

# MERCOSUL: DIREITO, JURISDIÇÃO, CIDADANIA E DEMOCRACIA

ANTÔNIO RULLI JÚNIOR

*Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

## INTRODUÇÃO

A EMERJ, através de seu Diretor-Geral, Desembargador Manoel Carpena Amorim, realizou, com grande sucesso, no período de 1 a 4 de dezembro de 1998, a 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana, na Cidade de Petrópolis.

O trabalho tem seus frutos, alcançando objetivos e motivando as demais Escolas da Magistratura para o tema, atravessando as fronteiras e solidificando laços com os nossos Colegas latino-americanos e posso proclamar que já estamos no V Encontro do Mercosul, com cinco Revistas publicadas pelas nossas Associações de Magistrados, o último realizado em agosto de 1999, na Cidade de Porto Seguro, Bahia. Os Encontros tiveram sempre a presença dos colegas dos Países vizinhos: Argentina, Paraguai, Uruguai, Chile, Bolívia e Peru.

Comemoramos os 500 anos de descobrimento do Brasil e estamos na virada do milênio. Os movimentos milenaristas, pouco ou nada têm a ver com data ou marco para a solução dos problemas do homem. O milênio é apenas uma expectativa de travessia e redenção para vencer os obstáculos que são as amarras da sociedade.

É um tempo simbólico de mudanças, *mas que exige fé.*

O Mercosul – Mercado Comum do Sul – é um bloco dentro de um espaço de integração sub-regional, com objetivos econômicos, que se originou em 26 de março de 1991, do Tratado de Assunção, firmado pela República Federativa do Brasil, República Argentina, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai.

É a superação dos limites das fronteiras geográficas, com a criação do nosso espaço de integração, o nosso palco histórico, com condições

para a formação de uma cidadania comum e integrada por um Tribunal Supranacional e um Parlato, não como um desafio de hegemonia ou de dominação, mas como um desafio de cooperação e otimização de recursos por meio de integração comercial, energética e política, com o fortalecimento das instituições democráticas.

Aprendi com o Desembargador Carpena que *é preciso ter fé* e trabalhar duro para a *realização dos nossos sonhos*.

## CONCEITO DE ESPAÇO DE INTEGRAÇÃO NO DIREITO COMUNITÁRIO

É certo que as nações modernas têm interesse na integração, com o livre fluxo de pessoas, mercadorias, capitais e serviços. Em março de 1991 foi assinado o Tratado de Assunção (Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai)<sup>1</sup>.

O Mercosul iniciou-se como simples união aduaneira, com evolução para a formação de um mercado comum e, finalmente, para a criação de uma comunidade.

A viabilização desse novo espaço de integração tem como fundamento o direito comunitário. Um novo direito cujas características o diferenciam do direito internacional clássico e do direito interno dos Estados Membros.<sup>2</sup>

Constitui-se, assim, como um ramo da ciência jurídica e, portanto, como conjunto de normas coercitivas, cuja aplicação produz efeito obrigatório entre os sujeitos partes da relação jurídica criada pelo direito comunitário.

A partir da década de cinquenta, motivados pelo idealismo de Bustamente, tivemos vários projetos, aproveitando o sistema estatutário da Ibero-América, para constituir uma legislação uniforme e que possibilitaria um sistema jurídico simétrico e homogêneo. Ex. o Código Penal Tipo para a América Latina, Código de Processo Tipo, Código Tributário Tipo e, em andamento, o Código do Trabalho Tipo.

---

<sup>1</sup> MAUREN LENI DE ROQUE, Profa. Dra. da Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo, "Tratado de Assunção e Estrutura do Mercosul", in **Revista da Faculdade de Direito da Unifmu**, São Paulo, ano 10, nº16, 1996, co-edição APAMAGIS, pp.171-178.

<sup>2</sup> BONIFACIO RIOS AVALOS, Ministro da Suprema Corte de Justiça do Paraguai e Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nacional do Paraguai e da Universidade Católica de Assunção, "El Comunitarismo y el Mercosur", in **Revista da Faculdade de Direito da Unifmu**, São Paulo, ano 10, nº16, 1996, pp.278-291.

Portanto, o direito comunitário se afasta daqueles conceitos e características das organizações clássicas e daquelas de natureza de estado nacional e de estado federal.<sup>3</sup>

A experiência europeia nos mostra que o direito comunitário, no processo de integração, não poderia resolver validamente os problemas das relações jurídicas entre as diferentes ordens jurídicas, sem abandonar o conceito de soberania nacional indivisível, impondo-se uma concepção dualista, ou seja, a aceitação do exercício conjunto da norma comunitária mediante a transferência de certas competências a uma organização.

Percebe-se ser indispensável a criação de mecanismo que assegure o cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados Membros nos tratados constitutivos.

A integração, na verdade, depende de vontade política dos Estados.

O processo de integração é novo e se diferencia das organizações internacionais onde a preocupação é a coordenação e cooperação.

A limitação voluntária dos direitos soberanos é o fundamento do direito comunitário, derivado de seu caráter e natureza supranacional.

A Constituição da Argentina de 1994 prevê a criação de Órgãos Supraestatais (artigo 75, inciso 24: - *“Aprovar tratados de integração que deleguem competência e jurisdição a organizações supraestatais em condições de reciprocidade e igualdade, que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos. As normas editadas, em consequência, têm hierarquia superior às leis”*), enquanto que a Constituição do Paraguai de 1992, em linguagem mais atual, prevê a criação de Órgãos Supranacionais (artigo 145: - *A ordem jurídica supranacional é um progresso dentro do conceito da solidariedade do homem e da humanidade; é uma forma de estabelecer parâmetros no qual o homem deixa de lado o nacionalismo para se inserir numa ordem internacional em que os direitos humanos sejam reconhecidos como de caráter internacional - “A República do Paraguai, em condições de igualdade com outros Estados, admite uma ordem jurídica supranacional que garanta a vigência dos direitos humanos, da paz, da justiça, da cooperação e do desenvolvimento, no político, econômico, social e cultural”*).

---

<sup>3</sup> MARTHA LUCIA OLIVAR JIMENEZ, Professora do Curso de Mestrado em Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, “La comprensión del Concepto de Derecho Comunitario para una verdadera integración en el cono sur”, **Revista da Faculdade de Direito da Unifmu**, São Paulo, ano 10, nº16, pp.101-147 e FRANCISCO PEDRO JUCÁ, **Possibilidade de um Parlamento Latino-Americano vinculado ao Mercosul**, na mesma **Revista**, pp. 39-92.

O Brasil e o Uruguai não têm esta previsão.

A legitimidade desta nova ordem jurídica se apóia no exercício de competências próprias dos Estados e que são transferidas para órgãos comunitários (Ex. Tribunal de Justiça Supranacional, Parlamento Supranacional, entre outros), abandonando-se, assim, o conceito de soberania nacional indivisível.

Não se trata de uma delegação de exercício de certos poderes, é uma limitação definitiva de certas competências. Esta limitação ganha relevo pelas possibilidades que os órgãos comunitários têm de exarar normas obrigatórias. Estes poderes são exercidos de forma conjunta, de tal maneira que os sujeitos dessa nova ordem jurídica não são os Estados, como no Direito Internacional clássico, senão e também os indivíduos desses Estados que passam a estar estreitamente vinculados ao processo de integração, porque as normas comunitárias os afeta diretamente, sem a necessidade da intervenção das autoridades estatais.

Entendo que para expressar essa tendência expansionista, tanto no plano quantitativo, quanto no qualitativo do serviço jurisdicional (sentido horizontal e sentido vertical), separando o conceito da universalidade da jurisdição, no âmbito do direito internacional e no âmbito do direito constitucional, que indica a soberania interna absoluta do Estado Nacional Brasileiro, como entrave para a criação do Órgão Supranacional no Mercosul, e, assim, falta de vontade política para se criar o direito comunitário.

Há uma certa resistência em se formar no Mercosul um direito comunitário e os órgãos desse novo espaço de integração. Não devemos nos esquecer que o Tratado de Assunção criou em 1991 uma zona de livre comércio, uma união aduaneira, havendo necessidade de se ajustar a legislação dos países formadores para as matérias comuns, como interesses difusos (meio ambiente e consumidor), direito de concorrência, direito do trabalho, direito previdenciário, direito tributário e outros ramos do direito que afetarão o ordenamento jurídico dos países que integram o Mercosul e os outros que já demonstraram a intenção de integrar o cone sul (Chile, Bolívia, Peru). Há sugestão para a criação de órgão comunitário em matéria jurisdicional e já tivemos, anteriormente, a experiência do Pacto Andino, criando um Tribunal Supranacional<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> VICENTE MAROTTA RANGEL, "Solução Pacífica de Controvérsias no Mercosul: Estudo Preliminar", *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, 1998, edição especial, pp.102-126.

A tendência hoje no Mercosul é a harmonização da legislação dos Estados Membros. Ex., meio ambiente e consumidor.

No Brasil os tratados internacionais devem se ajustar às leis internas, como acontece com o Pacto de San José da Costa Rica<sup>5</sup>, porque temos o princípio da universalidade da jurisdição, de tal sorte que o nosso sistema é de soberania interna absoluta em matéria jurisdicional. Precisaríamos ceder parte de nossa competência para a criação de órgãos comunitários, modificando o inciso XXXV, do artigo 5º, da CF. O Brasil adota política de integração latino-americana (CF, artigo 4º, parágrafo único).

Na Europa não foi fácil a criação do direito comunitário, evolução que demandou muito tempo, tendo início com a Comunidade do Carvão e do Aço, em 1938, culminando com o Tratado de Roma, em 1950. Na França se debateu a questão da *salvaguarda da soberania nacional*, na Alemanha a *proteção dos Direitos Fundamentais* e na Itália se discutiu a *proteção da inalienabilidade e das competências comunitárias*.

No Mercosul o processo em evolução mostra que as dificuldades a serem superadas não são da mesma ordem da Comunidade Européia e, em termos de tempo, temos a nosso favor a proximidade dos sistemas jurídicos de natureza de direito estatutário, ao lado dos grandes juristas que sempre existiram em nosso meio.

As superações dos problemas de ordem econômica ajudarão em muito na criação do direito comunitário entre nós, ao lado da vontade política.

A integração se baseia na *solidariedade* entre os Estados Membros e no conceito de supranacionalidade.

## NATUREZA E CARACTERÍSTICA DO DIREITO COMUNITÁRIO

Ao considerar a natureza do direito comunitário, devemos distinguir a extensão de sua atuação e questionar inquietações. Quais as áreas de atuação das normas jurídicas comunitárias? Quais os sujeitos do direito comunitário? Qual a natureza da relação jurídica comunitária? Qual o órgão de aplicação do direito comunitário?

Estes aspectos são importantes ao se analisar o significado de jurisdição e competência, porque esta nova circunstância, se por um lado representa uma restrição à soberania, no seu sentido clássico, por outro lado, representa

---

<sup>5</sup> ANTONIO CARLOS VIANA SANTOS, "Tribunal de Justiça Supranacional do Mercosul", *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, 1998, pp.195-207 e *in* Revista da Anamatra, Brasília, DF, fev/mar. 1997.

a soberania que se completa, se amplia, se potencializa diante da existência da comunidade, dando oportunidade à formação de uma cidadania comum.

Os Estados, como entidades jurídicas, com personalidade internacional, continuam exercendo um poder jurídico dentro de seu território e esta natureza é mantida pelos Estados e ao mesmo tempo participam com poder de decisão, dentro da nova ordem jurídica comunitária onde assumem, conjuntamente, responsabilidades que antes não tinham.

O direito comunitário reforça o Estado Democrático de Direito, sendo ramo autônomo, por ter objeto próprio e método próprio, cuja natureza e característica são *a solidariedade e a supranacionalidade*.

O seu objeto e método revelam os princípios:

1. *Legalidade*: decorre da lei a criação e organização dos órgãos comunitários, as funções e a outorga aos agentes da interpretação e aplicação das normas.

2. *Igualdade*: a igualdade entre os Estados é indispensável, evitando-se discriminação ou privilégio, com igual reciprocidade de direitos e obrigações.

3. *Solidariedade*: impõe o respeito às leis, buscando-se um equilíbrio entre as vantagens e desvantagens que surgem na comunidade. Impede que uma parte afronte as cargas que surgem e aquelas decorrentes da condição de sócio em relação à comunidade, o que reforça a idéia da jurisdição comunitária.

4. *Reciprocidade*: a integração se faz pela reciprocidade, porque os Estados integrantes reciprocamente delegam competências, observando-se o tratamento igual para os desiguais.

5. *Supremacia*: o direito comunitário deve prevalecer sobre as normas do direito interno e sua eficácia não pode variar de Estado para Estado, não admitindo atos internos que sejam incompatíveis com as normas comunitárias.

6. *Operatividade*: as normas comunitárias devem ser incorporadas de forma automática e obrigatória à ordem interna de cada Estado e não podem deixar de ser aplicadas em razão do direito constitucional. Os Juízes Nacionais devem aplicá-las, sem prejuízo da competência dos órgãos de julgamento da Comunidade.

7. *Direitos Humanos*: o respeito aos direitos humanos é fundamental e a sua proteção deve ser integral (CF, Art.5º, § 2º).

O nascimento do direito comunitário no Mercosul decorrerá de sua Constituição que tem como fonte geradora, o Tratado de Assunção.

Na verdade, o Tratado de Assunção é mais uma manifestação de propósitos do que propriamente uma Constituição de uma Comunidade. A partir deste Tratado foram assinados protocolos, resoluções e recomendações. Os mais importantes são: o Protocolo de Brasília de 26 de março de 1991, para a solução de controvérsias entre os Estados Partes, estabelecendo procedimento para pôr fim às diferenças entre os Estados do Mercosul, e no caso de particulares a regulamentação se mostra escassa, e o Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994, que é um protocolo adicional ao Tratado de Assunção, tem por objetivo estabelecer o mecanismo de funcionamento do processo de integração, mediante estrutura organizacional da nova entidade, criando os órgãos do Mercosul. O Protocolo de Las Leñas, permitindo caráter executório às Cartas Rogatórias, entre outros.

Estes aspectos trazem como conseqüência a necessidade de *harmonização* da legislação dos Estados Partes, sendo necessário definir a área do direito a ser unificada e uniformizada e o processo como deve ser desenvolvido.

A uniformização é, ainda, uma utopia.

Uma lei uniforme deve corresponder a uma razão de real necessidade, para que os países incorporem em seu ordenamento interno essa uniformidade, não devendo abordar objetos novos e dos quais nem todos tenham a mesma experiência, ou temas polêmicos que impliquem princípios controvertidos.

A última fase para se chegar ao direito comunitário é a unificação de legislação entre os Estados Partes, criando-se um órgão de interpretação jurisdicional (Tribunal de Justiça Supranacional) e um órgão encarregado de legislar (Parlatino).

No Mercosul o mais viável, hoje, é a harmonização da legislação de forma gradativa, nas áreas de interesse comum e de real necessidade: direito do consumidor, ambiental, trabalhista, previdenciário, tributário, comercial, entre outros, aproveitando as experiências anteriores de Códigos Tipos e das Organizações que já existiram entre nós: Alalc, Aladi etc. e os aspectos positivos do sistema estatutário.

#### **VIABILIDADE ATUAL DO ESPAÇO DE INTEGRAÇÃO**

No direito brasileiro a adoção de um sistema de direito comunitário encontra resistência. A aprovação dos tratados segue o mesmo processo no Congresso Nacional para a elaboração das leis e é de todos nós conhecida.

A viabilização do direito comunitário entre nós ainda está distante.

Divide-se a opinião dos juristas: aqueles que entendem que os acordos que têm por base as normas constitucionais são válidos (Hildebrando Accioly, Francisco Rezek, Levi Carneiro) e aqueles que negam essa condição, porque a Constituição impõe a aprovação legislativa a todo acordo internacional em que o Brasil seja parte contratante (Haroldo Valladão, Marotta Rangel, Pontes de Miranda, Afonso Arinos, Themistocles Cavalcanti e Carlos Maximiliano).

O exemplo mais recente diz respeito ao Pacto de São José da Costa Rica (Declaração Americana dos Direitos Humanos), tendo o Supremo Tribunal Federal entendido que o Tratado ratificado pelo Brasil se submete ao direito interno (**Habeas Corpus nº73.151-1, Rio de Janeiro**), no caso de alimentos ou de depositário infiel, *prisão administrativa*, por dívida civil, abolida no referido Tratado e mantida no nosso sistema legislativo interno.

O direito comunitário tem um significado importante no espaço de integração, porque impede a formação de normas somente no nível econômico, abrangendo com mais propriedade o ético, o cultural e o social, com vistas à formação de uma cidadania comum entre os povos do Mercosul.

Até agora, muitos já o disseram e com maior talento do que eu, temos vivido um processo de integração com dois traços fundantes: o empuxo econômico, porque é o comércio internacional que vem fazendo andar o Mercosul, e a gerência intergovernamental do sistema, pois que tudo gira em torno de funcionários dos governos dos Estados membros e a utilização do instrumental jurídico vem sendo aquele do Direito Internacional tradicional ou clássico.

É fato que o que se defende significa e acarreta enfrentar numerosos e complexos problemas, tanto jurídicos, quando mais especialmente políticos, tanto internos como externos. Igualmente o é que o Mercosul tem produzido avanços em velocidade histórica infinitamente maior do que qualquer outra experiência conhecida, do que é exemplo a União Européia, cujos primórdios datam do fim da segunda guerra, portanto, de meados da década de quarenta, e aí vai meio século entre a Comunidade do Carvão e do Aço, e, um pouco menos, do Tratado de Roma até o de Maastricht, enquanto que aqui entre nós, menos de uma década tem sido suficiente para avanços realmente notáveis.

Tanto é assim, e tanto está sendo vitoriosa e estimulante a experiência ibero-americana de “blocagem regional estratégica”, que o Mercado Co-

mum do Sul tem provocado reações vigorosas de outras nações ricas e de economia central, e, seguindo a esta reação, se vem desenvolvendo processo de composição e convivência razoável, mesmo que seja curvando-se àquilo que Bismark chamou de *realpolitik* (a lei do mais forte).

Fora esta *blocagem regional* que vivemos, ocupando este espaço de integração que constituímos, um equívoco de interpretação geopolítica, fadado a perder substância ao longo do tempo, que aconteceu com diversas outras tentativas integracionistas entre nós (Alalc, Aladi, Pacto Andino, entre inúmeras outras), não haveria esta reação forte do primeiro mundo, logo acima do equador e, também do mesmo primeiro mundo, do outro lado do oceano, *a busca pela parceria e cooperação mais intensas e substanciosas*.

O nosso desafio maior, a tarefa que a história nos impõe de agora, é a construção e consolidação do Mercosul, o que a nosso ver significa a sua *institucionalização*, a organização de instituições supranacionais, a elaboração de uma outra órbita jurídica, a comunitária, e de uma outra, a cidadania, a regional, maior do que a nacional e não conflitante com ela.

Eis aí a oportunidade ímpar de protagonizar nossa própria história que nos é oferecida, incumbe-nos aceitar e enfrentar o desafio de vivenciar este rico momento, e produzir o legado de que somos depositários, transmitindo aos pósteros o ideal acalentado desde as nossas origens, integrante indissociável de *nuestra latinidad*, que nos unifica como sociedade, como comunidade de *nuestra América*.

Devo começar a examinar alguns conceitos que são especialmente úteis, necessários até, para a compreensão das propostas que ousarei fazer adiante.

## SOBERANIA

Inicio pelo conceito de soberania que se identifica como a caracterização da natureza do Estado Nacional. O primeiro Estado Nacional a surgir foi a Áustria e o segundo foi Portugal. A soberania se identifica com a *“propriedade do poder ou o poder sobre o poder”*<sup>6</sup>.

Os espaços de integração têm sido idealizados através de bases econômicas, mas é imprescindível que não fiquem fora do social, do jurídico

---

<sup>6</sup> MILTON CAIROLI, “El papel de la justicia en el Mercosur”, *Revista da Faculdade de Direito das F.M.U.*, Série Internacional, São Paulo, 1996, ano 10, nº 16, pp. 219 e seguintes, co-edição APAMAGIS.

e do político<sup>7</sup>, sendo necessária uma regionalização fundada em marco de maior amplitude do que as nossas próprias fronteiras.

Soberania é sinônimo de Estado Nacional e dentro do contexto de integração apresenta suas limitações, necessitando de um direito harmonizador da realidade do Mercosul, ou seja de um Direito Comunitário.

A globalização ou mundialização é caracterizada por processo onde o capital e a tecnologia das grandes empresas transnacionais atuam sem considerar as fronteiras dos Estados Nacionais. O objetivo é evidente na obtenção de maiores lucros em investimentos realizados nos mercados financeiros, o que torna difícil a afirmação do próprio capital ou tecnologia nacionais.

O conceito de soberania se identifica com a caracterização da natureza do Estado e diz respeito à *propriedade do poder ou o poder sobre o poder*, na feliz expressão do Ministro Milton Cairolli.

É o poder absoluto de mando incontrastável e definido por Bodin (**De la République**, 1576) como *um poder que não tem sobre si nenhum outro e esse poder supremo, summa potestas, é o poder soberano*. Onde houver poder soberano haverá Estado. Bodin, entretanto, considerou o poder em relação à sociedade sob o aspecto da esfera pública e da esfera privada.

A sociedade civil tem nas suas relações econômicas a regra permanente de escapar ao controle do poder do Estado. Bodin estabelece a distinção entre sociedade das pessoas privadas, regulada pelo direito privado, ou seja um direito que se aplica a iguais, e a sociedade política, regulada pelo direito público, idéia formadora do Estado Moderno.

Portanto, *poder absoluto não significa poder ilimitado*, daí porque a soberania jurisdicional no direito constitucional brasileiro se apresenta como soberania interna absoluta de universalidade (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXV), porque a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

## DIREITO COMUNITÁRIO E DIREITO NACIONAL

A relação entre uma ordem jurídica comunitária e o direito nacional se constitui no aspecto funcional da soberania, daí nascendo o direito comunitário com a cessão ou delegação de parte do poder absoluto da soberania de cada Estado membro aos órgãos comunitários.

---

<sup>7</sup> Idem, ibidem, p. 217.

O direito de integração é um direito distinto do direito internacional e do direito interno dos Estados Nacionais que formam a comunidade.

O direito comunitário não se opõe ao direito nacional, porque não o derroga expressa ou tacitamente, não havendo hierarquia sobre elas, apenas prevalência da norma comunitária.

## ESTADO NACIONAL E DIREITO INTERNACIONAL

Com a formação dos primeiros Estados Nacionais, na Áustria e em Portugal, foram sendo solucionadas as dúvidas sobre a aplicação de regras locais em relação aos estrangeiros nas disputas comerciais e mercantis.

A *lex mercatoria*, fundada nos usos e costumes locais e não escritos, adotada por comerciantes das diversas localidades que acorriam aos grandes mercados, deixou de ser aplicada gradativamente, sofrendo as relações comerciais disciplina jurídica e legal do direito interno de cada país<sup>8</sup>.

Na verdade, o Estado Nacional tinha como preocupação a relação entre Estados e pouca preocupação com a atividade mercantil e comercial entre as pessoas, ou seja, a preocupação era basicamente com o Direito Internacional Público.

Outra celeuma era com a aplicação do direito natural e do direito das gentes na relação entre os Estados soberanos, seguindo as teorias do século XVI de Suarez (*Jus naturale*) e Vitória (*Jus gentium*) e, como não se tratava de direito escrito, o costume foi a primeira fonte das relações entre Estados e entre estes e o particular, nacional ou estrangeiro, o que levou Grotius, no século XVII, à idéia da igualdade jurídica dos Estados, em sua obra **De Jure Belli ac Pacis**.

Assim, as leis de cada Estado aplicam-se dentro do seu território e aos seus súditos, incluindo os estrangeiros, formando-se a idéia do princípio da territorialidade.

A lei estrangeira só era aplicada quando permitida pela lei nacional, admitida a *comitas gentium* e a necessidade da justiça o determinasse.

Mas, a partir do Tratado de Westáflia os costumes começaram a ser substituídos, assumindo o Tratado a primazia entre as fontes do direito.

No século XIX, o norte-americano Story deu um passo na criação do Direito Internacional Privado ao estabelecer normas para a solução dos conflitos de jurisdições e o reconhecimento do direito dos estrangeiros, em

---

<sup>8</sup> Idem, ibidem, p. 221.

substituição ao *comitas gentium*, como fundamento para a aplicação de leis estrangeiras em território nacional, conforme fora propugnado pelos holandeses Huber e Rodenburg, no século XVII, como noção de “boa justiça” a aplicação de lei estrangeira<sup>9</sup>.

Savigny, jurista alemão, no século XIX, contestou os princípios territorialistas, acompanhando Huber e Story, sustentando as bases de “uma comunidade de direitos dos povos”<sup>10</sup>, conceito ampliado pelo holandês Jita, no final do século passado, como sendo “a comunidade jurídica dos povos”, noção que prevalece até hoje, estabelecendo as fontes e os métodos do Direito Internacional Privado.

A perspectiva de universalidade do Direito Internacional Privado se torna conseqüência do *ius gentium*, tendo como fontes os Tratados e as Convenções Internacionais.

Cada Estado Nacional incorpora em seu ordenamento jurídico interno os princípios do Direito Internacional Privado e as suas fontes serão a lei, o costume, a doutrina e a jurisprudência dos tribunais internos.

Os universalistas entendem a possibilidade da uniformização das normas de Direito Internacional Privado, através dos Tratados e das Convenções, mas, os particularistas não acreditam na uniformização porque os direitos internos são diversos entre si.

Em nossos dias, há um movimento de unificação que não pode ser negado, como exemplo, temos a Lei de Genebra.

Outro exemplo é o **Tratado de Havana** (1928), conhecido como **Código Bustamante**, inclusive ratificado pelo Brasil, que procura a uniformização de critérios dos Estados Americanos na determinação da lei aplicável<sup>11</sup>.

Há, ainda, a tendência de legislação comum entre nós, como nos dá conta o Código Penal Tipo para a América Latina, o Código Tributário Tipo ou o aspecto da integração institucional, em matéria processual, como apregoado na publicação do Código de Processo Civil Modelo para a Ibero América, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, publicado em Montevideu, em 1988, cujo objetivo é a integração para melhorar a imagem da Justiça na América Latina, enormemente deteriorada e para que sirva de maneira mais eficiente à nossa comunidade e permita a imperiosa

---

<sup>9</sup> JETE JANE FIORATI, “As inovações no direito internacional privado brasileiro presentes no projeto de lei de aplicação das normas jurídicas”, **Revista de Estudos Jurídicos**, Unesp, Franca, 1996, Ano 1, nº 1, pp. 119/159

<sup>10</sup> Idem, ibidem.

<sup>11</sup> Idem, ibidem.

necessidade de integração.

No Congresso de Magistrados do Mercosul, em Santa Catarina, realizado em novembro de 1996, se concluiu pela necessidade da criação do Código do Trabalho Tipo para o Mercosul. Estes esforços já justificam a criação entre nós de um Instituto de Direito do Mercosul, Instituto de Direito Europeu, entre outros, permitindo estudo comparado, para permitir maior aproximação dos sistemas jurídicos.

O conflito de leis no espaço ou a aplicação de normas jurídicas de outros ordenamentos sobre uma situação jurídica se constitui em objeto do Direito Internacional Privado, aí incluídos o reconhecimento de sentenças estrangeiras, o conflito de jurisdições, a nacionalidade, a condição do estrangeiro e os direitos adquiridos<sup>12</sup>.

No Brasil, a Lei de Introdução ao Código Civil (1942) dá tratamento específico ao Direito Internacional Privado e o atual Projeto de Lei nº 4.905/95 que substituirá a Lei de Introdução ao Código Civil, de forma específica, trata das questões conexas, como o reconhecimento de sentenças estrangeiras e dos direitos adquiridos no exterior, como a nacionalidade da pessoa física e a condição jurídica do estrangeiro, por não serem de ordem constitucional ou infra-constitucional<sup>13</sup>.

## **CONTRATOS INTERNACIONAIS E ESTADO NACIONAL**

Os contratos internacionais se firmam sobre acordo de vontades de dois ou mais sujeitos de direito, daí decorrendo direitos e obrigações e que potencialmente estejam submetidos às normas provenientes de mais de um ordenamento estatal.

Destinam-se às finalidades econômicas do comércio internacional, tais como a produção e circulação de bens, serviços, capitais e tecnologia que têm como características a multiplicidade de Estados e ordenamentos jurídicos diversos, utilizando-se de tecnologia e de comunicação. Neste cenário torna-se difícil a menção ao capital ou tecnologia nacionais, ou mesmo a aplicação imperativa de leis nacionais a negócios internacionais<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>13</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>14</sup> PAULO BORBA CASELLA, *Mercosul - Exigências e Perspectivas*, LTr, São Paulo, 1996.

O Estado Nacional se valerá do princípio da autonomia da vontade como regra válida para a opção da lei aplicável aos contratos internacionais. São várias as Convenções Internacionais sobre a matéria (Artigo 3º da Convenção de Roma sobre Lei Aplicável às Obrigações Contratuais de 1980, o artigo 7º da Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável à Compra e Venda de Mercadorias de 1986 e o artigo 7º da Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável às Obrigações Contratuais de 1994, celebrada no México e assinada pelo Brasil também prescrevem que o contrato internacional será regido pelo direito escolhido pelas partes).

O artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil não permite a escolha da lei que regerá o contrato pelas partes, apenas permitindo a escolha do local onde celebrarão o contrato e, conseqüentemente, a lei a ser aplicada.

#### **PROTOCOLO DE BRASÍLIA E SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS**

Não há dúvida de que o Estado Nacional frente aos contratos internacionais deve rever seus princípios de solução para a aplicação da lei, com base na autonomia das vontades e, ainda, para o conflito de jurisdições.

O processo de integração do Mercosul tem a sua estrutura institucional definida pelo Protocolo de Ouro Preto (17/12/1994), etapa atual de Consolidação da União Aduaneira<sup>15</sup>.

O sistema de solução de controvérsias foi criado pelo Protocolo de Brasília (17/12/1991) e pode ser acionado por governos ou particulares, pessoas físicas ou jurídicas, contemplando etapas distintas. A primeira é aquela da negociação direta, a segunda é a intervenção do órgão executivo do Mercosul e a terceira é a *fase arbitral*. A garantia jurídica estaria alicerçada no mecanismo e no caráter obrigatório dos laudos arbitrais inapeláveis emitidos pelos Tribunais *ad hoc* do Protocolo de Brasília e tantos quantos forem necessários para a solução, caso a caso, dentro das controvérsias surgidas no âmbito do Mercosul.

Acentua José Botafogo Gonçalves (*in* “Os Tribunais do Mercosul”, **Gazeta Mercantil**, São Paulo, 15/08/96) que o coração do sistema existente tem sede na negociação entre os interessados, privilegiado que está este ponto no Protocolo de Brasília, inspirado, sugere, na factibilidade derivada da desnecessidade de “prévia instalação de estruturas burocráticas dispendiosas”, entendendo ser o existente um sistema democrático e acessível aos

---

<sup>15</sup> Idem, *ibidem*.

interessados, apontando ainda, e negando que a segurança jurídica necessária seja possível somente através de uma Corte Permanente de Justiça, que “no Mercosul está assente no acesso facilitado ao referido mecanismo e no caráter obrigatório inapelável dos laudos arbitrais emitidos pelos diversos Tribunais *ad hoc* do Protocolo de Brasília, tantos quantos forem necessários para a solução, caso a caso, das controvérsias surgidas no Mercosul”.

Cabe, aqui, refletir, como já se disse antes, que toda a estrutura do Mercosul tem sido concebida como intergovernamental, na verdade, tudo tem girado em torno dos governos dos Estados Partes, donde seu ritmo, sua amplitude tem sido enfocados sob o ângulo governamental, com certa sujeição às injunções e circunstâncias eventuais das políticas internas, especialmente econômicas.

Neste particular devo destacar dois pontos relevantes. O primeiro diz respeito à adoção da técnica de Tribunais *Ad Hoc*, organizados e concretizados “caso a caso”, rompendo frontal e violentamente com o princípio do juiz natural, que é historicamente imperante no sistema brasileiro, cuja Constituição veda, expressamente, a criação de “tribunais de exceção” (art. 5º, XXXVII, da Constituição Federal). O outro, é a inapelabilidade das decisões, que igualmente rompe com o princípio da recorribilidade, do duplo grau de jurisdição.

Convém, ainda, destacar que estes dois pontos são complicadores do sistema, muito especialmente no que respeita ao ordenamento jurídico brasileiro.

Tratarei do assunto mais especificamente adiante, mas, posso anteciper, ilustrativamente, que as decisões irrecorríveis, tão defendidas, vêm em direção totalmente oposta às colocações feitas no âmbito interno. Veja-se, quanto se defende, internacionalmente, a adoção de decisões irrecorríveis e de instância única, sem dúvida que se agiliza a solução, mas, convenhamos, se trata de medida de natureza processual e, entre nós, sempre que se cogita de agilizar a justiça, não se envereda pelas providências processuais, antes ao contrário, se imagina em alterações ilógicas na estrutura.

Tenho presente que o prosseguimento da integração internacional que o Mercosul representa imporá, de maneira progressiva, a adaptação das Constituições dos Países Membros, de forma a acolher a *soberania compartilhada* necessária a operar no espaço de integração.

Todavia, estas adaptações necessárias não podem significar *ipso facto* ruptura brusca e radical com a tradição jurídica de cada qual deles, e nem ensejar problemas significativos no plano interno, como é o caso da não-institucionalização do Mercosul, e a negação de Corte de Justiça Permanente, que, no caso brasileiro, significa retrocesso da Cidadania, pois ter-se-á, então, brasileiros de duas categorias, ou pelo menos relações jurídicas de duas categorias.

No primeiro caso, as relações estritamente internas, solucionadas pelo Direito Interno, em que estarão respeitados os princípios do Juiz Natural e do Duplo Grau de Jurisdição, e, no segundo, aqueles em que a decisão emana de Tribunal *Ad Hoc* e é de instância única.

Na verdade, há subjacente a violação de outro princípio constitucional brasileiro, nas suas relações com o Direito Internacional, porquanto nossa Constituição estabelece como princípio implícito que se incorporarão ao sistema interno as normas de direito internacional que ampliem direitos e valorizem a pessoa (art. 5º, § 2º, da Constituição Federal), e, neste caso, temos exatamente o oposto.

#### **PROTOCOLO DE LAS LEÑAS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Em recente julgado do Supremo Tribunal Federal, na **Carta Rogatória de nº 7.899-7**, da República da Argentina, em que foi Relator o Eminentíssimo Ministro, CELSO DE MELLO (**Diário da Justiça, D.O.U.**, de 1º de Agosto de 1997, nº 146, Seção 1, pp. 33528/9), entendeu-se que com o “**Protocolo de Las Leñas** - *unicamente* aplicável às relações interjurisdicionais entre os Estados subscritores do Tratado de Assunção e integrantes do Mercosul - tornou-se possível, *mediante simples carta rogatória*, promover a homologação e execução *em nosso País*, de sentenças proferidas pelos órgãos judiciários da Argentina, Paraguai e Uruguai” (pp. 33528).

Ensina o Preclaro Ministro, com base na jurisprudência do Pretório Excelso, que “*sempre se entendeu que as cartas rogatórias executórias são insuscetíveis de cumprimento no Brasil (RTJ 72/659-667...)*, por ser princípio fundamental do direito brasileiro sobre rogatórias *o de que nestas não se pode pleitear medida executória de sentença estrangeira que não haja sido homologada pela Justiça do Brasil (RTJ 93/157...)*”. E continua, “A Carta Rogatória é a solicitação de autoridade judiciária estrangeira para a autoridade judiciária brasileira, ou vice-versa, tendo por objeto a realização de um ato processual relativo a um pleito. A carta pode ter por escopo a citação,

intimação, notificação, inquirição, exames etc... Na tradição do direito brasileiro, inspirada no princípio da cooperação judiciária internacional, sempre se acolheu a Carta Rogatória com a finalidade de citação ou inquirição. Isto já vem do Aviso nº 1, de 1º de outubro de 1847, *contanto que fosse desprovida de caráter executório*. Ora, a jurisprudência desta Corte é pacífica em conceder *exequatur* à Carta Rogatória de intimação, porque ela *não requer a prática de qualquer ato de execução* (RTJ 103/536...)...Em regra, as cartas rogatórias encaminhadas à Justiça brasileira somente devem ter por objeto a prática de simples ato de informação ou comunicação processual, ausente desse procedimento qualquer conotação de índole executória, cabendo relembrar, por necessário, a plena admissibilidade, *em tema de rogatórias passivas*, da realização, *no Brasil*, de medidas científicatórias em geral (intimação, notificação ou citação), consoante expressamente autorizado pelo magistério jurisprudencial prevalente no âmbito desta Suprema Corte...”, acrescentando que “*Torna-se importante salientar*, no entanto, que o modelo jurídico brasileiro concernente às cartas rogatórias passivas *sofreu*, em tema de efetivação de atos de *caráter executório* sensível modificação introduzida pelo Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, que o Brasil subscreveu, *no âmbito do Mercosul*, em 27/06/96. Essa convenção internacional, denominada *Protocolo de Las Leñas*, acha-se formalmente incorporada ao sistema de direito positivo interno do Brasil, eis que, *aprovada* pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 55/95), veio a ser *promulgada* pelo Presidente da República mediante edição do Decreto nº 2.067, de 12/11/96...” e, “Com *essa orientação*, o Supremo Tribunal Federal deixou claramente assentado que, hoje, no Brasil, aplica-se, ao reconhecimento e execução de sentença estrangeira emanada de *qualquer* dos Estados integrantes do Mercosul, subscritores do **Protocolo de Las Leñas**, a disciplina ritual pertinente às cartas rogatórias, razão pela qual *cumprir ter presente*, no tema, a norma inscrita no Artigo 19 dessa Convenção Internacional, que assim dispõe: “*O pedido de reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais por parte das autoridades jurisdicionais*, será processado *por via de cartas rogatórias* e por intermédio da Autoridade Central” (pp. 33528-9). Conclui o Ministro Celso de Mello “...*agora*, as sentenças estrangeiras, desde que proferidas por autoridades judiciárias dos *demais* Estados integrantes do Mercosul, poderão, para efeito de sua execução em território nacional, submeter-se a reconhecimento e homologação, *mediante procedimento ritual simplificado*,

fundado na tramitação de simples carta rogatória dirigida à Justiça Brasileira” (p. 33528), citando acórdão da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence (Carta Rogatória nº 7.618, República Argentina, AgRg).

### CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO COMUNITÁRIO

Estou convicto que a maturação progressiva e a consolidação do processo Mercosul, com a real e fundamental integração entre nossos Países precisa incorporar as tecnologias jurídicas da contemporaneidade, dando azo, portanto, é fato, a uma ruptura com o passado, dando um verdadeiro salto adiante.

Isto passa necessariamente pela reconstrução das implicações da idéia de soberania entre os Países Membros, e, na elaboração de uma concepção de *Soberania da Integração*, pertinente ao espaço de integração, da qual são titulares os cidadãos, a cidadania, portanto, deste espaço de integração, e, conseqüentemente, o exercício dela significa a necessidade da existência de instituição jurídicas interdependentes, vinculadas não aos países membros diretamente, mas, ao espaço integrativo correspondente.

A elaboração compartilhada de um Ordenamento Jurídico relativo ao Espaço de Integração, com vigência projetada para ele, e tendo como destinatário os sujeitos agentes no processo integracional e a vida jurídica no âmbito respectivo, precisa ir buscar a sua legitimação política direta na comunidade integrada, sendo insuficiente que esta legitimidade advenha muito indiretamente dos Governos, e exercida através deles.

Estamos, pois, claramente, diante da necessidade de abrir discussões para a criação de um Parlamento do Mercosul, com a finalidade de participar significativamente na construção desta ordem jurídica, e, principalmente, servir de foro democrático para as discussões necessárias à consolidação do sistema, com o exercício da cidadania não apenas no âmbito do Estado Nacional, mas, no âmbito Regional, no âmbito do espaço integracional respectivo.

José Botafogo Gonçalves ao final do já citado artigo alude: “Em qualquer hipótese, porém, o apoio do Brasil a um salto qualitativo de natureza institucional no Mercosul não prescindirá de amplo debate sobre o tema com a sociedade civil brasileira, bem como do necessário respaldo por parte do Congresso Nacional”, e tem razão, porém, vou mais além. Penso que já é hora de os Governos dos Países Membros do Mercosul irem às bases das suas sociedades e abrirem a discussão franca, aberta e clara acerca da

necessidade da institucionalização do sistema, da construção de estruturas institucionais destinadas a servir o processo de integração, envolvendo não apenas o conceito vago e gelatinoso de *sociedade civil*, mas, a cidadania propriamente, a sociedade, o homem em todas as suas dimensões.

É preciso trabalhar sério esta questão.

É possível a adoção da democracia representativa neste processo, como aliás demonstra a experiência mais amadurecida de integração que se conhece, que é a União Européia, e, sem dúvida, este exercício de democracia representativa aponta no sentido de um Parlamento, um Parlatino, e mais, atribui a este parlamento papel relevante na construção das normas supranacionais, porquanto nele está depositada a cidadania da região, com independência em relação aos Governos dos Estados Nacionais.

E esta cidadania é que, sendo a detentora e titular em última instância da soberania, deve decidir acerca da construção do Direito Comunitário e, de sua aplicação por Corte Supranacional, fazendo assim prevalecer o princípio democrático almejado por todos, e também os princípios jurídicos reveladores do avanço brasileiro, o da universalidade da jurisdição, o do juiz natural e o duplo grau de jurisdição.

É exatamente este Direito Comunitário, construído com a participação e o compromisso da sociedade civil da região, seus governos e estruturas governamentais e políticas, aplicado por uma Corte de Justiça, também regional e independente que possibilitará a construção e conseqüente manutenção de regras jurídicas claras, estáveis, socialmente aceitas e com efetividade social compatível com as necessidades.

Exatamente este ordenamento que não esteja sujeito a mudanças bruscas e inesperadas e nem a aplicações díspares, do que são pressupostos necessários, portanto, o Direito Comunitário e a Corte de Justiça, é que a nosso ver darão a necessária, indispensável até, segurança jurídica para que aconteçam, se ampliem e se consolidem os investimentos no Mercosul, tanto dos capitais dos Países que o integram, como os de outras *blocagens* econômicas e de outros países, articulando interesses, proporcionando a competição justa e não-predatória, e o exercício de uma *cidadania vigorosa e útil*, enfim, de um sistema que sirva ao ser humano e à sociedade, antes contribuindo para a diminuição dos problemas e dificuldades, do que para mantê-los ou agravá-los.

## CONCLUSÃO

A institucionalização do Mercosul passa necessariamente pela criação de um Parlamento e de um Tribunal de Justiça Supranacional que representem a segurança de investimentos na região e de desenvolvimento de uma cidadania capaz de formar um espaço de integração democratizado.

Não resta dúvida de que uma maior segurança de investimentos na região, e melhor economia, assim como o fortalecimento da cidadania nos espaços de integração, ainda que na forma de união aduaneira, estágio atual do Mercosul, com vistas à formação de um mercado comum e uma comunidade, requerem uma integração e institucionalização do direito, quer como imperativo histórico quer como uma necessidade de sobrevivência de um espaço próprio, como bem o demonstra as relações interjurisdicionais.

O Protocolo de Brasília e o Protocolo de Las Leñas representam o primeiro passo na direção de formação de uma comunidade cujos valores vão além do econômico, abrindo espaço para o social, para o cultural e para o jurídico, objetivo maior de uma comunidade de integração que busca uma cidadania dentro de um sistema democrático. ◆