatuto, o que permitiria a adequação da legislação interna<sup>59</sup> (ii) o Artigo 77, 1, b do Estatuto prevê a possibilidade de impor pena de prisão perpétua, o que é incompatível com a Constituição brasileira em seu artigo 5º, inciso XLVII; (iii) a entrega, uma das obrigações de cooperação previstas no Artigo 89 (1) do Estatuto, não encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro e, como já foi mencionado, o texto constitucional não permite extraditar nacionais. Para solucionar o impedimento, sustenta-se que a extradição e a entrega são instrumentos diferentes<sup>60</sup> — o mesmo argumento afirmado pela Polônia para evitar alterações na Constituição do país no processo de implementação da Decisão 2002/584/JAI. Dessa

---

VIII — o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção. § 1º A exceção do item VII não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal. (...)

58 MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 48/10. “Artigo 4º — Denegação facultativa do cumprimento do Mandado MERCOSUL de Captura. 1. A Autoridade Judicial da Parte executora pode recusar-se a cumprir o Mandado MERCOSUL de Captura, conforme o seguinte: a) a nacionalidade da pessoa reclamada não poderá ser invocada para denegar a entrega, salvo disposição constitucional em contrário. As Partes que não contemplem disposição de natureza igual poderão denegar a extradição de seus nacionais, no caso em que a outra Parte invoque a exceção da nacionalidade. A Parte que denegar a entrega deverá, a pedido da Parte emissora, julgar a pessoa reclamada e manter a outra Parte informada acerca do julgamento e remeter cópia da sentença, se for o caso. A esses efeitos a condição de nacional se determinará pela legislação da Parte executora vigente no momento de emissão do Mandado MERCOSUL de Captura, sempre que a nacionalidade não tenha sido adquirida com o propósito fraudulento de impedir a entrega.”

59 Tramita no Congresso Nacional Brasileiro o projeto de Lei nº 301/2007 cuja ementa dispõe que “Define condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário, estabelece normas para a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências”. Tal projeto de lei encontra-se parado, conforme consulta ao site do Congresso Nacional em 09/09/2012.

60 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 105-124.

maneira, é possível verificar a dificuldade que o Brasil, diante do extenso rol de garantias fundamentais previstos no texto da Constituição, encontra para efetivar compromissos internacionais que pretendem promover a cooperação judiciária em matéria penal.

### 2.3.3. Paraguai

Não existe impedimento à extradição nacionais prevista na Constituição do Paraguai. Na legislação infraconstitucional, a norma que dispõe sobre a matéria é a Seção II do Código de Processo Penal paraguaio, em que, ao tratar da extradição passiva no artigo 149,<sup>61</sup> não há menção relativa à nacionalidade da pessoa sobre a qual recai o pedido. Tal entendimento é corroborado, por exemplo, no tratado bilateral de extradição ente o Paraguai e os Estados Unidos, cujo artigo III<sup>62</sup> impede que seja invocada a nacionalidade para escusar o cumprimento do pedido formulado pelo Estado requerente.

É interessante ressaltar que a Constituição paraguaia, no artigo 145,<sup>63</sup> admite a prevalência de uma ordem jurídica supranacional que garanta a vigência dos direitos humanos, da paz, da justiça e da cooperação e desenvolvimento nos âmbitos político, econômico, social e cultural. Esse dispositivo demonstra a predisposição em evitar contradição entre os compromissos internacionalmente assumidos e a legislação interna. Em virtude da ausência de vedação a extraditar nacional e do disposto na Constituição paraguaia, é possível verificar a total compatibilidade entre o que foi estabelecido para o mandado de captura e o ordenamento jurídico do país.

61 REPÚBLICA DO PARAGUAI. **Código de Processo Penal do Paraguai, Lei nº 1286/98.** “Artículo 149 — Extradición pasiva. Cuando un Estado extranjero solicite la extradición de un imputado o condenado, será competente el juez penal de la Capital de la República que corresponda. La resolución que deniegue el pedido de extradición será enviada, en todos los casos, a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la que se pronunciará sobre la misma dentro de los quince días de recibidas las actuaciones. Si la persona requerida está detenida, no se decretará la libertad hasta que resuelva la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Si la misma no resuelve en el plazo previsto se concederá inmediatamente la libertad y la detención no podrá ser decretada nuevamente.” Disponível em: <[http://www.pj.gov.py/ebook/sitios/Libros/Tomo\\_III\\_Coleccion\\_de\\_Derecho\\_Penal.pdf](http://www.pj.gov.py/ebook/sitios/Libros/Tomo_III_Coleccion_de_Derecho_Penal.pdf)>. Acesso em 08 de junho de 2012

62 TRATADO DE EXTRADIÇÃO ENTRE OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E O PARAGUAI. “Article III — Extradition of National. Extradition shall not be refused on the ground that person sought is a national of the Requested State.” Disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/mla/en/traites/en\\_traites-ext-usa-pry.pdf](http://www.oas.org/juridico/mla/en/traites/en_traites-ext-usa-pry.pdf)>. Acesso em 10/06/2012.

63 REPÚBLICA DO PARAGUAI. **Constituição do Paraguai.** “Artículo 145 — Del Orden Jurídico Supranacional. La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.” Disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp\\_pry-int-text-const.pdf](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf)>. Acesso em 06 de junho de 2012.

### 2.3.4. Uruguai

O ordenamento jurídico uruguaio e a maior parte dos tratados em vigência no Uruguai permitem a extradição de nacionais.<sup>64</sup> O Código Penal do país prevê, no artigo 13,<sup>65</sup> os limites à extradição, quais sejam: (i) proibição de extraditar por crimes políticos e crimes comuns conexos a crimes políticos; (ii) previsão do delito na legislação uruguaia — requisito da dupla incriminação; e, (iii) a permissão de conceder a extradição em virtude de crimes que, embora não previstos expressamente em tratados, não sejam vedados por estes. O artigo 14<sup>66</sup> regula os critérios básicos que devem ser respeitados quando há ausência de tratado de extradição: (i) atenda ao requisito da dupla incriminação; (ii) segundo a legislação uruguaia, a penalidade seja indeterminada ou superior a seis anos; (iii) sentença condenatória ou auto de prisão com as justificativas previstas pelas leis do Uruguai; e (iv) no caso de deferimento do pedido de extradição, a audiência do réu pelo Ministério Público uruguaio.

Diante do exposto, as disposições da Decisão n° 48/10 são plenamente compatíveis com a ordem jurídica uruguaia, uma vez que os requisitos da dupla incriminação e do impedimento de extraditar em decorrência de crime político presentes no artigo 13 do Código Penal estão em conformidade com as causas de denegação de cumprimento ao mandado de detenção previstas no artigo 5° do Acordo. Será aplicado o artigo 13 — e não o artigo 14 — do Código Penal uruguaio em virtude da existência de tratados de cooperação judiciária em matéria penal entre o Uruguai e os demais países signatários do Acordo relativo ao mandado de captura.

64 Informação proveniente da Autoridade Central de Cooperação Jurídica Internacional do Uruguai. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/mla/pt/ury/index.html>>. Acesso em 10 de junho de 2012.

65 REPÚBLICA DO URUGUAI. **Código Penal do Uruguai, lei 9.155.** “Artículo 13 — Extradición. La extradición no es admitida por delitos políticos, por delitos comunes conexos a delitos políticos, ni por delitos comunes cuya represión obedezca a fines políticos. Tampoco es admisible, cuando el hecho que motiva el pedido no ha sido previsto como delito por la legislación nacional. La extradición puede otorgarse u ofrecerse aún por delitos no contemplados en los Tratados, siempre que no existiera prohibición en ellos.” Disponível em: <<http://www0.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal/11t1.htm>>. Acesso em 14 de junho de 2012.

66 REPÚBLICA DO URUGUAI. **Código Penal do Uruguai, lei 9.155.** “Artículo 14 — Condiciones que rigen la extradición no mediando Tratado. No existiendo Tratado, la extradición del extranjero sólo puede verificarse con sujeción a las reglas siguientes: 1° Que se trate de delitos castigados por este Código con pena de penitenciaría por tiempo indeterminado, o de penitenciaría por más de seis años. 2° Que la reclamación se presente por el respectivo gobierno al Poder Ejecutivo, acompañada de sentencia condenatoria, o de auto de prisión, con los justificativos requeridos por las leyes de la República para proceder al arresto. 3° Que medie declaración judicial de ser procedente la extradición, previa audiencia del inculpado y del Ministerio Público.” Disponível em: <<http://www0.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal/11t1.htm>>. Acesso em 14 de junho de 2012.

### 2.3.5. Venezuela

O artigo 69 da Constituição da Venezuela<sup>67</sup> veda a extradição de nacionais, sem exceções. O artigo 6º do Código Penal do país<sup>68</sup> deixa claro que a proibição não admite qualquer hipótese de extradição de nacional, sem distinção entre natos e naturalizados, mas ressalva que, se o delito imputável também for crime segundo as leis venezuelanas, o indivíduo deve ser julgado na Venezuela, após representação do país prejudicado com a negativa do pedido ao Ministério Público venezuelano.

No que tange à extradição de estrangeiros, são limites à extradição: (i) crime político e crimes conexos; (ii) ausência da dupla incriminação; (iii) cumprimento dos requisitos estabelecidos pelos tratados em vigor e, na ausência destes, o que a lei venezuelana estabelecer como exigência; e (iv) se o delito que motivou o pedido é punido com prisão perpétua ou pena de morte.

Portanto, a Venezuela precisaria se utilizar a hipótese facultativa de não cumprimento do mandado de captura prevista no artigo 4º, item 1, alínea a) do Acordo por incompatibilidade com a ordem constitucional.

### 2.3.6. Estados associados ao MERCOSUL: Bolívia e Peru

A legislação da Bolívia não permite, em regra, a extradição de nacionais — embora não exista vedação constitucional sobre o tema.<sup>69</sup> O Código Penal boliviano, no artigo terceiro,<sup>70</sup> excepciona a proibição de extraditar quando existe tratado

67 REPÚBLICA BOLIVARIANA DA VENEZUELA. **Constituição da Venezuela**. “Artículo 69 — La República Bolivariana de Venezuela reconoce y garantiza el derecho de asilo y refugio. Se prohíbe la extradición de venezolanos y venezolanas.”

68 REPÚBLICA BOLIVARIANA DA VENEZUELA. **Código Penal da Venezuela**. “Artículo 6 — La extradición de un venezolano no podrá concederse por ningún motivo; pero deberá ser enjuiciado en Venezuela, a solicitud de parte agravada o del Ministerio Público, si el delito que se le Imputa mereciere pena por la ley venezolana. La extradición de un extranjero no podrá tampoco concederse por delitos políticos ni por infracciones conexas con estos delitos, ni por ningún hecho que no esté calificado de delito por la ley venezolana. La extradición de un extranjero por delitos comunes no podrá acordarse sino por la autoridad competente, de conformidad con los tramites y requisitos establecidos al efecto por los Tratados Internacionales suscritos por Venezuela y que estén en vigor y, a falta de estos, por las leyes venezolanas. No se acordará la extradición de un extranjero acusado de un delito que tenga asignada en la legislación del país requirente la pena de muerte o una pena perpetua (...).”

69 Em consulta à Constituição da Bolívia, nenhum impedimento a extradição de nacionais foi encontrado. Constituição da Bolívia disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_blv\\_constpolitica.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_blv_constpolitica.pdf)>. Acesso em 06 de junho de 2012.

70 ESTADO PLURINACIONAL DA BOLÍVIA. **Código Penal, lei 1768/97**. “Artículo 3: (EXTRADICIÓN) — Ninguna persona sometida a la jurisdicción de las leyes bolivianas podrá ser entregada por extradición a otro Estado, salvo que un tratado internacional o convenio de reciprocidad disponga lo contrario.” Disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/mla/sp/bol/sp\\_bol-int-text-cp.html](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/bol/sp_bol-int-text-cp.html)>. Acesso em 10 de junho de 2012.

internacional ou convênio de reciprocidade que disponha o contrário. Portanto, além da extradição ser matéria infraconstitucional, o Código Penal prevê expressamente a possibilidade de acordos internacionais permitirem a extradição de nacional boliviano, desde que respeitem o pressuposto de reciprocidade.

A legislação do Peru, por sua vez, não apresenta qualquer vedação à extradição de nacionais nem no texto da Constituição,<sup>71</sup> nem na legislação infraconstitucional que trata do tema.<sup>72</sup> Dessa maneira, não haveria qualquer obstáculo para a adequação aos dispositivos do Acordo que estabelece o mandado de captura como instrumento de cooperação penal.

### Conclusão

O mandado de detenção europeu foi um instrumento inovador que criou um novo paradigma para a cooperação judiciária em matéria penal para o mundo. Em 2009, por exemplo, foram expedidos 15.827 mandados, dos quais 4.431 foram cumpridos.<sup>73</sup> Mesmo diante dos questionamentos em matéria constitucional apontados, constata-se através das estatísticas que se trata de um instrumento largamente utilizado pelos Estados — embora o número de detidos ainda esteja abaixo do número de mandados de detenção expedidos.

Comparando o mandado de detenção ao mandado de captura, é possível verificar que o instrumento europeu substituiu definitivamente a extradição entre os membros da União Europeia, enquanto o mandado mercosulino, quando entrar em vigor, terá aplicação restrita. Esta é uma clara demonstração de que o alcance das inovações adotadas é diretamente proporcional ao nível de integração entre os Estados-membros. Em geral, os Estados não aprovam medidas que impliquem em diminuição de prerrogativas que são consideradas decorrentes da soberania. A forma como a União Europeia foi construída permitiu que o aprofundamento da integração não ficasse à mercê da vontade dos chefes de Estado — a Comissão Europeia e o Tribunal Europeu, por serem instituições politicamente independentes, exercem um papel imprescindível na preservação dos princípios basilares da União, bem como na condução dos rumos tomados

71 Em consulta à Constituição do Peru, nenhum impedimento a extradição de nacionais foi encontrado. Constituição do Peru disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/mla/sp/per/sp\\_per-int-text-const.pdf](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/per/sp_per-int-text-const.pdf)>. Acesso em 10 de junho de 2012.

72 Em consulta ao Código Penal da República do Peru, Livro Sétimo “A Cooperação Judicial em Matéria Penal,” nenhuma vedação à extradição de nacionais foi encontrada. Código Penal do Peru disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/mla/sp/per/sp\\_per\\_C%C3%B3digo\\_Penal\\_Libro\\_VII.pdf](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/per/sp_per_C%C3%B3digo_Penal_Libro_VII.pdf)>. Acesso em 10 de junho de 2012.

73 Disponível em: <[http://www.fairtrials.net/documents/Appendix\\_1\\_-\\_EAW\\_statistics\\_May\\_2011.pdf](http://www.fairtrials.net/documents/Appendix_1_-_EAW_statistics_May_2011.pdf)>. Acesso em 15 de dezembro de 2011.

pelo processo de integração. No Mercosul, por sua vez, faltam órgãos para velar exclusivamente pelos interesses do bloco — essa é uma das razões apontadas para a lentidão com que a integração regional está evoluindo, uma vez que o Poder Executivo dos Estados-membros mantém o controle do processo de integração.

Diante do que foi exposto, é possível constatar que a extradição, com os trâmites burocráticos e morosos que tem hoje, tende a ser paulatinamente substituída por mecanismos simplificados de entrega de pessoas que respondam a processo penal e os blocos regionais são o cenário propício para o surgimento de instrumentos alternativos à extradição.

## Bibliografia

### 1) Artigos

ARAS, Vladimir. “Procurado no MERCOSUL”. 2011. Disponível em: <<http://www.novacriminologia.com.br/Artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2906>>. Acesso em 17 de outubro de 2011.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. “*A extradição no Mercosul e o mandado de detenção europeu*”. 6º Encontro de Cortes do MERCOSUL, 2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/Texto\\_dos\\_Exposiotres/A\\_EXTRADICAO\\_NO\\_MERCOSUL\\_E\\_O\\_MANDADO\\_DE\\_DETENCAO\\_EUROPEU\\_\\_\\_Luiz\\_Paulo\\_Teles\\_Ferreira\\_Barreto.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/Texto_dos_Exposiotres/A_EXTRADICAO_NO_MERCOSUL_E_O_MANDADO_DE_DETENCAO_EUROPEU___Luiz_Paulo_Teles_Ferreira_Barreto.pdf)>. Acesso em 15 de dezembro de 2011.

BLANCO CORDEIRO, Isidoro. “*Jurisdicción Universal, Relación General*”. In: *Revue internationale de droit pénal*. 2008/1-79, p. 101-145.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. “Decisão Quadro do Conselho de 13 de Junho de 2002 relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros (2002/584/JAI)”. In: *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, n. L 190 de 18 de julho de 2002.

GÓRSKI, Adam. HOFMAŃSKI, Piotr. “The European Arrest Warrant and its Implementation in the Member States of the European Union”. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2008.

GRUSZCZAK, Arthur. “European Arrest Warrant — success story or constitutional troublemaker?” In: *European Arrest Warrant — Achievements and Dilemmas*. Warsaw: European Centre, 2006.

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA PORTUGUESA. *Manual de Procedimentos relativos à emissão do Mandado de Detenção Europeia*. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 2007.

## 2) Dissertações

CARMO, Luís Mota. *O ne bis in idem como fundamento de recusa do cumprimento do mandado de detenção europeu*. Dissertação. Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Programa de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais. Lisboa, 2009. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10451/3429>>. Acesso em 09 de setembro de 2012.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. *O mandado de detenção na União Europeia: um modelo para o MERCOSUL*. Dissertação. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2011. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/39528>>. Acesso em 01 de junho de 2012.

## 3) Leis e normas

ESTADO PLURINACIONAL DA BOLÍVIA. **Código Penal, lei 1768/97**. Disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/mla/sp/bol/sp\\_bol-int-text-cp.html](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/bol/sp_bol-int-text-cp.html)>. Acesso em 10 de junho de 2012.

MERCOSUL. Decisão N° 48/10 do Conselho do Mercado Comum (CMC). *Acordo sobre o Mandado Mercosul de Captura e Procedimentos de Entrega entre Estados-partes do Mercosul e Estados Associados*. Foz do Iguaçu, 16 de dezembro de 2010.

REPÚBLICA BOLIVARIANA DA VENEZUELA. **Código Penal da Venezuela**. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/mla/pt/ven/index.html>>. Acesso em 10 de junho de 2012.

REPÚBLICA DO PARAGUAI. **Constituição do Paraguai**. Disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp\\_pry-int-text-const.pdf](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf)>. Acesso em 06 de junho de 2012.

REPÚBLICA DO PARAGUAI. **Código de Processo Penal do Paraguai, Lei n.º. 1286/98**. Disponível em: <[http://www.pj.gov.py/ebook/sitios/Libros/Tomo\\_III\\_Coleccion\\_de\\_Derecho\\_Penal.pdf](http://www.pj.gov.py/ebook/sitios/Libros/Tomo_III_Coleccion_de_Derecho_Penal.pdf)>. Acesso em 08 de junho de 2012.

REPÚBLICA DO URUGUAI. **Código Penal do Uruguai, lei 9.155**. Disponível em: <<http://www0.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal/l1t1.htm>>. Acesso em 14 de junho de 2012.

#### 4) Livros

BORCHARDT, Klaus-Dieter. *ABC do Direito da União Europeia*. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2011.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 105-124.

TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

#### 5) Relatórios

COMISSÃO DA UNIÃO EUROPEIA. **Report from the comission COM(2007) 407 final**. Bruxelas, 11 de julho de 2007. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/eaw\\_implementation\\_report\\_2007\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/eaw_implementation_report_2007_en.pdf)>. Acesso em 09 de setembro de 2012.

# A APLICAÇÃO DOS MECANISMOS DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA DIANTE DA IMPERFEIÇÃO DAS OPINIÕES CONSULTIVAS NO MERCOSUL

MARIANA CAMPOS DE CARVALHO<sup>1</sup>

## Resumo

O sistema de solução de controvérsias do Mercado Comum do Sul (Mercosul) foi modificado em 2002 por meio do Protocolo de Olivos. Diversas foram as inovações processuais trazidas pelo referido Protocolo, como as opiniões consultivas, objeto de análise. Entretanto, argumenta-se que tal mecanismo não alcança o objetivo proposto, pois não consegue uniformizar de forma plena o direito do bloco e garantir sua correta aplicação. Diante disso, o trabalho desenvolvido tem por foco analisar criticamente o mecanismo das opiniões consultivas no direito do Mercosul e sua importância, comparativamente ao mecanismo análogo do reenvio prejudicial instituído pela União Europeia. O objetivo é apontar as falhas do mecanismo atual e identificar possíveis soluções capazes de desempenhar a função de uniformização do direito do Mercosul.

## Palavras-chave

Opinião consultiva, reenvio prejudicial, Mercosul, União Europeia, Tribunal de Justiça, Tribunal Permanente de Revisão.

## Introdução

O Mercado Comum do Sul, Mercosul, foi criado em 1991, com o Tratado de Assunção, assinado entre Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, o qual previa a constituição de um mercado comum. *A priori* haveria uma união aduaneira, com a aplicação de uma tarifa externa comum (TEC) aplicada a todos os produtos de fora do bloco que nele entrariam. Insta salientar que o bloco

---

<sup>1</sup> Aluna da graduação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV Direito Rio) e da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Aluna da Formação Complementar em Relações Internacionais da Fundação Getúlio Vargas. Membro do Conselho da Associação de Alunos de Direito Global da Fundação Getúlio Vargas. Trabalho orientado pela professora Paula Wojcikiewicz Almeida.

encontra-se estagnado nessa fase imperfeita, não alcançando, ainda, o *status* de um mercado comum.

Com relação à institucionalização do bloco, a intenção dos Estados era manter sua soberania. Assim, órgãos do Mercosul com poder decisório deveriam ser intergovernamentais,<sup>2</sup> isto é, representariam os interesses dos Estados, não do bloco como um todo. Por não existir órgão que defenda o interesse do bloco e pelo fato de o órgão representativo dos poderes legislativos — Parlamento do Mercosul — não ter poder decisório, diz-se haver preponderância do Executivo.

Três anos após a criação do Mercosul, em 1994, é assinado o Protocolo de Ouro Preto, o qual busca complementar a estrutura institucional do bloco trazendo funções para cada um dos órgãos decisórios. Foi responsável por consolidar a obrigatoriedade do direito do Mercosul,<sup>3</sup> devendo ele ser aplicado pelos Estados-membros; prevê ainda que, se necessário, o direito do bloco deverá ser incorporado na legislação interna.

No que concerne à adequação do direito interno ao direito do bloco, tem-se que essa é uma preocupação constante em processos integracionistas uma vez que ambos não se excluem, mas convivem harmoniosamente.<sup>4</sup> Para garantir a uniformização do direito do Mercado Comum do Sul foi então criado o instrumento das opiniões consultivas.

Dessa forma, o presente artigo busca analisar criticamente o mecanismo e a importância das opiniões consultivas no direito do MERCOSUL cuja função é de uniformizar a aplicação do direito do bloco e garantir sua correta aplicação, além de suas respectivas falhas. Almeja-se realizar um estudo comparado com o instrumento do reenvio prejudicial no âmbito da União Europeia na tentativa de identificar possíveis soluções capazes de suprir os déficits apontados com uso do mecanismo das opiniões consultivas no Mercosul.<sup>5</sup>

Para empreender tal tarefa, será exposto primeiramente o funcionamento do mecanismo das opiniões consultivas e sua importância ao bloco, analisando casos

---

2 Protocolo de Ouro Preto, artigo 2º: “São órgãos com capacidade decisória, de natureza intergovernamental, o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do MERCOSUL”.

3 Protocolo de Ouro Preto, artigo 42: “As normas emanadas dos órgãos do MERCOSUL previstos 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.”

4 ZANOTO, Josianne. *Opiniões consultivas: o caminho para a cooperação jurisdicional no MERCOSUL*. Revista Jurídica da FADISMA, v. 3, p. 1-21, 2008. Disponível em: <<http://revista.fadisma.com.br/revistafadisma/index.php/revistafadisma/article/viewFile/145/142>>. Acesso em 05 de novembro de 2011.

5 Insta salientar que o mecanismo do reenvio prejudicial pode também ser observado na Comunidade Andina. Ver *Algunas Consideraciones sobre la Interpretación Prejudicial Obligatoria en el Derecho Andino*. Disponível em: <<http://www.comunidadandina.org/bda/docs/CAN-INT-0010.pdf>>. Acesso em 26 de fevereiro de 2012.

concretos em que foram aplicadas no âmbito do Mercosul(I). Em seguida, será explicitado o procedimento do instrumento do reenvio prejudicial no âmbito da União Europeia (UE), bem como sua importância para o bloco, verificando a possível aplicação de algumas de suas características no Direito do Mercosul (II).

### I. O mecanismo de uniformização do Direito no MERCOSUL: a opinião consultiva

O Protocolo de Brasília, o qual dispõe sobre solução de controvérsias, previa tribunais *ad hoc*, criados para casos específicos; assim, se não fosse possível pelo meio diplomático, os Estados resolveriam controvérsia pelo meio arbitral.<sup>6</sup> Ressalte-se que esse era o regime jurídico até 2002, quando foi adotado o Protocolo de Olivos (PO). Tal Protocolo produz uma mudança na estrutura do sistema de solução de controvérsias, criando o Tribunal Permanente de Revisão (TPR), uma instância permanente, de atuação e com reuniões ante uma convocatória concreta.<sup>7</sup> Para Perotti, *“la principal innovación introducida por el citado Protocolo, es el Tribunal Permanente de Revisión, que deviene en el principal órgano de este sistema, constituido en agosto de 2004 en Asunción del Paraguay,*

6 Protocolo de Brasília. Artigo 7 (1) — Quando não se puder solucionar a controvérsia mediante a aplicação dos procedimentos referidos nos Capítulos II e III, qualquer dos Estados Partes na controvérsia poderá comunicar à Secretaria Administrativa sua intenção de recorrer ao procedimento arbitral que se estabelece no presente Protocolo.

7 Algumas modificações trazidas pelo Protocolo de Olivos podem ser vistas nos artigos 19: “Os integrantes do Tribunal Permanente de Revisão, uma vez que aceitem sua designação, deverão estar disponíveis permanentemente para atuar quando convocados”; artigo 23: “1. As partes na controvérsia, culminado o procedimento estabelecido nos artigos 4 e 5 deste Protocolo, poderão acordar expressamente submeter-se diretamente e em única instância ao Tribunal Permanente de Revisão, caso em que este terá as mesmas competências que um Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, aplicando-se, no que corresponda, os Artigos 9, 12, 13, 14, 15 e 16 do presente Protocolo. 2. Nessas condições, os laudos do Tribunal Permanente de Revisão serão obrigatórios para os Estados partes na controvérsia a partir do recebimento da respectiva notificação, não estarão sujeitos a recursos de revisão e terão, com relação às partes, força de coisa julgada”; artigo 17: “1. Qualquer das partes na controvérsia poderá apresentar um recurso de revisão do laudo do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* ao Tribunal Permanente de Revisão, em prazo não superior a quinze (15) dias a partir da notificação do mesmo. 2. O recurso estará limitado a questões de direito tratadas na controvérsia e às interpretações jurídicas desenvolvidas no laudo do Tribunal Arbitral *Ad Hoc*. 3. Os laudos dos Tribunais *Ad Hoc* emitidos com base nos princípios *ex aequo et bono* não serão suscetíveis de recurso de revisão. 4. “A Secretaria Administrativa do MERCOSUL estará encarregada das gestões administrativas que lhe sejam encomendadas para o trâmite dos procedimentos e manterá informados os Estados partes na controvérsia e o Grupo Mercado Comum”; e artigo 3º: “O Conselho do Mercado Comum poderá estabelecer mecanismos relativos à solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão definindo seu alcance e seus procedimentos”. Mais detalhes em RODAS, João Grandino. *A Competência do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul para emitir Opiniões Consultivas*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/Texto\\_dos\\_Exposiotres/A\\_Competencia\\_do\\_Tribunal\\_Permanente\\_de\\_Revisao\\_do\\_Mercosul\\_para\\_emitir\\_Opinioes\\_ConsultivasJoao\\_Grandino\\_Rodas\\_portugues.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/Texto_dos_Exposiotres/A_Competencia_do_Tribunal_Permanente_de_Revisao_do_Mercosul_para_emitir_Opinioes_ConsultivasJoao_Grandino_Rodas_portugues.pdf)>. Acesso em 13 de dezembro de 2011.

*capital jurídica del MERCOSUR*”.<sup>8</sup> Dentre suas competências,<sup>9</sup> destaca-se a opinião consultiva.

De fato, quando os Estados perceberam que o direito do Mercosul estava sendo aplicado de maneira mais frequente, houve a preocupação em uniformizar o tratamento dessas normas perante os membros do bloco. Desde 1991, os juízes de todos os Estados-partes proferiram mais de mil sentenças aplicando, ainda que parcialmente, normas do Mercosul, observando que a utilização do procedimento de opiniões consultivas não é difícil de ocorrer na prática.<sup>10</sup> Então, para que houvesse aplicação uniforme, os judiciários nacionais, caso tivessem dúvidas com relação ao direito do Mercosul, poderiam submeter a questão ao TPR.

Para entender como os juízes dos tribunais nacionais devem enviar suas dúvidas, na tentativa de uniformizar o direito aplicado ao caso, serão analisados os aspectos procedimentais do mecanismo da opinião consultiva e sua importância para o Mercosul.

#### A) Aspectos procedimentais da opinião consultiva

O novo sistema de solução de controvérsias do PO apresenta avanços significativos em relação à sistemática anterior.<sup>11</sup> O artigo 11 do Regulamento do Protocolo de Olivos,<sup>12</sup> por exemplo, apresenta a opinião consultiva como não obrigatória e não vinculante, ou seja, o juiz interno pode ou não pedir a opinião consultiva. Ressalte-se que esse instrumento não existe para verificar questão da validade,<sup>13</sup> mas tão somente para buscar solucionar questões de interpretação,

8 PEROTTI, Alejandro Daniel. *Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur: situación institucional y Opiniones Consultivas*. Temas del Cono Sur, Dossier de Integración N° 49, junho 2008, Mercosurabc, Buenos Aires, p. 5. Disponível em: <[http://www.mercosurabc.com.ar/dossier/N49\\_jun\\_08.pdf](http://www.mercosurabc.com.ar/dossier/N49_jun_08.pdf)>. Acesso em 29 de junho de 2012.

9 Protocolo de Olivos. Artigo 3. O Conselho do Mercado Comum poderá estabelecer mecanismos relativos à solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão definindo seu alcance e seus procedimentos.

10 PEROTTI, Alejandro Daniel. *Op. Cit.*

11 MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Solução de Controvérsias do MERCOSUL: A Sistemática do Protocolo de Olivos*. Disponível em: <<http://www.diritto.it/pdf/28654.pdf>>. Acesso em 27 de outubro de 2011.

12 Regulamento do Protocolo de Olivos, artigo 11: “Efeito das opiniões consultivas. As opiniões consultivas emitidas pelo TPR não serão vinculantes nem obrigatórias.”

13 Sobre a questão da validade, “ao menos em uma interpretação literal, nada haveria permitindo que se realizassem consultas acerca da validade de uma norma derivada frente a uma norma originária do MERCOSUL (...). A leitura atenta das normas que tratam do objeto da solicitação de opinião consultiva (artigo 4º, parágrafo 1º, do Regulamento do Protocolo de Olivos e artigo 4º, parágrafos 2º e 3º da Dec. n.º 02/2007 do CMC), demonstra que não há previsão expressa de que uma solicitação de opinião consultiva possa ter por objeto a apreciação da validade da normativa MERCOSUL”. MARTINS FILHO, Marcos Simões. *A solicitação de Opiniões Consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL: a técnica para que sejam realizadas Consultas pelo Judiciário Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.cjje>>.

possuindo caráter facultativo. Uma vez pronunciado o TPR por meio de um laudo, sua aceitação também é facultativa. Atualmente, muito se discute sobre tornar tal mecanismo obrigatório, pois a falta de obrigatoriedade não está prevista no tratado, mas em uma norma de direito derivado, a qual pode ser revogada por outras normas de direito derivado<sup>14</sup> ou pela simples revisão do tratado.

Quanto à legitimidade ativa,<sup>15</sup> há os privilegiados, a saber, Estados-membros, órgãos do Mercosul e o Parlamento do Mercosul; e comuns, como juízes nacionais.<sup>16</sup> Logo, com relação ao trâmite processual, o juiz do caso (nacional),<sup>17</sup> por exemplo, pode enviá-la para a Corte Suprema do Estado — no caso brasileiro, Supremo Tribunal Federal (STF) —, sendo este então responsável por encaminhá-la ao TPR e mandar uma cópia à Secretaria do MERCOSUL, a qual distribui para todos os demais tribunais supremos.<sup>18</sup> Insta salientar que a parte solicitante é responsável pelos custos da opinião consultiva.

---

ufes.br/direito/posstrictosensumestrado /Links/dissertacaomarcosimoes.pdf>. Acesso em 13 de dezembro de 2011.

- 14 Nesse sentido: “O direito originário do MERCOSUL compreende todos os instrumentos jurídicos firmados diretamente entre os Estados-Partes. Além dos tratados constitutivos, também são fontes de direito originário os acordos e protocolos adotados no âmbito do MERCOSUL, os quais visam alargar a esfera de incidência do processo de integração [...]. O direito derivado é composto dos atos que são praticados em execução dos tratados constitutivos e, por conseguinte, estão subordinados a estes, devendo-lhe respeito [...]. Constituem fontes jurídicas derivadas do MERCOSUL as normas que emanam de seus órgãos com poder normativo, quais sejam: as Decisões do Conselho do Mercado Comum, as Resoluções do Grupo Mercado Comum e as Diretrizes da Comissão de Comércio do MERCOSUL, conforme se depreende do Art. 41, inciso III, do Protocolo de Ouro Preto”. PEREIRA, Ana Cristina Paulo. *Direito institucional e material do MERCOSUL*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005. p. 64-65.
- 15 Perotti entende que “*las Opiniones Consultivas pueden ser solicitadas por dos clases de sujetos, unos privilegiados y otros ‘comunes’, por así decirlo. Los privilegiados son obviamente los Estados Partes, los órganos decisivos del MERCOSUR, y el Parlamento del MERCOSUR. Los legitimados ‘comunes’, son los tribunales de justicia de los Estados Partes. Los legitimados activos privilegiados pueden petitionar una Opinión Consultiva al Tribunal Permanente de Revisión sobre cualquier cuestión jurídica vinculada al derecho del MERCOSUR, y los legitimados activos comunes, que son los jueces nacionales, pueden consultar al TPR siempre que ello conlleve una interpretación jurídica*”. PEROTTI, Alejandro Daniel. *Op. Cit.*
- 16 Regulamento do Protocolo de Olivos, artigo 2º: “Legitimação para solicitar opiniões consultivas. Poderão solicitar opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão (doravante TPR) todos os Estados partes do MERCOSUL, atuando conjuntamente, os órgãos com capacidade decisória do MERCOSUL e os Tribunais Superiores dos Estados Partes com jurisdição nacional, nas condições que se estabeleçam para cada caso.”
- 17 João Grandino Rodas entende ser todo juiz nacional legitimado para solicitar opiniões consultivas, pois “podem solicitar opinião consultiva os Estados partes, os órgãos decisórios e o Parlamento do MERCOSUL, além dos juízes dos Estados partes, por intermédio dos Supremos Tribunais desses Estados. Referentemente ao alcance, as opiniões podem versar sobre as normas originárias, como o Tratado de Assunção, ou normas derivadas dos órgãos decisórios do MERCOSUL — obviamente, vedada qualquer intromissão no direito interno dos Estados partes.” RODAS, João Grandino. *Interpretação das normas do MERCOSUL*. Disponível em: <http://www.estado.com.br/editorias/2009/01/08/opi-1.93.29.20090108.2.1.xml>. Acesso em 13 de dezembro de 2011.
- 18 É importante ressaltar que todos os Estados partes do MERCOSUL já adotaram normativa interna para possibilitar o encaminhamento de opiniões consultivas.

### B) A importância das opiniões consultivas emitidas pelo TPR

Até o atual momento, apenas três opiniões consultivas foram emitidas pelo TPR no âmbito do MERCOSUL. A primeira delas é relativa a um caso entre Argentina e Paraguai, em 2006,<sup>19</sup> ajuizada em Assunção. O caso que ensejou a consulta era denominado “*Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante*”. Curiosamente, anota-se que essa primeira solicitação foi encaminhada ao Tribunal Permanente de Revisão pelo Ministério das Relações Exteriores do Paraguai.<sup>20</sup> Em um breve resumo, duas empresas estavam envolvidas no caso em tela, uma argentina e outra paraguaia, entre as quais havia um contrato firmado estabelecendo que qualquer controvérsia seria encaminhada aos tribunais da Argentina e submetida à lei argentina. A empresa paraguaia ajuíza pedido de indenização por perdas e danos no Tribunal de Assunção contra a empresa argentina em função de um descumprimento em um contrato de distribuição. A empresa argentina opõe exceção de incompetência, alegando que aquele tribunal não é competente para conhecer da ação.

Por um lado, ao averiguar o direito do MERCOSUL, tem-se que o Protocolo de Buenos Aires sobre Relações Contratuais afirma que as partes escolhem o foro competente, confirmando o princípio da autonomia da vontade. Dessa

19 Opinião Consultiva nº 01/2007. Opinião Consultiva do Tribunal Permanente de Revisão constituído com competência para decidir a respeito da petição de Opinião Consultiva apresentada pela Exma. Senhora Juíza de Primeira Instância no Cível e Comercial da Primeira Vara da jurisdição de Assunção, Paraguai, Magistrada Maria Angélica Calvo, no processo denominado: “Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedade Anônima, Comercial, Industrial, Financeira, Imobiliária e Agropecuária s/ Indenização de Danos e Prejuízos e Lucro Cessante”, via a Exma. Corte Suprema de Justiça da República do Paraguai, recebida por este Tribunal em 21 de dezembro de 2006. Disponível em: <[http://www.tprmercosur.org/pt/docum/opin/OpinC\\_on\\_01\\_2007\\_pt.pdf](http://www.tprmercosur.org/pt/docum/opin/OpinC_on_01_2007_pt.pdf)>. Acesso em 04 de novembro de 2011.

20 Sobre tal questão manifestou-se o Dr. Wilfrido Fernández de Brix: “a Magistrada Calvo ditou providência decidindo a consulta a nosso Tribunal na data 07 de setembro de 2006, enviando a mesma ao Senhor Presidente da Exma. Corte Suprema de Justiça do Paraguai por ofício da data 14 de outubro de 2006. Esta Exma. Corte Suprema de Justiça de forma errada, envia a consulta ao Ministério das Relações Exteriores do Paraguai através do ofício datado de 15 de dezembro de 2006 (a respeito cabe destacar que as Cortes Supremas de Justiça devem comunicar-se diretamente com o TPR, e não através do Ministério das Relações Exteriores), e finalmente este Ministério através da Direção de Assuntos Legais, envia a consulta a este Tribunal, a qual foi recebida pela Secretaria na data 21 de dezembro de 2006.” MERCOSUL. Tribunal Permanente de Revisão. Opinião Consultiva do Tribunal Permanente de Revisão constituído com competência para decidir a respeito da petição de Opinião Consultiva apresentada pela Exma. Senhora Juíza de Primeira Instância no Cível e Comercial da Primeira Vara da jurisdição de Assunção, Paraguai, Magistrada Maria Angélica Calvo, no processo denominado: “Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedade Anônima, Comercial, Industrial, Financeira, Imobiliária e Agropecuária s/ Indenização de Danos e Prejuízos e Lucro Cessante”, via a Exma. Corte Suprema de Justiça da República do Paraguai, recebida por este Tribunal em 21 de dezembro de 2006. Disponível em: <[http://www.mercosur.org.uy/t\\_generic.jsp?contentid=441&site=1&channel=secretaria&seccion](http://www.mercosur.org.uy/t_generic.jsp?contentid=441&site=1&channel=secretaria&seccion)>. Acesso em 12 de dezembro de 2011.

forma, de acordo com o contrato firmado entre as partes, o foro de Buenos Aires deveria prevalecer. Por outro lado, o Protocolo de Santa Maria sobre Relações de Consumo, invocado pelo Paraguai para sustentar suas alegações, além da lei interna paraguaia, impossibilitaria o afastamento da competência do tribunal paraguaio nos casos de relação de consumo, prevalecendo o foro de Assunção. Ademais, o Paraguai também afirmou o caráter irrenunciável dos direitos estabelecidos pela lei paraguaia n. 194/93 (art. 9) e insistiu que, conforme os artigos 7 e 10 da referida lei, é procedente a competência da jurisdição paraguaia. Invocou ainda o Código de Processo Civil paraguaio e o Código de Organização Judiciária, além de outros instrumentos jurídicos internos. Logo, o juiz teria de decidir se se tratava de uma relação de consumo ou contratual, caso ambos os instrumentos estivessem em vigor e, sobretudo, se a normativa do MERCOSUL poderia prevalecer em caso de conflito com o direito interno paraguaio.

Diante desses fatos, foi solicitada uma opinião consultiva ao Tribunal Permanente de Revisão. O TPR primeiramente verificou se os instrumentos foram internalizados, pois para a entrada em vigor de um documento do MERCOSUL é necessário que todos os quatro Estados-partes o tenham incorporado. Por conseguinte, chegou-se à conclusão de que o Protocolo de Buenos Aires estaria em vigor, mas o de Santa Maria, não. Além disso, nem se o Protocolo de Santa Maria estivesse em vigor poderia ser aplicado, uma vez que se entendeu não se tratar de relação de consumo. De fato, não haveria consumidor final, sendo essa a única hipótese de restrição à liberdade de eleição de foro e legislação aplicável contida do Artigo 4º do Protocolo. A importância da decisão decorre da afirmação feita pelo Tribunal, na mesma linha do Tribunal de Justiça da União Europeia na década de 1960, no sentido de que o direito do MERCOSUL é uma ordem jurídica autônoma, criado para os indivíduos, que podem invocá-lo; transpõe a doutrina do direito da União Europeia para o MERCOSUL, dizendo que também haveria necessidade dos princípios da primazia e efeito direto. Mais importante, o caso é exemplo da prevalência do Protocolo e Buenos Aires sobre a lei paraguaia. Os árbitros do TPR aproveitam a oportunidade para firmar a primazia do direito do MERCOSUL com relação ao direito interno, preenchendo as lacunas dos tratados fundadores.

A segunda solicitação<sup>21</sup> de opinião consultiva foi recebida pelo Tribunal Permanente de Revisão, em 27 de agosto de 2008. O processo que ensejou a

21 Opinião Consultiva Nº 01/2008 — Opinião Consultiva do Tribunal Permanente de Revisão constituído com competência para decidir a respeito da petição encaminhada pela Suprema Corte de Justiça da República Oriental do Uruguai a respeito dos autos do processo do Juizado de Direito no Cível da 1ª vara IUE 2-32247/07 “Sucesión Carlos Schnek y otros c/Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos”. (Sucessão Carlos Schnek e outros com o Ministério de Economia e Finanças e outros.

consulta era denominado “*Sucesión Carlos Schnek y otros c/ Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos*”. Essa solicitação foi apresentada pela Suprema Corte de Justicia (República Oriental do Uruguai). O caso concreto que ensejou essa solicitação de opinião consultiva englobava como partes as sociedades empresariais uruguaias e o Estado uruguaio. Objetivava-se a devolução de quantias supostamente pagas indevidamente a título de “taxa consular”, assim como a devolução das quantias pagas ao mesmo título desde a data do ajuizamento da ação até a execução da sentença a ser proferida. Argumentava-se, para tanto, que a lei nacional uruguaia que reimplantou a referida taxa violaria as normas do MERCOSUL.

O Tribunal Permanente de Revisão entendeu ser competente sobre o pedido de opinião consultiva, afirmando ainda a primazia da normativa do MERCOSUL ratificada e internalizada, conforme o caso, pelos Estados-partes, sobre toda disposição interna que no marco de sua competência normativa lhe seja contraposta. Enfatizou que as normas originárias do MERCOSUL, uma vez ratificadas e incorporadas às legislações nacionais conforme aos mecanismos internos de cada Estado-parte, tem validade internacional e geram direitos e obrigações. Nas opiniões consultivas, o Tribunal pode entender, com o alcance e limitações de sua competência, sobre a compatibilidade de uma norma nacional com o direito do MERCOSUL, ainda que não lhe corresponda expedir-se sobre sua constitucionalidade, aplicabilidade ou nulidade, assunto exclusivo de jurisdição nacional.

A terceira solicitação<sup>22</sup> de opinião consultiva foi recebida pelo Tribunal Permanente de Revisão em 17 de abril de 2009. O processo que ensejou a consulta era denominado “*Frigorífico Centenario c/ Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos*”, englobando como partes uma sociedade empresarial uruguaia e o Estado uruguaio. Objetivava-se a devolução de quantias supostamente pagas indevidamente a título de “taxa consular”, assim como a devolução das quantias pagas ao mesmo título desde a data do ajuizamento da ação até a execução da sentença a ser proferida. Argumentava-se, para tanto, que a lei nacional uruguaia que reimplantou a referida taxa violaria as normas do MERCOSUL.

---

Cobrança de pesos.). Disponível em: <[http://www.mercosur.int/t\\_generic.jsp?contentid=441&site=1&channel=secretaria&seccion=6](http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=441&site=1&channel=secretaria&seccion=6)>. Acesso em 28 de fevereiro de 2012.

22 Opinião Consultiva Nº 01/2009 — Opinião Consultiva do Tribunal Permanente de Revisão. “Juízo de Primeira Instância da 2ª Vara Cível — Autos do Processo: Frigorífico Centenario S.A. c/ Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobrança de pesos. IUE: 2-43923/2007. Carta Rogatória.” República Oriental do Uruguai. Disponível em: <[http://www.mercosur.int/t\\_generic.jsp?contentid=441&site=1&channel=secretaria&seccion=6](http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=441&site=1&channel=secretaria&seccion=6)>. Acesso em 28 de fevereiro de 2012.

O TPR decidiu que, de modo geral, as normas do MERCOSUL que foram objeto de ratificação, incorporação ou internalização geram direitos e obrigações e primam sobre toda a disposição interna que no marco de sua competência normativa lhe seja contraposta. O Tribunal pode entender nas opiniões consultivas, de acordo com o alcance e limitações de sua competência, sobre a compatibilidade de uma norma nacional com o direito do MERCOSUL, mas não cabe a ele julgar sua constitucionalidade, aplicabilidade ou nulidade, questão exclusiva da jurisdição nacional. No caso específico, foi entendido que, para uma adequada atuação do Tribunal, seria conveniente que o pedido de opiniões consultivas fosse formulado em uma etapa processual em que houvesse estabelecida a qualificação (taxa ou imposto), conforme o direito interno aplicável, para verificar a compatibilidade com a norma do MERCOSUL vigente. Conforme o laudo, *“es función del TPR examinar la compatibilidad entre la normativa MERCOSUL y una norma interna, a ese efecto resulta imposible no hacer consideraciones jurídicas en relación con las normas en posible colisión”*.<sup>23</sup>

O grande desafio para aplicação dessa decisão e de todas as opiniões consultivas ocorre devido ao fato de as opiniões consultivas não serem obrigatórias. Adite-se a isso o fato de não haver, no âmbito do MERCOSUL, tribunal ou mecanismo que possa responsabilizar ou sancionar um Estado caso ele não cumpra com o direito do bloco e, particularmente, caso o tribunal nacional não leve em consideração o posicionamento adotado pelo TPR no âmbito de uma opinião consultiva.

Faz-me mister destacar que muito hoje se questiona acerca da eficácia dos mecanismos de solução de controvérsia do MERCOSUL, o qual muitas vezes não é seguido por razões de natureza política. Há significativo desinteresse por parte dos Estados-membros em implementar o direito do MERCOSUL em seus ordenamentos internos, o que é necessário para a entrada em vigor das normas. Para ser efetivo, um processo integracionista deve transcender aos aspectos econômicos para abarcar outras áreas do desenvolvimento estatal, pelas quais transitam o progresso integracionista, como educação, tecnologia e justiça.<sup>24</sup> O MERCOSUL tem caminhado nessa direção, ultrapassando a esfera meramente comercial e passando a atuar paralelamente às negociações interestatais. Com efeito, Perotti afirma que *“hoy por hoy, puede hablarse de “otro MERCOSUR”, que podemos definir como subterráneo, un MERCOSUR*

23 *Idem*.

24 POZZATTI Jr., Ademar e SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Uma Experiência Discreta: O MERCOSUL e as Opiniões Consultivas*. In: *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 2, n. 3, novembro de 2007. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18170/Uma\\_experi%C3%Aancia\\_Discreta\\_o\\_Mercosul.pdf?sequence=2](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18170/Uma_experi%C3%Aancia_Discreta_o_Mercosul.pdf?sequence=2)>. Acesso em 20 de outubro de 2011.

*paralelo a las negociaciones entre los Estados-partes, y en ocasiones paralelo a la falta de negociación entre los Estados*".<sup>25</sup>

Diante do exposto, tem-se que a não obrigatoriedade das opiniões consultivas é um reflexo da intenção dos Estados-partes de manter total controle acerca do processo de integração, evitando eventuais “desvios” que poderiam conduzir ao estabelecimento de uma primazia para o direito do MERCOSUL, conforme ocorreu no âmbito da União Europeia. A falta de obrigatoriedade do mecanismo mercosulino é uma das características que o diferenciam do reenvio prejudicial, instrumento utilizado pelos países do bloco europeu. A opinião consultiva não cria jurisprudência no MERCOSUL. Diferentemente da União Europeia, o MERCOSUL optou por um sistema não judicial de solução de controvérsias, inspirando-se na concepção clássica de resolução de conflitos internacionais, com destaque às negociações diplomáticas e à arbitragem.

## II. O mecanismo de uniformização do Direito Europeu: o reenvio prejudicial

No Direito Europeu, os tribunais nacionais têm função importante, pois aplicam o direito do bloco ao caso concreto. Os indivíduos recorrem a ele, podendo invocar o direito da UE. Logo, é o principal aplicador do direito, cabendo ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) controlar essa aplicação. Se o juiz nacional tiver dúvidas acerca da interpretação ou validade<sup>26</sup> de uma norma de direito da União Europeia, deve recorrer ao TJUE através do reenvio prejudicial; ele envia um pedido de consulta para o tribunal do bloco, que emite um acórdão. Ressalte-se que *“a decisão do Tribunal de Justiça (...) é vinculativa não só para a jurisdição nacional que tenha estado na origem do processo de reenvio prejudicial, mas, ainda, para todas as jurisdições nacionais dos Estados-membros”*<sup>27</sup>.

Tal mecanismo europeu apresenta peculiaridades quanto a seu procedimento, sendo amplamente utilizado e de suma importância ao Direito da

25 PEROTTI, Alejandro Daniel. *Op. Cit.*

26 Quanto aos tipos de reenvio, “os parágrafos 2º e 3º, do artigo 267, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia indicam uma diferença no que tange à obrigatoriedade do reenvio. A redação desses dispositivos indica que, na hipótese do parágrafo 2º, sempre que uma questão relacionada à interpretação dos Tratados ou à validade e à interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União seja suscitada perante um órgão jurisdicional de um Estado-membro este órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão seja necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. Entretanto, se a mesma questão for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional, cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal”. MARTINS FILHO, Marcos Simões. *Op. Cit.*

27 Sínteses da legislação da UE: o processo de decisão e os trabalhos das instituições. Disponível em: <[http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/decisionmaking\\_process/114552\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114552_pt.htm)>. Acesso em 28 de outubro de 2011.

União Europeia, pois sua primazia com relação ao direito nacional e o reconhecimento de seu efeito direto, por exemplo, se deram por jurisprudência no âmbito de um reenvio prejudicial.<sup>28</sup>

#### A) Aspectos procedimentais do reenvio prejudicial

A origem do reenvio prejudicial data de 10 de dezembro de 1952, inauguração do Tribunal de Justiça do CECA, em Luxemburgo. O Tribunal exerce competência contenciosa (recurso de anulação, recurso por omissão, recurso por descumprimento e ação de indenização) e competência consultiva (reenvio prejudicial, principal incidente processual do direito europeu). Por conseguinte, o TJUE é o último intérprete do direito europeu, controlando indiretamente a conformidade do direito nacional em relação a ele. Os tribunais nacionais são “juizes de direito comum do direito europeu”, têm competência para interpretar e aplicar o direito europeu no caso concreto e podem tornar inaplicável o direito nacional contrário ao direito europeu, como previsto no Tratado de Lisboa.<sup>29</sup>

Quando deseja pleitear algum direito, o indivíduo recorre ao tribunal nacional em virtude do efeito direto, podendo invocar norma do bloco.<sup>30</sup> O Tribunal deverá aplicar com primazia<sup>31</sup> o direito europeu e, se houver dúvidas quanto a esse direito, poderá utilizar o mecanismo do reenvio prejudicial,<sup>32</sup>

28 A posição do TJUE era que a função primordial do juiz nacional era obrigação de constatar a primazia; obrigação declarar não aplicável; expulsando a norma nacional contrária, não há remissão a instância constitucional (*Simmmenthal* — C 106/77). No caso *Van Gend en Loos* (C 26/62), o Tribunal havia decidido que: “o direito que nasce do tratado provém de uma fonte autônoma e não poderia, portanto, em razão de sua natureza específica original, se ver judicialmente oposto por um texto interno, qualquer que seja, sem perder seu caráter comunitário e sem que seja colocada em causa a base jurídica da Comunidade”. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962J0026:EN:HTML>>. Acesso em 12 de dezembro de 2011.

29 Tratado de Lisboa, artigo 256 (3): “O Tribunal Geral é competente para conhecer das questões prejudiciais, submetidas por força do artigo 267º, em matérias específicas determinadas pelo Estatuto. Quando o Tribunal Geral considerar que a causa exige uma decisão de princípio susceptível de afetar a unidade ou a coerência do direito da União, pode remeter essa causa ao Tribunal de Justiça, para que este delibere sobre ela. As decisões proferidas pelo Tribunal Geral sobre questões prejudiciais podem ser reapreciadas a título excepcional pelo Tribunal de Justiça, nas condições e limites previstos no Estatuto, caso exista risco grave de lesão da unidade ou da coerência do direito da União.”

30 TJUE, Caso nº 6 / 64, *Costa Enel*, 15 de julho de 1964. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964CJ0006:PT:PDF>. Acesso em 29 de junho de 2012.

31 TJUE, Caso nº 26/62, *Van Gend em Loos*, de 05 de fevereiro de 1963. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962J0026:EN:HTML>. Acesso em 29 de junho de 2012.

32 Sobre as questões prejudiciais, “quando o Tribunal de Primeira Instância considerar que a causa exige uma decisão de princípio susceptível de afetar a unidade ou a coerência do direito comunitário, pode remeter essa causa ao Tribunal de Justiça, para que este delibere sobre ela. As decisões proferidas pelo Tribunal de Primeira Instância sobre questões prejudiciais podem ser reapreciadas a título excepcional

direcionando o questionamento ao TJUE.<sup>33</sup> Por não ser possível criar uma hierarquia institucionalizada, criou-se um sistema de colaboração entre sistemas nacionais e europeus.<sup>34</sup> Em suma, o objetivo do reenvio é assegurar a uniformidade da interpretação e da apreciação da validade dos atos europeus, além de permitir que o juiz nacional aprecie a compatibilidade entre o direito nacional e europeu.

Ressalte-se que há dois tipos de reenvio, um para interpretação, buscando a interpretação do direito na União Europeia, determinando o exato sentido e alcance de suas disposições da União Europeia; e outro para validade, ou seja, para analisar a legalidade material e a legalidade formal. O reenvio relativo à interpretação serve para determinar o exato sentido e alcance das disposições europeias. Quanto ao reenvio sobre a validade da norma europeia, este serve para averiguar a legalidade material (violação da legalidade europeia no direito primário e derivado) e legalidade formal (incompetência, vícios de forma do ato, desvio do poder). Indiretamente se faz exame de conformidade visto que o Tribunal de Justiça da União Europeia não pode pronunciar-se sobre direito nacional.

Insta salientar que questões em primeira instância não são definitivas uma vez que ainda cabe recurso a elas, podendo a segunda instância nacional reformar a sentença primeira. Por isso, são os tribunais de segunda instância obrigados a utilizar o instrumento do reenvio prejudicial quando surge dúvida quanto à validade ou interpretação. Ressalte-se que o reenvio para validade é obrigatório para os tribunais de primeira e segunda instâncias caso implique a declaração de invalidade de um ato europeu.<sup>35</sup>

Se o tribunal não fizer o reenvio quando é obrigado há o descumprimento do direito do bloco, desafiando uma ação de descumprimento. Quando o juiz possui mera dúvida, a obrigatoriedade é sempre para tribunais não suscetíveis

---

pelo Tribunal de Justiça, nas condições e limites previstos no Estatuto, caso exista risco grave de lesão da unidade ou da coerência do direito comunitário". ZANOTO, Josianne. *Op. Cit.* p. 21.

33 Tratado de Lisboa, artigo 267: "O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, os órgãos ou os organismos da União; Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal. Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível."

34 SARMIENTO, Daniel. *O sistema normativo da União Europeia e sua incorporação às ordens jurídicas dos estados-membros*, in: AMBOS, Kai; PEREIRA, Ana Cristina Paulo (orgs.). *MERCOSUL e União Europeia: perspectivas da integração regional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 53-90.

35 Ver nota de rodapé nº 26.

de recurso; o reenvio prejudicial para interpretação fornece ao juiz nacional somente uma resposta útil, pois o TJUE não resolve a questão em litígio. Reitera-se o fato de não poder haver norma interna capaz de impedir a submissão de questões prejudiciais. Ainda, “*no âmbito do processo de reenvio prejudicial sobre a validade de um ato europeu, se este for declarado inválido, também o serão todos os outros atos já adotados que nele se baseiem*”.<sup>36</sup>

Faz-se mister enaltecer que a decisão do reenvio, além de vincular o resultado da demanda da qual se originou a dúvida de interpretação ou de validade do direito comunitário, vincula as decisões posteriores que tratarem da mesma matéria, podendo, inclusive, atingir terceiros.<sup>37</sup> Assim, um de seus aspectos positivos seria o de uniformizar o direito do bloco, assegurando sua correta aplicação.<sup>38</sup>

#### B) A importância dos reenvios prejudiciais do TJUE

Além de o reenvio ser um instrumento bastante utilizado dentro do TJUE<sup>39</sup>, há casos muito importantes como *Van Gend em Loos*<sup>40</sup> e *Costa Enel*<sup>41</sup>, solucionados mediante reenvio. Por meio de reenvios prejudiciais, foram estabelecidas as bases da ordem jurídica europeia — princípios como primazia e efeito direto — e foi confirmada a possibilidade de um Estado-membro ser responsabilizado por violações do direito europeu perante os tribunais nacionais, prevendo ainda indenização por danos.

Nesse sentido, o caso envolvendo a empresa *Van Gend em Loos* surgiu a partir da reclassificação de um produto químico, pelos países do Benelux (Bélgica, Luxemburgo e Holanda), em uma categoria aduaneira que implicava encargos mais elevados. É válido mencionar que não havia tarifa conjunta na União Europeia, cada país aplicava sua própria tarifa aduaneira. Os países membros do Benelux aumentaram as tarifas aduaneiras, prejudicando a *Van Gend em Loos*, que passou a questionar a validade do aumento. A empresa

36 Sínteses da legislação da EU: Reenvio Prejudicial. Disponível em: <[http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/decisionmaking\\_process/l14552\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/l14552_pt.htm)>. Acesso em 28 de outubro de 2011.

37 ZANOTO, Josianne. *Op. Cit.* p. 21.

38 Através da utilização da figura processual do reenvio prejudicial, verifica-se a relação de cooperação existente entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e a jurisdição dos Estados-membros, o que garante a validade e interpretação uniforme do Direito Comunitário. Sobre a figura do reenvio prejudicial, ver SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação jurisdicional: reenvio prejudicial — um mecanismo de direito processual a serviço do Direito Comunitário. Perspectiva para sua adoção no MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

39 *Court of Justice of European Union. Annual Report*, 2010. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo\\_2\\_7000/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo_2_7000/)>. Acesso em 28 de fevereiro de 2012.

40 TJUE, Caso nº 26/62, *Van Gend em Loos*. *Op. Cit.*

41 TJUE, Caso nº 6 / 64, *Costa Enel*. *Op. Cit.*

ajuíza ação perante juízo de 1ª instância na Holanda, alegando violar tratado europeu. O juiz nacional holandês teve dúvidas ao aplicar o direito, mais especificamente sobre qual direito aplicar, encaminhando-as, então, ao TJUE. O Tribunal considerou que houve violação do tratado europeu, pois não foi respeitado o dispositivo que obriga os Estados-membros a reduzir progressivamente os impostos aduaneiros entre si.

A importância do referido caso para o Direito Europeu ocorreu pela consagração do princípio do efeito direto, o qual garante a aplicabilidade e eficácia do direito europeu nos Estados-partes. Nesse acórdão, o Tribunal afirma que o direito europeu acarreta obrigações para os Estados, mas também direitos para os particulares, que podem invocar diretamente normas europeias também perante jurisdições nacionais. Assim, não é necessário que o Estado-parte integre a norma europeia em questão na sua ordem jurídica interna.<sup>42</sup> Desse modo, o caso ilustra a jurisprudência criativa do TJUE, pois tal princípio não era mencionado em tratados, não havendo sua previsão em dispositivos legais.

Além da consagração do efeito direto, outro pronunciamento do TJUE foi de extrema importância ao reconhecer a primazia do direito do bloco. Trata-se do caso envolvendo Flaminio Costa, que era um cidadão italiano que tinha possuído ações de uma empresa de eletricidade e se opôs à nacionalização do setor elétrico na Itália. Ele se recusou a pagar a sua fatura de eletricidade em protesto e foi processado por falta de pagamento pela empresa ENEL. Em sua defesa, argumentou que a nacionalização da empresa de eletricidade violou o Tratado de Roma e a Constituição italiana. A justiça italiana possuía dúvidas acerca da interpretação da norma proveniente do bloco e optou por enviar pedido de reenvio prejudicial ao TJUE. Na decisão final, o Tribunal optou pela desconstituição da empresa e Costa não pagou a fatura.

A importância de tal caso para o Direito Europeu foi a consagração do princípio da primazia, pois o Tribunal declarou que o direito proveniente das instituições europeias se integra nos sistemas jurídicos dos Estados-membros, sendo estes obrigados a respeitá-lo. Desse modo, se uma regra nacional for contrária a uma disposição europeia, as autoridades dos Estados-membros devem aplicar a disposição europeia; o direito nacional não é anulado nem alterado, mas a sua força vinculativa é suspensa.<sup>43</sup> Por conseguinte, pode-se afirmar que o

---

42 O efeito direto do direito europeu. *Sínteses da legislação da EU: O processo de decisão e os trabalhos das instituições*. Disponível em: <[http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/decision\\_making\\_process/114547\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decision_making_process/114547_pt.htm)>. Acesso em 29 de junho de 2012.

43 O primado do direito europeu. *Sínteses da legislação da EU: O processo de decisão e os trabalhos das instituições*. Disponível em: <[http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/decisionmaking\\_process/114548\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114548_pt.htm)>. Acesso em 29 de junho de 2012.

princípio da primazia garante proteção uniforme aos cidadãos em todo o território da União Europeia. Ademais, nessa decisão o Tribunal de Justiça considerou que a primazia se aplicava a todas as normas infraconstitucionais e constitucionais. Assim, as constituições nacionais estão também sujeitas ao princípio da primazia, não devendo o juiz nacional aplicar as disposições constitucionais contrárias ao direito europeu.

### Conclusão

Pode-se depreender que a *ratio subjacente* das opiniões consultivas é bastante similar ao reenvio prejudicial. Entretanto, a diferença mais relevante do modelo europeu para o MERCOSUL é a vinculação, pois as opiniões consultivas são ditames jurídicos e técnicos do TPR que carecem de efeito vinculante, não realizando seu objetivo de harmonizar a aplicação do direito do bloco.

Ainda, a imperfeição do mecanismo das opiniões consultivas no âmbito do MERCOSUL é mais um traço da estagnação do bloco. A falta de motivação política para o avanço da integração recai também sob o âmbito jurídico, seja pela não incorporação das normas do MERCOSUL, pela não aceitação das decisões de seus tribunais, ou por mecanismos institucionais, como a faculdade de solicitar e cumprir o estabelecido na opinião consultiva. Ela pode ser utilizada como mecanismo prévio ao ajuizamento de ação de descumprimento contra o Estado-membro perante seus próprios tribunais, como pode fazer com que os indivíduos tenham acesso indireto ao TPR.

Para alcançar a efetividade pretendida, deve-se ampliar o rol dos legitimados a solicitar uma opinião consultiva perante o TPR e, sobretudo, fornecer acesso direto ao TPR do MERCOSUL. O art. 1º a Decisão 02/07 confere a cada Tribunal Superior nacional a competência para estabelecer as regras internas de procedimento para solicitação das opiniões consultivas no âmbito das suas respectivas jurisdições. Os Tribunais Superiores dos Estados-partes regulamentaram o procedimento e passaram a intermediar o processo de solicitação de opiniões consultivas pelos juízes de primeira instância. É fundamental que todos os juízes, independentemente do grau que ocupem no sistema judiciário nacional, tenham acesso direto ao TPR com o objetivo de solicitar opiniões consultivas, de igual forma como ocorre no âmbito europeu. As opiniões consultivas, assim como os reenvios prejudiciais, são processos de “juiz a juiz”, que envolvem um juiz nacional aplicador do direito do bloco e um juiz regional, que possui a função de controlar a correta interpretação de tal direito. Não faz sentido estabelecer um mecanismo de intermediação, por meio do qual

seriam analisados critérios de admissibilidade. Isso somente poderia se justificar em função de um aumento substancial da quantidade de opiniões consultivas solicitadas, o que não é o caso atualmente. Mesmo assim, o tribunal do bloco deveria poder se pronunciar sobre sua própria competência, acatando ou não os pedidos de reenvios feitos diretamente pelos juízes nacionais.

Outro ponto fundamental seria a possibilidade das partes processuais invocarem normas do MERCOSUL aplicáveis ao caso concreto, provocando a jurisdição nacional no sentido de solicitar ao TPR uma opinião consultiva relativa a uma norma do bloco aplicável ao processo em curso. Entretanto, a questão fundamental é atribuir efeito obrigatório e vinculante às opiniões consultivas, tornando-as oponíveis a terceiros. Conforme afirma Perotti:

*“resulta necesario, en una futura reforma del régimen vigente en el MERCOSUR, establecer la obligatoriedad de la elevación de las consultas al TPR, por parte de los jueces que sean, en el marco del litigio principal, última instancia ordinaria y también para aquellos jueces, cualquiera sea su instancia, que se inclinen por declarar la invalidez de una norma del MERCOSUR.”<sup>44</sup>*

De fato, o pedido das opiniões consultivas deveria ser obrigatório sempre que chegasse a um tribunal supremo, o que no caso brasileiro seria o Superior Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Por fim, sendo o mecanismo solicitado e a decisão expedida, se a mesma não for cumprida deveria haver a possibilidade de responsabilização do Estado pelo eventual descumprimento de tal obrigação. E que se aprenda com a União Europeia desde já, aplicando sanção pecuniária progressiva e pecuniária fixa, a fim não procrastinar a ação do Estado e de dar efetividade ao direito do bloco, cumprindo, assim, com as obrigações estabelecidas no cenário internacional.

Por fim, há um projeto de criação de uma Corte de Justiça para o MERCOSUL, o qual prevê a extinção das opiniões consultivas, sendo elas substituídas por

<sup>44</sup> Para o autor, a solicitação deveria ser obrigatória em dois casos: a) quando não couber recurso contra a decisão do juiz nacional de um dos Estados-partes do MERCOSUL que aplica norma originada do bloco; e, b) quando o juiz nacional de um dos Estados Partes do MERCOSUL estiver tendente a declarar a invalidade de determinada norma do MERCOSUL. Nessa hipótese, a obrigatoriedade existiria havendo ou não recurso cabível contra tal decisão (hipóteses essas inspiradas no Direito Comunitário europeu, como se extrai tanto da leitura do citado autor, quanto da análise abaixo realizada a faculdade ou a obrigatoriedade de realização do reenvio prejudicial). A razão, para tanto, seria garantir a correta e uniforme interpretação e aplicação da normativa MERCOSUL (como consta do Preâmbulo do Protocolo de Olivos, da Dec. nº 20/2005, do CMC e do Preâmbulo da Dec. nº 02/2007, do CMC). PEROTTI, Alejandro Daniel. *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el Mercosur*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2008. p. 76.

questões prejudiciais. Estabelece a necessidade de ser criada uma Corte independente para interpretar e aplicar o direito do MERCOSUL. Tal projeto feito por parlamentares do Parlamento do MERCOSUL muito se assemelha ao sistema de solução de controvérsias da União Europeia, uma vez que o atual instrumento da opinião consultiva, que seria transformado em reenvio prejudicial, poderia ser utilizado quando houver em âmbito dos tribunais nacionais uma dúvida sobre interpretação ou validade das normas do bloco. Quando a sentença do juiz nacional fosse suscetível de recurso, o referido mecanismo não seria obrigatório; porém, se requerido, a decisão da Corte seria vinculante. Não havendo possibilidade de recurso, o envio da questão prejudicial seria obrigatório e de igual forma, vinculante.<sup>45</sup>

## Referências bibliográficas

### i. Documentos

Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>>.

MERCOSUL, Projeto de Protocolo Constitutivo da Corte de Justiça do MERCOSUL. Disponível em: <<http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/file/5130/1/Proyecto%20de%20norma%20Corte%20de%20Justicia.pdf>>.

MERCOSUL, Protocolo de Brasília. Disponível em: <[http://www2.mre.gov.br/dai/proto\\_col1.htm](http://www2.mre.gov.br/dai/proto_col1.htm)>.

MERCOSUL, Protocolo de Olivos. Disponível em: <[http://www2.mre.gov.br/dai/m\\_3595.htm](http://www2.mre.gov.br/dai/m_3595.htm)>.

MERCOSUL, Protocolo de Ouro Preto. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/protocolo-de-ouro-preto-1>>.

MERCOSUL, Regulamento do Protocolo de Olivos para Solução de Controvérsias. Disponível em: <<http://www.sice.oas.org/trade/mrcrsr/decisions/dec3703p.asp>>.

<sup>45</sup> Projeto de Protocolo Constitutivo da Corte de Justiça do MERCOSUL. Disponível em: <<http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/file/5130/1/Proyecto%20de%20norma%20Corte%20de%20Justicia.pdf>>. Acesso em 13 de dezembro de 2011.

UNIÃO EUROPEIA, Sínteses da legislação da EU. Disponível em: <[http://europa.eu/legislation\\_summaries/index\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/index_pt.htm)>.

UNIÃO EUROPEIA, *Court of Justice of European Union. Annual Report*, 2010. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo\\_2\\_7000/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo_2_7000/)>.

UNIÃO EUROPEIA, Tratado de Lisboa. Disponível em: <[http://www.eu2007.pt/NR/rdonlyres/1D96311C-F90D-4E97-B355-DFEA0DD1AB\\_EA/0/TLconsolidado.pdf](http://www.eu2007.pt/NR/rdonlyres/1D96311C-F90D-4E97-B355-DFEA0DD1AB_EA/0/TLconsolidado.pdf)>.

## ii. Jurisprudência

TJUE, Caso nº 106/77, *Simmenthal*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61977J0106:EN:HTML>>.

TJUE, Caso nº 26/62, *Van Gend em Loos*, de 05 de fevereiro de 1963. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962J0026:EN:HTML>>.

TJUE, Caso nº 6/64, *Costa Enel*, 15 de julho de 1964. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964CJ0006:PT:PDF>>.

TPR, Opinião Consultiva nº 01/2007. Opinião Consultiva do Tribunal Permanente de Revisão constituído com competência para decidir a respeito da petição de Opinião Consultiva apresentada pela Exma. Senhora Juíza de Primeira Instância no Cível e Comercial da Primeira Vara da jurisdição de Assunção, Paraguai, Magistrada Maria Angélica Calvo, no processo denominado: “*Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratórios Northia Sociedade Anônima, Comercial, Industrial, Financeira, Imobiliária e Agropecuária s/ Indenização de Danos e Prejuízos e Lucro Cessante*”, via a Exma. Corte Suprema de Justiça da República do Paraguai, recebida por este Tribunal em 21 de dezembro de 2006. Disponível em: <[http://www.tprmercosur.org/pt/docum/opin/OpinCon\\_01\\_2007\\_pt.pdf](http://www.tprmercosur.org/pt/docum/opin/OpinCon_01_2007_pt.pdf)>.

TPR, Opinião Consultiva nº 01/2008. Opinião Consultiva do Tribunal Permanente de Revisão constituído com competência para decidir a respeito da petição encaminhada pela Suprema Corte de Justiça da República Oriental do Uruguai a respeito dos autos do processo do Juizado de Direito no Cível da 1ª

vara IUE 2-32247/07, “*Sucesión Carlos Schnek y otros c/Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos*”. (Sucessão Carlos Schnek e outros com o Ministério de Economia e Finanças e outros. Cobrança de pesos.). Disponível em: <[http://www.tprmercosur.org/pt/docum/opin/OpinCon\\_01\\_2008\\_pt.pdf](http://www.tprmercosur.org/pt/docum/opin/OpinCon_01_2008_pt.pdf)>.

TPR, Opinião Consultiva N° 01/2009. Opinião Consultiva do Tribunal Permanente de Revisão. “*Juízo de Primeira Instância da 2ª Vara Cível — Autos do Processo: Frigorífico Centenario S.A. c/ Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobrança de pesos. IUE: 2-43923/2007. Carta Rogatória*.” República Oriental do Uruguai. Disponível em: <[http://www.mercosur.int/innovaportal/file/OPINION\\_CONSULTIVA\\_01-09.pdf?contentid=441&version=1&filename=OPINION\\_CONSULTIVA\\_01-09.pdf](http://www.mercosur.int/innovaportal/file/OPINION_CONSULTIVA_01-09.pdf?contentid=441&version=1&filename=OPINION_CONSULTIVA_01-09.pdf)>.

### iii. Doutrina

#### a. Artigos

*Algunas Consideraciones sobre la Interpretación Prejudicial Obligatoria en el Derecho Andino*, disponível em: <<http://www.comunidadandina.org/bda/docs/CAN-INT-0010.pdf>>.

MARTINS FILHO, Marcos Simões. *A solicitação de Opiniões Consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL: a técnica para que sejam realizadas Consultas pelo Judiciário Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.ccje.ufes.br/direito/posstrictosensumestrado/Links/dissertacao\\_marcosimoes.pdf](http://www.ccje.ufes.br/direito/posstrictosensumestrado/Links/dissertacao_marcosimoes.pdf)>.

MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Solução de Controvérsias do MERCOSUL: A Sistemática do Protocolo de Olivos*. Disponível em: <<http://www.diritto.it/pdf/28654.pdf>>.

PEROTTI, Alejandro Daniel. *Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur: situación institucional y Opiniones Consultivas*. Temas del Cono Sur, Dossier de Integración n° 49, junho 2008, Mercosurabc, Buenos Aires, pp. 5-17. Disponível em: <[http://www.mercosurabc.com.ar/dossier/N49\\_jun\\_08.pdf](http://www.mercosurabc.com.ar/dossier/N49_jun_08.pdf)>.

POZZATTI Jr., Ademar e SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Uma Experiência Discreta: O MERCOSUL as Opiniões Consultivas*. In: *Revista Eletrô-*

*nica do Curso de Direito da UFSM*, v. 2, n. 3, novembro de 2007. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18170/Uma\\_experi%C3%Aancia\\_Discreta\\_o\\_Mercosul.pdf?sequence=2](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18170/Uma_experi%C3%Aancia_Discreta_o_Mercosul.pdf?sequence=2)>.

RODAS, João Grandino. *A Competência do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL para emitir Opiniões Consultivas*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/Textodos\\_Expositores/A\\_Competencia\\_do\\_Tribunal\\_Permanente\\_de\\_Revisao\\_do\\_Mercosul\\_para\\_emitir\\_Opinioes\\_ConsultivasJoao\\_Grandino\\_Rodas\\_portugues.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/Textodos_Expositores/A_Competencia_do_Tribunal_Permanente_de_Revisao_do_Mercosul_para_emitir_Opinioes_ConsultivasJoao_Grandino_Rodas_portugues.pdf)>.

\_\_\_\_\_. *Interpretação das normas do MERCOSUL*. Disponível em <<http://www.estado.com.br/editorias/2009/01/08/opi-1.93.29.20090108.2.1.xml>>.

ZANOTO, Josianne. Opiniões consultivas: o caminho para a cooperação jurisdicional no MERCOSUL. In: *Revista Jurídica da FADISMA*, v. 3, p. 1-21, 2008. Disponível em: <<http://revista.fadisma.com.br/revistafadismaindex.php/revistafadisma/article/viewFile/145/142>>.

#### b. Livros

COSTA, Antônio L. M. C. *et. al.* FLEURY, Afonso C. C. & VARGAS, Nilton. *A questão da produtividade — Organização do trabalho*. São Paulo: Atlas, 1983.

PEREIRA, Ana Cristina Paulo. *Direito institucional e material do MERCOSUL*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PEROTTI, Alejandro Daniel. *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el Mercosur*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação jurisdicional: reenvio prejudicial — um mecanismo de direito processual a serviço do Direito Comunitário*. Perspectiva para sua adoção no MERCOSUL. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMIENTO, Daniel. *O sistema normativo da União Europeia e sua incorporação às ordens jurídicas dos estados-membros*. In: AMBOS, Kai; PEREIRA, Ana Cristina Paulo (orgs.). *MERCOSUL e União Europeia: perspectivas da integração regional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

# **A REGULAMENTAÇÃO DA CRIAÇÃO INTELECTUAL NA INTERNET: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE AS MEDIDAS FRANCESAS E OS PROJETOS BRASILEIROS**

MARÍLIA DE AGUIAR MONTEIRO<sup>1</sup>

## **Resumo:**

O presente aborda a regulamentação da criação intelectual na internet, efetuando uma análise comparada entre as medidas francesas e os projetos brasileiros na área. O objetivo do trabalho é discutir a melhor abordagem para enfrentar os desafios da regulação das condutas dos usuários na internet. Para tanto, serão analisadas, de forma comparada, a proposta francesa para a regulação da criação intelectual na internet e sua repercussão na União Europeia, bem como os diversos projetos desenvolvidos no Brasil que influenciaram a criação na internet.

## **Palavras-chave:**

Hadopi; Diretiva 2001/29/CE; Sociedade da informação; Promusicae; Sabam; PL nº 84/99; Lei Azeredo; Marco Civil da Internet; Lei de Direitos Autorais.

## **Introdução**

O desenvolvimento tecnológico multiplicou e diversificou as maneiras de criar, produzir e explorar bens culturais. As atuais leis, em especial as leis de direitos autorais, enfrentam esses desafios, devendo adaptar-se de forma a promover uma resposta adequada à nova realidade econômica e as novas formas de consumir e acessar esses bens.

A internet contém diversas páginas com informações armazenadas em computadores espalhados pelo mundo inteiro. São conteúdos de diversos tipos: textos, fotos, desenhos, vídeos, música, que podem ser acessados facilmente por um computador ou mesmo um celular. E todos esses conteúdos podem ser “baixa-

---

<sup>1</sup> Aluna da graduação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV Direito Rio) e estagiária no Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS/FGV Direito Rio). Trabalho orientado pelo professor Sérgio Vieira Branco Júnior, líder de projetos do CTS da FGV Direito Rio.

dos” e armazenados. A internet permite a apresentação de todas as formas de mídia, o que significa uma democratização não só do acesso à informação, mas também da produção dessa informação. Qualquer cidadão comum produz e recebe informação e entretenimento em qualquer lugar do mundo, a todo instante.

É nesse contexto que se discute a melhor abordagem para enfrentar os desafios da regulação das condutas dos usuários na internet. Há necessidade de se fazer um contrapeso entre os diferentes interesses em jogo, de um lado os usuários e o direito à internet livre e aberta no mesmo modelo em que foi concebida em confronto com os titulares de direitos autorais e conexos e as empresas da indústria do entretenimento que sustentam ser os direitos autorais a melhor forma de incentivar a criação.

Para além de empresas e consumidores esse debate envolve também o Poder Público, que possui deveres de garantir a liberdade e neutralidade da internet e o amplo acesso a informação, cultura e conhecimento, sem prejuízo da remuneração dos autores, inovação e incentivo a criação.

A primeira parte deste texto apresenta a proposta da França para regulação da criação intelectual na internet. A escolha da legislação francesa deriva do fato de que esta tem recebido grande atenção por parte da imprensa uma vez que a solução adotada pela mesma possui um tom bastante repressivo na tentativa de se estimular a criação intelectual. A legislação comentada optou por um sistema dissuasivo em três etapas com aumento da punibilidade conforme houver reincidência na infração à propriedade intelectual, sendo a última etapa o cancelamento do acesso à internet.

Tamanha foi a repercussão da legislação proposta na França que o Conselho Europeu aprovou recentemente uma resolução que reconheceu o acesso à internet como um direito fundamental, na medida em que a rede auxilia o exercício pleno da cidadania,<sup>2</sup> em clara oposição à alternativa apresentada pela França.

A segunda parte do texto apresenta de forma resumida os projetos que vêm sendo desenvolvidos no Brasil e influenciam a criação na internet. No que diz respeito à lei brasileira sobre direitos autorais, vale lembrar que a *Consumers International* a classificou como uma das piores leis do mundo em termos de acesso a bens culturais, adequação das exceções e limitações, preservação do patrimônio cultural, acessibilidade, adaptação aos novos modelos digitais e utilização privada dos bens culturais.<sup>3</sup>

---

2 Mais informações sobre a resolução, ver o site Cultura Livre: <<http://www.culturalivre.org.br/wp/pt/2009/06/08/conselho-da-europa-reconhece-que-acesso-a-Internet-e-direito-fundamental/>>.

3 Ver Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec): <<http://www.idec.org.br/em-acao/em-foco/brasil-esta-entre-os-paises-com-as-piores-leis-de-direitos-autorais>>.

Como forma de contornar essa situação, uma reforma da lei de direitos autorais está sendo debatida no País desde 2007, capitaneada pelo Ministério da Cultura e sujeita, como todo processo político, às flutuações dos relacionamentos e dos cargos derivados dessa mesma natureza.

Uma segunda iniciativa em destaque no Brasil é o chamado Marco Civil da Internet, processo de elaboração colaborativo que contou com grande parte da sociedade brasileira para definir temas como direitos e deveres básicos dos usuários na internet e responsabilidade dos provedores de acesso por conteúdo disponibilizado na rede. Essa iniciativa, embora não aborde diretamente a questão dos direitos autorais, enfrenta diversas questões pertinentes para o tema da criação intelectual e da regulamentação das condutas na internet.

### 1. Aspectos da lei francesa — Lei Criação e Internet — e a Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des droits sur Internet (Hadopi)

A Lei “Criação e Internet”, mais conhecida como Lei Hadopi, é a Lei nº 2009-669<sup>4</sup>, de 12 de junho de 2009, da XIII<sup>a</sup> legislatura da V República da França. O seu objetivo é beneficiar a difusão de obras na rede e proteger a criação na internet.

A Lei trouxe alterações a diversas leis francesas, dentre elas modificações ao Código de Propriedade Intelectual, ao Código de Correio e Comunicações Eletrônicas, ao Código da Educação e ao Código da Indústria Cinematográfica. Ela criou também a *Haute Autorité pour La Diffusion des Oeuvres et la Protection des droits sur Internet*<sup>5</sup> (Hadopi), autoridade pública independente que tem por missão institucional<sup>6</sup> o incentivo do uso responsável da internet por seus usuários: (i) promovendo o desenvolvimento de estudos sobre direitos autorais na rede e observando a utilização lícita e ilícita de obras na internet; (ii) protegendo as obras das violações aos direitos autorais que lhes são vinculados e (iii) regulando o uso de medidas técnicas de proteção.

4 Detalhes da lei e das alterações impostas por ela podem ser acessados no site: <<http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020735432&fastPos=1&fastReqId=1885736834&categorieLien=id&oldAction=rechTexte>>. Acesso em 14 de setembro de 2011.

5 Alta Autoridade para Difusão de Obras e Proteção de direitos na internet, em tradução literal.

6 A Hadopi está situada em Paris e é composta por um Colegiado de Diretores, a Comissão de Proteção de Direitos (CPD), responsável pelo mecanismo da resposta graduada e cinco Diretorias Operacionais. A missão da instituição e sua composição foram extraídas do seu site oficial: <<http://www.hadopi.fr/la-haute-autorite/la-haute-autorite-presentation-et-missions>> acessado em 14 de setembro de 2011 />. Interessante ver também a seleção dos artigos relativos a Hadopi no Código de Propriedade Intelectual, disponível em: <<http://www.hadopi.fr/actualites/textes-juridiques/code-de-la-propriete-intellectuelle>> Acessado em 05 de outubro de 2011.

A Lei Hadopi entrou em vigência em 2009, no entanto é fruto de um esforço a nível comunitário de harmonização do tema que remonta ao ano de 2001 com a edição da Diretiva 2001/29, de iniciativa do Parlamento e do Conselho Europeus. Internamente, o percurso legislativo começou com a transposição da Diretiva 2001/29 na Lei DADVSI (*Droit d'Auteur et Droits Voisins dans la Société d'Information*),<sup>7</sup> em 2006, e os Acordos do Elysée de 2007. O debate interno foi marcado por tensões que dividiram o percurso da Lei em períodos chamados de “Hadopi 1” e “Hadopi 2”. Se por um lado novos desafios já levam o debate para a criação de uma chamada “Hadopi 3”, é importante passar em revista os detalhes do processo para melhor entender como foi criada e como opera a estrutura decorrente da legislação. Os itens a seguir tratarão desse processo.

#### A.1) A Diretiva 2001/29/CE e sua transposição para o ordenamento jurídico francês

Para melhor compreender os fundamentos da Lei Hadopi é necessário conhecer o processo de transposição da Diretiva 2001/29/CE<sup>8</sup> do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de maio de 2001. Essa Diretiva trata da harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação.

A harmonização das leis dos Estados Membros (EM) relacionadas a direitos autorais e conexos considerou de forma essencial a eficiência do mercado comum da região em vista da necessidade de se adaptar as atuais regulações de direitos autorais à realidade econômica, sobretudo no que tange a exploração dos bens culturais. A preocupação dos órgãos da União Europeia era uniformizar a regulação da criação intelectual na internet, que já se iniciava de forma isolada nos países do bloco, de forma a otimizar a livre circulação de bens e serviços (pilares fundadores da comunidade europeia) baseados em propriedade intelectual.<sup>9</sup> Com esse objetivo, as considerações da Diretiva indicam que,

7 Em tradução literal, significa Direito de Autor e Direitos Conexos na Sociedade da Informação.

8 Texto da Diretiva 2001/29/CE disponível em português no site: <[https://ciist.ist.utl.pt/docs\\_da/directiva\\_2001-29-CE.pdf](https://ciist.ist.utl.pt/docs_da/directiva_2001-29-CE.pdf)>. Acessado em 14 de setembro de 2011.

9 Tal preocupação pode ser percebida nos considerandos da própria diretiva, em especial o item 6 — “(6) Sem uma harmonização a nível comunitário, as actividades legislativa e regulamentar a nível nacional, já iniciadas, aliás, num certo número de Estados-membros para dar resposta aos desafios tecnológicos, podem provocar diferenças significativas em termos da protecção assegurada e, conseqüentemente, traduzir-se em restrições à livre circulação dos serviços e produtos que incorporam propriedade intelectual ou que nela se baseiam, conduzindo a uma nova compartimentação do mercado interno e a uma situação de incoerência legislativa e regulamentar. O impacto de tais diferenças e incertezas legislativas tornar-se-á mais significativo com o desenvolvimento da sociedade da informação, que provocou já um aumento considerável da exploração transfronteiras da propriedade intelectual. Este desenvolvimento pode e deve prosseguir. A existência de diferenças e incertezas importantes a nível jurídico em matéria de

desde início da década de 1990, o Conselho Europeu já apontava a necessidade de se criar um marco regulatório a nível comunitário de forma a fomentar o desenvolvimento e a inovação da sociedade da informação. Os direitos autorais e conexos foram identificados pelo Conselho Europeu como atores centrais no contexto do desenvolvimento, uma vez que protegem e estimulam o desenvolvimento do mercado de novos produtos e serviços.

A Diretiva incentivou um alto nível de proteção que garantisse a manutenção e desenvolvimento da criatividade através de formas de remuneração e prémios aos criadores e executores de obras. Embora entendesse que as exceções e limitações aos direitos autorais seriam ferramentas de promoção do interesse público, em especial o ensino e a educação, ela fez menção às Convenções Internacionais da OMPI sobre direitos autorais e ao combate internacional da pirataria para justificar suas medidas. A persecução de um apoio adequado à distribuição e acesso a esses bens não deveria ser levada adiante em detrimento da proteção estrita de direitos ou em benefício da pirataria e contrafação. Dessa forma, a diretiva enumerou de forma exaustiva as exceções e limitações aos direitos como de reprodução e distribuição. Destaca-se o considerando nº 31:

“Deve ser salvaguardado um justo equilíbrio de direitos e interesses entre as diferentes categorias de titulares de direitos, bem como entre as diferentes categorias de titulares de direitos e utilizadores de material protegido. As exceções ou limitações existentes aos direitos estabelecidas a nível dos Estados-membros devem ser reapreciadas à luz do novo ambiente electrónico. As diferenças existentes em termos de exceções e limitações a certos actos sujeitos a restrição têm efeitos negativos directos no funcionamento do mercado interno do direito de autor e dos direitos conexos. Tais diferenças podem vir a acentuar-se tendo em conta o desenvolvimento da exploração das obras através das fronteiras e das actividades transfronteiras. No sentido de assegurar o bom funcionamento do mercado interno, tais exceções e limitações devem ser definidas de uma forma mais harmonizada. O grau desta harmonização deve depender do seu impacto no bom funcionamento do mercado interno.”

Passado o processo de elaboração da diretiva nos órgãos da União Europeia, surgiu a obrigação de sua transposição na ordem jurídica interna.<sup>10</sup> Cada

---

proteção pode prejudicar a realização de economias de escala relativamente a novos produtos e serviços que incluam direito de autor e direitos conexos”.

10 Desde a publicação no Jornal Oficial da União Europeia, as diretivas integram a ordem jurídica interna de todos os Estados-membros (EM) ou somente daqueles a qual a diretiva foi direccionada. No entanto, as diretivas não produzem todos os seus efeitos a partir de sua entrada em vigor no ordenamento jurídico pátrio. Para produzir efeitos plenos, a diretiva precisa ser transposta para o ordenamento interno. Por

diretiva fixa um prazo para transposição, variando de acordo com a amplitude e a complexidade que pode ser enfrentado na atividade de transposição. Nas palavras de Nuno Gonçalves:

“É sabido que o trabalho de diretivas comunitárias para a ordem jurídica nacional constitui um desafio delicado. (...) Há ainda que considerar, ao nível hermenêutico, a necessidade de a interpretação do texto balizar e diferenciar a leitura do que nele é ‘normativamente explícito’ da leitura ‘implícita’, conquanto ambas admissíveis, se respeitarem o horizonte da interpretação autêntica.”<sup>11</sup>

A Diretiva 2001/29/CE foi transposta em 2006 para o direito francês por meio da Lei *Droit d'Auteur et Droits Voisins Dans La Société d'Information* (Lei DADVSI).<sup>12</sup> Essa lei já previa uma autoridade reguladora de medidas técnicas (a ARMT, que foi substituída pela Hadopi) e um mecanismo de resposta graduada chamado de “teste em três etapas” que averiguaria uma exploração normal da obra e transformava de direito de delito em contrafação a prática de “disponibilização ao público de obra sem autorização do titular”. As duas últimas medidas foram consideradas não compatíveis com a Constituição de acordo com decisão do Conselho Constitucional francês de agosto do mesmo ano. Quanto ao teste em três etapas, o Conselho o considerou “pouco preciso” e de difícil percepção a um particular da reunião de todas as etapas que permitem uma utilização legal da obra.<sup>13</sup>

A ministra da Cultura e Comunicação francesa, em 2007, Christine Albanel, confiou a Dennis Olivennes, executivo da empresa Fnac, a missão de propor uma nova modalidade de resposta graduada compatível com a decisão do Conselho Constitucional. Em 23 de novembro de 2007, o relatório foi apre-

---

transposição, não se entende o mesmo que internalização para os tratados internacionais. Transposição é toda e qualquer atuação do EM no cumprimento das medidas necessárias à implementação da diretiva. Por exigir esse ato do EM diz-se que as diretivas são regidas pelo princípio da autonomia institucional. Os EM são obrigados a adequar suas leis internas aos objetivos da diretiva, seja anulando as disposições contrárias à diretiva, seja editando normas necessárias a sua implementação. As diretivas conferem aos EM uma liberdade de escolha dos meios e medidas concretas que lhes melhor convêm para atingir os resultados impostos pela diretiva essa liberdade se reflete no poder de escolha que os EM têm na natureza do ato de transposição da diretiva, por isso, ele pode escolher de qual poder estatal esse ato emanará.

11 GONÇALVES, Nuno. *A transposição para a ordem jurídica interna portuguesa da diretiva sobre o direito de autor na sociedade da informação*. Direito da Sociedade da Informação — volume VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, v. VI, p. 252.

12 Íntegra da lei disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000266350>>.

13 Destacam-se os pontos 33 e 54 da decisão do Conselho. Disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2006/2006-540-dc/decision-n-2006-540-dc-du-27-juillet-2006.1011.html>>. Acessado em 05 de outubro de 2011.

sentado com a criação de uma autoridade administrativa para gerir um sistema de notificações ao qual se seguiriam punições não penais destinadas a prevenir e, em casos de reincidência, sancionar os *downloads* ilegais.

Essas propostas foram reunidas no “Acordo Olivennes” posteriormente nomeado “Acordo do Élysée”<sup>14</sup> assinado por cerca de 46 empresas e organizações representativas da indústria da cultura e do entretenimento e da internet. As empresas fornecedoras de acesso à internet se comprometem, pois, a filtrar e até mesmo cortar o acesso à internet de seus clientes. Esse foi o texto base para a Lei “Hadopi 1”.

A Comissão Nacional de Informática e Liberdades<sup>15</sup> (conhecida pela sigla CNIL), autoridade administrativa independente francesa, que tem por missão institucional manter os serviços informáticos a favor dos cidadãos, respeitando os direitos humanos, a vida privada e as liberdades, manifestou-se contrária ao projeto de lei fruto do Acordo do Élysée, em 2008, por meio de um relatório enviado ao governo francês. Por ter como prerrogativa institucional a proteção dos direitos fundamentais na rede, a autoridade deve ser consultada mediante qualquer projeto de lei ou decreto que influencie nos direitos dos cidadãos no ambiente digital. Dessa forma, a CNIL advertiu sobre a desproporcionalidade entre as medidas de proteção aos direitos autorais e a proteção da vida privada que um sistema como o HADOPI poderia representar. Em virtude das críticas severas ao sistema a ser implementado e, por consequência, recomendação de sua não adoção pelo Poder Executivo francês, o governo manteve o relatório em segredo, até ele ser revelado pelo periódico *La Tribune*.<sup>16</sup> A CNIL apontava em seu relatório diversas outras críticas à aprovação da Lei:

- Ausência de estudos empíricos claros que demonstrassem ligação entre o compartilhamento eletrônico e a perda de receita das indústrias de entretenimento, já que a razão dada pelo governo para edição de tal lei seria preservar a economia da indústria do entretenimento;
- Hadopi poderia ter acesso a informações pessoais sem a intervenção do Poder Judiciário e tal acesso aos dados pessoais dos usuários pode importar em grave violação do direito à privacidade.
- O envio dos avisos pelo correio pela Hadopi não é obrigatório, podendo a conexão ser interrompida diretamente, sem comunicação ao usuário.

14 Disponível em: <<http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/accordselysee.pdf>>. Acessado em 05 de outubro de 2011.

15 Ver <<http://www.cnil.fr/la-cnil/actu-cnil/article/article/la-cnil-et-la-hadopi-deja-une-longue-histoire/>>.

16 Ver reportagem de *La Quadrature Du Net*. Disponível em: <<http://www.laquadrature.net/en/latribunefr-loi-antipiratage-le-gouvernement-critique-par-la-cnil>>. Acessado em 05 de outubro de 2011.

O Parlamento Europeu adotou, em 10 de abril de 2008, medida que foi um aviso direto para o Governo francês. O objetivo da medida foi estimular os Estados-membros a evitar adoção de medidas contrárias aos direitos fundamentais e aos princípios da proporcionalidade e eficácia e medidas de efeitos dissuasivos, como aqueles que importem interrupção de acesso à internet.<sup>17</sup> Independente desse aviso, o texto do Acordo do Élysée foi enviado ao Congresso francês e votado em regime de urgência. A Lei foi promulgada no dia 13 de junho de 2009, sob a Lei nº 2009-669, de acordo com o veto do Conselho Constitucional:

“Considerando que a referida lei opera uma conciliação manifestamente desequilibrada entre a proteção dos direitos autorais e do direito ao respeito da vida privada; que o objetivo perseguido pelo legislador necessitaria da implementação de medidas de vigilância dos cidadãos e da instauração de um ‘controle generalizado das comunicações eletrônicas’ incompatíveis com a exigência constitucional do direito ao respeito da vida privada; que os requerentes apontam que o poder conferido aos agentes privados os habilitam a coletar endereços de contratantes suspeitos de compartilhar arquivos de obras protegidas não lhes conferindo garantias suficientes.”<sup>18</sup>

O Conselho Constitucional francês decidiu, em 10 de junho de 2009,<sup>19</sup> pela inconstitucionalidade de diversos dispositivos do projeto, dentre eles a resposta graduada. O Conselho Constitucional acreditava que esse mecanismo de desincentivo violaria o princípio da presunção de inocência, liberdade de expressão, além de ser uma medida manifestamente desproporcional, importando em uma grave violação à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

#### A.2) A segunda fase da Lei “Hadopi 2” e os indícios de uma terceira fase “Hadopi 3”

Pouco tempo depois de promulgada a Lei Hadopi 1, em julho de 2009, foi apresentado no Senado Federal francês, em procedimento de urgência, um projeto relativo à proteção penal da propriedade literária e artística na internet,

17 Disponível em: <<http://www.laquadrature.net/fr/le-parlement-europeen-rejette-la-riposte-graduee>>. Acessado em 10 de setembro de 2012.

18 Tradução livre do ponto 21 da decisão do Conselho.

19 Íntegra da decisão do Conselho Constitucional disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/2009/decisions-par-date/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html>>. Acessado em 10 de setembro de 2012.

em complementaridade àquela. A chamada “Lei relativa à Proteção Penal da Propriedade Literária e Artística na Internet”<sup>20</sup> ficou conhecida como “Lei Hadopi 2”. Junto com o texto da lei foi apresentado um estudo de impacto<sup>21</sup> que permitia ao legislador francês fazer uma análise mais profunda dos objetivos da norma proposta. A lei complementar atribuiu à autoridade administrativa Hadopi o poder de identificar as infrações e compilar informações de pessoas consideradas suspeitas. A proposta tinha três objetivos:<sup>22</sup>

1. Confiar a um juiz a possibilidade de interrupção do acesso à internet, uma punição, portanto, diretamente relacionada ao seu comportamento, mais efetiva e adaptada ao caso que multa ou privação de liberdade. Ao introduzir a interrupção do acesso a internet como punição ao *download* ilegal de arquivos contendo obras protegidas por direitos autorais, há a tentativa de promover uma punição isonômica entre os consumidores/infratores, pensando naqueles indivíduos com maiores recursos financeiros, dispostos, pois, a pagar a multa pelo comportamento ilegal;

2. Facilitar o andamento de processos judiciais prevendo a possibilidade de recurso às *ordonnances pénales*<sup>23</sup> e ao juiz singular;

3. Dissuadir os indivíduos que tiveram seu acesso à internet temporariamente interrompido por uma decisão judicial de contratar com outro provedor de acesso à internet, por meio de uma sanção a comportamento atentatório a dignidade da justiça — 2 anos de prisão e 30.000 euros de multa, tanto para o indivíduo quanto para o provedor contratante.

Seguindo o procedimento legislativo, o Conselho Constitucional<sup>24</sup> aprovou o texto da lei, considerando inconstitucional apenas o recurso às *ordonnances pénales*, não fazendo qualquer oposição à resposta graduada. O decreto de 31

20 Texto promulgado da lei disponível em: <[http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=3FAA79940B0304410191CF03FB2D8C8F.tpdjo16v\\_3?cidTexte=LEGITEXT000021209451&dateTexte=20110913](http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=3FAA79940B0304410191CF03FB2D8C8F.tpdjo16v_3?cidTexte=LEGITEXT000021209451&dateTexte=20110913)>. Acessado em 10 de setembro de 2012.

21 Disponível em: <<http://tempsreel.nouvelobs.com/file/718941.pdfçxp>>. Acessado em 10 de setembro de 2012.

22 Tradução livre. *Op. Cit.* p. 13.

23 “Ordonnances pénales” no direito francês é um julgamento penal simplificado previsto no artigo 524 do Código de Processo Penal francês aplicado a alguns delitos e às contravenções, não podendo ser utilizado em relações trabalhistas ou contra menores.

24 Decisão do Conselho Constitucional disponível em: <[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/decisions/2009590dc/2009590dc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/2009590dc/2009590dc.pdf)>. Acessado em 10 de setembro de 2012.

de dezembro de 2009<sup>25</sup> promulgou a nova lei e instituiu a criação da Hadopi em substituição à ARMT, referente à Lei “Hadopi 1”.

Como dito anteriormente, Hadopi é uma autoridade pública independente, com a missão institucional de incentivar o uso responsável da internet por seus usuários, protegendo as criações intelectuais de violações aos direitos autorais que lhes são atribuídos. Para regular as técnicas de proteção das obras intelectuais na internet, a alta autoridade faz a intermediação entre os titulares de direitos de autor e conexos e os provedores de acesso à internet.

Dentre todas as funções da Hadopi, a criação de um sistema de resposta graduada foi a que mais despertou curiosidade e debates. As notificações enviadas pela Hadopi, chamadas de “recomendações”, visam a informar aos usuários sobre o seu dever de uso responsável do acesso à internet de modo que o mesmo não divulgue ou reproduza obras protegidas por direitos autorais sem autorização dos autores.

A Hadopi é composta por um Colégio, dividido em Diretorias temáticas, um Secretário Geral e uma Comissão de Proteção de Direitos (CPD). A Comissão de Proteção de Direitos é a seção da Hadopi responsável pelo envio de recomendações aos usuários que faltaram com seu dever de uso responsável. São legitimados a comunicar a Hadopi violações de direitos de autor e conexo na internet os organismos de defesa profissional regularmente constituídos, as sociedades de arrecadação e distribuição de direitos, o Centro Nacional da Cinematografia e Imagem Animada e o Procurador da República.

É a CPD quem examina as alegações de violação enviadas por esses legitimados e, se identificar um comportamento suscetível a violar direitos autorais, a CPD, em até dois meses, envia a 1ª recomendação, por via eletrônica, notificando o usuário das condutas delituosas que lhe são atribuídas e relembrando seu dever de uso responsável da internet.

Se dentro de seis meses esse mesmo usuário voltar a cometer violações semelhantes, a CPD envia a 2ª recomendação, tanto por via eletrônica, como por uma carta por via postal cujo recebimento deve ser acusado e assinado. Se após a segunda notificação o usuário reincidir e continuar a efetuar *downloads* ilegais, a CPD lhe informa, em 3ª recomendação, que seu caso será submetido a uma investigação criminal, enviando seu dossiê ao *Parquet* (o Ministério Público francês). É nesta fase em que o usuário pode ter seu acesso a internet interrompido por até um ano, sem prejuízo de multas.

---

25 Texto do decreto disponível em: <[http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=D46B4A842F8F25C2AD05814838C41B48.tpdljo02v\\_3?cidTexte=JORFTEXT000021573619&cdateTexte=20100104](http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=D46B4A842F8F25C2AD05814838C41B48.tpdljo02v_3?cidTexte=JORFTEXT000021573619&cdateTexte=20100104)>. Acessado em 10 de setembro de 2012.

Críticas à resposta graduada e à autarquia emanam de diversos atores, desde os usuários da internet e as empresas de telecomunicações, a artistas, produtores independentes e membros da sociedade civil que articulam a oposição a lei, como o grupo La Quadrature du Net.<sup>26</sup> Os maiores pontos de tensão da lei serão tratados no próximo item.

Um grupo de produtores independentes de música franceses se uniu para acionar os parlamentares franceses contra a lei na carta aberta<sup>27</sup> “*Hadopi: La création sacrifiée*”, criticando a estruturação da lei e da autoridade independente e fazendo proposições de auxílio ao desenvolvimento da cultura.

Uma “carta aberta aos espectadores cidadãos”<sup>28</sup> foi também apresentada por nomes de peso da indústria cinematográfica francesa, como Christophe Honoré e a “bela da tarde” Catherine Deneuve. A carta aponta a importância da revolução digital para difusão, promoção e acesso das obras do cinema. Os artistas classificaram a lei como “demagógica”, “tecnicamente inaplicável”, “puramente repressiva”, além de ser uma “tentativa vã de erradicar a pirataria pela sanção, sem se preocupar com a criação de uma oferta legal, disponível e aberta de *download* na internet”, não sendo nem os criadores nem os consumidores alvos da mesma.

Em nível comunitário, artistas do *Featured Artists Coalition*, união de mais de 140 artistas da indústria da música da Grã-Bretanha,<sup>29</sup> defenderam a não criminalização do *download* de músicas, temendo a adoção pela Grã-Bretanha de leis como a Hadopi. Os artistas apontaram a importância da adequação da indústria da música aos desafios digitais. Apontaram também para a importância da apropriação pelos próprios artistas de seus direitos patrimoniais, no lugar de grandes gravadoras, determinando eles próprios quando e como a sua obra poderia ser utilizada.

Essas manifestações contrárias à forma pela qual a Lei Hadopi trata os usuários da internet possuem em comum a percepção de que a figura do fã, ou seja, aquele que gosta e consome determinado conteúdo, não deve ser tratada como um típico criminoso que ofende a propriedade alheia. A rede possibilita novas formas de interação entre quem produz conteúdo e quem o recebe e dele

26 Para mais informações sobre La Quadrature du Net, ver: <<http://www.laquadrature.net/fr/HADOPI>>. Acessado em 10 de setembro de 2012.

27 A carta aberta pode ser lida em: <<http://www.liberation.fr/economie/0101566541-hadopi-la-creation-sacrifiee>>. Acessado em 10 de setembro de 2012.

28 Carta aberta pode ser lida em: <<http://ecrans.fr/Lettre-ouverte-aux-spectateurs,6877.html>>. Acessado em 10 de setembro de 2012.

29 Artigo sobre o tema do site Billboard disponível em: <[http://www.billboard.biz/bbbiz/content\\_display/industry/news/e3iffcfe0c0b0255a5af3401db90f5dd412](http://www.billboard.biz/bbbiz/content_display/industry/news/e3iffcfe0c0b0255a5af3401db90f5dd412)>. Acessado em 10 de setembro de 2012.

se aproveita para fins artísticos, culturais e de entretenimento, não raramente até mesmo criando novas obras intelectuais.

Na mesma direção, o Ministro da Cultura de Portugal à época, António Pinto Ribeiro,<sup>30</sup> assegurou que Portugal não adotaria uma lei como a francesa no Conselho dos 27, da União Europeia, considerando que a Lei Hadopi era, na verdade, uma iniciativa repressora. O ministro também apontou para a confusão constantemente criada entre criminalização de diversas condutas na internet como pedofilia e tráfico de pessoas e criminalização da internet *per se*.

O ex-Ministro da Cultura do Brasil, Gilberto Gil, em entrevista ao jornal espanhol *El País*, que ganhou repercussão na França, na época em que se discutia a “Hadopi 2” também defendeu a não criminalização de compartilhamento de arquivos:

“Eu defendo que o público experimente e se aproprie totalmente das possibilidades que oferecem as tecnologias.” — Sem limites? “Os limites terão que ser estabelecidos através de um amplo debate democrático. A regulação da internet é de competência da sociedade.”<sup>31</sup>

Mais recentemente, em discurso no Fórum de Avignon, que reuniu os Ministros da Cultura dos países do G-8 e G-20, no dia 18 de novembro de 2011, o então Presidente Francês, Nicolas Sarkozy, revelou planos de reformulação das competências da Hadopi para combater também o *streaming*<sup>32</sup> ilegal. Esse discurso marcou o início de um debate público sobre uma eventual “Hadopi 3”, que nessa terceira fase combateria o uso ilegal de obras na internet não só pelo compartilhamento, mas também pelo *streaming*.

Apenas duas semanas após esse pronunciamento, a Hadopi encomendou um estudo sobre o modelo econômico dos sites de *streaming* e o atual ministro da Cultura e Comunicação francês, Frédéric Mitterrand, declarou que uma das principais falhas da Hadopi é a ausência de previsão de investigação por uso ilegal de obra na internet via *streaming*. O ministro declarou que as primeiras respostas da atuação contra o *streaming* deveriam sair no primeiro trimestre de 2012.<sup>33</sup>

30 Disponível em: <[http://www.jn.pt/PaginaInicial/Media/Interior.aspx?content\\_id=1229946](http://www.jn.pt/PaginaInicial/Media/Interior.aspx?content_id=1229946)>. Acessado em 10 de setembro de 2012.

31 Disponível em: <[http://www.elpais.com/articulo/cultura/Hay/esforzarse/mantener/edad/luces/elpepicul/20090712elpepicul\\_2/Tes](http://www.elpais.com/articulo/cultura/Hay/esforzarse/mantener/edad/luces/elpepicul/20090712elpepicul_2/Tes)>. Acessado em 10 de setembro de 2012.

32 *Streaming* é uma forma de divulgação de mídia *online*, de execução continuada, em que o usuário não tem a necessidade de fazer *download* do arquivo. Para mais informações, veja o verbete “*streaming*” da Wikipedia. Disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Streaming>>. Acessado em 11 de setembro de 2012.

33 Diversos artigos na imprensa francesa falaram das pronúncias do ministro, dentre eles destaca-se o site *Numerama*: <<http://www.numerama.com/magazine/20826-pour-frederic-mitterrand-l-hadopi-a>>

### A.3) Principais críticas à Hadopi

Desde a primeira fase da Hadopi, a Autoridade francesa de tutela dos cidadãos na rede (CNIL) aponta irregularidades que são defendidas até hoje. Nunca foram revelados estudos empíricos que comprovassem qualquer relação entre o compartilhamento de arquivos e a queda de receita das empresas da indústria do entretenimento, o que justificaria uma autoridade como a Hadopi. Além do mais, a maneira como os dados dos usuários são acessados pela autoridade, sem qualquer procedimento judicial, implicam em grave violação de direitos da privacidade e criam uma vigilância permanente das comunicações realizadas na internet. A Hadopi assume uma posição de presunção de culpa do usuário e impõe uma responsabilização aos intermediários incompatível com o dano.

Em relação às críticas envolvendo a violação de privacidade e filtragem generalizada da internet operada pela Hadopi, a Corte de Justiça da União Europeia já se posicionou pela sua ilegalidade nos acórdãos “Promuscae” e “SABAM/Scarlett”, detalhados no item seguinte.

O Governo da Suíça, em relatório sobre o uso ilícito de obras na internet encomendado para proposta legislativa, recusou de plano a adoção de um modelo como o criado para a Hadopi.

Se por um lado, os dados revelados pela autarquia francesa apontam uma queda no número de *downloads* e compartilhamento ilegal de arquivos na França em 2011, o governo suíço entendeu que a resposta graduada, de um ponto de vista objetivo, é medida cujas consequências são impossíveis de se avaliar a longo prazo. A resposta graduada seria — conforme exposto no relatório — um mecanismo de desincentivo de condutas em três etapas, que aumenta a punição do infrator na medida de sua reincidência, até a interrupção da conexão.<sup>34</sup>

O relatório aponta ainda que a resposta graduada necessita da implementação de um amplo aparato estatal. Nesse sentido, os custos anuais de funcionamento da Hadopi são estimados em mais de 12 milhões de euros, de acordo com o orçamento público francês de 2011 do Ministério da Cultura e da Comunicação. O governo suíço ainda questiona a compatibilidade dos mecanismos de resposta graduada com as convenções internacionais, em especial o relatório conduzido pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas que determinou que a interrupção do acesso à internet é uma violação ao art. 19, alínea 3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

---

-pousse-au-streaming.html>. Acessado em 10 de setembro de 2012.

34 Para mais informações sobre o relatório em português, ver Observatório Brasileiro de Políticas Digitais: <<http://observatoriodaInternet.br/relatorio-do-governo-da-suica-aborda-o-uso-ilicito-de-obras-na-Internet>>. Acessado em 10 de setembro de 2012.

Além de altos custos públicos anuais para funcionamento da autarquia, foi estimado que os provedores de acesso à internet gastariam de 60 a 70 milhões de euros entre 2009 e 2012 para adequar-se ao sistema da Hadopi,<sup>35</sup> sendo que tal sistema, mesmo com altos custos, não possui qualquer certeza de efetividade, proporcionalidade ou eficiência.

Por último, o acesso à internet é entendido pelos órgãos da União Europeia como um direito fundamental. Seguindo esse entendimento, o Parlamento Europeu adotou o relatório do deputado grego Stavros Lambrinidis,<sup>36</sup> sob forma de recomendação ao Conselho Europeu, que manifesta-se expressamente contra qualquer punição que importe em privação de acesso<sup>37</sup> à internet, pois é a internet um veículo de emancipação e participação política do usuário, reforçando a cidadania, na medida em que facilita o acesso a informações públicas, participação nas discussões políticas, liberdade de expressão, acesso à educação e inúmeros direitos fundamentais.

### A.3.1) As críticas na jurisprudência da Corte de Justiça da União Europeia

As críticas direcionadas à Lei Hadopi, quanto à ausência de dados empíricos que relacionem a queda de receita da indústria do entretenimento, aumento da

35 Reportagem do *Le Monde* de 2009. Disponível em: <[http://www.lemonde.fr/technologies/article/2009/03/10/hadopi-des-mesures-couteuses-pour-les-fai\\_1165686\\_651865.html#ens\\_id=1162478&xtor=RSS-3208](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2009/03/10/hadopi-des-mesures-couteuses-pour-les-fai_1165686_651865.html#ens_id=1162478&xtor=RSS-3208)>. Acessado em 10 de setembro de 2012.

36 Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0194+0+DOC+XML+V0//FR&language=FR>>. Acessado em 10 de setembro de 2012.

37 Sobre o acesso irrestrito à internet, o Relatório Stavros afirma: “*Un accès à Internet sans réserve et sûr a) participer aux efforts visant à faire d’Internet un instrument important d’émancipation des utilisateurs, un environnement qui permet l’évolution d’approches «par le bas» et de la démocratie informatique, tout en veillant à l’établissement de garanties significatives, étant donné que de nouvelles formes de contrôle et de censure peuvent se développer dans ce domaine; la liberté et la protection de la vie privée dont les utilisateurs bénéficient sur Internet devraient être réelles et non illusives; b) reconnaître qu’Internet peut être une possibilité extraordinaire de renforcer la citoyenneté active et que, à cet égard, l’accès aux réseaux et aux contenus est l’un des éléments-clé; recommander que cette question continue à être développée en posant comme principe que chacun a le droit de participer à la société de l’information et que les institutions et les acteurs à tous les niveaux ont pour responsabilité générale de participer à ce développement, luttant ainsi contre les deux nouveaux défis de l’analphabétisme informatique et de l’exclusion démocratique à l’ère électronique(12); c) demander instamment aux États membres de répondre à une société de plus en plus sensibilisée à l’information et de trouver des moyens d’assurer une meilleure transparence des décisions grâce à un accès plus large des citoyens aux informations stockées par les gouvernements, afin de permettre à ceux-ci d’en tirer parti; appliquer le même principe à leurs propres informations; d) veiller, avec d’autres acteurs concernés, à ce que la sécurité, la liberté d’expression et la protection de la vie privée, ainsi que l’ouverture sur Internet ne soient pas considérés comme des objectifs concurrentiels mais soient assurés simultanément au sein d’une vision globale qui réponde de façon appropriée à tous ces impératifs; e) veiller à ce que les droits légaux des mineurs à la protection contre toute atteinte, tels que prescrits par la Convention des Nations unies relative aux droits de l’enfant et traduits dans la législation communautaire, soient pleinement reflétés dans l’ensemble des actions, instruments ou décisions pertinents ayant trait au renforcement de la sécurité et de la liberté sur Internet;*”

pirataria e contrafação e o uso de obras intelectuais na internet, bem como ausência de eficiência e proporcionalidade do modelo da autarquia, possibilidade de violação a direito de privacidade e liberdade de expressão encontram-se na jurisprudência da Corte de Justiça da União Europeia (CJUE) sobre sociedade da informação.

#### Caso Promusicae (C-275/06)<sup>38</sup>

O primeiro caso analisado na Corte de Justiça da União Europeia que tratou de forma sistemática a regulação da criação intelectual na internet, de 2006, envolveu os Produtores de Música da Espanha (Promusicae), associação sem fins lucrativos, que contempla produtores e editores de gravações musicais e audiovisuais, e a Telefónica de Espanha SAU (Telefónica), fornecedora de acesso à internet.

A Promusicae requereu ao tribunal espanhol que a Telefónica lhe fornecesse o nome e residência de determinados usuários da internet após ter identificado que uma série de endereços IP<sup>39</sup> foi utilizada em determinado momento para troca de arquivos musicais, sobre os quais os seus membros detêm direitos de autor. A Promusicae identificou os usuários através do endereço IP e por meio do dia e hora da conexão e exigiu, portanto, que a Telefónica lhe fornecesse o nome e endereço dos usuários referentes aos endereços de IP coletados.

O Tribunal espanhol, que submeteu a questão à Corte de Justiça da União Europeia (CJUE), decidiu que, de acordo com a *Ley de Servicios de La Sociedad de La Información y de Comercio Electrónico*, da Espanha, o provedor de acesso à internet não poderia, em caso algum, fornecer os dados a esse órgão jurisdicional. Segundo o tribunal, somente no âmbito de uma investigação criminal ou em casos que envolvessem a segurança pública ou estivesse em causa a segurança nacional, o operador de comunicações eletrônicas ou o prestador de serviços poderia fornecer os dados que, por lei, é obrigado a armazenar. O objetivo do Tribunal Espanhol, ao enviar a questão a CJUE, foi buscar esclarecer a compatibilidade das diretivas europeias relacionadas à sociedade da informação, dentre elas a Diretiva 2001/29/CE com a restrição da obrigação de transmitir os dados de ligação ao âmbito dos processos criminais e análogos, ficando excluídos dessa obrigação os processos cíveis.

38 Íntegra do Acórdão Promusicae — C-275/06, em português disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=62901&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&cid=731954>>. Acessado em 10 de setembro de 2012.

39 “Endereço de IP” significa “código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais”, conforme definição do Art. 5º, IV do Marco Civil da Internet.

Em relação aos direitos de autor e conexos na sociedade da informação, entendeu a Advogada Geral do caso, Mme. J. Kokott, que tanto os direitos de propriedade dos titulares de direitos autorais e conexos, quanto a proteção dos dados pessoais, que se relacionam ao direito de privacidade, possuem natureza de direito fundamental garantidos em diversos diplomas comunitários, como a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950 (CEDH) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000 (Carta). As exceções a esses direitos devem ter caráter excepcional com fulcro em um interesse social, como indica o ponto 54 do Acórdão Promusicae:

“54. (...) uma ingerência na esfera privada — como é o tratamento de dados pessoais — deve ser proporcionada face ao objectivo prosseguido. Assim, tem de haver uma necessidade social imperiosa e a medida tomada deve ser proporcionada ao objectivo legítimo que se pretende alcançar.”

Cabe aos Estados-membros, portanto, na transposição das diretivas comunitárias, fazer o justo equilíbrio entre as proteções dos direitos fundamentais. A efetiva garantia dos direitos autorais não pode significar uma grave violação à esfera privada dos indivíduos. Os juízes comunitários chamaram atenção para o fato de que o direito penal não é o único meio pelo qual o legislador nacional pode impor seu juízo negativo para uma conduta, como nesse caso, o compartilhamento de arquivos de música.

Somado a isso, os juízes entenderam que não havia dados suficientes que indicassem um dano real causado pelo *filesharing*.<sup>40</sup> E, principalmente quando feito sem fins lucrativos, o compartilhamento de arquivos não representaria uma violação suficientemente grave que justificasse a criação de uma exceção ao direito à privacidade e à proteção de dados pessoais.

Os juízes questionaram, por fim, com base no princípio da previsibilidade, a efetividade dos endereços de IP e o uso de data e hora para fins de imposição de punibilidade por violação de um direito de autor por meio de compartilhamento de arquivos. Nas palavras da Advogada-Geral J. Kokott, no ponto 115 do Acórdão:

---

40 Neste ponto, os juízes comunitários do caso fizeram referência ao relatório do Grupo de Trabalho da Economia da Informação da OCDE que trata do tema, disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/13/2/34995041.pdf>>. Acessado em 10 de setembro de 2012 (p.73 e ss).

“(...) a circunstância de terem sido cometidas infracções aos direitos de autor numa determinada data e com recurso a um endereço IP não demonstra cabalmente que as mesmas foram cometidas pelo titular da ligação à Internet a quem o endereço IP foi atribuído nessa data. Pelo contrário, é possível que terceiros tenham utilizado a sua conexão à Internet ou o seu computador. Isso até pode suceder sem o conhecimento do titular da conexão à Internet, por exemplo, se este, para evitar uma ligação por cabo, utilizar uma ligação através de uma rede local de radio-comunicações insuficientemente segura, ou se terceiros se ‘apoderarem’ do seu computador através da Internet.”<sup>41</sup>

O Acórdão Promusicae é relevante quando atenta para a proteção da vida privada no debate da criação intelectual na internet e a proporcionalidade das medidas de proteção dos direitos autorais face a direitos fundamentais de usuários da internet e, não menos, fãs. O acórdão questiona também a utilização dos endereços de IP como medida eficiente e protetiva da vida privada na operacionalização de sistemas de monitoramento de transferência de arquivos e uso de obras na internet.

Tornou-se, por isso, um caso referência para proteção da vida privada e proteção de direitos autorais na internet, usado mesmo como base para o acórdão que ganhou repercussão da mídia em 2011, SABAM/Scarlet.

#### Caso SABAM/Scarlet (C-70/10)<sup>42</sup>

A CJUE decidiu, em Acórdão de 24 de novembro de 2011, pela ilegalidade de filtragem e bloqueio pelos fornecedores de acesso à internet (FAI) em virtude de *downloads* de arquivos com conteúdo que viole direitos autorais e conexos. Um sistema de filtragem e bloqueio da internet deve assegurar um justo equilíbrio entre propriedade intelectual de um lado e liberdade de empresa, proteção de dados pessoais e liberdade de comunicação e informação de outro.

41 A Advogada Geral faz referência a estudo sobre segurança de redes sem fio: documento de trabalho do *International Working Group on Data Protection in Telecommunications*, de 15 de abril de 2004, sobre os riscos potenciais de redes sem fios, disponível em inglês e em alemão em: <<http://www.datenschutz-berlin.de/doc/int/iwgdpt/index.htm>>. Acessado em 10 de setembro de 2012. Quanto aos métodos de ataque, v. Erik Tews, Ralf-Philipp Weinmann e Andrei Pyshkin, *Breaking 104 bit WEP in less than 60 seconds*, disponível em: <<http://eprint.iacr.org/2007/120.pdf>>. Acessado em 10 de setembro de 2012.

42 Íntegra do Acórdão SABAM/Scarlet — C-70/10, em português, disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=81776&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=firs&t&cid=762531>>. Acessado em 10 de setembro de 2012.

Em 2004, a *Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs* SCRL (SABAM), sociedade de gestão que representa os autores, compositores e editores de obras musicais autorizando o uso de obras protegidas por terceiros, atestou a existência de diversos *downloads* de obras de seu catálogo, sem autorização, através de mecanismos P2P de usuários do provedor Scarlet.

A entidade resolveu notificar o provedor por meio do Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas, defendendo que a Scarlet, enquanto provedora de acesso, está em posição mais adequada para oferecer medidas que cessem violações de direitos autorais cometidas por seus clientes. A SABAM solicitou de início a constatação de existência de violações a direitos de autor de obras musicais de seu repertório, sobretudo em relação ao direito de reprodução e de comunicação ao público, viabilizados pela troca não autorizada de arquivos de usuários da internet provida pela Scarlet. O segundo pedido foi a condenação da Scarlet em fazer cessar tais violações, tornando-as impossíveis ou bloqueando de todas as formas o envio ou recepção, entre seus usuários, de arquivos contendo obras musicais compartilhadas sem autorização dos detentores de direito, sob pena de multa (*astreinte*). Por fim, a SABAM requereu que a Scarlet comunicasse as medidas que foram tomadas para respeitar a ordem judicial.

O Presidente do Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas, em 26 de novembro de 2004, admitiu a existência de violações de direitos autorais, no entanto solicitou um laudo que permitisse avaliar se as soluções exigidas pela SABAM eram tecnicamente possíveis, se elas permitiriam filtrar unicamente o compartilhamento P2P com conteúdo ilegal, se existiria outro dispositivo eletrônico que permitiria o controle do P2P e qual seria seu custo.

O laudo técnico concluiu que apesar das inúmeras barreiras técnicas, não é completamente rejeitável a possibilidade de filtragem e bloqueio de compartilhamento ilícito de arquivos eletrônicos. E por isso, em 2007, o Tribunal de Primeira Instância condenou a Scarlet a fazer cessar as violações de direitos autorais, impossibilitando que seus clientes enviem ou recebam qualquer arquivo por meio de P2P ou qualquer arquivo que contivessem obras musicais sob gestão da SABAM.

O provedor Scarlet apelou, alegando impossibilidade de se conformar às exigências judiciais, uma vez que a eficácia de um sistema de bloqueios ou filtragens nunca foi provada e que a implementação de tais dispositivos encontra inúmeros obstáculos práticos e fragilidades. Além disso, toda tentativa de bloqueio de conteúdo seria uma medida destinada ao fracasso em curtíssimo tempo, pois o número considerável de compartilhamento P2P tornaria impossível a verificação de seu conteúdo por terceiros.

A Scarlet alegou ainda que a medida judicial violava a norma nacional que transpôs o art. 15 da Diretiva 2000/31, pois lhe impõe um dever de vigilância generalizada (*obligation de surveillance générale*) das comunicações de seus usuários, já que para filtrar e bloquear os compartilhamentos P2P supõe-se necessário um controle geral sobre todas as comunicações entre seus usuários. Sustentou ainda que a implementação de tal sistema de filtragem impõe violações a normas comunitárias, sobre proteção de dados pessoais e sigilo nas comunicações, entendidos os endereços IP como dados pessoais.

A jurisdição recursal decidiu que antes de verificar se um mecanismo de filtragem e bloqueio de compartilhamento P2P seria possível e eficaz, dever-se-ia avaliar se tais imposições são adequadas às normas da UE, por meio de um envio de questão prejudicial à CJUE. O Juiz Nacional da Bélgica solicitou que a CJUE respondesse: (A) Se as referidas diretivas interpretadas em conformidade com os artigos 8º (vida privada) e 10º (liberdade de expressão) da Carta de Direitos Fundamentais permitiriam aos Estados-membros: (1) autorizar que um juiz nacional imponha medidas de cessação de violação de direitos autorais e conexos aos intermediários, cujos serviços são utilizados por terceiros; (2) obrigar um fornecedor de acesso à internet a implementar sem aviso aos clientes, *in abstracto* e a título preventivo, sem limitação temporal, um sistema de filtragem de toda comunicação eletrônica (comunicação e recepção) viabilizadas por seu serviço de internet, por meio de P2P, com o objetivo de identificar a circulação de arquivos eletrônicos contendo obras artísticas sobre a qual o demandante alega seus direitos e bloquear em seguida a transferência desses arquivos, e (B) Em caso de resposta positiva, se tais diretivas imporiam ao juiz nacional a aplicação do princípio da proporcionalidade, uma vez que ele deve decidir sobre a eficácia da medida.

Com base nas diretivas evocadas, em especial a Diretiva 2001/29/CE e citando a decisão da CJUE no Acórdão Promusicae referido anteriormente, o juiz comunitário chegou às seguintes conclusões:<sup>43</sup>

Embora seja possível que se exija dos intermediários a adoção de medidas que ponham fim a violações de propriedade intelectual no meio eletrônico, uma obrigação de vigilância generalizada é incompatível com o art. 3º, da Diretiva 2004/48, que determina que as medidas adotadas por tal diretiva devem observar o princípio da equidade, ser proporcionais e não excessivamente custosas.

<sup>43</sup> Conclusões do Advogado-Geral, Ponto 115 da decisão do Acórdão. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=81776&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&cid=762531>>. Acessado em 18 de setembro de 2012.

Nestas condições, é preciso examinar se as determinações impostas aos provedores de acesso à internet de implementação de um sistema de filtragem os obrigaria a uma vigilância ativa do conjunto de dados de cada cliente seu, a fim de prevenir toda e qualquer violação de direitos de propriedade intelectual.

Um sistema de filtragem e bloqueio da internet, como desejado pelas sociedades de gestão coletiva de direitos autorais e conexos, conforme explica o Acórdão SABAM/Scarlet, supõe que os provedores (1º) identifiquem, no conjunto de todas as comunicações eletrônicas de seus clientes, os arquivos relevantes em tráfego P2P; (2º) identifiquem, dentre todos os artigos compartilhados por P2P, aqueles que contenham as obras sobre as quais os titulares de propriedade intelectual pretendam exercer seus direitos; (3º) determinem, dentre esses arquivos, quais são compartilhados ilegalmente e (4º) bloqueiem o compartilhamento identificado como ilegal. Um sistema estruturado dessa forma exige uma vigilância ativa da totalidade de comunicação eletrônica realizada pelos provedores de acesso à internet, englobando todas as informações transmitidas por todos seus usuários.

Sem desconsiderar que a proteção de direitos de propriedade intelectual é assegurada na Carta de Direitos Fundamentais da UE, os juízes comunitários entenderam que não decorre deste dispositivo e nem é entendimento da CJUE que estes direitos são intangíveis e que, portanto, sua proteção deve ser garantida de forma absoluta. Como entendido no Acórdão Promusicae, os direitos de propriedade intelectual devem ser interpretados à luz de outros direitos fundamentais.

A CJUE entendeu ainda que é dever das autoridades jurisdicionais nacionais, na imposição de medidas de proteção dos titulares de direitos de propriedade intelectual, atentar para a proporcionalidade entre a proteção desse direito e os direitos fundamentais das pessoas atingidas por tais medidas. Nesse caso específico, as autoridades nacionais devem assegurar o justo equilíbrio entre a proteção dos titulares de direitos de propriedade intelectual e a liberdade de empresa, das quais se beneficiam os provedores, de acordo com o art. 16 da Carta. Tal sistema viola a liberdade de empresa dos provedores, já que lhe impõe um sistema informático altamente custoso, complexo e permanente, violando o art. 3, p. 1 da Diretiva 2004/48, que exige que as medidas de proteção de propriedade intelectual não sejam inutilmente complexas e custosas.

Os efeitos de uma imposição como essa não se limitariam à imposição aos provedores de fazer cessar uma lesão. A CJUE entendeu que tal imposição importaria em uma vigilância permanente suscetível de violar direitos de seus clientes, especialmente a proteção de seus dados pessoais, bem como a liberdade de enviar e receber comunicações e informações, direitos protegidos pelos arts. 8 e 11 da Carta.

Por fim, essa imposição violaria também a liberdade de informação, pois não haveria como distinguir de forma eficaz um conteúdo ilícito de outro lícito, implicando na possibilidade de bloqueio de conteúdos lícitos. A CJUE atenta que muitas obras disponibilizadas na internet são frutos de exceções e limitações aos direitos autorais que variam de Estado-membro para Estado-membro, ou que assim são disponibilizadas por uma decisão pessoal do autor, sendo essa forma de comunicação de sua obra juridicamente tutelada pelos ordenamentos nacionais.

## II. A regulamentação da criação intelectual na internet no Brasil

Desde 1999, tramita no Congresso Nacional brasileiro, Projeto de Lei (PL) que dispõe sobre crimes cometidos na internet, o PL nº 84/99<sup>44</sup>, conhecida como Lei Azeredo, pelo sobrenome do proponente de substitutivo que ganhou grande repercussão na mídia nacional.

Na mesma linha francesa, o Brasil pretendeu iniciar a regulação das condutas dos usuários da internet por uma via repressiva penal. Se aprovado, condutas costumeiras de um usuário da internet seriam criminalizadas, como compartilhamento de arquivos, transferência de uma obra legalmente adquirida de um dispositivo para outro, instaurando um regime de controle e monitoramento em diversos serviços prestados na Internet brasileira.<sup>45</sup>

Respostas a tais medidas repressivas também foram apresentadas no contexto brasileiro. O Marco Civil da Internet Brasileira é uma proposta de “constituição da internet”, com objetivo de estabelecer direitos e deveres fundamentais aos usuários da internet, antes de tomadas medidas de repressão de condutas. Trata-se de uma parceria do Ministério da Justiça com o Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS) da FGV Direito Rio e apoiada pelo projeto Cultura Digital do Ministério da Cultura. Ainda sobre o tema, propostas de reforma à Lei de Direitos Autorais brasileira objetivam adequar as novas necessidades dos usuários da rede no acesso e uso dos bens culturais na internet e podem ser elencadas no cenário atual de regulação da criação intelectual na internet brasileira.

44 PL84/99. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15028>>. Acessado em 11 de setembro de 2012.

45 Para maiores informações sobre o PL 84/99 e suas principais críticas, ver A2K Brasil: <<http://www.a2k-brasil.org.br/wordpress/lang/pt-br/2010/11/centro-de-tecnologia-e-sociedade-apresenta-estudo-sobre-o-texto-substitutivo-do-pl-azeredo/>>. Acessado em 11 de setembro de 2012.

### A) Reforma da Lei de Direitos Autorais

Da mesma forma que a França, o Brasil desde a metade da década passada tem buscado tratar no plano legislativo da adequação entre criação intelectual e o ambiente digital. Em 2007, o Ministério da Cultura do Brasil iniciou um Fórum de Debates sobre o tema e, em 2010, promoveu um fórum para criação de um debate colaborativo *online*<sup>46</sup> sobre uma nova lei.

A Lei de Direitos Autorais (LDA) é usualmente criticada por seu pouco equilíbrio apresentado entre questões ligadas ao interesse público e os interesses privados na remuneração pelo uso de obras. Essa questão é especialmente grave no campo das limitações e exceções aos direitos autorais. Embora seja relativamente nova, de 1998, a lei não acompanhou os desafios do acesso e uso generalizado dos produtos culturais na internet, não permitindo aos usuários da internet desempenhar condutas típicas como:

— cópia para preservação da obra ou para fins didáticos, inclusive por meio de digitalização;

— cópia privada, ainda que visando acesso a obras que se encontram fora de circulação comercial;

— exibição de filmes em sala de aula, práticas bastante comuns em atividades educacionais (em cursos de línguas, por exemplo);

— o *remix*, uma característica marcante das obras elaboradas nos dias de hoje (mesmo que o *remix* seja uma prática bastante antiga)<sup>47</sup>.

Em relação especial à cópia privada, a França, em 23 de novembro de 2011, continuando a linha repressiva já explorada pelo processo Hadopi, votou uma emenda em Projeto de Lei sobre remuneração dessa limitação ao direito autoral. O texto buscava alterar o Código de Propriedade Intelectual e incluir o requisito de “licitude da fonte” na exceção da cópia privada.<sup>48</sup> Em sentido contrário, o Governo Suíço, no relatório anteriormente indicado, apontou que o legislador suíço, ao optar por uma regulamentação tecnicamente neutra, já havia tirado o internauta da ilegalidade ao permitir a cópia para fins pessoais, independente da origem ilícita do arquivo copiado. Rejeitando, portanto, propostas legislativas para regulação da criação na internet, a Suíça se valeu da exceção da cópia privada para retirar o usuário da ilegalidade.

46 Realizado no site <<http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/>>. Acessado em 11 de setembro de 2012.

47 **Direitos autorais em reforma**/Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Centro de Tecnologia e Sociedade. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011, p. 47. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8789/CTS%20%20Direitos%20Autorais%20em%20Reforma.pdf?sequence=1>>. Acessado em 11 de setembro de 2012.

48 *La Quadrature du Net* sobre a cópia privada. Disponível em: <<http://www.laquadrature.net/fr/privés-de-copie-les-droits-du-public-discrettement-lamines-a-lassemblee>>. Acessado em 11 de setembro de 2012.

A LDA brasileira ainda está em debate no Congresso Nacional e o texto proposto na primeira fase do debate foi modificado,<sup>49</sup> especialmente na gestão da ministra Ana de Hollanda, no Governo da Presidente Dilma Roussef.

De toda forma, espera-se que, a exemplo do criticado modelo francês, o Brasil adote posição contrária e promova um maior equilíbrio entre os interesses públicos e privados existentes na criação intelectual. O exemplo francês, misto de fracasso e antipatia, não deveria ser o rumo a ser tomado pelo governo brasileiro.

### **B) Marco Civil da Internet no Brasil**

O Marco Civil, como dito anteriormente, é uma proposta de constituição de direitos e deveres da internet, tanto para usuários quanto para o Poder Público. Para aproximar-se mais da realidade e necessidade dos usuários da internet, o Marco Civil foi submetido a um amplo debate democrático por meio de uma plataforma *online*<sup>50</sup> com contribuições marcando os diferentes interesses envolvendo a regulação da internet: usuários, organizações da sociedade civil, empresas nacionais e estrangeiras e Embaixadas brasileiras, que apresentaram a visão da regulação da internet nos países em que estão localizadas.

Consolidados os comentários em um texto de Projeto de Lei, o mesmo foi enviado ao Congresso Nacional pela Presidente Dilma Roussef e tramita sob o nº 2126/2011<sup>51</sup>. Se aprovado, o Marco Civil garantirá o acesso à internet como um direito essencial ao exercício da cidadania e os direitos fundamentais dos usuários, destacados mesmo pela jurisprudência da CJUE, como liberdade de expressão, privacidade e proteção dos dados pessoais.

Quanto à disponibilização de conteúdo ilegal na internet, os provedores de acesso à internet não serão responsabilizados, nem terão um dever de fazer cessar lesão a direito, como no modelo francês, salvo disposição do art. 15, que evidencia também a necessidade do contraditório e da ampla defesa para

49 “Com a mudança de ministros na pasta da Cultura, no início de 2011, a proposta de reforma da LDA foi revista e voltou a ser objeto de consulta, entre 25 de abril e 30 de maio de 2011 (doravante “Segunda Proposta de Revisão da LDA”), sendo que desta vez sem a mesma amplitude no debate, já que os comentários ao texto proposto não eram públicos. Posteriormente, entretanto, consolidação dos comentários foi publicada e pode ser acessada no seguinte endereço: <<http://www.cultura.gov.br/site/2011/08/11/ultima-fase-da-revisao-da-lda/>>.” Op. Cit. (2011), p. 15

50 Plataforma *online* do Marco Civil - <<http://culturadigital.br/marcocivil>>. Acessado em 11 de setembro de 2012.

51 PL 2126/11 disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/912989.pdf>>. Acessado em 12 de setembro de 2012.

apreciação de situações de violação de direitos autorais na internet (contrário da discricionariedade administrativa da Hadopi):

Art. 15. Salvo disposição legal em contrário, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente.<sup>52</sup>

O texto do Marco Civil ao condicionar a remoção de conteúdo disponibilizado *online* a uma ordem judicial reforça o caráter público da internet. Pois exigir que a remoção seja feita pelos próprios provedores, além de questionável quanto à liberdade de expressão, implica em uma privatização da gestão de um recurso público.

O Marco Civil da internet, antes de estabelecer punições aos usuários por condutas consideradas repudiáveis por alguns atores econômicos (no caso da criação intelectual, a indústria de cultura e entretenimento), apresenta os fundamentos<sup>53</sup> e princípios já identificados por usuários, empresas e Poder Público como intrínsecos à própria internet e essenciais ao seu uso. Ao identificar como fundamentos do uso da internet os direitos humanos e a cidadania em meio digital, o Marco Civil garante como princípio da internet no Brasil a privacidade, a proteção dos dados e a neutralidade da rede, preservando sua natureza participativa e a escala mundial da rede. No que concerne às críticas direcionadas à Hadopi, o Marco Civil garante especificamente em seu texto a não suspensão do acesso à internet.

## Conclusão

Para países de sólida tradição democrática, como a França, a ampla utilização da internet para produção e consumo de bens culturais representou o aumento de possibilidades de violações aos direitos de exclusividade dos autores e intér-

52 A redação foi alterada no substitutivo oferecido pelo parecer da Comissão Especial, com relatoria do Deputado Federal Alessandro Molon.

53 O art. 2º do Marco Civil da Internet ou PL 2126/2011 identifica, em sua versão original, os seguintes fundamentos: *A disciplina do uso da Internet no Brasil tem como fundamentos:*

*I - o reconhecimento da escala mundial da rede;*

*II - os direitos humanos e o exercício da cidadania em meios digitais;*

*III - a pluralidade e a diversidade;*

*IV - a abertura e a colaboração; e*

*V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor.*

pretes desses bens. Essa forma de enfrentar o problema refletiu-se em respostas legislativas de cada vez mais controle e censura das atividades dos usuários na internet, em prejuízo do acesso à informação e ao conhecimento, além de direitos fundamentais, como liberdade de expressão e privacidade.

A tentativa de utilização dos mesmos mecanismos de proteção autoral positivados no século XIX para um ambiente de amplo acesso e colaborativo não é uma adequação eficiente das respostas legislativas às necessidades sociais. As empresas relacionadas à indústria do entretenimento ainda tentam adequar o seu consumidor às suas necessidades de exploração. Enquanto o mais eficiente a ser feito é investir em modelos inovadores de exploração cultural adequados à instantaneidade, imediatismo e aproximação dos consumidores com os produtores.

Sobre o ponto de vista de resposta eficiente aos desafios da criação intelectual na internet, o projeto brasileiro do Marco Civil da Internet é reconhecido internacionalmente como uma resposta contrária as respostas de filtragem e censura da internet:

*“Au contraire le projet brésilien prend le contre-pied absolu de tout ce qui a été réalisé jusqu’ici et considère clairement l’accès à Internet comme un droit civique fondamental, essentiel pour l’expression de la citoyenneté, la liberté d’expression et l’accès à l’information.”<sup>54</sup>*

O ambiente digital contribui de formas impressionantes para amplitude do debate político a para a liberdade de expressão e comunicação, como ficou demonstrada em situações como a “Primavera Árabe” e projetos de consulta pública colaborativa como o Marco Civil da Internet no Brasil, a reforma constitucional Islandesa,<sup>55</sup> que contou com contribuições via Twitter e Facebook e a digitalização da Biblioteca Nacional Finlandesa,<sup>56</sup> que contou com uma plataforma colaborativa *online* em forma de jogo, para que os cidadãos contribuissem nas correções da digitalização e preservação do patrimônio histórico e cultural do país.

54 Reportagem do *Internet sans Frontiers* disponível em: <[http://www.Internetsansfrontieres.com/Bresil-un-cadre-de-loi-exemplaire\\_a154.html](http://www.Internetsansfrontieres.com/Bresil-un-cadre-de-loi-exemplaire_a154.html)>. Acessado em 11 de setembro de 2012.

55 Conselho Constitucional Islandês: <<http://www.stjornlagarad.is/english/>>. Acessado em 10 de setembro de 2012.

56 “*Digitalkootis a joint project run by the National Library of Finland and Microtask. Our goal is to index the library’s enormous archives so that they are searchable on the Internet. This will enable everyone to easily access our cultural heritage. You can help us by playing games. Playing games in Digitalkoot fixes mistakes in our index of old Finnish newspapers. This greatly increases the accuracy of text-based searches of the newspaper archives*” <<http://www.digitalkoot.fi/en/splash>>. Acessado em 10 de setembro de 2012.

Ao comparar diferentes reações às transformações que a internet trouxe à produção cultural e ao consumo desses bens, esperamos que essas lições sirvam para compreender quais alternativas de viabilização de uma tutela dos direitos autorais frente às novas tecnologias realmente compreendem as possibilidades de criação que a internet proporciona e quais, como ocorre na França, pecam ao aplicar à rede restrições que não apenas não alcançam os objetivos pretendidos como também inviabilizam uma série de novos modelos de produção e difusão do conhecimento.

No encontro entre os caminhos percorridos pela França e pelo Brasil esperamos que lições possam ser tiradas e que dos erros e dos acertos possam ser estimuladas soluções legislativas internacionais.

## Bibliografia

### 1. Obras

BLUMANN, Claude e DUBOUIS, Louis. *Droit Institutionnel de l'Union européenne*. 3ª ed. Paris: Litec, 2007.

JACQUÉ, Jean Paul. *Droit Institutionnel de l'Union Européenne*. 4ª ed. Paris: Éditions Dalloz, 2006.

ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS/CTS — Centro de Tecnologia e Sociedade. *Direitos autorais em reforma*: Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8789/CTS%20%20Direitos%20Autorais%20em%20Reforma.pdf?sequence=1>>.

### 2. Artigos

GONÇALVES, Nuno. A transposição para a ordem jurídica interna portuguesa da directiva sobre o direito de autor na sociedade da informação. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, v. Vi. p. 249 — 256.

VICENTE, Dário Moura. Lei Aplicável à responsabilidade pela utilização ilícita de obras disponíveis em redes digitais. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, v. III. p.169 — 191.

### 3. Sites

A2K Brasil: <<http://www.a2kbrasil.org.br>>  
 Billboard: <<http://www.billboard.biz>>  
 Câmara dos Deputados: <<http://www.camara.gov.br>>  
 CNIL: <<http://www.cnil.fr>>  
 Conselho Constitucional Francês: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>>  
 Corte de Justiça da União Europeia: <<http://www.curia.europa.eu>>  
 Cultura Digital: <<http://culturadigital.br>>  
 Cultura Livre: <<http://www.culturalivre.org.br>>  
 El País: <<http://www.elpais.com>>  
 Hadopi: <<http://www.hadopi.fr>>  
 Idec: <<http://www.idec.org.br>>  
 Legifrance: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>  
 La Quadrature du Net: <<http://www.laquadrature.net>>  
 Le Monde: <<http://www.lemonde.fr>>  
 Liberation: <<http://www.liberation.fr/>>  
 Ministério da Cultura: <<http://www.cultura.gov.br>>  
 Numérama: <<http://www.numerama.com>>  
 Observatório Brasileiro de Políticas Digitais: <<http://www.observatoriodaInternet.br>>  
 OCDE: <<http://www.oecd.org>>  
 Parlamento Europeu: <<http://www.europarl.europa.eu>>  
 Internet sans Frontiers: <[http://www.Internetsansfrontieres.com/Bresil-un-cadre-de-loi-exemplaire\\_a154.html](http://www.Internetsansfrontieres.com/Bresil-un-cadre-de-loi-exemplaire_a154.html)>

### 4. Jurisprudência

CJUE, 14 de abril de 2011, C-70/10, *SABAM/Scarlet* (Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs, int. Belgian Entertainment Association Video ASBL — BEA Video, Belgian Entertainment Association Music ASBL — BEA Music, Internet Service Provider Association ASBL— ISPA).

CJUE, 18 de julho de 2007, C-275/06, *Promusicae*, (Productores de Música de España c. Telefónica de España SAU).



## Atribuição-Usu Não-Comercial-Vedada a Criação de Obras Derivadas 2.5 Brasil

Você pode:



copiar, distribuir, exibir e executar a obra

Sob as seguintes condições:



**Atribuição:** você deve dar crédito ao autor original, da mesma forma especificada pelo autor ou licenciante



**Usu não comercial:** Você não pode utilizar a obra com finalidades comerciais



**Vedada a Criação de Obras Derivadas.** Você não pode alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta.

- Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro para outros os termos da licença desta obra.
- Qualquer uma destas condições podem ser renunciadas, desde que você obtenha permissão do autor.
- Nada nesta licença impede ou restringe os direitos morais do autor.



