


O DIREITO DE AÇÃO COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS

ACTION RIGHT AS TUTELAGE INSTRUMENT OF HUMAN RIGHTS

Sidney Guerra^I 

Fernanda Figueira Tonetto^{II} 

^I Universidade do Grande Rio, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; Faculdade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil. (Doutor em Direito).

^{II} Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), RS, Brasil; Université Paris II Pantheon-Assas, Paris, França. (Doutoranda em Direito).

Sumário: Considerações iniciais. 1 O direito de ação no estado constitucional e sua função protetiva. 1.1 A concepção de função protetiva dos direitos fundamentais e garantidora da democracia participativa. 1.2 O direito de ação como direito fundamental na nova ordem jurídica processual brasileira. 1.3 O fundamento teleológico do direito à tutela jurisdicional, o direito ao processo justo e o conteúdo mínimo de direitos fundamentais processuais na ordem interna. 2 O direito de ação em uma ordem jurídica cosmopolita. 2.1 a evolução da concepção de jurisdição supranacional e dos sujeitos de Direito Internacional. 2.2 O direito (instrumental) de ação nas Cortes Internacionais. 2.3 A inserção do direito de ação em uma comunidade internacional de valores. Considerações finais. Referências.

Resumo: As teorias da ação podem ser abordadas no quadro da evolução estatal, dentro de sua concepção de função protetiva dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, mas igualmente centrando-se no estudo da evolução da concepção de jurisdição internacional e da própria ideia de indivíduo como sujeito de direito internacional, para então compreender de que forma se estabelece e se consolida o direito de ação nas Cortes internacionais, que acabam por identificar direitos fundantes que se sobrelevam a qualquer espécie de relativismo. É nesse sentido que o direito de ação pode ser abordado enquanto direito instrumental garantidor da existência de um núcleo mínimo de direitos humanos, chegando mesmo a ser pensado como um direito universal.

Palavras-chave: Jurisdição Internacional. Direito Internacional. Direitos Humanos. Direito de ação. Direito Cosmopolita.

Abstract: The right of action may be analysed from a perspective of a national law, from the point of view of the Constitutional State, based on the conception of protective function of fundamental rights that are guaranteed by the Constitution, as well as from the concept of international jurisdiction and the idea of individual as a subject of international law, to understand, so, why the right of action establishes and consolidates itself in these international courts, that identify human rights, belonging to an international community of values because they surpass the relativism. In this sense, the right of action may be approached as instrumental right, guarantor of the existence of such a minimum core of fundamental rights belonging to all mankind.

Keywords: International Jurisdiction. International right. Human rights. Right of action. Cosmopolitan Law.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho volta-se ao estudo do direito de ação em dois planos distintos, partindo de uma ótica do direito interno, sob o ponto de vista do Estado Constitucional e chegando ao estudo do direito de ação junto às Cortes internacionais, partindo-se da premissa de que o direito de ação é um direito fundamental e ora erigido então ao status de um *ius cosmopoliticum*.

Por ser verdade que o direito de ação surge primeiramente no plano interno, banhado no conceito de soberania e na ideia de que cada Estado-nação, isoladamente, possui o monopólio da jurisdição, o estudo começa justamente pelo desenvolvimento das teorias da ação no quadro da evolução estatal, a partir do contexto do Estado liberal, passando-se para o Estado social até se chegar ao que hoje é compreendido por Estado constitucional.

Nessa perspectiva, analisar-se-á o direito de ação dentro de sua concepção de função protetiva dos direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados e garantidora da democracia participativa, bem como o fundamento teleológico do direito à tutela jurisdicional do Estado e do direito ao processo justo, aqui incluído o conteúdo mínimo que deve ser inserido nos direitos fundamentais processuais para que o direito de ação cumpra sua finalidade e possua a natureza de direito fundamental, o que se aplica tanto ao plano do direito interno quanto ao plano do direito internacional.

Mas se no curso da história a própria ideia de jurisdição ultrapassou os limites dos Estados, em virtude de uma série de decorrências que serão explicitadas ao longo do trabalho e que culminaram com o surgimento de diversas Cortes posicionadas em um patamar supranacional, também o direito de ação acompanhou esse processo evolutivo.

Parte-se da perspectiva de uma ordem jurídica nacional centrada nos Estados constitucionais em direção ao que se pode denominar ordem jurídica cosmopolita, da qual fazem parte diversos entes, incluídos os Tribunais Internacionais.

Nesse aspecto se situa a segunda parte do trabalho, que começa por analisar a evolução da concepção de jurisdição internacional e da própria ideia de indivíduo como sujeito de direito internacional, para então compreender de que forma se estabelece e se consolida o direito de ação nas Cortes internacionais.

Pela ótica do direito internacional e pelas normas de *ius cogens*, existem direitos fundantes que se sobrelevam a qualquer espécie de relativismo e que por isso mesmo são pertencentes ao que se pode denominar comunidade de valores. É nesse sentido que o direito de ação, ao final do presente artigo, será abordado enquanto direito instrumental garantidor da existência desse núcleo mínimo de direitos fundamentais pertencentes a toda humanidade.

Para cumprir os objetivos propostos, será utilizado como meio de investigação da pesquisa o método de procedimento histórico, tendo em vista a

necessidade de analisar o direito de ação sob seu aspecto evolutivo, bem como o método de procedimento monográfico, centrado no próprio direito fundamental processual de ação.

Por fim, como método de abordagem, utilizar-se-á o método dedutivo, partindo-se dos aspectos gerais do direito de ação até se chegar ao regramento específico de institutos que dele são decorrentes.

1 O DIREITO DE AÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL E SUA FUNÇÃO PROTETIVA

Sob a ótica de sua função protética, o direito de ação no Estado constitucional pode ser avaliado do ponto de vista da necessária garantia à democracia participativa, assim como a partir da concepção de que o direito de ação é um direito fundamental na ordem jurídica constitucional e processual brasileira.

1.1 A concepção de função protetiva dos direitos fundamentais e garantidora da democracia participativa

No contexto do Estado liberal, se por um lado era declarado o direito de ação, esse era totalmente indiferente às necessidades sociais, não sendo compreendido como um direito cuja efetividade fosse imprescindível para a proteção de todos os outros direitos, como hoje se compreende. Nesse sentido, o direito de ação resumia-se a um mero direito formal de propor uma ação, não havendo separação entre o direito material e o direito processual, já que o Estado em nada tinha envolvimento. Decorrência disso era que a ação se exercia contra o réu e não contra o Estado.

Todas essas assertivas são uma decorrência da ênfase dada pelo Estado liberal aos direitos de liberdade, em detrimento à garantia da igualdade. Os direitos fundamentais eram vistos apenas como prerrogativas titularizadas pelo indivíduo e, por consequência, a ação era mero exercício desse direito de liberdade. Se a desigualdade não era uma preocupação do Estado, estaria em juízo apenas quem pudesse suportar os custos de uma demanda e tivesse discernimento para tal. Por isso o Estado limitava-se a declarar o direito de ação, sem anexar a ele nenhuma garantia de exercício.

Quando se começa a construir a ideia de autonomia da ação e da existência de um direito de ação contra o Estado, a partir de meados do século XIX, essa autonomia se edifica timidamente, sem se aventar para a concepção segundo a qual dos direitos fundamentais decorrem direitos a prestações.

Com o advento gradativo do Estado social, o direito à liberdade, como direito isolado dos demais, passa a ser visto como mero privilégio daqueles membros da sociedade empoderados pela riqueza econômica, identificados com a classe burguesa.

A desigualdade acirrada, produto do exercício do direito de liberdade sem garantias, trouxe consigo a necessidade de criação de aparatos estatais asseguradores da real possibilidade fática do exercício dos direitos então declarados.

Em relação ao direito de ação, surgem mecanismos de sua sustentação, tais como o direito de acesso à justiça. Cuida-se de concretizar a efetividade do direito de ação, sob pena de seu conteúdo ser esvaziado ou resumido a uma mera declaração pública, já que os direitos previstos nas constituições só seriam concretizados se garantido real acesso à justiça, elo entre o processo civil e a justiça social.

No Estado social, começa-se a tecer o conceito de instrumentalidade do direito de ação, uma vez que a existência de um direito sem a correspondente garantia de sua tutela consistiria na própria inefetividade do direito. Problemas como o custo do processo e a repercussão do tempo sobre a proteção do direito material são temas que passam a ser objeto de tutela, mediante a criação de mecanismos como a assistência jurídica gratuita.

É também nesse contexto que eclodem novos direitos fundamentais, especialmente após o segundo pós-guerra, em que muitas das Constituições ocidentais passaram a conter exigências em relação ao Estado não só de um não fazer, ou de não violar direitos, mas principalmente de criar prestações positivas, inaugurando uma nova fase de proteção dos direitos fundamentais, a serem garantidos pelo pleno exercício do direito de ação.

O Estado constitucional pressupõe o caráter normativo das Constituições, em um plano jurídico superior, com normas constitucionais vinculantes, em especial no que tange à oponibilidade dos direitos fundamentais frente a todos os poderes do Estado (FREIRE, 1997). Esse Estado constitucional é produto da constitucionalização dos direitos fundamentais, acompanhada de outros aparatos como a criação de um sistema de garantias institucionais e procedimentais (SARLET, 2009).

Por isso é que no quadro evolutivo do modelo de Estado constitucional, o direito de ação passa a ser entendido a partir de um conteúdo finalístico, como direito processual fundamental hábil a assegurar a efetividade dos direitos materiais também previstos pelas Constituições.

A partir da premissa de que ao Estado não incumbe apenas declarar direitos ou mesmo limitar-se a impedir a sua violação, o direito de ação também se presta à finalidade de servir como mecanismo de satisfação de um novo direito, relacionado às prerrogativas dos destinatários da ordem constitucional às prestações sociais, protetivas e viabilizadoras da participação no poder e na organização social.

Esses direitos a prestações decorrem justamente do dever do Estado de criar pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos, cuja exigibilidade é assegurada mediante o exercício do direito de ação.

Se por um lado esse dever de proteger direitos fundamentais estende-se ao Estado em seu conjunto, compreendendo o dever do Poder Legislativo de editar normas protetivas e a obrigação do Poder Executivo de fiscalizar sua aplicação e propiciar os pressupostos fáticos de seu cumprimento, por outro lado é por meio do

direito de ação que se assegura maior efetividade à sua observância, na medida em que, por meio de prestações jurisdicionais, incumbe ao Estado-juiz o dever de cumprir uma norma de proteção, ou mesmo de suprir a omissão quanto à existência dessas obrigações que originariamente seriam do legislador ou do administrador.

Nessa perspectiva, mesmo com todos os aspectos negativos decorrentes da judicialização de políticas públicas, por outro lado se trata também de uma forma de participação do cidadão na administração do poder.

Também as diversas modalidades de representações e a ampliação da legitimação ativa para a propositura dessas ações, como a representação de grupos para a proteção jurisdicional de direitos transindividuais, difusos e coletivos, são instrumentos de ampliação da democracia participativa por meio do exercício do direito fundamental processual de ação.

São formas, embora não as únicas, de equilibrar o produto da sociedade industrial, por Jürgen Habermas chamado de *democracia de massa*, segundo quem a autodeterminação democrática só se concretiza se o povo do Estado se transforma em nação de cidadãos do Estado que toma o seu destino político em suas próprias mãos. É o que Habermas denomina *patriotismo constitucional*, oportunidade em que afirma que um dos pontos fortes do Estado constitucional é justamente poder fechar as brechas da integração social com base na participação política dos cidadãos, assimilando modelos de comportamento da coletividade, tal como se dá na ampliação da legitimidade ativa de grupos e de organizações não governamentais que, não raro, exercitam seus direitos por meio do exercício da ação (HABERMAS, 2000).

Com isso se consolida uma nova conformação para o processo civil, outrora ocupado somente da reparação de ilícitos já consumados, e atualmente preocupado em proteger bens fundamentais à manutenção da própria ordem constitucional, o que lhe permite imiscuir-se em searas como a própria supressão de omissões de normas de proteção.

A fim de cumprir com essa nova conformação do processo civil e, por consequência, do próprio direito de ação, a ele deve ser assegurado um conteúdo mínimo, com vistas à consecução de seu fundamento teleológico, que é justamente a proteção dos direitos fundamentais. Para uma melhor análise do direito de ação como um direito fundamental protetivo, necessário antes discorrer sobre a nova conformação do direito de ação no direito brasileiro.

1.2 O direito de ação como direito fundamental na nova ordem jurídica processual brasileira

Analisando-se o desenvolvimento do conceito de ação, verifica-se que o mesmo foi fruto de uma evolução propulsionada pela doutrina, ao lado de um contexto evolutivo da própria concepção de Estado. Não há aqui a pretensão de discorrer sobre toda a evolução das teorias que se ocuparam de discernir o direito de

ação, porquanto a finalidade é a de perquirir como se conforma esse direito na nova ordem jurídica brasileira.

Há muito deixou o direito de ação de se confundir com o direito material, herança da concepção romana em que o direito de ação era visto como um direito nascido da lesão de um direito material, consistindo justamente em uma transformação do direito material ao ser lesado, ideia que muito bem se associa ao período do Estado liberal que conjuga o direito de ação com um direito constitucional garantidor do acesso de todos ao Poder Judiciário, mas que não se confundiria com o direito de agir.

Com alguns temperamentos, essa foi a teoria adotada pelo direito brasileiro, no Código de Processo Civil de 1973, cujo artigo 267, inciso VI, elencava como condições da ação: (1) a legitimidade das partes, consistente na relação de identificação entre autor e réu com o direito material em litígio; (2) o interesse processual, ou a necessidade da jurisdição para proteção do direito, conjugada com a escolha do modelo procedimental apto; e (3) a possibilidade jurídica do pedido, que deve ser viável e não expressamente proibido pela lei.

Por seu turno, o Código de Processo Civil de 2015 deixou de mencionar a expressão *condição da ação*, reportando-se apenas, no seu artigo 485, às hipóteses de legitimidade e de interesse processual, cuja ausência pode levar à extinção do processo.

De qualquer sorte, se analisada a evolução das teorias da ação sob o ponto de vista doutrinário até o conceito atual adotado pela maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais, essa transformação foi em última análise impulsionada pelo próprio desenvolvimento da concepção de Estado, culminando em uma nova conformação para o processo civil, cuja evolução se estende desde o Estado liberal até o momento em que hoje se encontra e que, por todas as suas características, consubstancia o denominado Estado Constitucional.

1.3 O fundamento teleológico do direito à tutela jurisdicional, o direito ao processo justo e o conteúdo mínimo de direitos fundamentais processuais na ordem interna

O Estado Constitucional tomou para si o dever de proteger uma larga escala de direitos e, acima de tudo, dos direitos fundamentais, o que faz primeiramente por meio da edição de normas que proíbem condutas lesivas a bens jurídicos, objetivando evitar danos.

Sob esse aspecto, o Estado assume o dever de editar essas normas protetivas, mas que restam esvaziadas se não acompanhadas da respectiva edição de regras procedimentais para atuação efetiva do dever de proteção. Dessa dualidade de obrigações estatais, ao mesmo tempo complementares, advêm as normas de proteção de direito material, de um lado, e as normas de proteção de direito processual, de outro. Ao Estado incumbe, portanto, assegurar direitos materiais fundamentais e direitos processuais fundamentais, sendo esses instrumentais em relação àqueles.

Um dos fundamentos teleológicos da própria existência do Estado é justamente assegurar a edição de normas materiais protetivas, aliadas às respectivas normas processuais, além de aparatos fiscalizadores e punitivos que imponham a observância dessas normas. Esse é o papel imposto ao Estado-Legislador e ao Estado-Administrador.

Sendo, no entanto, insuficiente a proteção do Poder Legislativo e do Poder Executivo em relação ao rol de direitos assegurados pelas constituições, especialmente quanto aos direitos fundamentais, quer porque as normas necessárias não são editadas, quer porque o dever fiscalizador ou punitivo é insuficiente ou ineficaz, quer porque os direitos são violados apesar da atuação do estatal, decorre dessa circunstância a atuação do Poder Judiciário, no que tange à obrigação imposta ao Estado-Juiz quanto à supressão da omissão de proteção legislativa ou administrativa.

Esse o fundamento teleológico do direito de ação, consistente na prerrogativa de proteção dos direitos (fundamentais ou não) por parte do Estado, com o fito de evitar violação da norma criada pelo Estado constitucional, ora para eliminar os efeitos concretos do ato de violação, ora para remediar a omissão de proteção do legislador, obrigando a que o Estado-Juiz edite a norma inexistente.

No intuito de cumprir sua essência finalística, a ação deve se estruturar sobre um conjunto de técnicas processuais voltadas à efetiva e tempestiva proteção desses direitos, sob pena de sua inefetividade e da remanescência dos direitos materiais ao plano declaratório.

O direito de ação passa a ser visto como direito fundamental (processual), porquanto permite a tutela dos direitos de liberdade ameaçados ou lesados pelo Estado (permitindo-se impetração do Mandado de Segurança), a realização dos direitos fundamentais sociais, a satisfação dos direitos fundamentais de proteção, como ocorre com a tutela dos direitos do consumidor, além de servir como canal de participação do cidadão no poder, pelo ajuizamento da ação popular ou de outras espécies de ações.

Esse o fundamento teleológico do direito de ação, utilizado para satisfazer um fim e garantir efetividade aos direitos fundamentais materiais, quando violados ou mesmo quando simplesmente ameaçados de lesão. Pode-se dizer por isso que o direito de ação se encontra no rol dos direitos fundamentais, já que dele muitas vezes dependem os direitos fundamentais materiais no que tange à eficácia. Além disso, se o direito de ação decorre da proibição da tutela privada e se o Estado detém o monopólio da solução de conflitos e da tutela dos direitos (com raras exceções, como na hipótese de legítima defesa), daí decorre que assegurar o exercício do direito de ação transmuda-se em dever do Estado.

De todas essas decorrências surgem intrincadas relações entre os direitos fundamentais materiais e os direitos fundamentais processuais. Se por um lado os direitos fundamentais materiais incidem sobre o legislador (por dependerem de proteção normativa), sobre o administrador (que deve atuar na implementação, fiscalização e aplicação de punições no caso de inobservância) e sobre a jurisdição (com atuação específica da norma não observada ou para suprir omissão do

legislador), por outro lado os direitos fundamentais processuais vinculam a forma como o Estado deve proceder para viabilizar a efetividade da proteção dos direitos, regulando a relação entre o Estado e o particular.

O direito fundamental processual de ação, portanto, obriga o Estado a prestar a tutela jurisdicional, de maneira adequada, ao mesmo tempo em que depende do legislador, obrigando-o a traçar técnicas processuais diferentes para cada caso concreto, tais como as técnicas de antecipação de tutela, a previsão de meios executivos diferenciados, a criação de Juizados Especiais, todas hábeis a propiciar o julgamento do pedido de forma efetiva e capazes de atender as necessidades do caso concreto. Por isso é que ao criar deveres ao legislador, o direito fundamental de ação não se volta somente ao Estado-juiz, mas ao Estado em sua integralidade, ao menos no plano do direito interno.

Não obstante, garantir o pleno exercício do direito de ação tem como contrapartida a criação de um dever também em relação ao juiz, de forma ainda mais ampla, porquanto possui a obrigação de prestar a tutela jurisdicional adequada. Nesse sentido, nem mesmo a omissão de lei autoriza a omissão do juiz, à medida que deve suprir omissão legislativa para exercer sua função de maneira adequada.

Para que esse direito fundamental de ação possa ser plenamente satisfeito, o seu exercício possui corolários, de forma a que seja alcançado verdadeiramente o seu conteúdo teleológico. É o que se pode denominar direito ao processo justo, ou conteúdo mínimo do direito de ação. Nesse sentido, não basta garantir o direito de ação. Para que a ação possa cumprir efetivamente seu conteúdo teleológico de tutela dos direitos, ela deve ter atributos que lhe conferem uma maior extensão.

Trata-se do *direito fundamental ao processo justo*, outrora denominado devido processo legal, previsto nas principais constituições ocidentais e em tratados internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, o Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos contida no Pacto de San Jose da Costa Rica (SARLET *et al.*, 2013), formando um corpo normativo que se pode chamar de *ius commune* em matéria processual.

O direito ao processo justo, que tem por objetivo assegurar a produção de uma decisão justa, configura-se como meio de exercer a pretensão à tutela jurídica e tem a justiça processual como condição de legitimidade. Essa legitimidade somente se configura quando o processo é contido de um *núcleo forte ineliminável*, ou um *conteúdo mínimo essencial*, ou *perfil mínimo* (SARLET *et al.*, 2013).

Esse conteúdo mínimo do processo, que garante a justiça processual, depende da presença de elementos como a colaboração do juiz, a tutela jurisdicional adequada e efetiva, a igualdade e paridade de armas, além de contraditório, ampla defesa, direito à prova, respeito aos princípios do juiz natural e da motivação das decisões, utilização de publicidade no procedimento, com duração razoável, assistência jurídica integral e formação de coisa julgada.

São elementos do perfil mínimo que permitem aferir a justa estruturação do processo, funcionando como verdadeiros meios de controle da justiça processual, que obrigam o Estado a promover.

O direito ao processo justo e o conteúdo mínimo do direito fundamental processual compreendem o direito de acesso à justiça, em sua maior amplitude configurada pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, na prescindibilidade de condicionamento da apreciação do pedido pela prévia petição em instância administrativa, bem como na garantia constitucional de assistência jurídica integral a ser prestada pelo Estado (SARLET *et al.*, 2013).

Compreende também a necessidade de previsão de procedimentos adequados, que garantam efetividade à tutela dos direitos materiais, sejam ou não direitos fundamentais, efetividade essa que deve se estender desde o direito ao julgamento até a garantia de uma execução efetiva. Compreende-se aqui a previsão pelo legislador de técnicas processuais adequadas à efetividade da preservação do direito material violado, a qual depende da capacidade do procedimento para atender ao direito material. Por isso a necessidade de previsão de procedimentos diversos, compatíveis com a tutela dos diferentes direitos.

A ideia de ação única era apenas reflexo dos valores do Estado liberal, que se preocupava unicamente com a previsão de ressarcimento em pecúnia, contexto em que o juiz se limitava a declarar a (in)existência de um direito, o que hoje iria de encontro aos princípios do Estado constitucional que, antes, tem por finalidade preservar a não violação dos direitos. Daí a necessidade de adequação da ação para viabilizar a obtenção de várias tutelas específicas. Essa efetividade também compreende o direito à duração razoável do processo e de previsão dos meios que garantem sua celeridade (SARLET *et al.*, 2013), porquanto a demora repercute sobre a efetividade da ação.

A nova conformação do processo civil, em consonância com os valores do Estado constitucional, determina que o processo não pode existir sem compromisso com a realidade social, motivo porque deve ser dotado de requisitos mínimos, ou de um conjunto de características hábeis a garantir a efetividade desses direitos, pois do contrário o processo seria incapaz de atender as novas realidades sociais.

Essa nova conformação é produto do Estado constitucional e transpassa sua própria existência, refletindo-se também na ordem jurídica internacional, que, assim como no campo dos Estados nacionais, possui um conjunto de direitos a serem protegidos, assegurados com o auxílio das Cortes supranacionais, de caráter regional ou internacional, em que também se manifesta o direito de ação.

2 O DIREITO DE AÇÃO EM UMA ORDEM JURÍDICA COSMOPOLITA

2.1 A evolução da concepção de jurisdição supranacional e dos sujeitos de Direito Internacional

Se comparada com a jurisdição edificada pelos Estados nacionais, a jurisdição supranacional é bastante recente, já que surgida com a experiência de Cortes regionais ou internacionais nascidas de forma extremamente heterogênea.

Especialmente ao longo do século XX, o direito internacional conheceu um desenvolvimento sem precedentes, culminando com a multiplicação de jurisdições posicionadas acima dos Estados, provocando o nascimento do que se pode chamar *ordem jurídica mundial*, contextualizada em uma era de transição do modelo de soberania para um modelo universalista, em que subsiste a coexistência das jurisdições internas e das jurisdições supranacionais, que já não podem funcionar de maneira isolada, dada a diversidade de temas a que são submetidas.

Pois essa concepção de jurisdição supranacional desponta exatamente da necessidade de regular a relação entre os povos e entre os Estados, em busca da solução pacífica de controvérsias e da preservação de direitos fundamentais mínimos que muitas vezes não são observados na ordem interna. O fortalecimento das jurisdições supranacionais decorre também do próprio reconhecimento por parte desses Estados acerca da necessidade de limitarem sua força em nome do equilíbrio da ordem internacional.

Se por um lado as jurisdições nacionais são ainda hoje fulcradas no paradigma inaugurado pela Paz de Vestfália, que fundou a era das codificações, contexto em que os Estados nacionais passaram a ser os protagonistas únicos do exercício da jurisdição, amparada no conceito de soberania, que tem como um dos corolários a ideia de que ao Estado são afetos todos os fatos ocorridos dentro de seus limites internos, por outro lado a emergência de temas que superam essas limitações impulsionaram o surgimento e o crescimento das Cortes supranacionais.

Essa necessidade de abandonar o modelo único de jurisdição nacional adveio principalmente de demandas como a imperiosa construção da paz e da justiça e a proteção dos direitos pertencentes a uma comunidade internacional de valores, no intuito de alicerçar um mundo civilizado e fortalecer o império da lei, passando pela construção de uma sociedade mundial e do que aqui se denomina ordem jurídica cosmopolita, cujos membros devem ser capazes de determinar a aproximação dos Estados e dos indivíduos de diferentes nacionalidades, no intuito de aperfeiçoarem suas relações.

O fim do século XVIII e início do século XIX foram marcados por um período de intensas guerras, de delimitação de territórios, culminando com o Congresso de Viena (1814-1815), que pode ser considerado como um primeiro marco na tentativa de criação de um meio de solução de controvérsias na ordem internacional. Posteriormente, com o fim da Guerra da Crimeia (1853-1856), as

Conferências de Paz de Haia de 1899 e 1907 reorganizaram o poder na Europa, fortalecendo as relações internacionais inclusive com os países americanos, que já se encontravam em estágio avançado de relacionamento interestatal,¹ destacando-se também o fim da primeira Guerra Mundial e a criação da Liga das Nações em 1919 e de sua Corte Permanente de Justiça, em 1922, que sofreu grande enfraquecimento com a eclosão da segunda Guerra Mundial, culminando com sua extinção formal em 1946 (MENEZES, 2013).

O fim da segunda Grande Guerra ocasionou um ambiente propício para a frutificação da justiça internacional, com o advento das Nações Unidas, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e com a globalização econômica, fazendo surgir os mais diversos sistemas de solução de controvérsias internacionais, dentre os quais se inclui concorrentemente o papel das Cortes supranacionais, paralelo a outros mecanismos como a mediação, a via diplomática e as organizações internacionais.

Os vários conflitos internacionais que ocorreram até meados do século XX e especialmente as graves violações de direitos humanos cometidas tornaram imperativa a necessidade de se jurisdicionarizar o direito internacional, culminando com a multiplicação de instâncias decisórias em âmbitos regional e internacional, engendrando-se um contexto de adição às jurisdições nacionais, e não de concorrência em relação a elas, como explicitado por Antônio Augusto Cançado Trindade:²

A multiplicação de tribunais internacionais é, desse modo, um fenômeno alentador, ao prover foros adicionais de acesso à justiça e a realização da mesma, também, em nível internacional. Dever-se-ia centrar a atenção neste saudável desenvolvimento substancial, que é reflexo da expansão da aplicação do direito internacional em geral e da solução judicial em particular, em lugar de tentar – como alguns doutrinadores estão tentando fazer – criar um “problema” artificial a partir da preocupação tradicional com a delimitação de competências. As questões pleiteadas pela coexistência dos tribunais internacionais podem ser adequadamente examinadas através do diálogo entre os juízes internacionais e não a partir de autoafirmações infantis de uma suposta primazia (de um tribunal sobre os demais).

Assim é que o nascimento e desenvolvimento das jurisdições supranacionais veio a somar-se à função de solução de conflitos, em matérias específicas, muitas vezes não resolvidos pelas jurisdições nacionais. Muito embora inexista na seara internacional um quadro sistêmico em matéria jurídico-normativa, as Cortes internacionais podem ser divididas em (1) mecanismos jurídicos universais

¹ Pode ser apontada como primeiro exemplo de jurisdição internacional a Corte de Justiça Centro-Americana, criada em 1907 e extinta em 1918, formada por Estados Unidos da América, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e Nicarágua.

² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C n. 118. Voto Razonado Antônio Augusto Cançado Trindade. §§ 42-45.

gerais,³ (2) mecanismos jurídicos especializados,⁴ (3) tribunais especializados universais⁵ e (4) Tribunais *Ad Hoc*.⁶

Em muitas dessas Cortes, o direito de ação é exercido pelo Estado, o que varia em razão das diferentes competências *ratione materiae*.⁷ Há Cortes, porém, em que se faz bastante presente o exercício da ação por parte dos nacionais de determinado Estado, com capacidade para postular a análise e a reparação de um direito próprio em face de um Estado.

Essa evolução se tornou possível na medida em que no âmbito do direito internacional se passou a entender que o indivíduo era sujeito de direito internacional, o que só ocorreu após o fim da II Guerra Mundial, com os julgamentos (em matéria penal), por duas Cortes Internacionais,⁸ dos acusados de praticarem crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade.

Ao mesmo tempo em que Nuremberg superou paradigmas, como o rompimento do elo que ligava o indivíduo ao seu Estado nacional e impedia a sua responsabilização internacional, foi a partir dessa concepção que se sedimentou a possibilidade do exercício da ação por esses indivíduos, porquanto somente a partir de então passaram a ser considerados sujeitos de direito internacional, já que as relações internacionais travadas sob a ótica do modelo vestfaliano deixava, até então, a cargo exclusivamente dos Estados o trato das relações em nível supranacional.

É justamente dessa concepção que se pode entender por nascido o direito de ação nas Cortes Internacionais, enquanto direito instrumental capaz de assegurar e garantir efetividade aos direitos materiais pertencentes aos indivíduos, especialmente em matéria de direitos humanos assegurados por tratados internacionais.

³ Corte Permanente de Arbitragem e Corte Internacional de Justiça.

⁴ Incluídos aqui os Tribunais Especializados Regionais: Tribunal de Justiça da União Europeia, Tribunal Andino, Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, Órgão de Solução de Controvérsias do NAFTA, Corte Europeia de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, Corte Centro-americana de Justiça e Corte de Justiça do Caribe.

⁵ Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, Centro Internacional para a Solução de Disputas sobre Investimentos, Tribunal Internacional do Direito do Mar e Tribunal Penal Internacional.

⁶ Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Corte Especial para Serra Leoa e Tribunal Especial para o Líbano.

⁷ Nas Jurisdições Penais Internacionais não se fala em direito de ação por parte dos indivíduos, ou mesmo em Cortes como o Tribunal de Justiça da União Europeia, que tem competência para resolver controvérsias entre os Estados.

⁸ O Tribunal Internacional de Nuremberg e o Tribunal Internacional de Tóquio.

2.2 O direito (instrumental) de ação nas Cortes Internacionais

Na comunidade internacional atual há diversas experiências de Cortes Internacionais que asseguram o exercício do direito de ação aos sujeitos individualmente considerados.⁹

A Corte Europeia de Direitos Humanos, criada em 1959, expoente do desenvolvimento da teoria do Direito Internacional dos Direitos Humanos na Europa e nascida da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos, assinada em Roma em 1950, tem por competência zelar pela observância dos direitos previstos na própria convenção, cabendo não somente aos Estados, mas também aos indivíduos postularem perante seus juízes, o que lhe torna um avançado mecanismo jurisdicional por ser acessível aos cidadãos (RENUCCI, 2005).

No contexto das Américas, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1948, semeou um terreno favorável para a posterior assinatura da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos – conhecida como Pacto de São José da Costa Rica – de 1969, que criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com competência para receber ações de pessoas físicas ou jurídicas em relação a violações de direitos ocorridas no âmbito dos Estados nacionais, mediante própria apresentação de denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CANÇADO TRINDADE, 2003).

Embora limitado, existe também previsão de direito de ação pelos indivíduos junto à Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, que poderão ajuizar demandas desde que autorizados previamente pelos Estados envolvidos na lide, centrando-se a capacidade postulatória na Comissão Africana, nos Estados membros do seu protocolo de criação e nas organizações africanas intergovernamentais. A Corte possui competência consultiva e contenciosa, buscando primeiramente uma solução amistosa entre as partes (PIOVESAN, 2006).

A Corte de Justiça do Caribe também admite a apresentação de petições por indivíduos, muito embora restrita a pedidos de interpretação e de aplicação do Tratado Constitutivo da Comunidade do Caribe (*Caribbean Community – Caricom*).¹⁰

O Tribunal Internacional do Direito do Mar, criado pela Convenção de Montego Bay, em 1982, com sede em Hamburgo na Alemanha, que tem por competência a aplicação de matérias previstas na própria convenção e a outros acordos multilaterais sobre Direito do Mar, tais como a liberação de embarcações, pode ser acessível tanto por Estados quanto por pessoas jurídicas de direito privado e pessoas naturais (RIMABOSCHI, 2006).

⁹ Não é o caso, por exemplo, da Corte Internacional de Justiça, acessível unicamente a Estados. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). Disponível em: <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

¹⁰ CARIBBEAN COURT OF JUSTICE. Disponível em: <<http://www.caribbeancourtofjustice.org>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

Em todas as Cortes referidas, é possível visualizar a possibilidade de exercício do direito de ação pelos indivíduos, enquanto direito instrumental de garantia à efetividade dos direitos materiais previstos em tratados internacionais, razão pela qual o exercício do direito de ação é aqui também visto como direito fundamental processual, prerrogativa que se estende desde o direito interno até o direito internacional.

2.3 A inserção do direito de ação em uma comunidade internacional de valores

Por se tratar de direito inalienável, sem o qual a efetividade dos demais direitos não se opera, pode o direito de ação ser inserido no que hoje se denomina comunidade internacional de valores. Essa comunidade internacional de valores constitui-se num núcleo mínimo de prerrogativas que pertencem a toda a humanidade, e sem a qual inexistente qualquer espécie de ordem jurídica e respeito aos direitos mínimos.

Trata-se de valores que se encontram no seio da comunidade humana mundial, que começa a emergir, mediante a interseção de comunidades nacionais, infranacionais e regionais e da comunidade dos Estados, resultantes de dinâmicas complexas, em que os princípios e regras especialmente de direito humanitário refletem considerações elementares de humanidade largamente reconhecidas como o mínimo obrigatório para a conduta de conflitos e violações (DELMAS-MARTY, 2007).

Refere-se a um direito que não se identifica unicamente com uma determinada nação, mas que por possuir uma tal dimensão ética, relaciona-se com valores comuns que humanizam essas comunidades humanas em uma escala mundial, encontrando-se acima dos relativismos culturais e que por serem tão elementares e mínimos podem ser universalizados. Impõe-se aqui uma distinção, à medida em que não se está a referir ao direito interestatal, nascido do direito das gentes, mas sim de um direito universal, de natureza supraestatal, de origem cosmopolita, que revela uma unificação a todas as pessoas:

Une première distinction s'impose en effet entre le droit international de nature interétatique, né de l'ancien *jus gentium* ou droit des gens, et le droit universel, de nature supraétatique, venu du droit cosmopolitique cher à Kant qui désigne ainsi le droit « dans la mesure où il porte sur l'unification possible de tous les peuples, relative à certains lois universelles » (DELMAS-MARTY, 2004).

Nesse patamar pode ser inserido o direito de ação enquanto bem comum, na medida em que a comunidade que não o reconhece perde seu caráter de humanidade e de garantidora de direitos mínimos, razão pela qual o reconhecimento do direito de ação em todas as comunidades humanas o inclui em um núcleo de direito comum.

Essa inserção do direito de ação em uma comunidade internacional de valores obriga a que em todos os âmbitos das Cortes supranacionais em que se

possibilita o exercício do direito de ação pelos indivíduos sejam harmonizadas as regras procedimentais e de garantia no âmbito do processo, de forma a garantir-lhe também um conteúdo mínimo, ou um núcleo mínimo comum também em seara internacional.

A harmonização do processo civil pelos países da União Europeia, por exemplo, torna-se uma necessidade a partir do momento em que as disparidades procedimentais de um país em relação a outro criam uma espécie de concorrência ou um sério entrave em sede jurisdicional, caso em que essa aproximação encontra fundamento nas próprias disposições dos tratados fundadores da União Europeia, bem como naqueles cronologicamente posteriores, mas que reforçaram o sentido de uma comunitarização crescente (CADIET, 2013). O primeiro desses direitos é justamente o direito de acesso a um Tribunal hábil a formar um direito comum:

À la seule évocation du “droit d’accès à un tribunal”, l’attention se tourne irrésistiblement vers la Convention européenne des droits de l’homme et la jurisprudence qui s’est greffée sur elle. À juste titre. C’est, de loin, l’instrument le plus fréquemment invoqué. C’est dans le domaine ainsi couvert que, la multiplicité des applications aidant, la matière a été la plus fouillée. Le même droit apparaît aussi, quoique sous une dénomination différente, en droit constitutionnel et en droit de l’Union. Pour formellement distincts qu’ils soient, les fondements de ces droits sont, en substance, absolument identiques (CADIET, 2013).

Pois o direito de acesso à justiça, não só no quadro da União Europeia, mas acima de tudo de forma universal, comporta o direito de acesso a todo e qualquer tribunal, especialmente às Cortes Internacionais que permitam o direito de ação aos indivíduos, em decorrência de violações a direitos seus, reconhecidos no plano do direito material, também por uma ordem jurídica verdadeiramente cosmopolita, na seara dos tratados internacionais.

Trata-se do direito de acesso às jurisdições internacionais, que por certo ainda possui muitos desafios a serem vencidos até seu amplo reconhecimento, a começar pelo fato de que a justiça internacional se constitui em uma justiça consentida, que se inicia pela própria anuência dos Estados em criarem a jurisdição, pela via das convenções internacionais. Ademais, muitos conflitos, lesões ou ameaças de lesões a direitos podem não encontrar seu lugar nas jurisdições internacionais, em razão de sua competência restrita (GUINCHARD, 2007).

Contudo, ainda que restrito a questões como a limitação de competência, o direito de ação na esfera supranacional também comporta um núcleo mínimo de prerrogativas, capazes de formar um direito comum em matéria processual internacional, haja vista que são exigências inerentes ao exercício do direito de ação perante uma Corte supranacional prerrogativas como a independência e a imparcialidade do juiz e a observância de garantias ao procedimento.

Visto sobre outra ótica, mais precisamente a partir do plano do direito comparado, também no quadro dos Estados nacionais o direito de ação observa, ou pelo menos deve observar esse núcleo mínimo de garantias, hábeis a lhe conferir a

nota de um direito comum em matéria processual, assim denominado de *modèle universel de procès équitable*, posto que “*le droit à un procès équitable, le “due process of law”, ou encore le ‘right to a fair trial’, constituent le critère principal d’un État de droit*” (GUINCHARD, 2007).

Já por essa razão o direito de ação, nele contido um núcleo mínimo de direitos, possui conteúdo universalizável, só por si capaz de inseri-lo em uma comunidade internacional de valores, mesmo que analisado somente pela via dos direitos nacionais comparados entre si.

Todas essas acepções do direito de ação, quer no plano do direito de acesso às Cortes Internacionais pelos indivíduos, quer no plano dos direitos nacionais que devem comportar um núcleo mínimo de garantias, inserem o direito ao processo justo (composto do direito de ação somado às garantias de uma jurisdição equitativa) no plano de uma comunidade de valores enquanto direitos inalienáveis em toda e qualquer sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A par de toda a evolução do conceito do direito de ação a partir do próprio desenvolvimento das concepções e das funções do Estado, desde a época do Estado liberal até a edificação do Estado social, aporta-se a ideia de direito de ação como um dos fundamentos do Estado constitucional, cujo escopo é exatamente assegurar a tutela dos direitos fundamentais.

Paralelamente a essa função dos Estados nacionais, processos de regionalização e internacionalização de alguns direitos, que hoje compõem o direito internacional dos direitos humanos, passaram a tornar superada a ideia de jurisdição nacional como *ultima ratio* da proteção aos indivíduos, sobrepujando o nascimento e o desenvolvimento das jurisdições supranacionais, regidas por uma ordem jurídica de corte cosmopolita.

Desse contexto advêm instâncias complementares de proteção aos direitos materiais, tanto os previstos pela ordem interna quanto os previstos por meios de tratados multilaterais.

Assim é que, se por um lado o Estado tem o dever de tutelar ou proteger os direitos fundamentais através de normas, da atividade administrativa e da jurisdição, daí decorrendo as tutelas normativa, administrativa e jurisdicional dos direitos, de outra parte há direitos que também são tutelados por uma ordem supranacional, em decorrência de sua natureza de direitos mínimos fundamentais ou de prerrogativas advindas do direito internacional dos direitos humanos.

Se a jurisdição tem a função de tutelar esses direitos (fundamentais ou não), garantindo-lhes efetividade, como laços entre o processo e o direito material, essa eficácia se consubstancia tanto nos planos do direito interno quanto no plano do direito internacional.

Sob ambas as óticas, o processo deve se estruturar de maneira tecnicamente capaz de permitir a prestação das formas de tutela prometidas pelo direito material, interno ou internacional, devendo haver entre as tutelas dos direitos e as técnicas processuais uma relação de adequação, de modo a serem capazes de propiciar a efetiva prestação da tutela concebida pelo direito material. Tal só é possível mediante o exercício do direito fundamental processual de ação, que tem como corolários o direito às técnicas processuais adequadas à proteção das várias necessidades do direito material e o direito à construção da ação adequada à tutela do direito material.

Diante de sua importância no contexto da efetividade desses direitos materiais, o direito fundamental processual de ação, com seus corolários e padrões mínimos hábeis a garantir o processo equitativo, insere-se em uma comunidade internacional de valores, quer no que tange ao direito de acesso às Cortes Internacionais, quer no que diz respeito ao direito interno dos Estados, que devem conter normas aptas a propiciar o direito ao processo justo.

Se de um lado os ordenamentos jurídicos nacionais ainda são discrepantes no que tange ao regramento mínimo do direito de ação e se ainda se está distante de um verdadeiro direito comum em matéria processual civil, é possível perceber-se a latência de uma ultrapassagem em direção a um novo paradigma, por via da complementaridade entre as jurisdições nacionais e supranacionais, de forma a reconhecerem o direito de ação como verdadeiro metavalor, com garantias que devem ser reconhecidas em ambos os planos.

Sendo a comunidade internacional de valores um núcleo mínimo de direitos pertencentes a toda a humanidade, contida de sobreprincípios inalienáveis, e sendo o direito de ação a garantia da efetividade de todos os demais direitos, sem o qual esses permaneceriam apenas no plano declaratório, tem-se como decorrência a imperativa inserção do direito de ação como prerrogativa que compõe esse núcleo mínimo de valores, e que deve ser garantido como imperativo de estabilidade do Estado constitucional, no plano do direito interno, e da própria ordem jurídica internacional.

REFERÊNCIAS

CADIET, Loïc *et al.* *Théorie générale du procès*. 2. édition mise à jour. Paris: Presses universitaires de France, 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

CARIBBEAN COURT OF JUSTICE. Disponível em:
<<http://www.caribbeancourtjustice.org>>. Acesso em: 5 ago. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de

noviembre de 2004. Serie C n. 118. Voto Razonado Antonio Augusto Cançado Trindade. §§ 42-45.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004.

_____. *Vers une communauté de valeurs?* Paris: Seuil, 2007.

GUINCHARD, Serge *et al.* *Droit processuel droit commun et droit comparé du procès équitable*. Paris: Dalloz, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *La constelación posnacional*. Trad. Pere Fabra, Daniel Gamper Sachse e Luis Déz. Barcelona: Paidós, 2000.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). Disponível em: <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais*. Jurisdição e Competência. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía em el estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

RENUCCI, Jean-François. *Introduction to the European Convention on Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe, 2005.

RIMABOSCHI, Massimiliano. *L'unification du droit maritime: construction d'un ordre juridique maritime*. Marseille: Press universitaires d'aix_marseille, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Recebido em 25.06.2018

Aceito em 02.08.2018