

O "Direito do Mercosul:" Direito oriundo do Mercosul, entre Direito Internacional Clássico e Novos Caminhos de Integração¹

Claudia Lima Marques

Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil, Doutor em Direito pela Universidade de Heidelberg, Alemanha, Mestre em Direito Civil e Direito Internacional Privado pela Universidade de Tübingen, Alemanha, Especialista em Direito Comunitário Europeu pelo Instituto Europa da Universidade de Saarbrücken, Alemanha, Consultora *ad hoc* da delegação brasileira no Comité Técnico nº 7 da Comissão de Comércio do Mercosul.

SUMÁRIO

Introdução;

I – O direito do Mercosul: uma visão crítica da doutrina brasileira; A) O modelo novo do Mercosul: clássico direito internacional público como caminho típico ; B) Incorporação do direito oriundo do Mercosul e os modos previstos de solução de controvérsias no Mercosul;

II – Efeitos recentes do direito oriundo do Mercosul nas cortes superiores brasileiras: os primeiros 28 casos; A) O Mercosul frente ao Supremo Tribunal Federal; B) O Mercosul frente ao Superior Tribunal de Justiça;

Conclusão.

Introdução

Em 1991, o Tratado de Assunção criou o Mercado Comum do Sul (Mercosul) com o principal propósito de remover as barreiras tarifárias entre os países-membros (Argentina, Brasil, Para-

-
1. Versão atualizada do trabalho apresentado em 27 de abril, no Congresso Internacional "Mercosul/Mercosur – The Market and Beyond", organizado por TERESA LOZANO LONG, Institute of Latin American Studies e a School of Law, da Universidade do Texas – Austin, Estados Unidos. A autora gostaria de agradecer à Profa. Dra. NÁDIA DE ARAÚJO (PUC/RJ) pelo material jurisprudencial repassado, à Prof. Dr. PATRICIA HANSEN pelo convite e interessantes discussões sobre o texto e ao doutorando FÁBIO MOROSINI (CAPES – Univ. do Texas – Austin) pela ajuda na versão em inglês deste texto. As opiniões aqui defendidas sobre a fragilidade jurídica do Mercosul já foram expostas em meus artigos anteriores: *Mercosul como legislador em matéria de direito do consumidor – Crítica ao Projeto de Protocolo de Defesa do Consumidor*, in Revista Direito do Consumidor,

guai e Uruguai)² em um curto período de 4 anos.³ Efetivamente, criou-se nesta primeira fase do Mercosul, a fase transitória de 1991 a 1994, uma verdadeira Área de Livre Comércio, com Regime de Origem, certificação de produtos da área e redução gradual de tarifas até a tarifa 0% e listas de exceções.⁴ Com o sucesso deste programa de liberação comercial (Anexo I do Tratado) e combate às barreiras não-tarifárias alcançou-se uma inédita liberdade de circulação de “bens, serviços e fatores produtivos” (art. 1º do Tratado de Assunção) na região.⁵

Em dezembro de 1994 foi assinado o Tratado Complementar quanto à estrutura institucional do Mercosul, o denominado Protocolo de Ouro Preto. Em 1995, o Mercosul alcançava o nível de uma união aduaneira imperfeita,⁶ ao estabelecer uma tarifa externa comum (TEC) e criar novas instituições voltadas para a realização desta união aduaneira (como a Comissão de

Comércio) e a coordenação das políticas macroeconômicas dos Estados-membros em tema como comércio exterior, agricultura, indústria, impostos, sistema monetário, energia, transportes, metrologia, relações trabalhistas e previdência social, concorrência leal, consumo, e outros. Em 1994, este Tratado Complementar estabelece também a personalidade jurídica internacional do Mercosul, consolida a denominação e a obrigatoriedade das normas e instrumentos legais elaborados no Mercosul, regula a forma de incorporação destas normas aos ordenamentos jurídicos internos e modifica o sistema de solução de conflitos.

Nosso estudo tem como objetivo analisar o direito oriundo do Mercosul como Direito Internacional novo na região, determinar suas características e elementos típicos (Parte I) e analisar que tipo de reflexos este “Direito do Mercosul” está tendo na prática dos Tribunais Superiores brasileiros (Parte II), uma vez que já temos

vol. 26, 1998, p. 53-76; *Direitos do Consumidor no Mercosul: Algumas sugestões frente ao impasse*, in *Jurisprudência Argentina – Número Especial Mercosul* – segunda parte, agosto de 1999, p. 33 a 52; e no capítulo do livro, *Liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços no Mercosul – Instrumentos Legislativos sobre Formação de Recursos Humanos*, in *Mercosul/Mercosur – Políticas e Ações Universitárias*, Marília Morosini (Coord.), Editora da UFRGS, Porto Alegre, 1998, p. 25 a 46 e, na medida do necessário, serão, aqui repetidas e aprofundadas com os resultados do quarto laudo arbitral do Mercosul.

2. Sobre a associação de Chile e Bolívia, veja detalhes em VÁZQUEZ, Adolfo Roberto. “El Mercosur y su necesaria complementación mediante un ‘Tribunal Supranacional’”. In *Revista de Derecho del Mercosul*, ano 3, nº 1, (Buenos Aires/Porto Alegre), fev./1999, p. 19.
3. De acordo com o Art. I do Tratado de Assunção, de 26.03.1991, a primeira fase do “mercado comum” deveria estar concluída em 31.12.1994. Veja “Tratado de Assunção”, in *MERCOSUL: Legislação e Textos Básicos*. Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul – Seção Brasileira e Ministério das Relações Exteriores, (Ed.) Senado Federal, Brasília, 2000, p. 15.
4. Cf. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. “Mercosul: características e perspectivas”. In *Revista de Informação Legislativa*, ano 37, nº 146, Brasília, abr.-jun./2000, p. 305.
5. Veja DREYZIN DE KLOR, Adriana e JURE RAMOS, Solange “En torno a la libre circulación de las mercaderías en el Mercosul”. In *Revista Derecho del Mercosul*, ano 2, nº 2, Buenos Aires/Porto Alegre, abr./1998, p. 80.
6. Veja MEDEIROS, José Artur Denot. “Mercosul: Quadro Normativo e Institucional Pós-Ouro Preto”. In *Boletim de Integração Latino-Americana*, nº 16, jan.-abr./1995, p. 1 e seg. Segundo enfatiza WERTER FARIA, um “mercado comum compõe-se de três elementos: a união aduaneira, as liberdades fundamentais e as políticas comuns” (FARIA, Werter. *Órgãos de integração e instituições parlamentares internacionais*. Comissão Parlamentar conjunta do Mercosul – Seção Brasileira, Brasília, 1994, p. 11).

28 casos envolvendo direito oriundo do Mercosul nestas cortes em Brasília.

I – O direito do Mercosul: uma visão crítica da doutrina brasileira

A visão jurídica deste fenômeno político-econômico e social, que é o Mercosul, pode parecer aos especialistas de outras áreas, como os economistas, excessivamente formalista, céptica ou crítica.⁷

Formalista, pois tende a visualizar o Mercosul como um novo legislador na região e a perguntar-se sobre a estrutura deste órgão internacional ou supranacional e, em especial neste caso, sobre a sua legitimação ou competência para legislar.⁸ Visão céptica, pois em virtude da frágil estrutura e base jurídica do processo de integração atualmente existente, tende a considerar que a falta de uma base jurídica consistente, a precária força de coação e de controle supranacional do Mercosul, é uma decisão consciente dos governos dos Estados-membros.⁹ Esta decisão caracteriza uma forma de proteger ou resguardar o poder de decisão nos Executivos,

criando um novo tipo – mais fraco – de direito da integração, mais próximo ao direito internacional público e ao cumprimento voluntário e político das decisões tomadas no Mercosul.¹⁰ E, por fim, visão crítica, pois preocupa-se com a consistência do processo de integração, se realmente definitivo e duradouro, identificando na atual falta de um Tribunal ou complexo judiciário eficiente de solução de conflitos, na aceitação das tradicionais regras sobre a incorporação na ordem jurídica interna dos atos legislativos do Mercosul, reflexos da consciente falta de base jurídica deste processo,¹¹ o que talvez venha a prejudicar seu futuro.¹²

A visão jurídica da integração econômica tende a avaliar a firmeza e a seriedade do processo de integração com base em três pressupostos: se o processo é supranacional, se os órgãos criados são autônomos e independentes e se o Tratado instituidor do processo integracionista criou também mecanismos, instrumentos legislativos, normas e princípios básicos que permitam controlar o processo e garantir-lhe segurança jurídica e segurança para os cidadãos afetados. Lamentavelmente, em todos estes itens o Mercosul

7. Repetimos aqui algumas observações realizadas em nosso artigo "Liberdade de Estabelecimento e de Prestação de Serviços no Mercosul – Instrumentos Legislativos sobre Formação de Recursos Humanos", publicado por MOROSINI, Marilia (Coord.), *Universidade contemporânea: entre o global e o regional*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1997, p. 25 e ss.
8. Exemplo deste approach típico da OEA é o artigo do Professor uruguai OPERTTI, Didier. "Desarrollo jurídico e integración". In *Revista de la Facultad de Derecho (UROU)*, nº 1, jul.-dic./1991, p. 67 e ss.
9. Exemplo deste approach é o artigo clássico do juiz da Corte de Justiça das Comunidades Européias, PESCATORE, Pierre. "La importancia del derecho en un proceso de integración económica". In *Derecho de la Integración (INTAL)*, nº 15, 1974, p. 11 e ss.
10. Veja com relação ao Mercosul, nossa análise no artigo "O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e o Mercosul". In MARQUES, Claudia Lima (Org.). *Estudos sobre a proteção no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Editora Livraria dos Advogados, 1994, p. 97 e ss.
11. Veja a obra de MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito internacional da integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 301 e ss.
12. Exemplo deste approach crítico, preocupado com a preservação e duração do processo de integração no Mercosul, é o artigo de HALPERIN, Marcelo. "El reto de la 'nueva' integración: objetivos e instrumentos para la consolidación del MERCOSUR". In *Integración latinoamericana*, enero-febrero/1992, p. 32 e ss.

não poderia ser classificado como um processo de verdadeira integração ou somente como um processo inicial de integração.

Estamos, portanto, na visão do direito, frente a um paradoxo: o Mercosul ainda não tem base jurídica sólida, mas já atua e mesmo legisla.¹³ O Judiciário nacional, até mesmo as mais altas cortes brasileiras, já está enfrentando casos envolvendo o direito (e os tratados) oriundos do Mercosul. O Mercosul é uma realidade econômica e política com alguma inconsistência jurídica.¹⁴ A perplexidade da ciência do direito face ao Mercosul e ao "direito derivado"¹⁵ deste organismo regional de integração econômica é grande.¹⁶ Chega-se a falar mesmo de um *déficit legal*, fonte permanente de incerteza e de conflitos regionais.¹⁷ Parece-me que a fragilidade jurídica do

Mercosul, começa a perturbar sua evolução; mais do que a fragilidade institucional do processo de "integração",¹⁸ dois pontos estão em evidência: o sistema de solução de conflitos e o sistema de incorporação de normas do Mercosul.¹⁹ Cabe, pois, uma análise deste modelo híbrido entre união aduaneira e zona de livre comércio, que se autodenomina "mercado comum"...

A) O modelo novo do Mercosul: clássico direito internacional público como caminho típico

Inicialmente, mister repetir que o caminho jurídico utilizado pelo Mercosul é normalmente o do Direito Internacional clássico,²⁰ com seus órgãos intergovernan-

13. Veja detalhes sobre os problemas de legitimação do Mercosul para legislar, em meu artigo "Mercosul como Legislador em Matéria de Direito do Consumidor – Crítica ao Projeto de Protocolo de Defesa do Consumidor". In *Revista Direito do Consumidor*, vol. 26, 1998, p. 53 e ss.
14. Como afirmava HALPERIN, p. 34: "Si bien las inconsistencias del Tratado de Asunción no son insalvables, porque el proceso de integración recién comienza, resultaría fatal ignorarlas".
15. Tentaremos evitar o uso destes termos técnicos do direito comunitário, de qualquer forma, alguns autores brasileiros defendem a existência de um direito derivado ou "ordem jurídica" do Mercosul, veja, por todos, VENTURA, Deisy de Freitas Lima. A ordem jurídica do Mercosul. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1996, p. 41 e ss.
16. Veja MELLO, p. 319. O autor afirma: "O Mercosul padece dos defeitos da América Latina que se utiliza de palavras como se estas criassesem a realidade" (Mello, p. 319).
17. Assim manifesta-se de BALZE, Felipe. "El destino del Mercosur: entre unión aduanera y la 'integración imperfecta'". In *El futuro del Mercosur entre la retórica y el realismo*, BALZE, Felipe (org.). Buenos Aires: Ed. ABA/CARI, 2000, p. 21 e 22. O autor se manifesta: "Como resultado de estas fragilidades institucionales, a partir de 1997, el Mercosur tuvo graves dificultades en avanzar en la concreción de una agenda común... Una de las causas principales detrás de los problemas arriba mencionados, es un grave 'déficit legal' que dificulta la resolución de los conflictos, agrava la incertidumbre, genera permanentemente (p. 21) conflictos y posterga innecesariamente el tratamiento de los problemas" (p. 21 e 22).
18. Defendendo o modelo institucional do Mercosul e considerando "inadequado" o modelo supranacional europeu, veja a opinião de BATISTA, Luiz Olavo. "As Instituições do Mercosul – Comparações e Perspectivas". In *O Mercosul em movimento*, VENTURA, Deisy de Freitas (Org.), Porto Alegre: Ed. Livraria dos Advogados, p. 57.
19. Em perfeito resumo sobre a questão, afirma BALZE, p. 22: "En la opinión de numerosos prestigiosos juristas (incluso brasileros), el Mercosur no tiene un sistema eficaz de resolución de controversias, tampoco existe un mecanismo ágil y transparente de los países miembros, ni un sistema que asegure la jerarquía de las normas comunitarias sobre las normas nacionales. El Mercosur no cuenta desde un punto de vista jurídico con un órgano judicial... Tampoco existe un derecho comunitario del Mercosur."
20. Também SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. "Direito da Integração, Internacionalização da Justiça e duas palavras sobre o Mercosul". In *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, nº 142, Brasília, abr.-jun./1999, p. 29: "De passagem, observe-se que o direito resultante do Mercosul ainda não é dito de integração, mas sim (ainda) direito internacional público clássico".

mentais e nenhuma transferência clara de soberania ou de competências soberanas para estes órgãos. Estes órgãos não são independentes, nem autônomos e manifestam-se através de normas, que necessitam de incorporação. Assim, se o tema é polêmico ou importante em demasia para correr riscos, os órgãos utilizam-se de tratados multilaterais (todos denominados “protocolos” ou “acordos”) para impor novo direito.²¹

A doutrina diferencia entre o Direito Internacional, modo clássico de cooperação internacional e intergovernamental, baseado no consenso e em decisões soberanas, e o Direito Comunitário, direito internacional *sui generis*, dada sua supranacionalidade, suas fontes próprias de imposição de leis, seu poder normativo e julgador, diferenciado da soberania dos países.²²

Se de um lado o Mercosul tem personalidade jurídica,²³ parece-se mais com um processo de cooperação econômica internacional do que com um processo de integração,²⁴ pois a incorporação de suas normas segue a teoria dualista.²⁵ Longe está do modelo jurídico claro e transparente da União Européia e nem foi planejado stricto sensu como uma Zona de Livre Comércio, como o NAFTA ou a ALCA, pois intenta em ser mais, ser “mercado comum”.²⁶ Já é de qualquer forma uma união aduaneira imperfeita.²⁷

A doutrina brasileira e uruguaiã defende a necessidade de criar-se um Tribunal de Justiça autônomo e órgão supranacional stricto sensu,²⁸ critica o fato do processo de solução de controvérsias no Mercosul ser baseado em negociações e bons ofícios típicos do Direito Internacio-

-
21. Veja BAPTISTA, Luiz Olavo. “O Impacto do Mercosul sobre o Sistema Legislativo Brasileiro”. In *Revista dos Tribunais*, 690, abr./1993, p. 39 e ss.
22. Assim MENEZES, Wagner. “Direito Comunitário”. In *Revista dos Tribunais*, 778, ago./2000, p. 738-739.
23. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. “Mercosul: características e perspectivas”. In *Revista de Informação Legislativa*, ano 37, nº 146, Brasília, abr.-jun./2000, p. 294.
24. Também CAPUTO BASTOS, Carlos Eduardo e CAPUTO BASTOS, Gustavo Henrique. “Os Modelos de Integração Européia e do Mercosul: Exame das Formas de Produção e Incorporação Normativa”. In *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, nº 142, Brasília, abr.-jun./1999, p. 222-223.
25. Assim CAPUTO BASTOS/CAPUTO BASTOS, p. 231.
26. AMARAL JÚNIOR, p. 294.
27. Veja TEC of 1999, Decreto nº 3.317, 30.12.1999, in Lex – Legislação Federal, ano 63, dez./1999, p. 7.297. Já PIRES, Alice; FONSECA, Amanda e CROSHERE, Indira. *Soluções de controvérsias no Mercosul*. São Paulo: Ed. Ltr, 1988, p. 22, consideram uma “união aduaneira incompleta”.
28. Veja TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “A Arbitragem como Meio de Solução de Conflitos no Âmbito do Mercosul e a Imprescindibilidade da Corte Comunitária”. In *Revista de Derecho del Mercosul*, ano 2, nº 5, Buenos Aires/Porto Alegre, 1998, p. 95 e ss. NOGUEIRA DA SILVA, Paulo N. “A integração do Mercosul”. In *Revista de Derecho del Mercosul*, ano 2, nº 2, Buenos Aires/Porto Alegre, 1998, p. 178. LAGASTRA NETO, Caetano. “Mercosul e Integração Legislativa: o Papel da Magistratura perante a Justiça Social”. In *Revista dos Tribunais*, 742, ago./1997, p. 108. E VÁZQUEZ, Adolfo Roberto. “El Mercosur y su Necesaria Complementación mediante un ‘Tribunal Supranacional’”. In *Revista de Derecho del Mercosul*, ano 3, nº 1, Buenos Aires/Porto Alegre, fev./1999, p. 17 e ss. e VARGAS, Abraham Luis. “El Tribunal de Justicia Permanente del Mercosul: Una Necesidad Sistémica Actual para Satisfacer los Conflictos, Intereses y Derecho Comunitario Involucrados”. In *Revista de Derecho del Mercosul*, ano 1, nº 3, Buenos Aires/Porto Alegre, nov./1997, p. 39.

nal Clássico,²⁹ reprimindo por vezes as reclamações dos particulares,³⁰ e deseja um aprofundamento do Mercosul.³¹ A doutrina argentina parece satisfeita com a estrutura jurídica do Mercosul como está e o aproxima comparativamente com o modelo europeu, denominando até mesmo o direito oriundo do Mercosul de "Derecho Comunitário".³² Já autores brasileiros são mais cépticos e preferem denominar este direito de "Direito da Integração",³³ sendo que alguns consideram que o estágio alcançado pelo Mercosul até hoje é de simples "cooperação" econômica internacional.³⁴

Em resumo, o Mercosul, juridicamente analisado, optou por um caminho "minimalista",³⁵ quase não tem supranacionalidade,³⁶ nem força para impor leis, levando no mais das vezes à desregula-

mentação do setor.³⁷ Um dado positivo é o compromisso já assumido no Mercosul com a democracia e o desenvolvimento social.³⁸

1. Entendendo o modelo institucional do Mercosul: uma união aduaneira imperfeita e flexível

O Mercosul é hoje uma união aduaneira inicial e imperfeita,³⁹ pois, apesar de alcançado a tarifa 0% na região e ter criado uma tarifa externa comum, ainda utiliza-se de um regime de origem e de uma estrutura muito tênue, típica de uma zona de comércio livre.⁴⁰ Mercosul, que o diplomata brasileiro PAULO ROBERTO DE ALMEIDA definiu como momento evolutivo "algo difuso... – algo entre uma zona de livre comércio incompleta e uma união aduaneira *sui generis*".⁴¹

29. Cf. HESPAÑA, Benedito. "Uma Visão Crítica de Problemas Constitucionais no Direito Comparado, no Direito Comunitário e no Mercosul". In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 8, vol. 30, 2000, p. 30-31 e VARGAS, p. 41.
30. Cf. VARGAS, p. 41.
31. AMARAL JÚNIOR, p. 305.
32. Veja HESPAÑA, p. 30 e ss. e VARGAS, p. 44.
33. Assim VARGAS citando RUIZ DIÁZ LABRANO, p. 45: De todas maneras dejemos en claro que no existe aún respecto de la nominación de este nuevo resquicio disciplinario, que para algunos debe llamarse "Derecho de la Integración" – con lo cual estamos de acuerdo por cuanto éste es un "derecho transitorio" – y, para otros "Derecho Comunitario".
34. Veja BASSO, Maristela. *O Mercosul e a União Aduaneira*, in Adolfo Roberto, "El Mercosur y su necesaria complementación mediante un Tribunal Supranacional". In *Revista de Derecho del Mercosul*, ano 2, nº 2, Buenos Aires/Porto Alegre, abr./1998, p. 23.
35. Cf. VARGAS, p. 46.
36. AMARAL JÚNIOR, p. 305.
37. AMARAL JÚNIOR, p. 306.
38. AMARAL JÚNIOR, p. 304. Mas lembre-se que até as Zonas de Livre Comércio dos dias de hoje, como a NAFTA, possuem tais compromissos, veja FOLSOM, Ralph. *NAFTA*, West Group. St. Paul., Minn., 1999, p. 67 e ss.
39. Assim também NOODT TAQUELA, María Blanca. *Arbitraje internacional en el Mercosur*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 1999, p. 9.
40. Veja MEDEIROS, José Artur Denot. "Mercosul: Quadro Normativo e Institucional Pós-Ouro Preto". In: *Boletim de Integração Latino-Americana*, nº 16, jan.-abr./1995, p. 1 e ss.
41. ALMEIDA, Paulo Roberto de. "Dilemas da Soberania no Mercosul: Supranacional ou Intergovernamental?". In *Anuário Direito e Globalização – A Soberania I*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 239.

Segundo o Tratado de Assunção, o Mercosul deve tornar-se um verdadeiro mercado comum, o que pressupõe segundo o art. 1º do Tratado a “livre circulação de produtos e de serviços e dos fatores de produção”. Segundo o seu protocolo complementar sobre a estrutura institucional, o Protocolo de Ouro Preto de 1994, o Mercosul passou a ser, após o período de transição de 1991 a dezembro de 1994, uma união aduaneira imperfeita.⁴²

Parece-me que um verdadeiro mercado comum pressupõe uma união aduaneira efetiva, e com a criação de uma estrutura supranacional passa a assegurar e controlar as quatro liberdades básicas dos mercados comuns: livre circulação de produtos, de serviços, de pessoas e de capitais, e a ditar a política macroeconômica comum.⁴³ Uma estrutura supranacional significa uma estrutura institucional autônoma e independente dos Estados-membros, e, portanto, não mais puramente intergovernamental. A estes órgãos, então, transferidas algumas competências nacionais,

isto é, parte da soberania dos Estados, capacitando-a a tomar decisões econômicas, sociais e principalmente políticas, como ocorre hoje na União Européia, que legisla sobre vários assuntos de forma exclusiva e em outros de forma subsidiária.⁴⁴ Como veremos, este não foi o caminho do Mercosul, onde é grande a “flexibilidade” e o pragmatismo de decisões, inclusive sobre o futuro desta união aduaneira imperfeita.⁴⁵

2. Entendendo a estrutura institucional do Mercosul: a supranacionalidade mínima

Afirmamos que o Mercosul não é um processo verdadeiramente supranacional,⁴⁶ pois não há, nem no Tratado de Assunção de 1991, nem no Protocolo complementar de Ouro Preto de 1994, órgãos supranacionais,⁴⁷ nem menção clara das competências nacionais ou supranacionais que teriam sido transferidas para os órgãos do Mercosul para que realizassem a integração econômica, a formação de um mercado comum.⁴⁸

-
42. Segundo enfatiza WERTER FARIA, um “mercado comum compõe-se de três elementos: a união aduaneira, as liberdades fundamentais e as políticas comuns.” (FARIA, Werter. *Órgãos de integração e instituições parlamentares internacionais*, Comissão Parlamentar conjunta do Mercosul – Seção Brasileira, Brasília, 1994, p. 11).
 43. Veja detalhes em BONILLA, Sergio Abreu. *Mercosur e integración*. Montevideu: FCU, 1991, p. 14.
 44. GAUTRON, Jean-Claude. *Droit européen*. Paris: Dalloz, 1995, p. 13.
 45. A expressão “flexibilidade” não está sendo aqui utilizada no sentido europeu, do Tratado de Amsterdã e de Nizza, como “integração diferenciada” para os novos países ex-socialistas agora associados e aqueles países que votaram contra o Tratado de Amsterdã. Veja sobre a flexibilidade européia, OBWESTER, Walter. *Der Vertrag von Nizza (Teil I)*, in *Europablätter/ZER*, 2, 2001, p. 52-55.
 46. O diplomata MEDEIROS, p. 3 resume: “A opção por uma estrutura supranacional, neste momento, seria inviável, uma vez que exigiria ampla renúncia à soberania, que nenhum dos quatro governantes estão dispostos a empreender”.
 47. Veja por todos, CASELLA, Paulo Borba. “Soberania, Integração Econômica e Supranacionalidade”. In *Anuário Direito e Globalização – A Soberania I*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 79 e ss. ARAÚJO, Nádia. “Solução de Controvérsias no Mercosul”. In *Jurisprudência Argentina-MERCOSUR*, 27 de agosto de 1997, p. 3 e ss.
 48. Veja FARIA, Werter, “Métodos de harmonização aplicáveis no MERCOSUL e incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas”. In *Mercosul – Seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*, Maristela Basso (Org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 77 e ss.

Enquanto os tratados instituidores das três comunidades européias, hoje União Européia, foram claros quanto às competências econômicas transferidas e os poderes soberanos de legislar, administrar e julgar transferidos aos órgãos das comunidades, no Mercosul tal clareza foi conscientemente deixada de lado. Temia-se um atentado à forte soberania nacional dos países envolvidos.⁴⁹ A tradição latino-americana e brasileira, em especial, é no sentido de negar a transferência implícita de competências soberanas a órgãos supranacionais.⁵⁰ Sendo assim, a não ser que se aceite o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*,⁵¹ da competência implícita na sua própria criação com finalidade integrativa, não pode haver hoje, igualmente, clareza sobre quais poderes soberanos dos Estados-partes teriam sido transferidos ao Mercosul.⁵²

Os arts. 34 e 35 do Protocolo de Ouro Preto reconhecem a personalidade jurídica ao Mercosul, tornando-o assim um organismo internacional autônomo, distinto de seus países-membros, como um pessoa jurídica, uma sociedade comercial distinta de seus sócios e afirmam ainda que, "O

Mercosul poderá, no uso de suas atribuições, praticar todos os atos necessários à realização de seus objetivos ...". Nesta "autorização" poderia estar o cerne do reconhecimento de alguma supranacionalidade ao Mercosul, que está sendo chamada pela doutrina como "supranacionalidade mínima".⁵³

Segundo os arts. 1º e 2º do Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a estrutura institucional, o Protocolo de Ouro Preto de 17 de dezembro de 1994, os órgãos intergovernamentais com capacidade decisória no Mercosul são o Conselho do Mercado Comum (art. 9º do Protocolo), o Grupo Mercado Comum (art. 15 do Protocolo) e a Comissão de Comércio (art. 20 do referido Protocolo).

Ocorre que os órgãos criados nos Tratados de Assunção e Ouro Preto, ao contrário da experiência da União Européia, são órgãos formados exclusivamente por representantes dos governos dos países-membros, servidores públicos de carreira ou não, ministros e mesmo presidentes. Os órgãos políticos de decisão do Mercosul, responsáveis

49. Veja a crítica a estas posições, em DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El Mercosur*. Buenos Aires: Zavalía, 1997, p. 54.

50. Assim a análise profunda, antevendo problemas constitucionais, de SAMTLEBEN, Jürgen e SALOMÃO, Calixto Filho. "O Mercado Comum Sul Americano". In RODAS, João Grandino. *Contratos internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 268 e ss.

51. Note-se que pelas observações de NOODT TAQUELA, María Blanca. *Arbitraje internacional en el Mercosur*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999, p. 13, parece a autora estar aceitando este princípio: "Características del Mercosur... (3) Falta de delimitación de competencias entre el Mercosur y los Estados Miembros por lo que teóricamente cualquier materia podría ser regulada por el Mercosur".

52. No mesmo sentido, FERNANDEZ ARROYO, "La nueva configuración del Derecho Internacional Privado del Mercosur: Ocho respuestas contra la incertidumbre. In *Revista de Derecho del Mercosur*. Buenos Aires, año 3, nº 4, ago./1999, p. 38 e ss.

53. Como afirma ALMEIDA, Paulo Roberto de. "Dilemas da Soberania no Mercosul: Supranacional ou Intergovernamental?". In *Anuário Direito e Globalização – A Soberania I*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 251: "... o Mercosul não é obra de doutrinários ortodoxos, mas de líderes pragmáticos."

pela execução e decisões legislativas (Conselho, Grupo e Comissão), e mesmo pela decisão de conflitos (Grupo e Comissão de Comércio) são órgãos dependentes da política nacional, que decidem por consenso e que não têm maior autonomia.⁵⁴ As demais instituições auxiliares são a Comissão Parlamentar Conjunta, que visa somente auxiliar na realização rápida da política do Mercosul e nem mesmo papel consultivo tem, e a Secretaria Administrativa, com sede em Montevidéu e funções de arquivo.⁵⁵ Como órgão consultivo auxiliar temos o Foro Consultivo Econômico-Social, única instituição que é formada por representantes da sociedade.⁵⁶ Para decidir os conflitos oriundos no Mercosul, e prioritariamente entre Estados, foi criado um sistema de solução de controvérsias de cunho diplomático, no qual os primeiros juizes são os servidores públicos das seções nacionais da Comissão e do Grupo, depois o próprio Grupo ou a Comissão, experts por eles escolhidos ou árbitros nacionais indicados para um tribunal arbitral *ad hoc*, este sim formado por não-servidores públicos.⁵⁷

Ocorre que os órgãos criados nos Tratados de Assunção e Ouro Preto, ao contrário da experiência da União Européia, são órgãos formados exclusivamente por representantes dos governos dos países-membros, servidores públicos de carreira ou

não, ministros e mesmo presidentes. Nenhum destes órgãos é supranacional, autônomo ou independente.

3. Entendendo os instrumentos jurídicos do Mercosul: um novo legislador na área

Resumindo, deu-se ao Mercosul a menor supranacionalidade possível, a de existir, sem esclarecer, porém, com clareza quais dos poderes soberanos dos Estados que poderia exercer, deixando assim um vácuo jurídico, que será preenchido conforme a vontade política momentânea dos Estados-partes e sempre por consenso (art. 37 do Protocolo de Ouro Preto) entre os países-membros.

O problema teórico que aqui se esconde é o da divisão dos poderes soberanos ou parte deles a ser transferido a um órgão supranacional. A soberania de um Estado, para o direito, poderia ser resumida como sendo o poder de *fazer leis*, de as *impor* em um território (*coerção*) e *controlar* (jurisdição) sua obediência por determinadas pessoas em determinado território. Da leitura dos Tratados de Assunção e Ouro Preto não fica claro se o Mercosul está ou não legitimado, pela transferência de parte dos poderes soberanos nacionais a legislar, a impor estas leis nas ordens jurídicas internas e a controlar sua execução.

54. Veja arts. 2º a 21 e art. 37 do Protocolo de Ouro Preto.

55. Veja arts. 22 a 27 e art. 31 a 33 do Protocolo de Ouro Preto.

56. Veja arts. 28 a 30 do Protocolo de Ouro Preto.

57. Veja Protocolo de Brasília, Decreto 1.220, de 27 de janeiro de 1994, com as modificações que lhe impôs o Protocolo de Ouro Preto. Veja sobre o sistema final, BERTONI, Liliana. "El sistema de solución de controversias ante la crisis del Mercosur". In *Jurisprudencia Argentina*, diciembre 13 de 2000, p. 6 a 10.

Cabe mencionar que apesar dos Tratados de Assunção e de Ouro Preto instituírem uma série de instrumentos legislativos, como as Decisões do Conselho, as Resoluções do Grupo e as Diretrizes ou Propostas da Comissão de Comércio⁵⁸ não possuem estas normas aplicabilidade imediata nos ordenamentos nacionais, nem hierarquia superior, garantia em relação às leis nacionais já em vigor.⁵⁹ Todas as normas emanadas no Mercosul, o que seria seu direito “comunitário” derivado, necessitam ser incorporadas ao ordenamento nacional, “internalizadas” como se diz no jargão do próprio Mercosul.⁶⁰ O Conselho (CMC) aprova, mas são o Grupo (GMC) e a Comissão (CCM) os órgãos que elaboram as “normas” ou Tratados do Mercosul (art. 14, II e VI, art. 19, VII e art. 41 do Protocolo), juntamente com a Reunião de Ministros.

Segundo MARTHA OLIVAR as decisões do Conselho do Mercosul são de dois tipos: aquelas que prevêem expressamente a necessidade de serem aprovadas pelos congressos nacionais e posteriormente ratificadas e aquelas que não contêm esta previsão.⁶¹ As primeiras são as decisões que tomarão forma de um tratado internacional clássico (protocolos e acordos)

e as segundas são as que os governos nacionais devem impor aos ordenamentos jurídicos nacionais como necessárias à continuação do processo de integração, seja por decreto, por projeto de lei, por medida provisória, por portaria de ministros ou outros órgãos da administração, por decisões administrativas ou por simples mudanças da política da educação no país. Em resumo, a legislação elaborada e aprovada por órgãos do Mercosul pode ser dividida em dois grupos, aquelas normas que foram aprovadas em tratados e atos internacionais convencionais e clássicos de direito internacional público e a que foram aprovadas de forma interna pelo Mercosul.⁶²

O valor jurídico das decisões do CMC ainda são muito discutidas, aproximando-se mais de obrigações clássicas de direito internacional público, pois os arts. 38 e seguintes do Protocolo de Ouro Preto prevêem sua obrigatoriedade (art. 42), mas sua entrada em vigor dá-se somente após a sua incorporação “semivoluntária” nos quatro países-membros (art. 40).⁶³ Quanto ao tratado é necessário frisar que o direito brasileiro não é positivo quanto à existência de tratados executivos, devendo quase todos passarem pela aprovação do Parlamento.⁶⁴

58. Veja art. 41 do Protocolo de Ouro Preto que determina as “fontes jurídicas” do Mercosul.

59. Veja detalhes na profunda análise de OLIVAR, p. 42 e ss.

60. Veja detalhes sobre a experiência normativa do Mercosul, *in Boletim de Integração Latino-americana*, nº 12 – MRE/SGIE/NAT, p. 15 e ss.

61. OLIVAR, p. 48.

62. Veja críticas de LAVOPA pelo uso excessivo de Tratados no Mercosul. LAVOPA, Jorge. “Organización Institucional y Derecho Comunitario en el Mercosul”. *In: O Mercosul e a Comunidade Européia*, Algorta Plá (Coord.), Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1994, p. 85.

63. Veja WILL, Michael R. “Autonome Rechtsangleichung in Europa”. *In: Österreichsweg in die EG*, Fritz Schwind (Org.), OAKW, Viena, 1991, p. 88, texto traduzido em parte para o português por ELAINE RAMOS DA SILVA e publicado na Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 13, 1997, p. 207 e ss.

64. Veja detalhes em LAVOPA, p. 86

Relembando, segundo os arts. 1º e 2º do Protocolo de Ouro Preto de 17 de dezembro de 1994, o Conselho do Mercado Comum aprova decisões obrigatórias para os Estados-membros (art. 9º do Protocolo), o Grupo Mercado Comum aprova resoluções também obrigatórias para os Estados (art. 15 do Protocolo) e a Comissão de Comércio aprova diretrizes, também obrigatórias para os Estados (art. 20 do referido Protocolo).

B) Incorporação do direito oriundo do Mercosul e os modos previstos de solução de controvérsias no Mercosul

1. Regras de incorporação da legislação do Mercosul, a incorporação voluntária e o *revival* do dualismo

A incorporação de normas é um tema tão latente no Mercosul que no “Relançamento do Mercosul” editou-se estranha norma denominada “Incorporação da normativa Mercosul ao ordenamento jurídico dos Estados-partes”, em que se renova a obrigatoriedade das normas derivadas do Mercosul, se estabelecesse um sistema de “acompanhamento” das incorporações e prazos para que tal aconteça (Dec. 23/2000). À doutrina pergunta-se que força tal tipo de norma terá, se nem sequer passou pelo Parlamento, e se seu modelo repete o

que já foi dito em tratados anteriores. A estranha norma, porém, conclui em seu art. 10: “Esta decisão não necessita ser incorporada ao ordenamento jurídico dos Estados-partes, nos termos do art. 42 do Protocolo de Ouro Preto, por regulamentar aspectos da organização ou funcionamento do Mercosul”. Como, em tempos tão dualistas, esta norma pode estar em vigor é um mistério, mas efetivamente parece estar sendo considerada pelos servidores públicos nacionais envolvidos no Mercosul.⁶⁵

Do ponto de vista jurídico, a legislação oriunda do Mercosul não é imediatamente coercitiva no plano interno para particulares, nem encontra legitimidade supranacional na Constituição brasileira. Só é coercitiva, enquanto direito internacional público clássico, como obrigação assumida internacionalmente pela União. O próprio Protocolo de Ouro Preto (complementar ao Tratado de Assunção) reconhece esta falta de aplicabilidade interna de suas fontes jurídicas, dispondo nos arts. 38, 39 e 40 que suas normas aprovadas no Mercosul só entrarão em vigor após a sua entrada em vigor internamente nos quatro países-membros, comprometendo-se os Estados-partes “a adotar todas as medidas necessárias para assegurar, em seus respectivos territórios, o cumprimento das normas emanadas dos órgãos do Mercosul”.

Necessário, pois, um caminho fortemente “dualista”: negociação em órgãos intergovernamentais, aprovação pelos plenipotenciários/ministros/presidentes, esfor-

65. Veja “Tratado de Assunção”, in *Mercosul: Legislação e textos básicos*. Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul – Seção Brasileira e Ministério das Relações Exteriores, (Ed.) Senado Federal, Brasília, 2000, p. 465-466.

ços de incorporação nacional, comunicação do Estado-membro à Secretaria (uma quase ratificação) e somente após a chegada do último documento de “incorporação/ratificação”, notificação da Secretaria sobre a entrada em vigor simultânea 30 dias depois,⁶⁶ se outro caminho não dispuser a norma/Tratado (art. 6º da Dec. 23/2000),⁶⁷ sendo ainda necessário que os Estados-membros completem o iter com a publicidade da entrada em vigor em “seus respectivos diários oficiais” (art. 40, III *in fine* Protocolo de Ouro Preto).

Para evitar esta fragilidade jurídica na imposição de suas normas derivadas, as reuniões de Ministros e o Conselho do Mercosul têm aprovado as mesmas normas que formam as suas decisões em forma de tratados internacionais assinados pelo Poder Executivo. Estes tratados são submetidos ao processo constitucional de aprovação no Congresso e posterior ratificação pelo Executivo, ganhando assim legitimidade e coerção na ordem jurídica interna (art. 84, inciso VII e art. 49, inciso I CF/88). Esta

fragilidade jurídica está diretamente ligada à falta de autonomia e supranacionalidade dos órgãos do Mercosul, inclusive da Comissão de Comércio. O poder de decisão no Mercosul continua nas mãos dos governos, do Poder Executivo destes governos.⁶⁸

As outras decisões do Mercosul, face a consciente supranacionalidade mínima que lhe foi concedida, só integrarão a ordem jurídica interna por vontade e atuação interna dos governantes atuais,⁶⁹ que cumprindo suas obrigações de direito internacional público, copiam ou internalizam a legislação “supranacional”, executando-a como se isto fosse necessário e obrigação interna premente, adaptando assim a legislação interna às decisões “jurídicas” e “políticas” do Mercosul. Não se trata de *soft law*, mas sim de norma internacional coercitiva clássica, cuja fraqueza, porém, ao ser usada por um órgão de integração, é notada por todos, a ponto desta norma internacional merecer uma norma sobre sua incorporação voluntária e facilitada (Dec. 23/2000).

66. Assim também ARAÚJO, *Solução de controvérsias no Mercosul*, p. 3.

67. Note-se que o art. 16 do Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual (Dec. 1/94) impõe a entrada em vigor com apenas duas ratificações. Sabendo-se que o Uruguai até hoje não o ratificou, pergunta-se se estaria em vigor no Mercosul? A resposta era positiva até o quarto laudo arbitral de maio de 2001, mas agora a dúvida ressurge, pois o art. 40, III do POP não tinha recebido uma interpretação estrita e de tanta hierarquia. De qualquer maneira, penso que a norma especial do próprio Tratado, como é o Protocolo de Buenos Aires pode regular sua entrada em vigor em direito internacional público e superar o art. 40, III do POP. Assim, o Protocolo de Buenos Aires estaria em vigor entre Brasil e Argentina, mas não no Mercosul, logo, não face ao Uruguai. O problema é que o art. 40, III expressamente ordena à Secretaria notificar os países e que estes dêem publicidade aos seus, em “seus respectivos diários oficiais”, fato agora revigorado pelo quarto laudo arbitral de maio de 2001.

68. Concorda OLIVAR, p. 44.

69. O próprio Tratado de Assunção reconhece esta falta de aplicabilidade interna de suas fontes jurídicas, dispondo nos arts. 38, 39 e 40 que suas normas aprovadas no Mercosul só entrarão em vigor após a sua entrada em vigor internamente nos quatro países-membros, comprometendo-se os Estados-partes “a adotar todas as medidas necessárias para assegurar, em seus respectivos territórios, o cumprimento das normas emanadas dos órgãos do Mercosul”.

Esta Decisão 23/2000 cria um sistema de monitoramento de incorporações e, de forma constitucionalmente duvidosa, interpreta o art. 40 do Protocolo de Ouro Preto, a fim de facilitar a incorporação de normas do Mercosul "já existentes na legislação nacional". Menciono o problema de constitucionalidade, face à teoria da divisão de poderes, uma vez que "interpretar" as normas é competência dos Executivos, representados no Conselho do Mercosul, mas não é sua competência fixar esta interpretação por norma internacional obrigatória, norma teoricamente autorizada por um tratado (POP), tratado este que justamente os Executivos interpretam e norma que "se incorpora" (art. 10 Dec. 23/2000), sem passar nos Parlamentos nacionais. Reflexo desta falta de legitimação dos Executivos é o quarto laudo arbitral do Mercosul, onde os árbitros consideraram "não incorporadas",⁷⁰ normas que o executivo brasileiro dava por certamente incorporadas, inclusive face à Dec. 23/2000.⁷¹

Note-se que, efetivamente, muitas normas do Mercosul já existem nos ordenamentos nacionais ou são "incorporadas" por

portarias e atos do Executivo. Este atual cumprimento "voluntário", de imitação, não supre a falta de legitimação para legislar em muitos assuntos e não esconde a parca força "jurídica" do Mercosul. No momento em que este processo – até agora executado sem reclamações dos cidadãos, dos representantes políticos e dos empresários – passar a prejudicar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos ou os interesses econômicos das empresas pode haver uma grave discussão constitucional, que exporá as fraquezas do Mercosul e a sua falta de segurança jurídica.

Estima-se que o Mercosul já produziu cerca de 1000 normas e que somente 30% encontra-se efetivamente incorporada na forma do art. 40 do Protocolo de Ouro Preto, sendo assim a Dec. 23/2000 estaria fadada a ficar na retórica... Até mesmo o último laudo arbitral do Mercosul reconhece que as normas não estão em vigor, a confirmar tal fragilidade. Neste caso, o governo da Argentina afirmava: "Las normas emanadas de los órganos del Mercosur son obligatorias para los Estados Partes del Mercosur (EPM) y cuando sea necesario

70. Assim o laudo de maio de 2001: "112) En segundo lugar corresponde observar que algunas de las normas citadas no han cumplido con la obligación de incorporación o internalización a los respectivos ordenamientos jurídicos de los EPM según establecen los artículos 40 y 42 del POP, sin lo cual no entran en vigor (POP, art. 40, literal ii)... 113) De acuerdo con las precisiones efectuadas, ninguna de las normas Mercosur vigentes contiene una disciplina común para la investigación de dumping y aplicación de medidas antidumping en el comercio dentro del Mercosur; conclusión que resulta, no ya de la falta de un requisito de forma menor o trivial, sino de la propia naturaleza del sistema de emisión de normas en el Mercosur que asigna a la incorporación y al acto de notificación de la misma por los EPM el carácter de un requisito indispensable para la vigencia y aplicación de las normas..."

71. Assim manifestou-se o executivo brasileiro, no nº 20: "El Mercosur legisló sobre defensa comercial desde su comienzo. La evolución de las normas sobre aplicación de medidas antidumping intrazona proporciona la base para resolver la presente controversia. Cita Brasil las siguientes normas: DEC CMC Nº 3/92 (extrazona), DEC CMC Nº 7/93 (extrazona), RES GMC 63/93 (intrazona), RES GMC Nº 108/94 (extrazona), RES GMC 129/94 (intrazona), DIR CCM Nº 05/95 (intrazona), DEC CMC Nº 18/96 (Protocolo de Defensa de la Competencia), DEC CMC Nº 11/97 (Marco Normativo del Reglamento Común Relativo a la Defensa contra Importaciones Objeto de Dumping provenientes de Países no Miembros del Mercosur – MN), DEC CMC Nº 28/00 (Defensa Comercial de la Competencia) y DEC CMC Nº 64/00 (Defensa Comercial y de la Competencia)."

deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país (art. 42 Protocolo de Ouro Preto – POP). La obligatoriedad no significa ‘aplicación inmediata’ sino el compromiso de incorporación al derecho interno. La forma de incorporación dependerá del derecho constitucional de cada uno. El sistema de producción de normas en el Mercosur, que es intergubernamental, no participa del sistema del derecho comunitario europeo donde las normas comunitarias penetran directamente en el ordenamiento de cada país sin necesidad de incorporación. Argentina aporta opiniones doctrinarias en ese sentido, según las cuales en el Mercosur no rige la aplicabilidad inmediata sino un sistema propio denominado de ‘vigencia simultánea’ (art. 40 del POP). Las normas que se refieren al funcionamiento del Mercosur no requieren incorporación, como tampoco aquéllas cuyo contenido ya estuviera contemplado en la legislación nacional (DEC CMC nº 23/00). La falta de incorporación de una norma puede ser objeto de una controversia bajo el Protocolo de Brasília – PB por incumplimiento del artículo 42 del POP”.

E o laudo, afinal, confirmou: “115) Es verdad que el POP dispone también que las normas emanadas de los órganos con capacidad decisoria tendrán carácter obligatorio (art. 42) y que las decisiones del CMC serán obligatorias para los Estados Partes (art. 9), mientras que el artículo 38 del mismo Protocolo recoge el compromiso de los EPM de adoptar en sus respectivos territorios todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos con capacidad decisoria. 116) El régimen resultante, sin embargo, no es incoherente ni contradictorio sino

que responde al concepto llamado en doctrina ‘de vigencia simultánea’ – por oposición a la aplicación inmediata – en el cual se conjugan y armonizan las diversas disposiciones del POP al respecto en un sistema por el cual las normas son obligatorias para los EPM desde su aprobación pero la vigencia sólo se produce simultáneamente para todos los EPM cuando todos ellos han dado cumplimiento al procedimiento del artículo 40. Procedimiento establecido precisamente por no existir aplicación directa y a fin de garantizar la vigencia simultánea, previniendo una situación caótica de incertidumbre jurídica y de aplicación parcial. 117) ...Dada la naturaleza intergubernamental del Mercosur y la ausencia de aplicación directa de su normativa nadie puede cumplir en lugar del Estado obligado el acto de incorporación requerido. Pero el incumplimiento apareja responsabilidad internacional del Estado que incumple hacia los Estados que sí han cumplido. La no incorporación de una norma Mercosur obligatoria puede dar lugar a una controversia bajo el PB por incumplimiento de la adopción de la normativa Mercosur. 118) Lo cual sin embargo no significa que la norma está vigente y que sus disposiciones son ya aplicables. Menos todavía si la norma en cuestión es, como en el caso de autos, un conjunto de disposiciones para regular la investigación del dumping y la aplicación de medidas antidumping entre los EPM. Mientras ese conjunto de disposiciones no sea incorporado por todos los Estados no está vigente. La obligatoriedad de las normas en el régimen del Mercosur no suple los requisitos establecidos para su vigencia y para que ésta se produzca es indispensable que todos los EPM hayan transitado la vía del artículo 40 del POP”.

Eis, pois, um forte revival do dualismo, em pleno processo de “integração

econômica internacional" chamado de Mercosul!

2. A falta de um tribunal e a solução de controvérsias no Mercosul

O Tratado de Assunção trazia, em seu Anexo III um sistema provisório e diplomático de solução de controvérsias, que se tornou definitivo através do Protocolo de Brasília de 1991 e do Protocolo de Ouro Preto de 1994 com algumas modificações.⁷²

O Protocolo de Brasília sobre a solução de controvérsias no Mercosul⁷³ foi muito criticado no Brasil, porque deixou de criar um sistema verdadeiro de acesso à Justiça, perdeu a chance de criar um verdadeiro Tribunal do Mercosul e contentando-se com um sistema *ad hoc* de arbitragem que, de tão tradicional e diplomático,⁷⁴ temia-se que as demandas e os litígios estariam sendo abafados por um sistema diplomático em excesso, no qual somente conflitos entre Estados encontram alguma solução.⁷⁵

Após Ouro Preto o sistema diplomático aumentou incluindo-se a Comissão de

Comércio como órgão semi-judicial, além do GMC. Somente esgotada a fase de conversações diplomáticas, pode, o órgão do Mercosul, de forma soberana chamar os três árbitros *ad hoc* para decidirem a questão.⁷⁶ Nota-se que tal sistema não uniformiza a jurisprudência, além, é claro de reprimir a demanda de litígios dos particulares, que necessitam de apoio de sua Seção nacional do GMC ou CCM para reclamarem de forma efetiva. A experiência européia demonstrou a importância do tribunal como órgão uniformizador da jurisprudência, garantidor dos direitos humanos dos cidadãos europeus e dos direitos de não-discriminação das empresas europeias, resumindo como "motor" da integração. Mais grave ainda no sistema do Mercosul é a impossibilidade do juiz nacional, observando que a interpretação de uma norma derivada ou oriunda do Mercosul seria importante para a decisão do caso concreto, requer ao tribunal arbitral do Mercosul que decida ou interprete a questão relevante, a exemplo do que ocorre na Europa (recurso prejudicial do ex-art. 177 do Tratado de Roma).⁷⁷

O criticado Protocolo de Brasília⁷⁸ sobre a solução de controvérsias no

72. Veja "Tratado de Assunção", in *Mercosul: Legislação e textos básicos*, Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul – Seção Brasileira e Ministério das Relações Exteriores, (Ed.) Senado Federal, Brasília, 2000, p. 31-32.
73. Em vigor desde 24.04.1993, ratificado pela Argentina em 28.12.1992, Brasil em 28.12.1992, Paraguai em 16.07.1992 e Uruguai em 24.04.1993, veja Boletim de Integração Latino-Americana, 12, p. 29. Veja também decisão sobre a localização do Tribunal em Assunção (Dec. 28/94), in *Boletim de Integração Latino-Americana*, vol. 15, p. 65.
74. Como ensina ARAÚJO, p. 4 e 5, o sistema do Mercosul resultou em sistema duplo, onde as controvérsias Estado-Estado podem ser resolvidas "pela via Institucional do Mercosul" e as outras ficam legadas a solução "pela via judicial nos Estados-partes", com a ajuda de tratados específicos de cooperação judicial e pela "via arbitral".
75. Sobre o tema, veja, por todos, ARAÚJO, p. 4 e ss.
76. Veja detalhes em PIRES/FONSECA/CROSHERE, p. 59 e ss.
77. Com opinião positiva sobre o Protocolo de Brasília, ARRIGHI, p. 135.
78. Veja nossa crítica "Regulamento Comum ...", in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 23-24, p. 98.

Mercosul⁷⁹ – que nega aos indivíduos no Mercosul a segurança de um tribunal supranacional⁸⁰ e só dez anos depois de criado decidiu seus primeiros 4 casos⁸¹ de controvérsias entre Estados,⁸² é, porém, o atual e definitivo sistema de solução de controvérsias do Mercosul. Caberia, agora, um comentário sobre os quatro laudos arbitrais já existentes.

Interessante observar que as controvérsias aceitas para ir ao tribunal arbitral *ad hoc* do Mercosul foram sempre controvérsias entre Brasil e Argentina.⁸³ No primeiro caso, a Argentina alegava que as licenças de importação automáticas e não-automáticas dadas pelo Governo brasileiro constituíam ofensa ao sistema do Mercosul e efetivamente a sentença deu ganho de causa à Argentina pelo uso abusivo destas, mas não se manifestando claramente no que

estas violariam, *per se*, o sistema de liberação comercial do Mercosul.

No segundo laudo, o tribunal arbitral *ad hoc* deu ganho de causa a uma reclamação brasileira. No dia 10 de março de 2000, acolheu outro tribunal arbitral *ad hoc* a posição do Brasil contrária às salvaguardas argentinas, que estariam prejudicando as exportações brasileiras de tecidos de algodão para aquele país. Tratava-se da “Resolución 861/99”, que estabelecia máximos anuais sobre têxteis do Brasil, uma medida considerada incompatível com o livre comércio acordado entre os Estados-membros do Mercosul e que acabava por beneficiar países terceiros, tendo, pois, caráter discriminatório. Este foi o laudo que mais credibilidade trouxe ao sistema de solução de controvérsias do Mercosul.⁸⁴

O terceiro laudo tratou novamente de reclamação da Argentina contra o Brasil,

79. Em vigor desde 24.04.1993, ratificado pela Argentina em 28.12.1992, Brasil em 28.12.1992, Paraguai em 16.07.1992 e Uruguai em 24.04.1993, veja Boletim de Integração Latino-Americana, 12, p. 29. Veja também Decisão sobre a localização do Tribunal em Assunção (Dec. 28/94), in Boletim de Integração Latino-Americana, 15, p. 65.

80. Assim crítica de BATISTI, Leonir. *Direito do consumidor para o Mercosul*, Curitiba: Juruá, 1998, p. 83 e ss.

81. Veja laudo arbitral – Argentina v. Brasil – Abr./1999 Informações Gerais, Reclamante – República Argentina, Reclamado – República Federativa do Brasil: Árbitros, Presidente – Dr. JUAN CARLOS BLANCO (Uruguai), Argentina – Dr. GUILLERMO MICHELSON IRUSTA, Brasil – Dr. JOÃO GRANDINO RODAS.

Constituído de acordo com o Protocolo de Brasília, Sede – Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM) – Uruguai, Notificação do Presidente – 29.01.1999, Constituição, Instalação e Funcionamento do Tribunal – 01.02.1999, “Conclusões: 1. A controvérsia se situa no conjunto normativo do Mercosul e deve ser interpretada conforme esse conjunto, levando em consideração os fins e objetivos do projeto de integração. 2. A questão objeto da controvérsia é a compatibilidade do regime de licenças com o conjunto normativo do Mercosul. 3. Os instrumentos internacionais integracionistas só podem ser interpretados pelo método teleológico, ainda que na ausência de normas supranacionais. 4. O TA e seu sistema normativo contém disposições que fixam objetivos e princípios; que criam órgãos e que estabelecem obrigações concretas para os Estados. 5. O programa de liberalização comercial tem papel central no TA. 6. O programa de liberalização comercial tem por função eliminar BT e BNT. 7. Aprorrogação da data de conformação do Mercado Comum não derroga a obrigação das partes de eliminar BT e BNT” (texto fornecido por NADIA DE ARAÚJO – Lista Mercosul, PUC/RJ).

82. Em 4 de maio de 1999, jornais brasileiros noticiaram que o primeiro tribunal arbitral constituído segundo o Protocolo de Brasília para dirimir uma questão proposta pela Argentina contra o Brasil (de que as licenças não-automáticas de importação são incompatíveis com as normas do Tratado de Assunção) decidiu que o Brasil tem até o final do ano para suspender esses procedimentos, instituídos pelo Decex/Secex em 1997 (Informação Lista Mercosul, PUC/RJ).

83. Sobre os três primeiros laudos veja BERTONI, op. cit., p.10 a 13.

84. Assim também BERTONI, op. cit., p. 13.

sobre ajudas à exportação, no caso de “carne de cerdo”.⁸⁵ O interessante deste laudo foi ser o primeiro oriundo de uma reclamação originada de particulares, seu aspecto negativo foi ter sido o primeiro a não decidir a questão com normas do Mercosul e sim com normas da OMC, a demonstrar a fraqueza do “direito do Mercosul”.

O quarto laudo, de 25 de maio de 2001, segue esta linha, que já pode ser considerada polêmica, e a aprofunda ainda mais, ao interpretar de forma estrita os arts. 40 e 42 do Protocolo de Ouro Preto, expondo com clareza as fragilidades jurídicas do Mercosul, ao decidir que não há norma em vigor sobre o tema (antitruste), apesar da vasta atividade legislativa oriunda do Mercosul.⁸⁶ Este laudo praticamente deixa sem decidir o conflito entre particulares (34 empresas brasileiras exportadoras de frango) e o Estado argentino implícito ao caso. A seguir, nesta linha “realista” de expor as fragilidades do Mercosul no que se refere à

incorporação de suas normas, o próprio sistema de soluções de controvérsias do Mercosul ameaça ruir, pois será mais fácil e ágil recorrer ao Judiciário nacional (nem sempre preparado para demandas de cunho político e de política externa), ou à OMC, do que prestigiar o frágil Mercosul...

3. Os tratados sobre cooperação judicial, direito internacional privado e processo civil internacional do Mercosul

Segundo os autores argentinos há um Direito Internacional Privado do Mercosul,⁸⁷ já autores uruguaios⁸⁸ e brasileiros preferem destacar as normas como sendo de Processo Civil Internacional.⁸⁹ Certo é que o Protocolo de San Luis de 1996, regula o foro e a lei aplicável à responsabilidade civil por acidentes de trânsito, logo, traz normas de DIPr, enquanto os demais tratados tratam efetivamente de

85. Como se lê no laudo: “La reclamación hecha por la República Argentina trató inicialmente sobre los procedimientos y normas brasiles que entiende caracterizan subsidios a la exportación de carne de cerdo, solicitando la corrección por parte del Brasil de esa normativa, por considerar que causa distorsiones que afectan la competitividad de los productos argentinos”.

86. Assim conclui o laudo: “116) El régimen resultante, sin embargo, no es incoherente ni contradictorio sino que responde al concepto llamado en doctrina ‘de vigencia simultánea’ – por oposición a la aplicación inmediata – en el cual se conjugan y armonizan las diversas disposiciones del POP al respecto en un sistema por el cual las normas son obligatorias para los EPM desde su aprobación pero la vigencia sólo se produce simultáneamente para todos los EPM cuando todos ellos han dado cumplimiento al procedimiento del artículo 40. Procedimiento establecido precisamente por no existir aplicación directa y a fin de garantizar la vigencia simultánea, previniendo una situación caótica de incertidumbre jurídica y de aplicación parcial. 117) A su vez la obligatoriedad de las normas, aunque limitada por la exigencia de vigencia simultánea, no deja de tener contenido. Se trata de una obligación jurídica para cada Estado que se concreta en una obligación de hacer: ‘adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur’ (POP, art. 38) y además, agrega en forma imperativa el artículo 42, ‘cuando sea necesario, deberán, ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales’. Dada la naturaleza intergubernamental del Mercosur y la ausencia de aplicación directa de su normativa nadie puede cumplir en lugar del Estado obligado el acto de incorporación requerido.”

87. Assim KLOR, p. 229 e ss. e FERNANDEZ ARROYO, p. 42.

88. Assim HARGAIN, Daniel e MIHALI, Gabriel. *Circulación de bienes en el Mercosur*. Montevideu: Júlio César Faria Ed., 1998, p. 537 e ss.

89. Assim PABST, IPRAK 1999, p. 76, que cita opiniões de ARAÚJO, ALMEIDA, MARTINS, BORBA CASELLA e PABST, p. 31.

processo e de normas auxiliares ao Direito Internacional Privado.⁹⁰

FERNANDEZ ARROYO destaca a ampla competência do Mercosul⁹¹ e sua atuação tratando, por convenções internacionais (sempre denominadas Protocolos e Decisões, ou normas internas), dos seguintes temas: reconhecimento e execução de decisões e cooperação judicial internacional, com o Protocolo de Las Leñas sobre cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, laboral e administrativa de 1992, complementado pelo Protocolo de Medidas Cautelares de 1997 e o acordo complementar ao Protocolo de Las Leñas de 1997, a competência judicial internacional em matéria contratual, com o Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual de 1994 e o Protocolo de Santa Maria de 1996, sobre jurisdição internacional em matéria de relações de consumo, ainda não em vigor; além de, em 1996, regular o foro e a lei aplicável à responsabilidade civil por acidentes de trânsito, no Protocolo de San Luis. Em 1998, tratou-se da Arbitragem, com o Acordo sobre Arbitragem comercial internacional assinado em Ushuaia. Tam-

bém foram regulados temas conexos, como a defesa da concorrência, os investimentos estrangeiros e o transporte multimodal.⁹²

O resultado é criticado pelo autor argentino, pois a inflação de convenções poderia criar conflitos de segundo grau (entre tratados) e conflitos de normas nacionais e tratados,⁹³ sugerindo a necessidade de uma melhor racionalização de esforços.⁹⁴ As primeiras decisões jurisprudenciais brasileiras não foram positivas,⁹⁵ pois não utilizaram as normas do Mercosul (consideradas não ainda em vigor) em conflito com as normas internas.⁹⁶ A legislação derivada do Mercosul que se utiliza de atos ou tratados internacionais para facilitar a sua incorporação nos ordenamentos nacionais concentrou-se no tema do acesso do consumidor ou do comerciante à Justiça, isto é, em sua maioria são tratados de direito processual internacional e de cooperação judiciária.⁹⁷

Efetivamente, com origem nos trabalhos da Reunião de Ministros da Justiça,⁹⁸ há no Mercosul interessante legislação derivada de direito processual internacional e de cooperação judiciária, que através de tratados clássicos de direito internacional pú-

90. Esta também é a opinião de SAMTLEBEN, em seu artigo publicado *in RabelsZ* 63, 1999, p. 1 e ss.

91. FERNANDEZ ARROYO, p. 49.

92. FERNANDEZ ARROYO, p. 40 e 41.

93. FERNANDEZ ARROYO, p. 45.

94. FERNANDEZ ARROYO, p. 51.

95. Veja na íntegra decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro não aplicando o Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul, Carta Rogatória 8279-4-Arg., de 4 de maio de 1998, *in Revista de Derecho del Mercosur*, ano 2, nº 4, agosto de 1998, p. 221.

96. Assim noticia crítico, FERNANDEZ ARROYO, p. 49 e 50.

97. Note-se que há também um Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, assinado em 13 de junho de 1996, que não foi comentado uma vez que estamos nos limitando a assuntos "privados", direta ou indiretamente.

98. A Reunião de Ministros da Justiça do Mercosul foi criada pela Decisão nº 8/91 do Conselho do Mercado Comum (MERCOSUL/CMC/DEC. nº 08/1991, publicada no Boletim de Integração Latino-americana, Edição Especial 1992, p. 32).

blico procuram facilitar o trabalho da justiça nacional: o Protocolo de Las Leñas sobre a cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, administrativa e do trabalho,⁹⁹ o Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual,¹⁰⁰ o protocolo sobre medidas cautelares¹⁰¹ e outros tratados, como o Protocolo de San Luis em matéria de acidentes de trânsito, um protocolo de cooperação penal e um de arbitragem comercial, além do Protocolo de Santa Maria sobre foro privilegiado para o consumidor.¹⁰² As três principais são o Protocolo de Las Leñas sobre a cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, administrativa e do trabalho, o Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual e o protocolo sobre medidas cautelares.

O acordo sobre mediação e arbitragem privada, assinado em 1998, é uma tentativa de incentivar soluções extrajudiciais de controvérsias privadas por meio da mediação e arbitragem.¹⁰³ Seu art. 1º estabele-

ce sua aplicação “ao acordo ou convénio de arbitragem firmado entre pessoas jurídicas ou físicas com sede social, residência ou domicílio em Estados-partes diferentes, com o fim de solucionar controvérsias que versem sobre direito patrimonial disponíveis”.¹⁰⁴

Como se observa, com origem nos trabalhos da Reunião de Ministros da Justiça, há no Mercosul interessante legislação derivada de direito internacional público clássico, vejamos, pois, seus efeitos recentes nas cortes superiores brasileiras.

II – Efeitos recentes do direito oriundo do Mercosul nas cortes superiores brasileiras: os primeiros 28 casos

O Brasil possui duas cortes superiores em Brasília, uma dedicada aos casos envolvendo a Constituição, inclusive em seus conflitos com tratados internacionais e aqueles envolvendo homologação e

99. Decreto nº 2.067, de 12 de novembro de 1996. Texto em espanhol, *in* Marques (Coord.), p. 295-303. Veja no Brasil Dec. Leg. 47, 13.04.1995 (DOU 13.04.1995, p. 5.282). Veja também TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Protocolo de cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa entre os Estados-membros do Mercosul”, *in* Lima-Marques (Coord.), p. 219 e ss. E mais recentemente, em realista visão, MAGALHÃES, José Carlos de. “O protocolo de Las Leñas e a eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais proferidos nos países do Mercosul”. *In Revista de Informação Legislativa*, nº 144, out.-dez./1999, p. 251 e ss.

100. Decreto nº 2.095, 17.12.1996. Texto em português, *in* Boletim de Integração Latino-americana, 13, p. 101-103 e na Revista Direito do Consumidor, vol. 19, 1996, p. 374 e ss.; sobre o “Protocolo sobre jurisdição em matéria contratual”, veja em alemão SAMTLEBEN, Jürgen, *Ein Gerichtsstandübereinkommen für den Südamerikanischen Gemeinsamen Markt (MERCOSUL)*, *in* IPRax, Heidelberg, 1995, p. 129 e ss.

101. Decreto nº 2.626, de 15 de junho de 1998. Veja Protocolo, *in* Boletim de Integração Latino-americana, 15, p. 334 e sua aprovação pelo Congresso Brasileiro através do Decreto Legislativo nº 192/95.

102. Veja texto na íntegra *in* ARAÚJO, Nádia de et alii (Org.), *Código do Mercosul – Tratados e legislação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 159-167.

103. Assim FERNANDEZ ARROYO, p. 41.

104. Sobre o tema, veja, por todos, NOODT TAQUELA, Arbitraje..., p. 21 e ss.

execução de sentenças estrangeiras, corte esta denominada de Supremo Tribunal Federal; e uma corte civil, comercial e penal, denominada Superior Tribunal de Justiça. Pesquisando na jurisprudência destas duas cortes as menções sobre o Mercosul e seus tratados ou normas derivadas, identifiquei 28 casos principais. Destes, 15 casos no STF, nos últimos 6 anos, e 13 decisões monocráticas somente em 1999 e 2000, no STJ, as quais passo agora a comentar.

A) O Mercosul frente ao Supremo Tribunal Federal

Foram encontrados 13 principais decisões do STF, que podem ser divididas em três grupos, o primeiro grupo versa sobre o Protocolo de Las Leñas de cooperação judicial, o segundo grupo, sobre o Protocolo de Cautelares e o terceiro grupo, mais geral, identifica-se no uso discursivo do Mercosul como fundamento de pedir no Judiciário brasileiro.

1. Casos de cooperação judicial: o Protocolo de Las Leñas

No primeiro grupo, encontramos 9 decisões.¹⁰⁵ O Protocolo de Las Leñas, de 1992,¹⁰⁶ tem por fim facilitar as provas, as trocas de informação, o reconhecimento de sentenças,¹⁰⁷ a cooperação, em geral, entre os poderes judiciais dos países do Mercosul, avança ao conseguir um tratamento não discriminatório ao estrangeiro (pessoa física e mesmo jurídica) residente no Mercosul (veja art. 3º e art. 4º do Protocolo),¹⁰⁸ e inova a possibilitar os trâmites de reconhecimento e execução por carta rogatória.¹⁰⁹ Efetivamente seu texto impõe: "Art. 3º Os cidadãos e os residentes permanentes de um dos Estados-partes gozarão, nas mesmas condições dos cidadãos e residentes permanentes do outro Estado-partes, do livre acesso à jurisdição desse Estado para a defesa de seus direitos e interesses. O parágrafo anterior aplicar-se-á às pessoas jurídicas constituídas, autorizadas ou

105. AGRCR-7613/4-Argentina, J. 03.04.1997, AGRCR-7618/8-Argentina, J. 03.04.1997, Carta Rogatória 7613/4, Argentina, J. 26.05.1999, CR 8240, Argentina, 16.11.1998, CR 8267-Argentina, de 05.03.1999, CR 7.662, CR 7.899 e CR 8.038 e Reclamação RCL 717/RS, 30.12.1997.

106. Decreto nº 2.067 de 12 de novembro de 1996. Veja nosso artigo "Regulamento Comum...", in Revista Direito do Consumidor, vol. 23-24, p. 99. Veja igualmente Acordo nº 1/97 da Reunião de Ministros do Mercosul – Acuerdo Complementario al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial Laboral y Administrativa, in DREYZIN DE KLOK, p. 280-281.

107. Veja CR 8267-Argentina, de 05.03.1999: "Em consequência, considerando a disciplina ritual fixada no Protocolo de Las Leñas (art. 19), concedo o exequatur e determino, após o trânsito em julgado deste ato decisório (RISTF, art. 227, parágrafo único), a remessa da presente carta rogatória à Seção Judiciária do Rio de Janeiro, para os fins a que se refere o art. 109, X, da Constituição da República, promovendo-se, no órgão competente do Registro Civil das Pessoas Naturais da comarca do Rio de Janeiro, a averbação da sentença de divórcio em questão (fl. 04-v.)".

108. Sobre as regras do Protocolo de Las Leñas e as respectivas Convenções Interamericanas sobre os mesmos temas, veja ARAÚJO, Nádia; ALMEIDA, Ricardo Ramalho; SALLES, Carlos Alberto. "Cooperação Interjurisdiccional no Mercosul", in Mercosul, Maristela Basso (org.), 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998 e ARAÚJO, Nádia e CASELLA, Paulo Borba. *Integração jurídica interamericana*. São Paulo: LTr, 1998.

109. Assim FERNANDEZ ARROYO, p. 42.

registradas conforme as leis de qualquer dos Estados-partes".¹¹⁰

Este interessante protocolo instituiu autoridades centrais (administrativas) para facilitar o trâmite,¹¹¹ mas tem esbarrado na tradição brasileira¹¹² da homologação judicial e centralização no STF,¹¹³ como exemplifica a decisão do STF Ag Rg-CR-7613/4-Argentina, no caso de rogatória argentina, cuja ementa foi a seguinte:

"Sentença estrangeira: Protocolo de Las Leñas: homologação mediante carta rogatória. O Protocolo de Las Leñas ("Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista, Administrativa" entre os países do Mercosul) não afetou a exigência de que qualquer sentença estrangeira – à qual é de equiparar-se a decisão interlocutória concessiva de medida cautelar – para tornar-se exequível no Brasil, há de ser previamente submetida à homologação do Supremo Tribunal Federal, o que obsta à admissão de seu reconhecimento incidente, no

foro brasileiro, pelo juízo a que se requeira a execução; inovou, entretanto, a convenção internacional referida, ao prescrever, no art. 19, que a homologação (dito reconhecimento) de sentença provinda dos Estados-partes se faça mediante rogatória, o que importa admitir a iniciativa da autoridade judiciária competente do foro de origem e que o exequatur se defira independentemente da citação do requerido, sem prejuízo da posterior manifestação do requerido, por meio de agravo à decisão concessiva ou de embargos ao seu cumprimento."¹¹⁴

Note-se que em 1997, 1998 e 1999, o STF utilizou o processo de cooperação previsto no Protocolo de Las Leñas, mas sempre interpretando que as cartas rogatórias deveriam passar pelo Presidente do STF.¹¹⁵ É típico o caso que envolvia um juiz de fronteira com o Uruguai, da cidade de Livramento (Rio Grande do Sul) separada apenas por uma rua para a cidade uruguaia de Riveira. Neste processo, o juiz, em caso de direito de família, dirigiu-se diretamente

110. ARAÚJO/MARQUES/REIS, p. 109. Veja exegese completa deste Protocolo, in DREYZIN DE KLOR, p. 312 e ss.

111. Assim destaca TELLECHEA BERGMAN, op. cit., p. 221.

112. Veja CR 8577-Argentina, J. 19.02.1999: "Revela-se lesiva à soberania brasileira, e transgride o texto da Lei Fundamental da República, qualquer autorização, que, solicitada mediante comissão rogatória emanada de órgão judiciário de outro País, tenha por finalidade permitir, em território nacional, a inquirição, por magistrados estrangeiros, de testemunha aqui domiciliada, especialmente se pretender que esse depoimento testemunhal – que deve ser prestado perante magistrado federal brasileiro (CF, art. 109, X) – seja realizado em Missão Diplomática mantida pelo Estado rogante junto ao Governo do Brasil".

113. Araújo, Nádia de. "Solução de controvérsias no Mercosul: A via institucional do Tratado de Assunção e o Protocolo de Las Leñas". Trabalho inédito apresentado na reunião Anual da SBPC, original, p. 10, observa de forma perspicaz que, face ao art. 19 do Protocolo, as decisões são enviadas diretamente, por rogatória, através da Autoridade Central, o que constitui uma "nova via", aceita pelo STF desde que o exequatur seja (centralizado) no próprio STF. Um caminho de meio, mais célere, mas ainda com a participação do STF, citando a autora como exemplo a Carta Rogatória 7618, J. 03.04.1997, agravo regimental.

114. AgRg-CR 7613/AT, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publ. DJ 09.05.1997, PP 18154 ement. Vol. 01868-02, PP 00223, J. 03.04.1997 – Tribunal Pleno (Texto fornecido por Nádia de Araújo – Lista Mercosul, PUC/RJ).

115. Assim também ARAÚJO, p. 6 que ensina: "Reconheceu o STF que... em face do óbice constitucional intransponível do ordenamento jurídico brasileiro, que dá ao STF a competência originária para homologação de sentenças estrangeira e concessão de exequatur às cartas rogatórias, impossível conceber a possibilidade de decisão constitutiva incidente no juízo da lide".

ao magistrado uruguai e sua carta rogatória foi caçada, devendo seguir os trâmites normais do direito brasileiro e ir ao STF em Brasília, para só então, depois de meses, retornar ao magistrado uruguai.¹¹⁶ Como afirma o mestre uruguai TELLECHEA BERGMAN: “Estimamos... de suma utilidad poner en práctica... forma de comunicación directa entre jueces que por compartir una misma área geográfica, están en condiciones de verificar por sí, sin intermediación, la autenticidad de solicitudes de auxilio rogadas por tribunais que aunque extranjeros, son vecinos”.¹¹⁷

Certo é que a interpretação dada ao Protocolo de Las Leñas pelo STF (veja Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 7613, de 03.04.1997) permite a homologação via rogatória e reverte a posição anterior desta Corte, denegando exequatur às cartas rogatórias de caráter executório.¹¹⁸ Esta evo-

lução, porém, foi considerada por autores argentinos e uruguaios insuficiente, uma vez que a centralização imposta pelo STF retira toda e qualquer força e economia temporal conseguida pelo sistema.¹¹⁹ Como afirma NOODT TAQUELA: “La circunstancia de que los exhortos tengan que pasar necesariamente por el Supremo Tribunal Federal dificulta la cooperación judicial internacional”.¹²⁰

Mencione-se, por fim, que se a corte superior interpretadora da Constituição mantém-se apegada à igualdade de tratamento a todos os atos de direito internacional público, estejam eles inseridos ou não em um projeto de integração, as cortes estaduais regionais demonstram simpatia pelos tratados internacionais oriundos do Mercosul e os utilizam na prática para facilitar e flexibilizar o processo, como demonstra recente caso no TJRS.¹²¹

116. Reclamação 717/RS, J. 30.12.1997, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

117 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “El marco regulador de la cooperación cautelar internacional en el ámbito del Mercosur – El Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares”, in Revista Jurídica La Justicia Uruguaya, tomo 119, p. 41.

118. Assim também ARAÚJO, p. 6.

119. Veja pela argentina NOODT TAQUELA, Maria Blanca. “Los procesos a distancia y otros modos de cooperación judicial internacional en el Mercosur”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, nº 15, p. 186 e no Uruguai, em recente trabalho, TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “El marco regulador de la cooperación cautelar internacional en el ámbito del Mercosur – El Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares”, in Revista Jurídica La Justicia Uruguaya, tomo 119, p. 41.

120. NOODT TAQUELA, Maria Blanca. “Los procesos a distancia y otros modos de cooperación judicial internacional en el Mercosur”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, nº 15, p. 186.

121. Assim AI 599.244.886, 16º C.Civ., TJRS, J. 15.12.1999, Des. GENACÉIA DA SILVA ALBERTON, cuja ementa é: “Intimação de leilão. Mercosul. Protocolo de Las Leñas. Flexibilização em relação a nacionais. Possibilidade de intimação por carta registrada quando se tratar de nacional tendo em vista o sistema processual pátrio. Medida excepcional que atende à efetividade do processo. Negado provimento ao agravo”. E em cujo voto do Relator, p. 2 e 3 do original lê-se: “Considerando que países como Argentina, Uruguai e Paraguai possuem também o sistema de comunicação de atos processuais via ‘carta documentada’ ou ‘carta certificado’, viável seria que a autoridade brasileira solicitasse à autoridade estrangeira que efetivasse a intimação por carta. Tal documento com validade no país estrangeiro e que está de acordo com a sistemática nacional seria uma forma mais rápida e substituiria a rogatória. Aliás, essa foi uma das propostas ventiladas no IV Encontro de Magistrados do Mercosul visando agilizar a prática de atos processuais entre os Estados-membros do Mercado Comum do Sul... No caso em julgamento, a mesma não gerou prejuízo às partes. Trata-se de executados brasileiros que estão sendo processados segundo as normas brasileiras e que, tomando conhecimento da marcação de leilões, saem do Brasil para permanecer no Uruguai, dificultando, assim, o regular prosseguimento da execução”.

2. Casos de cooperação judicial: o Protocolo de Cautelares

No segundo grupo, encontramos as decisões referentes ao Protocolo de Cautelares.¹²² Em Ouro Preto, aprovou-se a Decisão 27/94, que contém o texto do “Protocolo de Medidas Cautelares”, em cujo campo de aplicação inclui medidas cautelares ou de urgência em matéria de direito civil (art. 1º).¹²³ Segundo o art. 5º: “A admissibilidade da medida cautelar será regulada pelas leis e julgada pelos juizes ou Tribunais do Estado requerente”.¹²⁴ Este protocolo já foi objeto de decisão do STF, antes de totalmente incorporado ao direito brasileiro e, por este motivo justamente foi sua aplicação recusada. A decisão do STF foi a seguinte:

“MERCOSUL. Protocolo de Medidas Cautelares (Ouro Preto/MG). Ato de direito internacional público. Convenção ainda não incorporada ao direito interno brasileiro. Procedimento constitucional de incorporação dos atos internacionais que ainda não se concluiu. O Protocolo de Medidas Cautelares adotado pelo Conselho do Mercado Comum (MERCOSUL), por ocasião de sua VII Reunião, realizada em Ouro Preto/MG, em dezembro de 1994, embora aprova-

do pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 192/95), não se acha formalmente incorporado ao sistema de direito positivo interno vigente no Brasil, pois, a despeito de já ratificado (instrumento de ratificação depositado em 18.03.1997), ainda não foi promulgado, mediante decreto, pelo Presidente da República. Considerações doutrinárias e jurisprudenciais em torno da questão da executorialidade das convenções ou tratados internacionais no âmbito do direito interno brasileiro. Precedentes: RTJ 58/70, Rel. Min. OSWALDO TRIGUEIRO – ADIn 1.480/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO.”¹²⁵

Em 2000, o STF aplicou o protocolo de cautelares do Mercosul, já incorporado pelo Decreto 2.626, de 15 de junho de 1998, mas sim através de uma interpretação descaracterizadora de suas inovações.¹²⁶ Novamente, a doutrina argentina¹²⁷ e uruguaia¹²⁸ criticou, não sem razão, a posição conservadora brasileira.

Como se pode observar a interpretação dada pela jurisprudência do STF ao “Direito do Mercosul”, isto é, aos tratados oriundos do Mercosul não é em nada diferente ou privilegiadora da integração. Em

122. Ag-CR 8.279-4, Argentina, 17.06.1998, Ag-CR 9.194-1, Argentina, 16.11.2000.

123. MERCOSUL/CMC/DEC. 27/94, Ouro Preto 16.12.1994, in Boletim de Integração Latino-americana, 15, p. 334-341. Veja texto na íntegra in Araújo, Nádia de et alii (Org.), Código do Mercosul – Tratados e legislação. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 137-146, a qual menciona o Dec. Leg. 192/95, de 18 de dezembro de 1995.

124. ARAÚJO/MARQUES/REIS, p. 138.

125. Carta Rogatória nº 8.279-República Argentina, Ministro CELSO DE MELLO (Presidente), comentada por ARAÚJO, Nádia de. “A internalização dos tratados internacionais no Direito Brasileiro”, conferência realizada no Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da UFRGS.

126. Veja CR 9.194/1, Argentina, J. 16.11. 2000.

127. Veja pela Argentina, DREYZIN DE KLOR, p. 305.

128. Veja pelo Uruguai, TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “El marco regulador de la cooperación cautelar internacional en el ámbito del Mercosur – El Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares”, in Revista Jurídica La Justicia Uruguaya, tomo 119, p. 41.

verdade, a corte mantém a tradição dualista, centralizadora e formalista brasileira.¹²⁹

3. Casos gerais e o uso do Mercosul como argumento judicial

Por fim, mencione-se ainda três casos que utilizam os Tratados do Mercosul de for-

ma genérica frente ao Supremo Tribunal Federal. No primeiro,¹³⁰ o prefeito de cidade do Rio Grande do Sul, de região exportadora de calçados, tenta combater – sem sucesso – a iminente expropriação de quantias conseguidas através dos seus impostos municipais, alegando que a crise na cidade e no setor calçadista foi “acentuada pelos desen-

129. Veja Carta Rogatória nº 8.279-República Argentina: “É que esse ato de direito internacional público, muito embora aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 192/95), não se acha formalmente incorporado ao sistema de direito positivo interno vigente no Brasil, pois, a despeito de já ratificado (instrumento de ratificação depositado em 18.03.1997), ainda não foi promulgado, mediante decreto, pelo Presidente da República. Na realidade, o *Protocolo de Medidas Cautelares (MERCOSUL)* – que se qualifica como típica Convenção Internacional – não se incorporou definitivamente à ordem jurídica doméstica do Estado brasileiro, eis que ainda não se concluiu o procedimento constitucional de sua recepção pelo sistema normativo brasileiro. A questão da *executoriedade* dos tratados internacionais no âmbito do direito interno – analisado esse tema na perspectiva do sistema constitucional brasileiro, tal como resultou debatido no julgamento da ADIn nº 1.480/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – supõe a prévia incorporação desses atos de direito internacional público ao plano da ordem normativa doméstica. Não obstante a controvérsia doutrinária em torno do monismo e do *dualismo* tenha sido qualificada por CHARLES ROUSSEAU (“*Droit International Public Approfondi*”, p. 3-16, 1958, Dalloz, Paris), no plano do direito internacional público, como mera “*discussion d'école*”, torna-se necessário reconhecer que o mecanismo de *recepção*, tal como disciplinado pela Carta Política brasileira, constitui a mais eloquente atestação de que a norma internacional não dispõe, por autoridade própria, de exequibilidade e de operatividade *imediatas* no âmbito interno, pois, para tornar-se eficaz e aplicável na esfera doméstica do Estado brasileiro, depende, essencialmente, de um processo de integração normativa que se acha delineado, em seus aspectos básicos, na própria Constituição da República... Não obstante tais considerações, impende destacar que o tema concernente à definição do momento a partir do qual as normas internacionais tornam-se vinculantes no plano interno excede, em nosso sistema jurídico, à mera discussão acadêmica em torno dos princípios que regem o monismo e o dualismo, pois cabe à Constituição da República – e a esta, somente – disciplinar a questão pernante à *vigência doméstica* dos tratados internacionais. Sob tal perspectiva, o sistema constitucional brasileiro – que não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (*visão dualista extremada*) – satisfaz-se, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de *iter* procedural que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (*visão dualista moderada*). Uma coisa, porém, é absolutamente inquestionável sob o nosso modelo constitucional: a *ratificação* – que se qualifica como típico ato de direito internacional público – não basta, por si só, para promover a *automática* incorporação do tratado ao sistema de direito positivo interno. É que, para esse específico efeito, impõe-se a coalescência das vontades autônomas do Congresso Nacional e do Presidente da República, cujas deliberações individuais – embora necessárias – não se revelam suficientes para, isoladamente, gerarem a integração do texto convencional à ordem interna, tal como adverte JOSÉ FRANCISCO REZEK (“*Direito Internacional Público*”, item nº 34, 5. ed., Saraiva, 1995, p. 69). Desse modo, e para além da controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas, impõe-se reconhecer que, em nosso sistema normativo, é na Constituição da República que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao ordenamento doméstico brasileiro. Para esse efeito, a Lei Fundamental da República qualifica-se como a *sedes materiae* que se mostra essencial à identificação do procedimento estatal concernente à definição do momento a partir do qual as normas constantes de tratados internacionais passam a vigorar, com força executória, no plano do sistema jurídico nacional. O exame da Carta Política promulgada em 1988 permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou aios internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a questão pertinente à inserção dos aios internacionais no âmbito do direito positivo interno brasileiro, destacou – na perspectiva da disciplina constitucional que rege esse processo de recepção – que, “Aprovada essa Convenção pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modifiquem a legislação interna” (RTJ 58/70, Rel. Min. OSWALDO TRIGUEIRO”).

130. Recurso Petição 1856/RS, J. 22.02.2000, Min. CARLOS VELLOSO (caso envolvendo o Município de Campo Bom/RS e o Estado do Rio Grande do Sul).

tendimentos no Mercosul" e que tão logo estes passem a exportar novamente para os países do Mercosul pagarão os impostos que devem e a cidade poderá, por sua vez, pagar suas dívidas. Tenta, assim, demonstrar o interesse público na suspensão da medida. No segundo caso,¹³¹ o governador de um estado brasileiro do centro-oeste fornece isenções para uma empresa para que possa produzir itens exportáveis para o Mercosul, medida atacada -- sem sucesso -- pelo governo de São Paulo, onde a empresa está atualmente localizada, considerando que haveria "guerra fiscal" e violação do princípio federativo igualitário. No terceiro caso,¹³² o governo do Estado do Rio Grande do Sul requer -- com sucesso -- a suspensão de uma ordem judicial do tribunal estadual, que estava impedindo a Ford de iniciar a implantação de sua fábrica naquele estado. A urgência da medida estaria ligada às necessidades do Mercosul e aos investimentos realizados por esta empresa estrangeira na região.

B) O Mercosul frente ao Superior Tribunal de Justiça

Em 1999 e 2000 foram julgados pelo STJ 13 casos de particulares envolvendo normas do Mercosul, os quais podem ser divididos em 3 grupos, que comentaremos a seguir:

1. Casos envolvendo particulares: requerendo isenções tarifárias para importações

Inicialmente, quero destacar os sete (7) casos que versavam sobre isenção tarifária para a importação de produtos de países do Mercosul. Em seis casos o produto era pescado, no caso tratava-se da importação de merluza,¹³³ em que além do Tratado do GATT foi usado o Tratado de Assunção, uma vez que os pescados eram importados da Argentina. Mesmo assim o STJ manteve sua norma genérica e dispôs: "Não há isenção na importação de merluza de país signatários de acordo internacional".¹³⁴ No último caso, o cenário é a importação de leite, um importador brasileiro de produtos lácteos da Argentina e Uruguai revolta-se contra a não-isenção tarifária do ICM (um imposto estadual) e afirma, sem sucesso, que tal fato "prejudica a consolidação do Mercosul".¹³⁵

Como se observa nestes casos, não fez o judiciário brasileiro qualquer diferenciação ou privilégio pelo fato da importação ser feita entre países signatários do Mercosul e não países em geral, signatários do GATT ou pertencentes à OMC.

131. Mandado de Segurança 23209/SP, J. 22.09.1998, Min. NÉRI DA SILVEIRA (caso envolvendo o Estado de São Paulo e o Distrito Federal/Brasília).

132. PET 1504/RS, J. 19.05.1998, Min. CELSO DE MELLO (caso envolvendo o governo do Estado do Rio Grande do Sul e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul).

133. São eles, Recurso Especial 284.500, J. 20.11.2000, Recurso Especial 285672, J. 24.11.2000, Agravo de Instrumento 318439, J. 04.10.2000, AG 326604, J. 29.11.2000, AG 309507, J. 14.08.2000 e AG 257790, J. 03.11.1999.

134. REsp 284500, J. 20.11.2000, Rel. FRANCISCO FALCÃO.

135. Medida Cautelar 002663, J. 07.08.2000, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO.

2. Casos envolvendo particulares: os problemas da indústria automotriz

As fusões da indústria automotriz nos países do Mercosul foram muitas e houve uma série de problemas e dificuldades neste setor. Há que se destacar, pois, os quatro (4) casos, que envolveram a livre circulação de veículos automotores, sua importação ou garantias.

Nos três (3) casos principais, protestavam os importadores de veículos da Argentina pelo aumento de 70% na alíquota de importação.¹³⁶ O Judiciário brasileiro manteve o aumento e ponderou: “Os tratados do comércio exterior não significam abdicação da soberania nacional, cabendo ao Congresso Nacional, em instância definitiva, qualquer revisão ou ajuste complementar de fatos que possam evidenciar dano ao patrimônio do País”.¹³⁷ Note-se que este aumento teve como fonte a crise monetária brasileira, que levou à desvalorização do Real, e a corte considerou que não houve atentando à “segurança jurídica” e que a mudança foi soberana e teve como finalidade “apenas atualizar a nomenclatura das mercadorias no âmbito do Mercosul”. O quarto caso envolve veículos, mas especialmente o seguro de acidentes, tema em que há efetiva integração prática. No caso, o consumidor contratou seguro em condições especiais e, após, a se-

guradora negava-se a cobrir as despesas. O STJ manteve a decisão do Tribunal do Paraná, segundo o qual deveria a apólice cobrir o acidente ocorrido no exterior.¹³⁸

3. Casos envolvendo particulares: livre circulação de bens

Por fim, destaque-se os dois (2) casos envolvendo o direito de livre comércio de mercadorias no Mercosul. A Associação dos Arrozeiros de Itaqui (Rio Grande do Sul, região de fronteira) intentava impedir, através de medida judicial cautelar, a importação de arroz da Argentina e Uruguai, afirmando que havia *dumping* no produto e que este fato estaria destruindo a cultura arrozeira no Estado limítrofe do Rio Grande do Sul e que seria responsável, juntamente com a omissão da política agrícola do governo federal, pela “situação aflitiva vivida pelos orizicultores gaúchos”.¹³⁹ Concedida a medida liminar pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sediado no Rio Grande do Sul, houve grande repercussão nacional e o STJ revogou por duas vezes a medida, alegando que a liminar estava causando mais prejuízos à economia brasileira, afirmando: “a suspensão das importações interfere na própria credibilidade da política externa brasileira, colocando-a em risco, assumindo avenças públicas internacio-

136. REsp 20.6497, J. 02.02.2000, REsp 205012, J. 15.12.1999, AG 167.521, J. 10.08.1999.

137. REsp 20.6497, J. 02.02.2000, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS.

138. AG 309.158, J. 14.09.2000, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR.

139. Petição 001273, decisão de 08.05.2000, Ministro Presidente do STJ, COSTA LEITE e decisão de 25.06.2000, Ministro Presidente do STJ, NILSON NAVES.

nais, qual o livre comércio de bens, além de comprometer o processo de consolidação do Mercosul, o que se revela gravemente danoso para a economia nacional".¹⁴⁰

Note-se que este caso deveria ter sido decidido por um Tribunal do Mercosul e não por tribunais internos, que se sentiram amplamente desqualificados para tratar deste tema de relações internacionais. Destaco que se a controvérsia tivesse sido submetida ao tribunal arbitral *ad hoc* do Mercosul, face ao *decisum* do quarto laudo, os árbitros teriam de decidir que não há norma "antitruste" intraMercosul em vigor, logo, a controvérsia dos particulares continuaria sem solução.

Note-se igualmente que os argumentos da Associação eram argumentos de Direito Internacional, pois pedia a suspensão das importações atacando o Mercosul e foi apoiada pelo próprio Ministério Público Federal da União, que afirmou no processo, face a grande inconsistência jurídica do Mercosul, a necessidade do Judiciário proteger os particulares e agricultores gaúchos, afirmando:

"o Mercosul não possui *status de ente supranacional*, pois não apresenta estrutura jurídica eficiente... até hoje não tem direito próprio, nem órgão de decisão, confundindo-se com os direitos e governos participantes do bloco" – "A fragilidade jurídica é constatável facilmente, pois embora possa agir no plano internacional, o Mercosul não tem

independência, uma vez que só poderá fazer o que for decidido pelos governos dos Estados, assim, as regras... só terão eficácia se forem acolhidas nos direitos internos dos países" – "O Mercosul tem uma estrutura institucional, ou seja, é uma organização política de direito internacional do tipo intergovernamental. Seus organismos não têm caráter de supranacionalidade: agem e decidem em nome dos respectivos governos estatais e as suas decisões são tomadas por consenso" – "os países do Mercosul valem-se do Tratado para fazer concorrência desleal ..."¹⁴¹

Como se pode observar, a fragilidade jurídica do Mercosul já foi utilizada para combater o projeto de integração em si e isto nas cortes nacionais brasileiras, inicialmente com sucesso, para só após se restabelecer o fato de deter o Poder Executivo ou governo federal o monopólio das relações internacionais.

Conclusão

Sem querer fazer uma conclusão *stricto sensu* sobre o "Direito do Mercosul", devo relembrar a experiência das zonas de comércio livre, como a EFTA, a qual demonstrou que se uma área privilegiada tarifária não evolui, tende a desaparecer.¹⁴² O Mercosul necessita evoluir e evoluir juridicamente. Se atravessa um período de crise econômica e desentendimentos,

140. Petição 001273, J. 25.06.2000, Ministro Presidente do STJ, NILSON NAVES.

141. Manifestação do MPF, fls. 426 a 433, do original, reproduzida na Petição 001273, decisão de 08.05.2000, Ministro Presidente do STJ, COSTA LEITE.

142. Assim também BORCHARDT, Klaus-Dieter. *Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union*. C.F.Mueller, Heidelberg, 1996, p. 8.

esperamos que o direito – instrumento pacificador de conflitos até agora pouco considerado e confusamente tratado como “entrave” à integração pelos Executivos da região –, possa servir para alavancar o Mercosul, dando-lhe mais segurança, consistência e coerência. Esperamos, como

afirma o mestre argentino CIÚRO CALDANI, que “a vontade e a necessidade de viver conjuntamente”¹⁴³ torne o Mercosul, hoje um fenômeno complexo e imprevisível, em um processo de integração social, política e econômica, com reflexos cada vez maiores na integração jurídica.

143. A expressão “voluntad y la necesidad de vivir en común” é do grande professor argentino, CIÚRO CALDANI, Miguel Angel. “Dimensiones de nacionalidad en la integración”. In *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social/UNR*, nº 18, 1994, p. 10.