

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
Setor de Ciências Jurídicas
Programa de Pós-Graduação em Direito

**A IMPOSSIBILIDADE DE PRISÃO
POR DÍVIDA E O MERCOSUL
DIREITOS HUMANOS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Jacinto Nelson Miranda
Coutinho

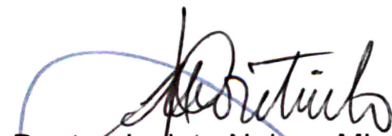
CURITIBA
2001

TERMO DE APROVAÇÃO

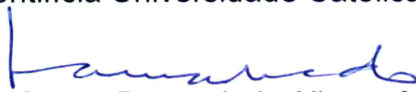
JOSÉ SEBASTIÃO FAGUNDES CUNHA

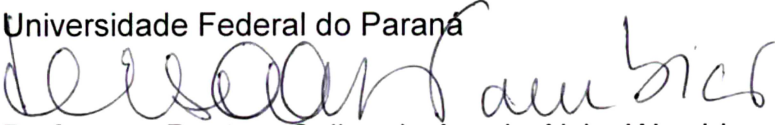
A IMPOSSIBILIDADE DE PRISÃO POR DÍVIDA E O MERCOSUL - DIREITOS HUMANOS

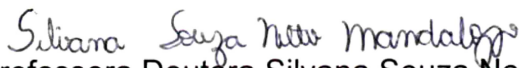
Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: 
Professor Doutor Jacinto Nelson Miranda Coutinho
Universidade Federal do Paraná

Co-Orientador: 
Professor Doutor Luiz Rodrigues Wambier
Pontifícia Universidade Católica do Paraná


Professor Doutor Luiz Alberto Machado
Universidade Federal do Paraná


Professora Doutora Celina de Arruda Alvim Wambier
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo


Professora Doutora Silvana Souza Netto Mandalozzo
Universidade Estadual de Ponta Grossa

Curitiba, 20 de dezembro de 2001

DEDICATÓRIA

Dedico aos meus filhos
Polyana Maria,
José Sebastião e
Alexandre Olympio,
inspiração permanente e
razão de tudo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a
Júlia Streski Fagundes Cunha
pela paciência e dedicação
de todas as horas.
Ao seu lado pretendo atravessar
a ponte para o sempre e
tornar a Ser.

Ao Professor e Orientador
Jacinto Nelson Miranda Coutinho
resta dizer que estarmos juntos,
nesta ou em outras vidas,
é o resultado,
não dos nossos laços de sangue,
mas da Afinidade, da Realidade e
da Comunicação que nos unem
em muitos jogos pela Eternidade.
Quão bom é estar entre Irmãos!

EPÍGRAFE

O substitutivo que proponho - "**De que modo podemos esperar a detecção do erro?**" - deriva do ponto de vista de que não existem fontes do conhecimento puras e absolutamente seguras, de que a origem ou a pureza do conhecimento não deve ser confundida com sua validade ou veracidade. É um ponto de vista que remonta a Xenófanés: ele sabia que nosso conhecimento não passa de opinião, conjectura **doxa** e não **episteme** - conforme podemos perceber lendo seus versos (DK. B. 18 e 34):

*"Os deuses não nos revelaram desde o princípio
Todas as coisas; mas, com o tempo,
Se buscarmos poderemos aprender, conhecê-las melhor.
A verdade certa, contudo, ninguém jamais a conheceu
Nem a conhecerá: a dos deuses
Ou a de todas as outras coisas.
Mesmo se por acaso alguém pronunciasse o nome
Da verdade última, não poderia reconhecê-la
Nessa rede tecida de opiniões."*

Contudo, a questão tradicional a respeito das fontes autoritárias do conhecimento continua a ser repetida - muitas vezes pelos próprios positivistas e outros filósofos que pensam revoltar-se contra a autoridade.

KARL R. POPPER

SUMÁRIO

TERMO DE APROVAÇÃO.....	ii
DEDICATÓRIA.....	iii
AGRADECIMENTOS.....	iv
EPÍGRAFE.....	v
RESUMO.....	viii
ABSTRACT.....	ix
1 INTRODUÇÃO.....	001
2 MERCOSUL NO CONTEXTO GLOBAL.....	056
2.1 Globalização e/ou Mundialização.....	056
2.2 O que é o MERCOSUL?.....	064
2.3 Soberania e Cidadania na Globalização.....	088
3 DIREITO TRANSNACIONAL.....	114
3.1 Direito Comunitário.....	114
3.2 A opinião dos europeus acerca dos Direitos do Homem, da Democracia e das Liberdades Fundamentais.....	135
3.3 O MERCOSUL e a solução de controvérsias.....	147
4 MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM ENDOPROCESSUAL, EXTENSÃO DA COISA JULGADA E REENVIO PREJUDICIAL.....	214
4.1 A Globalização e o Poder Judiciário.....	215
4.2 Crítica à mediação.....	241
4.3 Sobre a Justiça.....	245

5 JUSTIÇA SUPRA NACIONAL OU TRANSNACIONAL	288
5.1 O processo de apresentação de queixa à Comissão Europeia dos Direitos do Homem	297
5.2 Princípios e pressupostos da jurisdição transnacional	305
5.3 Problemas processuais da jurisdição transnacional	306
6 A PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA NOS TRIBUNAIS	337
6.1 Conceito de prisão	337
6.2 A polêmica da prisão civil por dívida	342
6.3 O entendimento do STRF e do STJ hoje	375
7 CONCLUSÃO	381
GLOSSÁRIO	402
REFERÊNCIAS	423
ANEXOS	467

RESUMO

Análise do fenômeno da sociedade global fracionada no MERCOSUL, face a crise econômica, social e ambiental, é desenvolvida com reflexão crítica da soberania e da cidadania no MERCOSUL, com o propósito de levantar e acompanhar o Direito Transnacional. A Democracia e as Liberdades Fundamentais no Mercosul e a Solução das Controvérsias diante da incorporação dos Tratados, discutindo o sistema de soluções adotado. Diante das tendências do STJ no sentido de adoção da mediação pré e extra-processual como forma de resolução dos litígios, há revisão da literatura, propondo mediação e arbitragem endoprocessual. A extensão da coisa julgada e o reenvio prejudicial. Em face da necessidade de harmonização do processo nas relações de consumo no cenário da globalização, é discutida a experiência argentina e de outros países. Contextualiza a prisão por dívida como tratada nos Países que integram o MERCOSUL diante da Convenção Americana de Direitos Humanos, sua inserção no direito interno dos países, estamento hierárquico constitucional e o entendimento, no Brasil, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. O STF entendendo que a norma é infraconstitucional, indica matéria de competência do STJ, do que buscamos fundamentos de que não poderia manifestar-se a respeito de ser possível a prisão nos casos de alienação fiduciária. O STF, nesta linha, desrespeita os Direitos Humanos e as garantias individuais. O Brasil, por paradoxo, dentre os países que integram o Mercosul é o que *descumpre* os termos da Convenção Americana, a qual, no mínimo, revogou as normas infraconstitucionais que autorizam a prisão civil. Defende a necessidade do Poder Judiciário brasileiro aderir à cultura da integração regional respaldada nos fundamentos do Estado de Direito e dos documentos internacionais de Direitos Humanos. Assim, neste *palco*, a prisão por dívida é apenas o *mote* a demonstrar a necessidade de uniformização de tratamento dos Pactos e Tratados de Direitos Humanos no MERCOSUL.

Palavras-chave: MERCOSUL, Direitos Humanos, Prisão Civil, Dívida

ABSTRACT

Analysis of the phenomenon of the fragmented global society in MERCOSUL, before the economical, social and environmental crisis, it is developed with critical reflection of the sovereignty and citizenship in MERCOSUL, with the purpose of raising and following the Transnational Law. The Democracy and the fundamental civil liberties in MERCOSUL and the solution of the controversies before the incorporation of treaties, discussing the system of solutions adopted. Before the tendencies of the STJ in the direction of adopting the pre and extraprocedural mediation as a way of litigation solution, there is a review of the literature proposing endoprocedural mediation and arbitration. The extension of the judged thing (double jeopardy) and the harmful redispach. Due to the need of harmonization of the process in consumption relations in the scene of globalization, it is discussed the argentine experience and those of other countries. It contextualizes the arrest for debt as treated in the countries that are part of MERCOSUL before the American Convention of Human Rights, its insertion in internal law of countries, constitutional hierarchical framework and the understanding, in Brazil, of its Superior Court of Justice [STJ] and Supreme Federal Court [STF]. The STF understands that the rule is infraconstitutional, indicates matter of competence of STJ, of which we search reasons that it could not disclose itself about being possible the arrest in cases of fiduciary alienation. The STF, in this particular, disrespects the Human Rights and individual guarantees. Brazil, in paradox, among the countries that are part of MERCOSUL, is the one that disregards the terms of the American Convention, which, at the very least, revoked the infraconstitutional laws that authorize the civil arrest. It defends the necessity of Brazilian Judiciary Power to adhere to the culture of regional integration endorsed by the fundamentals of the Rule of Law and international documents of Human Rights. Thus, in this scenario, the arrest for debt is only the theme to demonstrate the necessity of uniformization of the handling of the Pacts and Treaties of Human Rights in MERCOSUL.

Keywords: MERCOSUL, Human Rights, Civil Arrest, Debt.

1 INTRODUÇÃO

DEFINIÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

"...nos alimentamos do tormento de saber pouco e por isso não temos o direito de viver em paz. Sabemos, porém, que o Direito (como um todo, e o Direito Civil, em particular) não é somente isso que está aí.²"

LUIZ EDSON FACHIN

Luiz Edson FACHIN afirma que *"Se o outono do Direito Civil clássico vai cedendo espaço, superando o tempo embalado pelas décadas de estrito dogmatismo, talvez ao desenho jurídico da primavera se apresente agora uma espécie de renascença que une, na crítica e na construção, as emissões da teoria e da prática no Direito Civil em movimento. Refletir 'outros sentidos', de forma e de fundo, a propósito do saber e da doutrina jurídica.³"*

Prossegue, *"No modelo herdado dos valores vigentes no final do século passado, um ruído, elementos estranhos. Nova, a pauta das discussões. Crises e transformações emergem, gerando mudanças nos papéis tradicionalmente cometidos aos institutos fundamentais do Direito Civil: trânsito jurídico (contrato), projeto parental (família) e titularidades (posse, apropriação).⁴"*

² *Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: Repensando os fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo.* Rio de Janeiro : RENOVAR, 1998, p. 319.

³ *Elementos Críticos do Direito de Família.* Rio de Janeiro : RENOVAR, 1998, p. 1.

⁴ *Elementos...*, p. 5.

Aplicando os sinais dos caminhos delineados na reflexão citada, o pensamento jurídico contemporâneo questiona com ênfase a validade das instituições prisionais, por vários fundamentos teóricos, em especial frente aos Direitos Fundamentais;⁵ inclusive, enquanto espaços físicos onde se confinam seres humanos, senão também e sobretudo enquanto *poder* do Estado sobre o indivíduo, isto é, no enfoque abstrato da previsão legal.

A par das considerações psicológico-filosóficas de FOUCAULT⁶ e seus seguidores, controverte-se, hodiernamente, e de uma angulação pragmática, a própria *utilidade* da prisão para os fins que, em teoria, se lhe atribuem: afirma-se, reiteradamente, o cunho ilusório da suposição de uma *eficácia coercitiva* ou *recuperadora* da segregação de pessoas, a que se acresce a imprestabilidade, estatisticamente indiciada, da ameaça de privação de liberdade como mecanismo dissuasório de propósitos delinqüenciais.

Em semelhante contexto de idéias, Francisco das Neves BAPTISTA⁷ afirma que mais questionáveis ainda se mostram as hipóteses de prisão dita *civil* e *administrativa*, vale dizer, a constrição pessoal teoricamente desvestida de significação estritamente *punitiva* e dogmaticamente reputada

⁵ "Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)." José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional*, Coimbra : Almedina, 6^a. ed., 2^a reimpressão, p. 539.

⁶ V. *Vigiar e Punir: História da Violências nas Prisões*. Petrópolis : Vozes, 1977, *passim* e esp. 207 e segs.

estranha aos princípios de regência do direito penal. Que função, indaga, pode ter a privação de liberdade de alguém, para além dos fins teóricos da pena - *retribuição, escarmento, emenda*?

Como justificar-se a agressão estatal a um "*bem jurídico de relevância extrema*", limitável somente, no entender de BRICOLA, "*como extrema ratio*"⁸ - o clássico *ius eundi, manendi, veniendi ultro citroque*, continente de quase toda, senão toda a liberdade física⁹ - sem a rigidez dos requisitos exigidos pelo sistema jurídico-penal?

O ex-ministro, do Superior Tribunal de Justiça, Luiz VICENTE CERNICCHIARO,¹⁰ ao *problematizar a prisão civil* afirma que a liberdade é o ponto culminante dos valores que o Direito busca preservar. Segundo ele os antecedentes explicam a preocupação, cada vez mais presente:

A História é a história da preservação de significados para o homem. Tempo houve em que o ponto mais alto da cidade era a cúpula da igreja; hoje, os anúncios comerciais ganham as colocações de relevo. Antes, São Francisco se reunia, na gruta, com seus seguidores, em orações, buscando o sentimento da essencialidade. Agora, os meios de comunicação social colocam o mundo em nossa casa, com diretas, ou subliminares sugestões de consumismo. Traduzem, sem dúvida, dois mundos diferentes. Diferentes até na finalidade, ou porque diferentes por causa da finalidade!

⁷ Trabalho de conclusão de curso apresentado na disciplina *Direito Civil na Constituição* indicado pelo Prof. Gustavo TEPEDINO. In: *Cadernos da Pós-Graduação - Faculdade de Direito - UERJ*, Ano 2, setembro/1996 - edição extra, p. 141.

⁸ Nesse sentido: Evaristo de MORAES FILHO. *Caminha pelo Direito Penal*. In: *Ver. da Fac. de Direito - UERJ*, n.º 1, p. 71.

⁹ Cf. Pontes de MIRANDA. *História e Prática do Habeas Corpus*. t. I, § 1, 1, p. 3.

¹⁰ *Prisão Civil*. In: *Revista Jurídica*, Porto Alegre : Editora Síntese, n.º 219, pp. 41 e segs.

Conforme afirma, os institutos jurídicos, mercê das transformações, ganham características; tantas vezes, tornam-se incompatíveis com a nova ordem. O Judiciário é, por isso, convocado para decidir quanto à eficácia de normas que disciplinam relações jurídicas.

O tema não se reduz a mera técnica de interpretação. Vai além. Toca a essência do Direito. Especificamente a finalidade do Direito que, insista-se, não pode ser visto como simples esquema formal de leis.¹¹ Segundo o ministro o Direito das Obrigações registra casos de inadimplemento de compromissos civis e comerciais quitados com a liberdade.

Conhecido evento descrito por Shakespeare no *Mercador de Veneza*; o débito fora compensado com parte do corpo do devedor. Hoje, entretanto, a situação é bem diferente. Como, então, - indaga - conciliar o mandamento de nossa Constituição?¹²

Enfrentando os questionamentos precedentes Álvaro Villaça AZEVEDO escreveu preciosa obra intitulada *Prisão Civil por Dívida*,¹³ na qual desenvolve estudo da evolução histórica do conceito de obrigação e enfatiza a propensão do Direito de ir eliminando a prisão por dívida, substituindo-a os sistemas mais adiantados pela execução patrimonial. O festejado autor conso-

¹¹ "Não podemos atinar sobre a possibilidade da prisão por dívida, quando o propósito é indisfarçável: Trata-se de evidente artifício odioso, oriundo da prepotência do poder econômico imperante no capitalismo, como considerou o 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Rel. Juiz JOAQUIM CHIAVEGATO, ao relatar a Ap. n.º 538.806-3, com o que estamos de pleno acordo." Sérgio da Silva COUTO. *A prisão civil por dívida e a divergência entre o STF e o STJ*. Internet.

¹² A Constituição de 1988, prevê prisão civil em apenas dois casos: *inadimplemento inescusável de prestação alimentícia* e *depositário infiel* (art. 5º, LXVII). A questão, em tal enfoque, é saber se o devedor fiduciante poderia ou não ser considerado depositário infiel.

lida situações históricas de execução do devedor, por dívida, mostrando a iniquidade desse procedimento violento e a possibilidade de uma solução objetiva, contra o patrimônio do devedor. Estuda, também, o resquício violento da execução pessoal do devedor de alimentos e do depositário infiel, que tisnam o preceito constitucional de que ninguém pode ser preso por dívida.

A par das considerações já ensambladas, desenvolve posição doutrinária sustentando *"inexistência de depositário infiel na alienação fiduciária em garantia"*,¹⁴ e *"erronia de lógica e histórica do legislador"*; ademais, *"pela eliminação total da prisão civil por dívida"*,¹⁵ e que *"o Texto Maior proclame, simplesmente, que ninguém poderá ser preso por dívida, o que implicará a admissão, tão somente, de execução patrimonial no direito civil brasileiro"*.¹⁶

Afirma, na introdução, *"objetivo central deste trabalho é o de evidenciar a tendência do Direito de abolir, completamente, a execução pessoal, por dívida"*.

O presente estudo assume os marcos teóricos resultantes da obra de Álvaro Villaça AZEVEDO, os quais estão contextualizados no Direito Civil e na Constituição Federal; contudo, é de se ressaltar a divergência de tratamento pelos Tribunais Superiores; a exemplo, quando sustenta citado autor *"a inexistência de depositário infiel na alienação fiduciária em garantia"*.¹⁷

¹³ São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.

¹⁴ O entendimento do autor citado esta longe de ser isolado, conforme se verá adiante.

¹⁵ *Ob. cit.*, p. 155.

¹⁶ *Ob. cit.*, extraído da *introdução* do Autor.

¹⁷ *Ob. cit.*, pp. 107 e 108.

O informativo da *home page* do Superior Tribunal de Justiça esclarece, sob o título "*STJ decide que não cabe prisão civil para inadimplente em contrato com alienação fiduciária*", divergência de entendimento a respeito da matéria naquela Corte.

Afirma o informativo que a pessoa que contrair dívida em contrato com cláusula de alienação fiduciária não pode mais sofrer prisão civil, foi o que decidiu, por unanimidade, a Quinta Turma do STJ, ao conceder *habeas-corpus* a A. B. D.

Em março de 1997, a Segunda Vara Civil do Distrito Federal decidiu que A. B. D. deveria ser preso pelo período de 3 meses por não ter entregue o veículo na Ação de Depósito movida e nem ter pago o valor equivalente em dinheiro. Ao decidir pela concessão do *habeas-corpus*, o ministro EDSON VIDIGAL, relator do processo no STJ, ressaltou a posição contrária da Quinta Turma, que apenas adotou a decisão da Terceira Seção, composta pela Quinta e Sexta Turmas. A uniformização feita pela Terceira Seção resolveu a divergência entre as Turmas, mas a Segunda Seção, composta pela Terceira e Quarta Turmas, tem a mesma opinião dos Ministros da Quinta Turma, de que caberia a prisão civil no caso. Com a diferença de decisões entre uma Seção e outra, a Corte Especial, composta de 21 ministros, deverá decidir, definitivamente, qual o entendimento a ser adotado pelas Turmas e pelas Seções do STJ. O entendimento a respeito de não constituir depósito o que sucede na alienação fiduciária, tem não menos de trinta e oito decisões¹⁸ do Supremo

¹⁸ As trinta e oito decisões são mencionadas no RECR n.º 206.086-SP, Rel. min. ILMAR GALVÃO, disponível na *home page* do **Supremo Tribunal Federal**. V. g. RHC n.º 67.397, 12-

Tribunal Federal, nos últimos dois anos, em sentido contrário; que re-conheceu, direta ou implicitamente; e afirmou, categoricamente, possibilidade da prisão do fiduciante infiel, segundo ele, *ex vi legis* equiparado ao depositário, culminando no V. Aresto 2037-6, DJ 29.06.2001, Relator o Ministro MOREIRA ALVES, em afirmar peremptoriamente que o STF, por seu Plenário, no HC 72131, firmou “entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em tratando de alienação fiduciária, bem como que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LVCII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel”. Tal entendimento voltou a ser reafirmado em 27.05.98, também por decisão do Plenário, quando do julgamento do RE 206.482.

Há intensa controvérsia, que está nos tribunais brasileiros, não somente pelos fundamentos já citados, mas, a cerca não só da validade ética da chamada prisão civil, senão também em tomo da sua *subsistência nos*

V-89, Rel. min. SYDNEY SANCHES, RTJ, 129/02. Dando provimento a recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal, a Turma cassou decisão do STJ que, **afirmando a diversidade entre a condição jurídica do devedor na alienação fiduciária e a do depositário**, concedera habeas-corpus para afastar a prisão civil do paciente decretada em ação de busca e apreensão convertida em ação de depósito. Precedente citado: HC 72131-RJ (Pleno, 23.11.95; v. Informativo n.º 14). RE 206.086-SP, Rel. min. ILMAR GALVÃO, 12.11.96. Reiterando o entendimento firmado no HC 72.131-RJ (Pleno, 22.11.95; v. Informativo n.º 14), o Tribunal reconheceu a plena legitimidade constitucional da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia (DL 911/69, art. 4º). Com base nesse entendimento, o Tribunal deu provimento a recurso extraordinário do Ministério Público Federal para reformar decisão do STJ que, **afirmando a diversidade entre a condição jurídica do devedor fiduciante e a do depositário**, concedera habeas-corpus para afastar a prisão civil do paciente. Vencidos os ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, CARLOS VELLOSO e MARCO AURÉLIO que, em face do art. 5º, LXVII, da CF (“*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;*”) e da Convenção de S. José da Costa Rica, mantinham o entendimento da decisão recorrida. RE 206.482-DF, Rel. min. MAURÍCIO CORRÊA, 27.5.98. - *grifo meu* -

sistemas jurídicos atuais, face ao contexto em que se inserem os Tratados, Pactos e Convenções de DIREITOS HUMANOS diante do que dispõe a Constituição Federal,¹⁹ não obstante o entendimento do douto Ministro MOREIRA ALVES e seus confrades.

A Constituição Federal de 1988 estabelece a mais precisa e pormenorizada carta de direitos de nossa história, que inclui uma vasta identificação de direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, além de um conjunto preciso de garantias constitucionais.

A Constituição também impõe ao Estado brasileiro reger-se, em suas relações internacionais, pelo princípio da "*prevalência dos DIREITOS HUMANOS*".²⁰

Resultado desta nova diretiva constitucional foi a adesão do Brasil, no início dos anos noventa, aos *Pactos Internacionais de Direitos Civil e Políticos, e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, às *Convenções Americana de Direitos Humanos e contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, que se encontram entre os mais importantes instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos.

No contexto de tais questões, o Brasil subscreveu a Convenção de San José de Costa Rica, acolhida conforme o procedimento interno, pelo Decreto nº 678/92.

¹⁹ Constituição Federal, Art. 5º, § 2º: "*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*"

²⁰ Constituição Federal, Art. 4º, II.

O texto restringe a prisão civil apenas às hipóteses de não pagamento injustificável da prestação alimentícia.

De outro lado, nosso ordenamento encerra leis que autorizam o constrangimento ao exercício do direito de liberdade, com consequência, por exemplo, relativamente às obrigações da alienação fiduciária.

Ainda, ilustrando, também quanto à sonegação fiscal. Não se olvidem os contratos de cédula rural.

Colocam-se, pois, diversas interrogações: estariam tais diplomas de lei afetados por norma posterior? E mais. A Convenção repercutiu na Carta Política de modo a restringir o comando da Constituição? Algumas afirmações do ministro VICENTE CERNICCHIARO,²¹ que serão a seu tempo enfrentadas, na verdade ainda soam como questões.

Assim, o Decreto nº 678/92 tem força de lei ordinária?²² - *O tema, no entanto, não pode desprezar a hierarquia das leis* - A Convenção Internacional, por encerrar normas jurídicas, também se submete à Constituição? O Tratado ainda que aprovado, segundo as leis do país, não ganha vigência, caso contraste com a Carta Política?

Conclusão decorrente também da análise (sentido material) das leis, aos que sustentam que se assim não for, facilmente os comandos

²¹ *Ob. cit., passim.*

²² Sedutora, embora sem pertinência, na espécie, a consequência de elaboração de lei posterior à Convenção, dispondo contrariamente. Se aceito o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que o Decreto n.º 678/92 tem força de lei ordinária indaga-se: pode o STF conhecer de matéria referente a tal decreto?

constitucionais seriam contornados pelo Executivo e a manifestação constituinte afetada por delegação representativa do país. Dessa forma, quando a Convenção dispuser contrariamente à legislação, sem dúvida, prevalecerá após devidamente referendada? A matéria não se esgota no âmbito formal do conflito de leis no tempo.

Avulta em importância os precedentes do Supremo Tribunal Federal em relação à interpretação dos comandos inseridos no Pacto de San José da Costa Rica - *não somente em relação à prisão por dívida, mas em especial em relação a esta* -,²³ em cotejo com o disposto na Constituição Federal. Os recentes julgamentos no STF enfrentando o fundamento da aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos indicam a *delimitação do tema* que buscará, em especial da análise da prisão do alienante fiduciário, com base na conversibilidade da ação de busca e apreensão do bem alienado em ação de depósito, como prevê o art. 4º do Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, a discussão que se prenderá, aqui, predominantemente, ao plano do Decreto n.º 678/92 - Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, a Constituição Federal e os Tratados de DIREITOS HUMANOS, sem prejuízo de incursões no terreno da crítica e de comentários

²³ *"Dormia em berço esplêndido a discussão a respeito da prisão na alienação fiduciária em garantia até que surgiu no cenário jurídico nova decisão do Supremo Tribunal Federal, por sua Segunda Turma (HC 74.383, MARCO AURÉLIO, DJ 27.6.97), dando pela inviabilidade da privação da liberdade daquele que deixa de pagar o financiamento contratado, com garantia de alienação fiduciária. Não que se esteja voltando à tona o antigo debate sobre a eliminação da expressão "na forma da lei" da Constituição anterior. Isso foi selado de vez pela jurisprudência, tanto do tribunal intérprete da Constituição (HC 72.131, MOREIRA ALVES, Pleno, j. 23.11.95) quanto da corte guardiã do direito federal (RMS 3.623, Sálvio de FIGUEIREDO TEIXEIRA, Corte Especial, DJ 29.10.96). O que se pretende agora é dar novo enfoque à questão, tendo em vista a constitucionalidade material do artigo 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de San José, a que o Brasil aderiu."* Gláucio Ferreira Maciel GONÇALVES. **Prisão na Alienação Fiduciária**. Internet.

de cunho político - inseridos no contexto da globalização e do MERCOSUL -, desbordando nas demais formas de prisão por dívida.²⁴

O entendimento reiterado e recente do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário, em especial no HC 17.638-SP, em que Relator o Ministro CASTRO FILHO e RE 263.551-PR, em que Relator o Ministro ALDAIR PASSARINHO JUNIOR, de 13 de fevereiro do corrente ano, concedendo a ordem, não obstante o entendimento contrário do Supremo Tribunal Federal.

O presente estudo não quer se manifestar como discurso filosófico ou jurídico-científico ou sociológico do direito. O que propomos é um trabalho, sem território de referência próprio, de *investigação interpretativa e elucidativa* dos Tratados e Pactos de Direitos Humanos em face do artigo quinto, parágrafo segundo da Constituição Federal, fincado na observação colhida dos fatos, indicadores de manifesta tendência de integração regional dos povos; contudo, a aproximação ocorre, no Cone Sul da América Latina.

Como a história demonstra, a integração regional ocorre em face dos interesses na *circulação de bens, de capital, de informações, de tecnologia e de trabalho*, esquecendo-se, aparentemente, a *legislação de integração*, das questões atinentes ao *primado dos direitos fundamentais do*

²⁴ "O tema aberto, já se viu, não é susceptível de um tratamento aprofundado. Fica-se sempre na superfície do assunto. O tema fechado, pelo contrário, é propício para o mergulho epistemológico, por assim dizer, em razão de sua reduzida dimensão gnosiológica." José Wilson FERREIRA SOBRINHO. *Pesquisa em Direito e Redação de Monografia Jurídica*, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, p. 45. Assim, a opção pelo *corde apistemológico*, estudo da *prisão civil* sob o enfoque da Constituição Federal (*direito interno*) e os Tratados, Pactos e Convenções de DIREITOS HUMANOS, observando a *latere* as questões já enfrentadas na doutrina (*não constituir depósito a alienação fiduciária, natureza jurídica da prisão civil etc.*).

homem, não mantendo como paradigmas os tratados, as convenções e os pactos internacionais de DIREITOS HUMANOS, *diplomas fundamentais*.

O dissenso teórico concerne à prisão civil como um todo, colocando em questão todos os institutos em que se emprega, a partir de impugnação integral do mecanismo sancionador que está na Constituição Federal, enraizado na superioridade ética do valor *liberdade*, face aos interesses envolvidos no dever jurídico de cumprimento das obrigações patrimoniais - mesmo as de sentido moral mais amplo -, como a obrigação alimentar.

Ao tratar de tema, a um tempo crucial e instigante, entendemos necessário precisar linhas e parâmetros de abordagem que estabeleçam com firmeza a base de uma inescapável *interpretação e elucidação*.

Não se cuida - daí redobrar-se a cautela - de traçados paralelos mas, antes, de idéias e conceitos que, em sua progressão, criaram espaço comum de existência de atuação.

Hoje avulta em importância não somente a *interpretação* pelos seus valores intrínsecos (marcos teóricos, jurisprudência, doutrina etc.), mas a *figura do intérprete*.

O Grande Nome que subscreve a interpretação dá peso e substância ao *valor* da interpretação, e não é difícil concluir que em uma sociedade capitalista tais *intérpretes*, em regra estão a serviço da classe

dominante - no caso os banqueiros -, a peso de ouro, distantes de valores éticos, e viciados pela servidão a seus senhores.²⁵

Em entendimento contemporâneo Luiz Edson FACHIN²⁶ diz que "*Método e linguagem em debate. 'O que se diz' soa tão importante quanto 'como se diz'. O destinatário da palavra não é apenas convidado a correr sobre linhas e de aglutinar dados, mas sim a ler rescrevendo o que vê, implícito e explícito, no verbo e na ação do dizer. Conteúdo e forma se 'casam' para que dessa convivência diferenciada resultem 'outros filhos e frutos', laços diferenciados e pessoas que se reconheçam como sujeitos desse processo contínuo de pensar e repensar...*

Como na obra de Clémerson Merlin CLÈVE,²⁷ por *interpretação* entende-se não a hermenêutica convencional dos juristas em busca de um certo sentido oculto sob os grafismos normativos, mas a procura de uma visão compreensiva do jurídico atual.²⁸ Por *elucidação*, chamaremos "*o trabalho pelo qual os homens tentam pensar o que fazem e saber o que pensam*".²⁹

²⁵ Nesse sentido a conferência do Professor CALMON DE PASSOS no **Congresso Nacional de Direito Processual Civil** realizado em Florianópolis - Santa Catarina, em 1997.

²⁶ *Elementos...*, p. 1.

²⁷ *O Direito e os Direitos*, São Paulo : Acadêmica, 1988, p. 15.

²⁸ "*Por sujeción de la argumentación iusfundamental 'a la ley' se entenderá aquí la sujeción al texto de las disposiciones iusfundamentales y a la voluntad del legislador constitucional. Expresión de esta sujeción son, sobre todo, las reglas y formas de la interpretación sumántica y de la interpretación genética.*" Cf. R. ALEXANDER. *Theorie der juristischen Argumentation*, pp. 289 e segs. "*En la interpretación genética hay que incluir también la interpretación subjetivo-teleológica que apunta a los fines que el legislador constitucional vinculó con las disposiciones iusfundamentales.*" *Ibidem*, pp. 251 e segs.

²⁹ Castoriadis CORNELLUS. *A Instituição Imaginária da Sociedade*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1982.

A realidade não se modifica através de conceitos, senão que através dela mesma. Seguindo tal vereda, assumimos como critério para interpretação um enfoque enquanto problema teórico-jurídico; para tanto, conferiremos as análises convencionais tomadas pelo positivismo, tentando desvendar a relação existente entre o direito positivo e o real imaginário.

Partimos da hipótese de que o positivismo não é apenas uma oclusão ideológica e impeditiva do conhecimento da verdade jurídica; pesquisaremos o contexto histórico e político do momento atual, analisando os fundamentos de sua realidade. O positivismo não é, em nossa hipótese inicial, apenas uma doutrina deturpadora da realidade fenomênica do direito, mas é a face aparente e textual do direito modernamente.³⁰

Reside neste ponto a possibilidade, e tentaremos fazê-lo, de resgatar o universo do político para as análises jurídicas. Sem esse resgate não há possibilidade de um discurso capaz de interpretar o discurso capitalista.

Aliás, como afirmado pelo constitucionalista paranaense, serão as relações de poder que obrigarão o direito a assumir sua atual forma: um direito legislado e abstrato. Um direito intimamente vinculado à espessura estatal e política, embora mantendo certa autonomia relativa.³¹

Buscamos inspiração para a *interpretação e elucidação* nas palavras de Clémerson CLÈVE:

³⁰ Nesse sentido: *O Direito e os Direitos*, *passim*.

³¹ *Ob cit.*, p. 20.

A questão no momento é captar a especificidade do direito contemporâneo, conhecer seu modo atualizado de aparecer, bem como uma funcionalidade. Articulá-lo com as lutas que se travam em sociedade, em todos os níveis, reconhecendo sua ligação, a partir das revoluções liberal-burguesas, com o estado. Isso não significa cair no imobilismo, mas ao contrário, integrar o saber no processo histórico, definindo a teoria como inócua se distanciada da práxis.

Dizer o que é o direito é verificá-lo enquanto localizado espaço-temporalmente. O que significa compreender sua flutuação história e a possibilidade de sofrer transformações. Esse tipo de pensamento não está ausente em BLOCH e MIAILLE, os quais, estudando a constituição do direito contemporâneo, nem por isso deixam de pugnar pela sua mudança, resgatando o sentido revolucionário dos direitos do homem e do jusnaturalismo; mas estes não enquanto discursos explicadores da conformação jurídica, senão como armas de luta em busca de outro padrão de juridicidade.³²

A *opera jurídica*, que pretendemos desenvolver, tem como personagens centrais o *cidadão/consumidor*, o *estado* e o *mercado*.

Necessita da demonstração das *lutas* que são travadas por aqueles no *cenário* do MERCOSUL, para projetar a *interpretação* e a *elucidação*; e se Claude LEFORT³³ confirma os direitos humanos como uma *política*; *instrumento de luta* que deve ligar-se a outro mais amplo: a *política de invenção democrática*, indagaremos onde está situado o Poder Judiciário - e onde deveria situar-se - como *controle* dos DIREITOS HUMANOS (*em especial Direitos do Consumidor*), refletindo a respeito de alguns institutos proces-

³² Ob. cit., p. 134.

suais,³⁴ vez que no processo devidamente estruturado pelas leis respectivas, chega-se ao fornecimento da justiça necessária à prevenção ou encerramento dos conflitos de interesses.

KELSEN chegou a afirmar o processo como garantia da liberdade do cidadão frente ao estado.³⁵

No processo contínuo de refazimento da democracia, no sentido de consolidar a defesa dos direitos adquiridos ao lado da reivindicação incessante de novos direitos.

A sociedade democrática é aquela que não apenas garante os direitos individuais e coletivos historicamente conquistados, mas também os promove. A democracia aqui tomada como referência não é mais a de cunho *representativo--parlamentar*, cuja valia não se viu, em verdade, superada, mas sim a *participativa*, abrangente dos contornos daquela outra, mas certamente resultado de uma evolução sumamente enriquecedora.³⁶

A democracia nunca foi um regime muito presente na América Latina. Dada a história - e história ainda bem viva - de violência e de autoritarismo no subcontinente, são mais do que preocupantes certos indicadores de

³³ *Direitos do Homem e Política. In: A Invenção Democrática*, São Paulo : Brasiliense, 1983 p. 37.

³⁴ *Direito de petição, mediação e arbitragem endoprocessual, e reenvio processual*, a exemplo.

³⁵ *La garantie jurisdictionalee de la Constitución. In: Revue du Droit Public*, 1928, p. 204.

³⁶ *Nesse sentido: Luiz Fernando Ribeiro de CARVALHO e Luiz Werneck VIANNA. Democracia e Acesso à Justiça*, Seminários Friedrich Naumann/IUPERJ, Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, v. 5, *passim*.

que, em vários países, a política democrática sofre ameaças e ainda não vige de todo, quando não é conspurcada por golpes.³⁷

Vivemos, em um mundo conturbado, uma época marcada por espantoso avanço tecnológico e globalização da economia e dos mercados, acompanhados de um avanço triunfal da filosofia neoliberal. Tudo se apresentando como irresistível e inexorável, como se o fim da História, trombeado, entre outros, por FUKUYAMA, respondesse a um fatalismo reservado ao destino na tragédia grega, desprezando, como consequência, a suposta cegueira e aparente ignorância dos não iniciados.³⁸

Em tal *cenário* deparamos com o momento das *lutas*: o direito é *um espaço de luta*, é também *linguagem do poder*.

O direito enquanto *linguagem do poder* é também a *materia- lização de uma relação de forças entre classes e frações delas*, em maior ou menor grau, *conquista*.

O resgate da dimensão política do direito facilitará o nasci- mento de novas perspectivas para a *elucidação* que se pretende neste.

³⁷ "Colhe-se assim o significado real desta redução da visibilidade: a lógica que despreza a democracia, despreza na verdade a coligação e a tensão entre forma e vida, entre sistema e vida. Eis o ponto central, o grande tema do relaxamento da questão democrática: a questão democrática é uma questão vital, que considera a relação entre as razões da vida e as razões do sistema. Não é pensável um sistema opere em contraste ou independentemente das razões da vida." Pietro BARCELLONA. **O Egoísmo Maduro e a Insensatez do Capital**, Trad. Sebastião José Roque. Coleção Elementos de Direito. São Paulo : Editora Ícone, 1995, p. 87.

³⁸ "Há quem, entretanto, suspeite dessa soberba que pretende - montada em interesses que não alcançam o manto da invisibilidade - transvestir de neutralidade uma postura ideológica que se sustenta no suposto fim da História e... das ideologias... A História, ao que tudo indica desavisada, continua a fluir, até com uma turbulência que - àqueles cultores de seu fim - soará absurda e certamente deselegante." Luiz Fernando Ribeiro de CARVALHO e Luiz Werneck VIANNA. *Ob. cit.*, p. 11.

Nas relações políticas no MERCOSUL - mais que simples pacto econômico, envolve um compromisso democrático - é necessário situar o cidadão, em especial o cidadão/consumidor, diante das forças sociais em conflito para podermos obter a significação e o alcance das normas que dispõem a respeito da prisão civil por dívida.

A democracia participativa inserida nos blocos regionais assinala - pela emergência de novos protagonistas (inclusive movimentos sociais e corpos intermediários, às vezes desprovidos de personalidade jurídica), pelas formas de atuação por estes assumidas e pela reação do sistema político oficial a essas novas situações de pressão - uma realidade destacadamente distinta, de percepção ainda inconclusa e desdobramentos em processo de formação.

Se a democracia pressupõe, para que sua prática se efetive, um jogo dialético e infindável de tensões, é evidente que, em *cenários* como o que neste enfrentamos, o Judiciário receberá - como tem recebido - uma diversificada gama de conflitos que, expressando situações e valores de presença relativamente recente, corresponde à pressão do sistema sobre o aparelho judicial.

A democracia participativa, em estágio de veemente eclosão na vida do país - e dos países que integram o MERCOSUL -, investe seus *atores* e *agentes de legitimidade* para pressionar o sistema político e reivindicar direitos no Judiciário. Reivindicação que, assumindo forma própria de inserção no sistema judicial - relações de consumo - demandam reflexões que condu-

zam à *posição sociopolítica do direito processual e do acesso à ordem jurídica justa*, edição atualizada e melhorada do acesso à Justiça.³⁹

Acreditamos que está em curso uma uma gigantesca reforma nas relações do cidadão com o governo. Ao lado do estado e do mercado, entidades comunitárias - como as ONGs - vão formar uma nova ordem social.

O foco específico da análise, contudo, não pode resumir-se no cidadão/consumidor no marco da integração regional - MERCOSUL - frente a possibilidade de disparidade de tratamento entre habitantes do bloco régio-nal; por isso busca a discussão da necessidade de um órgão de uniformização da aplicação das normas de DIREITOS HUMANOS (*e em especial, Direitos do Consumidor*).

Neste cenário de *internacionalização o modelo de interpretação* da integração das normas decorrentes dos tratados internacionais (*leading case*: Recurso Extraordinário n.º 80.004), herdado dos valores vigentes no final do regime de exceção passado, está na pauta das discussões.

³⁹ "(...) os processualistas de última geração estão hoje envolvidos na crítica sociopolítica do sistema, que transforma o processo, de instrumento meramente técnico em instrumento ético e político de atuação da justiça substancial e garantia da liberdade. Processo esse que passa a ser visto na total aderência à realidade sociopolítica a que se destina, para o integral cumprimento da sua vocação primordial, que é a efetiva atuação dos direitos materiais (...) Kazuo WATANABE escreve em 1988 estudo sobre acesso à Justiça e sociedade moderna (**Participação e Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 128-135), ali demonstrando que hoje a idéia de acesso à Justiça não mais se limita ao mero acesso aos tribunais: não se trata apenas e somente de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, mas de viabilizar o acesso à **ordem jurídica justa**. Dados elementares do direito à ordem jurídica justa são: a) o direito à informação; b) o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; c) o direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; d) o direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; e) o direito à remoção dos obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo a uma Justiça que tenha tais características." Ada Pellegrini GRINOVER. **O Processo em Evolução**, Rio de Janeiro : Forense Universitária, p. 10 e 11.

Crises e transformações emergem das novas demandas calcadas em *ideais como a plena cidadania e a universalidade dos direitos humanos*, gerando mudanças nos papéis tradicionalmente cometidos aos institutos fundamentais de Direito Constitucional e de Direito Civil, culminando com conseqüências nas normas do Direito da Integração e de Direito Comunitário.

Premissas inaugurais fundam os trabalhos que podem nascer dessas idéias e se abrem como uma iniciativa para coadjuvar os demais afazeres que dão sentido à pesquisa e à docência.

Há flagrante descompasso entre realidade social e aplicação do Direito, envolvendo um conjunto significativo e polêmico de alterações que permitem indagar *se derogado o anterior sistema* (dualismo X monismo); a integração no MERCOSUL ocorrendo a passos largos, a necessidade de uniformização da legislação é debatida em dezenas de Seminários, Congressos e outros Eventos similares; contudo, *poucas palavras proferidas em relação aos diplomas de Direitos Humanos*.

A *releitura* de estatutos fundamentais do Direito Público e do Direito Privado é útil e necessária para *compreender a crise e a superação dos sistemas clássicos (monismo e dualismo)* que se projetaram para a *supremacia (ou não) dos tratados internacionais que versem matéria a respeito de direitos fundamentais (DIREITOS HUMANOS)*, nas diversas Constituições do MERCOSUL; a *provável uniformização do Direito do Consumidor* no MERCOSUL.

A complexidade desse fenômeno apresenta, neste momento, um interessante banco de prova que se abre em afazeres epistemológicos que acolhem as novas demandas da juridicidade. Através do exame da disciplina jurídica aplicável à seara em questão nasce um caminho que é ao mesmo tempo desafio. O tema objeto da pesquisa - *DIREITOS HUMANOS: A impossibilidade da prisão por dívida e o MERCOSUL - diz respeito ao estudo crítico de aspectos relevantes tanto dos fatos quanto da doutrina, da lei e da jurisprudência, enfim, do direito.*

Nesse contexto a importância de demarcar que o neoliberalismo quer um Estado que interfira quase nada na economia e, se possível, cobre pouco imposto, com as conseqüências de um estado desses tornar-se dependente dos investimentos privados e começar a fazer o que as empresas quiserem para não perder força econômica; em uma relação desigual, em que o mercado *"tem todas as fichas na mão;*⁴⁰" e a análise do *Poder Judiciário* e seus respectivos instrumentos processuais, sem perder a perspectiva da ótica do *mercado* - enfrentada, em especial, por Boaventura Souza SANTOS⁴¹ - levam ao desenvolvimento da questão, no enfoque da integração planetária, que alguns denominam *globalização*, fenômeno que sucede em *blocos*, como a União Européia, o Nafta, o MERCOSUL e outros.

⁴⁰ Cf. Claus OFFE. Sociólogo alemão. Professor da Universidade Humboldt, em Berlim. Conferências em São Paulo, abril de 1998. *"A democracia funciona apenas quando os cidadãos sentem que seu voto é útil, que ele decide os destinos de sua cidade ou país. Quando o governo é muito fraco é normal que as pessoas duvidem da democracia... ...A família, os vizinhos, a comunidade em que cada um vive é a reserva moral da sociedade. É lá que o cidadão vai encontrar a solidariedade sem interesses.... É inegável o resultado positivo da ação comunitária..."*

⁴¹ Boaventura de Souza SANTOS. *O Direito e a Comunidade. In: Direito e Avesso*, ano II, n.º 3, (1983), pp.139-163; dentre outras.

Apresenta questões que são repetitivas, podendo ser aproveitadas experiências de outros *blocos* para a legislação e a interpretação das normas do MERCOSUL. Além disso, o tratamento que se lhe dispensa a Comunidade Européia, *com um sistema de controle do cumprimento das normas de DIREITOS HUMANOS perfeitamente organizado*, aderindo os Países à Corte, auxiliam na reflexão, encaminhada para a ótica do Supremo Tribunal Federal - e de outros Tribunais brasileiros -, que apesar de darem as costas aos DIREITOS HUMANOS e ao Direito da Integração, em regra, copiando os modelos da Europa continental, esquecem-se de tais exemplos edificantes.

É certo que o Brasil não aderiu de pronto à Corte Interamericana de Direitos Humanos - São José da Costa Rica,⁴² implicando na impossibilidade de se buscar um remédio jurídico em tal jurisdição, *questionando-se e concluindo-se a respeito da necessidade (ou não) do Brasil aderir à Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Por isso, o que se pretende é aprofundar a análise para dar um passo mais largo em busca do *esclarecimento sobre a verdadeira dimensão social e jurídica da mudança de moldura jurídica, social e histórica legada às relações internacionais, constitucional e civilista*.

As mudanças ocorridas ao longo da História, em especial do pós-Segunda Guerra Mundial, implicam indagar *se não foram suficientes para compor um novo sistema de relações internacionais, se a Constituição Federal de 1988, em seu artigo quinto realizou um rompimento com as noções clássi-*

⁴² Durante o mês de outubro de 1998 aprovada a adesão no plenário da Câmara Federal.

cas de adesão aos tratados internacionais quando a matéria verse a respeito de Direitos Humanos?

A supremacia da norma transnacional (norma universal de Direitos Humanos decorrente de tratados internacionais, Direito Comunitário, Direito da Integração etc.) há que ser cotejada em relação à vinculação e obrigatoriedade, com órgão que possa sancionar o descumprimento; um órgão para uniformizar o entendimento a respeito da matéria em relação a Direitos Humanos? E se há necessidade de um órgão para uniformizar o entendimento a respeito da matéria em relação a Direito do Consumidor no MERCOSUL?

Procuramos encontrar novos caminhos para acender mais *uma luz no chão*; uma pequena chama para iluminar o espaço envolto em dúvidas e perplexidades.

"Deixarei contudo que o pouco que aprendi seja conhecido, de modo que alguém melhor do que eu possa adivinhar a verdade, provando e refutando meus erros com seu trabalho. Isso me dará prazer, pois terei sido um meio para trazer à luz a verdade."

ALBRECHT DÜRER

LOCALIZAÇÃO NO TEMPO E NO ESPAÇO

"O tempo presente contém o passado e o futuro."

T. S. ELIOT

O tempo é agora, síntese do passado que restou e do futuro ainda por se estabelecer. Aparentemente paradoxal, a *idéia que se delineia deve ser atemporal e profundamente histórica, simultaneamente.*

O espaço é aqui e os Países que integram o MERCOSUL.

JUSTIFICATIVA

"A verdade científica é uma predição, ou melhor, uma pregação. Convocamos os espíritos à convergência, anunciando a nova científica, transmitindo de uma só vez um pensamento e uma experiência, ligando o pensamento à experiência numa verificação: o mundo científico é, pois, nossa verificação. Acima do sujeito, além do objeto imediato, a ciência moderna se funda sobre o projeto. No pensamento científico, a meditação do objeto pelo sujeito toma sempre a forma do projeto."

BACHELARD

Há uma vazia na jurisprudência e na doutrina brasileira, que principia no desconhecimento dos Tratados, Pactos e Convenções de Direitos Humanos e culmina com a rejeição de novas idéias. E quando tênues construções metodológicas se avizinham das atividades de estudo, a *técnica gessada das fórmulas acabadas não transforma o tema em algo perdido no ar quando ensinar é percorrer a geografia do construir. O estudo requer, em seu mapa cartográfico do saber, o 'construído' e não a 'indução ao dado'* (como exemplo: a invocação de um precedente jurisprudencial anterior à Constituição

em vigor - Constituição Cidadã X Constituição de Exceção - desprovido dos fundamentos filosóficos que alicerçaram o Direito Constitucional em vigor). Não se deve, então, conviver com uma atitude de indiferença ou renúncia a uma posição avançada na inovação e mesmo na revisão e superação dos conceitos, contribuindo, abertamente, para fomentar questionamentos e fazer brotar inquietude que estimule o estudo e a pesquisa comprometidos com seu tempo e seus dilemas.⁴³

A moldura *hoje* imposta no País pela *doutrina amplamente majoritária* e uma *jurisprudência iterativa no sentido oposto ao que caminhamos*, reclamam um aprofundamento dos estudos concernentes à matéria.

Recusar essa direção e contribuir para a sua superação significa reconhecer que consciência social e mudança integram a formação jurídica. Representa, ainda, um *compromisso com o chamamento à verdadeira finalidade do ensino e da pesquisa jurídica, um desafio que questiona*.

O tema, assim posto, *pode ser tido como novo, e seu tratamento quase não existente*. Nos poucos pronunciamentos exarados até o presente momento, *a matéria*, segundo o que se observa nos estudos atuais, tem recebido tratamento superficial e não sistemático, o que implica, não raro, em dificuldade de compreensão do tema à luz dos problemas que quotidianamente os destinatários dessas normas encontram para reclamar sua efetividade.

⁴³ Nesse sentido: Luiz Edson FACHIN, *Elementos...*, *passim*.

Basta verificar, em face da literatura especializada contemporânea, que o tratamento deferido à matéria a ser investigada se cinge às considerações clássicas, não permeando as análises uma necessária preocupação com a realidade social emergente em questões dessa ordem.

Certamente há, por conseguinte, uma lacuna que se projeta tanto no campo teórico, por falta de estudos e mesmo de sistematização, quanto no âmbito da prática cotidiana da vida forense emergente das diversas relações sociais que envolvem a prisão civil por dívida.

Até por tais fundamentos o estudo considera a problemática como *problema social* e como *tendência*, a *análise crítica de seus reflexos na legislação (direito interno)* compõem parcela significativa da matéria a ser analisada.

OBJETIVOS

"A ciência jamais persegue o objetivo ilusório de tornar finais ou mesmo prováveis suas respostas.

Ela avança, antes, rumo a um objetivo remoto e, não obstante, atingível: o de sempre descobrir problemas novos, mais profundos e mais gerais, e de sujeitar suas respostas, sempre provisórias, a testes sempre renovados e sempre mais rigorosos."

POPPER

O escopo é de aprofundar uma revisão crítica - principiada e não terminada -, aferindo o alcance e a extensão do comando do artigo quinto, parágrafo segundo da Constituição Federal, em relação à aplicação no cenário nacional do disposto nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, com

relevância e desdobramento na prisão civil por dívida (em especial no caso de alienação fiduciária) e a necessidade de órgãos Judiciários supranacionais.⁴⁴

Ainda, se e tanto, que a *conclusão da tese* tenha como resultado no mundo dos fatos alentar um processo de integração normativa a partir dos diplomas internacionais de Direitos Humanos, fomentando o repensar a respeito de aderir o Brasil à Corte Interamericana de Direitos Humanos, já será cumprida meta de grande envergadura.

Assim, formará como resistência muito viva à transformação e às necessidade que se impõem pelos fatos.

O papel a ser exercido, nesse campo, pelos Operadores do Direito, poderá antecipar, em parte, aquilo que virá, com reiterada invocação dos princípios e comandos dispositivos dos diplomas internacionais. Nada obstante, não é possível aceitar passivamente os resultados dessa aferição crítica em relação à interpretação majoritária.

⁴⁴ "...exige-se da tese de doutorado contribuição suficientemente original a respeito do tema pesquisado. Ela deve representar um progresso para a área científica em que se situa. Deve fazer crescer a ciência. Qualquer que sejam as técnicas de pesquisa aplicadas, a tese visa a demonstrar argumentando e trazer uma contribuição nova relativa ao tema abordado." Antônio Joaquim SEVERINO. **Metodologia do Trabalho Científico**. São Paulo : Cortez, 1996, p. 119. "A tese, como trabalho suplementar, e de certa forma complementar, vai além da pura análise dos dados e redonda inexoravelmente na apresentação de uma nova teoria, desconhecida e inteiramente nova do que produziu até então. Eduardo de Oliveira LEITE. **A Monografia Jurídica**. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987, p. 8. "A Própria compreensão da originalidade da tese é problemática. Não é raro ver examinadores procurando uma originalidade absoluta nas teses que examinam. Isto é uma grosseria epistemológica na medida em que a tão sonhada originalidade absoluta não é possível no conhecimento. Para que se pudesse falar de uma originalidade absoluta, seria necessário admitir uma espécie de ruptura radical entre o saber atual e o saber anterior, de modo que se tivesse o ponto zero do conhecimento." José Wilson FERREIRA SOBRINHO. *Ob. cit.*, p. 19.

DEFINIÇÃO DOS TERMOS

"Embora não possa alcançar a verdade e nem a probabilidade, o esforço por conhecer e a busca da verdade continuam a ser as razões mais fortes da investigação científica."

POPPER

L. R. HUBBARD durante um estudo intensivo de aprendizagem constatou que tentar ler, *passando por cima de uma palavra não compreendida*, resulta em "*anuviamento*" mental e dificuldade para entender as passagens seguintes.

Isto é um fato provado e uma regra fundamental de estudo.

A solução é quando se encontrar nesse estado, voltar ao último ponto que compreendeu facilmente e conseguir a definição da palavra por cima da qual passou.

Obter sempre a definição de *qualquer palavra* ou *frase* que não compreendemos inteiramente.

Ademais, à tese importa necessidade do esclarecimento de termos ou conceitos utilizados, dando a definição correta ou o ponto de vista adotado.

Excepcionalmente, quando não encontrada uma terminologia apropriada, deve construir um sistema conceptual próprio e adequado, explicitando a operacionalidade do mesmo, razão pela qual há um glossário nesta.

METODOLOGIA OU PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

"As regras metodológicas são aqui vistas como convenções."

POPPER

Os procedimentos metodológicos adotados buscam romper com o imobilismo que permeia o meio jurídico.

Há muitos anos, por ocasião de uma aula de física, segundo recorde, um professor indagou a respeito da veracidade do movimento de um poste.

Em uníssono a resposta dos alunos afirmou que *poste não mantém movimento*. Ao que retrucou: caso estivesse na lua o poste teria movimento uniformemente variado - aparentemente; caso estivesse - o poste ou observador - sobre um veículo em movimento... E dizia que *tudo aparenta em função do referencial*.

A partir de então dediquei atenção ao estudo da questão do método, procurando conhecer critérios lógicos para realização da observação.

Artigo titulado O Método Científico, da lavra de John W. CAMPBELL JÚNIOR,⁴⁵ afirma que *"o Método Científico é solidamente baseado em regras definidas, mas, não obstante é algo que precisa ser vivido para ser inteiramente compreendido. Assim, o Método Científico, embora baseado em*

⁴⁵ Físico Nuclear. Autor de **A História Atômica**. Nota: A formulação desta **Metodologia Científica** foi, em parte, contribuição dos engenheiros da Ma Bell - laboratórios de pesquisa dos Telefones Bell - a quem são expressados agradecimentos. Apud L. Ronald HUBBARD, **DIANÉTICA**, Rio de Janeiro : Record / Nova Era, 1996, p. 374.

certas regras de pronta enunciação, é bem mais do que essas regras."

Segundo o prisma do Método Científico em exposição,

...implica atacar prazerosa e alegremente, com todas as armas disponíveis da lógica, toda fenda logicamente possível em sua própria estrutura lógica e teórica. Requer que um homem irrompa adentro por sua teoria cuidadosamente construída, com a energia, vigor e maldade de seu pior inimigo. Implica que o melhor amigo do cientista revise seu trabalho, começando pela premissa de estar tudo errado e fazendo todo o possível para assim prová-lo.

O triunfo intelectual, o brilho quente da vitória na ciência, vem não de produzir uma nova teoria, mas de produzir uma nova teoria que se erga e seja útil, mesmo quando os mais conhecedores fazem tentativas deliberadas para encontrar uma falha.

O Método Científico segue o teste de blindagem naval. A produção duma peça metálica blindada de 16 polegadas é rotineira e não dá satisfação especial. Mas a produção duma placa de 16 polegadas de metal blindado tendo um projétil capaz de perfurar 16 polegadas blindadas, com o nariz enterrado na chapa, arqueando-a, contorcendo-a, sem furá-la e quebrá-la - isso é triunfo e satisfação. Não se faz teste de chapas de 16 polegadas com fogo de metralhadora ou com projéteis de 6 polegadas. O teste é feito com as armas mais pesadas e mortais de que se dispõe; então, e só então, teremos algo para nos orgulharmos. Faz-se assim também com a teoria.⁴⁶

O autor enuncia as regras para argumentação que levam à construção duma teoria e que entende podem ser condensadas em três pontos-chave críticos.

⁴⁶ Ob. cit., p. 369.

Afirma que o problema de aplicação está na sutileza com a qual as violações a tais regras podem insinuar-se.

As regras críticas são:

- 1. A argumentação pelo apelo à autoridade não tem valor nenhum.**
- 2. A observação, não o relatório do observador, é o dado importante.**
- 3. Nenhuma teoria, não importa quão bem estabelecida ou antiga, pode sustentar-se diante de um fato contraditório relevante.**

A interpretação para aplicação (do que se entende o *direito*, hoje mais do que antes, *com base em jurisprudência*) implica que a primeira destas regras é a mais freqüentemente violada, muitas vezes sem intenção e sem ser notada.

Todos sabem que apelar para autoridade não é o modo correto de debater um caso, mesmo que a autoridade esteja com a razão. Entretanto, o *apelo à autoridade* pode ser tão sutil que é extremamente fácil deixar de notar sua introdução.

A sentença precedente, por exemplo, exemplifica deliberadamente um tipo de "*apelo à autoridade*" muito fácil passar despercebido, sendo, na verdade, o mais comum de todos esses apelos. "*Todos sabem*", "*obvia-*

mente", "naturalmente" e expressões semelhantes são as mais escorregadias a esse respeito. "Todos sabiam" há longuíssimo tempo que o mundo era plano e "obviamente" o Sol girava à volta da Terra, como qualquer tolo podia claramente ver. *A argila comum e o rubi precioso não têm nada em comum - nada, isto é, exceto os mesmos elementos em proporções um tanto diferentes.*

E o autor adverte

Contudo, mesmo o mais sutil apelo à autoridade sob a chancela dum Grande Nome é fonte de imensas porções de dificuldade. Não foi culpa de Aristóteles que, durante quase mil anos, a ciência tivesse paralisado devido ao constante apelo a Aristóteles. Ele não proclamou saber todas as respostas - foram os argumentadores acadêmicos que o fizeram. Mesmo hoje, numa época de alguma compreensão do método científico, surgem debates sobre Grandes Nomes - exceto, certamente, que o Grande Nome se tornou um Grande Nome devido a ter se absterido bem cuidadosamente de usar esse método! A sentença "Einstein diz que nada é mais rápido do que a velocidade da luz; isto é teoricamente impossível" contém duas alegações de apelo à autoridade e soa tão eruditamente científica que qualquer um pode ser levado a aceitá-la. Dizer que uma coisa é "teoricamente impossível" é, na verdade, apelo à autoridade das teorias presentes. No entanto, uma teoria não é um fato - é um conjunto inteligente de opiniões e nada mais, conforme qualquer cientista entende. No que concerne ao debate do Grande Nome, isso é fácil de localizar e seu valor entra muito prontamente em foco se colocarmos "João da Silva" em lugar do Grande Nome. Pelo método científico, a sentença acima correta - quanto ao seu valor de argumentação - seria "João da Silva diz que nada é mais rápido do que a velocidade da luz; em sua esclarecida opinião, isto parece impossível."

Daí poder-se afirmar que cientificamente, não há qualquer diferença entre as duas declarações, no que diz respeito ao seu valor demonstrativo.

A declaração de evidência sobre o assunto seria: "Einstein sugeriu, e a experimentação física parece comprovar, que nada é mais rápido do que a velocidade da luz, a teoria física corrente que mais parece ajustar-se aos dados observados indica ser isto impossível."

É, segundo o autor, uma espécie de declaração satisfatória e muito menos dura. Soa fraca, incerta de si ou de qualquer outra coisa.

E é a espécie de alegação - modo de pensar - que vigorou desde a primeira e pequena evidência científica da teoria atômica em 1800 até à fissão atômica em menos de um século e meio. É o cientista - que opera com o princípio de não saber ainda todas as respostas - que está procurando novas e melhores respostas.

Um homem que pensa "Esta é a resposta. Sei que isto é verdade. Aquilo é impossível, porque discorda do que eu sei" não precisa fazer pesquisa. Já sabe as respostas. Não está em perigo de fazer novas e perturbadoras descobertas que podem desordenar sua certeza mental. O cientista, por outro lado, opera com o conhecimento certo de estar incerto, nunca fica desapontado por estarem sendo descobertos novos dados - que está procurando - mostrando que ele estava, na verdade, um pouco enganado.

Ao examinarmos as citações nas teses, dissertações, livros, monografias versando a respeito de temas jurídicos e julgados, a regra é o *apelo à autoridade* sem qualquer critério de discussão a respeito do valor demonstrativo do que afirma.

Para o jurista - não-cientista - que gosta de trabalhar com *Verdades e Certezas e pensa em termos Absolutos, o método de incertezas e probabilidades parece sufocante, de operação insuportável.*

É impossível que produza, num único século, luz e força elétrica, rádio, televisão, era atômica, a completa ciência da química orgânica, estendendo-se dos corantes às drogas sintéticas, automóveis, aviões, praticamente uma civilização inteiramente nova.

A tal teoria, *compreendendo que nenhuma teoria é final, completa ou perfeita, um novo conceito é admitido: uma teoria é boa enquanto é útil.* Isto é, naturalmente, *uma coisa muito agradável se a teoria também parece ser verdade, mas* (embora este pensamento possa ser chocante ao leigo) *não é absolutamente necessária.*

A pergunta realmente importante não é "É verdade?", mas "Funciona?".

Se funciona, podemos usá-la e pretender ser verdade; se é verdade, é um prêmio extra.

A expressão *funciona* pode, *prima facie*, ser desconcertante, em especial àqueles que a partir da idéia dos valores éticos do Direito entendem que não seriam submetidos à idéia de *funcionabilidade*.

Contudo, a *verificação de funcionabilidade* busca identificar se o ordenamento jurídico (ou a aplicação de tal ordenamento) *funciona para instrumentalização da realização de valores* (aliás, o que nos parece ser a única razão de um ordenamento jurídico); o que é a essência do presente trabalho.

Esclarece,

Este raciocínio, parecendo a alguns induzir a erro e ser francamente desonesto, é o único método encontrado até agora que produz resultados. Olhe à sua volta: todo produto que foi tocado por máquinas em sua produção é uma demonstração do fato observado de que - assumindo provisoriamente que uma teoria é verdade, concreta, útil - podem ser obtidos resultados. E que ao manter a disposição de descartar ou modificar essa teoria, ao primeiro sinal de fracasso, é realizado progresso.

Se uma teoria é boa somente quando funciona, então a primeira vez que deixar de funcionar - o primeiro fato encontrado que não se ajustar - precisa ser posta de lado e encontrada uma teoria nova e melhor. Só quem insiste na Verdade de uma teoria hesitaria em desfazer-se daquela que não funcionou. E um cientista nunca insiste que uma teoria é Verdade; apenas que é útil.

A mais cuidadosa verificação deve ter lugar quando surge uma contradição aparente. Primeiro: inspecionar a interpretação da teoria. Os conceitos básicos da teoria podem estar certos e a aplicação desses conceitos, errada. A reinterpretção da teoria pode explicar o fato novo. Segundo, e na realidade simultaneamente, lembrar que a observação, não o

relato do observador, é o dado, e repetir as observações. O observador pode ter estado errado. Os homens não podem enxergar além do violeta ou abaixo do vermelho; o quinino faz os ouvidos zumbirem, de modo a ouvir o que não está presente, e nenhum homem pode ouvir sons acima de 20 mil ciclos quando estes existem. Sob luz ultravioleta, o globo ocular humano brilha ligeiramente, de modo a ver um obscurecimento de luz que não está presente, mas devido a não se poder ver a luz ultravioleta em si, um observador não verá a fonte do ultravioleta que está ali. Verificar sempre as observações, pois o observador pode estar errado, porém as observações reais, os fatos, nunca estão errados.

Ironizando os pensadores acadêmicos do Direito, ressalta que *"uma fonte de muito mal-entendido é a diferença entre impossibilidade teórica e impossibilidade real"*. E afirma que isto é melhor ilustrado, talvez, *"pela velha história do homem que telefonou a seu advogado, explicou um contratempo legal e escutou: 'Não se preocupe com isso; não podem colocá-lo na prisão por esse motivo!' O cliente respondeu: 'Estou ligando da cadeia.'"*

Uma ligeira mudança nisso pode demonstrar o aspecto contrário.

Transformando em dono de circo a pessoa que telefonou em apuros, desta vez o advogado responde: *"Isso é sério. Temo que por isso ponham seu elefante na cadeia."*⁴⁷

Em cada caso, a teoria está em conflito com o fato físico; em cada caso, como invariavelmente deve ser pela própria natureza das coisas, a teoria, não o fato, deixa de ter êxito. No entanto, em essência, tudo isto é discussão do método científico de argumentação, de raciocínio. Há na raiz

⁴⁷ Ob. cit., passim.

de tudo isto, a técnica científica, o teste final e campo de prova de todo pensamento científico. De modo ideal,⁴⁸ o método científico segue sete etapas:

1. Fazer uma série de observações minuciosas.

A - Essas observações devem ser repetidas e só são aceitáveis como observações se muitas pessoas, seguindo as técnicas prescritas, podem repetir os resultados.

B - Devem ser experimentadas variações das técnicas prescritas para eliminar a possibilidade dos resultados observados serem devidos a outro fator que não o pretendido. Como exemplo tosco, suponhamos ser reportado que um ímã atrairá objetos. As demonstrações mostram de fato atrair e levantar bolas de ferro. Esta é a Etapa A acima. Variações no experimento mostram que o ímã atrai ferro, mas não cobre, prata, etc. O efeito observado - atração - é real. É preciso variar a experiência original para mostrar os limites verdadeiros do efeito.

2. Combinar todos os dados relevantes, de todas as experiências relevantes, para formular uma hipótese.

A - A hipótese precisa explicar todos os dados observados.

B - Precisa não exigir como consequência de seu desenvolvimento lógico a existência de fenômenos que não existem, de fato.

C - Deve indicar, porém, a existência de fatos reais até então inobservados.

3. Usando a hipótese, predizer novos fatos.

⁴⁸ "É importante lembrar que POPPER defende o método dedutivo para a ciência, segundo o qual o embasamento teórico deveria constituir o ponto de partida do trabalho científico. Assim, a investigação científica seguiria o esquema **problema-solução**. Para ele, a diferença dos indutivistas, os problemas não adviriam da observação dos fenômenos, mas da (s) própria(s) teoria(s) vigente(s), que já não satisfaz(em) o cientista diante da sua tarefa de fazê-la(s) corresponder aos fatos. Nossas teorias de fabricação humana podem colidir com aqueles fatos reais e assim, em nossa procura da verdade, podemos ter de ajustar ou desistir delas. (POPPER, 1975; p. 302)" Maria José CORACINI, *Um Fazer Persuasivo*, São Paulo : Pontes/EDUC, 1991, p. 28.

A - Uma estrutura lógica, suficientemente ampla para explicar todos os fenômenos relevantes observados, irá necessariamente inferir fenômenos adicionais, ainda não observados. Usar este mecanismo para prever a existência de algo que, sob teorias anteriores, não existiria.

4. Levar a cabo uma experiência e fazer observações a respeito dos prognósticos.

5. Como resultado da experiência, descartar a hipótese, ou avançá-la agora à categoria de "Teoria".

6. Fazer prognósticos adicionais, mais experiências e colecionar mais evidência de observação, até ser encontrado um fato relevante contraditório.

7. Abandonar a antiga teoria, tornar o total dos novos dados observados e formar uma nova hipótese.

8. Ver a Etapa Três.

Este processo parece, à primeira vista, um sistema completamente circular, não indo a lugar nenhum. Não é.

O avião de passageiros que voa por cima de nossas cabeças atesta isso. Notar que a cada volta ao redor desse ciclo a nova hipótese mostra como obter novos dados, nova evidência experimental, novas informações.

O processo não é circular - circular é o apelo à autoridade (quer como citação de doutrina, quer como citação de jurisprudência, na forma quotidiana da atividade forense sem qualquer critério a não ser pretender justificar o que se pretende).

É uma espiral em expansão e cada novo giro à sua volta percorre um campo cada vez mais amplo de compreensão.⁴⁹

No entanto, segundo o autor, a etapa mais importante de todas - a que levou mais tempo para os homens alcançarem desde que a idéia de conhecimento organizado começou - é a Etapa Sete:

"Descartar a antiga teoria... e começar tudo de novo." É duro para os homens - que são basicamente animais convencionais, apegados a modelos existentes!... abrir mão da familiaridade confortável, da rotina boa e fácil, daquela Teoria do Tempo Antigo, para embarcar num sistema completamente novo, pedindo uma revisão total de seus pensamentos. É tão fácil e confortável acreditar que a teoria antiga é Verdade e não precisar, nem jamais querer mudar, mesmo que não funcione o tempo todo. Como um par de sapatos velhos que é confortável e familiar, até mesmo se os buracos estiverem aparecendo.

⁴⁹ "Nosso conhecimento - em particular o conhecimento científico - progride por meio de antecipações justificadas (ou não), 'palpites', tentativas de soluções, por meio de **conjecturas**, enfim. Conjecturas que são controladas pelo espírito crítico; isto é, por refutações, que incluem testes rigorosamente críticos. Elas podem vencer esses testes, mas nunca são justificadas de modo positivo: não se pode demonstrar que sejam verdades seguras, ou mesmo '**prováveis**' (no sentido do cálculo probabilístico). O exame crítico das nossas conjecturas tem importância decisiva: põe em evidência nossos erros e nos leva a compreender as dificuldades do problema que pretendemos solucionar. É assim que nos familiarizamos com os problemas e podemos propor soluções mais maduras: por si mesma, a refutação de uma teoria - isto é, de qualquer tentativa séria de solucionar nossos problemas - constitui sempre um passo que nos aproxima da verdade. Desta forma, aprendemos com os erros. À medida que aprendemos com os erros cometidos, nosso conhecimento aumenta - embora possa acontecer que não tenhamos consciência (ou segurança) disso. Como nosso conhecimento cresce, não há razão para desesperar da razão. E como nunca podemos saber com certeza, não podemos também adotar uma atitude autoritária, pretensiosa ou orgulhosa em relação ao que sabemos. Dentre as teorias que sustentamos, algumas são muito resistentes às críticas e, num determinado momento, parecem constituir uma melhor aproximação da verdade: estas podem ser descritas - juntamente com os resultados dos testes a elas aplicados - como a 'ciência' daquela época. Mas, como nenhuma teoria pode ser justificada de forma positiva, a racionalidade da ciência reside essencialmente no seu caráter crítico e progressivo - no fato de que podemos **debater** sua pretensão de solucionar problemas melhor do que as explicações competitivas. Em poucas palavras, esta é a tese fundamental desenvolvida neste livro, que é aplicada a muitos temas - de problemas de filosofia e da história das ciências físicas e sociais a problemas históricos e políticos. Karl. R. POPPER. **Conjecturas e refutações**, 3ª ed., Brasília : UnB, prefácio.

O cientista verdadeiro está numa posição um tanto diferente. Começa com qualquer teoria e acha útil somente enquanto funciona. Se não mais produz resultado, deve ser posta de lado e formulada uma nova e melhor teoria.

E essa é uma teoria antiga e confortavelmente familiar na qual poderá instalar-se e apegar-se por toda a vida. Espere mudança; pode estar certo de não ficar desapontado.

Os conceitos de *padrões fixos e dados estáveis*⁵⁰ são enfrentados quando da aplicação do método citado na presente tese.

A crítica primeira às ciências sociais é a maneira que observa o objeto. As relações sociais das quais defluem o direito o mais das vezes são relegadas a segundo plano, cingindo-se o pensador do Direito a reflexões pseudo-eruditas para, muitas vezes, sustentar um sofisma, a fim de gerar o mecanismo lingüístico para obter credibilidade.⁵¹

KÖCHE adverte que o sistema educacional vigente, no que tange ao espírito de ministrar os conhecimentos, remonta ao século XVII. Nessa época a ciência era encarada como um conjunto de conhecimentos certos e verdadeiros. O conhecimento científico era o constatado e comprovado experimentalmente. O progresso da ciência era visto como o acúmulo progressivo de teorias e leis que iam se superpondo uma às outras. Era um progresso linear, contínuo, sem retorno, fundamentado em verdades cada vez mais estabelecidas, confirmadas definitivamente.

⁵⁰ Vide **Glossário: padrões fixos e dados estáveis**.

⁵¹ Nesse sentido: Maria José CORACINI. **Um Fazer Persuasivo**, *passim*.

O conhecimento não-científico era aquele sobre o qual não se poderia acumular provas que demonstrassem sua veracidade.

Esse conhecimento, questionável, duvidoso, deveria ser eliminado daquilo que se chamava ciência, pois a ciência não era vista como produto do espírito humano, produto da imaginação criativa dos pesquisadores.

A ciência era produto da constatação de determinadas leis, observadas e extraídas da realidade. A imaginação criativa atrapalhava a correta visão da realidade e, portanto, deveria ser eliminada por quem quisesse ter uma atitude 'científica'. Fazer ciência era assumir uma atitude passiva, de espectador da realidade.

O sistema educacional absorveu essa concepção de ciência e assimilou o seu dogmatismo. Em relação ao conhecimento, as escolas e os professores se especializaram em ser os transmissores das verdades comprovadas na ciência, ou melhor: em ser os pregadores das doutrinas científicas. Os próprios manuais e compêndios utilizados se encarregam, muitas vezes de mostrar e demonstrar as teorias científicas como um conhecimento pronto, acabado, inquestionável.

Sabemos, no entanto, que a ciência evoluiu. Evoluiu não de uma forma linear, mas sim de uma forma revolucionária, quebrando o dogmatismo de suas teorias e modificando drasticamente a noção de ciência e a própria noção de verdade.⁵²

Para KÖCHE, dentro das reformas radicais que sofreu a ciência no início do nosso século pode-se destacar: as explicações científicas não são um mero produto das observações empíricas, mas projeções do espírito humano, de sua imaginação criativa; essas projeções são

⁵² José Carlos KÖCHE, *Fundamentos de Metodologia Científica*, São Paulo : Cortez, pp. 12 e 13.

profundamente influenciadas pela cultura e ideologia do pesquisador, não havendo, portanto, uma objetividade pura desvinculada da subjetividade humana. Prossegue, afirma que o progresso científico não se faz pelo acúmulo de teorias estabelecidas, mas pelo derrubamento de teorias rivais que competem entre si, isto é, uma constante revolução na ciência, ocasionada pela polêmica em torno das teorias; *a atitude científica não está em tentar comprovar teorias, mas em tentar localizar os erros de suas teorias utilizando procedimentos críticos.*

A seguir formula algumas afirmações:

A ciência não parte da observação dos fatos, mas da problematização teórica da realidade;

O método científico não é prescritivo, mas crítico;

Não há uma única forma de desenvolver a ciência, não há um único método de investigação; e

*A verdade não é uma equivalência estática, mas uma aproximação produzida por uma busca constante.*⁵³

A grande dificuldade da evolução científica é que, segundo KUHN,⁵⁴ os cientistas normais, os quais denomina "aplicados", se unem em torno do mesmo paradigma e se constituem em comunidades, cuja principal característica é a de utilizarem instrumentos e métodos de análise próprios e

⁵³ *Ob. cit., passim.*

adequados ao paradigma teórico escolhido. Tais comunidades podem constituir verdadeiras "escolas" científicas, uma vez que consistem em grupos de cientistas que se reúnem em torno de uma especialidade, partilhando o mesmo paradigma e a mesma literatura de base. Opondo-se entre si, essas "comunidades científicas" determinam regras, normas, que devem ser seguidas por todo aquele que desejar a elas pertencer. Assim, o valor de um trabalho depende de um consenso, da "unidade do grupo".

Definindo dessa maneira o peso da comunidade científica, a *racionalidade da ciência pressupõe a aceitação de um "referencial comum"*, determinado pelo momento histórico. A essa tese POPPER chamou, criticamente, de "*relativismo histórico*". Na verdade, a ciência pode ser entendida como uma atividade envolvida num contexto histórico-social no qual se insere a comunidade científica.⁵⁵

⁵⁴ KHUN, T. S. *The Structure os Scientific Revolution*. USA : Univ. Chicago Press, 1970, pp. 176 e segs.

⁵⁵ "Sob o enfoque sociológico, a atividade científica começa a revelar alguns aspectos ainda mais surpreendentes. Por detrás da fachada de consenso, da opinião paciente e cautelosamente formada, das conclusões e certezas confiantemente divulgadas - muitas vezes com pompa e estardalhaço - ao público leigo, descobre-se uma luta sem trégua, cheia de intrigas e manobras bem planejadas, entre os partidários de orientações teóricas distintas e incompatíveis entre si. A meta é sempre conquistar a soberania sobre o campo e estabelecer uma nova ordem que se convencionou chamar 'paradigma', no rastro do trabalho de THOMAS KHUN. De acordo com KHUN, a substituição de um paradigma por outro não significa necessariamente um progresso - de vez que cada paradigma tende a postular novas regras do jogo e também as metas-regras necessárias para avaliar os méritos ou deméritos de conjuntos de regras alternativas. Essa consequência da posição assumida pelo autor, um tanto desconcertante, principalmente para o leigo que se entregou de corpo e alma aos encantos da ciência e as suas promessas de melhores dias, encontra oposição ferrenha nas mãos de, entre outros, KARL POPPER, para quem há um critério de falseabilidade que garante que a ciência não caia no mesmo terreno dos belos contos de fada. Mesmo que não cheguem a constituir-se em belos contos de fada, nossas teorias não passam de 'livres criações da mente humana'. Quem assina embaixo é o próprio ALBERT EINSTEIN, 'monstro sagrado' da ciência moderna, modelo indiscutível da pesquisa científica e, por sinal, ídolo incondicionalmente reverenciado pelo próprio POPPER." Kanavillil RAJAGOPALAN. *Um fazer persuasivo*, 13-4.

É, aliás, em nome dessa mesma comunidade que se pode considerar o discurso da ciência *como eminentemente argumentativo, uma vez que tem por objetivo convencer, angariar adeptos dentre os seus prováveis leitores, membros da mesma comunidade*. Segundo o raciocínio de KUHN, *assumindo o discurso da ciência (ou de uma investigação científica particular) como argumentativo, não podemos acreditar num método adequado para se julgar individualmente uma teoria*. Segundo ele, é a comunidade científica que propõe os parâmetros, que escolhe e determina se uma teoria ou se uma experiência é válida ou não.

Fora da comunidade não se faz ciência: as novas pesquisas devem se coadunar com os padrões científicos existentes e aceitos pela comunidade.

Tal visão, com a qual concordamos plenamente, mas procuramos não assumir, vem explicar *o caráter convencional do discurso científico, no qual a liberdade e a possibilidade de criatividade do enunciador se acha limitada por certas regras*.

Parece, também, explicar *a fidelidade a certos métodos considerados de qualidade científica*, utilizados pelo cientista no momento da investigação.

Em relação à evolução de uma ciência, KUHN é de opinião que *os períodos de crise, que precedem as chamadas revoluções científicas, que provocam o aparecimento de novas teorias*.

Esses períodos críticos se caracterizam, segundo ele, pela proliferação de versões teóricas ou de paradigmas concorrentes, com o intuito de criar uma alternativa mais adequada. Prossegue, afirma que *se resiste à mudança resistindo à crítica de um paradigma tradicional, cuja aplicabilidade nem se questiona*. Diz que *na maioria das vezes não é o paradigma que está sendo julgado, mas o próprio cientista*.

Argumenta, ainda, em favor da lentidão das transformações científicas, lembrando que a descoberta se inicia com a percepção da anomalia, isto é, *"...com o reconhecimento de que a natureza violou o paradigma - induziu expectativas que governam a ciência normal"*.⁵⁶

A conclusão na citada obra de CORACINI é que *essa visão de uma ciência institucionalizada explica não apenas a lentidão com que progredem os conhecimentos científicos, como também o aspecto convencional dos discursos e, sobretudo, a tarefa do cientista*.

Abrir-se para além desse horizonte é uma opção de sentido que se afasta das concepções didáticas meramente ilustrativas, no qual nos aventuramos; é um caminho de sacrifícios e eleição de finalidade que não convive com a inércia e com a repetição, uma tarefa de risco, pois expõe aquele que pesquisa e é o que assumimos como compromisso desta tese.

⁵⁶ *Ob. cit., passim.*

Trata-se de "*descobrir e interpretar os fatos que estão inseridos em uma determinada realidade*",⁵⁷ a pesquisa não há de ser neutra, eis que tem um quadro de referência.⁵⁸ É implícito na tese que *as relações materiais fundam a base do modo de pensar a sociedade, suas leis e regras.*

Localiza-se, no enfrentamento da questão proposta, um ponto de partida. Essa perspectiva, conforme Luiz Edson FACHIN, "*funda uma crença quase sempre inabalável na educação jurídica, distante de um ades- tramento dogmático embalsamado pela exegese estrita do direito instituído, voltada para os fatos sociais, rente à vida e às circunstâncias.*"⁵⁹

Esse elo inicial está exposto na aula inaugural que em 1993 foi proferida na Universidade Federal do Maranhão pelo professor Agostinho Ramalho MARQUES NETO, o qual, após reconhecer que o Direito é a "*síntese de múltiplas determinações*", bem fez ver que "*modelos mecanicistas ficam*

⁵⁷ Aidil de Jesus Paes de BARROS e Neide Aparecida de Souza LEHFELD. **Projeto de pesquisa: propostas metodológicas**, p. 14.

⁵⁸ "A abordagem sociológica da ciência se coloca visceralmente contra a visão engendrada pelo positivismo lógico, que, a despeito do relativo desprestígio nos dias de hoje, continua ainda a ditar as regras, por exemplo, na forma do cientismo, o nome que se dá à crença, bastante arraigada até mesmo entre alguns dos melhores cientistas contemporâneos, de que as chamadas ciências do homem devam tentar emular as ditas exatas. Enquanto este prega que a cientificidade é fruto da anulação, dentro da atividade de pesquisa, de todos os valores humanos, aquela nos lembra que, por se tratar de uma atividade e não de um simples corpo de conhecimentos, e inútil, para não dizer perverso, encarar a ciência como qualquer coisa que não seja humana por excelência. Dentro de uma abordagem sociológica, a própria matemática - a rainha de todas as ciências -, que LEIBNIZ afirmou ser a linguagem perfeita mediante a qual Deus se comunicaria, passa a ser considerada, antes e sobretudo, uma atividade como qualquer outra. Com efeito, torna-se imprescindível compreender primeiro as especificidades da vida social que os matemáticos levam e, em seguida, abordar seu discurso como um objeto de estudo semiológico da mesma forma que qualquer outro discurso. Pois os enunciados que esses estudiosos produzem também não escapariam, de maneira alguma, à condição de serem atos de fala no sentido de J. L. AUSTIN, e, como tal, sujeitos às mesmas condições de emprego e aceitação que regem todo e qualquer anunciado." Kanavillil RAJAGOPALAN. Ob. cit., p. 13.

⁵⁹ Cf. aulas nos **Cursos de Mestrado e de Doutorado em Direito da UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**, 1998, 1º semestre.

sempre aquém da compreensão desse processo em sua dialética real", para concluir que o "Direito é fruto de conquistas sociais", e por isso nele há algo de emancipatório.

Aliás, nesse passo, como o fez o professor Alberto VENÂNCIO FILHO no Seminário que a UnB dedicou em maio de 1981 à personalidade extraordinária de Francisco Clementino de SAN TIAGO DANTAS, que esse ponto de partida é congruente com as suas idéias, em especial quando afirmou que *"nada falseia mais o espírito jurídico, nada o afasta mais perigosamente do seu verdadeiro sentido, do que a convicção, favorecida pelos longos períodos de estabilidade, de que a vida social deve ajustar-se aos conhecimentos jurídicos, em vez de se adequarem estes àquela."*

Na mesma esteira, parecendo que suas palavras foram proferidas há poucos dias, disse ainda SAN TIAGO DANTAS que *"só se consideraria, pois, em crise, uma Faculdade em que o saber houvesse assumido a forma de um precipitado insolúvel, resistente a todas as reações. Seria ela um museu de princípios e praxes, mas não seria um centro de estudos."*

A partir de tais fundamentos acreditando que esse é o desafio que não confunde estudo e pesquisa com confinamento intelectual realizamos o trabalho.

Fernando PESSOA, do alto de sua sensibilidade, captou isso na palavra de Alberto CAIEIRO que em seus "Poemas" disse: *"Procuro despir-me do que aprendi. Procuró esquecer-me do modo de lembrar que me ensinaram, e raspar a tinta com que me pintaram os sentidos, desencaixotar as*

minhas emoções verdadeiras, desembrulhar-me e ser eu... É preciso esquecer a fim de lembrar, é preciso desaprender a fim de aprender de novo."

Pensar longe *da mera exegese.*

Distante da superficialidade como não fizeram os bacharéis de então que nos primeiros anos do século se dedicaram a um verdadeiro "*torneio de mandarins*" em torno da redação de uma lei, como o foi com o projeto do Código Civil, pouco importando realmente o conteúdo, *dando valor ornamental à inteligência, ao talento como prenda, numa erudição desinteressada e descomprometida.*

O que se propõe, dentro da política da Instituição, está demarcado, por si só, na geografia do ensino e da pesquisa, que requer em seu mapa cartográfico do saber o "*construído*" e não a indução ao "*dado*".

Não se pode, então, conviver com uma atitude de indiferença ou renúncia a uma posição avançada na inovação e mesmo na revisão e superação dos conceitos, contribuindo, abertamente, para fomentar questionamentos e fazer brotar inquietudes que estimulem o estudo e a pesquisa comprometidos com seu tempo e seus dilemas. Esta busca questiona os meios de efetivação das tutelas - no ordenamento jurídico - dos princípios e normas de Direitos Humanos - em especial *liberdade e consumidor (funcionam?).*

Aos cientistas da era pós-moderna não podem se eximir dos novos desafios; de perseguirem, com determinação, a única meta viável que resta, qual seja, a de trazer à tona as instabilidades que se escondem até

mesmo naquilo que, pela força de uma longa tradição, parece, para cada um de nós, o mais rigoroso de todos os discursos, a saber, o nosso próprio metadiscurso, desestabilizando, dessarte, *todo* o discurso de metanarração.

Aderimos a Will DURANT, quando discorre a respeito do Método Filosófico, buscando aplicar na elaboração da tese.

A ciência parece avançar sempre, enquanto a filosofia sempre parece perder terreno. Entretanto, é só porque a filosofia aceita a tarefa árdua e perigosa de lidar com problemas ainda não abertos aos métodos científicos, problemas como bem e mal, beleza e feiúra, ordem e liberdade, vida e morte.

Tão logo um campo de investigação produz conhecimento suscetível de formulação exata, recebe o nome de ciência. Toda ciência começa como filosofia e termina como arte; surge em hipótese e flui em direção da realização.

A filosofia é uma interpretação hipotética do desconhecido. . . ou do que é sabido sem exatidão. . . é a trincheira da frente no cerco à verdade.

A ciência é o território capturado; e à sua retaguarda estão as regiões seguras em que o conhecimento e a arte constróem nosso mundo imperfeito e maravilhoso.

A filosofia parece immobilizada, perplexa; porém, apenas por deixar os frutos da vitória às suas filhas, as ciências, passando, ela própria, divinamente descontente, ao incerto e inexplorado.

Vamos ser mais técnicos? Ciência é descrição analítica, filosofia é interpretação sintética.

A ciência deseja esclarecer o tódo por partes, o organismo pelos órgãos, o obscuro pelo conhecido. Não indaga os valores e possibilidades ideais das coisas, nem sua significação total e final.

Contenta-se em mostrar sua realidade e operação presentes, estreitando seu olhar resolutamente para a natureza e processo das coisas, como são.

O cientista é tão imparcial quanto a Natureza no poema de Turgenev: está tão interessado na perna duma pulga quanto nas agruras criativas de um gênio.

O filósofo, porém, não se contenta em descrever o fato; deseja averiguar sua relação com a experiência em geral e dali chegar ao seu significado e mérito; combina coisas em síntese interpretativa; tenta reunir, melhor do que anteriormente, aquela grande observação do universo que o cientista inquisitivo desmembrou analiticamente.

A ciência diz-nos como curar e como matar; reduz a taxa de mortalidade a retalho e depois, na guerra, mata por atacado; mas só a sabedoria — desejo coordenado à luz de toda experiência — pode dizer-nos quando curar e quando matar.

Observar processos e construir meios é ciência. Criticar e coordenar fins é filosofia.

E, nestes dias, porque nossos meios e instrumentos multiplicaram-se além de nossa interpretação e síntese de ideais e finalidades, nossa vida está cheia de som e fúria, sem nenhum significado. Pois um fato não é nada, exceto em relação ao desejo; não é completo, exceto em relação a um propósito e a um todo.

A ciência sem a filosofia, fatos sem perspectiva e avaliação, não nos podem salvar da devastação e do desespero.

A ciência dá-nos o conhecimento, porém só a filosofia pode proporcionar-nos sabedoria.⁶⁰ -grifo meu –

⁶⁰ Reimpressão de **A história da filosofia**, de Will DURANT (New York : Simon and Shuster, 1926). Apud L. Ronald HUBBARD, **Dianética**, Ob. cit., pp.367-8.

ESCOPOS

**"O Justo e o injusto mudam de qualidade quando mudam de país (...)
"Engraçada essa justiça que um rio limita (...)"
PASCAL, Pensamentos**

VICTOR HUGO encabeçando as primeiras edições de ***Le dernier jour d'un condamné***, publicada a princípio sem nome de autor, só figuravam as poucas linhas que seguem:

Existem duas maneiras de constatar a existência deste livro. Ou bem houve, de fato, uma pilha de folhas amareladas e desiguais sobre as quais foram achadas, registradas uma a uma, as últimas reflexões de um pobretão; ou bem houve um homem, um sonhador ocupado em observar em proveito da arte, um filósofo, um poeta, talvez, que fez dessa idéia sua fantasia, que a tomou ou, melhor dizendo, foi tomado por ela, e que só conseguiu livrar-se dela jogando-a num livro.

Das duas explicações, o leitor escolherá a que melhor lhe convier.

Recente edição adverte que como se pode ver, na época em que o livro foi publicado, o autor não julgou necessário expor logo todas as suas idéias. Preferiu esperar que elas fossem entendidas e ver se, de fato, o seriam. E foram. Hoje, o autor pode desmascarar a idéia política, a idéia social, que ele quis divulgar adotando esta inocente e cândida forma literária.

Está portanto declarando, ou melhor, confessando em voz alta que *O último dia de um condenado* não passa de uma defesa, direta ou indireta, como preferirem, da abolição da pena de morte.

Segundo consta do prefácio da tradução de Annie Paulette Maria CAMBÊ o que ele planejou, o que ele gostaria que passasse à posteridade na sua obra, se por acaso ela o merecer, não é a defesa especial, sempre fácil e sempre transitória, deste ou daquele criminoso em particular, deste ou daquele réu designado, é sim o discurso de defesa geral e permanente para todos os réus presentes e futuros.

É o grande ponto de **direito da humanidade**, apresentado e defendido em alto e bom som perante a sociedade, que é a grande Corte Suprema; é esta suprema recusa, *abhoescere a sanguine*, precedendo, para sempre, qualquer processo criminal; é a tenebrosa e fatal questão que palpita na escuridão de todas as causas capitais sob as tríplexes espessuras de *pathos* com as quais é envolta pela retórica sangrenta das gentes do rei; é, em suma, a questão de vida ou morte (*no caso da tese: a liberdade*) despida, desnuda, livre de manipulações ruidosas do foro, brutalmente exposta e colocada onde ela tem que ser vista, no seu meio verdadeiro, no seu meio horrível; não no tribunal, mas sim no cadafalso, não perante o juiz, mas sim perante o carrasco (*no caso acrescentamos: não em estéreis discussões, que se pretendem acadêmicas, quando se busca o conceito – com pseudo-erudição – como se a única razão de ser de uma ciência não fosse a sua aplicabilidade; ou se se pretende o direito como arte, da revelação e cognição dos valores da alma*);

diante da realidade da cela, cadeia, do ergástulo público; da realidade do injustiçado em seus direitos fundamentais.

Este trabalho é realizado com a *crença de BRUNO, a ousadia e o risco intelectual de COPÉRNICO e GALILEU*, como dito por NEWTON, ao apresentar suas teorias; alicerço-me nos ombros de gigantes, buscando inspiração nas palavras de PASCAL, VICTOR HUGO e NORBERTO BOBBIO, dentre tantos outros; este que entende o principal problema vinculado aos **Direitos do Homem** (*aos direitos fundamentais positivados em cada constituição, dir-se-á*); não é tanto o de justificá-los ou declará-los, mas *efetivamente protegê-los*.

Protegê-los através dos instrumentos adequados em um ordenamento jurídico consentâneo com os valores do seu tempo.

Problema que em um primeiro momento é jurídico, e num sentido mais amplo, político, conforme se verificará neste trabalho.

Por isso, como na obra de VICTOR HUGO, vem este declarar e repetir que está pleiteando em nome de todos os possíveis réus, inocentes e culpados, perante todas as Cortes, todos os pretórios, todos os júris, todas as justiças.

Está endereçado a todos aqueles que estão preocupados com os direitos e as garantias fundamentais do homem.

Ambiciona despertar atenção para os **Direitos do Homem** no processo de integração regional do **MERCOSUL**; aquele como diploma que

resulta da amarga experiência da Segunda Guerra Mundial, da evolução do pensamento da civilização, enfim, da humanidade; e não um projeto deste ou daquele governo transitório; sem a arte de VICTOR HUGO pretende ser um instrumento de divulgação dos **Direitos do Homem**, um incentivo ao seu conhecimento e aplicação integral.

Os que julgam e condenam, por vezes, conforme assevera VICTOR HUGO, dizem a pena (de morte) necessária. Em primeiro lugar, porque é importante eliminar da comunidade social um membro que já a prejudicou e que poderia prejudicá-la outra vez. – Se se tratasse apenas disso, a prisão perpétua seria suficiente. Para que a morte? Retrucam que se pode escapar de uma prisão? Melhorem as rondas! Se não têm confiança na solidez das grades, como ousam manter feras em cativeiros? Indaga!

Mas, objetam eles, - *é preciso que a sociedade se vingue, que a sociedade puna.* - Nem uma coisa nem outra. A vingança cabe ao indivíduo, a punição a Deus.

A sociedade está entre os dois.

O castigo está acima dela, a vingança abaixo. Nada tão grande nem tão pequeno lhe convém. Não deve 'punir para vingar-se'; deve *corrigir para melhorar.*

Transformem assim a fórmula dos criminalistas, nós a entenderemos e a adotaremos.

Como VICTOR HUGO acreditamos que o edifício social do passado apoiava-se sobre três colunas: o padre, o rei, o carrasco.

Já faz tempo que uma voz disse: *Os deuses estão indo embora!* Depois outra voz levantou-se e gritou: *Os reis estão indo embora!* Já é hora de uma terceira voz levantar e dizer: *O carrasco vai embora.* Já dizia em 15 de março de 1832:

Assim, a velha sociedade terá ruído pedra após pedra; assim a providência terá completado o desmoronamento do passado.

Aqueles que sentiram falta dos deuses, pode-se dizer: Deus fica. Aqueles que sentem falta dos reis, pode-se dizer: A Pátria fica. Aqueles que lamentariam o carrasco, não há nada para se dizer.

E a ordem não desaparecerá junto com o carrasco, não pensem isso. A abóbada da sociedade futura não desmoronará por não possuir esta pedra angular hedionda. A civilização não é outra coisa que uma série de transformações sucessivas. O que verão agora? A transformação da penalidade. A doce lei de Cristo penetrará enfim o código e por ele irradiará a luz. O crime será visto como uma doença e esta doença terá seus médicos que substituirão os juízes, seus hospitais⁶¹ que substituirão os cárceres. A liberdade e a saúde serão parecidas. Onde aplicava-se o ferro e o fogo, deitar-se-á o bálsamo e o óleo. Tratar-se-á pela caridade o mal que antes era tratado pela cólera. Será simples e sublime. A cruz substituindo a força. E só.

“Deixarei contudo que o pouco que aprendi seja conhecido, de modo que alguém melhor do que eu possa adivinhar a verdade, provando e refutando meus erros com seu trabalho. Isso me dará prazer, pois terei sido um meio para trazer à luz a verdade.”
Albrecht Dürer

⁶¹ Nosso entendimento é que pode ser aplicada a tecnologia de *Dianética*. Portanto, desnecessário o internamento hospitalar.

2. O MERCOSUL NO CONTEXTO GLOBAL

2.1 Globalização e/ou Mundialização

...Vossas Altezas, COMO SENHORES QUE SÃO DOS DITOS MARES E OCEANOS, façam desde agora ao dito D. Cristóvão Colombo... que todas e quaisquer mercadorias quer sejam pérolas, pedras preciosas, ouro, prata, especiarias e quaisquer outras coisas e mercadorias de qualquer espécie, nome e maneira que sejam, que forem compradas, trocadas, encontradas, ganhas e que houver dentro dos limites do dito Almirantado...

Contrato de 17.04.1492 da Coroa com Cristóvão Colombo¹

Apesar de muitos entenderem que o processo denominado de **globalização**² é fenômeno de história recente, ligeira revisão histórica demonstra que o relacionamento entre os povos foi construído na busca de riquezas através do escambo e da mercância, singrando mares e descobrindo novos continentes; com a industrialização, sofisticadas tais relações.³

¹ Enrique DUSSEL. *As Motivações Reais da Conquista*. Concilium. Petrópolis : Vozes, 1990, n.º 6, p. 40.

² Vide glossário: **Globalização**. "A nova ordem mundial tem como característica básica o fenômeno da globalização. O fenômeno da globalização decorre de inúmeros fatores conjugados, cabendo destacar: 1. O término da época colonialista; 2. O fim da Guerra Fria, que fez com que as nações pensassem em parcerias não mais voltadas às estratégias de defesa nacional ou continental, mas dirigidas a objetivos econômicos; 3. A retração do Estado nas atividades econômicas, gerando as privatizações e a predominância da economia de mercado; e 4. O crescimento das empresas multinacionais, que penetraram, nas últimas décadas, inclusive nas chamadas economias fechadas - China, Coréia do Norte e Cuba." Cássio Mesquita de Barros. *O Direito do Trabalho no Mercosul*. Conferência proferida em Ponta Grossa, Estado do Paraná, 27.05.98. Advogado. Professor Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro da Comissão de Peritos na Interpretação e Aplicação das Normas Internacionais do Trabalho da OIT. Membro da Comissão Permanente de Direito Social do Ministério do Trabalho do Brasil.

"Se os povos do mundo pretenderem garantir seu futuro terão agora de caminhar no sentido da unidade global através da cooperação cada vez mais alargada em bases eqüitativas."

Comissão Sul⁴

Hoje ágil expansão da **globalização** implica mudanças aceleradas na economia, na política, nas atividades culturais e nos comportamentos sociais; a adequação dos órgãos do Poder Judiciário e da legislação.

Não são poucos os que sustentam que estamos examinando a nova (velha) ordem mundial, a qual,

No dia 12 de outubro de 1492 começou para a América Latina e para o Caribe a grande sexta-feira santa de paixão e de sangue, que continua até os dias de hoje, sem conhecer o domingo da ressurreição. Os relatos dominantes foram feitos a partir das caravelas que chegavam para conquistar e não partir das vítimas que estavam na praia e que sofreram a dominação.⁵

Os fenômenos de integração entre grupos, nações e países, sempre ocorreram ao largo da história. Podemos dizer que a globalização econômica teve um início do tipo comercial, através do intercâmbio de produtos em um processo lento que remonta ao século V a. C., alcançando o máximo de seu esplendor com a colonização européia da América, África e Ásia. A hegemonia britânica no século XVIII, sendo um processo que continua no presente.

³ Nesse sentido: J. S. Fagundes CUNHA. *Os Direitos Humanos e o Direito da Integração. In MERCOSUL no Cenário I+ternacional*. Vol. II, p. 419.

⁴ *O desafio do Sul. In: Relatório da Comissão Sul*, Afrontamento, 1991, p. 21

Em alguns casos se unificaram regiões e em outros se criaram impérios.

Em tempos mais próximos, por diferentes procedimentos, contribuíram para estabelecer Estados nacionais - *como no caso da Suíça e dos Países Baixos* - os quais, muitas vezes, encontraram por essa via o caminho para concretizar a condição de Potência importante pela qual competiam - *tal ocorreu com o Império Britânico, o Reich alemão, Itália, as anexações da colonização interna russa ou de expansão norte-americana* -.

Foram também experiências de integração os processos concluíram na consolidação dos primeiros Estados "pré-nacionais" e os situaram como Potências.⁶

O termo **globalização**, que em regra - hoje - é visto como um fenômeno econômico que deve ser combatido, pelas suas conseqüências nocivas para os países pobres em vias de desenvolvimento, se presta a várias interpretações.

É, por muitos, visto como processo fatal e inescapável, ou como mera ideologia, propagandeada pelo Banco Mundial e pelos países dominantes, para servir aos interesses das empresas transnacionais.

⁵ Leonardo BOFF e Virgil ELIZONDO. *Editorial. A Voz das Vítimas. Quem as escuta?* - Concilium, 1990, n.º 6.

⁶ *Nesse sentido*: Heber ARBUET-VIGNALI. *El Mercosur y el nuevo orden mundial. In: A Integração Rumo ao Século XXI*. Pelotas : EDUCAT, 1996, p. 55. "*Es el fenómeno que ocurre cuando se da la unión entre Castilla y Aragon consolidando en una España de Fernando e Isabel la diversidad de las Esañas; y lo que se produce cuando Francia con Luís XIV y sus ministros concretan la sumisión de los estamentos feudales al poder central.*" Catedrático de Direito Internacional Público e Professor de Post Grado en la Universidad Mayor de la República O. del Uruguay y en la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, República Argentina. Profesor visitante de Post grado en la Universidad Metodista de Piracicaba - Brasil.

É de se realçar as singularidades na fase presente deste processo de mundialização; basta que se compare a velocidade e a extensão das repercussões da quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929 com a atual "crise asiática" (Tailândia, Hong Kong) para que se constate a pujança da transnacionalização em nossos dias.

Flávio Dino de Castro e COSTA afirma que

*A principal singularidade a ser sublinhada reside no próprio fato de falar-se em **transnacionalização**, o que representa ir além da noção de **internacionalização**, já que este último termo pressupõe a permanência do conceito de nação (**inter** = ação recíproca), enquanto que o primeiro na verdade sinaliza para sua superação (**trans** = além, através de).⁷*

José Luiz Quadros de MAGALHÃES indaga: "**O que é a globalização?**"

E para responder afirma que consultou os mais recentes estudos sobre a questão.⁸

Discorre que para Jean Luiz FERRANDÉRRY a globalização é um conceito que apareceu no meio dos anos oitenta nas escolas de negócios norte-americanas e na imprensa anglo-saxã.

⁷ *Globalização e crise constitucional*. Separata da *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*. Brasília - Distrito Federal, V. 9, n.º 3, jul/set de 1997.

⁸ José Luiz Quadros de MAGALHÃES, Professor Doutor de Direito Constitucional da UFMG, Presidente do Conselho Estadual de Direitos Humanos, Procurador Geral da UFMG, Presidente do Colégio de Procuradores Gerais da ANDIFES e Conselheiro da Fundação Brasileira de Direito Econômico. *Globalização e Exclusão*. Internet.

Esta expressão designa um movimento complexo de abertura de fronteiras econômicas e de desregulamentação, que permite às atividades econômicas capitalistas estenderem seu campo de ação ao conjunto do planeta.

O aparecimento de instrumentos de telecomunicação extremamente eficientes permitiu a viabilidade deste conceito, reduzindo as distâncias a nada. O fim do bloco soviético e o aparente triunfo planetário do modelo neoliberal no início dos anos noventa parecem dar a esta noção uma validade histórica.

VIDAL VILLA⁹ esclarece que o termo **globalização** é mais comum nos países anglo-saxônicos, sendo, porém utilizado pelos europeus continentais o vocábulo **mundialização**, com mais amplo sentido que o anterior.

Na França foi escolhido o nome **mundialização** para substituir **globalização**, que insiste, particularmente, sobre a dimensão geográfica e tentacular, sem esquecer o sentido original.¹⁰

Concluindo, como afirma José Luiz Quadros de MAGALHÃES, podemos então dizer que a globalização tem sua origem na literatura destinada às firmas multinacionais.

⁹ VIDAL VILLA, José Maria. *Mundialización y estados nacionales*. In: *MAASTRICHT y el futuro de Europa*, p. 13.

¹⁰ "A mundialização se refere principalmente a esse processo de alargamento no concernente aos métodos de conexão entre diferentes contextos sociais ou regiões que se convertem em uma rede ao longo de toda a superfície da terra. (...) pode definir-se como a intensificação das relações sociais em todo o mundo pelas quais se enlaçam lugares distantes, de tal maneira que os acontecimentos locais estão determinados por acontecimentos que ocorrem a muitos quilômetros de distância e vice-versa." Anthony GIDEENS, *Sociologia*, p. 561.

Designando inicialmente um fenômeno limitado a uma mundialização da demanda se enriquecendo com o tempo até o ponto de ser identificado atualmente a uma nova fase da economia mundial. A tendência crescente de aproximação dos povos, facilitada pelos novos meios de comunicação e transporte, leva ao ponto de falar-se de uma "**aldeia global**".¹¹

*O Eminent Desembargador Enrique Ricardo LEWANDOSKI, iniciando conferência titulada **O DIREITO COMUNITÁRIO**,¹² afirma que*

1. Poucos estudiosos ousavam prever há alguns anos atrás, sobretudo quando ainda imperava a Guerra Fria, que dividia o mundo em dois

¹¹ "O maior incremento em tal aproximação nos últimos anos assumiu características especiais, não apenas pela intensificação maior do intercâmbio entre os povos, mas por outras características especiais como a mudança na estrutura das organizações econômicas e do processo produtivo. Na busca de maior racionalização no emprego dos fatores de produção, as empresas multinacionais ou transnacionais não hesitam em buscar mão-de-obra ou matéria-prima em qualquer lugar onde possam obter maior vantagem. Desse modo, uma grande empresa norte-americana ali não tem mais do que um centro de pesquisa de modelos, preferindo localizar a fábrica em outros países, como Porto Rico, em que o custo da mão-de-obra é expressivamente menor do que no país de origem. Outras vezes, o produto final é o resultado da reunião de peças fabricadas em diversos países pela mesma empresa ou por empresas diferentes que se especializam na fabricação de determinados componentes, não se podendo definir com precisão o país de origem da fabricação daquele bem." José de Castro MEIRA. *Globalização e Direito*. Internet

¹² **II ENCONTRO INTERNACIONAL SOBRE DIREITO COMUNITÁRIO E DA INTEGRAÇÃO DO CONE SUL**. - Ponta Grossa - Pr - PROGRAMAÇÃO. 15.10.97 – 19 h e 30 min – **Direito Comunitário e Soberania** – Herber Arbuat Vignale – Uruguai – e – **A Supranacionalidade e o Direito Comunitário** – Roberto Ruiz Labrano – Paraguai -. 16.10.97 – 19 h e 30 min – **A Globalização e o Direito** – Urbano Vitalino Mello Filho – Pe – **O Direito Comunitário** – Enrique Ricardo Lewandoski – SP – **O Direito Comunitário e o Direito Internacional** – Marta Assunção – Pr - 17.10.97 – 15 h e 30 min – **Projeto de Unificação do Direito Processual no Mercosul** – Munir Karan – Pr – **O Direito do Consumidor no Mercosul** – Nelson Lins d’Albuquerque – Brasília – **Garantias Contratuais no Mercosul** – Maristela Basso – SP – **O Direito Tributário no Mercosul** – Luiz Carlos Derbi Bittencourt – Pr -. 19 h e 30 min – **As soluções de Controvérsias no Mercosul** – Eduardo Lozenretti Marques – SP – **A arbitragem como Mecanismo de Solução de Controvérsias no Mercosul** - Adriana Noemi Pucci – Argentina – **A Proposta da Criação de um Tribunal Supranacional no Mercosul** – Martha Olivar – Colômbia -. 18.10.97 – 9 h – **Harmonização Legislativa no Mercosul** – Werter Faria – RS – **Estrutura do Mercosul – Supranacionalidade ou Intergovernabilidade** – Elizabeth Accioly – Pr – **Propriedade Industrial no Mercosul** – Carlos Henrique Fróes – RJ – 11 h – **A Escola de Direito Comunitário no Mercosul** – Mariella Lélles da Silva Oroyen – Uruguai – **A Circulação de Modelos Jurídicos Esuropeus na América Latina: um entrave à integração econômica do Cone Sul?** – Vera Maria Jacob Fradera – RS – **A Experiência Integracionista Europeia e as Perspectivas para o Mercosul** – Jorge Fontoura Nogueira – Brasília.

blocos ideológicos antagônicos, o intenso fenômeno da globalização que ocorre no mundo contemporâneo.

2. Atualmente, como notam alguns especialistas, o paradigma clássico das Ciências Sociais, baseado nas sociedades nacionais, está sendo substituído por outro, o da Sociedade Global, levando à reformulação dos conceitos clássicos de soberania e de hegemonia, ainda firmemente arraigados na doutrina política e jurídica.

3. O fenômeno da globalização, que alguns consideram a Terceira Revolução industrial – a Primeira, consistente na aplicação da máquina à vapor aos processos industriais e a Segunda correspondente à automação do processos produtivos – resulta de um novo modo de produção capitalista organizado em escala planetária (por exemplo, MacDonal'd's tem 18 mil restaurantes em 91 países, a INTERNET tem 50 milhões de usuários; um cabo de fibra óptica transmite simultaneamente 1,5 milhão de conversações; CNN).

*Assim, conforme assevera, a globalização não ocorre apenas em razão da intensa circulação de bens, capitais, informações e de tecnologia através das fronteiras nacionais, com a conseqüente criação de um mercado mundial, mas também em função da universalização dos padrões culturais e da necessidade de equacionamento comum de problemas que afetam a totalidade do planeta, como o combate a degradação do meio ambiente, a **proteção dos direitos humanos**, o desarmamento nuclear, o crescimento populacional etc.¹³*

Jorge WITKER ao referir-se ao processo de globalização, distinguiu entre os processos "governados" ou "governáveis" da mesma, entre os que se podem contar precisamente aqueles que supõem as integrações regionais pluriestatais, daqueles que se operam como conseqüência de fenômenos sociais e tecnológicos autônomos. Em tal sentido e referindo-se a estes últimos aspectos, reiterou que a globalização tem chegado para ficar.

¹³ - grifo nosso.

Respecto de la historia de Latinoamérica en materia de integración refirió que la zona manifiesta un atraso que puede remontarse al fracaso del proyecto bolivariano y contrastarse, a su vez, con la imposición del hegemón norteamericano, a partir de la doctrina Monroe, del proyecto "panamericanista".

El neo-panamericanismo, como parte del proceso de globalización, también es resultado de la caída del bloque contendiente (1989); de la irrupción de los servicios a nivel internacional, de la sustitución de un concepto que no pudo ser previsto por Marx, el de un nuevo concepto de ventaja: el de ventaja competitiva diferenciado del de ventaja comparativa y del consecuente cambio de modelo de producción y acumulación capitalista.¹⁴

A evolução da **globalização** demandou a intensificação da criação de instituições internacionais, como o GATT, o FMI, o BIRD, a OMC etc., que privilegiam o livre comércio; o desenvolvimento acelerado da tecnologia (sobretudo das novas redes de comunicação) e a **erosão da soberania dos Estados**.¹⁵

Neste final de milênio tantas são as mudanças do mundo e no estado da consciência da humanidade que obrigam os analistas a repensar clássicas categorias de interpretação do processo social e histórico e criar outras novas.

¹⁴ J. S. Fagundes CUNHA, *Ob. cit.*, pp. 420-422.

¹⁵ "A globalização e o neoliberalismo configuram-se, para a opinião pública, como os paradigmas para os anos 90. Mas a globalização desenvolve-se, em meio ao aprofundamento da revolução tecnológica, através da regionalização dos blocos econômicos, nítida reação à crescente competição econômica, e produz a fragmentação social e espacial, resultado dos terríveis custos desta gigantesca transformação para muitos grupos sociais e regiões 'perdedoras'. Novos temas como meio ambiente, narcotráfico, direitos humanos e defesa de minorias étnicas passam a integrar a agenda da política mundial. Ao lado do 'progresso', configuram-se elementos de regressão social, política e cultural-ideológica, renunciando o que Alain MINC denominou de "Nova Idade Média". A era da informática é também a dos fundamentalismos, do desemprego estrutural e do renascimento dos nacionalismos tribais." Paulo G. Fagundes VIZENTINI, *A nova ordem global*, Introdução.

2.2 O que é o MERCOSUL?

Na presente abordarei os aspectos que contextualizam o **MERCOSUL**, a fim de que possa problematizar as formas alternativas de resolução dos litígios, com enfoque na pessoa física - consumidor¹⁶ em um mega mercado, de mais de 200 milhões de eventuais consumidores -, face a circulação de pessoas e a impossibilidade de prisão por dívida.

O escopo é despertar interesse de outros que também venham a realizar uma reflexão a respeito dos questionamentos que são aqui trazidos, em especial, quanto a necessidade de uniformização de jurisprudência, vez que o estudo da globalização - inclusive blocos regionais - e suas implicações nos fenômenos jurídicos assume grande complexidade.

A instrumentalização de um esquema de solução de pleitos é, sem dúvida importante, tendo em consideração que outros âmbitos de integração regional, como a ALADI e a ALALC "*no alcanzaron la cúspide, justamente por carecer de un procedimiento idóneo para estos fines*".¹⁷

A fim de possibilitar a contextualização do **MERCOSUL** salientamos que o conceito de **integração** passou a ser utilizado pelos teóricos da economia internacional, após a Segunda Grande Guerra, quando a urgência de reconstrução da

¹⁶ Vide Glossário: *consumidor, fornecedor, produto, relação de consumo e serviços* estão definidos nos termos do Anexo ao Protocolo de Santa Maria sobre **Jurisdição Internacional** em Matéria de Relações de Consumo.

¹⁷ Juan Carlos HITTERS. *Solucion de Controversias en el Ambito del Mercosur* p. 03.

Europa, os resultados do Plano Marshall e as tentativas de coordenação aduaneira impunham uma necessidade premente de reflexão.

Cássio Mesquita BARROS invoca CESARINO JÚNIOR, Professor da USP, já falecido, afirmando que este tem um conceito aceitável para o termo **integração**:¹⁸

...Sociologicamente, seria o processo social que tende a harmonizar, a unificar diversas unidades antagônicas, sejam elementos da personalidade, do indivíduo, dos grupos ou de agregações sociais maiores. Daí a integração social: ajustamento do grupo, de modo a formar uma sociedade organizada...

...Juridicamente, seria a composição ou constituição de um todo com as suas partes. E, the last not the least, economicamente, seria a unidade do impulso econômico estreitamente dependente da integração política, como demonstram os tipos de integração econômica, federalismo, unionismo e funcionalismo.

Daí exsurge que a **integração** ultrapassa a idéia singela de **mercado**. Integrar é cooperar solidariamente para o progresso e melhoramento das condições de vida de nossos povos dentro dos propósitos e princípios estabelecidos na Carta das Nações Unidas.

Integrar é deixar que os povos se aproximem e que sejam eles que definam os rumos e objetivos que creiam idôneos para a satisfação de suas necessidades e solução de seus problemas.

¹⁸ Cássio Mesquita BARROS. *Ob. cit.*

Integrar não significa menosprezar nacionalidades nem intervir nos assuntos soberanos dos Estados. Nesse sentido a Corte Centroamericana de Justiça sustenta o critério de que na integração não existe perda ou cessão de soberania, senão um exercício conjunto e simultâneo dela em consecução do bem comum dos povos integrados ou em comunidade.¹⁹

A integração é

*um processo multidimensional, cuja intencionalidade excede à simples reestruturação dos mercados, em busca de economias de escala, e que inclui tanto a dimensão da construção de instituições, como a gestão de uma autêntica cultura da integração, assentada no respeito e na convivência federativa das culturas nacionais e locais. Esta concepção propõe a viabilidade de potencializar necessidades históricas, vinculando o econômico, o social, o político e o cultural.*²⁰

O multilateralismo que era apregoado pelo GATT²¹ viu-se completamente modificado com a formação dos blocos regionais não uniformes, dos quais destacamos os constituídos pelo NAFTA, liderado pelos Estados Unidos; a União Européia, liderada pela França e Alemanha; e o bloco asiático, este liderado pelo Japão.

¹⁹ Nesse sentido: Rafael CHAMORRO. *Circulación de personas, mercaderías y servicios en el sistema de la integración centroamericana*. In: *A Integração Rumo ao Século XXI*. Pelotas : EDUCAT, 1996, p. 205.

²⁰ Ofélia STAHRINGER DE CARAMUTI. In: *El MERCOSUR en el nuevo orden mundial*, pp. 15 e 16, e 318.

²¹ O GATT foi um tratado multilateral, que passou a vigorar no ano de 1948, firmado ao longo dos anos por países que representaram a mais significativa parcela do comércio mundial, teve por objetivo fundamental garantir o funcionamento do princípio de livre comércio no mercado mundial.

*"Países se estilhaçam, blocos regionais de comércio crescem,
a economia global torna-se cada vez mais inter-conectada".*

*Lester Thurow,
O futuro do Capitalismo*

Adroaldo Furtado FABRÍCIO²² afirma que a formação de blocos regionais de Estados aproximados por interesses econômicos comuns, a que são eles impedidos pelas exigências da economia globalizada, é uma tendência clara e universal do nosso tempo.²³

O desenvolvimento do **MERCOSUL** gera importantes fenômenos econômicos, sociais, culturais, políticos e jurídicos - entre outros -, que obrigam aos operadores do Direito a conhecer da importante problemática que tem gerado e que - seguramente - prosseguirá gestando este modelo de integração.

²² *Arbitragem Internacional no Mercosul. In: Direito Processual Ibero-Americano*. Rio de Janeiro : Forense, 1998, p. 249.

²³ Trata-se, na verdade, segundo ele, de um indispensável mecanismo de ajustamento ao fenômeno da globalização e de limitação à perda inevitável do poder nacional que ela envolve. Cf. sobre isso, Luciano MARTINS, *O mundo em transformação*, no volume *A Nova Ordem Mundial e a Terceira Revolução Industrial*, org. por João Paulo dos Reis VELLOSO, Rio de Janeiro, 1992. Conquanto sejam movimentos aparentemente opostos, as respectivas causas são em grande parte comuns, como demonstram Charles OMAN, *Globalização e regionalização nas décadas de 80 e 90*, no volume citado, e, mesmo em perspectiva algo diversa, Celso LAFER, *Política externa brasileira: ação e reflexão*, in *Cooperação Internacional: estratégia e gestão*, org. por Lacques MARCOVITH, São Paulo, 1994 e Maurênio STORTTI, *Globalização: mitos e verdades*, pp. 25 e segs., Porto Alegre, 1995. A Adroaldo Furtado Fabrício: *"Importa assinalar, de resto, que o tão propalado fenômeno da globalização é quase exclusivamente financeiro, não propriamente comercial."*, do que discordamos, em especial em relação aos blocos regionais, e discorreremos a respeito no trabalho. Segundo Robert GUTTMANN, a média mundial diária da movimentação financeira é da ordem de 1.400 bilhões de dólares, dos quais só 15% correspondem a giro comercial e investimentos de longo prazo. (*A transformação do capital financeiro*, conferência proferida no I Simpósio Brasileiro de Direito Bancário, São Paulo, março de 1998, ainda não publicada)

"É uma idéia grandiosa pretender formar de todo o Novo Mundo uma só nação, com um só vínculo que ligue suas partes entre si e com um todo. Já que tem uma origem, uma língua, os mesmos costumes e uma religião, deveria, por conseguinte, ter um só governo que confederasse os diferentes Estados que venha a formar-se."

Simón Bolívar

O Mercado Comum do Sul, ou MERCOSUL,²⁴ é um projeto integracionista que vem se desenvolvendo desde meados dos anos 80, a partir das primeiras tentativas de cooperação econômica entre o Brasil e a Argentina.

Tendo assumido sua primeira conformação institucional em 1991, com o Tratado de Assunção,²⁵ ele preservou no processo de unificação dos mercados da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai durante a primeira metade dos anos 90, adotando em 1995, a partir do Protocolo de Ouro Preto, o formato de uma união²⁶ aduaneira.²⁷

²⁴ "O MERCOSUL (Mercado Comum do Sul) nasceu através do Tratado de Assunção, em 16 de março de 1991, passando a operar efetivamente a partir de 1994. Possui **personalidade jurídica internacional**, e reúne, por enquanto, quatro países, a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai. Conforme esclarece o próprio nome, a criação de um mercado comum, portanto, uma integração qualitativamente superior a uma simples união aduaneira ou uma zona de livre comércio, porquanto pretende alcançar o livre fluxo de pessoas, bens, capitais e serviços - e quem sabe, até, no futuro, uma moeda comum -- de maneira que conforme expressamente estabelece o Tratado de Assunção, o desenvolvimento econômico dos países que o integram, dentro dos marcos da justiça social. E, segundo o art. 1º do Tratado, pretende-se "a coordenação das políticas macroeconômicas e setoriais", de seus membros, e "a adoção de uma política comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômicos regionais e internacionais". O modelo adotado pelo MERCOSUL aproxima-se mais da União Européia, enquanto concepção, constituindo o aprofundamento dos laços que unem os países do MERCOSUL objetivo expresso do Tratado de Assunção, representando, com certeza, o desejo dos povos que os integram." J. S. Fagundes CUNHA. *Ob. cit.*, pp. 423-4.

²⁵ O Tratado de Constituição do Mercado Comum do Sul foi ratificado legislativamente no Brasil pelo Decreto Legislativo 197, no Paraguai pela Lei 9/91, no Uruguai pela Lei 16.196 e pela Argentina pela Lei 23.981.

²⁶ Vide Glossário: *Estágios de Integração*.

Embora de história recente, registra sucesso econômico, conforme se verá adiante, razão pela qual outros Países - Chile e Bolívia os primeiros - celebraram acordos de liberalização do comércio recíproco, enquanto a Colômbia e a Venezuela já anunciaram adesão.

Conforme mais adiante veremos, nosso sistema de integração é inspirado na Comunidade Econômica Européia (CCE), hoje, União Européia (UE) após o Tratado de Maastricht do ano de 1992, enquanto, como é por demais sabido, o **MERCOSUL** não tem um Tribunal Supranacional para resolver os conflitos com um órgão judicial último e uniformizador da jurisprudência regional.

En la CCE coexisten dos campos jurisdiccionales que aplican el derecho comunitario, estos son, por un lado los cuerpos judiciales locales, y por outro, el órgano de Justicia Comunitario - con sede en Luxemburgo - que funciona como una especie de casación a nivel europeo.

En efecto, el artículo 183 del Tratado de la CCE dispone que el Tribunal de Justicia de la Comunidad no sustituye la competencia de los entes judiciales domésticos, ya que son éstos los que deben aplicar tanto el derecho interno como el comunitario, pudiendo acudir las partes al citado organismo supremo, solo en caso de que los jueces domésticos les generen algún agravio por no hacer valer el derecho regional.²⁸

O Tribunal de Luxemburgo tem uma ampla competência em temas econômicos e comerciais e se constitui como o último degrau da escala para solucionar os litígios do direito local e comunitário.

²⁷ Paulo Roberto de ALMEIDA. *MERCOSUL fundamentos e perspectivas*, p. 01.

Consoante conferência de Jorge Fontoura NOGUEIRA proferida no dia 17 de agosto de 1998, na UNIVERSIDADE ESTADUAL DE PONTA GROSSA, entre 1991 e 1994, o **MERCOSUL** poderia ser descrito mais como um **processo** do que como um **resultado**: o próprio título do documento diplomático que o tinha lançado, o Tratado de Assunção - assinado em 26 de março de 1991 -, indica que se tratava de *um tratado "para constituição do mercado comum"* entre os quatro membros originais, e não do *tratado do "Mercado Comum do Sul"*.²⁹ Assinala que se trata de uma opção estratégica para uma implementação gradual, com *flexibilidade*, sempre em perspectiva programática.

O Artigo 1º desse instrumento define o objetivo final a ser alcançado, que é a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países membros, através da eliminação de direitos alfandegários e de restrições não-tarifárias vigentes no comércio recíproco.

Esse objetivo foi parcialmente alcançado durante aquela primeira fase de transição, restando a eliminação residual de alguns produtos sensíveis durante uma **"segunda fase de transição"**, de acabamento de sua zona de livre-comércio e de unificação de sua união aduaneira.

²⁸ Juan Carlos HITTERS. *Ob. cit.*, pp. 03-4.

²⁹ "Sob a perspectiva do Direito, pode-se identificar nos processos de integração cinco liberdades básicas, considerados os aspectos políticos e econômicos mais relevantes: 1. Livre circulação de mercadorias sem fronteiras nem alfândegas; 2. circulação de capital, que supõe uma moeda única para evitar perdas de câmbio e colocação onde o interesse do produtor estabeleça; 3. liberdade de concorrência, que submete todos os produtores às mesmas regras jurídicas e a encargos iguais; 4. liberdade de estabelecimento, que permite ao produtor instalar-se onde melhor lhe convier, no próprio Estado ou em outros Estados, para produzir, armazenar ou vender os seus produtos; e 5. o que vai significar produção, trabalho e liberdade de circulação de trabalhadores nos limites do Estado ou fora dele." Cássio Mesquita BARROS. *Ob. cit.*

É de se fixar a idéia que este instrumento não estabelece o procedimento para a concretização do **MERCOSUL**. Em verdade não o cria, senão que determina os tramites que deviam cumprir-se para sua concretização, em razão do que alguns publicistas assinalam que é um tratado *provisório* ou *preliminar*.

O Protocolo de Ouro Preto - de 17 de dezembro de 1994 - cumpre um programa gradualista do processo de integração, ao reconhecer a importância dos avanços alcançados durante a fase de transição (entre 1991 e 1994) e da implementação da união aduaneira como etapa para a construção de um mercado comum.

As etapas a que se propôs o Mercosul a cumprir vêm sendo alcançadas. A primeira delas teve início com a assinatura do Tratado de Assunção em 26.3.91, pelo qual se criou uma zona de livre comércio entre os quatro sócios. A segunda - união aduaneira - teve início em 1º.1.95, e, embora ainda imperfeita, e com todos os percalços inerentes à formação desse modelo de integração tão complexo, tem conseguido avançar - tanto é que o Mercosul é a terceira união aduaneira do mundo (a primeira, o Zollverein, como se diz em alemão [zoll: aduana - vereim: união], ocorrida no Século XIX, uniu as aduanas dos Estados alemães; e a segunda, a União Européia, que nasceu a partir do Tratado de Roma, em 1957, criou a Comunidade Econômica Européia, consolidando a sua união aduaneira em 1968) e o terceiro e último estágio previsto no Tratado que instituiu esse bloco regional é o mercado comum, e vem daí o significado Mercosul - Mercado Comum do Sul; porém, este é um projeto mais ousado, e só experimentado pela União Européia - único modelo de mercado comum no mundo -, que, para além da união econômica, pressupõe uma união política e social, com a inclusão das quatro liberdades que lhe são inerentes: livre circulação de bens, pessoas, serviços e

*capitais, permanecendo, assim, como um objetivo a ser atingido a longo prazo.*³⁰

Os objetivos básicos já definidos no Tratado de Assunção permanecem no Tratado de Ouro Preto: ele apenas adapta a estrutura institucional do **MERCOSUL** às mudanças ocorridas desde aquela época e lista os órgãos encarregados de administrar a união aduaneira em implementação.

*Em outros termos, o **MERCOSUL** pretendia ser, antes de mais nada, uma zona de livre-comércio, que é a primeira etapa das diferentes formas de integração entre dois ou mais países. Essa zona de livre-comércio, que significa a livre circulação de mercadorias nos territórios dos países-membros, está sendo complementada pelo estabelecimento de uma política comercial conjunta dos países membros em relação a terceiros países, o que implicou na definição de uma tarifa externa comum (TEC), conformando o que se denomina correntemente de união aduaneira, isto é, um grupo de países dotados de uma mesma estrutura tarifária em relação a terceiros países. Essa união aduaneira deve ser a conformação básica do **MERCOSUL** até princípios do século XXI, quando terá início, verdadeiramente, a construção do **mercado comum**, que representa o terceiro grau dos processos de integração. O aprofundamento eventual desse processo, através da definição de uma **união econômica**, tal como pretendia, por exemplo, pelos acordos de Maastricht (1991) da União Européia (UE), fica reservada para uma etapa mais avançada da unificação dos espaços econômicos do Cone Sul.*³¹

A importância da **Tarifa Externa Comum do MERCOSUL**, pode ser percebida quando da elevação em 3% - três por cento - no final do ano próximo passado,

³⁰ Elizabeth ACCIOLY. *O destino do Mercosul: Mercado Comum ou Zona de Livre Comércio*, In: **REVISTA JURÍDICA DA UEPG**, Vol. I, p.

causando rebuliço nos meios internacionais. Diversos observadores apontando essa medida como fator de retrocesso na liberalização do comércio internacional. Daí afirmações como a que o **MERCOSUL** seria um bloco fechado, que estaria promovendo o desvio de comércio em vez de criação de maiores intercâmbios no cenário geral.

Em entrevista divulgada pela imprensa brasileira, o diretor geral da Organização Mundial de Comércio, Renato RUGGIERO, reforçou a acusação ao classificar a elevação da TEC de *"sinal muito negativo do regionalismo"* econômico. Conclamando os países a terem uma *"visão de liberalização e não de defesa"* em relação ao comércio globalizado que antecipa o novo milênio, o executivo da OMC adverte que *"o país que fechar suas portas ficará fora do circuito de desenvolvimento"*.

A advertência de RUGGIERO — segundo articulista da GAZETA DO POVO feita em tom simpático ao Brasil, onde já morou quando servia como cônsul da Itália — pressupõe

um horizonte de continuada abertura: para a área de tecnologia, serviços financeiros etc. Sua entidade, decorrente da transformação do antigo Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), já operou a Rodada Uruguai, que trouxe uma ampla liberalização de políticas de patentes, controle de origem de produtos e serviços, rebaixa geral de tarifas aduaneiras e assim por diante.

³¹ Paulo Roberto de ALMEIDA. *Ob. cit.*, pp. 01-2.

*Mas existe a avaliação de que, ao insistir na contínua liberalização, a OMC estaria representando os interesses dos países-líderes, que naturalmente possuem melhores condições de negociação em acordos que envolvam tecnologia de ponta, financiamentos, assistência técnica e até superioridade hegemônica ante as nações emergentes ou de menor dimensão. RUGGIERO nega o quadro, dizendo que na hipótese de conflito, um país que opera segundo acordos multilaterais está mais protegido: a soberania nacional seria mais afetada em um sistema de negociações bilaterais, quando um país impõe sua vontade ao outro.*³²

Na verdade, o fortalecimento do **MERCOSUL** leva a melhores condições de negociação a todos os Países que o integram, e o discurso de soberania soa como um maneira de ativar o lado não analítico - passional - dos que integram o bloco regional, a fim de aderirem a comportamento que favorece aos interesses das hegemônias.

Caetano LAGRATA NETO,³³ dá início a recente artigo, titulado **Mercosul e integração legislativa: o papel da magistratura perante a justiça social**, afirmando

Anuncia-se e objetiva-se, a passos largos, a afirmação do Mercosul como elemento agregador das nações do Cone Sul deste Continente, apesar das restrições e do infundado temor dos EUA, que gostariam de ver os países

³² Gazeta do Povo, Curitiba, Quarta-feira, 3 de dezembro de 1997, p. 6.

³³ Juiz de Direito do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

*sul-americanos sempre submetidos economicamente à sua esfera de influência.*³⁴

Noam CHOMSKY citado, em conferência proferida na Universidade de Harvard, em 1985, relatório secreto do Departamento de Estado Americano, elaborado em 1948, por George KENNAN, considerado um dos cérebros da planificação daquele Departamento, do qual resultou a formulação da política externa americana para as décadas seguintes:

Tenemos aproximadamente el cincuenta por ciento de la riqueza del mundo, pero solamente el 6,3 por ciento de su población (...) En esta situación, no podremos evitar ser objeto de celos y resentimiento. Nuestra tarea real en el periodo venidero es proyectar un orden de relaciones que nos permita mantener esa posición de disparidad (...) No necesitamos engañarnos a nosotros mismos pensando que podemos darnos hoy en día el lujo del altruismo y la beneficencia mundial (...) debemos dejar de hablar sobre objetivos vagos e (...) irreales como los derechos humanos, el crecimiento de nivel de vida, y la democratización. No está lejos el día en el que debemos tratar directamente conceptos de poder. Mientras menos estorben los eslogans idealistas, mejor.

Na mesma conferência, o autor esclarece a respeito da conceituação do "efeito dominó", enfatizando:

³⁴ Revista dos Tribunais/Fasc. Civ., Ano 86, V. 742, aog.1997, pp. 102-109.

Pero existe además una versión racional de la teoría dominó que nunca fue cuestionada en documentos de planificación porque es plausible, racional y verdadera. Ésta dice que el desarrollo social y económico exitoso en una zona puede tener un efecto multiplicador en otras regiones, extendiéndose así la 'putrefacción'. Dicho sea de paso, es por esta razón que Estados Unidos típicamente demuestra lo que se ve como la tan fanática oposición contra el desarrollo constructivo en países marginales".³⁵

Para GALEANO,³⁶ a miséria massiva é o preço que os países pobres pagam para que seis por cento da população mundial possa consumir impunemente a metade da riqueza que o mundo produz.

O bloco do **MERCOSUL** surgiu pela evidência de que, unidos, os quatro países formadores podem somar vantagens de escala, inclusive na coordenação de suas políticas externas. Tanto que, conforme ressaltamos, a elevação da tarifa comum atendeu às necessidades da Argentina, o Brasil e os outros países que integram o bloco regional aceitaram a majoração da taxa aduaneira que, provisoriamente, restringiu importações.

Diversamente do que entende RUGGIERO, entendemos que o bloco regional é um *degrau* na marcha para a integração global, apesar na natureza do comércio

³⁵ In *La Intervención Estadounidense en Centroamérica y VietNam*. Bs. As. : Alción Editora, 1996, respectivamente às fls. 15 e 24. *Apud* Caetano LAGRASTA NETO, *Op. cit.*, p. 102.

³⁶ Eduardo GALEANO. *Ser como eles*, pp.122-125.

internacional, com o equilíbrio (*se possível*) do desenvolvimento entre os blocos, poder-se-á caminhar para um estágio mais avançado de globalização.³⁷

A inserção do País no mundo não poderia deixar de se ter como corolário uma política para vencer desigualdades regionais internas. A globalização é mais punitiva para as regiões mais pobres, incapazes de competir com setores externos tecnologicamente muito mais avançados, razão pela qual de toda saudável a regionalização como estágio intermédio.

O **MERCOSUL** que fomenta o livre comércio, a integração até um mercado comum, a democracia - com a recente inclusão da cláusula democrática e de direitos humanos como fundamento das relações entre os sócios - e dos projetos de união política, cultural e social, superando, assim, o nível puramente econômico.

A união aduaneira é uma etapa de um processo de integração mais profunda.

Adverte Elizabeth ACCIOLY:

³⁷ *O problema é que a natureza do comércio internacional e o estágio da humanidade ainda não autorizam a visão idílica ali proposta. Há dois exemplos recentes: os países do Sudeste Asiático se desestabilizaram, a crise ali originada se espalhou e contaminou as economias emergentes da América Latina. Mesmo o Chile, tido por sólido na América do Sul acaba de entrar no turbilhão, com risco de desvalorização da moeda, perda de vendas externas e desaceleração econômica. Por quê? É que os chilenos orientaram seu crescimento para o meio externo, por serem privados de mercado interno. Suas exportações para a Ásia de Leste se concentravam em matérias-primas como madeiras e cobre, e a perspectiva de recessão naqueles mercados afetou a saúde da economia chilena. Isso mostra que um país de pequena dimensão melhor fará em se juntar a um bloco de vizinhos, para demandar o cenário global. Sempre assinalamos esse perfil para o Mercosul — um degrau para a competição aberta — mas solução intermediária que cumpre preservar com empenho, dada a realidade das coisas. É claro que no futuro o mundo marchará para uma globalização de fatores de produção e de pessoas, mas hoje o cenário é dominado pelos mais fortes, que só dialogarão em igualdade de condições se encontrarem parceiros iguais diante deles. *Gazeta do Povo*, idem.*

...NAFTA e União Européia - passam a disputar a preferência comercial em nosso mercado.

Os Estados Unidos da América aceleram sua intenção de pressionar o bloco mercosulista para a conformação da ALCA - Associação de Livre Comércio Americano -, cujo início está previsto para 2005, e tem por finalidade unir 34 países da América numa zona de livre comércio. Dos mais polêmicos este assunto que causou uma certa instabilidade entre o Mercosul e a ALCA, onde o Brasil e os EUA disputam a hegemonia do bloco hemisférico, e onde, aparentemente, pelo desconforto causado pelo Congresso Americano em não conceder ao Presidente dos Estados Unidos autorização para que ele possa assinar acordos regionais - fast-track, tem colocado o Mercosul em posição vantajosa, tanto é assim que nosso Presidente da República, Fernando Henrique CARDOSO, em recente pronunciamento, foi taxativo: "Em certos momentos, é preciso colocar as coisas como são. E nós não temos porque estar de cabeça baixa, temerosos de não estarmos cumprindo a agenda tal ou qual. A agenda é nossa. Nós é que somos os senhores do tempo, no que diz respeito aos interesses do Brasil.

*E vamos utilizar esse tempo com propriedade, não com velocidade."*³⁸

*A União Européia, por outro lado, já assinou, em 1995, um acordo de livre comércio com o Mercosul, pretendendo, assim, afastar a América Latina da área de influência do NAFTA.*³⁹

Os objetivos do **MERCOSUL** inscritos no Preâmbulo do Tratado: *união mais estreita entre os povos, desenvolvimento científico e tecnológico, modernização*

³⁸ *Gazeta Mercantil*, ed. de 06.02.97.

³⁹ Elizabet ACCIOLY, *Ob. cit.*, p.

das economias são elementos que, congregados, devem servir para um desenvolvimento econômico com justiça social e melhoria das condições de vida.

Engloba 200 milhões de habitantes, um produto bruto de 800 bilhões de dólares e um comércio exterior na casa dos 150 bilhões de dólares por ano.

A imprensa alemã considera o **MERCOSUL** como a quarta maior unidade econômica do mundo.

O então nosso Ministro das Relações Exteriores, Luiz Felipe LAMPREIA disse: *“o Mercosul quer preservar sua identidade, porque é muito mais do que uma união aduaneira. O Brasil e seus três sócios querem criar um mercado comum, com livre trânsito de bens, serviços e pessoas.”*⁴⁰

Diz o Tratado de Assunção: *Considerando que a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais, através da integração, constitui condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com **justiça social**...* (g. n.)

O livre-comércio no MERCOSUL, em especial a partir de 2006, data estabelecida para o **mercado comum**, face a dotação natural de recursos do Cone Sul latino-americano, pelas dimensões territoriais e demográficas dos países membros, pela sua relevância econômica e política regional e internacional e pela diversidade agrícola e industrial já alcançada pelas economias nacionais de seus

⁴⁰ *Gazeta...*, ed. de 26.02.97.

constituintes, como dito, apresenta-se como um dos mais importantes blocos econômicos no mundo contemporâneo.

O **MERCOSUL** é seguramente o de maior peso relativo no conjunto dos países em desenvolvimento, muito embora possa parecer modesto no confronto com os demais blocos comerciais do mundo ocidental, como por exemplo o da União Européia (EU) e do Acordo de Livre-Comércio da América do Norte (NAFTA), que congrega os Estados Unidos, o Canadá e o México.

Paulo Roberto de ALMEIDA adverte que tanto a EU, que responde ao conceito mais elaborado de um *mercado comum*, quanto o NAFTA apresentam produtos globais de mais de 7 trilhões de dólares, com populações de mais de 370 milhões de pessoas em cada um dos blocos.

Entre 1945 e 1996, as exportações mundiais cresceram a uma taxa média de 6% ao ano.

A preços correntes, o comércio mundial cresceu de US\$ 117,2 milhões em 1950 para US\$ 10.600 bilhões em 1996.

Entretanto, neste período, a participação dos países industrializados nas exportações mundiais aumentou de 63% para 68%, enquanto a participação dos países em desenvolvimento declinou de 37% para 32% no mesmo período.

A participação dos tigres asiáticos (Coréia do Sul, Hong Kong, Singapura e Taiwan) passou de 3% para 10%.

Os tigres asiáticos e os países desenvolvidos concentram atualmente 78% das exportações mundiais.

No caso da América Latina, sua participação nas exportações mundiais caiu de 7% em 1950 para 2% em 1995.

O caso brasileiro acompanhou esta tendência, havendo sua participação reduzido de 2,3% em 1950 para 0,9% em 1996, com o incremento médio anual das suas exportações de 4%, inferior, portanto, à média mundial (Cf. International Monetary Fund, 1982, 1986 e 1997).

O **MERCOSUL**, por sua vez, tem uma população conjunta de cerca de 200 milhões de habitantes e seu produto bruto global se situava, em 1997, abaixo de um trilhão de dólares.

Contudo, em termos de circulação de mercadorias, o que é relevante para o estudo a que se propõe a presente, hoje mais de 30% - trinta por cento - da produção Argentina e Uruguaia são exportados para o Brasil (fonte Ministro da Indústria e Comércio do Brasil).⁴¹

⁴¹ Embora não seja a mais importante medida do sucesso do **MERCOSUL**, é a que diz de perto ao deslinde do propósito da tese - consumidor/cidadão/direitos humanos - o aumento das trocas entre seus integrantes foi significativo e tende a ser identificado como a "pedra de toque" desse êxito. O intercâmbio intra-Mercosul, que alcançava US\$ 5,3 bilhões em 1991 (ano da assinatura do Tratado de Assunção), passou para cerca de US\$ 15 bilhões em 1995 e, segundo estimativas, em torno de US\$ 17 bilhões deveria situar-se em 1996. Dentro desses números globais, o volume de comércio Brasil-Argentina avançou de US\$ 3 bilhões em 1991 para US\$ 12 bilhões em 1996. Em 1995 26% das exportações da Argentina estavam concentradas no mercado brasileiro e 3% ao mercado paraguaio e 3% ao mercado uruguaio.

A circulação de mercadorias no **MERCOSUL** produzidas nos países que o integram é um fato incontestável que pode ser constatado a partir da singela observação das gôndolas dos supermercados, levando às importantes questões decorrentes dos direitos dos consumidores.

O fato de o **MERCOSUL** atualmente estar se fazendo sob o signo predominante do econômico neoliberal de cunho competitivo e não cooperativo não traduz uma inevitabilidade histórica.

É preciso sonhá-lo se abrindo para frentes integradoras, ecologicamente responsáveis e carregadas de promessas benfazejas.

Conforme afirma Leonardo BOFF, trata-se de um novo patamar de realização da Terra e do processo de hominização. Estamos alcançando o patamar da espécie *homo*, da única história da família humana e da emergência da consciência planetária, a noosfera.⁴²

Em um cenário de devastação ideológica e desmantelamento político, os deuses concederam aos homens poderes quase demiúrgicos de reinventar as coisas e reconstruir o mundo.

Neste preciso momento estamos escrevendo os primeiros parágrafos de um novo capítulo da História.

⁴² *Cidadania e globalização*. Rio de Janeiro : Record, 1998 ornelha.

Daqui para a frente o grande desafio será o de cimentar o **MERCOSUL**, consolidá-lo, garantindo o seu futuro. Isso **só deve ser feito** para a garantia da democracia no Cone Sul, para o exercício da cidadania latino-americana, para o primado do Homem sobre a matéria; e só poderá ser feito através da cultura.

O **MERCOSUL** é muito mais que um tratado entre governos ou um acordo comercial.

É o projeto político sob o qual se desenvolverá a vida econômica e social das futuras gerações de argentinos, brasileiros, paraguaios e uruguaios, aumentando o universo de nossas oportunidades para transformarmos em uma sociedade moderna e desenvolvermos como comunidade.

É uma opção estratégica que brinda os quatro Países com uma ferramenta decisiva para alcançar um crescimento dinâmico e sustentável no tempo. O contexto internacional que prevalece é de um mundo econômico cada vez mais aberto, competitivo e interdependente.

Como afirma Rodolfo KONDER, este projeto de efetiva integração é o único caminho para se garantir a unidade da região - e, ao mesmo tempo, para assegurar a sua diversidade, isto é, a identidade de cada um dos seus integrantes.⁴³

⁴³ "O Mercosul representa um novo e decisivo passo para a integração do continente latino-americano, concebido de forma progressiva e irreversível. Como iniciativa de cooperação sub-regional, ele não se imagina como forma de criar hegemonia ou zonas de influência. Por outro lado, ele não é exclusivista, aberto que está à adesão de outros países da ALADI, nem incompatível com a cooperação panamericana, em especial com os Estados Unidos, o Canadá, a América Central e o Caribe. O Mercosul não se pretende um bloco fechado, pois as políticas externas dos quatro países são unânimes em condenar o protecionismo. Da

Além do mais, a construção se ergue sobre uma base comum, experiências recentes de convívio com o autoritarismo, com ditaduras militares que deixaram seqüelas semelhantes, cicatrizes, memórias igualmente sombrias e dilaceradas.

Neste contexto é que os diplomas fundamentais para informar os princípios norteadores na constituição dos futuros institutos do **MERCOSUL** necessariamente são **Declaração Universal de Direitos do Homem e a Declaração Americana de Direitos do Homem - Pacto de São José da Costa Rica**.⁴⁴

As nações que hoje se aglutinam, viram todas o que significa o pisoteamento de direitos consagrados, o domínio do medo, os "desaparecimentos", a prática sistemática da tortura. Há também aqui descobertas conjuntas e valores compartilhados. Estas mesmas nações chegaram até o presente trazendo em seus navios uma bagagem parecida, sulcaram na viagem as águas de um único oceano, aportaram praticamente nas praias da mesma aventura. Do Oiapoque à Patagônia, esmagaram os povos nativos e suas cosmogênias, acumularam escravos e espelhos, perderam-se num imenso labirinto de igual desenho e agora descobrem juntas a liberdade, a democracia, a diversidade e o multiculturalismo solidário. Somente com a ajuda recíproca entre as diferentes culturas, a cooperação entre as diversas etnias e a fraternidade entre as

mesma forma, não se pretende, com ele, voltar as costas para o mundo. Antes pelo contrário, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai esperam, pela concentração de esforços e pela defesa integrada de interesses comuns, estimular o crescimento de dentro para fora, alcançando assim maior participação no cenário internacional. No que tange especificamente à economia interna, as palavras de ordem do Mercosul são: economia de custos, racionalização da produção, cooperação empresarial, livre concorrência e melhor aproveitamento de recursos. Para os agentes econômicos e consumidores isso representa maior liberdade e variedade de opções, menor dependência eterna, melhores oportunidades no comércio internacional, preços competitivos e o fim de cartéis e cartórios. Atingir plenamente esses objetivos significa também reformar velhas estruturas e abrir as mentalidades ao novo horizonte que se desenha. Abandonando a letargia e o pessimismo estéril que nos foram tão prejudiciais, nós americanos proderemos, impulsionados por essa nova idéia de união, vencer o desafio e construir uma nova América mais justa e próspera. Cartilha do Mercosul. Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul, 2ª ed., 1996, pp. 19 e 20.

⁴⁴ Vide Glossário: Direito Comunitário - Características.

comunidades que integram o Mercosul, Uruguai, Paraguai, Argentina e Brasil (e o Chile) estarão aptos a se inserir na economia globalizada que está se desenvolvendo, neste momento, de forma inexorável.

Somente um Mercosul com alma poderá enfrentar a volta do tribalismo, a ameaça dos conflitos étnicos, religiosos e civis, o terrorismo, os cartéis da droga, o crescimento vertiginoso das desigualdades sociais. Somente um Mercosul vivo e atuante, unido e solidário, terá condições de responder aos desafios das novas fronteiras do desenvolvimento tecnológico, do comércio mundial, da batalha das finanças, favorecendo mecanismos supra-nacionais, criando uma nova diplomacia que facilite sua inserção no cenário internacional e avançando na direção de uma cultura planetária baseada na paz, na liberdade, na democracia, na defesa dos Direitos Humanos, no respeito à natureza.

*As nações do Mercosul não têm escolha: ou caminham juntas, ou morrerão separadas no acostamento da História.*⁴⁵ - negrito meu -

⁴⁵ Secretário Municipal de Cultura de São Paulo. *Uma cultura planetária: a modernidade desafia os intelectuais a novas interpretações e visões do mundo*. In: *In Verbis*, Rio de Janeiro, n.º 1, p. 17, Ano I.

População do MERCOSUL e taxas de crescimento, 1990-1996			
	População (1.000)		Taxa de Cresc.
	1990	1996	1990 / 1996
Argentina	32.322	24.665	1,2
Brasil	149.042	163.976	1,6
Paraguai	4.277	5.025	2,7
Uruguai	3.094	3.203	0,6
Mecosul	188.735	206.869	1,5
América Latina	428.737	469.282	1,8
% do Mercosul	44,02%	44,08%	-

Fonte: Banco Interamericano de Desenvolvimento

Distribuição especial da população no MERCOSUL - 1996			
	Urbana	Rural	% Urbana
Argentina	30.494	4.171	88,0
Brasil	132.633	31.343	80,9
Paraguai	2.582	2.443	51,4
Uruguai	2.773	430	86,6
Mercoçul	168.482	38.387	81,4
América Latina	355.407	113.875	75,7
% do Mercosul	47,40%	33,71%	-

Fonte: Banco Interamericano de Desenvolvimento

Indicadores econômicos selecionados - 1996

	PIB	PIB / p. cap.	Exp. / PIB	Imp / PIB	Serv. Div. / PIB	Serv. Div. / Xs
Argentina	214.617	6.191	9,45	8,79	6,18	65,40
Brasil	638.931	4,571	6,37	7,11	3,06	48,07
Paraguai	7.392	1.725	30,93	46,84	3,03	9,81
Uruguai	10.437	3.820	19,94	25,69	6,53	32,75
Mercosul	871.377	4.941	7,50	8,08	3,87	51,62
Chile	49.745	4.032	26,33	28,29	7,15	27,15
Bolívia	6.956	1.074	13,58	17,23	4,53	33,33

Fonte: Banco Central do Brasil: *Mercosul Informações selecionadas* (n.º 21)

Dados comparativos dos principais blocos de integração - 1995

(População: milhões de hab.; dados econômicos: bilhões de US\$)

	População	PIB	Exportações	Importações	Exportações s p/ bloco	% bloco	Xs
UE	371,9	8.219,5	1.902,0	1.889,0	-	-	
NAFTA	387,4	8.061,4	852,5	1.013,4	393,8	46,2	
ALADI	410,6	1.526,9	198,5	198,1	36,3	18,3	
MERCOSUL	207,0	1.022,1	76,6	82,6	17,0	22,2	
CAN	99,8	238,1	40,1	38,7	4,8	11,9	
G. 3	151,5	494,3	108,9	104,1	3,3	3,0	
MCCA	32,4	44,7	12,3	24,6	1,6	13,5	
CARICOM	7,2	18,0	6,3	9,95	-	-	
AEC	206	572,2	130,0	145,4	-	-	
ASEAN	345,0	554,3	316,9	359,0	-	-	
SADC	126,7	190,5	41,2	35,2	-	-	

Fonte: Banco Central do Brasil: *Mercosul Informações selecionadas* (n.º 21)

2.3 Soberania⁴⁶ e Cidadania na Globalização

Escrevendo sobre o tema **soberania**, o diplomata Alfredo TORO HARDY,⁴⁷ observa:

*A nova linguagem do direito internacional se assenta em conceitos tais como 'soberanias limitadas', 'tutelas internacionais', 'direitos de ingerência' e 'administrações supra nacionais', que têm como denominador comum o desconhecimento do Estado como ator essencial da vida internacional.*⁴⁸

A crise do conceito de soberania não é preocupação muito recente.

Oliveiros LITRENTO,⁴⁹ sob o título "*A ordem internacional contemporânea*", para justificar as doutrinas da soberania na ordem político-jurídica internacional, entende que o artigo 38 da Carta da ONU representa a própria limitação da soberania estatal pelo Direito Internacional Público. O dispositivo, em seu inciso 1º, declara taxativamente que

"a Corte, cuja função é decidir de acordo com o Direito Internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a) as convenções internacionais;*
- b) o costume internacional;*
- c) os princípios gerais de Direito; e*

⁴⁶ Vide **Glossário: Soberania**.

⁴⁷ Embaixador da Venezuela no Brasil.

⁴⁸ *O Estado pode ter deixado de ter sentido. Gazeta Mercantil*, 12.08.96.

⁴⁹ Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1991.

d) *as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados.*"

"É claro que a soberania estatal se encontra em crise", doutrina LITRENTO,⁵⁰ reconhece que "a soberania é um anacronismo relutante em face das associações estatais poderosas, que se transformam em blocos de Estados".

Em virtude da necessidade da **sobrevivência dos povos**, conclui LITRENTO que "outro não é o motivo por que as normas do Direito Internacional Público devem estar acima das normas do Direito Interno de cada Estado".⁵¹

Machado PAUPERIO,⁵² em um momento díspar da História (1958), afirma que "a soberania não exclui a soberania", e invoca o magistério da doutrina de POSADA: "as soberanias podem atuar juntas, concorrentemente, entrecruzando-se, sem anular-se".

Contudo, ressalta que o conceito é válido dentro de um contexto político. Conclui que as várias sociedades humanas permitem, perfeitamente, um regime jurídico de compatibilidade de soberanias.

Segundo Don Francisco GINER, se a soberania é poder superlativo, é, ao mesmo tempo, também, poder relativo. Outros poderes existem tão absolutos - para si - como o que o Estado possui e exerce.

⁵⁰ p. 23.

⁵¹ p. 25. *Apud* A. Machado PAUPERIO. *A Ordem Internaional Contemporânea*. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, pp.401-404, jan/mar 1992, a 29, nº 113.

⁵² *O Conceito Polêmico de Soberania*. 2ª ed., Rio : Forense, 1958.

A soberania é um valor relativo suscetível de adaptação e de uma extraordinária flexibilidade psicológica e sociológica. Agir soberanamente é agir sem possibilidade de apelação, somente na esfera da competência que pertence ao sujeito do poder,...

E mais adiante

Desde, sobretudo, os tratados e conferências celebrados depois da 1ª conflagração mundial, a limitação da soberania passou, porém, a ser um imperativo universal, impondo-se pouco a pouco normas internacionais aos próprios Estados que, por motivos óbvios, não queriam livremente associar-se aos demais.

A soberania, conforme a **Recomendação preliminar sobre problemas de após-guerra**, feita pela Comissão Jurídica Interamericana em categóricos termos, diz: "A soberania deverá entender-se em forma adequada à necessidade suprema da paz, da ordem e da justiça entre os Estados."

LITRENTO afirma que "na verdade, diante dos condicionamentos econômicos ditados pelas grandes mutações do mundo contemporâneo, não se pode, nem se deve mais falar, em se tratando de Estado, de uma soberania absoluta..."⁵³ "...no mundo atual, complexamente inter-relacionado, a soberania absoluta é um mito. Vem a ser, necessariamente, relativa ou limitada".⁵⁴

Nicola MATTEUCCI refletiu sobre o tema, mostrando que nos achamos diante do ocaso da soberania, ressaltando a importância do conceito político-jurídico de

⁵³ p. 37.

soberania, ao visar uma síntese entre o poder e o direito, entre ser e dever ser, buscando a racionalização do poder através do direito.

E conclui:

*Estando este supremo poder de direito em via de extinção, faz-se necessário agora, mediante uma leitura atenta dos fenômenos políticos que estão ocorrendo, proceder a uma nova síntese político-jurídica capaz de racionalizar e disciplinar juridicamente as novas formas de poder, as novas autoridades que estão surgindo.*⁵⁵

O conceito de **soberania** é sempre objeto de importantes polêmicas e questionamentos por parte de juristas e estudiosos das ciências do direito e da política; sofre uma transformação ao largo do tempo, devido a aparição de novos elementos; em data mais recente, como os blocos econômicos, que são, segundo Elisabeth ACCIOLY⁵⁶ o resultado de uma economia globalizada e transnacionalizada.

Essa mudança tem feito com que os Estados repensem o conceito de soberania.

La idea de soberania, antigua conocida de los lidiadores en el campo de la teoria del estado, es un concepto que emerge y se consagra en el siglo XVI. Desde entonces, el tema há sufrido transformaciones significativas,

⁵⁴ p. 48.

⁵⁵ *Dicionário de Política*. Norberto BOBBIO, Nicola MATEUCCI e Gianfranco PASQUINO, 2ª ed., Brasília : Ed. Univ. de Brasília, pp. 1187-1188.

⁵⁶ *Análisis de la genesis de un mercado comum del sur: la supranacionalid. In: Revista Direito e Mercosul*, Curitiba, n.º 1, a996, pp. 69-78, Ano I.

*especialmente en lo que atñe a su contenido, para adptarse a las nuevas circunstancias históricas impuestas por las mutaciones por las que pasaron los Estados, así como por los nuevos lazos que unen las relaciones interestatales.*⁵⁷

A **soberania**, como atributo do poder estatal, nasceu como justificação doutrinária do absolutismo, que lutava na Europa ocidental para impor a primazia da monarquia sobre o papado e o império, no *front* externo; e por sobre o poderio disperso e autônomo da organização feudal.

BODINO, HOBBS, e as diversas teorias do direito divino do reis militaram nessa batalha que resultou, finalmente, na aparição do Estado absolutista como primeira manifestação do Estado moderno no século XVI. Nesse sentido o magistério de Miguel de la MADRID:⁵⁸

Las revoluciones liberales y democráticas de finales sel siglo XVIII, inspiradas en buena parte en el constitucionalismo inglés, transfirieron la fuente de legitimidad politica al pueblo o a la nación, al afirmar que sólo el consenso o la vonlutad popular pueden fundar el poder político a través de la ley, producto necesario de la voluntad general.

La nueva doctrina de la soberania popular coincidió com la de los derechos del hombre, que reclamaba, al lado de la teoría de la división de poderes, la limitación política e jurídica del poder com el fin de moderar su ejercicio y proteger la libertad de los gobernados. Estas ideas claves fueron el

⁵⁷ José Luís Bolzan de MORAES. *Soberania, direitos humanos e ingerência: Problemas fundamentais da ordem contemporânea*. In: *O Mercosul em Movimento*, Org. Deisy de Freitas Lima Ventura, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 1995, p. 134.

⁵⁸ Ex-Presidente do México. Diretor do Fundo de Cultura Econômica. Trabalho apresentado no seminário sobre o papel do direito internacional na América. *El replanteamiento de la soberania en la era de la integración regional*, organizado pelo Instituto de Investigações Jurídicas da Universidade Nacional Autônoma do México (UNAM) e a American Society of International Law, em México, D. F., nos dias 6 e 7 de maio de 1996.

cimiento del constitucionalismo moderno, las mismas irrumpieron a través de las cartas fundamentales producidas por las revoluciones estadounidense y francesa, con un efecto expansivo en Europa occidental y en América Latina.

A partir de entonces, esta idea de soberanía ha sido uno de los principios fundamentales de la organización de los Estados nacionales y un concepto incluíble que los Estados están obligados a tomar en consideración al conducir sus relaciones con otros.. ...El reconocimiento formal de los principios de soberanía popular, igualdad jurídica de los Estados y no intervención, no ha sido óbice para que, en la práctica, los Estados poderosos militar o económicamente practiquen en ocasiones una política diferente y de franca violación de estos principios del derecho internacional, con lo cual proyectan aquella frase orwelliana de que, aunque todos os animales son iguales hay unos más iguales que otros.⁵⁹

Em um trabalho relativamente recente HABERMAS sustenta que com o surgimento do Estado-Nação, dois conceitos se reforçaram mutuamente: por um lado “nação” foi usado como “povo”, mais além do sentido legal e político, conotando uma comunidade modelada por uma origem, uma cultura e uma história comuns e neste sentido os membros de um Estado conformavam uma “nação” pela constituição de um modo de vida específico.

Enquanto que pelo outro lado a Nação se identificava com o mesmo Estado político criado e seus elementos caracterizantes: a aparição de uma burocracia diferenciada, o monopólio da violência, o disciplinamento de um território que facilitava o espaço vital de um mercado, a recíproca dependência de burocracia e

⁵⁹ *La soberanía nacional en la era de la globalización. In: Revista Mexicana de Política Exterior*, México : Instituto Matías Romero de Estudios Diplomáticos, primavera/verão de 1996, p. 165.

burguesia capitalista; *a la postre* a própria construção dos conceitos de soberania e legitimidade.⁶⁰

Segundo HABERMAS, a tarefa de fazer compreender a habitantes de um espaço estas idéias “*políticas*” não houvesse sido possível sem aquela idéia “*pré-política*”, assim se explicam para ele, os distintos níveis de estabilidade entre os distintos estados-nação surgidos na modernidade européia: naqueles onde a identidade nacional se associou às lutas revolucionárias a estabilidade era mais forte que naqueles onde as guerras de libertação contra um inimigo “*externo*” precisou primeiro da própria definição das fronteiras.

Em definitivo, um sentimento, uma tradição, em algum sentido uma atitude não reflexiva, apoiava a idéia de pertencer ao novo estado, à república. Dele deriva então a tensão entre republicanismo e nacionalismo.

Em primeiro lugar aclara que se necessitou muito tempo para que os direitos políticos se abrissem à população, ao “*pueblo*” como todo.

No curso dessa expansão surgiu um novo nível de solidariedade legalmente mediada entre os cidadãos, enquanto o Estado, pela implementação dos procedimentos democráticos passava a contar com uma fonte não metafísica de legitimação.

⁶⁰ A análise do entendimento sustentando por HABERMAS é fruto de nosso Capítulo: *Direitos Humanos e Direito da Integração*. In: *MERCOSUL no Cenário Internacional - Direito e Sociedade*. Curitiba : Juruá, 1998, Vol. II.

Tal inovação, segundo HABERMAS, passava ao mesmo tempo a ser explicada em termos de cidadania.

De tal modo existe inscrito no autoentendimento do Estado nacional uma tensão entre o ***universalismo de uma comunidade legal igualitária*** e o ***particularismo de uma comunidade cultural*** a que se pertence por origem e destino.

Essa tensão pode ser *resuelta* desde que os princípios constitucionais, os direitos humanos e a democracia priorizem um entendimento cosmopolita de nação como uma nação de cidadãos, em detrimento de uma interpretação etnocêntrica de nação como entidade pré-política.

Sobre estas bases, disse HABERMAS, o nacionalismo poderá ser substituído pelo patriotismo constitucional.

Contudo, ao mesmo tempo, adverte:

...sobre qué condiciones una cultura política basada en los principios republicanos podría fundarse sobre un contexto diferente de aquél de una nación relativamente homogénea sobre la cual, en el período inicial, el Estado-nación fue fundado? El mismo contraejemplo de los Estados Unidos, citado por Habermas, y al que puede agregarse el de Suiza, aparecen como contraejemplos. El recordado caso de la invención de Italia por Cavour y el movimiento de l'Unitá aparecen como contestaciones a la idea de que fuera necesario una cierta "homogeneidad" cultural para constituir un estado (claro que siempre podrá discutirse la misma idea de homogeneidad).

Para HABERMAS, o movimento de expansão dos direitos que permitiram a constituição dos estados e que com ele algumas pessoas, antes distantes, puderam ver-se significativamente como responsáveis umas pelas outras, se põe hoje em questão a partir das tendências que são chamadas globalização.

Globalização para HABERMAS, significa *"transgresión, remoción de las fronteras"* e portanto representa uma ameaça para aquele Estado-nação que vigiava quase neuróticamente suas fronteiras.

Cita a Anthony GIDDENS para recordar que *"globalización"* é *"la intensificación de relaciones mundiales que ligan localidades distantes de tal manera que los acontecimientos locales son moldeados por eventos que están a muchos kilómetros de distancia"*.

Nesse contexto os Estado-nação são cada vez menos capazes de regular suas economias e influenciar as políticas, a economia se mundializa.

Também é certo que pode dizer-se que o capitalismo nasceu internacional e sua própria lógica de acumulação promove a transgressão das fronteiras. Porém, na medida que o capital opera livre de controles, nos estados nacionais se operam degradações da cidadania que num futuro previsível podem chegar a minar as bases de legitimidade do mesmo estado nação. Contudo, para HABERMAS, não existem regras históricas *"incomovibles, esa posibilidad es una entre otras"*.

Desde sua perspectiva, uma das maneiras de escapar a ela é o surgimento de regimes supranacionais como a União Européia. Se precisa salvar, disse,

la herencia republicana trascendiendo los límites del Estado-Nación. Aunque advierte que decisiones como la de la Corte Alemana que fundamentó fuertes restricciones contra la ampliación de la Unión Europea sobre el fundamento de que un Estado Constitucional de tal tipo precisa de una relativa homogeneidad cultural del pueblo, son decisiones que solo pueden ser vistas como una erosión de la ciudadanía que pretende defender.

Sua conclusão é ambivalente ou bifronte, coisa que compartilhamos, por um lado não pode falar-se de uma

proyección positiva de la globalización, pues los gobiernos de las grandes potencias (y de los países que no son potencias) no parecen absorber el riesgo que ella implica; pero, en la medida que la conciencia del riesgo es crecientemente absorbida por la comunidad internacional, se abre una oportunidad de que las sociedades puedan percibirse a sí mismas como formando parte de un todo que necesita de políticas compartidas para asumir aquél riesgo.⁶¹

⁶¹ Cf. *Modelos de integración regional, aspectos jurídicos y sociológico*. Por Jorge E. DOUGLAS PRICE (Universidad Nacional del Comahue-Argentina - Email: camlabsatlink.com- tel: 54-941-52461, fax 54-941-51484). O presente trabalho foi realizado durante o curso da Maestría de Teorías Críticas del Derecho y la Democracia, dirigida pelo Professor Joaquín HERRERA FLORES e que se desenvolveu na Sede Iberoamericana de La Rabida, da Universidad Internacional de Andalucía. Foi realizado em cooperação com Elsa ATTIAS, Carmen ORTEGA, Sergio VERGADA e Luis Eduardo RODRÍGUEZ, todos alunos da referida maestría, como o subscrito e provenientes de de distintas universidades e instituições de Latinoamérica. *La globalización y el Estado Nación*, segundo Jürgen HABERMAS.

Tendo em vista o crescente pluralismo no interior das sociedades nacionais e os problemas globais que os governos nacionais enfrentam no setor externo, Jürgen HABERMAS afirma que *"o Estado-Nação não pode mais fornecer a estrutura apropriada para a manutenção da cidadania democrática no futuro previsível"*.

O que parece ser necessário é o desenvolvimento de capacidades para a ação política num nível acima dos Estados-Nação e entre eles. No contexto é relevante o entendimento oficial a respeito de qual o papel do Estado e a questão da soberania.

Fernando Henrique CARDOSO proferiu conferência na Universidade de Witwatersrand - Johannesburgo,⁶² onde sustenta que da mesma maneira que, no século XIX, as indagações em torno do capitalismo se tornaram o centro do pensamento sociológico e, na realidade, o fundaram, é hoje em torno da globalização que se articula parte significativa da reflexão nas ciências sociais.

Segundo ele, certamente, não estamos, agora, diante de um fenômeno - ou de uma série de fenômenos - que tenha claramente propiciado o desenho de uma nova perspectiva científica, como o fizeram, em posições opostas, MARX e WEBER, ao propor formas novas de entender a relação entre economia e sociedade.

⁶² *Globalização e Política Internacional*. Joahannesburgo, 27 de novembro de 1996.

Ainda são os clássicos que conformam o universo conceitual que nos dá as chaves para a compreensão da globalização, um fenômeno que, na verdade, leva ao extremo tendências do capitalismo.

O velho tema da uniformização, que estava em COMTE, em MARX e, modernamente, em ARON, volta, para muitos, como se agora suas 'promessas', positivas, estivessem a ponto de materializar-se...

...O marco da globalização é uma moldura estreita para dar conta das situações sociais de cada país, para explicar modos de inserção no capitalismo contemporâneo. Sem um conhecimento dos limites da globalização e da relevância da especificidade das histórias nacionais, qualquer análise fica imperfeita, prejudicada. Perde-se o movimento dialético entre o que é universal e o que é particular...

...Nesse sentido, cabe uma palavra sobre o papel do Estado. A globalização não fornece elementos suficientes para situar o Estado no desenvolvimento de cada sociedade. Em geral, tende a diminuí-lo, a vê-lo, no limite, como simplesmente cumprindo funções de gestor das finanças públicas, no plano doméstico, e de negociador de tarifas sempre mais baixas, no plano internacional. Em alguns casos,... ...admite a 'intervenção seletiva' do Estado naqueles setores em que um país poderia desenvolver vantagem comparativa....

Para o Presidente, o Estado deve, em vez de enfraquecer-se, fortalecer-se para que seja instrumental na promoção do desenvolvimento.

Além das funções clássicas, como segurança, saúde e educação, **tem de atender, no marco da democracia, a demandas crescentes, por mais equidade, por mais justiça, por um meio ambiente saudável, pelo respeito aos direitos humanos.**

Para tanto, entende que necessário um Estado coeso e forte,⁶³ mesmo porque seria um erro grosseiro enxergar a globalização como resultante exclusiva das forças de mercado. Os contornos dentro dos quais o mercado atua são delineados politicamente, num contexto em que o jogo de poder entre as nações está sempre presente de modo inequívoco.

As negociações sobre o comércio, sobre as regras da competição internacional, sobre padrões de preservação ambiental, sobre mecanismos de integração regional são conduzidas através do diálogo tradicional dos Estados, em foros onde eles têm assento. Os Governos tem como influenciar a direção destes processos. Não podem renunciar a este papel em nome de uma falsa ideologia do mercado.

Paradoxalmente, a globalização leva assim a que estejamos obrigados a ter uma consciência maior, muito mais aguda e profunda de nossa individualidade, daqueles elementos que nos diferenciam no conjunto das nações. Porque será a partir desta consciência que se desdobrará o leque de nossas possibilidades de atuação internacional, através tanto de alinhamentos variados em diferentes temas da agência internacional, quanto da construção de parcerias bilaterais que sejam promissoras para aumentar os fluxos de intercâmbio e as iniciativas de cooperação.

De acordo com este raciocínio nos vemos na necessidade de aceitar a subsistência do Estado nacional como base da organização política dos países e

⁶³ "A pesar de las tendencias hacia la mundialización o globalización que hemos apuntado someramente y que señalan claramente la insuficiencia de los Estados nacionales para superar sus propios problemas al igual que aquellos que afectan conjuntamente al género humano, y ante el subdesarrollo relativo que aún experimenta la organización internacional y sus instituciones multilaterales y regionales, la observación objetiva de nuestra realidad nos impide considerar, ni siquiera avizorar en el futuro previsible, otra forma básica de organización política radicalmente distinta de la que ahora se basa en el arquetipo de los Estados nacionales." Miguel de la MADRID. *Ob. cit.*, p. 168.

da organização internacional. Ao mesmo tempo necessária uma reflexão a respeito da cidadania em tal contexto.

Da cidadania antiga à cidadania moderna ocorreu um dupla transformação. Por baixo, ampliou-se e estendeu-se ao conjunto dos membros de uma mesma Nação. Por cima, contudo, estreitou-se, pois a decisão política foi transferida aos eleitos e representantes.⁶⁴

Princípio importante para a compreensão da cidadania é o princípio contemporâneo das nacionalidades, que, tal como se desenvolveu nos séculos XVIII e XIX, remodelou a definição de cidadania. Pelo princípio do direito dos povos, a soberania é atributo da Nação, do povo, e não do príncipe ou monarca. O princípio das nacionalidades lembra que a nação precede a cidadania, pois é no quadro da comunidade nacional que os direitos cívicos podem ser exercidos.

Recentes concepções mais democráticas procuram dissociar completamente a cidadania da nacionalidade. A cidadania teria, assim, uma dimensão puramente jurídica e política, afastando-se da dimensão cultural existente em cada nacionalidade. A cidadania teria uma proteção transnacional, como os ***direitos humanos***.⁶⁵

A cidadania, definida pelos princípios da democracia, constitui-se na criação de espaços sociais de luta (movimentos sociais) e na definição de instituições

⁶⁴ Nesse sentido: Liszt VIEIRA. *Cidadania e globalização*.

⁶⁵ Vide ***Glossário***.

permanentes para a expressão política (partidos, órgãos públicos), significando necessariamente conquista e consolidação social e política. A cidadania passiva, outorgada pelo Estado, se diferencia da cidadania ativa, na qual o cidadão, portador de direitos e deveres, é essencialmente criador de direitos para abrir novos espaços de participação política (CHAUÍ).

Num Estado democrático, cabe ao Direito o papel normativo de regular as relações interindividuais, as relações entre o indivíduo e o Estado, entre os direitos civis e os deveres cívicos, entre os direitos e deveres da cidadania, definindo as regras do jogo da vida democrática.

A cidadania poderá, desta forma, cumprir um papel libertador e contribuir para emancipação humana, abrindo *"novos espaços de liberdade (GUATTARI), por onde ecoarão as vozes de todos aqueles que, em nome da liberdade e da igualdade, sempre foram silenciados."*⁶⁶

Nesse contexto lembramos que figuras perversas do internacionalismo e do humanismo encontram-se na globalização econômica, cultural e espiritual: crise econômica, social, ecológica, determinação de todas as esferas da vida por valores exclusivamente econômicos; há necessidade de um novo direito internacional que se contraponha ao genocídio macroeconômico, procurando redefinir sociedade civil, espaço público, Estado e mercado:

⁶⁶ *Nesse sentido: Liszt VIEIRA. Ob. cit., p. 41.*

*...(estes) vão exigir uma nova institucionalidade política global, um sistema global de 'governance' onde os agentes da sociedade civil provavelmente discutirão lado a lado com as coporações multinacionais e os Estados. Enquanto os últimos representam os interesses econômicos e políticos, os primeiros expressarão o interesse público da cidadania.*⁶⁷

Uma visão democrática do Estado de Direito teria forçosamente de reconhecer uma perspectiva *ex parte populi* ao lado de uma perspectiva *ex parte principis*. Enquanto esta última cuida da governabilidade, a primeira se preocupa com a liberdade (ARENDR, 1973). Esta dicotomia entre Estado e Indivíduo, público e privado, universal e particular, atormenta os pensadores e divide os homens. Na Modernidade, a Declaração de Direitos do Homem da Revolução Francesa foi vista como abstrata demais pelos conservadores, e excessivamente ligada aos interesses de uma classe em particular, a burguesia, por MARX e seus seguidores...

*...Invertendo a relação tradicional de direitos do governantes e deveres dos súditos, agora o indivíduo tem direitos, e o governo obriga-se a garanti-los... É com o nascimento do Estado de Direito que o ponto de vista do príncipe se transforma em ponto de vista do cidadão.*⁶⁸

"No Estado despótico, o indivíduo só tem deveres, e não direitos.

"No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados.

"No Estado de Direito, o indivíduo tem não só direitos privados, mas também direitos públicos..."

⁶⁷ Olgária Chain Féres MATOS. *Cidadania e globalização*. Prefácio.

⁶⁸ Liszt VIEIRA. *Cidadania e globalização*, 21.

"Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados."

Bobbio

Colocando algumas premissas inaugurais, como a **cidadania - direito a ter direitos** - entendemos primordial para a **globalização** o primado dos Direitos Humanos, com desdobramentos em concidadania e cidadania planetária, esta se constitui como base para uma democracia em escala mundial.

A **globalização** implica em um evidente declínio dos Estados nacionais em favor da emergência crescente de uma sociedade civil global. Sua importância é bem ressaltada, visto que nem os Estados nem o mercado global tem condições de equacionar os problemas planetários.

É no seio da sociedade civil global que vão se criando alternativas mundiais com seus correspondentes mecanismos de cooperação e de funcionalidade.

O processo de **globalização** requer novas formas de cidadania e, por que não, de *'heroísmo'*. Heroísmo mas num sentido preciso, da ele de que fala Maurice MERLEAU-PONTY: *"os santos do cristianismo, os heróis das revoluções passadas (...) procuravam crer que seu combate já estava ganho no céu ou na História. O herói de hoje, sem recurso à transcendência mítica ou teológica, é o próprio homem.*

A contrário do que pensam alguns, não vivemos "o fim da História"; talvez esteja esta um tanto confusa, à deriva em busca de outros significados...

As tarefas de pesquisa, no fundo, não são outra coisa senão práticas de abalo, uma sismologia que desnuda *faltas*, que se reconhece o direito de dizer não ao instituído, à claridade enganosa de um efeito totalitário de legalidade; que se reconhece o direito de dizer não ao misoneísmo estabelecido.⁶⁹

Deve-se assinalar que as escolas de direito constituem o lugar nobre, embora não o único, da socialização jurídica, criando as condições para um tipo de alienação específica: a alienação do jurista.

Na verdade, tal alienação obriga os juristas a não falarem em seu nome - eles são falados pela cultura jurídica dominante.

Luís Alberto WARAT

Pertinente a indagação colocada por Vera Regina Pereira de ANDRADE,⁷⁰ porque os juristas, decisivamente, não aprofundam suas análises sobre a cidadania?

Diz a autora que o reduzido discurso que anunciam sobre ela é presidido por uma aparente indeterminação significativa que a identifica ou com o conceito de nacionalidade, ou com o conceito de direitos políticos *stricto sensu*.

A perspectiva da crise e esgotamento do tipo de estado burocrático-autoritário, dominante por mais de duas décadas, não somente no Brasil, mas no subcon-

⁶⁹ Cf. Luiz Alberto WARAT. *CIDADANIA: do Direito aos Direitos Humanos*. Vera Regina Pereira de ANDRADE. Prefácio.

tinente latino-americano - especialmente nos países do chamado Cone Sul - frente às interrogações do **MERCOSUL** se projeta um estudo ampliado da *cidadania* na sociedade capitalista; contudo, diante desta *nossa* perspectiva histórica e dialética - que procura articular teoria e *praxis* - situa historicamente sua emergência e configuração na sociedade capitalista frente aos blocos regionais.

Nesse sentido, como assevera a citada autora, cumpre caracterizar a cidadania como discurso político que possui, ambigualmente, um sentido autoritário e um sentido democrático (desde sua gênese moderna e reconhecimento legal, sob o capitalismo) ambiguidade essa que a instaura como processo social dialético e dimensão pela qual o exercício e a reivindicação de direitos se exteriorizam.

Ora, com a realidade da livre circulação de mercadorias (e a futura livre circulação de pessoas) temos que encontrar o que o Estado (nacional) está desempenhando no contexto.

Arthur José Almeida DINIZ,⁷¹ sustenta que antes de ser "imperativo mundial", impondo-se fora do campo econômico, achamo-nos diante de uma situação de coesão sistêmica, cujas firmas transnacionais são atores privilegiados e cujos 'agregados' mundiais (cotação das divisas fortes, preço das matérias primas, taxas bancárias, margens comerciais) são os indicadores principais).⁷²

⁷⁰ *CIDADANIA: do Direito aos Direitos Humanos*, p. 13.

⁷¹ Professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

⁷² *Neoliberalismo, Globalização e a Divisão do Mundo entre Pobres e Ricos*. Original recebido das mãos da Professora Doutora Maria dos Remédios Fontes SILVA - Coordenadora de Pós-Graduação da UFRN.

Hoje o Estado não mais controla o fluxo de dinheiro, da informação ou da mercadoria, mas continua sendo o responsável exclusivo pela formação dos cidadãos, da ordem pública interna, duas missões que dependem visceralmente do estado geral da economia.⁷³

A principal característica do neoliberalismo, segundo Almeida DINIZ, é usar o discurso hipócrita da 'liberalização integral', do 'tudo pelo mercado' etc...

Estas ocorrências não se estabelecem pelo jogo 'espontâneo' das forças econômicas. Absurda ingenuidade!

O neoliberalismo está apoiado em estruturas de intervenção autoritária, agindo em escala mundial.

Estas estruturas autoritárias seguem a direção dos países mais industrializados, o G-7.

⁷³ **"A GUERRA CONTRA O ESTADO.** Os ministros de plantão partem, ao mesmo tempo, em escala global na guerra contra o Estado. Nos países do Terceiro Mundo assistimos a uma caricatura da febre da 'privatização'. O patrimônio público, construído com dificuldade e com recursos públicos é doado a grupos econômicos escusos, sempre os mesmos a comprar por valor simbólico um patrimônio de alguns bilhões de dólares. Este pensamento único, esta ideologia possui conceitos chaves tais como 'a mão invisível corrige as asperezas e as disfunções do capitalismo'. Sabemos muito bem onde se oculta esta 'mão invisível', nos bancos de Berlim, Zurich, Londres e Nova Iorque... ...Outra bobagem é a de que o mercado corrige as desigualdades sociais. Ou uma verdadeira heresia para a qual nossos ideólogos de plantão não prestaram a devida atenção: 'a democracia não é o estado natural da sociedade, mas o mercado sim!' Saindo deste cipoal de afirmativas passam a promover o livre câmbio, a desregulamentação no sentido de 'moderar' as reivindicações salariais, isto é, salários cada vez mais baixos, lucros obscenos, evasão fiscal escandalosa e uma especulação global, graças à revolução informática totalmente solta e sem nenhum controle. **É neste espaço cibernético em que o Estado luta para a sobrevivência do cidadão comum, do não iniciado nos mistérios da agiotagem global, que vive de um modesto salário, ameaçado de ser reduzido ainda mais. Os fundos de pensão, isto é, a garantia após anos de trabalho, o direito inalienável de receber o que se ainda se chama 'aposentadoria' são jogados no bingo global, com risco de se perderem trilhões de dólares em especulação fútil e criminoso.**' Arthur José Almeida Diniz. *Ob. cit.* - negrito meu -

Daí surge a questão do comprometimento do Poder Executivo dos Países do **MERCOSUL** com políticas impostas pelo FMI etc.

Jorge Fontoura NOGUEIRA afirma que não são quatro os *Países* que integram o **MERCOSUL**, mas *cinco*, e nomina-os: Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo. Diz que segundo o que a última determina o Poder Executivo brasileiro, *incontinenti*, altera e emenda, conforme a FIESP deseja.⁷⁴

Norberto BOBBIO adverte que se de um lado há o cidadão participante e do outro o cidadão protegido - que estão em conflito entre si às vezes na mesma pessoa - o cidadão que através da participação ativa exige sempre maior proteção do Estado e através da exigência de proteção reforça aquele mesmo Estado no qual gostaria de se assenhorar e que, ao contrário, acaba por se tornar seu patrão.⁷⁵

Observou-se, de outra parte, que a este processo de estatitização da sociedade correspondeu um processo inverso mas não menos significativo de socialização do Estado através do desenvolvimento das várias formas de participação nas opções políticas, do crescimento das organizações de massa que exercem direta ou indiretamente algum poder político, donde a expressão "Estado social" poder se entendida não só no sentido de Estado que permeou a sociedade mas também no sentido de Estado permeado pela sociedade.

Bobbio

⁷⁴ Conferência mencionada.

⁷⁵ *Estado. Governo. Sociedade*, p. 51.

Concluiu BOBBIO, que sob este aspecto, sociedade e Estado atuam como dois momentos necessários, separados mas contíguos, distintos mas interdependentes, do sistema social em sua complexidade e em sua articulação interna.

A preocupação a respeito das garantias dos direitos fundamentais (direitos do consumidor no **MERCOSUL**) e os limites das liberdades individuais são muito presentes.

Apesar das constantes proclamações destes direitos, são constantes as ameaças e mesmo as violações destes direitos.

O Prof. José Alfredo de Oliveira BARACHO, em importante estudo do Processo Constitucional, tece considerações pertinentes ao que se me afigura nas relações sociais do **MERCOSUL**, no ensina que:

A defesa das liberdades públicas pode ser assegurada por diferentes modalidades, sendo que em certos Estados, sob o plano institucional, ocorre o aparecimento de garantias teóricas: princípio democrático, separação de poderes, princípios da legalidade, supremacia da Constituição.

A real garantia está no respeito às liberdades públicas, que aparecem como condição da democracia.⁷⁶

A eficácia da declaração de direitos é preocupação e tema de debate constante, José Alfredo de Oliveira BARACHO⁷⁷ assinala que as Constituições francesas de 1791, 1793, do Ano III e de 1848, não vão se contentar com as

⁷⁶ *Processo Constitucional*, p. 180.

declarações solenes de direitos em se preâmbulo, passando a enumerar certos direitos que elas garantiam aos cidadãos.

Muitas Constituições vão utilizar esta terminologia francesa de "garantias individuais" ou "constitucionais" para significar os direitos individuais nelas encontrados.

Entretanto, este entendimento vai mudar, pois a nova doutrina entenderá que a simples declaração de certos direitos não será suficiente para garantir a sua eficácia.

"Tal compreensão leva à aceitação de que a verdadeira garantia das disposições fundamentais consiste em sua proteção processual."⁷⁸

A expressão "*garantias constitucionais*" ou "*garantias de direitos*" será empregada, portanto, de duas maneiras diferentes. Primeiramente ela vai decorrer da "*inserção nos textos constitucionais de princípios, institutos ou situações subjetivas, que após sua incorporação ao texto constitucional passam a ser especialmente asseguradas, isto é, garantidas constitucionalmente.*"⁷⁹ A doutrina alemã vai empregar esta expressão para significar "*os mecanismos jurídicos que*

⁷⁷ *Teoria Geral do Constitucionalismo*, p. 45.

⁷⁸ José Alfredo de Oliveira BARACHO. *Processo Constitucional*, p. 183.

⁷⁹ José Alfredo de Oliveira BARACHO. *Processo Constitucional: o devido processo legal*, p. 83.

dão segurança ao ordenamento constitucional e estabelecem preceitos para a integridade de seu valor normativo.⁸⁰

Gustavo TEPEDINO⁸¹ afirma

À luz dessas considerações, poder-se-ia configurar a proteção ao consumidor como privilegiado laboratório para a harmonização legislativa no campo das relações privadas. Provavelmente, nenhuma outra matéria ofereceria ao intérprete igual oportunidade para investigar os critérios de compatibilização das normas constitucionais com a legislação infraconstitucional, evidenciando a necessidade de superar diferenças legislativas.

Se a integração latina pretende favorecer as assim chamadas cinco liberdades (liberdade de circulação de mercadorias, de estabelecimento, de trabalhadores, de capitais e de concorrência), não parece difícil entrever a enorme repercussão das normas incidentes sobre as relações de consumo no desenvolvimento do mercado comum.⁸²

A Constituição de 1988, conforme assevera, em seus arts 5º, XXXII, e 170, V, dedica especial atenção à proteção dos consumidores, no âmbito de uma política nacional voltada para as relações de consumo. Segundo o art. 5º, XXXII, inserido entre os direitos e garantias fundamentais, "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor."

⁸⁰ José Alfredo de Oliveira BARACHO. *Teoria Geral do Constitucionalismo*, p. 45.

⁸¹ Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Doutor em Direito pela universidade de Camerino, Itália. Procurador Regional da República.

⁸² *Temas de Direito Civil*, p. 257.

O art. 170, V, compreendido no Título VII, relativo à ordem Econômica e Financeira, inclui a defesa do consumidor entre os princípios gerais da atividade econômica, junto com a livre concorrência, a redução das desigualdades regionais e sociais, a propriedade privada e a função social da propriedade - entre outros -, os quais têm como finalidade "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social."

Ao notável Mestre carioca

A combinação desses preceitos com os princípios fundamentais da Constituição, que incluem entre os fundamentos da República 'a dignidade da pessoa humana' (art. 1º, III) e entre os objetivos da República 'erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais' (art. 3º, III), demonstra a clara intenção do legislador constituinte no sentido de romper a ótica produtivista e patrimonialista tão freqüente em tema de direitos do consumidor.

O constituinte brasileiro não somente incluiu a tutela dos consumidores entre os direitos e as garantias individualistas, mas afirma que a sua proteção deve ser efetuada de maneira instrumental, ou seja, com a funcionalização dos seus interesses patrimoniais à tutela de sua dignidade e aos valores existenciais. Trata-se, portanto, de tutelar a pessoa humana (considerada em uma particular situação jurídica subjetiva) nas relações de consumo, mais do que o consumidor como uma categoria em si mesma considerada.⁸³

⁸³ *Ob. cit.*, pp. 258-259.

Ora, se se reconhece as notáveis conquistas do cidadão em relação aos *direitos do consumidor* a partir da Constituição de 1988, com a integração regional (**MERCOSUL**) o exercício da cidadania cosmopolita implica em instituições que possam garantir tais direitos - os direitos fundamentais do homem - e, certamente, insuficiente a atuação do Poder Executivo.

3. DIREITO TRANSNACIONAL¹

3.1 Direito Comunitário²

CAETANO LAGRASTA NETO,³ dá início a recente artigo, titulado ***Mercosul e integração legislativa: o papel da magistratura perante a justiça social***, afirmando

*Anuncia-se e objetiva-se, a passos largos, a afirmação do Mercosul como elemento agregador das nações do Cone Sul deste Continente, apesar das restrições e do infundado temor dos EUA, que gostariam de ver os países sul-americanos sempre submetidos economicamente à sua esfera de influência.*⁴

Noam CHOMSKY cita, em conferência proferida na Universidade de Harvard, em 1985, relatório secreto do Departamento de Estado Americano, elaborado em 1948, por George KENNAN, considerado um dos cérebros da planificação daquele Departamento, do qual resultou a formulação da política externa americana para as décadas seguintes: *“Tenemos aproximadamente el cincuenta por ciento de la riqueza del mundo, pero solamente el 6,3 por ciento de sua población (...) En esta situación, no podremos evitar ser objeto de celos y resentimiento. Nuestre tarea*

¹ Este capítulo adota como fonte, e a metodologia, da magnífica obra do Prof. OSVALDO A. GOZAÍNI, in *Introducción al Nuevo Derecho Procesal. Derecho Procesal Transnacional*.

² Nos dias 15 a 18 de outubro de 1997 realizado em Ponta Grossa, Estado do Paraná, **II ENCONTRO INTERNACIONAL SOBRE DIREITO COMUNITÁRIO E DA INTEGRAÇÃO DO CONE SUL**, sob a Coordenação do Dr. Wagner MENEZES, Presidente do Instituto para Estudo do Direito Comunitário, conhecido estudioso dos aspectos jurídicos da integração supranacional.

³ Juiz de Direito do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo

real en el periodo venidero es proyectar un orden de relaciones que nos permita mantener esa posición de disparidad (...) No necesitamos engañarnos a nosotros mismos pensando que podemos darnos hoy en día el lujo del altruismo y la beneficencia mundial (...) debemos dejar de hablar sobre objetivos vagos e (...) irreales como los derechos humanos, el crecimiento de nivel de vida, y la democratización. No está lejos el día en el que debemos tratar directamente conceptos de poder. Mientras menos estorben los eslogans idealistas, mejor”.

Na mesma conferência, o autor esclarece a respeito da conceituação do "efeito dominó", enfatizando: *“Pero existe además una versión racional de la teoría dominó que nunca fue cuestionada en documentos de planificación porque es plausible, racional y verdadera. Ésta dice que el desarrollo social y económico exitoso en una zona puede tener un efecto multiplicador en otras regiones, extendiéndose así la ‘putrefacción’. Dicho sea de paso, es por esta razón que Estados Unidos típicamente demuestra lo que se ve como la tan fanática oposición contra el desarrollo constructivo en países marginales”.*⁵

Ab ovo sustento, que considero que é de vital importância no que se refere a nosso futuro e comum desenvolvimento, com vista a alcançar um maior e melhor nível de vida para nossos países, quer integrem o Mercosul, quer integram a América Latina; nossos povos e supondo um aporte substancial para a paz interna-

⁴ *Revista dos Tribunais/Fasc. Civ.*, Ano 86, V. 742, aog.1997, pp. 102-109.

⁵ *In La Intervención Estadounidense en Centroamérica y VietNam*. Bs. As. : Alción Editora, 1996, respectivamente às fls. 15 e 24. *Apud* Caetano LAGRASTA NETO, *Op. cit.*, p. 102.

cional, já que com a melhora das estruturas econômicas, se assentam as bases para uma mais elevada qualidade de vida, o que implica uma estabilidade social e um avanço nas relações humanas a solução das questões atinentes a supranacionalidade. Contudo, é mister que se sobreponha ao Direito supranacional comunitário (ou intergovernamental, como querem alguns) o Direito Universal, ou seja, o **Direito do Homem**.

Nesse momento que se fala em globalização, integração e questões afins, é necessário partir das premissas que permeiam o elemento subjetivo daqueles que estão a estudar o Direito Comunitário, para, perpassando pela visão européia, poder caminhar para o espectro do que se entende a respeito dos direitos fundamentais no Mercosul, culminando com o enfoque da Constituição Cidadã de 1988 e o entendimento de nossos tribunais superiores.

Em um trabalho relativamente recente HABERMAS sustenta que com o surgimento do Estado-Nação, dois conceitos se reforçaram mutuamente: por um lado “nação” foi usado como “povo”, mais além do sentido legal e político, conotando uma comunidade modelada por uma origem, uma cultura e uma história comuns e neste sentido os membros de um Estado conformavam uma “nação” pela constituição de um modo de vida específico; enquanto que pelo outro lado a Nação se identificava com o mesmo Estado político criado e seus elementos caracterizantes: a aparição de uma burocracia diferenciada, o monopólio da violência, o disciplinamento de um território que facilitava o espaço vital de um mercado, a

recíproca dependência de burocracia e burguesia capitalista; *a la postre* a própria construção dos conceitos de soberania e legitimidade.

Segundo HABERMAS, a tarefa de fazer compreender a habitantes de um espaço estas idéias “*políticas*” não houvesse sido possível sem aquela idéia “*pré-política*”, assim se explicam para ele, os distintos níveis de estabilidade entre os distintos estados-nação surgidos na modernidade européia: naqueles onde a identidade nacional se associou às lutas revolucionárias a estabilidade era mais forte que naqueles onde as guerras de libertação contra um inimigo “*externo*” precisou primeiro da própria definição das fronteiras. Em definitivo, um sentimento, um tradição, em algum sentido uma atitude não reflexiva, apoiava a idéia de pertencer ao novo estado, à república.

Dele deriva então a tensão entre republicanismo e nacionalismo. Em primeiro lugar aclara que se necessitou muito tempo para que os direitos políticos se abrissem à população, ao “*pueblo*” como todo. No curso dessa expansão surgiu um novo nível de solidariedade legalmente mediada entre os cidadãos, enquanto o Estado, pela implementação dos procedimentos democráticos passava a contar com uma fonte não metafísica de legitimação. Tal inovação, segundo HABERMAS, passava ao mesmo tempo a ser explicada em termos de cidadania.

De tal modo existe inscrito no autoentendimento do Estado nacional uma tensão entre o ***universalismo de uma comunidade legal igualitária*** e o ***particularismo de uma comunidade cultural*** a que se pertence por origem e destino.

Essa tensão pode ser *resuelta* desde que os princípios constitucionais, os direitos humanos e a democracia priorizem um entendimento cosmopolita de nação como uma nação de cidadãos, em detrimento de uma interpretação etnocêntrica de nação como entidade pré-política. Sobre estas bases, disse HABERMAS, o nacionalismo poderá ser substituído pelo patriotismo constitucional.

Contudo, ao mesmo tempo, adverte: *“sobre qué condiciones una cultura política basada en los principios republicanos podría fundarse sobre un contexto diferente de aquél de una nación relativamente homogénea sobre la cual, en el período inicial, el Estado-nación fue fundado? El mismo contraejemplo de los Estados Unidos, citado por Habermas, y al que puede agregarse el de Suiza, aparecen como contraejemplos. El recordado caso de la invención de Italia por Cavour y el movimiento de l’Unitá aparecen como contestaciones a la idea de que fuera necesario una cierta “homogeneidad” cultural para constituir un estado (claro que siempre podrá discutirse la misma idea de homogeneidad).”*

Para HABERMAS, o movimento de expansão dos direitos que permitiram a constituição dos estados e que com ele algumas pessoas, antes distantes, puderam ver-se significativamente como responsáveis umas pelas outras, se põe hoje em questão a partir das tendências que são chamadas globalização. Globalização para HABERMAS, significa *“transgresión, remoción de las fronteras”* e portanto representa uma ameaça para aquele Estado-nação que vigiava quase neuróticamente suas fronteiras. Cita a Anthony GIDDENS para recordar que *“globalización”* é *“la intensificación de relaciones mundiales que ligar localidades distantes de tal*

manera que los acontecimientos locales son moldeados por eventos que están a muchos kilómetros de distancia".

Nesse contexto os Estado-nação são cada vez menos capazes de regular suas economias e influenciar as políticas, a economia se mundializa. Também é certo que pode dizer-se que o capitalismo nasceu internacional e sua própria lógica de acumulação promove a transgressão das fronteiras. Porém, na medida que o capital opera livre de controles, nos estados nacionais se operam degradações da cidadania que num futuro previsível podem chegar a minar as bases de legitimidade do mesmo estado nação.

Contudo, para HABERMAS, não existem regras históricas *"incomovibles, esa posibilidad es una entre otras"*. Desde sua perspectiva, uma das maneiras de escapar a ela é o surgimento de regimes supranacionais como a União Européia. Se precisa salvar, disse, *"la herencia republicana trascendiendo los límites del Estado-Nación. Aunque advierte que decisiones como la de la Corte Alemana que fundamentó fuertes restricciones contra la ampliación de la Unión Europea sobre el fundamento de que un Estado Constitucional de tal tipo precisa de una relativa homogeneidad cultural del pueblo, son decisiones que solo pueden ser vistas como una erosión de la ciudadanía que pretende defender"*.

Sua conclusão é ambivalente ou bifronte, coisa que compartilhamos, por um lado não pode falar-se de uma *"proyección positiva de la globalización, pues los gobiernos de las grandes potencias (y de los países que no son potencias) no*

*parecen absorber el riesgo que ella implica; pero, en la medida que la conciencia del riesgo es crecientemente absorbida por la comunidad internacional, se abre una oportunidad de que las sociedades puedan percibirse a sí mismas como formando parte de un todo que necesita de políticas compartidas para asumir aquél riesgo”.*⁶

Apesar de muitos entenderem que o processo denominado de *globalização* é fenômeno do capitalismo de história recente, ligeira revisão histórica demonstra que no relacionamento entre os povos toda a história foi construída na busca do escambo, da mercância e posteriormente, com a industrialização, sofisticando-se tais relações que não são novas.

Entretanto, nos moldes que sucedem contemporaneamente, o impacto sobre as estruturas estatais, produz como consequência a interação econômica entre distintos estádios, em sucessivas etapas de integração que segundo Bela BALASSA são:

- a) *Zona de Libre Comercio: Zona de integración limitada a la eliminación recíproca y paulatina de los derechos aduanas.*

⁶ *Cf. Modelos de integración regional, aspectos jurídicos y sociológico.* Por Jorge E. DOUGLAS PRICE (Universidad Nacional del Comahue-Argentina - Email: camlabsatlink.com- tel: 54-941-52461, fax 54-941-51484). O presente trabalho foi realizado durante o curso da Maestría de Teorías Críticas del Derecho y la Democracia, dirigida pelo Professor Joaquín HERRERA FLORES e que se desenvolveu na Sede Iberoamericana de La Rabida, da Universidad Internacional de Andalucía. Foi realizado em cooperação com Elsa ATTÍAS, Carmen ORTEGA, Sergio VERGADA e Luis Eduardo RODRÍGUEZ, todos alunos da referida *maestría*, como o subscrito e provenientes de de distintas universidades e instituições de Latinoamérica. *La globalización y el Estado Nación*, segundo Jürgen HABERMAS.

- b) *Unión Aduanera: Supone, además de lo anterior, la adopción de una tarifa exterior común, relativa a terceros.*
- c) *Mercado Común: Se refiere no sólo a la circulación de mercancías, sino también a otros factores de producción, como lo son servicios, capitales y trabajo.*
- d) *Unión Económica: Además de lo anterior, supone la coordinación políticas macroeconómicas comunes.*
- e) *Unión Económica Total: Régimen de unión monetario, financiero, social, cuya ejecución y control esta a cargo de instituciones supranacionales que gozan de poder coercitivo.*

O primeiro estágio é o da Zona de Livre Comércio, em que os países concordam em eliminar ou reduzir as barreiras alfandegárias exclusivamente para as importações de mercadorias produzidas dentro dessa área. É o caso da ALADI.

O segundo é o da União Aduaneira, em que são eliminadas as barreiras alfandegárias para a importação de mercadorias produzidas dentro da área, com o estabelecimento de uma Tarifa Externa Comum. O MERCOSUL está nessa etapa. Assim sendo, verifica-se que a importação dos bens de terceiros países submetem-se às mesmas tarifas em qualquer dos seus integrantes. Houve algumas postulações no âmbito da 5ª Região em que se argumentou que a TEC se destinava exclusivamente aos signatários do Tratado de Assunção, quando na verdade os destinatários são os demais países.

O terceiro estágio é o Mercado Comum, em que além das características da fase anterior, são eliminadas as restrições aos fatores de produção, capital e

trabalho. Um empresário argentino poderia estabelecer-se no Brasil, sob as mesmas regras a que estão submetidos seus colegas nacionais, ou um médico brasileiro poderia prestar serviços profissionais em Buenos Aires.

O quarto estágio ocorre quando os países procuram adaptar suas legislações para harmonizá-las com os objetivos comunitários. É a União Econômica. Aqui são criadas instituições comunitárias, como na União Européia, porém, todo o seu território passa a ser considerado como uma unidade. Os direitos de importação, conhecidos na Espanha como "aranceles", destinam-se à União Européia, ficando os países com as receitas do IVA (Imposto sobre o Valor Agregado) e outros tributos.

O quinto e último estágio é o da União de Integração Total, quando os países decidem adotar uma política monetária comum, que é o próximo objetivo dos países da União Européia.⁷

O Eminentíssimo Desembargador Enrique Ricardo LEWANDOSKI, iniciando conferência titulada **O DIREITO COMUNITÁRIO**,⁸ afirma que

⁷ CASTRO MEIRA, José de. (Juiz do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Bahia) **Globalização e Direito**. Internet – Teia-jurídica.

⁸ **II ENCONTRO INTERNACIONAL SOBRE DIREITO COMUNITÁRIO E DA INTEGRAÇÃO DO CONE SUL. PROGRAMAÇÃO.** 15.10.97 – 19 h e 30 min – **Direito Comunitário e Soberani** – Herber Arbuet Vignale – Uruguai – e – **A Supranacionalidade e o Direito Comunitário** – Roberto Ruiz Labrano – Paraguai -. 16.10.97 – 19 h e 30 min – **A Globalização e o Direito** – Urbano Vitalino Mello Filho – Pernambuco – **O Direito Comunitário** – Enrique Ricardo Lewandoski – São Paulo – **O Direito Comunitário e o Direito Internacional** – Marta Assunção – Paraná -. 17.10.97 – 15 h e 30 min – **Projeto de Unificação do Direito Processual no Mercosul** – Munir Karan – Paraná – **O Direito do Consumidor no Mercosul** – Nelson Lins d'Albuquerque – Brasília – **Gerantias Contratuais no Mercosul** – Maristela Basso – São Paulo – **O Direito Tributário no Mercosul** – Luíz Carlos Derbi Bittencourt – Paraná -

1. *Poucos estudiosos ousavam prever há alguns anos atrás, sobretudo quando ainda imperava a Guerra Fria, que dividia o mundo em dois blocos ideológicos antagônicos, o intenso fenômeno da globalização que ocorre no mundo contemporâneo.*

2. *Atualmente, como notam alguns especialistas, o paradigma clássico das Ciências Sociais, baseado nas sociedades nacionais, está sendo substituído por outro, o da Sociedade Global, levando à reformulação dos conceitos clássicos de soberania e de hegemonia, ainda firmemente arraigados na doutrina política e jurídica.*

3. *O fenômeno da globalização, que alguns consideram a Terceira Revolução industrial – a primeira, consistente na aplicação da máquina à vapor aos processos industriais e a Segunda correspondente à automação do processos produtivos – resulta de um novo modo de produção capitalista organizado em escala planetária (por exemplo, MacDonald's tem 18 mil restaurantes em 91 países, a INTERNET tem 50 milhões de usuários; um cabo de fibra óptica transmite simultaneamente 1,5 milhão de conversações; CNN).*

Assim, conforme assevera, a globalização não ocorre apenas em razão da intensa circulação de bens, capitais, informações e de tecnologia através das fronteiras nacionais, com a conseqüente criação de um *mercado mundial*, mas também em função da *universalização dos padrões culturais* e da *necessidade de equacionamento comum de problemas* que afetam a totalidade do planeta, como o

. 19 h e 30 min – **As soluções de Controvérsias no Mercosul** – Eduardo Lozenretti Marques – São Paulo – **A arbitragem como Mecanismo de Solução de Controvérsias no Mercosul** - Adriana Noemi Pucci – Argentina – **A Proposta da Criação de um Tribunal Supranacional no Mercosul** – Martha Olivar – Colômbia -. 18.10.97 – 9 h – **Harmonização Legislativa no Mercosul** – Werter Faria – Rio Grande do Sul – **Estrutura do Mercosul – Supranacionalidade ou Intergovernabilidade** – Elizabeth Accioly – Paraná – **Propriedade Industrial no Mercosul** – Carlos Henrique Fróes – Rio de Janeiro – 11 h – **A Escola de Direito Comunitário no Mercosul** – Mariella Lélles da Silva Oroyen – Uruguai – **A Circulação de Modelos Jurídicos Esuropeus na América Latina: um entrave à integração econômica do Cone Sul?** – Vera Maria Jacob Fradera – Rio Grande do Sul – **A Experiência Integracionista Européia e as Perspectivas para o Mercosul** – Jorge Fontoura Nogueira – Brasília.

combate a degradação do meio ambiente, a **proteção dos direitos humanos**, o desarmamento nuclear, o crescimento populacional etc.⁹

Jorge WITKER ao referir-se ao processo de globalização, distinguiu entre os processos "governados" ou "governáveis" da mesma, entre os que se podem contar precisamente aqueles que supõem as integrações regionais pluriestatais, daqueles que se operam como conseqüência de fenômenos sociais e tecnológicos autônomos. Em tal sentido e referindo-se a estes últimos aspectos, reiterou que a globalização tem chegado para ficar.

Respecto de la historia de Latinoamérica en materia de integración refirió que la zona manifiesta un atraso que puede remontarse al fracaso del proyecto bolivariano y contrastarse, a su vez, con la imposición del hegemon norteamericano, a partir de la doctrina Monroe, del proyecto "panamericanista".

El neo-panamericanismo, como parte del proceso de globalización, también es resultado de la caída del bloque contendiente (1989); de la irrupción de los servicios a nivel internacional, de la sustitución de un concepto que no pudo ser previsto por Marx, el de un nuevo concepto de ventaja: el de ventaja competitiva diferenciado del de ventaja comparativa y del consecuente cambio de modelo de producción y acumulación capitalista.

Desde essa perspectiva, o neo-panamericanismo, procede tanto da necessidade dos Estados Unidos de conformar um mercado regional que lhe assegure algumas condições de viabilidade a sua economia frente aos "retos de Europa y de Asia (condiciones tales como un mercado relativamente cautivo y mano de

⁹ - grifo nosso.

obra barata), tanto como del agotamiento del esquema de sustitución de importaciones, esquema vulnerado, precisamente por el fenómeno de la globalización”.

Assim, o processo aparece como a incorporação (mais ou menos forçada) de partes a um todo e se diferencia dos processos de cooperação como os iniciados a partir da Carta de San Francisco (de fundação das Nações Unidas), no fato que estes estão baseados na coordenação de políticas por parte dos estados nacionais, como sujeitos.

A integração, disse, comporta um processo transnacional ou supranacional novo, ao constituir entes "*ad hoc*" de distintas matizes, o que implica ceder a estes entes uns certos direitos.

Contudo, adverte WITKER, também se produzem processos concorrentes de políticas não acordadas "*tales como los que permiten la circulación del dinero electrónico, el dinero bursátil y la coordinación (o imposición) por los Organismos Financieros Internacionales de políticas fiscales y económicas tales como privatizaciones, desregulaciones, ajustes fiscales en la búsqueda de superávit presupuestario que permitan atender los servicios de la deuda externa, entre otros*".

Tais medidas tem um enorme impacto ao transferir-se aos ativos econômicos, ao alterar de *status* jurídico os empregados das empresas ou serviços privatizados

e o próprio *status* do cidadão frente à desregulação de setores antes regulamentados pelo Estado.¹⁰

Apesar da globalização constituir um fenômeno que ocorre em escala mundial, vem se realizando através da formação de blocos regionais ou subregionais de Estados, sobretudo como mecanismo de defesa contra os aspectos negativos desse processo de globalização, a exemplo da União Européia, do APEC, do NAFTA, do ASEAN e do MERCOSUL, dentre outros; não ocorre de modo uniforme.

O NAFTA (*North American Free Trade Agreement*), em vigor desde 1994, constitui um tratado trilateral, integrado pelos Estados Unidos, Canadá e México, e tem por objetivo derrubar barreiras comerciais entre esses países e criar uma *zona de livre comércio* entre os mesmos, dentro de quinze anos a contar de sua vigência. O NAFTA, segundo o conferencista citado, *não pretende criar uma integração política* entre os países que o compõem, *nem tampouco estabelecer uma política externa comum*.

Estabelecendo as distinções entre o NAFTA e a COMUNIDADE EUROPÉIA, afirma

Já a COMUNIDADE EUROPÉIA, que reúne, hoje, 360 milhões de pessoas apresenta um grau de integração muito mais sólido, mais profunda. Ela é de fato integrada por três comunidades: A Comunidade Européia do Carvão e do Aço

¹⁰ Jorge E. DOUGLAS PRICE. *Op. cit.*

(Paris, 1950), a Comunidade Econômica Européia (Roma, 1957) e a Comunidade Européia da Energia Atômica (Roma, 1957). A partir do Tratado de Maastrich, de 1992, as Comunidades Européias passaram a chamar-se oficialmente Comunidade Européia, significando que os países que o subscreveram caminham para uma integração política, muito mais do que uma simples integração econômica. Já constitui uma confederação a caminho de Estado Federal.

Para além da integração econômica, com a livre circulação de bens, serviços, capitais e pessoas, a integração européia estende-se, pouco a pouco, a cooperação nos planos da política externa, da segurança e da Justiça, caminhando-se, inclusive para a adoção de uma moeda comum.

União Européia é um quasi-estado, possuindo órgãos correspondentes como um Legislativo (Conselho Europeu e o Parlamento Europeu), um Executivo (Comissão Européia) e um Judiciário (Tribunal de Justiça), possuindo inclusive um Tribunal de Contas, regendo-se, no entanto, pelo princípio da subsidiariedade, segundo o qual ente maior, ou seja, a União, não deve fazer nada que os entes menores, quer dizer, os países membros, não possam realizar com maior eficácia e rapidez.¹¹

O MERCOSUL (Mercado Comum do Sul) nasceu através do Tratado de Assunção, em 16 de março de 1991, passando a operar efetivamente a partir de 1994. Possui personalidade jurídica internacional, e reúne, por enquanto, quatro países, a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai. Conforme esclarece o próprio nome, a criação de um *mercado comum*, portanto, uma integração qualitativamente superior a uma simples *união aduaneira* ou uma *zona de livre comércio*, porquanto pretende alcançar o livre fluxo de pessoas, bens, capitais e serviços - e quem sabe, até, no futuro, uma moeda comum - de maneira que

conforme expressamente estabelece o Tratado de Assunção, o *desenvolvimento econômico dos países* que o integram, *dentro dos marcos da justiça social*.

E, segundo o art. 1º do Tratado, pretende-se "*a coordenação das políticas macroeconômicas e setoriais*", de seus membros, e "*a adoção de uma política comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômicos regionais e internacionais*".

O modelo adotado pelo MERCOSUL aproxima-se mais da União Européia, enquanto concepção, *constituindo o aprofundamento dos laços que unem os países do MERCOSUL* objetivo expresso do Tratado de Assunção, representando, com certeza, *o desejo dos povos que os integram*.

Em artigo titulado ***A propósito da Carta de Ouro Preto***, Paulo F. C. SALLES DE TOLEDO,¹² esclarece que

Um grupo formado por profissionais do Direito e empresários, preocupados com os problemas concretos que iriam certamente surgir com a efetiva implantação do Mercado Comum do Cone Sul, fundou, há pouco mais de um ano, o Jurisul - Instituto Inter-Americano de Estudos Jurídicos sobre o Mercosul. As possíveis controvérsias, por exemplo, como seriam solucionadas? E as normas existentes, editadas em boa parte quando ainda sequer se cogitava da integração dos países sul-americanos, voltadas para a realidade nacional em que deveriam atuar, seriam suficientes para a disciplina da atividade econômica, agora praticada em âmbito geograficamente mais extenso?

¹¹ Cf. Conferência citada.

Afirma que, por evidente, essas e outras indagações do mesmo nível não poderiam ficar sem respostas. Contudo, não havia necessidade de partir de um marco zero, há a experiência do continente europeu; bastaria examiná-la, e ver se iria adaptar-se a nossa realidade. Daí, porque, o ponto de partida foi o Direito Comunitário europeu.

Na mesma cidade onde, em 1994, firmou-se o importante Protocolo de Ouro Preto, foi realizado um congresso internacional de Direito Comunitário, com o subtítulo, *essencial para se fixar o objetivo visado: “**Solução de Controvérsias no Mercosul**”*; realizado concomitantemente com o 5º Encontro das Cortes Supremas do Cone Sul.

*O Congresso de Ouro Preto foi estruturado em quatro painéis. Num primeiro, examinou-se “a experiência européia”, sendo, os debates, verdadeiras aulas, desenvolvidos por juizes da Corte de Justiça das Comunidades Européias, com sede em Luxemburgo. A seguir, foi exposto o tema “*Conflitos Internacionais: Atualidade e Perspectivas de Solução*”. Um terceiro painel versou sobre “A Disciplina da Concorrência e das Relações de Consumo”, encerrando-se o encontro com o estudo da “Unificação de Tarifas, Tributos e a Harmonização das Assimetrias”. Como se vê, a temática, para quem estende o olhar para além de seu quintal, era fascinante.*

*Findos os debates, reuniram-se os participantes para redigir um documento conclusivo, que sintetizasse e fixasse as posições firmadas no congresso. Sabiam todos que não estariam editando normas. Mas estavam conscientes de que representavam, naquele momento, o **state of the art**.*

¹² Juiz de Direito do 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo e professor da Faculdade de Direito da USP.

Convém lembrar as conclusões a que se chegou, inseridas na Carta sob a forma de recomendações. A primeira refere-se à “adequação das normas constitucionais dos Estados-membros, a fim de assegurar supremacia do Direito Comunitário”. A segunda reporta-se a “incorporação, ao Tratado de Assunção, de um preceito expresso consagrador da regra da supremacia do Direito Comunitário sobre os direitos nacionais”. A terceira preconiza “a aplicação direta e imediata das normas comunitárias pelos órgãos jurisdicionais e autoridades nacionais” ...E a última propõe “a criação e instalação de uma Corte de Justiça supranacional, para aplicação, interpretação e unificação jurisdicional do Direito Comunitário.

As recomendações fundam-se, precipuamente, na necessidade do reconhecimento de um conjunto de regras jurídicas de caráter supranacional, destinadas a disciplina das relações no contexto comunitário do Mercosul.

A partir desta ótica verificaremos a dissociação da realidade da evolução e das propostas do Direito Comunitário em relação ao que interpretam os Tribunais a respeito de Direitos Fundamentais do Homem. Ora, como afirma o notável Autor em seu artigo, *a existência de normas supranacionais, que, pela sua própria natureza, situam-se num plano mais elevado que as de direito interno (apenas nesse sentido é que pode falar em supremacia)*, como situar a Declaração Universal de Direitos do Homem (que não é tratado, mas resolução da Assembléia Geral da ONU) e o Pacto de São José da Costa Rica em um plano infraconstitucional, como é o entendimento reiterado da jurisprudência.

Se há, pois, a necessidade de adaptação das regras jurídicas, de direito interno, a essas conquistas derivadas de convivência supranacional; essas alterações

normativas, que devem ocorrer na esfera constitucional e infraconstitucional, com maior rigor deve atender aos comandos da Declaração Universal de Direitos Humanos e ao Pacto de São José da Costa Rica que tratam de direito fundamentais universais.

Concluindo, afirma que

*a criação e instalação de uma Corte de Justiça, competente para a aplicação, interpretação e unificação das normas jurídicas concernentes ao Mercosul, embora seja uma imposição decorrente da inevitável existência potencial de conflitos de interesses, que devem ser solucionados, talvez ainda demore algum tempo. Espera-se que não seja muito, pois o simples arbitramento, insuficiente porque sem raízes fundas na experiência dos povos do Mercosul, e porque não possibilita a uniformização e a segurança jurídica que somente a prática jurisprudencial pode propiciar, logo se revelará uma solução meramente provisória.*¹³

Nilmário MIRANDA¹⁴ afirma que

A Constituição de 1988, ao tratar dos direitos humanos, insere o Brasil no estágio do direito internacional.

No presente momento histórico, evidencia-se a necessidade de uma análise revisional do conceito de soberania, conferindo-lhe amplitude democrática mediante afirmativa presença da cidadania na vida nacional.

¹³ Tribuna do Direito

¹⁴ *Op. cit.*

No tocante à realidade brasileira, o aprimoramento democrático da vida nacional conduziria a uma integral concepção sobre a indivisibilidade dos direitos humanos, abarcando horizontalmente direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, incorporados indistintamente ao campo da atividade humana.

Para o próximo milênio, aguarda-se do Brasil uma posição de concordância dos instrumentos e tratados de proteção à pessoa humana, a revisão de cláusulas facultativas e a conjunção harmoniosa entre a Constituição Federal e as normas internacionais de direitos humanos. Somente assim, nossa integração ao mundo dar-se-á de forma satisfatoriamente global.

A partir da Magna Carta de 1988, os direitos e as garantias fundamentais se alargaram prodigamente aos direitos econômico-sociais, agora, especialmente aglutinados ao artigo 5º da Constituição da República; portanto, é de se indagar se passaram os direitos de natureza econômica e social a incorporar os distintos princípios intangíveis da Lei maior, não estando, portanto, sujeitos à iniciativa supressiva, tendo em conta a redação do arts. 6º e 14º - Direitos Individuais.

O Brasil, reafirmando formalmente, perante a comunidade internacional, sua compreensão sobre a indivisibilidade dos direitos humanos, incorporou à ordem jurídica interna, como signatário, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ambos adotados pela Resolução 2.200 - A (XXI) da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 16 de Dezembro de 1966, e ratificados somente em 24 de janeiro de 1992).

Recém egresso do Estado Novo e maculado por suas implicações arbitrárias, o governo brasileiro havia referendado o texto da Carta das Nações Unidas (1945), além de participar ativamente da elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Em seguida, convalidou a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1968) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1990), todas pertinentes ao sistema normativo global.

Na esfera regional interamericana, o Estado brasileiro ratificou a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura (adotada pela Assembléia-Geral da Organização dos Estados Americanos) em 1989, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) em 1992 e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Adotada pela Assembléia-Geral de Estados Americanos) em 1995.

Contudo, muitas vezes, a não ratificação integral dos diplomas internacionais de direitos humanos acaba por comprometer o mérito da iniciativa. Com referência específica ao teor expositivo da declaração interpretativa, feito pelo governo brasileiro, quando da ratificação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, comprometeu-se rigorosamente o êxito das atribuições e do exercício de competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, cuja atribuição consiste na observância da defesa dos direitos humanos nos países signatários.

Segundo Nilmário MIRANDA, ao obstaculizar o livre trânsito da Comissão em território brasileiro para a pertinente investigação de denúncias oferecidas,

terminou-se por reduzir o efeito coercivo às violações a direitos humanos perpetradas em solo brasileiro e, por conseguinte, restringir objetivamente a força impactante da adesão à Convenção Interamericana.

Nesse final de século, desenha-se no contexto mundial a imperiosa necessidade de a cidadania dispor de instrumentos normativos que assegurem a inviolabilidade dos povos. Essa tendência, iniciada pela separação do indistinto poder soberano, premente nas antigas relações entre governantes e governados, tem como marco histórico e inaugural a célebre instituição do Tribunal de Nuremberg, responsável pelo julgamento dos crimes cometidos contra a humanidade patrocinados pelo delírio nazista¹⁴.

O próximo século que se avizinha apresentará aos países em desenvolvimento novos desafios, sem os quais suas inserções na ordem mundial não se viabilizarão. Embora a proposital referência ao processo em curso de globalização aponte para uma visão economicista, com finalidade de explorações financeiras e mercantis, torna-se cada vez mais inevitável contemplar o novo cenário planetário sem perceber a inevitável inclusão de reivindicações humanitárias, que venham a aproximar os povos de todos os continentes em direitos e dignidade.

Nesse quadro multiplica-se consideravelmente a importância dimensional dos tratados gerais de proteção internacional dos direitos humanos no plano das relações exteriores.

Do Brasil, objetivamente, aguarda-se posição de concordância dos instrumentos e tratados de proteção á pessoa humana, a revisão de cláusulas facultativas e a conjugação harmoniosa entre a Constituição Federal e as normas internacionais de direitos humanos. Somente, assim, nossa integração ao mundo dar-se-á de forma satisfatoriamente global.

3.2 A opinião dos Europeus acerca dos Direitos do Homem, da Democracia e das Liberdades Fundamentais

Segundo a Comissão Européia, Direção-Geral, Task Force Ações "Prioritárias de Informação" (Rue de la Loi 57 - Gabinete 6/47, B-1040 Bruxelles), esta pesquisa baseia-se numa seleção de resultados da maior sondagem deste tipo jamais realizada na Europa. Esta sondagem foi realizada de 28 de Janeiro a 12 de Março de 1996 em todas as regiões da União. No total, 65.000 pessoas foram entrevistadas em todo o território dos 15 Estados-membros, tanto em meio urbano como em meio rural. Foi-lhes pedido que se pronunciassem sobre várias questões relativas à construção europeia, exprimindo desta forma as suas expectativas mas também os seus receios e preocupações. A margem de erro da sondagem é de +/- 1,5. O trabalho de campo foi realizado pelo INRA (Europe) para a Comissão Européia.

Os resultados agora apresentados dão conta da exigência democrática dos cidadãos europeus que, por um lado, incitam a União Européia a tornar-se mais democrática, mais próxima ou a prosseguir a defesa dos direitos do homem e, por

outro, formulam as suas dúvidas ou inquietações quanto à evolução das instituições europeias ou à perda de poder dos pequenos Estados-membros.

3.2.1 As prioridades de ação da União Europeia.

No que diz respeito ao exercício da democracia a nível europeu e à defesa dos direitos do homem, o cidadão europeu estabelece claramente as suas prioridades. As questões suscitadas, quer sejam "dar mais oportunidades aos pequenos Estados-Membros", "desenvolver um direito europeu aplicável em todos os Estados-membros", "aproximar-se do cidadão" ou "encorajar a defesa dos direitos do homem", recolhem a aprovação unânime. Em média, pelo menos seis em cada dez cidadãos consideram-nas prioridades de ação da União Europeia.

Dar mais oportunidades aos pequenos Estados-membros da União. O cidadão considera prioritário defender as oportunidades dos pequenos Estados-membros a nível da União Europeia: mais de 59% dos cidadãos europeus pronunciam-se neste sentido, enquanto 30% têm opinião contrária. Um país apenas se distingue por ter uma opinião pública contrária a esta corrente: na Alemanha, uma reduzida maioria (44,1% contra 41,8%) considera esta questão prioritária. A Áustria (59,5% contra 25,6%) e a França (61% contra 30,1%) partilham, por seu lado, a média europeia.

Em todos os outros países, os europeus pronunciam-se claramente em favor desta prioridade. Nove países (Dinamarca, Espanha, Finlândia, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Portugal e Suécia) conferem a esta prioridade uma grande

maioria de opiniões positivas (de 68% na Dinamarca a 84,5% na Grécia). A opinião é um pouco mais reservada na Bélgica (52,7% de opiniões positivas contra 35,6% de opiniões negativas), nos Países Baixos (50,4% contra 44,4%) e no Reino Unido (54,1% contra 32,9%).

Desenvolver um direito europeu aplicável em todos os Estados-membros. Em média, seis em cada dez cidadãos elegem esta prioridade, contra metade que pensa o contrário (60,6% contra 27,6%). Esta média é fielmente reproduzida na Alemanha e na Bélgica. Para uma grande maioria de opiniões nos outros Estados-membros, desenvolver um direito europeu aplicável em todos os Estados-membros é amplamente prioritário: a Itália (71,1%), a Grécia (69,8%), a França (68,5%), o Luxemburgo (67,8%) e os Países Baixos (66,5%) são os seus defensores mais convictos.

A Finlândia (56,7%), Portugal (54,2%), a Áustria (53,5%), o Reino Unido (48,1%) e a Suécia (47,3%) são os partidários mais reservados desta prioridade. No Reino Unido e na Suécia, a diferença entre as opiniões que consideram este aspecto prioritário e as opiniões contrárias é muito reduzida. Isolados entre os seus concidadãos" europeus, 65,2% de dinamarqueses opõem-se a esta prioridade.

3.2.2 Aproximar-se do cidadão.

O reforço do sentimento democrático na Europa estará estreitamente associado aos esforços desenvolvidos para tornar a Europa mais próxima dos seus

cidadãos. Cerca de sete em cada dez pessoas interrogadas conferem a esta aproximação uma prioridade que, aliás, nunca é efetivamente contestada.

Com efeito, em todos os países da União Europeia a maioria absoluta dos cidadãos exprime-se neste sentido. Apenas a Finlândia (54,5%), o Reino Unido (57,4%) e a Alemanha (60,5%) adotam uma atitude menos definitiva: as opiniões favoráveis a esta prioridade obtêm nestes países uma maioria mais fraca. A Áustria e a Irlanda situam-se também abaixo da média europeia (67,4%).

A Suécia (68,1%), a Itália (68,4%) e a Bélgica (69,8%) alinham-se pela média europeia. A Dinamarca, os Países Baixos, Portugal, a Espanha, o Luxemburgo, a França e a Grécia conferem a esta prioridade as suas mais fortes maiorias: de 70,5% de dinamarqueses até 83,8% de gregos incitam a que se proceda à referida aproximação democrática.

3.2.3 Encorajar a defesa dos direitos do homem.

Esta questão recolhe uma opinião favorável quase unânime dos europeus, considerando cerca de 81%, em média, que a mesma é uma prioridade essencial. Os Países Baixos (88,4%), a Suécia (87,6%), a Dinamarca (87,5%) e a Finlândia (86%), acompanhados da França (85,6%) e da Grécia (85%), são os mais favoráveis a este domínio de ação europeia. Estes são igualmente os mais mobilizados, com uma percentagem de "não sabe" entre 1,4% e 4,5%.

O Reino Unido (74%), Portugal (73,5%) e a Bélgica (73%) são simultaneamente os países menos favoráveis a esta questão e os menos mobilizados, com uma percentagem de "não sabe" entre 7% e 9,6%. Os demais países têm respostas que se situam na média europeia (Espanha, Irlanda, Itália, Luxemburgo e Áustria).

3.2.4 Os meios de ação da União Europeia.

Numerosas questões tratam temas relativos ao reforço da construção europeia, designadamente a cidadania europeia, o alargamento dos domínios de ação da União Europeia ou a evolução das instituições e, principalmente, o papel e o poder de um eventual órgão executivo europeu.

A construção europeia necessita de uma cidadania europeia?

Sim - Não - Não sabe

Em direção a uma cidadania europeia?

Embora mais de 70% de europeus interrogados considerem prioritário que a União Europeia se aproxime do cidadão europeu, esta prioridade, porém, não deve necessariamente materializar-se na criação de uma cidadania europeia, que acresceria à cidadania nacional. Em média, só 49% dos cidadãos interrogados são favoráveis a esta dupla nacionalidade, contra 37% que se lhe opõe. A Bélgica e o Reino Unido são os únicos países a conformar-se com a referida média.

A União Européia surge dividida em torno de um eixo norte-oeste/sul-este. Os países favoráveis a uma cidadania europeia são os países latinos" da União Européia, incluindo a França e a Irlanda; a Irlanda é o país mais favorável a esta proposta: 63% dos cidadãos dão-lhe a sua aprovação.

Os Estados do norte e do centro este da União Européia são os mais contrários à criação de uma cidadania europeia: a Dinamarca ocupa o primeiro lugar (70% dos cidadãos dinamarqueses recusam tal proposta), acompanhada da Áustria, da Suécia e da Alemanha.

Por último, quatro outros países que pertencem à mesma zona geográfica opõem-se menos categoricamente à criação de uma cidadania europeia. No Luxemburgo, os partidários e os adversários da proposta situam-se ao mesmo nível (40%), enquanto na Finlândia e nos Países Baixos as opiniões favoráveis apenas atingem a maioria por escassa diferença.

É de sublinhar que os países cuja opinião é a mais mobilizada para esta questão são os adversários mais convencidos da instauração de uma dupla cidadania.

Responsabilidades mais alargadas para a União Européia.

Para mais de 60% dos cidadãos europeus (contra 20%), a União Européia deve assumir o papel dos governos nacionais, regionais ou locais em todos os domínios em que estes atinjam os limites da sua eficácia. Os cidadãos europeus são globalmente unânimes sobre esta proposta. A escassa diferença entre a

média europeia (64%) e os cidadãos mais partidários de tal evolução (71% na Irlanda) testemunha o comportamento bastante homogêneo dos cidadãos europeus relativamente à questão.

Os países menos favoráveis à referida transferência de competências são a Suécia (50%), Portugal (52,8%), a Áustria (54,6%), a Bélgica (55,4%) e o Luxemburgo (56,8%).

3.2.5 Criação de um Governo europeu responsável perante o Parlamento

Uma evolução neste sentido das instituições europeias tem a adesão de 58% dos cidadãos europeus, contra cerca de 20% que se lhe opõem e 22% de cidadãos indecisos que não têm qualquer resposta para a questão.

Os cidadãos de Portugal, da Suécia, do Reino Unido e da Áustria são, por um lado, os menos convencidos da oportunidade de iniciar tal reforma e, por outro, os menos mobilizados para esta questão.

Os países mais favoráveis à referida evolução são os Países Baixos (75,8%), a Itália (70%), a Grécia (66,6%), a França (63,8%) e a Espanha (63,7%). Finalmente, a Bélgica (59,7%), o Luxemburgo (57,5%) e a Alemanha (57%) situam-se na média europeia.

3.2.6 Eleger um governo europeu.

Globalmente favoráveis à formação de um executivo europeu, os cidadãos europeus são, contudo, mais reservados quanto à sua eventual designação por via das urnas: 54% deles (contra 31%) consideram necessário proceder a tal eleição. A Alemanha (54,5%) alinha-se por esta média, enquanto os demais Estados-membros se dividem em três grupos.

Os partidários de uma eleição são mais em França (58%), na Bélgica (58,1%), na Irlanda (60,2%), na Grécia (63,4%) e em Itália (70%).

Nos Países Baixos, no Reino Unido, na Finlândia, no Luxemburgo e em Portugal, os partidários de uma eleição continuam a ser majoritários, embora nunca atinjam os 50%, devendo eventualmente partilhar a sua posição com uma percentagem de opositores praticamente idêntica. Trata-se nomeadamente do caso de Portugal (41% contra 38%).

Por último, opõem-se à eleição de um executivo europeu os cidadãos da Áustria, embora essa maioria seja aí relativamente fraca (45% contra 37%), ou da Suécia e da Dinamarca, onde a opinião pública é manifestamente contra: 70% dos cidadãos suecos e 82% dos dinamarqueses estão nesta situação.

3.2.7 As preocupações dos europeus.

O cidadão europeu manifesta as suas inquietações relativamente a determinados riscos que podem dar origem ao sentimento de um défice democrático no funcionamento quotidiano da União Européia.

A perda de poder dos pequenos Estados-membros da União Européia.

Cada Estado da União Européia goza da possibilidade de contribuir com a sua própria dinâmica para a construção européia. Todavia, pode recear-se que este poder não seja exercido de forma equilibrada, designadamente que os pequenos.

Estados-membros tenham uma menor capacidade de influência sobre a política da União Européia. Um cidadão europeu em cada dois considera essa evolução como provável mas, numa proporção quase equivalente, não a receia. Contudo, as maiorias que assim se desenham são bastante fracas e, relativamente aos dois aspectos da questão, a média europeia só imperfeitamente reflecte o perfil dos diferentes Estados-Membros.

Embora os cidadãos europeus manifestem, em média, maior serenidade (45%) do que inquietação (41%), verifica-se que em 13 Estados-membros a relação de forças entre cidadãos serenos" e inquietos" se inverte em favor destes últimos. Apenas os alemães e, em menor grau, os austríacos, têm uma opinião completamente diferente dos cidadãos dos demais Estados-membros: as opiniões positivas são majoritárias em relação às opiniões negativas, com bastante evidência no caso da Alemanha (67,5% contra 19,2%).

Em Espanha, em Itália, no Luxemburgo, no Reino Unido, na Bélgica e em França, a diferença entre as duas correntes de opinião é bastante reduzida, já que as opiniões negativas não ultrapassam nunca os 50%.

Em contrapartida, a Dinamarca, a Finlândia, a Grécia, a Irlanda, os Países Baixos, Portugal e a Suécia, apresentam opiniões bastante mais divididas: os seus cidadãos receiam a perda de poder dos países membros mais pequenos. Com exclusão dos Países Baixos, convém sublinhar que estes países são os que se encontram geograficamente mais afastados do centro de decisões europeu. Há que notar igualmente que neste grupo se encontram os cinco Estados cuja opinião pública é mais mobilizada para este tema: a Dinamarca, a Finlândia, a Grécia, os Países Baixos e a Suécia. Além disso, estes cinco Estados são, com o Reino Unido, os países mais convencidos da probabilidade dessa perda de poder.

Receia a influência dos grandes Estados-membros?

Sim - Não - Não sabe

3.2.8 A influência dos grandes Estados-membros.

A opinião pública europeia receia a influência que poderão exercer os grandes países a nível da evolução da política europeia em função dos seus próprios interesses. Este receio é partilhado por cerca de 56% dos cidadãos europeus contra 32%. Sem resposta para esta questão manifestaram-se 12% dos inquiridos.

Este receio é o reflexo de um sentimento partilhado no conjunto da União Europeia, com excepção da Alemanha. A Áustria e a Bélgica são os países mais próximos da opinião média. Os países onde os cidadãos estão mais inquietos são, por ordem crescente, a Irlanda (59,8%), a França (64,5%), a Finlândia (65,2%), o

Reino Unido (67,1%), a Dinamarca (70,5%), os Países Baixos (73,9%), a Grécia (74,6%) e a Suécia (77,1%).

Em quatro outros países: a Espanha (49,7%), o Luxemburgo (49,5%), a Itália (50,4%) e Portugal (52,3%), o nível de preocupação, embora ainda dominante, é contudo inferior à média europeia.

A Alemanha, por último, encontra-se uma vez mais em situação oposta à dos seus parceiros: o receio partilhado em média por 56% dos cidadãos europeus apenas se manifesta em 39,4% dos cidadãos alemães, contra 48,7% que têm opinião contrária.

Os quatro países que, entre os Quinze, receiam uma maior influência dos grandes Estados-membros em relação à política europeia são igualmente, com a Finlândia e o Reino Unido, aqueles que consideram mais provável este fenómeno (mais de 70%).

Em média, uma grande maioria (61,6% contra 21,3%) de cidadãos europeus partilha esta opinião. Inclusivamente os cidadãos alemães (50,7%) estão também convencidos desta eventualidade.

3.2.9 O excesso de centralismo.

As instituições europeias realizam um importante trabalho normativo em domínios muito variados. Este exercício fundamental das suas competências pode transmitir o sentimento de uma centralização excessiva do poder político europeu,

especialmente devido ao fato de determinados Estados-membros se esforçarem simultaneamente por descentralizar as respectivas instituições e administrações.

A opinião europeia está dividida entre a serenidade (42%) e a preocupação (40%) quanto a este possível excesso de centralismo, fazendo paralelamente prova de uma considerável indecisão. Cerca de um em cada cinco cidadãos não se pronuncia sobre esta questão. Tal hesitação manifesta-se mais claramente em três países (Espanha, Luxemburgo e Bélgica), onde cerca de três em cada dez cidadãos não respondem à questão.

Três países estão globalmente serenos: em primeiro lugar a Alemanha e a Áustria, onde entre 50,2% (na Áustria) e 57,4% (na Alemanha) dos cidadãos não manifestam qualquer receio. Em Itália, 47% dos cidadãos manifestam igualmente serenidade mas, neste país, convém ter em conta uma forte corrente de opinião que não tem qualquer resposta para a questão (26%).

Em oito países, os cidadãos manifestam maior preocupação do que a média europeia. Na Grécia, na Irlanda e em França, 47% a 50% dos cidadãos estão nesta situação. Nos Países Baixos, na Dinamarca, na Finlândia, na Suécia e no Reino Unido, 58% a 66% dos cidadãos constituem uma larga maioria que se considera preocupada com a questão.

Globalmente, as mesmas tendências situam os Quinze em relação à média quando se interroga os cidadãos sobre a probabilidade desse reforço.

3.3 O MERCOSUL e a Solução de Controvérsias

3.3.1 Tribunal supranacional ou Tribunal arbitral?

É consenso que a modernização do Direito e da administração da Justiça revestem de uma importância crítica dentro do contexto global nos processos de reforma e modernização decorrentes do **MERCOSUL**.

Reforma e modernização que exigem um ajuste do sistema jurídico, o qual não pode (Direito do Consumidor em especial) quedar-se exilado da internacionalização das relações comerciais de toda ordem.¹

A primeira observação, sempre aventada, é que as normas constitucionais dos Estados-membros do **MERCOSUL** deverão ser adaptadas *futuramente*; o que significa que o *Direito Comunitário* terminará aplicável em cada um dos Países participantes, ainda que seu conteúdo seja diverso do direito local.

¹ "El Mercosur es una organización intergubernamental, que no posee carácter supranacional con mucha falencias en la solución de controversias. No existe en el Mercosur una fuente normativa directa, aplicable inmediatamente en el interior de cada país parte. Tampoco existe un tribunal específico cuyas decisiones puedan ser cumplidas coercitivamente o que el efecto de sus resoluciones tenga cosa juzgada propia de la jurisdicción. Sólo los laudos arbitrales del Protocolo de Brasilia tienen esse efecto, y no existe un código de Procedimiento que articule las instancias y derechos de los litigantes. Esta situación sostiene la explicación que el estado evolutivo del Mercosur está en desarrollo y apuesta al consenso de los estados miembros y a la intergubernamentalidad de los asociados, teniendo el resultado de la no creación, todavía, de instancias supranacionales. Este apartado resumen sirve para resaltar la enorme cantidad de trabajo faltante, por lo que resalta el rol de la cooperación y exige trabajo en las condiciones actuales, tendiente al objetivo de fortalecer la integración económica mediante el apoyo jurídico." Rodolfo Duarte PEDRO. *Cooperación Judicial en el Ámbito del Mercosur*. XVI Jornadas Ibero-Americana - Derecho Procesal - Brasilia - Distrito Federal.

O estudo de quais as instituições fundamentais para o **MERCOSUL** tem suscitado o debate sobre as soluções jurídicas e judiciárias para enfrentamento das questões que surgem do relacionamento comunitário.²

"...abre o seu código, e se vires a sua liberdade civil garantida, a segurança e a liberdade dos cidadãos a coberto da prepotência e dos insultos, concluí francamente que esse povo é culto e polido."

Mário Pagano

O período de transição em desenvolvimento concretizou uma fase de progressos no campo da liberalização comercial com aumentos contínuos de ritmos e intensidade dos fluxos de intercâmbio recíproco (a respeito já consignamos estatística),³ contudo, o **mercado comum** permanece como meta a ser alcançada.

² "A constituição e afirmação progressiva de tribunais supranacionais constitui um dos fenômenos mais importantes da comunidade internacional nas últimas décadas, similar em seus efeitos à emergência do próprio direito internacional nos albores da era moderna. O ordenamento jurídico que então se procurava dar às relações entre as comunidades políticas visava a substituir o recurso quase que exclusivo, ou primacial, à guerra pela utilização de umas poucas regras, consensualmente acordadas, para dirimir conflitos e encaminhar pendências. Os meios tipicamente político-diplomáticos de solucionar controvérsias foram sendo aperfeiçoados desde o século XVI até os nossos dias: entendimentos diretos (negociação), bons ofícios, mediação, consulta e conciliação, até mesmo, muitas vezes, por iniciativa coletiva de diversos Estados. Similarmente, os métodos jurídicos, ou seja, a arbitragem e a solução judicial começaram a afirmar-se gradativamente desde fins do século passado, encontrando notável impulso institucional a partir das duas conferências de paz de Haia, do próprio Tratado de Versalhes e da constituição da Liga das Nações. Assim, a lenta elaboração, desde essa época, de sistemas jurisdicionais não limitados pelo princípio da soberania absoluta dos Estados nacionais, em especial a Corte Internacional de Haia e o Tribunal de Justiça da União Européia representam, até aqui, os esforços mais bem sucedidos de solucionar controvérsias entre Estados e de reforçar o primado da razão onde antes se manifestava o predomínio da força. O reforço contínuo desse tipo de instituição continuará previsivelmente a marcar as tendências de desenvolvimento do direito internacional público pelas próximas décadas." Paulo Roberto de ALMEIDA. *Ob. cit.*, pp. 22-23.

³ Estatísticas dos quatro países, recolhidas nas fontes oficiais, são oferecidas por Aldo Leão FERREIRA - *Mercosul Comentários sobre o Tratado de Assunção e o Protocolo de Brasília*. Porto Alegre : Livraria do

Nesse contexto emerge a importância de conceitos como uniformização, unificação e coordenação. Suzana Czar e ZALDUENO assim conceitua:

Harmonizar implica efetuar certas trocas nos ordenamentos nacionais para criar semelhança entre eles com o objetivo de obter os resultados perseguidos. Por seu lado, a unificação significa normas idênticas nos ordenamentos envolvidos, e a coordenação supõe ordenar normas distintas de dois ou mais sistemas jurídicos - que podem continuar sendo diferentes - para se chegar a um equilíbrio entre eles.⁴

Dentro desse quadro a opção pela harmonização está inserta no Tratado de Assunção, em seu art. 1º:

(...) O compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração."

Parece-nos que a opção permanente do Brasil é por uma **estrutura inter-governamental** e não supranacional ou comunitária. A leitura que realiza oficialmente do Protocolo de Ouro Preto é que este propõe chegar a um mercado comum não através dos mecanismos comunitários ou supranacionais - a exemplo dos instrumentos diplomáticos do tipo do CECA ou do Tratado de Roma-1957 -

Advogado, 1994. Dados estatísticos podem ser obtidos, sempre atualizados, no *Boletim de Integração Latino-Americano*, disponível na Internet.

⁴ *Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas, In: Revista de Direito Industrial* n.º 38, Depalma, p. 329. Para se obter apenas a harmonização (e, por evidente, não a unificação) são necessários três requisitos: *abrandamento da soberania, compatibilização das normas imperativas e de ordem pública de cada um dos Estados-membros que integram o MERCOSUL e revisão de suas respectivas leis internas... - há empecilhos a serem ultrapassados.* Cássio Mesquita BARROS. *Ob. cit.*, p. 12.

mas por meio de um "*modelo BENELUX*",⁵ ou seja, uma estrutura mais claramente intergovernamental.⁶

A discussão a respeito do modelo a ser definitivamente adotado está presente entre os juristas, cientistas políticos e observadores acadêmicos. As propostas tem os mais variados conteúdos, algumas delas sem trazer em seu bojo os fundamentos pelos quais chegaram a tal conclusão; desde a afirmação do caráter prematuro de qualquer "*salto supranacional*"; recomendam começar pela uniformização jurídica do espaço integracionista (e adiante trataremos especificamente da uniformização em relação ao Direito do Consumidor).

Apontam a necessidade de jurisprudência comunitária, ou pelo menos, em matéria de liberalização de mercados e de direito de concorrência, ou no campo da solução de controvérsias (*justificam um Tribunal supranacional para assegurar o espírito associativo entre os países-membros do MERCOSUL e o respeito a decisões comuns, mesmo na ausência de Direto Comunitário*) - ao menos uma corte arbitral de caráter permanente; por evidente outros já sustentam um MERCOSUL "*supranacional*".

⁵ A Convenção BENELUX instituiu, entre 1944 e 1947, uma "união aduaneira" entre a Bélgica, o Luxemburgo e os Países-Baixos. Criou um território econômico comum no qual nada deve se opor à livre circulação de bens, serviços, capitais e pessoas, eliminou qualquer discriminação entre produtos e produtores nacionais respectivos, instaurou uma política econômica, financeira, fiscal e social coordenada, uma tarifa externa comum, um política comercial e cambial comum em relação a terceiros países e promoveu o bem-estar econômico e social de seus povos. No plano institucional a implementação do BENELUX estava a cargo de conferências ministeriais entre os três países, assim como de órgãos mistos econômicos e técnicos, com função puramente consultiva. Havia uma Comissão Inter-Parlamentar de caráter consultivo, mas não um Parlamento dotado de poderes específicos no quadro de uma comunidade de Estados.

É fundamental que os Estados que se propõem a conviver em espaços jurídicos comunitários definam-se claramente com relação à questão da força vinculante dos tratados vis-à-vis ao ordenamento jurídico interno,⁷ com a criação de uma convicção político-jurídica sem a qual nenhum processo de integração pode edificar-se. Não é de se esperar, a propósito, que investidores e demais operadores econômicos se interessem por um mercado onde não se saiba, com razoável segurança jurídica, quais sejam as leis aplicáveis e quais suas efetividades em relação a hipotéticos conflitos de interesses.⁸

"As contradições entre o sistema econômico em laboração real e as Declarações de direitos tem sido freqüentes na História, impedindo a realização prática e, simultaneamente, a protecção jurídica destes."

Elias Diaz

A necessidade (ou não) de uma corte de Justiça supranacional, a exemplo do que acontece em outros blocos econômicos, como a **UE**, é o principal ponto de discussão entre os envolvidos.⁹

⁶ "O Mecosul, ao revés, poder-se-ia dizer mais próximo ao perfil do Benelux: suas origens vinculam-se a motivações sobretudo econômicas, impostas pelo mercado internacional e pela discriminação decorrente do protecionismo norte-americano, asiático e europeu." Gustavo TEPEDINO. *Ob. cit.*, p. 253.

⁷ "Na ausência de um tal mecanismo, tem-se a constatação de uma lacuna de ordem jurídica, na acepção do direito comunitário, o que parece bastante evidente a qualquer observador um pouco mais informado. As normas do MERCOSUL só se tornam efetivas se e quando todos os Estados Partes tiverem adotado os procedimentos executivos e administrativos pertinentes em seu próprio ordenamento legal e constitucional e uma vez que a Secretaria Administrativa de Montevideu tenha feito comunicação apropriada sobre esse fato ao conjunto de países membros." Paulo Roberto de Almeida. *Ob. cit.*, p. 27.

⁸ Solução de controvérsias e efetividade jurídica: as perspectivas do Mercosul, in **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, n.º 130, abril/junho, 1996.

⁹ "Uma especialíssima atenção se precisa dar à solução dos conflitos que inevitavelmente já estão surgindo e hão de surgir entre esses Estados e entre os agentes econômicos em atuação no âmbito do espaço geográfico integrando, ou entre uns e outros." Adroaldo Furtado FABRÍCIO. *A Prejudicialidade de Direito Comunitário nos Tribunais Supranacionais*. In: **Revista da AJURIS**, não consta edição, p. 16.

A FAVOR¹⁰

Defendem a **criação imediata** dessa corte os Governos argentino¹¹ e paraguaio, sob a alegação de que **a falta de mecanismos confiáveis de solução de conflitos inibe os investimentos estrangeiros** no Mercosul. O des. Werter FARIA (RS), diretor-presidente da Associação Brasileira de Estudos da Integração, defensor "*desde a primeira hora*", diz que uma organização internacional deve estar sujeita ao controle da legalidade de todos os seus atos normativos: "**Os atos obrigatórios (leis) também precisam ser interpretados de modo uniforme, tarefa que compete a um órgão permanente e não a órgãos intergovernamentais ou tribunais arbitrais 'ad hoc'.**"

Segundo o trabalho citado, ele concorda que as negociações diretas dão bons resultados na solução de controvérsias entre países, decorrentes da aplicação de um tratado, mas teme que, em caso de insucesso, a situação acabe comprometendo não só as relações entre eles, como a própria integração.

"Na vida, acima do interesse material, do espírito de ganância, deve estar sempre o sentimento de solidariedade humana, de fraternidade, da defesa do direito e de justiça; e (...) há mais honra em se ser prejudicado por abraçar uma causa justa do que em ser adulado ou beneficiado por se transigir com o arbítrio, a violência a corrupção ou a vaidade."

J. Magalhães Godilho

"A experiência ensina-nos que os direitos proclamados pela consituição podem violar-se na prática."

Etiene Fajon

¹⁰ A base da pesquisa em relação aos brasileiros foi encontrada em sumário na Internet.

¹¹ Vale lembrar que a Argentina já procedeu a algumas alterações constitucionais a fim de adequar sua legislação aos objetivos do MERCOSUL.

Maria Teresa de Cárcomo LOBO - Juíza Federal RJ - lembra que o Tratado de Assunção, que deu início, em 1991, ao **MERCOSUL**, e o Protocolo de Ouro Preto, que o complementa, objetivam, além de uma união aduaneira, a formação de um efetivo mercado comum, com a promoção do progresso econômico e social no âmbito da democracia e no respeito aos direitos do homem.¹²

E para concluir, afirma: "***E nesse contexto que se tem de entender a criação da instituição jurisdicional. Se queremos os fins, havemos de querer os meios.***"¹³

Segundo Luiz Olavo BAPTISTA,¹⁴ ***na transição natural entre um sistema "ad hoc" e uma Corte de Justiça, a criação de uma Corte Arbitral Permanente é a opção mais adequada e lógica a ser adotada, em razão da economia e da inexistência de burocracia.***

¹² "A implantação de uma nova sociedade no quadro de um processo de integração econômica, que assenta na liberdade de circulação de pessoas, bens, serviços e capitais e na coordenação de políticas macroeconômicas dos parceiros estatais, requer um direito original que trasponha as fronteiras dos Estados e se inscreva nos ordenamentos jurídicos nacionais na plenitude da sua dicção normativa." *A ordem jurídica comunitária. O Juiz nacional e o sistema de reenvio. In: In Verbis*, n.º 8, p. 12.

¹³ "Para muitos representantes oficiais dos Estados Partes, a demanda recorrente de acadêmicos e juristas por algum espécie de institucionalidade supranacional no MERCOSUL soa como um apelo em causa própria, como exemplos de um irrefreável romantismo jurídico, de exagerado idealismo político ou, pior, de algum desvio ideológico de tipo acadêmico. Os acadêmicos, em contrapartida, acusam os "mercocratas" e os funcionários governamentais envolvidos na manipulação diária do coquetel integracionista de miopia jurídica e de insensibilidade política, "demonstrando" que sem um mínimo de normatividade jurídica será impossível construir o mercado comum do MERCOSUL com uma certa eficácia econômica e segurança jurídica. Como assegurar, por exemplo, que as decisões dos órgãos do MERCOSUL possam ser integradas automaticamente no ordenamento interno de cada um dos Estados sem dispor de um mecanismo autônomo de controle? Paulo Roberto de ALMEIDA. *Ob. cit.*, p. 27.

¹⁴ *A solução de divergências no Mercosul*, p. 111.

Entretanto, segundo Paulo Borba CASELLA¹⁵

*...a formação de um corpo de juízes eclético e permanente, conjugada a elaboração de uma jurisprudência de alta qualidade técnica, que configure a unidade de interpretação das normas dos tratados e protocolos do Mercosul e promova a integração de suas lacunas, desenvolvendo, paulatinamente, novos conceitos jurídicos, indicam o caminho para a construção de um verdadeiro Direito Comunitário e de um verdadeiro Tribunal Supranacional.*¹⁶

Diego DUPRAT¹⁷ afirma que

Al afianzarse el proceso de integración del Mercosur, deviene necesaria la implementación de un tribunal de justicia de carácter supranacional, permanente e independiente de los gobiernos de los Estados miembros, con competencia prejudicial para pronunciarse.

Esto redundará en el fortalecimiento y desarrollo del Mercosur y, especialmente, en la evolución e integración del derecho comunitario, garantizando una uniforme interpretación del mismo.

La creación de un tribunal de justicia supranacional vendrá, de esta manera, a mejorar sensiblemente el sistema de solución de controversias actual (Protocolos de Brasilia y de Ouro Preto), permitiendo el acceso al

¹⁵ *Mercosul: exigências e perspectivas: integração e consolidação do espaço econômico* (1995-2001-2006). São Paulo : LTr, 1996, p. 168.

¹⁶ Marianna Izabel Medeiros KLAES. *Mercosul e Tribunal Supranacional: um dos pressupostos essenciais à efetiva integração*. In: *Mercosul no Cenário Internaiconal: Direito e Sociedade*. Curitiba : Juruá, 1998, p. 368.

¹⁷ Professor da Universidad Nacional del Sur, Bahia Blanca, Argentina. Entende prioritário aos efeitos de lograr o exito da integração. Adriana DREYZIN DE KLOR. *La viabilidad de MERCOSUR*. In: *Revista Derecho Privado y Comunitario*, nº 6. No mesmo sentido: Christian Guillermo Sommer. *La necesidad de un Tribunal de Justicia en el Mercosur*. In: *MERCOSUL no Cenário Internaiconal: Direitoe Sociedade*. Curitiba : Juruá, 1998.

*máximo órgano jurisdiccional del Mercosur un más amplio espectro de personas.*¹⁸

Ana Maria Capolupo de DURAÑONA Y VEDIA¹⁹ sustenta que, ao menos, nesta fase transitória, o Tribunal Arbitral deve ser permanente e suas decisões obrigatórias, com formas de execução de julgados que permitam seu efetivo cumprimento.²⁰

Haroldo VALADÃO, já no ano de 1996, durante sua intervenção na reunião de juristas dos Estados-membros da ALALC defendeu a formação de um órgão supranacional seguindo o exemplo do Tribunal de Justiça da União Européia, no seguintes termos:

Se impone para el novísimo derecho económico y social internacional, novísimas y avanzadas soluciones, en el campo jurisdiccional, y muchas de ellas se encuentran satisfactoriamente en los textos del Tratado y en acta especial de la Comunidad Europea sobre su Tribunal de Justicia. Adoptémoslas sin temor. El miedo genera miedo, y es el enemigo número uno

¹⁸ *La creación de un Tribunal de Justicia Supranacional como medio de fomento, desarrollo y consolidación del Mercosur. In: MERCOSUL no Cenário Internaconal: Direito e Sociedade.* Curitiba : Juruá, 1998, pp. 75 e 76.

¹⁹ Vogal da Câmara Nacional de Cassação Penal, e no Poder Judiciário da Nação Argentina já ocupou o cargo de Secretária da Primeira Instância no Civil, Fiscal de Primeira Instância no Civil e Comercial. Membro da International Law Association, Associação Internacional de Advogados e Associação Internaiconal de Mulheres Juízes, entre outras. Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires.

²⁰ *La institucionalización del Mercosur. Tribunal Supranacional y Solución de Controversias. In: Mercosul no Cenário Internacional: Direito e Sociedade.* Curitiba : Juruá, 1998, pp.189-190. No mesmo sentido: Calixto A. ARMAS BAREA. *Sistemas de solución de controversias en el Mercosur. In: Mercosur, Balances y Perspectivas*, IV Encuentro Internacional de derecho para América del Sur, Fundación de Cultura Universitaria p. 81.

*del progreso. Superémosio para que se asegure también en forma judicial, el bienestar general de nuestros pueblos.*²¹

CONTRA

De outro lado, também por argumentos variados surgem os opositoristas. Lédio Rosa de ANDRADE²² apresenta uma visão particular em relação à criação da Corte de Justiça do Mercosul, diz que seriam Magistrados internacionais, investidos de uma jurisdição especial supranacional.

Esta visão resulta apenas de uma crença, pois ditancia-se da realidade empírica, face ao verdadeiro sentido do Mercosul. Tal afirmação embasa-se nos seguintes argumentos: I - Como o próprio nome estabelece, o processo de integração refere-se ao Mercado Comum do Cone Sul. Portanto, não se trata de integrar povos, nações, culturas e interesses coletivos, mas, sim, o mercado de alguns países. O mercado é uma das bases do modo de produção capitalista. Disto resulta, conforme advertiu Alan WOLF já na década de setenta, ser a integração de países nada mais nada menos do que um novo passo no processo de legitimação global ou internacional do sistema capitalista....

...Não há necessidade de um esforço intelectual muito profundo par comprovar o alegado. Torna-se ingênuo acreditar na competência de um magistrado internacional para, através de uma liminar, por ilustração, parar as atividades das bolsas de valores, ou a transferência de importâncias entre países por uma multinacional, ou, até mesmo, o deslocamento da sede de uma

²¹ Haroldo VALADÃO. *Novas Dimensões do Direito. In: Direito Justiça Social. Desenvolvimento e Integração.* São Paulo : Revista dos Tribunais, 1970, p. 74. *Apud* Elizabeth Accioly.

²² Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. Doutor em Direito pela Universidade de Barcelona. Professor da Universidade do Sul de Santa Catarina. *Mercosul e sua Corte de Justiça. In: MERCOSUL no Cenário Internaiconal - Direito e Sociedade.* Curitiba : Juruá Editora, 1998, pp. 361-364.

destas empresas de um país para outro, com o escopo de aproveitar melhores condições de exploração legal do trabalho obreiro. O mesmo dá-se em relação às condições de trabalho, conflitos nos quais o Poder Judiciário é totalmente ineficaz na implementação de qualquer política de justiça social.

*"A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. Mas nem por isso deixa de fazer perceptível um desígnio de perpetuidade do **statu quo** de dominação. Faz parte da estratégia mesma de formulação do futuro em proveito das hegemonias supranacionais já esboçadas no presente."*

Paulo Bonavides

"...não exageram pensadores e políticos na crítica às tendências da globalização liberal e capitalista, sem freios protetores do homem e da economia nacional. Entende-se, enfim, a crença de que a globalização, como praticada até o presente momento, é outra forma de colonização, que o espírito de independência e igualdade dos povos não pode aceitar. Impõe-se nova diretriz à globalização, para que a circulação de interesses, riquezas e recursos técnicos e financeiros seja forma de universalizar o bem-estar, e não de manter ou aumentar as discriminações."

Josaphat Marinho

"...não tem jurisdição a ideologia neoliberal."

Paulo Bonavides

"Na realidade, a globalização que se almeja prevaleça é a da solidariedade entre os povos; é a do respeito à pessoa humana; é a que coloca o homem como centro da modernidade e razão última da sociedade e do Estado."

Des. Ximenez Rocha

Segundo a referida pesquisa (realizada na Internet), **por injunções constitucionais**, os Governos brasileiro e uruguaio reagem à idéia de criação do Tribunal supraconstitucional.

No caso do Brasil, o entendimento esposado é que **a Constituição de 1988 é incompatível com a admissão de julgamentos proferidos em juízos estrangeiros**. Segundo ele **o exercício jurisdicional e o poder de julgar atribuído ao Judiciário, na Carta, deriva da própria soberania**.

Assim, a existência de um tribunal supranacional significa a outorga de parte dessa soberania, ao órgão comunitário, constituído de estrangeiros, em sua maioria, que terão direito de determinar regras impositivas no território brasileiro e nos outros países do bloco.

O Governo brasileiro defende que pendências econômicas, jurisdicionais e tarifárias, que já começaram a surgir no **MERCOSUL**, devem ser resolvidas por mecanismos menos onerosos, já previstos, como a negociação direta entre as partes, através dos canais fazendários e diplomáticos convencionais; a intervenção do Grupo Mercado Comum ou da Comissão de Comércio, num segundo momento; e, por último, o procedimento arbitral.

O então ministro Francisco REZEK, do STF, à época em que eleito para a Corte Internacional de Haia, afirmou que acreditava que esse sistema tem funcionado de modo mais que satisfatório:

*Até agora, os poucos conflitos que surgiram foram resolvidos por entendimento direto. O MERCOSUL nasceu como a experiência menos chapa-branca do mundo entre as iniciativas do gênero e assim deve permanecer.*²³

A FAVOR, MAS NÃO AGORA

Entre os defensores do tribunal supranacional – **que seria o instrumento mais adequado para garantir a segurança jurídica do mercado comum** –, estão os que consideram prematura sua criação imediata.

A professora de direito internacional da Faculdade de Direito da USP, Maristela BASSO, é um deles. Ela lembra que ainda não há, no cone Sul, um mercado comum, "**que implica a livre circulação de pessoas, serviços, mercadorias e capitais entre os quatro países**", nem isso seria possível devido a seu pouco tempo de existência.

Não tenho qualquer dúvida sobre a imprescindibilidade desse tribunal. O que questiono é a oportunidade ou não de criá-lo já, no atual estágio de integração em que nos encontramos.

²³ "Por fim, cabe salientar ser o problema internacional sobre justiça um extensão, mais aprofundada, das atuais condições nacionais vividas pelo Poder Judiciário. Não é novidade estar perdendo, o Poder Judiciário em qualquer país membro do Mercosul, o monopólio da função jurisdicional. Cada vez mais as classes ricas resolvem seus conflitos por intermédio de mediadores privados e as classes pobres estão jogadas à própria sorte, sem qualquer oportunidade de acesso à Justiça. Quando não, estas estão sujeitas ao poder do crime organizado, que já criou uma justiça paralela à estatal, com seus códigos processuais e normas de direito material devidamente estrabelecidas e, quase sempre, eficazes. Conclui-se que a instalação de uma Corte de Justiça do Mercosul não terá muita função de regulação do mercado e, muito menos, de implementação de qualquer política de justiça social. Será, talvez, mais um órgão legitimador do sistema globalizado de economia, o passo atual do sistema capitalista. É certo que o cargo de juiz internacional seduz muita gente, pelos privilégios e status dele decorrentes. Fica em discussão, entretanto, a utilidade desta futura Corte aos povos dos países membros, pois tudo indica que será mais uma instituição decorativa, impotente frente ao mercado, incapaz de implementar o que se convencionou chamar de 'Justiça'." Lédio Rosa de ANDRADE. *Ob. cit.*, pp.363-364.

Não podemos negar que o sistema de solução de controvérsias existente hoje é interessante, prático e funcional, apesar de pouco conhecido pelos particulares, que deveriam se socorrer mais deles.

Mesma posição tem, quando ministro da Justiça, Néelson JOBIM, hoje ministro do Supremo Tribunal Federal: "**É cedo pensar em tribunal transnacional até que a integração evolua para uma legislação comunitária.**"

Maristela BASSO considera também coerente a posição do País, frente às suas dificuldades constitucionais, já superadas por Argentina e Paraguai.

Nesse ponto, a juíza federal Maria Teresa LOBO dá a solução:

As alterações às Cartas não são obstáculos maiores, notadamente no caso brasileiro, em face do princípio constitucional cristalizado no artigo 4º, parágrafo único, pelo qual o Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Jorge Fontoura NOGUEIRA, na já mencionada conferência ministrada na UEPG, peremptoriamente afirmou que é difícil supor que o Brasil com aproximadamente 160.000.000 de habitantes vá ceder soberania ao Uruguai que tem pouco mais de 3.000.000 de habitantes ou ao Paraguai...

Segundo ele, o Brasil com aproximadamente 68% do produto bruto do **MERCOSUL** e a Argentina com aproximadamente outros 26% dificilmente irão ceder em igualdade de condições com os dois outros Países.

Em relação ao que denomina "Os Tribunais do Mercosul", José Botafogo GONÇALVES²⁴ afirma que

A estrutura institucional do MERCOSUL, definida pelo Protocolo de Ouro Preto de 17/12/94, tem-se revelado, do ponto de vista do governo brasileiro, extremamente adequada às necessidades do processo de integração na etapa atual de Consolidação da União Aduaneira.

O caráter intergovernamental dos órgãos decisórios do MERCOSUL e o sistema consensual de tomada de decisões constituem instrumentos capazes de, a um só tempo, permitir que cada país preserve seus interesses nacionais fundamentais e de garantir que os avanços do processo de integração tenham o exato alcance que lhe desejem atribuir os quatro Estados-partes do Tratado de Assunção.

Entre os diversos temas que fazem parte da agenda institucional do MERCOSUL, o sistema de solução de controvérsias parece ser aquele que tem despertado maior interesse nos meios acadêmico e jurídico brasileiros.

Não são poucas as manifestações favoráveis à criação de um Tribunal de Justiça no MERCOSUL, nos moldes da Corte de Luxemburgo, da União Européia ou do Tribunal de Justiça do Acordo de Cartagena, do Grupo Andino.

Os partidários da criação de um tribunal permanente alegam ser esse o único modelo capaz de garantir a segurança jurídica do MERCOSUL.

Para o governo brasileiro, a referida tese não encontra respaldo nas necessidades atuais do processo de integração, desconsidera os obstáculos de natureza constitucional prevaletentes no Brasil em relação à matéria e,

²⁴ Diplomata. Embaixador. Subsecretário-Geral de Assuntos de Integração, Econômicos e de Comércio Exterior do Ministério das Relações Exteriores. Coordenador Nacional da Seção Brasileira do Grupo Mercado Comum. *Os Tribunais do Mercosul*. In: *Boletim de Integração Latino-Americana*, Brasília, n.º 18, pp. 6 e 7, jan-junh/1996.

*principalmente, desconhece os méritos do mecanismo de solução de controvérsias previsto na estrutura institucional do MERCOSUL.*²⁵

Há, ainda, aqueles que defendem, ao menos, a criação de um Tribunal Arbitral permanente, devendo ser obrigatória sua decisão; que possa arbitrar formas de execução da sentença, que permitam seu efetivo cumprimento (invocando, por exemplo, práticas desleais de comércio e de competência econômica como casos que urgem de decisão).²⁶

Os participantes do Congresso Internacional de Direito Comunitário e do **MERCOSUL**, realizado em meados de 1997, em Foz do Iguaçu, propuseram, *prioritariamente*, a criação de uma Corte Supranacional de Justiça "*como órgão garantidor da segurança jurídica e dos valores, direitos e liberdades fundamentais que norteiam a união dos povos que integram o **MERCOSUL***".

Essa é, na essência, o conteúdo principal da Carta de Foz do Iguaçu, redigida após exaustivos debates de juristas e profissionais do direito ali reunidos para encontrar fórmulas que contribuam para a cidadania das pessoas, independentemente das fronteiras geográficas, no antigo *corredor do medo* (união dos apíses autoritários que se organizaram para melhor oprimir seu povo) - para repetir as palavras do ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Sepúlveda Pertence, proclamadas naquela ocasião.

²⁵ *Os Tribunais do Mercosul*, Internet. Artigo publicado originalmente no Jornal Gazeta Mercantil, de 15.08.1996.

²⁶ Ana María Capolupo de DURAZONA Y VEDIA. *La Institucionalización del Mercosur. Tribunal Supranacional y Solución de Controversias*. In: *MERCOSUL no Cenário Internaiconal: Direito e Soeciedade*, 189.

Representantes de mais de uma dezena de países, incluindo professores de Direito que moldaram a nova legislação da Comunidade Européia, revezaram-se na análise de tais fórmulas. Busca-se, acima de tudo, a independência do Poder Judiciário em todos os Estados-membros do **MERCOSUL**, área onde as normas legais vigentes são tão díspares quanto as condições em que se desenvolve o comércio e todas as demais atividades dessas comunidades de língua predominantemente espanhola.

A Carta de Foz, com quatro considerandos, observa a necessidade de aprofundar a integração social, política, econômica e cultural dos povos da América Latina que tem no **MERCOSUL** seu embrião institucional. Aduz que é preciso ultrapassar o estágio de uma simples união aduaneira, com propósitos meramente econômicos e conclui que se faz urgente o aperfeiçoamento da estrutura jurídica e institucional, de maneira a assegurar a perenidade da integração de seus associados.

Em outro trecho da Carta, os magistrados recomendam a adoção de mecanismos de preservações e aperfeiçoamento das instituições democráticas e a incorporação às Constituições de cada um desses países dos princípios da autonomia e da primazia do ordenamento comunitário sobre o nacional. A iniciativa, que foi da Associação dos Magistrados do Paraná, precisa ser louvada, comodisse o Professor de Direito Comunitário de Lisboa, Antônio Ribeiro Neves, não pode haver nenhuma norma jurídica que não tenha a correspondente tutela judiciária.

Assim, concluindo que é absolutamente necessário um tribunal supranacional que dê garantia de proteção da norma. Sem esse tribunal, o **MERCOSUL** será mera figura retórica na linguagem sul-americana.²⁷

3.3.2 A incorporação dos tratados e o MERCOSUL

O direito constitui uma das componentes importantes da realidade social contemporânea. Um sistema complexo de coordenações liga-se aos principais domínios da vida social. O direito abraça, na sua esfera de acção, o regime económico e o sistema económico, a estrutura política da sociedade, a condição das pessoas, a organização do mecanismo do Estado e, se se ultrapassam os limites particulares de cada Estado, as relações internacionais.

V. Toumanov

A primeira questão que surge, e por si só já mereceria um Tribunal Supranacional para decidi-la, diz respeito à incorporação dos tratados constitutivos do **MERCOSUL**.

José B. GONÇALVES afirma peremptoriamente que

Seja qual for a natureza do debate sobre o sistema de solução de controvérsias ideal para a presente etapa do processo de integração, faz-se necessário que os debatedores estejam cientes de que o MERCOSUL não produz normas de direito comunitário,²⁸ dotadas de efeito de aplicação direta nos Estados-partes. As normas emanadas do MERCOSUL necessitam, para

²⁷ Nesse sentido: Corte Supranacional. In: *Novos Rumos - Jornal da AMP*. Edição de Julho de 1997, p. 26.

²⁸ Vide *Glossário: Direito Comunitário - Característica*

terem validade nos territórios dos quatro Estados-partes, de incorporação aos ordenamentos jurídicos nacionais, de acordo com os procedimentos estabelecidos pelos referidos ordenamentos.

Nesse contexto, ao decidirem causas que envolvam matéria relacionada com o processo de integração, os juízes dos quatro Estados-partes aplicam no âmbito de sua jurisdição, as normas nacionais que houverem incorporado ao ordenamento jurídico nacional os compromissos assumidos no MERCOSUL, e não supostas "normas comunitárias".²⁹

Não obstante o Tratado de Assunção tenha um perfil economicista, que, para nós, não exaure a razão de ser da instituição, o enfoque **jurídico** - que é o que nos interessa agora - também se mostra, por exemplo, quando o último parágrafo do artigo 1º afirma

"O compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo da integração".³⁰

Nossa Carta Magna não define a questão da hierarquia das normas de direito da integração e comunitário no ordenamento jurídico interno, o que grande parte das Constituições modernas já fazem, e, diga-se de passagem, a maioria consagrando a prevalência dos Tratados de Direito da Integração às normas internas, como já ocorreu na Argentina, País que integra o **MERCOSUL**.

Proposta revisional (PRE) n.º 001079-1, de autoria do Deputado Adroaldo Streck, propugnando pela substituição do parágrafo único do artigo quarto por três

²⁹ *Ob. cit.*

parágrafos, cujo texto definitivo acatado pelo relator-geral do processo de revisão da Constituição Federal, e rejeitado em 02.02.94, pelo Congresso Nacional, assim dispunha:

"... Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:...

§ 1º As normas gerais ou comuns de Direito Internacional são parte integrante do ordenamento jurídico brasileiro.

§ 2º As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte vigoram na ordem interna, desde que expressamente estabelecido nos respectivos tratados constitutivos.

§ 3º A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando a formação de uma comunidade latino-americana de nações."

A característica mais sacrílega de um Direito Comunitário, conforme adverte Jorge Fontoura NOGUEIRA, sob o ponto de vista da concepção "estatólatra" do direito, é indubitavelmente a que aponta para a sua primazia em relação aos direitos internos.³¹

³⁰ Hector Gros Spiell. *El Tratado de Asunción y algunas cuestiones jurídicas que plantea*, p. 915.

³¹ "Todo verdadero proceso de integración económica supone el surgimiento de una entidad política compuesta por una comunidad de Estados geográficamente vinculados por su pertenencia a una misma región. Ella nace en función de un primer tratado que sienta las bases y los objetivos de la integración e que, inicial e o posteriormente, crea un sistema orgánico supranacional con aptitud para producir un Derecho derivado y vinculante para los Estados miembros. Esse es el Derecho Comunitario." Gonzalo Aguirre RAMIREZ. *Integración: Nueva Realidad Regional y Mundial. Su incidencia en el Derecho Constitucional. In: Curso de Derecho Procesal Internacional*. Montevideu : Fundación de Cultura Universitaria, p. 14.

Segundo ele a tradicional doutrina que abordou o análogo tema do choque entre o direito internacional e o direito interno, através das concepções monistas e dualista, já não é mais suficiente para fazer face à especialidade das questões engendradas pelo moderno fenômeno da globalização das economias e seus desdobramentos.

Na França, em especial, verificou-se grande reação à primazia do direito comunitário, motivada seguramente pela arraigada concepção cartesiana da soberania.

No entanto, acabou prevalecendo esse entendimento, sob o respaldo do art. 55 da Constituição da Vª República que estipulou expressamente: "Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l' autre partie."

Também merece atenção o caso da Itália, onde reiterados arestos da Corte de Cassação consagraram o primado do direito comunitário, apoiados na interpretação extensiva do art. II da Constituição de 1946, historicamente destinado a permitir a inclusão do país nas Nações Unidas, no delicado contexto do pós-guerra: "Art. II - L'Italia repudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità com le altre stati, alle limitazioni de sovranità necessarie ad un ordinamento che assicure la pace e la giutizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo."³²

³² *Lineamentos para um Direito de Comunidade Econômica. In: Boletim de Integração Latino-Americana, n.º 10, pp. 24 e 25.*

No Brasil a celebração, aprovação e vigência dos tratados e convenções internacionais e o direito brasileiro é hoje amplamente debatida.³³

Os autores afirmam que sobre essa matéria é fundamental destacar os dispositivos constitucionais aplicáveis.³⁴

Os primeiros dispositivos constitucionais invocados são (e nessa ordem) os arts. 21, 84 e 49, da CF

Art. 21. Compete à União:

I - manter relações com estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;...

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

...IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

...VII - manter relações com estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;...

³³ Para uma visão aprofundada dessa temática, ver o livro *O poder de celebrar tratados*, de Antonio Paulo Cachapuz de MEDEIROS. Também o artigo *A processualística dos atos internacionais: Constituição de 1988 e Mercosul*, de Aramaranta de Azevedo MERCADANTE.

³⁴ Horácio Wanderlei RODRIGUES. *Solução de Controvérsias no MERCOSUL*, p. 25. Aramita MERCADANTE e Weber BARRAL. *A Incorporação dos Tratados Internacionais*. In: *Revista Jurídica da UEPG*, no prelo.

Diante de tal quadro Aramita MERCADANTE e Welber BARRAL afirmam que *"pode-se afirmar inicialmente que a aprovação do Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo, não torna o tratado obrigatório, não o incorpora ao Direito interno brasileiro e nem o torna vigente, quer na ordem interna, quer na ordem internacional."*³⁵

A aprovação do Congresso Nacional, através do Decreto-Legislativo, não torna o tratado obrigatório, pois o Executivo tem a liberdade de ratificá-lo ou não, conforme julgue conveniente.

*A ratificação é ato privativo do Presidente da República, pelo qual este confirma às outras partes, em caráter definitivo, a disposição do Estado de cumprir um tratado internaiconal. A decisão de ratificar cabe ao mesmo Poder em nome do quel ratificados os tratados.*³⁶

Aprovado o tratado pelo Congresso Nacional a decisão é formalizada através de um **decreto legislativo**, promulgado pelo Presidente do Senado Federal, que o faz publicar no Diário do Congresso e no Diário Oficial da União.

O decreto legislativo exprime tão somente a aprovação do tratado e não sua incorporação ao direito interno brasileiro.³⁷

³⁵ *A Incorporação dos Tratados Internacionais. "A mera assinatura do tratado por agentes munidos de plenos poderes não o incorpora necessariamente ao direito interno brasileiro. À título de elucidação é oportuno lembrar o entendimento pacífico da doutrina de que a assinatura, em geral efetuada por agentes munidos de plenos poderes, marca o fim da fase negocial e fixa o texto convencional elaborado, postergando o comprometimento para a fase da ratificação. A assinatura do tratado não cria por si só o vínculo convencional."*

³⁶ Chapuz de MEDEIROS. *Ob. cit.*, pp. 468 e 469.

³⁷ *Vide Regimento Interno e documentos conexos do Senado Federal*, Art. 376, p. 148 e *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*.

Pode, contudo, o Congresso Nacional rejeitar o tratado, caso em que deve apenas a comunicação ao Presidente da República, que não dará prosseguimento à conclusão do tratado negociado.

É a promulgação do ato internacional por decreto do Executivo que o incorpora à legislação interna, tornando-o obrigatório, diz a doutrina.³⁸

No que se refere à vigência internacional,³⁹ o ato capaz de atribuir-lhe força para produzir seus efeitos nessa órbita é a ratificação, entendida como o ato pelo qual o Poder Executivo, devidamente autorizado pelo Congresso Nacional, confirma esse tratado ou declara que este deverá produzir seus efeitos, obrigando o Estado externamente.

Prosseguindo, diz Horácio Wanderlei RODRIGUES,⁴⁰

Quando o ato for bilateral, e sendo necessária a comunicação recíproca da existência dos instrumentos de ratificação, processa-se a troca desses instrumentos de ratificação. Sendo multilateral, ocorre, geralmente, o seu depósito, em sede determinada no texto do ato internacional objeto da ratificação. Embora, segundo as normas da ONU, seja obrigatório o registro dos atos internacionais junto ao seu Secretariado, bem como, de acordo com a Convenção de Viena, a sua publicação, vigoram eles, no âmbito internacional,

³⁸ *Processualística dos Atos Internacionais*. Ministério das Relações Exteriores. Nesse sentido: Hildebrando ACCIOLY. *Tratado de Direito Internacional Público*, Vol I, p. 602.

³⁹ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Art. 12: *O consentimento de um estado em obrigar-se por um tratado manifesta-se pela assinatura do representante desse estado: a) quando o tratado dispõe que assinatura terá esse efeito; b) quando estabelece, de outra forma, que os Estados negociadores acordaram em dar à assinatura esse efeito; ou c) quando a intenção do Estado interessado em dar efeito à assinatura decorre dos plenos poderes de seu representante ou foi manifestada durante a negociação."*

⁴⁰ Horácio Wanderlei RODRIGUES. *Ob. cit.*, p. 28.

a partir da troca ou depósito dos instrumentos de ratificação, ou no prazo neles expressamente fixados."

A doutrina enfatiza que face ao exposto não se pode, em sentido técnico, ser o conjunto normativo do **MERCOSUL** denominado de Direito Comunitário.

Faltam-lhe a superioridade hierárquica, a recepção automática pelos ordenamentos jurídicos nacionais (independentemente de qualquer processo de aprovação interna) e a auto-aplicabilidade.

Horácio Wanderlei RODRIGUES conceitua as normas do **MERCOSUL** como Direito de Cooperação, enquanto Direito da Integração seria um gênero englobando, também, o Direito Comunitário.

Cabe aqui um registro de que através do Protocolo de Santa Maria, que será ao seu devido tempo enfrentado, fixa conceitos em relação ao Direito do Consumidor e dispõe a respeito da jurisdição.

Assim, justo afirmar

Sin entrar a dilucidar si este nuevo Derecho es una rama del Derecho Internacional o si 'es un nuevo ordenamiento jurídico intercalado entre ambos' - sea entre el Internacional y el Interno -, como lo há sostenido Eduardo Jiménez de ARÉCHAGA, es prioritario determinar cuál es el orden de sus relaciones entre este nuevo Derecho y el Derecho Constitucional de cada Estado partícipe de los tratados de integración económica y de las instituciones comunitarias que ellos instituyen.

Esse carácter prioritário y urgente de la cuestión deriva de que el Derecho Comunitario no aspira a regular únicamente relaciones de los Estados entre sí, - como es propio, em principio, del Derecho Internacional -, sino que tiene por objeto final regular directamente relaciones de los Estados con sus habitantes, o sea invadir el ámbito tradicional del Derecho Interno y de su jurisdicción doméstica.

Además, dicho nuevo Derecho pretende que esos derechos y obligaciones de los que son sujetos los habitantes de los distintos Estados integrados, emanen también de los órganos comunitarios creados por los tratados y demás acuerdos complementarios de los procesos de integración.

En este sentido, Biscaretti de Ruffia há señalado que estas 'Uniones llamadas supranacionales, dotadas de un ordenamiento jurídico propio', 'ya no se apoya (n) en la coordinación de los Estados participantes, sino más bien en su subordinación al nuevo ente, que intenta alcanzar directamente, a través de la actividad de sus órganos, los sujetos de Derecho Interno de cada Estado miembro.'⁴¹

O Paraguai avançou, em sua Constituição de 1992, no art. 145 dispõe

La Republica del Paraguay, en condiciones de igualdad com otros Estados, admite un orden jurídico supra nacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.

Poder-se-ia argumentar que ainda tímida, imperfeita e incompleta, que se trata de disposições que buscam transferir competências inerentes aos poderes da

⁴¹ Gonzalo Aguirre RAMIREZ. *Ob. cit.*, p. 16.

soberania, em favor de instituições supranacionais. Tal é, necessariamente, o suporte inicial do funcionamento do Direito Comunitário.

A Constituição argentina é mais explícita, em seu texto de 1994, que incluiu, em seu art. 75 núm. 24 a seguinte atribuição ao Congresso:

Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supra-estatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia, tienen, jerarquía superior a las leyes.

No Uruguai, por sentença, n.º 25/90, redigida pelo Dr. Garcia OTERO, a Suprema Corte de Justiça aceitou a tese de que *'la ley ulterior al tratado, inconciable com éste, supone su derogación'*, fundamentada na posição tradicional de Justiá Jiménez de ARÉCHAGA, e de Bernardo SUPERVIELLE.

Contudo, Gonzalo Aguirre RAMÍREZ sustenta que é errônea tal interpretação. Assevera que de acordo com a Constituição do Uruguai, corresponde concluir

1º. El efecto de la ley aprobatoria de un tratado es, únicamente, habilitar al Poder Ejecutivo a ratificar el mismo. Es un acto de autorización.

2º. Por consiguiente, el efecto de la ley aprobatoria de un tratado - que aun no existe como norma de Derecho Internacional - no es sancionar una norma de Derecho interno con igual contenido normativo que las reglas del tratado.

3º. La naturaleza jurídica de dicha ley es la de un acto de autorización, en mérito de cuyo contenido se habilita al Poder Ejecutivo a ejercer su poder jurídico de ratificar el tratado que anteriormente negoció, concluyó y suscribió.

4°. *Los tratados son normas de Derecho Internacional, - únicamente -, que entran en vigor a partir del canje de ratificaciones y no de la mal llamada ley de aprobación.*

5°. *La Constitución faculta al Estado, por medio de sus órganos competentes, a celebrar tratados y convenios con otros Estados y con organismos internacionales, cuyos efectos y obligatoriedad no define porque están regidos por el Derecho Internacional y no por decisiones unilaterales de los Estados.*

6°. *En consecuencia, nuestra Constitución reonece validez a dos clases de normas que pueden ser fuente de obligaciones para los individuos, la ley, norma de Derecho interno, y el tratado, norma de Derecho Internacional, que tiene la naturaleza jurídica que éste le adjudica, que nace, produce sus efectos y se extingue, con arreglo a dicho Derecho.*

7°. *Una ley contraria a un tratado en vigor es un acto contrario a la Constitución, ilegítima, pues ésta há facultado al Poder Ejecutivo a suscribir y ratificar tratados, con autorización parlamentaria, sabiendo que éstos son normas de Derecho Internaiconal que obligan al gobierno nacional, que se rigen por dicho Derecho y qye solo se extinguen en los casos y por los procedimientos por éste previstos.*

8°. *En consecuencia, no tiene sentido plantearse si el tratado tiene valor y fuerza mayores, iguales o menores que los de la ley. El tratado tiene el valor y la fuerza que le da el Derecho Internacional - y éste no puede desconocerse por la legislación interna - desde que la propia Constitución consagra la validez de las obligaciones contraídas por tratado.*

9°. *Los tratados contrarios a la Constitución vigente no son válidos.*

A) Para el Derecho Interno, porque modificarían la Constitución, lo que no es posible en un sistema cuya Carta es rígida. (artículo 331).

B) Para el Derecho Internacional, porque las reglas sobre competencia para celebrar tratados se delegan a la Constitución de cada Estado, que establece:

1º) *Quiénes son los que han de contratar por el Estado y en qué forma deben hacerlo (limitación formal).*

2º) *Qué es lo que no podrán contratar (limitación sustancial).*⁴²

Interessante conflito a respeito da interpretação da incorporação já está no cenário do **MERCOSUL**.⁴³

A respeito da vigência dos Tratados do **MERCOSUL**, Jorge Hugo Herrera VEGAS,⁴⁴ Embaixador da Argentina no Brasil, afirma que a decisão do presidente do Supremo Tribunal Federal⁴⁵ (Brasil) de aplicar aos tratados do **MERCOSUL** a doutrina dualista e exigir o ditame de uma norma de incorporação criou insegurança nas relações jurídicas entre nossos países.

Segundo ele, nesse caso o ministro presidente Celso de MELLO mostrou que o Protocolo de Medidas Cautelares, um dos Tratados de Ouro Preto firmados em 1994, não estava vigente entre os países do **MERCOSUL**, apesar de sua aprovação parlamentar e de sua ratificação pelo presidente, já que não havia sido incorporado ao direito positivo brasileiro porque requeria uma norma especial, um

⁴² *Ob. cit.*, pp. 32 e 33. *A respeito da invalidez dos tratados contrários à Constituição*, veja-se: Jimenez de ARÉCHAGA. *Ob. cit.*, T. I, pp. 225-243.

⁴³ *"Uno de los temas más importantes con que se enfrenta la doctrina de Derecho Público en la actualidad, es el relacionado con el nacimiento de nuevas organizaciones internacionales que, situándose entre los Estados nacionales y la Comunidad Internacional, pretenden resolver los problemas comunes mediante la llamada 'integración económica'. Y a ello agregó: "El problema de la naturaleza jurídica de estas nuevas organizaciones internacionales creadas por los Estados, así como del valor y fuerza de los actos jurídicos de los órganos de la comunidad, y la jerarquía o primacía de los mismos respecto de Derecho Interno de cada uno de los Estados miembros de la comunidad, há generado no pocas dificultades de interpretación y de aplicación." Ruben CORREA FREITAS. La primazia del Derecho Comunitario sobre la Constitución de los Estados miembros. In: L. J. U., T. CXI, p. 111.*

⁴⁴ A vigência dos Tratados do Mercosul, publicado pela Gazeta Mercantil Latino-Americana, Ano 3, n.º 109, de 18 a 24 de maio de 1998.

decreto do presidente da República. Deve-se lembrar que esse Protocolo está vigente nos demais Estados-membros da união aduaneira.

A aplicação do dualismo, doutrina que mantém a separação absoluta entre o direito internacional e o direito interno, aparece como um anacronismo jurídico. Segundo essa posição, o direito internacional é a lei entre os Estados soberanos e o direito interno se aplica dentro de um Estado e regulamenta as relações entre seus cidadãos e com o Estado.

O dualismo não se compadece com o aumento das relações jurídicas coincidente com a atual situação internacional, e é por isso que foi abandonado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência internacional. Inclusive pela Corte Constitucional da Itália, país que deu origem e principal sustento à doutrina.⁴⁶

Essa decisão causou maior surpresa porque é contrária à doutrina do monismo atenuado que tradicionalmente sustenta a doutrina jurídica brasileira. Quer dizer que os tratados entram em vigência logo depois do câmbio ou depósito de seus instrumentos de ratificação, salvo se o tratado indique expressamente outra coisa.

Essa é a posição que sustenta, nesse caso, o procurador-geral da República do Brasil ao manter a vigência do Protocolo de Medidas Cautelares. A sentença cria uma grande insegurança jurídica e põe em dúvida os fundamentos legais do Mercosul, já que seus tratados não têm uma norma de incorporação ao direito interno como a exigida nesse caso, na decisão do ministro-presidente.

⁴⁵ Carta Rogatória n.º 8279-4 República Argentina, relator, ministro Celso de MELLO (Presidente).

⁴⁶ Decisão do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias: "Proveniente de uma fonte autónoma, ao direito nascido do Tratado não pode, conseqüentemente, em razão da sua natureza específica original, opor-se judicialmente um texto interno, qualquer ele seja."

Deve-se considerar que os tratados envolvem outros membros da comunidade internacional, nesse caso os outros Estados partes do Mercosul e estes negociam de boa-fé suas obrigações internacionais e não esperam que a legislação interna lhes seja contrária, como exceção para não cumprir com os compromissos internacionais.

Para isso há a norma estabelecida na Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, que diz

"Artigo 27: O direito interno e a observância dos tratados. Uma parte não poderá invocar as disposições de seu direito interno como justificativa do não-cumprimento de um tratado".

O Embaixador argentino ressalta que exigir uma norma de incorporação de maneira inesperada supõe que os outros Estados partes devam averiguar que normas estão vigentes em sua relação com o Brasil para manter o princípio de reciprocidade básico em nosso processo de integração.

No caso do Mercosul essa situação é grave pelas expectativas que criou em nossas sociedades. De fato, conforme já asseveramos, e também por ele ressaltado, por se tratar de uma das iniciativas mais importantes de nossa geração, como é a construção de um mercado comum e a consolidação de uma aliança estratégica, é justo concluir que seus tratados devem ser interpretados em favor de sua plena vigência. Invoca o que sustenta a Corte Suprema argentina, ao expressar:

"O Tratado de Assunção de 1991, ratificado pela Lei n.º 23.981, que estabelece o Mercosul, constitui a conclusão de um processo de tomada de consciência comum entre as nações da região e é uma clara definição de política legislativa que a ordem jurídica interna não pode contradizer, dificultar ou omitir em sua implementação prática."¹⁷

Os argumentos ensamblados pelo diplomata são lógicos, pois parece anacronismo um Estado alegar as deficiências de sua própria lei para não responder a uma reclamação devido à violação de obrigações sob o direito internacional. As leis e outras fontes de direito interno, segundo ele, não podem ser consideradas como atos de um terceiro, do qual o Estado não é responsável e a aceitação de qualquer outro principio facilitaria a evasão de suas obrigações.

Existe, nesse tema, conforme assevera, jurisprudência consistente de todos os tribunais internacionais, desde o caso Alabama entre os EUA e a Grã-Bretanha, logo depois da guerra de secessão. No caso das Zonas Livres de Alta Saboya e o País de Gex, a Corte Permanente de Justiça Internacional assinalou: *"É certo que a França não pode apoiar-se em sua própria legislação para limitar o alcance de suas obrigações internacionais."*

No caso das Comunidades Greco-Búlgaras, disse a Corte Permanente: *"É um principio geralmente aceito do direito internacional que, nas relações entre Potências que são Partes contratantes de um tratado, as disposições de direito interno não podem prevalecer sobre as de um tratado."*

Corte Suprema de Justiça da Nação, Cocchia, Jorge Daniel c/Estado nacional e outro s/ação de amparo, de 2/12/1993.

Nesse caso, a reintrodução de uma doutrina em grande medida esquecida tem levado a insegurança jurídica aos países do Mercosul, o que constitui um dos fatos mais negativos desde a assinatura do Tratado de Assunção e põe em perigo nossa credibilidade internacional.

Cabe lembrar a advertência de BERGSON:

"Suponhamos que existem duas espécies de ordem e que essas duas ordens representam dois termos contrários no seio de uma mesma dimensão. Suponhamos também que a idéia de desordem surja em nosso espírito todas as vezes em que, enquanto buscamos uma dessas ordens, encontramos a outra. A idéia de desordem (...) objetivaria por comodidade de linguagem, a desilusão de um espírito que se encontra diante de uma ordem diversa daquela de que carece."

A Corte de Justiça das Comunidades Europeias interpreta os tratados constitutivos como uma Constituição, jamais aplicando as regras de interpretação dos tratados internacionais previstas nos artigos 31 e seguintes da Convenção de Viena de 1969 sobre o direito dos tratados.⁴⁸

Portanto, o Tribunal sublinha a diferença existente entre os Tratados Comunitários e os tratados internacionais comuns, com base em que aqueles instituíram um ordenamento jurídico próprio, inserindo nos sistemas jurídicos dos Estados-membros, o que os autonomiza em relação ao direito internacional público e em

⁴⁸ "Com uma jurisprudência sabiamente fulcrada nos métodos de interpretação teleológica, sistemática e evolutiva, o TJCE definiu e consagrou, em notável construção hermenêutica, os princípios fundamentais do direito comunitário que alicerçam o processo da construção europeia. Os acórdãos da Corte de Justiça são

relação ao sistema interno estatal, no qual aparecem inseridos numa relação peculiar; em relação a esta, foi através da construção de um efeito direto do direito comunitário que se precisaram as condições de sua inserção na ordem legal dos Estados e se consagrou o seu primado normativo.

*O princípio da aplicabilidade imediata confere, de per si, à norma comunitária o estatuto de direito positivo na ordem jurídica interna dos Estados, na qual se insere, sem necessidade de nenhuma fórmula de introdução ou de recepção, impondo-se como direito comunitário e gerando para os órgãos jurisdicionais nacionais a obrigação de aplicá-la. O efeito direto consiste na aptidão do direito comunitário para originar, por si mesmo, direitos e obrigações no patrimônio jurídico dos particulares.*⁴⁹

3.3.3 O sistema de Solução de controvérsias no Tratado e nos Protocolos

3.3.3.1 Tratado de Assunção

O que se espera de um professor de Direito, no Brasil de hoje, não é a repetição de dogmas oficiais e nem mesmo a exposição ainda que profunda ou brilhante de um pensamento teórico, ou a engenhosidade técnica da solução de problemas. A função do jurista só se realiza, de um lado, pela crítica permanente dos valores predominantes da sociedade em que atua e, de outro, pelo trabalho de contínua adaptação da técnica jurídica a esses valores.

Fábio Konder Comparato

considerados interpretação autêntica dos Tratados Comunitários." Maria Teresa Cárcomo LOBO. *Ob. cit.*, p. 12.

⁴⁹ Maria Teresa Cárcomo LOBO. *Ob. cit.*, p. 13.

Entendemos necessário para estudar o sistema de solução de controvérsias no **MERCOSUL** sumarizar a estrutura funcional e para isto é necessário enunciar seus órgãos e a competência dos mesmos.

Criados pelo Tratado de Assunção, à exceção da Comissão de Comércio (GMC), que nasceu com o Protocolo de Ouro Preto, que, por sua vez, redefiniu e complementou a atividade funcional de todos. São:

1. *O Conselho do Mercado Comum (CMC) é o órgão superior do MERCOSUL, que exerce a condução política do processo de integração e tomada de decisões, para assegurar o cumprimento do Tratado de Assunção. Está integrado pelos Ministros de Relações Exteriores e de Economia, ou seus equivalentes dos Estados Partes (e em alguns casos participa da solução de controvérsias, através de resoluções que emite).*
2. *O Grupo Mercado Comum (GMC) é o corpo executivo e se compõe por quatro membros titulares e outros tantos suplentes, por País, designados pelos respectivos governos, entre os quais devem constar obrigatoriamente representantes dos Ministérios de Relações Exteriores (que atuam como coordenadores), de Economia (ou equivalentes) e dos Bancos Centrais. Este organismo como o anterior também participa em certos tramites para a solução de controvérsias, e emite resoluções a tais fins.*
3. *A Comissão de Comércio do Mercosul (CCM) é a encarregada de assistir ao GMC e lhe compete velar pela aplicação dos instrumentos de política comercial acordados pelos Estados Partes para o funcionamento da união aduaneira, assim como*

efetuar o seguimento e revisar os temas e matérias relacionados com as políticas comerciais comuns, com o comércio intra-Mercosul e com terceiros países. Está composta por quatro membros titulares e quatro suplentes, por Estado Parte, e é coordenada pelo Ministério das Relações Exteriores. Por sua vez o Anexo ao Protocolo de Ouro Preto lhe assinala as tarefas, inclusive de ocupar-se das reclamações promovidas pelos signatários ou por particulares, por questões relacionadas com políticas comerciais comuns. Este corpo emite Diretivas.⁵⁰

4. *A **Comissão Parlamentar Conjunta (CPC)** é a entidade representativa dos Parlamentos dos Estados Partes do Mercosul, e está integrada por igual número de congressistas representantes dos signatários, sendo designados pelos corpos legislativos domésticos, de acordo com seus procedimentos internos; e sua missão aponta por um lado, a acelerar os tramites nos respectivos países para a pronta entrada em vigor das normas emanadas dos organismos do Mercosul, e por outro a buscar a harmonização das leis domésticas, aos fins de lograr uma uniformização a nível regional.*

5. *O **Foro Consultivo Econômico-Social (FECES)** é o órgão de representação dos setores econômicos e sociais e está formado por igual número de representantes de cada Estado Parte, e como seu nome indica, é meramente consultivo.*

⁵⁰ Cabe assinalar que os três organismos até agora analisados em **capacidade decisória**, e são de natureza **intergovernamental** (art. 2 do Protocolo de Ouro Preto). *Vide Glossário: Diretivas.*

6. *A Secretaria Administrativa (SAL) atua como apoio operativo e tem sua sede em Montevideu.*⁵¹

Todo processo de integração que aspire desenvolver-se exitosamente deve prever un adecuado sistema de solución das controvérsias que suscitem. A questão é realmente transcendente e dela tem se ocupado muitos autores.⁵²

O Prof. Antonio LA PÉRGOLA - Presidente Emérito da Corte Constitucional italiana e Advogado Geral da Corte de Justiça da União Européia - no Seminário Internacional sobre Técnicas Jurídicas da Integração, realizado em Montevideu em 9 e 10 de abril de 1996 assinalou:

*La experiencia de la Unión Europea indica que un acuerdo regional de integración como el Mercosur no podrá avanzar si la disciplina no es asegurada por leyes comunitarias, por procedimientos normativos comunes y por un órgano de justicia supranacional que los aplique.*⁵³

No segundo Seminário Internacional do **MERCOSUL** concluiu-se pela ***imperiosa necessidade de instalar um correto mecanismo para a composição dos litígios, a fim de não reiterar os fracassos que na ALALC, na ALADI e no***

⁵¹ Veja-se: Juan Carlos BONSON RAFART. *El Mercosur y la importancia del Protocolo de Ouro Preto*, In *El Derecho*, T. 162, pp. 973-7.

⁵² Angel LANDONI SOSA. *La solución de conflictos en el Mercosur*. In: *RUDP*, 3-4/1992, pp. 341-355.

⁵³ *Periódico Búsqueda*, edição de 11 de abril de 1996, p. 27. *Apud* Angel LANDONI SOZA. *La solución...*, p. 113.

Grupo Antino causou este vazio (razão pela qual buscamos uma alternativa na ótica do cidadão/consumidor).⁵⁴

O **MERCOSUL**, desde 1º de janeiro de 1995, é uma **união aduaneira**: no comércio entre os Estados Partes do Tratado de Assunção a tarifa deve ser zero e no comércio com Países de fora do bloco os Membros do Mercosul devem cobrar uma tarifa externa comum. É imperfeita, contudo, a união aduaneira que atualmente caracteriza o Mercosul :

1º) porque a eliminação de tarifas e de restrições não-tarifárias no comércio entre os Membros ainda possui exceções;

2º) porque o estabelecimento da tarifa externa comum para o comércio com Países de fora do bloco igualmente possui exceções.

A principal diferença entre uma União Aduaneira e uma Área de Livre Comércio está em que nesta só é cobrada tarifa zero no comércio entre os Países da Área, podendo cada País Membro fixar suas próprias tarifas para o comércio com Países de fora. A partir de tal quadro Antonio Paulo Cachapuz de MEDEIROS⁵⁵ afirma

Uma das principais metas dos esforços integracionistas é obter a unificação das legislações dos Estados no tocante à atividade econômica, produção, utilização, distribuição e consumo de bens e serviços. Tal é o

⁵⁴ Veja-se: DREYZIN, Adriana de KLOR. *El sistema de solución de controversias en el Mercosur*, In *La Ley*, 1195 nota 3. *Idem*, Hector ALEGRIA. *La solución de controversias en el Mercosur*, In *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n.º 1, p. 411.

⁵⁵ Doutor em Direito (USP). Mestre em Ciência Política (UFRGS). Professor Titular de Direito Internacional Público da PUCRS.

genuíno fundamento de uma comunidade econômica - mercado comum aprofundado - em que existe livre circulação de capitais, bens, serviços, tecnologia e trabalhadores. - grifo meu -

*A integração econômica, do ponto-de-vista jurídico, origina uma comunidade de Estados que é pessoa de Direito Internacional e que se constitui em fonte de um novo ordenamento.*⁵⁶

Em razão da opção adotada pelos Estados partes que integram o **MERCOSUL**, Deisy de Freitas Lima VENTURA assevera: "o direito derivado do **MERCOSUL** confunde-se com as próprias ordens jurídicas nacionais, naquilo que os Estados entenderem por bem incorporar, entre as decisões dos órgãos comuns".⁵⁷

Félix PEÑA classificou os conflitos que geralmente surgem nos esquemas de integração econômica em três espécies:

1) Conflitos de concepção, que se originam do distanciamento entre a estrutura normativa fixada para a integração e a vontade real dos atores. É

⁵⁶ "Este novo ordenamento jurídico - denominado Direito da Integração ou, no caso das Comunidades Europeias, Direito Comunitário - é composto de dois níveis normativos: 1) Direito primário ou originário, que está contido nos tratados integrativos e em seus protocolos adicionais. No caso do Mercosul, trata-se do conteúdo do Tratado de Assunção, do Protocolo de Brasília e do Protocolo de Ouro Preto; 2) Direito secundário ou derivado, que está contido nas normas emanadas dos órgãos instituídos pelos tratados integrativos. No Mercosul, consiste nas decisões do Conselho Mercado Comum, nas resoluções do Grupo Mercado Comum e nas diretrizes da Comissão de Comércio. O Direito da Integração só adquire plena eficácia: 1º) se os Poderes Executivo e Legislativo dos Estados Membros do esquema adotarem os atos necessários para que o ordenamento integrativo tenha executoriedade no âmbito interno; 2º) se o Judiciário dos Estados Membros aplicar o ordenamento integrativo às controvérsias resultantes do processo de integração. Portanto, só a sincronização entre o plano jurídico integrativo e o plano jurídico doméstico dos Estados garante o êxito dos esquemas de integração. Na estrutura atual do Mercosul, importante sublinhar que o ordenamento integrativo derivado não é dotado nem de aplicabilidade direta, nem de primado sobre o direito interno." *Meios de Resolver Divergências no MERCOSUL*. Internet. Vide *Glossário: Direito Comunitário - Características e Normas Comunitárias*.

⁵⁷ *A Ordem Jurídica do Mercosul*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, p. 60.

comum que essa espécie de controvérsia decorra de instabilidades políticas ou econômicas, freqüente, pois, entre os Países da América Latina;

2) Conflitos de aplicação, que afloram quando um dos Estados Membros não cumpre os compromissos assumidos, impedindo que sejam obtidos os efeitos almejados pelas regras de liberação do comércio adotadas quanto a um determinado produto ou grupo de produtos;

3) Conflitos de organização, que surgem no âmbito do funcionamento de mecanismos institucionais do processo de integração.⁵⁸

É de se situar que as controvérsias podem suceder: *entre Estados partes, entre pessoas físicas ou jurídicas desses Estados partes com outros Estados partes, entre pessoas físicas ou jurídicas desses Estados partes com pessoas físicas ou jurídicas de outros Estados partes, e ainda, com os próprios órgãos da comunidade.⁵⁹*

O nosso entendimento reiteradamente sustentado nesta da necessidade de uma adequação do sistema de resolução dos litígios em função do cidadão é, também, ressaltado por Cachapuz de MEDEIROS:

O êxito dos processos de integração econômica depende, em ampla medida da implantação de adequados meios de solução de controvérsias entre os Estados Partes do acordo integrativo, entre estes e os particulares e entre os próprios particulares (pessoas físicas e jurídicas).

⁵⁸ *Apud* Antonio Paulo Cachapuz de MEDEIROS. *Ob. cit.*

⁵⁹ *Nesse sentido:* Angel LANDONI SOSA. *La Solución de Controversias en el MERCOSUL. Analisis del Tratado de Asunción y de los Protocolos de Brasília y de Ouro Preto. In: Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del MERCOSUR*, p. 113.

A intensificação das transações comerciais e financeiras propiciada pelo avanço dos processos de integração exige segurança jurídica, que é obtida através de formas eficazes de resolver litígios.⁶⁰

Luís Fernando Franceschini da ROSA afirmou em dissertação de mestrado, que o sistema de solução de controvérsias nos esquemas de integração deve possuir três funções básicas:

1) Função interpretativa, à qual incumbe garantir que o ordenamento integrativo seja interpretado e aplicado de modo uniforme nos Estados Membros;

2) Função de controle do cumprimento, à qual compete repelir as violações dos Estados, seja porque não internalizaram o ordenamento integrativo, seja porque não o cumprem;

3) Função de controle da legalidade dos atos das instituições do organismo de integração.⁶¹

A solução de conflitos no Mercosul é disciplinada no presente momento pelos seguintes atos jurídicos internacionais: Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991 (especialmente no anexo III); Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias, de 17 de dezembro de 1991; Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994 (inclusive anexo sobre procedimento geral para reclamações perante a Comissão de Comércio do Mercosul).

⁶⁰ *Ob. cit.*

⁶¹ *O Controle da Observância do Direito em um Processo de Integração. O Impacto de um Tribunal na Consolidação do Processo. Estudo comparativo entre os Sistemas de Controle previstos na Comunidade Européia e no Mercosul.* - mimeografado - Dissertação de Mestrado - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1996, pp. 51-54.

O sistema atual foi elaborado por grupo de especialistas indicados pelos quatro Estados Partes do Tratado de Assunção e baseou-se em projeto apresentado pela Argentina, além de buscar subsídios nos modelos de solução de conflitos previstos no Acordo de Livre Comércio Estados Unidos-Canadá, no Acordo de Complementação Econômica Chile-México, no Protocolo de Solução de Controvérsias da ALALC e nos mecanismos previstos no Tratado do Continente Antártico e no GATT.⁶² Aprovado pelo Conselho de Ministros, com modificações sugeridas pela delegação brasileira, converteu-se no Protocolo de Brasília, firmado durante o primeiro encontro de Presidentes do Mercosul realizado no dia 17 de dezembro de 1991.

Foi mantido pelo Protocolo de Ouro Preto, de 1994, com alguns aperfeiçoamentos. Segundo o magistério de Cachapuz de MEDEIROS o sistema é aplicável para duas espécies de controvérsias:

- 1) *desentendimentos entre Estados Partes sobre interpretação, aplicação ou não-cumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, bem como das decisões do Conselho Mercado Comum, das resoluções do Grupo Mercado Comum e das diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul;*

⁶² "Según resulta del informe del Poder Ejecutivo al Parlamento uruguayo, se tomó en consideración para su redacción los acuerdos celebrados entre Chile y México, Estados Unidos y Canadá, así como el Protocolo de Solución de Controversias de ALALC de 1967, los Mecanismos de Solución de Controversias previstos en el Tratado Antártico y el propio Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)." Angel LANDONI SOSA. *La Solución...*, p. 115.

- 2) *reclamações efetuadas por particulares (pessoas físicas ou jurídicas) por motivo de sanção ou aplicação, por qualquer dos Estados Partes, de medidas legais ou administrativas, de efeito restritivo, discriminatórias ou de concorrência desleal, em infração do Tratado de Assunção e das demais fontes jurídicas acima mencionadas.*

E que para efeitos didáticos, pode-se dizer que o processo de solução de controvérsias possui quatro estágios:

- 1) *negociações diplomáticas diretas;*
- 2) *exame técnico das reclamações pelas seções nacionais do Grupo Mercado Comum ou da Comissão de Comércio do Mercosul;*
- 3) *exame pelo Grupo Mercado Comum ou pela Comissão de Comércio do Mercosul;*
- 4) *submissão dos casos a tribunais ad hoc de arbitragem, com sede em Assunção, República do Paraguai.*

Considerando que não há Tribunal supranacional, os conflitos são resolvidos - em tese - por distintos caminhos e ante órgãos diversos, segundo as circunstâncias.

O Tratado de Assunção (Anexo III - Solução de Controvérsias) prevê três sistemas de solução de controvérsias; um estabelecido em seu próprio corpo normativo de aplicação imediata, outro que deveria reger o período de transição e o terceiro denominado sistema permanente que deveria ser adotado antes de 31 de dezembro de 1994.

O sistema de aplicação imediata está previsto no número 1 do Anexo III que dispõe:

1. As controvérsias que possam surgir entre os Estados-partes como consequência da aplicação do Tratado serão resolvidas mediante negociações diretas.

No caso de não lograrem uma solução, os Estados-partes submeterão a controvérsia à consideração do Grupo Mercado Comum que, após avaliar a situação, formulará no lapso de sessenta (60) dias as recomendações pertinentes às Partes para a solução de diferendo. Para tal fim, o Grupo Mercado Comum poderá estabelecer ou convocar painéis de especialistas ou grupos de peritos com o objetivo de contar com assessoramento técnico.

Se no âmbito do Grupo Mercado Comum tampouco for alcançada uma solução, a controvérsia será elevada ao Conselho do Mercado Comum para que este adote as recomendações pertinentes.

A primeira observação é que estão presentes apenas as controvérsias entre os Estados; não estão presentes as controvérsias que possam surgir entre os Estados e os órgãos da comunidade, entre os próprios órgãos da comunidade, entre os Estados e os particulares, entre os órgãos da comunidade e os particulares de cada Estado, e entre particulares de cada Estado.

A segunda é que o Tratado estabelece como vias de solução:

- a) as negociações diretas entre os Estados partes como forma de lograr a conciliação entre elas e a autocomposição do conflito;*

- b) *se ditas negociações não derem resultado se leva o problema ao denominado Grupo Mercado Comum que está integrado por quatro membros titulares e quatro membros substitutos por país, que representam o Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Econômica (ou seus equivalentes - Áreas de Indústria, Comércio Exterior e/ou Coordenação Econômica), Banco Central).*⁶³
- c) *Se as recomendações do Grupo Mercado Comum não tiverem êxito se remeterá o assunto ao Conselho que é o órgão superior do MERCOSUL - art. 10 - e que está integrado pelos Ministro da Economia dos Estados Partes - art. 11 -.*⁶⁴

O sistema intermediário está previsto no número 2 do Anexo III do Tratado de Assunção:

2. Dentro de cento e vinte (120) dias a partir da entrada em vigor do Tratado, o Grupo Mercado Comum levará aos Governos dos Estados-partes uma proposta de Sistema de Solução de Controvérsias, que vigorará durante o período de transição.

O Tratado de Assunção, conforme ressalta Paulo Roberto de ALMEIDA,⁶⁵ previu, em seu Artigo 3º, a adoção de um sistema de solução de controvérsias para o período transitório, dispondo ainda, em seu Anexo III, que as controvérsias que possam surgir entre os Estados Partes em decorrência de sua aplicação

⁶³ O Grupo Mercado Comum formulará recomendações podendo contar para isso com o assessoramento técnico de peritos. É óbvio que tais recomendações também procuram lograr a conciliação entre os Estados partes e superar a controvérsia.

⁶⁴ O Conselho do Mercado Comum adotará na espécie as recomendações que entenda pertinentes procurado que não se dificulte o processo de integração.

⁶⁵ *Solução de Controvérsias no MERCOSUL: O Protocolo de Brasília ao Tratado de Ouro Preto*. Internet.

devem ser resolvidas por meio de negociações diretas e, em etapas ulteriores, mediante a intervenção do Grupo Mercado Comum (GMC) - o órgão executivo do Tratado - ou do Conselho do Mercado Comum, a instância máxima do MERCOSUL, formado pelos Ministros de Relações Exteriores e de Economia dos quatro países membros.

Esse Anexo determinou igualmente a elaboração, dentro de 120 dias da entrada em vigor do Tratado, do sistema transitório acima mencionado e sua substituição por ***um sistema permanente a partir da entrada em vigor das instituições definitivas da nova área de integração***, isto é, em 1995.

Em cumprimento desse mandato, os países membros decidiram atuar ainda antes da entrada em vigor do Tratado de Assunção (efetivada, internacionalmente e para o Brasil, em 29 de Novembro de 1991), tendo o GMC determinado a um Grupo *ad hoc* a elaboração de um projeto relativo ao sistema de solução de controvérsias para o período de transição.

Esse projeto, concluído pela equipe de especialistas no próprio dia 29 de Novembro e ligeiramente modificado pelo GMC com base em sugestões brasileiras, foi aprovado pelo Conselho de Ministros e pôde ser firmado durante o primeiro encontro de Presidentes do MERCOSUL, em sua reunião de Brasília no dia 17 de Dezembro de 1991.

3.3.3.2 Protocolo de Brasília⁶⁶

Cumprindo o disposto no Tratado de Assunção - art. 3 - e, em especial, o que consta no Anexo III - número 2 - foi elaborado por um Grupo de Trabalho um projeto de sistema de solução de controvérsias a reger durante o período de transição.

Conforme a sumarização restou esclarecido que em alguns casos intervem o CMC, em outros o GMC, e em determinadas hipóteses se atua ante a CMM; enquanto sempre se decide **por consenso** (autocomposição e conciliação) e com a intervenção dos aludidos órgãos intergovernamentais, que às vezes - quando não ocorra acordo - remetem, a pedido das partes, ao setor arbitral (heterocomposição).

Neste particular, importa ressaltar o entendimento manifestado por José Botafogo GONÇALVES, que entendemos espelhar a posição do País:

⁶⁶ "O Protocolo que institui o sistema de solução de controvérsias para o período de transição prevê quatro instâncias resolutivas, com procedimentos adequados a cada uma delas. Ademais das negociações diretas entre as partes envolvidas e da intervenção do Grupo Mercado Comum, já previstas no próprio Tratado de Assunção, se adotou o recurso a um sistema arbitral (por meio de um Tribunal ad hoc e se previu igualmente um procedimento mais expedito - de tipo "fast track" - para as reclamações formuladas por particulares). Basicamente, porém, os mecanismos ali previstos configuram dois métodos complementares de solução de controvérsias: as vias diplomáticas tradicionais de negociação e o recurso a uma instância jurisdicional de caráter arbitral. Cabe destacar, de início, que, consoante as características do processo de transição - que não criou estruturas de tipo comunitário, mas tão somente órgãos diretivos com representações nacionais -, não se instituiu nenhum Tribunal de Justiça do MERCOSUL, com traços algo similares aos de seus congêneres europeu ou andino, mas tão simplesmente um sistema arbitral ad hoc para solução de controvérsias, de funcionamento exclusivamente delimitado ao objeto em disputa. Sem embargo, dadas as dificuldades antevistas para a tomada de decisão no MERCOSUL - no período transitório, as decisões do Conselho ou do Grupo Mercado Comum devem ser tomadas por consenso - os Estados Partes reconhecem como obrigatória a jurisdição do Tribunal Arbitral e se comprometem a cumprir suas decisões." Paulo Roberto de ALMEIDA. *Solução...* Internet

O sistema de solução de controvérsias criado pelo Protocolo de Brasília, de 17/12/91, é simples na sua forma e democrático no seu alcance: independe, para sua aplicação, de prévia instalação de estruturas burocráticas dispendiosas, e pode ser acionado por governos ou particulares, pessoas físicas ou jurídicas. Trata-se de mecanismo ágil, em muito similar a outros tantos previstos em acordos de comércio firmados no âmbito da Aladi, e contempla três etapas distintas: as negociações diretas, a intervenção do órgão executivo do MERCOSUL e a fase arbitral. A garantia da segurança jurídica do MERCOSUL está assente no acesso facilitado ao referido mecanismo e no caráter obrigatório e inapelável dos laudos arbitrais emitidos pelos diversos Tribunais Ad Hoc do Protocolo de Brasília, tantos quantos forem necessários para a solução, caso a caso, das controvérsias surgidas no MERCOSUL.

Aqueles que se dedicarem à análise do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL saberão que o Protocolo de Brasília privilegia a etapa inicial do mecanismo ao dispor que "os Estados-partes em uma controvérsia procurarão resolvê-la, antes de tudo, mediante negociações diretas". Não deve causar estranheza, portanto, o fato de que literalmente todas as divergências surgidas entre os Estados-partes desde a assinatura do Tratado de Assunção tenham sido solucionadas mediante o recurso a negociações diretas. A explicação para a notável capacidade do bloco de solucionar pela via diplomática as diferenças eventualmente surgidas entre os Estado-partes está, sem dúvida, na firme vontade política dos quatro governos de cumprir os objetivos do Tratado de Assunção e implementar o MERCOSUL.⁶⁷

Contudo as mais diversas críticas surgiram a respeito, a exemplo

Em 1991, foi assinado o "Protocolo de Brasília" que servia para a solução de controvérsias entre os países do Mercosul. O Conselho, órgão do Mercosul, é quem daria as decisões para as controvérsias, porém estas

decisões teriam de passar por uma comissão interna do parlamento de cada país para serem aprovadas, o que é um processo lentíssimo.

Assim, denota-se a fragilidade deste sistema, a mora para dirimir controvérsias, litígios ou mesmo dúvidas, pois os órgãos do Mercosul não tem poder supranacional, não estando acima da soberania de cada país membro, o que não ocorre na Europa, onde o sistema é muito mais dinâmico e eficaz.

O Mercosul não possui um Tribunal de Justiça supranacional, e nem mesmo uma Vara Especial do Mercosul nas fronteiras, o que deveria haver, pois certos problemas nas fronteiras deveriam ser de solução imediata, e não levar anos como tem acontecido.

A decisão para se criar um verdadeiro Mercosul, como fez a Europa a sua "União Européia", é questão de vontade política dos governantes, pois os entraves ainda são decididos pelo Conselho e que por sua vez têm de ser aprovados pelos parlamentos de cada país. Quem sabe, um dia, ainda veremos a coisa funcionar, como ocorreu na Europa, mas isso não é da noite para o dia, pois nossas diferenças sociais, políticas e culturais são enormes, mas lá também o eram. A Europa passa por um processo de integração há mais de 50 anos, e nós a menos de dez.⁶⁸

Ou ainda

Já os partidários da constituição de um tribunal de caráter permanente salientam que o modelo do Protocolo de Brasília não implantou um mecanismo de controle da legalidade dos atos dos órgãos do Mercosul, nem um sistema orgânico de interpretação uniforme dos tratados de integração.

⁶⁷ *Ob. cit.*

⁶⁸ Cláudio Nedel TESTA. *MERCOSUL: Uma Ordem Jurídica Ainda Lenta*. Internet

Cortes arbitrais ad hoc não seriam capazes de produzir jurisprudência que assegure uniformidade à interpretação dos atos integrativos.

Ademais, as reclamações de particulares contra medidas restritivas, discriminatórias ou de concorrência desleal dependem do endosso do Estado para terem seguimento pois só os Estados Partes têm legitimidade para buscar solução de controvérsias pela via arbitral.

São ponderáveis os argumentos dos que defendem a pronta instalação de um tribunal do Mercosul.⁶⁹

Os que defendem o modelo adotado pelo **MERCOSUL** no que tange especificamente a controvérsias entre particulares - e entre particulares e governos -, sustentam que o reconhecimento por parte dos quatro Estados-partes de que o processo de integração não representou a imposição de limites à atuação dos órgãos nacionais do Poder Judiciário tem constituído estímulo para a adoção de medidas em matéria de cooperação jurisdicional destinadas a consolidar a segurança jurídica do MERCOSUL e a promover o desenvolvimento das relações econômicas entre agentes do setor privado dos Estados-partes.

O Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, aprovado pela Decisão n.º 5/92 do Conselho do Mercado Comum, por exemplo - segundo eles -, garante a igualdade no tratamento processual entre cidadãos e residentes permanentes dos quatro países

⁶⁹ Antonio Paulo Cachapuz de MEDEIROS. *Ob. cit.*

do MERCOSUL, bem como livre acesso à jurisdição de cada Estado-parte para a defesa de direitos e interesses privados.

O Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, aprovado pela Decisão n.º 1/94, por sua vez, estabelece regras sobre a definição da jurisdição nacional competente para julgar controvérsias relativas aos contratos internacionais de natureza civil ou comercial celebrados entre particulares, pessoas físicas e jurídicas, no âmbito do MERCOSUL. E, finalmente, entendem que a aprovação pelo Congresso Nacional brasileiro de lei que atribui às decisões arbitrais o *status* de sentenças judiciais poderá abrir caminho para a adoção, no âmbito do MERCOSUL, deste tipo de mecanismo de solução de controvérsias em matéria comercial entre particulares.

O Protocolo de Brasília no seu artigo 1 delimita o âmbito de sua aplicação por duas vias:

- *uma, em razão dos sujeitos da controvérsia, já que ela deve ser necessariamente entre os Estados partes, com o que estão fora tanto os conflitos dos Estados com os órgãos da comunidade, como os conflitos entre os próprios órgãos da comunidade, assim como os conflitos dos órgãos da comunidade com particulares dos Estados partes; e*
- *outra, em função da matéria da controvérsia, que deverá versar sobre a interpretação, aplicação ou incumprimento das disposições de Direito Comunitário contidas no Tratado de Assunção, emergentes dos acordos celebrados no marco do*

mesmo, assim como das decisões do Conselho do Mercosul e das resoluções do Grupo Mercado Común.

Portanto, necessário aqui consignar que o Protocolo de Ouro Preto, no artigo 41, ao determinar quais são as fontes jurídicas do **MERCOSUL** foi mais amplo que o Protocolo de Brasília e a respeito estabelece:

As fontes jurídicas do MERCOSUL são:

- I) O Tratado de Assunção e seus protocolos;*
- II) Os acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção e seus protocolos; e*
- III) As Decisões do Conselho do Mercado Común, as Resoluções do Grupo Mercado Comum e as Diretivas da Comissão de Comércio do Mercosul, adotadas desde a entrada em vigor do Tratado de Assunção.*

A controvérsia baseada na interpretação do ordenamento jurídico da integração demanda a existência de um órgão jurisdicional que tenha competência para interpretar a forma harmônica e obrigatória no ordenamento jurídico.⁷⁰

Em relação ao não cumprimento, este pode configurar-se, a exemplo, quando um Estado parte promulgue legislação incompatível com a legislação originária do **MERCOSUL** ou derivada.

⁷⁰ "La inmensa mayoría de los autores que se han ocupado de los temas de integración, señalan que para que dicho proceso se desarrolle con normalidad, es imprescindible que exista un órgano jurisdiccional que tenga por cometido interpretar en forma armónica y obligatoria el ordenamiento jurídico comunitario. En el Mercosur, ello sólo se logrará cuando se cree una Corte de Justicia, permanente, a la cual se le atribuya la potestad de interpretar el derecho comunitario con carácter obligatorio para todos los Estados partes. Aquí se encuentra - en mi opinión - una de las carencias más notorias del ordenamiento jurídico del Mercosur, la que deberá ser necesariamente subsanada al elaborarse el sistema definitivo, pues de otra forma cada Estado interpretará las normas según su conveniencia y ello aparejará en razón de los incumplimientos que sobrevendrán el riesgo de su muerte antes de su nacimiento." Angel LANDONI SOSA. *Ob. cit.*, p. 117.

Considerando que a proposta de reflexão cinge-se ao cidadão inserido no contexto do **MERCOSUL**, a doutrina destaca o que nomina como **procedimentos rápidos para reclamações de particulares**.

Ademais do sistema arbitral, o Protocolo previu igualmente a aplicação de um mecanismo expedito, mais ágil, de solução de controvérsias, podendo ser utilizado em caso de reclamações efetuadas por particulares (pessoas físicas ou jurídicas).

Estas podem ser motivadas pela sanção ou aplicação, por qualquer dos Estados Partes, de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatórias ou de concorrência desleal, em violação do Tratado de Assunção, dos acordos dele derivados ou de decisões e resoluções emanadas do Conselho e do Grupo Mercado Comum.

Nesse caso, os particulares afetados devem formalizar suas reclamações junto à Seção Nacional do GMC de seu país de residência, devendo agregar os elementos de prova que permitam verificar a veracidade da violação e a existência ou ameaça de um prejuízo. Salvo se a questão já tiver sido objeto de procedimentos de primeira instância (negociação direta, intervenção do GMC) ou submetida à via arbitral, a Seção Nacional do GMC poderá estabelecer contato direto com sua contraparte do Estado membro envolvido na denúncia ou, sem maiores trâmites, levar o caso para exame do GMC.

Caso este não denegue a reclamação, procederá de imediato à convocação de um grupo de peritos, composto de 3 membros designados a partir de uma terceira lista, o qual deverá formular um parecer num prazo máximo de 30 dias. Se se verificar procedência na reclamação contra um Estado Parte, qualquer outro poderá solicitar a adoção de medidas corretivas ou anulação das medidas questionadas; em caso de não cumprimento num

prazo de 15 dias, se poderá passar ao procedimento arbitral previsto no Capítulo IV do Protocolo.

O grupo de peritos aqui previsto - e que, como já constatamos, poderá servir igualmente para assessorar o GMC - integra uma lista comum de 24 membros, designados à razão de 6 representantes por cada Estado Parte, dentre pessoas de reconhecida competência na matéria. Os gastos incorridos nesse procedimento rápido serão cobertos na proporção que determine o GMC ou, na falta de acordo, em partes iguais pelas partes diretamente interessadas.⁷¹

Em verdade, apesar de não outorgar ao particular reclamante as garantias que poderia oferecer-lhe um Tribunal de Justiça permanente, é de se reconhecer que significou um avanço em relação ao Tratado de Assunção.

Analisando o sistema, disse Maristela BASSO:⁷²

No que se refere especificamente ao sistema de solução de controvérsias, referido no art. 3º e Anexo III do Tratado de Assunção, ressalta-se que, em 17 de dezembro de 1991, os quatro países membros firmaram o "Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias" (Dec. nº 01/1991), o qual determina que todas as controvérsias que surgirem entre os Estados partes sobre a interpretação, a aplicação e o não cumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, bem como acerca das decisões do Conselho do Mercado Comum e das resoluções do Grupo Mercado Comum, deverão ser submetidas aos procedimentos previstos no Protocolo, que prevê, inclusive, a possibilidade de reclamações de particulares. Este instrumento permanecerá em vigor até que

⁷¹ Paulo Roberto de Almeida. *Solução de controvérsias no Mercosul...*

⁷² *A Estrutura Institucional definitiva do MERCOSUL*. Internet.

se torne operativo o "Sistema Permanente de Solução de Controvérsias para o MERCOSUL", referido no Anexo III do Tratado.

Todavia, entendemos que o sistema de solução de controvérsias, tal qual como funciona hoje no âmbito do Tratado de Assunção, não dispõe de uma estrutura institucional sólida capaz de garantir a execução das suas decisões, e, como é sabido, um sistema deficiente de solução de controvérsias pode comprometer a criação e consolidação de um verdadeiro mercado comum.

E elabora como proposta para a estrutura funcional definitiva do **MERCOSUL**

c) um órgão judiciário superior, que funcione como uma Corte de Justiça, assegurando o respeito ao direito comunitário e à sua interpretação uniforme. Esse é, sem dúvida, um dos órgãos mais importantes, porque é ele que faz caminhar a integração, consolidando o direito comunitário.

Somente uma Corte de Justiça é capaz de formar o acervo das decisões comunitárias.

Segundo Ferrari Bravo: "No sistema dos órgãos comunitários a Corte de Justiça ocupa, certamente, um posto de grande relevo. Nos mais de trinta anos de experiência jurisdicional comunitária, a importância da Corte vem crescendo sempre" (in Lezioni di diritto delle Comunità Europee, Scientifica, 1992, p.134).

A Corte seria, portanto, o sistema definitivo de solução de controvérsias no MERCOSUL;

Conforme adverte Gonzalo AGUIRRE RAMIREZ⁷³ hecidos são seu alcance, suas limitações e seu escasso ou nulo funcionamento prático, não somente por não instituir um verdadeiro tribunal com funções jurisdicionais permanentes, como

o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o Tribunal de Justiça do Acordo de Cartagena, pois não são tais os tribunais arbitrais que somente podem funcionar em uma terceira instância pouco ágil, senão por restringir, a si mesmo, a legitimidade ativa e passiva aos Estados partes, com a única exceção da possibilidade de que estes - sob certos requisitos - acionem por iniciativa dos particulares, e sobretudo, porque a demanda de uma controvérsia por um Estado parte contra outro Estado parte é politicamente inconveniente.

De ello resulta que ningún Estado acciona por esta vía y, en consecuencia, el Protocolo de Brasilia es inoperante como instrumento habilitante para plantear y resolver controversias sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las normas del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto y demás acuerdos celebrados en su marco, así como sobre las disposiciones adoptadas por los órganos principales del MERCOSUR.

Como expressa GARRÉ COPELLO "las carencias más sensibles" deste mecanismo transitório de solução de controvérsias são "la ausencia de una acción directa de los particulares contra los Estados, concediéndoles legitimación activa para actuar en juicio", e, em segundo lugar, "la falta de una acción de reenvío prejudicial", - por parte dos tribunais nacionais onde se discuta a aplicação das normas comunitárias - tal como existe no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e no Tribunal de Justiça Andino.

Do reenvio prejudicial trataremos detalhadamente ao final.

⁷³ *Ob. cit.*, p. 37.

E acrescenta GARRÉ COPELLO

Queda por dar este importante paso futuro de la creación de un tribunal permanente de justicia del Mercosur, de carácter supranacional, com tres competencias básicas: acción de incumplimiento, acción de nulidad, y reenvío prejudicial.

3.3.3.3 O Protocolo de Ouro Preto

O **MERCOSUL** tem personalidade jurídica de Direito Internacional, estabelece o artigo 34 do Protocolo de Ouro Preto, e assim resta consagrada a nova estrutura institucional.

O Protocolo de Brasília em seu artigo 1 limitava o âmbito de sua aplicação às controvérsias que surgissem... *"sobre a interpretação, aplicação ou incumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no marco do mesmo, assim como das decisões do Conselho do Mercado Comum e das resoluções do Grupo Mercado Comum."*

O Protocolo de Ouro Preto em seu artigo 41 dispõe como fonte criadora das normas jurídicas comunitárias as diretivas da Comissão de Comércio do Mercosul, às quais determinar caráter obrigatório - artigo 42 - e às que em caso de controvérsias entre os Estados partes sobre sua interpretação, aplicação ou incumprimento também as submete aos procedimentos estabelecidos no Protocolo de Brasília.

Ademais, em seu artigo 43, inciso 2º (parágrafo único) claramente indica que entre as normas jurídicas que o Tribunal Arbitral pode aplicar - Protocolo de Brasília, artigo 19 - estão incluídas as Diretivas da Comissão de Comércio do Mercosul.

A citada norma do artigo 43 amplia a previsão do artigo 25 do Protocolo de Brasília no sentido de que os reclamos efetuados por particulares (pessoas físicas ou jurídicas) podem estar também fundados na violação de uma Diretiva da Comissão de Comércio do Mercosul.

A necessidade de criar um Tribunal de Justiça para o **MERCOSUL** foi debatida por uma Comissão Nacional de Juristas uruguaios, os quais estabeleceram "*Bases para la creación de un Tribunal de Justicia en el Mercosur*",⁷⁴

La creación de un mecanismo de integración que tenga por finalidad el funcionamiento de un Mercado Común, determina a juicio de la Comisión, de manera esencial, la existencia de un Tribunal de Justicia como instrumento de gerantia de la legalidad y de interpretación uniforme del derecho comunitario.

La creación de un Mercado Común, significa paralelamente la creación y desarrollo permanente de una nuevo ordenamiento juridico y no puede existir un ordenamiento juridico sin un Tribunal de Justicia independiente, permanente y obligatorio que asegure el cumplimiento uniforme en los Estados Nacionales que integran esse Mercado Común.

⁷⁴ Publicado no *Simpósio sobre um Tribunal de Justiça para o Mercosul*, organizado pelo Instituto Artigas de Serviço Exterior, outubro/novembro de 1991, pp. 154-155.

Por otra parte, la necesaria contribución de una jurisprudencia que vaya mercando y abriendo un camino inexplorado, tal cual há ocurrido en la C. E. E. sólo podrá lograrse a través de la elaboración creativa, uniforme y continua de un órgano estable, permanente e independiente como lo es un Tribunal de Justicia.

*En definitiva no puede haber un Mercado Común sin un ordenamiento jurídico y no puede existir un ordenamiento jurídico eficaz y efectivo, sin un Tribunal de Justicia que garantice la legalidad y uniformidad del mismo.*⁷⁵

3.3.3.4 O Protocolo de Santa Maria

O MERCOSUL a respeito da **jurisdição internacional** em **matéria de relações de consumo** celebrou o Protocolo de Santa Maria.⁷⁶

Os Governos da República Argentina, da República Federativa do Brasil, da República do Paraguai e da República Oriental do Uruguai *considerando que o Tratado de Assunção estabelece o compromisso dos Estados Partes **harmonizarem suas legislações nas áreas pertinentes**, expressamente reafirmando a vontade dos Estados Partes de **acordar soluções jurídicas comuns para o fortalecimento do processo de integração**; destacando a necessidade de proporcionar ao setor privado dos Estados Partes **um marco de***

⁷⁵ No mesmo sentido: ARBUET VIGNALI. (ex-Ministro das Relações Exteriores do Uruguai, Professor Titular da Facultad de Derecho da Universidad del Uruguay) *La solución de controversias en el Mercosur. Un aspecto esencial aún por resolver*. Exemplar mimeografo cedido gentilmente pelo autor, após conferência proferida em Ponta Grossa, Estado do Paraná.

⁷⁶ A seguir situamos o que dispõe o Protocolo de Santa Maria, inicialmente, para, a seguir, enfrentarmos as questões atinentes à resolução dos litígios do consumidor no Mercosul em uma perspectiva que entendemos ideal.

*segurança jurídica que garanta soluções justas e a harmonia das decisões jurisdicionais vinculadas às relações de consumo; convencidos da necessidade de se dar proteção ao consumidor e da *importância de se adotarem regras comuns sobre jurisdição internacional em matéria de relações de consumo* derivadas de contratos entre fornecedores de bens ou prestadores de serviço e consumidores ou usuários; conscientes de que, em matéria de negócios internacionais, **a contratação é a expressão jurídica do comércio, sendo especialmente relevante no processo de integração;** acordam na celebração do Protocolo referido.*

O protocolo tem como objeto **determinar a jurisdição internacional em matéria de relações de consumo** derivadas de contratos em que **um dos contratantes seja um consumidor**, quando se tratar de:

- a) venda a prazo de bens móveis corpóreos;*
- b) empréstimo a prazo ou de outra operação de crédito ligada ao financiamento na venda de bens;*
- c) qualquer outro contrato que tenha por objeto a prestação de um serviço ou fornecimento de bem móvel corpóreo. Este dispositivo se aplicará sempre que a celebração do contrato tenha sido precedida, no Estado do domicílio do consumidor, de uma proposta específica ou de uma publicidade suficientemente precisa e que o consumidor tenha realizado os atos necessários a conclusão do contrato.*

De acordo com o Protocolo de Santa Maria ficam excluídas as relações de consumo decorrentes de contratos de transportes.

O Protocolo se aplicará às relações de consumo que vinculem fornecedores e consumidores:

- a) *com domicílio em diferentes Estados Partes do Tratado de Assunção;*
- b) *com domicílio em um mesmo Estado Parte, desde que a prestação característica da relação de consumo tenha ocorrido em outro Estado Parte.*

O domicílio para fins do estabelecido no presente Protocolo, considerar-se-á:

1. *quando se tratar de pessoa física, na seguinte ordem:*

- a) *a residência habitual;*
- b) *o centro principal de seus negócios.*

2. *quando se tratar de pessoa jurídica ou ente despersonalizado, na seguinte ordem:*

- a) *a sede principal da administração;*
- b) *o lugar onde funcionem sucursais, estabelecimentos, agências ou qualquer outra espécie de representação de pessoas jurídicas.*

Em matéria de **jurisdição é regra geral:**

1. *Terão jurisdição internacional nas demandas ajuizadas pelo consumidor, que versem sobre relações de consumo, os juizes ou tribunais do Estado em cujo território esteja domiciliado o consumidor.*

2. *O fornecedor de bens ou serviços poderá demandar contra o consumidor perante juiz ou tribunal do domicílio deste.*

Em matéria do que denomina ***soluções alternativas*** dispõe que também terá jurisdição internacional, excepcionalmente e por vontade exclusiva do consumidor, manifestada expressamente no momento de ajuizar a demanda, o Estado:

- a) *de celebração do contrato;*
- b) *de cumprimento da prestação de serviço ou da entrega dos bens;*
- c) *de domicílio do demandado.*

Em relação a filiais, sucursais, agências ou representações estabelece que se o demandado tiver domicílio em um Estado Parte e em outro Estado Parte, filial, sucursal, agência ou qualquer outra espécie de representação com a qual se realizou as operações que geraram o conflito, o autor poderá demandar em qualquer dos referidos Estados.

Se houver vários demandados, em uma mesma ação relativa a um mesmo objeto, terá jurisdição o Estado Parte do domicílio de qualquer deles.

Se a reconvenção se basear em atos, fatos ou omissões que serviram de fundamento para a demanda principal, terá jurisdição para decidir aquela, o Estado Parte do juiz com competência relativamente à demanda principal.

Em relação ao que denomina ***atos processuais praticados à distância*** dispõe que:

1. *Na medida em que autorizem os princípios essenciais e básicos do ordenamento jurídico processual do foro atuante, o fornecedor poderá contestar a demanda, oferecer provas, interpor recursos, bem como realizar os atos processuais que deles derivem ante os juízes de seu próprio domicílio, os quais atuarão como requeridos, remetendo a documentação ao juiz requerente.*

2. *Não se aplicará o disposto no número anterior se o fornecedor demandado possuir filiais, sucursais, estabelecimentos, agências ou qualquer outra espécie de representação no Estado Parte onde tramita o processo.*

3. *A comunicação entre as autoridades jurisdicionais se realizará por meio das Autoridades Centrais, conforme o procedimento previsto no Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa.*

4. *A comunicação de que trata o número anterior deverá conter a informação necessária sobre o direito aplicável à relação de consumo e o direito processual do Estado Parte no qual tramita o processo, devidamente certificada pelo juiz requerente, a fim de que o fornecedor demandado possa exercer em tempo e forma os direitos que lhe assegura o número "1" deste artigo.*

5. *A faculdade assegurada ao fornecedor no número "1" deste artigo não altera a jurisdição internacional estabelecida no presente Protocolo, nem as leis processuais que forem aplicáveis segundo o Estado que detenha a jurisdição internacional.*

Para os efeitos deste Protocolo, serão aplicadas as leis processuais do lugar do processo.

A solicitação de reconhecimento ou execução de sentença por parte das autoridades jurisdicionais será transmitida por carta rogatória, através da Autoridade Central.

O requisito da jurisdição internacional para a eficácia extraterritorial das sentenças, estabelecido no Artigo 20, letra "c", do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, será considerado satisfeito se a decisão emanar de um órgão com jurisdição internacional segundo as regras estabelecidas no presente Protocolo.

As controvérsias que surjam entre os Estados Partes por motivo da aplicação, interpretação ou descumprimento das disposições contidas no presente Protocolo serão resolvidas mediante negociações diplomáticas diretas.

Se tais negociações não resultarem em acordo, ou se a controvérsia somente for solucionada parcialmente, aplicar-se-ão os procedimentos previstos no Sistema de Solução de Controvérsias vigente entre os Estados Partes do Tratado de Assunção.

Os Estados Partes, ao depositar o instrumento de ratificação do presente Protocolo, comunicarão a designação da Autoridade Central ao Governo depositário, o qual dará conhecimento aos demais Estados Partes.

O presente Protocolo, parte integrante do Tratado de Assunção, entrará em vigor, com relação aos dois primeiros Estados Partes que o ratifiquem, 30 (trinta dias) após o segundo país proceder ao depósito de seu instrumento de ratificação.

Para os demais ratificantes, entrará em vigor no trigésimo dia posterior ao depósito do respectivo instrumento de ratificação.

A adesão por parte de um Estado ao Tratado de Assunção implicará de pleno direito a adesão ao presente Protocolo.

Até que entre em vigência o "Regulamento Comum para Defesa do Consumidor do MERCOSUL", vigorarão as definições contidas no Anexo ao presente Protocolo, com as modificações eventualmente introduzidas pelo Comitê Técnico Nº 7 (Defesa do Consumidor) da Comissão de Comércio do MERCOSUL.

A tramitação da aprovação do presente Protocolo no âmbito de cada um dos Estados Partes, com as adequações que forem necessárias somente terá início após a aprovação do "Regulamento Comum MERCOSUL de Defesa do Consumidor" em sua totalidade, inclusive eventuais anexos, pelo Conselho do Mercado Comum.

O Governo da República do Paraguai será o depositário do presente Protocolo e dos instrumentos de ratificação e enviará cópias devidamente autenticadas dos mesmos aos Governos dos demais Estados Partes.

Da mesma forma, o Governo da República do Paraguai notificará aos Governos dos demais Estados Partes a data de entrada em vigor do presente Protocolo e a data de depósito dos instrumentos de ratificação.

Feito em Santa Maria, aos vinte e dois dias do mês de novembro de 1996, em um original nos idiomas português e espanhol, sendo ambos os textos igualmente autênticos.

A análise do Protocolo de Santa Maria, sob a ótica do processo como instrumento de garantia dos Direitos Fundamentais será feita a seguir, mesmo porque até esta data não entrou em vigência o **"Regulamento Comum para Defesa do Consumidor do MERCOSUL"**, previsto no artigo 17º do Protocolo de Santa Maria.

4 MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM ENDOPROCESSUAL,¹ EXTENSÃO DA COISA JULGADA E REENVIO PREJUDICIAL EM FACE DA HARMONIZAÇÃO DO PROCESSO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Considerando que as informações que dão conta a doutrina, em conferências, é que a base do que se pretende de legislação em matéria de Direito do Consumidor no **MERCOSUL** é elaborada por *tecnocratas*, estivemos entrevistando alguns, e constatamos que, a exemplo, *a tutela inibitória da legislação do Consumidor de Portugal, limites da coisa julgada (em especial os subjetivos), mediação e/ou conciliação e arbitragem endoprocessual (em especial as diferenças dos modelos argentino e brasileiro)* são institutos **completamente desconhecidos** de tais senhores.

A proteção do consumidor em relações e contratos envolvendo preponderantemente o fornecimento de serviços é hoje o grande desafio do Direito em geral, em particular do Direito do Consumidor, conforme assinalam Eladio LECEY,

¹ O estudo da *mediação* no marco da integração regional teve início mediante convite do e. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e da Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina, para workshop realizado aos Juizes de Direito Supervisores dos Juizados Especiais daquele Estado. Posteriormente, em razão de convite do e. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, realizamos workshop aos Juizes de Direito Supervisores da Capital daquele Estado. Atualmente estamos desenvolvendo pesquisa a respeito dos Juizados Especiais e Formas Alternativas de Resolução dos Litígios para o CNPq.

Antonio Benjamin e Cláudia Lima MARQUES em *A Sociedade de Serviços e a Proteção do Consumidor no Mercado Global*.²

Da mesma forma, no mundo atual, o fenômeno da globalização e da formação de espaços econômicos integrado não pode mais ser menosprezado. As normas nacionais e aquelas oriundas dos mercados integrados devem, sob pena de ilegitimidade, suficientemente proteger o consumidor neste imenso universo de benefícios e riscos que perante seus olhos se abre...

...A proteção efetiva e 'sem fronteiras' do consumidor é um dos objetivos da integração econômica, é - e há que ser - uma das metas de mercados comuns em construção, como o Mercosul. Serviços e globalização, são, portanto, duas faces de uma mesma moeda.

4.1 A globalização e o poder judiciário

A categoria de "**crise**" para definir a situação de nossa cultura do ocidente *postiluminista* tem sido assinalada desde diferentes perspectivas filosóficas e ideológicas. Basta recordar entre outros MANNHEIM³ e ZUBIRI⁴ por seus fundamentos escritos sobre a crise do pensamento e da vida intelectual. Não são poucos a afirmar que a ciência e a política padecem de uma antiga e sentida crise de princípios e portanto também de execução, apesar de seus êxitos em muitos campos.

² In: *AJURIS EDIÇÃO ESPECIAL*. 1º Congresso Interamericano de Direito do Consumidor, p. 7. Nesse sentido *Conferência* de Cláudia Lima MARQUES em Ponta Grossa, no dia 23.10.1998, a nosso convite.

³ Karl MANNHEIM. *Hombre y sociedad en época de crisis*. Buenos Aires : La Pléyade, 1969.

⁴ Xavier ZUBIRI. *Naturaleza, Historia, Dios*. Madrid : Editora Nacional, 1963.

Assistimos a queda do muro de Berlim, a *peristróica*, a um recrudescimento de terríveis guerras entre nacionalidades e uma impossibilidade de alcançar no plano interno de cada país os níveis possíveis e desejáveis de segurança, saúde, justiça e eqüitativa distribuição de bens e serviços.

Marca C. BIAGI⁵ entende que o centro da profunda crise em que nos encontramos com uma distorcida concepção antropológica que com o correr do tempo desde o iluminismo se foi encarnando em instituições sociais e políticas.

Dita concepção, ao reduzir a inteligência humana à razão também a condenou a ser uma simples processadora de informação e a rebaixar a política ao nível de uma técnica eficaz no manejo da sociedade no que a privou de toda finalidade valorativa com respeito ao bem último do homem.⁶

Lermos como se expresan Horkheimer y Adorno acerca de las causas y el diagnóstico de la crisis: "El Iluminismo, en el sentido más amplio del pensamiento en continuo progreso, há perseguido siempre el objetivo de quitar el miedo a los hombres, de convertirlos en amos. Pero la tierra enteramente iluminada resplandece bajo el signo de una triunfal desventura. El programa del Iluminismo consistia en liberar al mundo de la magia. Se proponia, mediante la ciencia, disolver los mitos y confutar la imaginación".

"Surge entonces - escribe Sanguinetti - la ciencia como el grandioso mito de la civilización positiva."

⁵ Doutora em Ciências Políticas. Professora dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade do Museu Social Argentino - Buenos Aires - Argentina.

⁶ *A cerca de las relaciones entre la ciencia y la politica. In: Revista Jurídica da UNISUL*, Tubarão, nº 2, pp. 7 e 8, agosto/1996.

El cientificismo del siglo XIX reemplazó el "mito" religioso por el "mito" de la ciencia en una estrecha alianza y subordinada a los objetivos industriales de la nascente sociedad moderna.

Saint-Simon e Comte son ejemplos típicos de esta formulación. La Ciencia (con mayúscula inicial) es el gran factor de cambio y el eje de una nueva "sociedad industrial" porque "religará" a todos los hombres en una nueva y utópica unidad alrededor de las verdades alcanzadas por el conocimiento científico. Industria e ciencia son concebidos como los dos poderes que dominan y conducen la sociedad: el poder temporal de la industria y el poder espiritual de la ciencia.

Sob tal signo, desde aqui começam a amalgamar a ciência e a política irmanadas sob o signo da razão iluminista.

Os capitães da indústria e os sábios estariam no ápice da organização so-cial detendo respectivamente o "poder temporal" e o "poder espiritual" na nova era de progresso indefinido das mãos da Ciência.

Em conseqüência de tais idéias o que ocorre atualmente é a tecnocracia, que já esta prefigurada neste "governo dos técnicos" e, estreitamente associada a ela, a planificação e a produção cientificamente organizada sob a forma e a "nação como uma coletividade produtora" de bens, serviços e conhecimentos.

Portanto, o que se pretende, em uma civilização eminentemente técnica, o poder político está subordinado indevidamente ao poder econômico e se define como força anônima, impessoal e eficiente por ser de "pureza" racional.

Pero, precisamente esa noción es la que há llevado a la desaparición de la verdadera esfera política en la sociedad moderna; en el lugar de conducción y gobierno de los hombres existe la política solo como administración de las cosas; outra técnica más en el estado industrial. Es de advertir que en esta nota convergen los países industrializados aún bajo diferentes regimenes políticos. En "estado tecnocratico" hace de las actividades econômicas el instrumento de una cruda voluntad de poder y en él se utilizan las ciencias - en particular las humanas e entre ellas la ciencia econômica - para justificar las decisiones del estado y someter a sua poder casi todos los actos de la vida pública y privada. Como lo expresa Marcel de CORTE.

"...el cientificismo econômico se há convertido en una ideologia de gobierno".⁷

VOEGELIN afirma que o irracionalismo em que desembocou a sociedade moderna sucede porque precisamente sustenta sua existência e a representa por falsas bases racionais.⁸

Não é demais ressaltar que política é decisão e eleição de prioridades em função do bem estar de toda a comunidade; é um problema moral cuja virtude retora é a prudência do governante.

Através de normas e de organismos supranacionais criados pelo tratado que lhe há dado origem (direito comunitário primário), ou pelos órgãos comunitários

⁷ Marta C. BIAGI. *Ob. cit.*, pp. 8 e 9.

⁸ Eric VOEGELIN. *Nueva ciencia de la política*. Madrid : Rialp, 1968, p. 70.

(direito comunitário secundário ou derivado),⁹ o direito comunitário¹⁰ regula a atividade dos corpos do Estado com relação aos particulares e dos Estados entre si.

Trata de temas locais (com exercício pelos juízes de cada país), e das relações do direito interno com o direito supranacional, e é interpretado e aplicado em última instância pela Corte das Comunidades, quando põe em prática a primazia do direito metanacional sobre o direito interno.

Dois teólogos, Franz HINKELAMBERT e Hugo ASSMAN nos descrevem:

"...Como a racionalidade econômica 'sequestrou' e funcionalizou um ingente processo de idolatria, que encontra sua expressão mais evidente na suposta autoregulação dos mecanismos de mercado; essa idolatria econômica se alimenta de uma ideologia sacrificial que implica em constantes sacrifícios de vidas humanas.¹¹"

Quanto mais importante é o papel de uma instituição social, mais ativa se torna a luta ideológica em torno dela e mais a sua interpretação científica adquire significação. O que é o direito? Quais são a sua natureza social, as suas forças motrizes, as leis do seu desenvolvimento, a sua estrutura, os seus fins? Eis questões a que a ciência do direito deve dar uma resposta de que depende, para muitos, o facto de saber se o direito constitui um modo de

⁹ A respeito veja-se: Juan Carlos VITERBORI. *Solución de controversias en el Mercosur*, In *La Ley*, T 1995 A, doutrina, p. 718.

¹⁰ *"El principio de autonomía quedó perfectamente dibujado en el caso Van Gend Loos, al expresar dicho cuerpo jurisdiccional que el derecho comunitario es un nuevo orden jurídico en cuyo beneficio los Estados han limitado ciertas esferas de su soberanía; y el principio de supremacía del derecho comunitario sobre el interno, surgió del leading case Costa vs E. N. E. L. donde quedó en claro la prioridad de aquél sobre éste."* Juan Carlos HITTERS. *Algo mas sobre el proceso transnacional*, T. 162, p. 1020 e segs.

¹¹ *A Idolatria do Mercado*. São Paulo : Vozes, 1989, prólogo.

defesa de relações sociais que fizeram a sua época, um instrumento de reacção ou uma arma importante da democracia, da paz e do progresso social.

Antunes Varela

Na maioria dos Estados, a liberdade é em grau maior ou menor, entravada, ofendida ou suprimida segundo aquilo que a constituição pretendia.

Montesquieu

Ressaltamos que o **MERCOSUL** tem como inspiração o esquema da Comunidade Econômica Européia, com o governo brasileiro tentando mantê-lo no modelo da Convenção BENELUX; não obstante grandes as diferenças, pois em nosso âmbito não existe delegação de soberania em órgãos supranacionais - Comissão e Corte - como sucede na União Européia.

Não poderemos perder tais perspectivas para o desenvolvimento do presente.

Ai de nós! O Brasil, por sua qualidade excepcional de paciência e uma cultura formada pelo mundo da solidariedade islâmica, o conhecimento natural do indígena e a relação mágica e alegre com o cotidiano, que nos foram presenteados pela cultura africana, tem, em suas raízes ocidentais, a chave para a solução dos grandes problemas que enfrentaremos por algum tempo. Entretanto, a História, a divina mestra, é imprevisível. Compete-nos o doce consolo de exercitarmos a FANTASIA, riqueza inexaurível de nosso Espírito Imortal.

Arthur José Almeida Diniz

O Tribunal Arbitral contemplado atualmente no projeto não nos parece adequado para o que se pretende, ou seja **mercado comum**.

Negar-se o acesso ao particular a uma Justiça comunitária significa desestimular-lhe a inserção no processo de integração econômica e uma violação aos princípios universalmente consagrados de acesso à Justiça.

Contudo, no **MERCOSUL**, não temos um Tribunal ao estilo do de Luxemburgo, já que as disputas do **MERCOSUL** não se resolvem por via de um terceiro imparcial, senão através de entidades intergovernamentais, e neste caso árbitros; razão pela qual alguns entendem que não se pode falar de um verdadeiro direito comunitário, no sentido europeu, senão de um rudimento do mesmo.

Além de facilitar a solução de controvérsias oriundas da interpretação do Direito Comunitário (ou Direito da Integração), esse tribunal, necessariamente composto por Juízes especializados, conferiria às normas expedidas pelos órgãos executivos a coercitividade imediata, uniformizando a jurisprudência nos quatro países. Desde logo ressaltamos que em se pretendendo que o **MERCOSUL** se torne de fato um **mercado comum**, deve-se dotá-lo de instituições próprias, democráticas, perenes, e com suficiente competência para tratar de questões que lhe são diretamente pertinentes.

É preciso ultrapassar o escopo do **mercado**, o singular aspecto **econômico**, para alicerçar a evolução do **MERCOSUL** com a preponderância dos Direitos do Homem, do Cidadão, e, nesse contexto, instituições que sirvam apenas a

governos, ou que reconheçam tão somente a personalidade jurídica dos Estados, em detrimento dos particulares, fogem ao espírito democrático de nossa Constituição Federal, que consagra, entre seus princípios maiores, a formação de uma comunidade latino-americana de nações.

O resultado comercial, social e político do **MERCOSUL** é francamente favorável e, é claro, não podemos nos debruçar sobre os louros dos êxitos destes. O continuado sucesso do **MERCOSUL** dependerá da capacidade de moldar as estruturas e instituições a adaptar-se a médio e longo prazo, que apontam para negociações cada vez mais complexas e interdependentes. Ademais, válido é pontualizar que não resulta fácil trasladar os princípios do direito interno ao campo supranacional, tanto é assim que no primeiros tempos foi muito difícil a atuação e amoldamento da Corte Européia, tendo em conta que um dos primeiros problemas que teve que enfrentar foi deslindar a resposta do que seria sua competência (própria) com respeito aos corpos jurisdicionais locais. Outra das adversidades, destacada pela doutrina, se deveu superar a harmonização de práticas processuais tão diferentes como por exemplo a da formalista escola jurídica continental, com o pragmatismo do modelo anglo-saxão,¹² enquanto no Mercosul, nem mesmo este argumento pode ser fundamento.

No sistema europeu se deduz que a Corte de Luxemburgo não é o único órgão encarregado de inspecionar o princípio da legalidade comunitário (controle

¹² Nesse sentido: Juan Carlos HITTERS, *Ob. cit.*, p. 06.

concentrado) já que os juízes nacionais também cumprem dita missão ao aplicar o direito comunitário (controle difuso).

No Século XIX o processo civil foi entendido como uma “*cosa de las partes*”: os litigantes podiam *dispor livremente* dos mais variados e importantes atos processuais. Esta concepção não foi, por certo, caprichosa,¹³ senão que respondeu a idéia então vigente de que ambas as partes tinham frente a lei, e por conseguinte no processo, *iguais direitos e faculdades*, segundo expressavam as constituições e os códigos sancionados a partir das revoluções norte-americana e francesa do final do Século XVIII.

É que, em verdade, o direito de ação já não era patrimônio de uns poucos indivíduos ou de certas classes sociais, senão um postulado comum a todo habitante, conatural a sua própria condição de pessoa e de sujeito de direito; o testemunho de uma mulher era então admissível e gozava de idêntico valor que o do homem, do mesmo modo que o do católico frente ao de quem não o era, o do pobre frente ao rico e o do súdito frente ao soberano, para tomar somente uns

¹³ O princípio dispositivo que aparentemente consagra a *égalité*, em verdade, pode ser fonte de inúmeras injustiças. Induvidoso que a petição inicial e a contestação (causas modificativas e extintivas, a exemplo), delimitam o objeto de conhecimento do Juízo. Ademais, a dialética se submete aos fenômenos retóricos e o juiz fica adstrito aos limites impostos pelas partes. Assim, aquele que tem recursos para constituir advogado experiente, que melhor saiba *pedir*, para custear despesas de perícia (a exemplo, HLA e DNA, que o Estado apenas liricamente afirma na Constituição Federal que *garante*, quando afirma a *assistência jurídica integral*), demonstram de *per si* a falácia da igualdade, que é poética. Apenas para citar um exemplo já prolatamos sentenças afirmando que o valor da condenação era inferior ao que seria de direito, pois o juiz somente pode decidir nos termos do pedido.

quantos exemplos.¹⁴ A partir da idéia de *égalité*, grandiosamente difundida pela Revolução Francesa, se pensava que o Estado não devia intervir nas disputas.

É já trivial dizer-se que estamos a entrar num período de globalização. Globalização dos mercados, das instituições, da cultura. Com tais palavras o Prof. Boaventura de Souza SANTOS¹⁵ inicia artigo titulado *Os tribunais e a globalização*.¹⁶

Afirma que um dos fenômenos de globalização mais intrigantes da década de 90: a globalização do interesse público e político pelos tribunais e pela reforma do sistema judicial.

"A democracia tem dois pés, que a sustentam.

"O pé direito, sóbrio, engravatado, solene, formal, circunspecto, é o Judiciário.

"O esquerdo, lépido, dorso nu, boêmio, irreverente, agitado, é a Imprensa.

"Se falta um, manda o outro.

"Se falta qualquer deles, a democracia não poderá seguir andando e cederá espaço à Ditadura.

"Devem dirigir-se sempre para frente, conduzindo a democracia a seu destino, a liberdade responsável, o Estado de Direito."

Desembargador Carlos Alberto Ortiz

¹⁴ Nesse sentido: Roland ARAZI. *Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires : Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 193 e segs. - tradução livre do autor.

¹⁵ BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, sociólogo, é professor da Universidade de Coimbra.

Os tribunais, que segundo ele, até há dez anos eram em quase todos os países uma instituição apagada e ignorada, e, em muitos deles, um apêndice servil do governo de turno, saltaram de repente para as primeiras páginas dos jornais, revelando um protagonismo de intervenção e de reivindicação até há pouco desconhecido.

Discorrendo a respeito de uma das vertentes do interesse público pelos tribunais assinala que assenta menos em fatores internos do que em fatores transnacionais.

Trata-se de interesse crescente das agências internacionais pela reforma do sistema judicial no sentido de o tornar mais eficiente e acessível.¹⁷

Confirmando o interesse, o Vice-Presidente do Banco Mundial para a América Latina e Caribe, Shahid Javed BARKI, em data de 05.08.1998, **reco-mendou** ao Brasil a **reforma do Judiciário** e o fortalecimento das instituições responsáveis pela regulação dos mercados transferidos ao setor privado, depois da privatização.¹⁸

¹⁶ Jornal *O Estado de São Paulo*, sábado, 09 de novembro de 1996, A2.

¹⁷ "Nos últimos anos temos visto que o Poder Judiciário é objeto de fervorosos debates e tentativas de reformulações, mormente nos países em desenvolvimento. Destacando-se a América latina. Nas últimas décadas o mundo experimentou grandes transformações socioeconômico-políticas, com o que muitos regimes de exceção ou ditatoriais não encontraram mais sustentabilidade e caíram sob a pressão das massas que ansiavam por liberdade, processo este devido substancialmente ao desenvolvimento das telecomunicações que permitiu o intercâmbio cultural entre os povos, trazendo ao conhecimento dos 'mais oprimidos' sua condição em comparação àqueles que têm mais liberdade, fazendo assim ferver em suas veias os anseios da libertação". Antonio Silveira R. dos Santos. *Judiciário e Democratização*. In: *Tribuna da Magistratura*. São Paulo, nov-dez/997, p. 19.

¹⁸ *Diário Comércio e Indústria*. São Paulo, 06.08.1998.

A agência americana de apoio ao desenvolvimento (Usaid) transformou os programas de reforma jurídica e judicial numa das suas grandes prioridades da década de 90. E tanto o Banco Mundial (BM) como o Banco Interamericano do Desenvolvimento (BID) têm vindo a investir quantias avultadíssimas na reforma judicial com financiamentos de diversos países. Só para termos uma ordem de grandeza, eis alguns números: Usaid: US\$ 2 milhões na Argentina (1989 e 1993); US\$ 39 milhões na Colômbia (1986-96); US\$ 15,8 milhões em Honduras (1987-1994). BID, em 1995: US\$ 16 milhões na Costa Rica; US\$ 27 milhões em El Salvador; US\$ 15,7 milhões na Colômbia; em 1996, US\$ 30,9 milhões em El Salvador e Honduras; US\$ 12 milhões na Bolívia; 1,7 milhões na Nicarágua. É fácil concluir que trata-se de uma operação global de grande vulto que, para além da América Latina, envolve também a Europa Central e do Leste, a Ásia e a África.

Ressaltando apenas um dos enfoques do Prof. BOAVENTURA, este entende que tudo é impulsionado por uma pressão globalizante muito intensa que, embora no melhor dos casos se procure articular com as aspirações populares e exigências políticas nacionais, o faz *apenas* para atingir seus objetivos globais.

E esses objetivos globais são muito simplesmente a criação de um sistema jurídico e judicial adequado à nova economia mundial de raiz neoliberal, um quadro legal e judicial que favoreça o comércio, o investimento e o sistema financeiro. Não se trata, pois, de fortalecer a democracia, mas sim de fortalecer o mercado. O que está em causa é a reconstrução da capacidade reguladora do Estado pós-ajustamento estrutural.

Uma capacidade reguladora que se afirma pela capacidade do Estado para arbitrar, por meio dos tribunais, os conflitos entre os agentes econômicos. A resistência justa dos magistrados contra uma reforma tecnocrática do sistema judicial exclusivamente orientada para as necessidades da economia mercantil não pode servir de álibi para justificar a resistência a uma profunda reforma do sistema judicial orientada para a efetiva democratização da sociedade e do Estado.

O sistema judicial precisa ser radicalmente reformado para responder às aspirações democráticas dos cidadãos cada vez mais sujeitos ao abuso de poder por parte de agentes econômicos muito poderosos. Se essa reforma política e democrática não tiver lugar, o vazio que a sua ausência produzirá será certamente preenchido por uma reforma tecnocrática virada para servir preferencialmente os interesses da economia global.”¹⁹

A respeito dos dados apresentados pelo Prof. BOAVENTURA Eduardo VARELA²⁰ afirma

Esses números têm sido descritos e justificados como um investimento na democracia. Será mesmo? O professor de Coimbra julga que não. Se por uma lado, argumenta, a primeira idéia responde a anseios internos da população dos países, a Segunda está atrelada a exigências internacionais. O seu conteúdo democrático é contraditório na medida em que a maior credibilidade dos tribunais é quase sempre o reverso da perda de legitimidade dos governantes e da classe política em geral. O que está em causa, diz, é uma deslocação ou reposição da legitimidade democrática. Este segundo tipo de atuação é impulsionado por uma intensa pressão globalizante que, mesmo respondendo a aspirações populares e exigências políticas nacionais, o faz

¹⁹ SOUZA SANTOS, Boaventura de. *Op. cit.*, *in fine*.

²⁰ Mercosul, *Economia e Justiça*. In: *In Verbis*, n.º 8, p. 25, jun/agosto de 1997, Ano II.

apenas para atingir seus objetivos globais, entre eles a criação de um sistema jurídico e judicial de raiz neoliberal.

Na verdade a reforma tecnocrática já está em fase de implantação em alguns países, conforme veremos adiante.²¹

De fato, após a denominada 3ª Revolução Industrial, com a informatização do planeta, o mercado internacional passou a operar a uma velocidade cibernética.

Isto significa um capital sem controlo de trilhões de dólares girando por todo o mundo, sem permitir qualquer fator externo a influenciar seus mecanismos.

"Sim, sim, há uma ótica de conveniência, e há uma ideologia em toda a aplicação da lei. Eu vejo a prevalência dessa legalidade injusta não como alguma coisa casual, mas como alguma coisa determinada e desejada. Essa legalidade injusta é uma justificação política para dominação econômica. A lei, como você a coloca, constitui um dos ingredientes de um aparelho ideológico de dominação, e a lei, aí, na sua colocação, aparece

²¹ *"Uma rápida análise do processo de solução de conflitos resultantes das relações internacionais e nacionais de mercado hoje existentes, pode demonstrar que as grandes empresas optaram por mecanismos privados, distanciando-se de qualquer Corte de Justiça, insito no plano interno e internacional. José Edurado FARIA narra: 'o resultado é, no plano infra-estatal, o advento de justiças profissionais (especializadas em arbitragem) e não-profissionais (comunitárias, por exemplo), ambas operadas basicamente com critérios de racionalidade material e circunscrevendo sua atuação a conflitos intra-grupos, intra-comunidades e intra-classes; e no plano supra-estatal, a proliferação de foros descentralizados de negociação e a multiplicação de órgãos técnico-normativos - como a *International Organization for Standardization* - criados especialmente para fixar parâmetros, sempre mais rápidas e eficientes do que as sentenças judiciais). Atualmente, a resolução de mais de 80% dos conflitos mercantis no âmbito da economia globalizada é feita por mediações e arbitragens privadas. Nos Estados Unidos, a *American Arbitration Association*, uma entidade privada, com com 57 mil árbitros inscritos em 35 filiais. Nesse mesmo país, há ainda 1.200 programas de Resolução Alternativa de Disputas, com participação de setores governamentais, profissionais de diferentes áreas e universidades. Sediada na França, a *Chambre Internationale du Commerce*, igualmente privada, coordena mais de 750 arbitragens em 30 diferentes países envolvendo partes de 90 nacionalidades.'* (A **Globalização e o Futuro da Justiça**, inédito) Como vê-se, o Poder Judiciário nacional muito pouco tem a fazer em relação aos conflitos do mercado e, por corolário lógico, qualquer Poder Judiciário Internacional também possuirá eficácia restrita e inócua interferência nestas demandas, até porque também não possui força coercitiva, hoje restrita a garantir algumas invasões legais de interesse norte-americano. Lédio Rosa de ANDRADE, *Ob. cit.*, p. 363.

como força legitimadora da justiça e uma força tão poderosa que é interiorizada pelos próprios oprimidos. A própria vítima da lei interioriza os valores da lei... ...E interiorizam porque há todo um mecanismo de informação, de condicionamento, para esta interiorização."

Herkenhoff

Em via oblíqua Lédio Rosa de ANDRADE reconhece que se as afirmações acima forem corretas, com razão está Pietro BARCELLONA quando afirma que a interferência do Poder Judiciário nas atuais relações capitalista seria um fato insustentável de imprevisão para o próprio sistema, que poria em risco seu funcionamento. Portanto, torna-se impossível esta interferência e o Poder Judiciário não terá condições de impor suas decisões ao funcionamento do mercado internacional. Resulta disto, segundo ele, serem inaplicáveis ao **MERCO-SUL** ou a qualquer outro processo de integração ou união de países as funções tradicionais do Poder Judiciário.

Não há necessidade de um esforço intelectual muito profundo para comprovar o alegado. Torna-se ingênuo acreditar na competência de um magistrado internacional para, através de uma liminar, por ilustração, parar as atividades das bolsas de valores, ou a transferência de importâncias entre países por uma multinacional, ou, até mesmo, o deslocamento da sede de uma destas empresas de um país para outro, o deslocamento da sede de uma destas empresas de um país para outro, com o escopo de aproveitar melhores condições de exploração legal do trabalho obreiro. O mesmo dá-se em relação às condições de trabalho, conflitos nos quais o Poder Judiciário é totalmente ineficaz na implementação de qualquer política de justiça social.

*O mercado simplesmente existe e rege-se por regras próprias, sua 'mão invisível', e qualquer Corte de Justiça do Mercosul não terá as mínimas condições de interferir neste mecanismo. Questões como igualdade e justiça ficam para a filosofia.*²²

4.1.1 A mediação como forma alternativa de resolução dos litígios na Argentina, instrumento de globalização

No ano de 1996, afirmou-se,²³ estarmos assistindo a institucionalização da *mediação* na sociedade argentina. A iniciativa deste movimento provém do Poder Judiciário daquele País, que desenvolveu e colocou em marcha, em ação conjunta com o Poder Executivo, que tem a seu cargo implementar um Programa Nacional de Mediação elaborado por uma comissão criada para tal finalidade.

O Programa Nacional de Mediação atravessa as fronteiras da comunidade jurídica e abarca os mais diversos setores da população argentina. Executam programas de mediação escolar e comunitária, são oferecidos serviços de mediação no âmbito de organizações não governamentais e privadas.

Desde 1993 funciona um Centro de Mediação do Ministério da Justiça em que se levou a cabo a Experiência Piloto de Mediação *conectada a juizados de primeira instância no cível, na Capital Federal.*²⁴

²² *Ob. cit.*, pp. 362-363.

²³ Extraído de: Gladys S. ÁLVAREZ *et alii*, *Mediación y Justicia*. Buenos Aires : Depalma, 1996. pp. 159 e ss.

²⁴ O Congresso Nacional em data de 04 de outubro de 1995 aprovou a Lei 24.573, de iniciativa do Poder Executivo, denominada *Mediación y conciliación* que foi promulgada em data de 25 de outubro de 1995 e

A crise que atravessa a administração da Justiça na Argentina levou ao entendimento de que em verdade se tratava de um colapso, levando a reflexão da instituição da *mediação*, não perdendo a perspectiva de que a instituição da mediação não seria o remédio suficiente para por fim a crise.

Contudo, experiências realizadas em outros países, segundo entenderam aqueles que optaram pela implantação, permitiram inferir que *a implementação de formas alternativas de resolução dos conflitos produz a curto prazo efeitos favoráveis sobre a carga de trabalho dos juizes; a longo prazo - se efetivamente se logra uma mudança de mentalidade na sociedade, especialmente nos operadores do direito - é possível esperar um maior acesso à Justiça conjuntamente com uma baixa no índice de litigiosidade, ou seja, redução do ingresso de causas no sistema jurisdicional.*

Assim sucede porque somente chegarão a atividade jurisdicional aqueles conflitos que não tenham sido resolvidos pelas partes por si mesmas ou com a ajuda de um terceiro neutro, com ou sem poder de decisão.

Gladys ÁLVAREZ, Elena HIGHTON e Elias JASSAN no início de 1991 viajaram aos Estados Unidos comprovando o funcionamento exitoso de programas que implementaram distintas formas de *RAD anexas, conectadas ou relacionadas com os tribunais*, bem como sua eficiência e melhoramento quanto a

publicada no "*Boletín Oficial*" em data de 27 de outubro de 1995. Posteriormente regulamentado pelo decreto 1021/95, publicado no "*B. O.*" de 29 de dezembro de 1995. A mediação tem caráter obrigatório na forma que disciplina, com a característica de desjudicialização.

demora do provimento jurisdicional, propondo ao Ministro León Carlos ARSLANIAN implementar um Programa Nacional de Mediação.

Desta proposição surgiu uma comissão composta por juizes de primeiro e segundo grau e advogados incumbidos da elaboração do anteprojeto de lei de mediação, trabalho complementado com um informe que sugeria o estabelecimento de um Programa ou Plano Nacional de Mediação como forma de difundir e instaurar na sociedade argentina este processo de resolução dos conflitos.

A comissão, no mês de setembro de 1991 entregou o informe final com um projeto de Programa Nacional de Mediação *'que contempla a implementação de programas de mediação em distintos setores da sociedade - comunidades, escolas, colégios profissionais, Poder Judiciário - e sua inclusão nos planos de estudo das carreiras universitárias, face ao seu caráter interdisciplinar. Assim mesmo, se aconselhou a formação de uma Corpo de Mediadores, a criação de uma Escola de Mediadores e a realização de uma experiência piloto conectada com alguns tribunais do foro cível.*

Este informe foi subscrito pelos Drs. Luís Maurício GAIBROIS, Carlos ARIANNA e as Dras. Elena HIGHTON e Gladys Stella ÁLVARES.

O Ministério da Justiça da Argentina, com a ajuda e apoio de programas do Serviço Informativo e Cultural da Embaixada dos Estados Unidos e da Agência Internacional para o Desenvolvimento com a participação ativa de Willian DAVIS,

assessor para a América Latina dos programas apoiados por esta última organização e especialista em RAD, levou a Argentina *experts* no campo da *resolução alternativa de disputas*, especialmente na mediação.

Iniciando com um enfoque global e público do tema, a Dra. Sharon PRESS, diretora do Centro de Resolução de Disputas de Tallahassee, Flórida, U. S. A., organismo que foi criado no marco de um programa conjunto da Suprema Corte de Justiça e da Faculdade de Direito da Universidade Estadual da Flórida, *que teve a seu cargo liderar o movimento de RAD anexo ao sistema judiciário nesse Estado americano.*

A Dra. PRESS proferiu conferências, seminários e um curso introdutório de mediação, na Argentina, cujo *objetivo principal foi o de difundir o tema e informar sobre as características do instituto.*

O curso foi freqüentado por funcionários e assessores do Ministério da Justiça, funcionários e magistrados do Poder Judiciário, membros do Colégio de Advogados, da Associação de Advogados, professores da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, *psicólogos, assistentes sociais e outros profissionais de diferentes áreas.*

Durante o período em que esteve na Argentina a Dra. Sharon PRESS manteve diversas entrevistas, tais como presidentes de institutos e associações, membros da Corte Suprema de Justiça da Nação, com o decano da Faculdade de

Direito, com a finalidade de incluir a todos os setores comprometidos com a atividade judiciária neste novo movimento.

Assim mesmo se tratou de dar a maior publicidade possível em diversos meios: - rádio, jornais e televisão -, começando uma campanha de divulgação e familiarização da população com esta nova forma, para a Argentina, de resolver conflitos.

A fim de diversificar as fontes de assessoramento foi convidado um *expert* do setor privado, David JENKINS, residente em São Francisco, mediador do Estado da Califórnia.

Além da divulgação realizada por este *expert* em *conflitos patrimoniais* conduziu um treinamento básico em mediação com pequenos enfoques em casos de múltiplas partes que, na atualidade, é a sua especialidade.

Com o enfoque colocado no campo de *resolução de conflitos familiares*, se gestionou a presença na Argentina da Dra. Patricia ROBACK, mediadora e conselheira pública, prestadora de serviços no Centro Judiciário de Serviços Familiares, Los Angeles, Califórnia, U. S. A. Esta, além de proferir conferências e cursos, em Buenos Aires e perante a Corte Suprema da Província de Buenos Aires, *coordenou o treinamento focalizado aos conflitos familiares, inclusive casos de violência doméstica.*

A organização e seleção dos participantes nos treinamentos descritos, esteve a cargo da Direção Nacional de Extensão Jurídica do Ministério da Justiça.

A cada um deles assistiram aproximadamente trinta participantes, muitos provenientes dos Centros de Assistência Jurídica Popular do Ministério da Justiça e funcionários do Poder Judiciário. Paralelamente, os três *experts* mencionados proferiram seminários na Associação de Magistrados e Funcionários da Justiça Nacional.

Depois de tal tarefa, em 1992, decorrido mais de um ano de trabalho, contaram com sessenta mediadores treinados; alguns prestavam serviços nos Centros de Assistência Jurídica Popular (*barriales*) que o Ministério da Justiça estabeleceu anos antes, com ajuda da Agência Internacional para o Desenvolvimento, *começando a utilização de técnicas de negociação e mediação para conciliar as partes que recorriam a seus serviços em busca de assessoramento.*

O Ministério da Justiça, visando dotar o procedimento de um mínimo marco normativo, encaminhou ao presidente da Argentina um projeto de norma programática em data de 19 de agosto de 1992, do qual decorreu o decreto 1480/92.²⁵

Em síntese, *esta primeira norma declarou de interesse nacional a mediação, caracterizou a mediação como processo informal, voluntário e confidencial, especificando a aplicabilidade a conflitos judiciais e extrajudiciais, excluindo as*

causas penais e colocando em relevo que o mediador não decide a disputa, senão que coadjuva a que as partes o façam. Criou o Corpo de Mediadores; designou uma nova comissão de mediação, determinou a realização de uma experiência piloto de mediação conectada com juízos cíveis; delegou ao Ministério da Justiça a formulação da normatividade pertinente e orientou as províncias e os municípios a adotar em seus respectivos âmbitos, normas similares às contidas no decreto, no que pertine.

Tais argumentos constituíram a *base do plano nacional que está integrado pela proposta de realização de múltiplos programas*. Prevê a ação, difusão e implementação de mediação na sociedade argentina, a *celebração de convênios, para tais fins, com distintos organismos educativos - Universidade Nacional de Buenos Aires, Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade de Buenos Aires, colégios profissionais, Ministério da Educação e com o município, entre outros. Restou, ainda, a sugestão de convênios de cooperação técnica com as províncias.*

O objetivo declarado e central deste Plano de ação foi o desenvolvimento da mediação *não somente anexa, conectada ou relacionada com o Poder Judiciário (tribunal), senão a instalação de centros de mediação comunitária, a criação de centros de mediação institucionais - dentro de organismos não governamentais -, tais como colégios profissionais, fundações, associações civis, que em tal caráter podem administrar, monitorar e avaliar os programas, a qualidade do serviço e o*

²⁵ *Boletín Oficial* de 18 de setembro de 1992.

nível de satisfação dos usuários, levando em conta, também, os programas de mediação escolar, tanto a nível primário, como secundário.

O Plano contou com o apoio inicial do então Ministro da Justiça Dr. Carlos ARSLANIAN, e a etapa de implementação da Experiência Piloto e encaminhamento do Centro de Mediação do Ministério da Justiça, com o apoio do Secretário da Justiça Dr. Elias JASSAN; a etapa legislativa operou-se sob a iniciativa do Ministro da Justiça Dr. Adolfo BARRA.

Embora se diga que concluída uma primeira etapa do Plano, este se encontrava em plena execução.

A Nova Lei de Mediação e Conciliação Argentina²⁶ ***instituiu em caráter obrigatório a mediação prévia a todos os Juízos,***²⁷ promovendo a comunicação direta entre as partes para a **solução extrajudicial** da controvérsia.

As partes estão isentas do cumprimento deste trâmite se provarem que, antes do início da causa, existiu mediação perante os mediadores registrados pelo Ministério da Justiça.

O procedimento de mediação obrigatória não é aplicado em causas penais, ações de separação e divórcio, nulidade de matrimônio, filiação e pátrio poder,²⁸

²⁶ A respeito veja-se: *Nova Lei de Mediação e Conciliação da Argentina 24.573*, tradução de MOYSÉS ANDRÉ BITTAR, LTr, 1996. *O nosso entendimento é que apesar de todos os estudos convergirem para que mediação fosse instituída conectada ao Poder Judiciário, restou integrada ao Ministério da Justiça - na Argentina - o que cientificamente, conforme demonstraremos adiante, é incorreto e de todo lamentável.*

²⁷ Embora como se verá adiante, estudos sérios e profundos, inclusive da experiência americana, recomendem que a mediação ocorra endoprocessual.

com exceção das questões patrimoniais derivadas destas. O Juiz deverá dividir os processos, encaminhando a parte patrimonial ao mediador.

Ademais, não se aplica aos processos de declaração de incapacidade e de reabilitação, causas em que o estado nacional ou suas entidades descentralizadas sejam parte, “*amparo*”, “*habeas corpus*” e interditos; medidas cautelares até que sejam decididas, esgotando a respeito delas nas instâncias recursais ordinárias, continuando logo o trâmite da mediação; diligências preliminares e prova antecipada, juízos sucessórios e voluntários; concursos preventivos e falências; e, finalmente, causas que tramitem perante a Justiça Nacional do Trabalho.

Nos casos de processo de execução e juízos de expulsão, o presente regimento de mediação será optativo para o reclamante, devendo na sentença suposta o requerido recorrer a tal instância.

A Nova de Lei de Mediação Argentina modifica o Código de Processo Civil da Argentina e este insere-se, ainda mais, dentro dos superiores escopos que resultaram no Código Tipo para a América Latina, atendendo a uma tendência que reputo universal²⁹ - recentemente, entrando em vigor, alterado o Código de Processo Civil de Portugal que inclina-se neste sentido - de que ocorra na atividade jurisdicional, uma audiência prévia de conciliação perante o juiz togado -,

²⁸ Não é demais lembrar que a legislação brasileira determina a audiência prévia de conciliação.

²⁹ A reforma do CPC de Portugal e do Uruguai mantém a conciliação valorizando a audiência prévia e ou inicial para tanto, mas sempre endoprocessual.

enlevando esforços na consecução do propósito de solução dos litígios através de conciliação.

4.1.2 Breve notícia a respeito da experiência de mediação em outros países

O movimento de RAD com os mecanismos básicos implementados na Argentina tem mais de duas décadas nos Estados Unidos, larga trajetória na China, desenvolveu-se em graus diversos em França, Inglaterra, Noruega, Nova Zelândia, Canadá, entre outros.

Na América Latina foi a Colômbia um dos primeiros países que começou a trabalhar neste campo ao redor de 1983 e hoje é um dos mais avançados, ao menos no setor privado e com relação a arbitragem comercial e a conciliação, que se assemelha ao modelo de mediação.³⁰

A institucionalização da RAD está em marcha na Bolívia, El Salvador, Costa Rica, Porto Rico e outros países.

No Brasil não se tem notícia de um estudo oficial, de cunho sistemático e recente, a respeito da mediação e ou da conciliação endoprocessual. Recentemente a Associação dos Magistrados do Estado do Paraná promoveu

³⁰ Para maior detalhamento quanto a evolução histórica e direito comparado, ver: Elena I. HIGTON y Gladys S. ÁLVAREZ, *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires : Ed. Ad.-Hoc, 1995 e Gladys ÁLVAREZ, *Mediación y Justicia*.

seminário a respeito de mediação.³¹ As informações veiculadas pelos órgãos de imprensa dão notícia de um Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem,³² sem vínculo com o Ministério da Justiça e ou o Poder Judiciário.

A revista Time de 29 de agosto de 1988 dá destaque a algo então novo nos Estados Unidos³³: *juristas autônomos* oferecem opção para cortar custos e demora das cortes de justiça.³⁴ Com as “*bênçãos da corte estatal*”, as partes contratam um “*juiz particular*”, entre centenas de chamados juízes de aluguel (*rent-a-judges*) existentes no país. Juízes aposentados que presidem as audiências pela remuneração de 150 a 300 dólares por hora. Em muitos casos, atuam como mediadores, *eles têm poderes instrutórios e decisórios*, como no caso acima mencionado, *cabendo, porém, o julgamento final a um corpo de jurados escolhidos da lista oficial do júri oficial*.

Segundo o autor derradeiramente citado, *há crescente utilização do sistema, inclusive porque permite às partes escolher juízes com experiência relevante para*

³¹ A Escola Superior da Magistratura do Estado do Paraná instituiu curso de capacitação profissional para conciliadores e juizes leigos a ser ministrado em parceria com a Escola Superior da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Paraná. É de se ressaltar que os cursos jurídicos não mantêm disciplinas com ênfase em conciliação, mediação e arbitragem, que demandam, inclusive, formação especializada e interdisciplinar com ciências afins. A formação do Juiz de Direito é para *dizer o direito* e não para conciliar.

³² A reportagem *Sentenças a Jato* da revista VEJA, datada de 18 de setembro de 1996, despertou a atenção de alguns leitores interessados na *Justiça Privada* como alternativa para resolver pendências ou que pretendem tornar-se árbitros independentes. Foram dezenas de cartas e perto de duzentas ligações telefônicas. Outros interessados em maiores informações sobre o assunto podem ligar para o Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem, cujos telefones são: 0800-120155, 011-887-7789 e 011-887-7461 - fax. Rua Jundiá, 50, 2º andar, C. E. P. 04001-140 - São Paulo - Capital.

³³ Tell it to the rent-a-judge - Law, Time, n. 35, p. 41. Apud GOMES DA CRUZ, José Raimundo, in *Pluralidade de Soluções das Diferentes Lides nos Sistemas Jurídicos Modernos*, in *Atualidades Jurídicas*, Ernane Fidélis dos SANTOS, Coordenador. Belo Horizonte : DEL REY, 1992. p. 65.

³⁴ *Free-lance jurists offer a way to beat court costs and delays.*

o caso, em vez de aceitarem juízes designados por acaso nas cortes públicas.³⁵ Adversários do sistema o chamam de “*Justiça Cadillac*”, por permitir aos mais abastados evitarem o sistema judicial. O abandono deste pela elite impediria seu aperfeiçoamento. Entre outras críticas, mostra-se relevante aquela que teme a falta de publicidade que haveria nas demandas envolvendo macroempresas e outros litigantes.

4.2 Crítica à mediação

Laura NADER³⁶ proferiu a conferência inaugural da **XIX Reunião de Antropologia**, realizada de 27 a 31 de março de 1994, em Niterói, RJ. Nela abordou a mediação, titulando a conferência como **La Civilización Y sus Negociadores - La Armonía como Técnica de Pacificación**.³⁷

A autora citada ressalta que no curso de seu trabalho sobre outros povos, os observadores da cena política do Estados Unidos da América nos finais da década de 70, e durante os anos 80 e 90 notaram que em comparação com a dinâmica da atividade política pública da década de 60 e do início dos anos 70, os norte-americanos de hoje resultaram apáticos e submissos. Estudando como se construiu a ideologia da harmonia nas nações-estado modernos do tipo das

³⁵ É corriqueiro encontrar no nosso sistema juízes com elevada especialização em determinada área (cursos de especialização, mestrado e doutorado, obras publicadas) e que pela estrutura das promoções e remoções do Poder Judiciário, conduziram-no a atuação em área onde não está especializado. A crítica, portanto, é amplamente procedente. Necessitamos de revisão de critérios, inclusive constitucional.

³⁶ Departamento de Antropologia, Universidade da Califórnia, Berkeley.

³⁷ Publicada na íntegra em *Lições Alternativas de Direito Processual*, Horácio Wanderlei RODRIGUES, Organizador, Editora Acadêmica, cap. VII, p. 113.

democracias ocidentais e como estas ideologias se expandem mais além das fronteiras nacionais constatou que o processo pelo qual as ideologias que são motores de mudanças tomam forma através de um discurso muito interessante, indo mais além da lei para incluir os nexos entre lei, negócios e distritos eleitorais dentro da comunidade.

Los años 60 han sido descritos como confrontacionales, una época en que varios grupos sociales en Estados Unidos se sintieron motivados para pasar al frente con sus propuestas: derechos civiles, derechos de consumidores, derechos de medio ambiente, derechos de la mujer, derechos de los pueblos indígenas, etc. También fue un período de duras críticas a la ley y a los abogados en relación con temas de derechos y soluciones. Pero en un período de 30 años el país pasó de una preocupación por la justicia a una preocupación por la armonía y la eficiencia, de una preocupación por la ética del bien y del mal, a una ética de tratamiento, de las cortes a la Resolución Alternativa de Disputas. Como sucedió esto?...³⁸

Nos anos seguintes a Conferência Pound³⁹ o público assistiu a *inundação de uma retórica de resolução alternativa de disputas*, segundo Laura NÁDER. A linguagem utilizada obedeceu a um código muito estrito e formulário que se-guiu um padrão de retórica assertiva, fazendo grandes generalizações, sendo repetitiva, invocando autoridade e perigo, apresentando valores como se fos-sem fatos. Começou a colecionar palavras chave: A RDA era associada com a paz, enquanto que a resolução judicial era associada com a guerra. Uma é

³⁸ *Op. cit.* p. 117.

³⁹ A Conferência Pound: *Perspectivas sobre a justiça no futuro* foi realizada em Minnesota, em 1976.

adversidade, a outra não. Em uma há enfrentamento, insensibilidade, des-truição de confiança e cooperação, e somente perdedores, enquanto em outra há cicatrização suave e sensível de conflitos humanos, e produz somente ganhadores. As alternativas eram associadas com ser moderno: “*creando hoy la corte del mañana.*”

Embora a retórica da conferência fosse desafiada por cientistas sociais (como Mark GALANTER) buscando separar entre mito e evidência verificável.⁴⁰

“Se organizaron conferencias sobre medio ambiente para ver si se podia desviar ‘el énfasis de ganador-perdedor hacia una propuesta de equilibrio de intereses’. Los gremios fueron inundados con planes de control de calidad en los cuales administrativos y empleados podrian cooperar en armonia, una situación de ganador-ganador. Negociadores de Washington intentaron persuadir a las reservaciones de Indios norte-americanos que aceptaran desechos nucleares como una solución de ganadores-ganadores - saliendo de sua miseria económica mientras que contribuían con su país. Los grupos de medio ambiente están siendo hostigados con reuniones de consenso, también supuestamente ganador-ganador. Los problemas familiares son mediados, en California y en varios otros estados esa mediación es obligatoria. En Washington hay una Oficina de Planeamiento de Conferencias de Consenso. En escuelas marginales a los ‘alborotadores’ se les enseña resolución de disputas, sin pensar en llenarles el estómago con desayunos calientes, y en la actualidad tenemos un presidente a quien se llama el Presidente de Consenso.”

⁴⁰ Laura NADER cita extensa bibliografía a respeito do estudo da **mediação**, nos Estados Unidos. *Op. cit.* pp. 130/131.

“Las bases de la postura del presidente Clinton fueron bien documentadas por la antropóloga Carol Greenhouse (1986) quien estudió una comunidad de Bautistas Saureños en Georgia, explicándoles los significados culturales de una explosión en RDA. La autora sugiere que la ecuación contemporánea de cristianidad y armonía inspiró una evasión de la ley, antipatía por la ley y una valorización del consenso - ‘una estrategia que transformó el conflicto...’

“En un esfuerzo por sofocar los movimientos de derechos de los años 60 y atemperar las protestas por Vietnam, la armonía pasó a ser una virtud. Después de todo, el Presidente de la Suprema Corte había sostenido que para ser más civilizado los norteamericanos debían abandonar la centralidad del modelo adversario. Las relaciones, no las causas de base, y destreza para resolver conflictos interpersonales, no injusticia o disparidad de poder, eran y son el punto de partida del movimiento de RDA. En tal modelo, los demandantes civiles terminan siendo ‘pacientes’ que necesitan ayuda, y la política social se inventa para el bien del paciente.

“Al igual que los críticos de los supuestos de la RDA, los críticos de RDA en la práctica hablan de consecuencias y peligro. La mediación obligatoria en estas críticas es vista como control - en la definición ‘del problema’, control del discurso y de la expresión, difícilmente una alternativa a un sistema adversarial que hace lo mismo. Los mismos críticos describen la mediación/negociación como destructora de derechos en cuanto limita la discusión del pasado, en cuanto prohíbe el enfado, y en cuanto a compromiso forzado. En resumen, la mediación obligatoria reduce la libertad porque a menudo se encuentra por igual frente a una ley adversaria, y en general está escondida (GRILLO, 1991). Los casos generalmente no se registran; hay muy poca regulamentación y casi no hay responsabilidad, similar a la situación en psicoterapia por ejemplo. Los críticos promueven la prevención y las soluciones grupales. Una vez más, sin embargo, a pesar de la oposición y del

creciente conocimiento de las consecuencias, que son de todo menos benignas, la RDA continúa su marcha e en la actualidad ha pasado a ser internacional.”⁴¹

4.3 Sobre a Justiça

A sabedoria pagã, como a religião cristã, ressaltam a dignidade suprema da Justiça. Desde o polieísmo helênico permitiu-se encarnar certos ideais em figuras humanizadas, razão pela qual Marcelo Urbano SALERMO afirma que se podem conhecer as crenças de um povo através de suas divindades, onde o fantástico e o real muitas vezes se confundiram.

Na mitologia grega, ao lado de **Zeus: Palas Atenea**, símbolo do saber e da paz; existiam deidades menores que personificaram o processo judicial (**Diké**) e a legalidade (**Themis**), junto a vingança (**Némesis**).

Porém, os mitos não impediram aos filósofos um trabalho reflexivo em torno a Justiça em abstrato.

En Pitagoras (siglo VI aJC) ya se encuentra esbozada la equivalencia entre justicia y equidad. El mérito de Sócrates (469-399 aJC) fue haber centrado el problema dentro de la virtud, ya que la finalidad de sus enseñanzas era el conocimiento del bien; estudió las relaciones habidas con la piedad, la predencia, la sabiduría y la moderación o templanza.

Platón (429-347 aJC) ahondó el pensamiento socrático, distinguiendo cuatro virtudes: el valor, la piedad, la justicia y la prudencia. Para el autor de "La Republica" el concepto de lo justo se refiere a la salud del

⁴¹ *Op. cit.* pp. 120-1.

alma, en cuanto es un valor moral de la personalidad que permite superar las pasiones mediante el autodomínio (enkratía). Confirió a la justicia un carácter ético fundamental, identificándola con la armonía, la perfección y la belleza.

La teoría sobre la justicia llegó a su cúspide con Aristóteles (384-328 aJC) en su libro "Ética a Nicómaco". El acto de juzgar sólo incumbe a quien es ajeno al conflicto (principio de alteridad) y corresponde al justo medio (principio de igualdad). En su concepto "cuando no se tiene y las cosas han quedado como estaban antes, se dice que cada uno tiene lo suyo e que, ninguno ha tenido pérdidas ni ganancia". Distinguió varias especies: por un lado la distributiva: por el outro, la correctiva o sinalagmática, que a su vez dividió en conmutativa y judicial. El estagirita elaboró una concepción basada en Sócrates y Platón que con el correr de los siglos devino clásica, pues fue adoptada en Occidente.⁴²

O citado autor entende que a influência dos gregos foi muito grande no mundo antigo, em particular entre os romanos, cujas mentes foram mais pra-gmáticas que especulativas, impondo-se o gênio jurídico ao filosófico. CÍCERO foi um genuíno expoente dele, para quem a Justiça também se baseava na virtude.

ULPIANO caracterizou o vocábulo "**ius**" deste modo: "*es llamado así por la Justicia, pues, como elegantemente lo define Celso ius es el arte de lo bueno y lo equitativo*". As palavras "**bonun**" e "**acquus**" eram utilizadas em latim com um significado mais amplo, pelo que o texto era mais expressivo em seu original.

Em tais textos, Justiça ("**iustitia**") e direito ("**directum**") aparecem como os ideais complementares que se pressupõe mutuamente.

⁴² *La Justicia entre dos mundos. In: Revista Jurídica da UNISUL, Tubarão, n.º 2, p. 43, Ano I.*

A norma jurídica se chamava "*iura*", daí que o obrar contra direito seria "*iniura*".

Roma sobrevive até nossos dias através de seus legados, onde "*la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto*", no dizer do Digesto.

O art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, exige, primeiro, que o juiz seja independente do Poder (ou dos Poderes do Estado, inclusive o Judiciário, em sua estrutura e hierarquia).

"Interpretar a lei e decidir sobre um conflito é sempre um momento de liberdade. Quando o Judiciário se reafirma como poder independente, foge da submissão ao Executivo e ao Legislativo. É o momento em que os juízes podem reconciliar a lei defeituosa e má com os anseios da liberdade, justiça e democracia do povo."

Joaquim Falcão

4.3.1 Conciliação. Conceito e perspectivas históricas⁴³

Os métodos informais de solução das controvérsias foram considerados, por longo período, próprios das sociedades primitivas e tribais, enquanto o processo jurisdicional representava insuperável conquista da civilização.⁴⁴

⁴³ Para um estudos sistemático da conciliação é de todo recomendável um pesquisa na biblioteca da Faculdade de Direito do Recife, onde há teses a respeito - escritas à época em que obrigatória -, abordando as qualidades da mesma. *Vide*: Antonio Pessoa CARDOSO. *A conciliação no direito brasileiro*. In: *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, n.º 1/2, dez/1992, vol. 21, pp. 171-203.

Hoje a conciliação é o modelo adotado pelo **MERCOSUL**.

Não chegarei ao extremo de vos aconselhar a repulsa ao direito legislado mas tenho a consciência tranquila de recomendar que não abuseis dele como nós estamos fazendo. E, sobretudo, cuidai muito da dignidade, do prestígio, da liberdade do juiz, de não atar-lhe, demasiado curto, as mãos. É o juiz, não o legislador, que tem diante de si o homem vivo, enquanto o homem legislador é, desgraçadamente, uma marionete ou um títere. E só o contacto com o homem vivo e autêntico, com suas forças e debilidades, com suas alegrias e seus sofrimentos, com seu bem e seu mal, pode inspirar essa visão suprema que é a intuição da Justiça.

Francesco Carnelutti

Ressurge hoje o interesse pelas vias alternativas de resolução dos litígios, ou capazes de evitá-los, conquanto não o excluam necessariamente.

Oralidade, celeridade e informalidade norteiam a conciliação e são harmônicas com o **MERCOSUL**.

Como observa Ada Pellegrini GRINOVER, não há dúvida de que o renascer da conciliação é devido, em grande parte, à crise da Justiça, à sobrecarga dos tribunais, à morosidade dos processos, seu custo, à deficiência do patrocínio gratuito, tudo levando à insuperável obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do Direito, mas tem como preocupante conseqüência a de incentivar a litigiosidade latente,

⁴⁴ Nesse sentido Ada Pellegrini GRINOVER. *Participação e Processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, p.

que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a Justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os 'justiceiros').

Contudo a adoção como modelo para o **MERCOSUL** demanda reflexão. Reflexão a respeito da escolha de quem irá presidir a sessão de conciliação - face ao binômio competência/ética -, a possibilidade/necessidade (ou não) de *fiscalização* pelo Poder Judiciário (homologação?), a efetividade do modelo a ser adotado, a possibilidade de opção e os contratos de adesão nas relações de consumo etc.

A instituição de audiência prévia de tentativa de conciliação, segundo os fatores dos novos diplomas, tem sua origem no modelo de Stuttgart,⁴⁵ cidade alemã onde a prática seria adotada.⁴⁶

277.

⁴⁵ "Deixei por fim a menção ao Stuttgarter Modell e ao Schiedeman - árbitro - alemães. Cappelletti e Harth mencionam a experiência do Modelo Stuttgart, que permite aos litigantes, advogados e juizes, através de franco diálogo, a solução das questões de fato e de direito, fazendo com que a sentença seja rápida e inteligível para as partes, que dela podem imediatamente apelar." - grifo meu - Caetano LAGRASTA NETO, *Meios Alternativos de Solução dos Litígios. In Compêndio de Legislação para Juizados Especiais*. São Paulo : Escola Superior da Magistratura, 1992.

⁴⁶ Contudo, para Roberto Omar BERIZONCE (Professor de Direito Processual da Universidade de la Plata - Argentina), a audiência preliminar é originária da legislação austríaca de 1895. *La audiencia preliminar en el Código Procesal Civil - Modelo para Iberoamérica. In Atualidades Jurídicas*, vol. 2, pág. 104. 'La bibliografía iberoamericana sobre estas cuestiones es extraordinariamente nutrida. A sólo título indicativo y porque resumen la mayoría de los antecedentes, remitimos a BUZAID, A., *Do despacho saneador*, Ver. *Direito Processual*, São Paulo, 1960, p. 45. Fairen GUILLEN, V., *Sugerencias prácticas sobre el contenido de la audiencia preliminar*, comunicación al Congreso Internacional "Un Códice 'Tipo' di Procedura per l'America Latina", Roma, 1988. Gelsi BIDART A., TORELLOS L., VESCOVI E., *Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo Para Iberoamerica. Exposición de motivos, en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, Montevideo, 1988, pp. 53 y ss. BARBOSA MOREIRA J. C., *Saneamiento del proceso y la audiencia preliminar*, Ver. *Urug. Der. Proc.*, Madrid, 1986, p. 11 y ss. BARRIOS DE ANGELIS D. *La audiencia preliminar*, Ver. *Urug. Der. Proc.*, Montivedeo, 1975, n. J. p. 11; *id. Audiencia preliminar; sistema y método*, La Ley, Bs. As., 1988 - A. p. 1067 e outros.'

Ocorre que a prévia conciliação é avoenga em nossa tradição jurídica e apresenta elaboração muito singular pelo velho legislador brasileiro.

O Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, recebido pela República pelo Decreto n.º 763, de 19 de setembro de 1890, aplicável ao processo, julgamento e execução das causas cíveis em geral, salvo as reguladas para processos especiais, era taxativo a respeito da conciliação prévia, ao dispor em seus arts. 23 e seguintes sobre o tema:

"Nenhuma causa comercial será proposta em juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por ato judicial, ou por comparecimento voluntário das partes..."⁴⁷

No decorrer do período monárquico e nos primórdios da República, o Direito brasileiro conheceu, pois, a busca da prévia conciliação entre as partes, visando a preservação da paz e o afastamento da eternização das lides judiciais.

Com a federalização do Direito processual, a partir da Constituição de 1934, a presença dos processualistas italianos tornou-se freqüente em nossos meios acadêmicos, e estes foram afastando instituições que mereciam preservação, a partir de um inevitável aggiornamento.⁴⁸

A conciliação no direito brasileiro, sem discrepância nas principais línguas latinas: "conciliation", em francês, "conciliazione", em italiano, e "conciliación", em espanhol, são utilizados pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência.

⁴⁷ Sebastião de SOUZA, discorda dos que admitem ter a conciliação despontada em outros países, pois assegura que o instituto já vigorava no direito português, antes mesmo das Ordenações. Diz o mestre: "No direito anterior às codificações reinícolas, nas normas estabelecidas nos forais, já se encontrava a figura interessante dos avindores, que exerciam uma função semelhante a dos juizes de paz." Apud Antonio Pessoa CARDOSO. *Ob. cit.*, p. 172.

"*Conciliação*", palavra derivada do latim "*conciliatione*", significa ato ou efeito de conciliar; ajuste, acordo ou harmonização de pessoas desavindas; congraçamento, união, composição ou combinação; ou ainda, derivada do latim "*conciliatio*", de "*conciliare*" (atrair, harmonizar, ajuntar).

A conciliação, segundo Guillermo CABANELLAS DE TORRES, é a convenção das partes em um ato judicial, antes do conflito de interesses ser suscitado em juízo (diretamente); ela procura a transigência das partes, com a finalidade de evitar o pleito que uma delas queira começar.

Segundo o mesmo autor, a mediação é a participação secundária em um negócio alheio, a fim de prestar um serviço às partes ou interessados.⁴⁹

Em sentido jurídico, diz REYNALS, entende-se por conciliação o ato judicial celebrado perante autoridade pública, entre autor e réu, visando a arreglar amigavelmente sus respectivas pretensiones o diferencias, de acordo com as lições de GALLINAL, MANRESA e ARRAZOLA, lembrados por Cristóvão Piragibe TOSTES MALTA.⁵⁰ "No nosso direito", acrescenta esse último doutrinador, conciliação tanto se emprega com sentido de procedimento de órgão judiciário visando a obter o ajuste entre os interessados, como equivale ao próprio acerto efetuado entre as partes.⁵¹

⁴⁸ Cláudio LEMBO. *Conciliação e as tradições jurídicas*. In: *Reforma do Código de Processo Civil*, Ministro Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, Coordenador. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 387. Para o Prof. Cláudio LEMBO o grande teórico da *conciliação* é CALAMANDREI.

⁴⁹ A respeito de conciliação e mediação, veja-se: SOVERAL MARTINS, *Processo e Direito Processual, Processos Autotutelares e Processos Heterotutelares*, Centelha, Coimbra - Portugal, Vol. I e II, 1985.

⁵⁰ *Da Competência no Processo Trabalhista*. pp. 66/67.

⁵¹ *Op. cit.* p. 67.

Para Niceto Alcalá ZAMORA Y CASTILLO: “*En la conciliación, el funcionario que la presida o dirija deberá aconsejar, según las circunstancias, al pretensor (eventual actor) para que retroceda (desista), al pretendido (demandado em su caso) para que aceda (se allane) o a ambos para que cedan (transijan)*”.⁵²

Conciliação é tão antiga quanto “*al interés de los hombres por resolver pacíficamente sus conflictos, pues no hay duda de que viene empleándose desde tiempos inmemoriales.*”⁵³

A conciliação é idéia tão antiga quanto o próprio mundo, daí dificuldade quando se procura apontar sua origem, que se mostra bastante confusa e muito disforme: sumerianos, hebreus, gregos, romanos, holandeses, russos, ingleses, dinamarqueses, franceses etc.

Antonio Pessoa CARDOSO afirma que informam os historiadores que, nas sociedades primitivas, os chefes de família eram, ao mesmo tempo, pontífices e jurisconsultos, confundindo religião com o direito. Aliás, a solução amigável surgia em função dos interesses religiosos e políticos.⁵⁴

Situa-se a conciliação primeiramente na Suméria antiga, civilização erguida na Mesopotâmia, aproximadamente cinco mil anos antes de Cristo. O Código de

⁵² *Proceso, Autocomposición u Autodefesa*. p. 13 et passim.

⁵³ Eladio DAYA, *La Conciliación em los Conflictos de Trabajo*. p. 3.

⁵⁴ *Ob. cit.*, pp. 171 e 172.

Hamurabi impunha: "Cada caso era primeiramente submetido a um arbi-trador público, cuja função consistia em reconciliar as partes."⁵⁵

Wagner D. GIGLIO⁵⁶ traça um perfil histórico da conciliação. Ressalta que Eduardo R. STAFFORINI admite a existência da conciliação entre os hebreus, nas leis da Grécia antiga e na lei das doze tábuas.

*Sin embargo, COUTURE afirma que la justicia de conciliación o de avenimiento pertenece más bien a la tradición germana y a la justicia medieval, en la cual el juez actuaba con el propósito de dirimir la controversia mediante la conciliación que a él le parecía equitativa.*⁵⁷

Informa Cristovão Piragibe Tostes MALTA, com apoio em Juan MENÉDEZ PIDAL, que a moderna conciliação tem suas origens "nos mandaderos de paz do Fuero Juzgo (Lei XV, Tít. I, livro II), nos Jueces Avenidores das Partidas (Lei XXIII, Tít. IV, Partida III), nas Ordenanças de Bilbao, na Instrução de Corre-gedores de Carlos III (15/5/788), nas Ordenações de Matrículas de Carlos IV", acrescentando que "a conciliação de tipo francês, inspirada no sistema ho-landês, passou à Constituição Espanhola de 1812 e daquela Carta ao Decreto de las Cortes de 13 de maio de 1821, sendo que a lei de Enjuiciamento Civil, de 05/10/1855,

⁵⁵ Edson PRATA. *Conciliação. Da Suméria aos nossos dias. Jornal da Manhã*, 02.06.1973.

⁵⁶ *A Conciliação nos Dissídios Individuais do Trabalho*. pp. 11 e segs.

⁵⁷ *Derecho Procesal Social*. p. 75.

*transformou essa instituição no ato de conciliação com perfil moderno, passando finalmente à lei, vigente, de 1881.*⁵⁸

Os Conselhos de Prud'hommes, restabelecidos por Napoleão I por decreto de 18 de março de 1806, a pedido dos fabricantes de seda de Lyon, utilizavam a conciliação em sua atuação prática. Já dispunham as Ordenações do Reino, no Livro III, Título XX, § 1º, que *“no começo da demanda dirá o juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e sigam entre elas ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre é duvidoso. E isto, que dizemos, de reduzirem as partes a concórdia, não é de necessidade, mas somente de honestidade nos casos, em que o bem puderem fazer.”*

A primeira Constituição do Brasil previa, ao tratar do “Poder Judicial”, no Título VI, que *“sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum.”*⁵⁹

A supressão da tentativa de conciliação obrigatória só veio a ocorrer em 1890, pelo decreto n.º 359, porque segundo a filosofia então imperante, não se harmonizava com a liberdade individual (sic), era inútil, causava despesas e

⁵⁸ *Op. cit.* pp. 68-9.

⁵⁹ Art. 161. *“No Brasil Império, os juizes de paz, honorários e leigos, foram investidos de função conciliativa prévia, como condição obrigatória para o início de qualquer processo, pela Constituição de 1824. No entanto, a instituição foi paulatinamente perdendo importância, até a transformação dos juizes de paz em órgão incumbido tão-somente da celebração de casamento.”* Ada Pellegrini GRINOVER, *A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In Participação e Processo.* pp. 288/289.

procrastinações.⁶⁰ Não se vedava, entretanto, a auto-composição espontânea, por renúncia, reconhecimento ou transação.

O CPC, em seu art. 331, red. Lei n. 8.952, de 13.12.94, disciplina audiência preliminar de conciliação e saneamento.

Os processualistas da América do Sul vêm insistentemente alvitando a inserção de uma *audiência preliminar* no procedimento de seus países, com o tríplice escopo de incentivar a conciliação, sanear o processo e delimitar a instrução a ser feita.⁶¹

4.3.2 A nova lei de arbitragem

Retoma o cenário a arbitragem,⁶² à qual observa José Raimundo Gomes da CRUZ,⁶³ instituto que apresenta certa contradição, na atualidade, pois a evolução do processo civil romano o deixou para trás, no terceiro período, e as reformas

⁶⁰ “Em algumas comarcas do Estado do Paraná, chegou-se a 98% de acordos.” ADA PELLEGRINI GRINOVER. *Op. cit.* pág. 291. (Referência aos Juizados Especiais)

⁶¹ Cândido Rangel DINAMARCO. *Audiência Preliminar, Conciliação, Saneamento. In A Reforma do Código de Processo Civil.* São Paulo : Malheiros, pp. 114-5.

⁶² O Juízo arbitral, incluído entre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa (artigos 1.072 a 1.102; sobre o compromisso a ele relativo o nosso Código Civil apresenta os artigos 1.037 a 1.048), agora revogados. Vicente GRECO FILHO entende que o compromisso arbitral “seria um excelente meio de solução de conflitos patrimoniais entre maiores e capazes”, o que não ocorre, seja “pelas características de nossa própria cultura”, seja pelo formalismo que cerca o compromisso (*Direito Proc. Civ. Bras.*, São Paulo, 1985, v. 3. p. 257-258).

⁶³ *Pluralidade de Soluções das diferentes Lides nos Sistemas Jurídicos Modernos. In: Atualidades Jurídicas,* Ernane Fidélis dos SANTOS, Coordenador. p. 65.

processuais recentes o prestígio, como ocorre no Nouveau Code français, no seu Livro IV.⁶⁴

A Lei n. 9.307, de 23.09.96, ao dispor sobre a arbitragem, revogou dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil, para estabelecer por completo todas as disposições acerca de tal meio colocado alcance das partes para a solução de determinados litígios. Cuida-se de medida facultativa, cabendo às partes analisarem a viabilidade de sua utilização em seus conflitos.

O art. 5º da Lei prevê a possibilidade de evitar-se o acesso ao Poder Judiciário para instauração do juízo arbitral: basta, para tanto, que a cláusula compromissória preveja outro mecanismo para a hipótese de uma das partes deixar de indicar o árbitro.

Nem, aos menos, há a necessidade de homologação do laudo arbitral pelo Poder Judiciário.⁶⁵

Em um país onde os contratos são impressos, ainda que se forma dissimulada, como os de mútuo, que são distribuídos pelas instituições de créditos em disquetes, é difícil acreditar que o hiposuficiente poderá discutir a respeito de qualquer cláusula. O poder econômico indicará os árbitros.

⁶⁴ Cf. Jean VINCENT e Serge GUINCHARD. *Procédure civile*, 21 ed., Paris : Dalloz. 1987, pp. 21-3.

⁶⁵ “Também a Bélgica, a França e a Itália reformaram, mais ou menos recentemente, sua legislação processual em matéria arbitral, dispensando em várias hipóteses (mas não de maneira ampla e geral, como ocorreu em Portugal) a homologação do laudo.” Carlos Alberto CARMONA, *Arbitragem e Jurisdição. In: Participação e Processo*, p. 303.

Há ampla discussão a respeito da constitucionalidade da nova lei de arbitragem.

Nas XVI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, Brasília, de 10 a 14 de agosto de 1998, Carlos Alberto CARMONA, reconhecido nacionalmente como um destacado especialista em arbitragem, realizou eloqüente peroração a respeito da arbitragem.

Insistiu que a adoção da arbitragem como modelo para o **MERCOSUL** é precipitação, não há na história nacional uma tradição do instituto e sugere que se aguarde por algum tempo.

Adroaldo Furtado FABRÍCIO, na mesma oportunidade, apresentou estudo a respeito da *Arbitragem internacional no MERCOSUL*.

A respeito da fragilidade e insuficiência do sistema arbitral do **MERCOSUL** afirmou

*O oblvio a que se acha relegado o sistema arbitral do MERCOSUL, sua absoluta e aparentemente irremediável inoperância é, talvez, o atestado mais eloqüente de sua inadequação, ao mesmo passo em que confirma, por outro lado, a histórica má-vontade, para não dizer aversão, da cultura ibérica em relação a esse mecanismo de resolução das controvérsias.*⁶⁶

⁶⁶ In: *Direito Processual Ibero-Americano*, p. 276. Mesmo armando-se em vigoroso defensor desse "equivalente jurisdicional", Joel Dias FIGUEIRA JR. admite que seu emprego foi sempre muito restrito, salvo nos sistemas jurídicos do *Common Law*, por razões bem conhecidas, e no período medieval, quando a autoridade estatal sofreu a sua maior crise em razão da extrema fragmentação dos focos de poder e da multiplicidade de jurisdições. *Manual de Arbitragem*, p. 24 e segs.

Não obstante a falta de acesso dos particulares ao sistema de solução de controvérsias do **MERCOSUL**, não dispendo eles de qualquer caminho para a busca do remédio aos litígios que se instaurem com outros particulares, com algum dos governos ou com os órgãos intergovernamentais, o que, para muitos por si suficiente para justificar a criação de um tribunal supra constitucional,⁶⁷ em relação ao consumidor há uma proposta de aplicação do direito processual de cada País, sendo necessário divisar as diferenças e similitudes.

É quase completamente consensual entre os estudiosos da matéria a noção de que, cedo ou tarde, o processo de integração atingirá um estágio a partir do qual só poderá continuar avançando com a introdução de profundas alterações na estrutura institucional do MERCOSUL, sobretudo no atinente à solução de controvérsias. Mais: há uma ampla prevalência da opinião segundo a qual esse momento já chegou e a criação de órgãos supranacionais, ancorados ao conceito de soberania compartilhada, não comporta mais adiamentos.

*Essa posição mostra-se particularmente incisiva, quando não radical, no relativo à necessidade de estabelecer-se um tribunal comunitário dotado de autoridade própria, e portanto acima das nacionalidades e dos governos.*⁶⁸

⁶⁷ Antonio Carlos Viana SANTOS. *Estado nacional e jurisdição supranacional. In: Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, Ano I, n.º 2, p. 137. Nesse sentido: Adroaldo Furtado FABRÍCIO. *Ob. cit.*, p. 276.

⁶⁸ Adroaldo Furtado FABRÍCIO. *Ob. cit.*, p. 279.

4.3.3 A justiça coexistencial na concepção de MAURO CAPPELLETTI.

O discurso a respeito da necessidade de novos paradigmas se subsume a um discurso temático que envolve *a crise do processo civil brasileiro*, salientando a *morosidade na distribuição da Justiça*, em face da inadequada organização judiciária (*pondo em relevo o excesso de instâncias recursais*)⁶⁹; *a insuportável demora dos processos*; *a deficiência dos serviços de assistência judiciária*; *a insuficiente atuação da oralidade*; etc., são vetores que enca-minham para uma prestação jurisdicional tardia e que, ao final, muitas vezes, resulta ineficiente.

Trata-se de problema que, na realidade, não é peculiar ao Brasil, mas que se encontra em muitos países e também na Itália, Chile, Uruguai, Argentina e Paraguai.⁷⁰

Os problemas, portanto, são comuns.

⁶⁹ Este, ao que nos parece, desde logo consignando, um dos mais graves equívocos no trato de agilizar a prestação jurisdicional, violando as garantias constitucionais do duplo grau de jurisdição, induzindo a uma justiça de segunda categoria e que é feita sem levantamento de outros vetores - dados estatísticos - para soluções (em relação aos Juizados Especiais).

A respeito veja-se: *Recursos e Impugnações nos Juizados Especiais Cíveis*, J. S. FAGUNDES CUNHA, Juruá Editora, Curitiba, 2. ed., 1997. A solução dos conflitos através da conciliação, a implementação de cursos para formação de conciliadores e árbitros evitaria os recursos. Enfim, a estatística demonstra que nos Juizados Especiais Cíveis - *autêntico Poder Judiciário do Consumidor* - regularmente instalado, o número de recursos é ínfimo; o que, infelizmente, não é considerado por aqueles que estudam os recursos nos Juizados Especiais Cíveis, jamais apresentando qualquer quadro estatístico.

⁷⁰ Nesse sentido: CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas da Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas*. p. 09.

E é precisamente esta constatação que serve como ponto necessário para qualquer análise comparativa, para aquilo que CAPPELLETTI costuma denominar como *tertium comparationis*.

Portanto, problemas comuns ou necessidades sociais comuns reclamam por uma resposta idêntica, por uma intervenção jurídica, seja no plano legislativo, seja em outro plano.

Os princípios, em essência, que tentam informar o rápido deslinde da resolução dos litígios são o *princípio da oralidade* e seus corolários: a *imediatez* do Juiz na relação com as partes e outros sujeitos do processo (em particular, as testemunhas) e, ainda, como condição *sine qua non* para a aplicação desta imediatez, a *concentração da causa* em poucas audiências.

Pesquisas, incluindo estatísticas, levaram a convicção de que a oralidade (*que não implica em renúncia total àquele meio essencial de comunicação que é a escrita*) constitui um instrumento importante não só para resolver o problema da excessiva demora dos processos, mas também para melhorar a qualidade da Justiça civil.

O tema, aqui sempre analisado a partir do texto de CAPPELLETTI, que enfoca a dimensão social do processo, denominada de *revolução copernicana*.

Por que *revolução copernicana*?

Indaga e responde: É porque esta põe em destaque a *dimensão social do processo*, se cogita de uma nova visão do processo, que rompe com a imposição tradicional, pela qual o processualista ou jurista em geral concentra a sua atenção sobre o direito como *norma*, seja a norma geral (a lei), seja a norma particular (a sentença judicial ou o provimento administrativo).

Assim, o jurista está instando a uma visão tridimensional, o jurista é ins-tando a um exame quanto:

a) à *necessidade* ou ao *problema social* que reclama por uma resposta no plano jurídico;

b) à *avaliação de tal resposta* que, embora deva assumir, ordinariamente, natureza normativa, impele o jurista a realizar uma exame sobre a aptidão das instituições e dos procedimentos responsáveis pela atuação daquela *resposta normativa*;

c) ao *impacto* que a resposta jurídica ocasionará sobre a necessidade ou sobre o problema social - ocasião em que estar-se-á examinando a eficácia de tal resposta.

É desta forma que o direito em geral (e o direito processual em particular), deve ser examinado, levando-se em conta a perspectiva dos *usuários* e não apenas a perspectiva dos *produtores* do direito.⁷¹

A partir de tais idéias há ampla discussão doutrinária a respeito da *Justiça Coexistencial*. CAPPELLETTI afirma que “*Bastante relevante se apresenta a substituição da Justiça contenciosa (de natureza estritamente jurisdicional), por*

aquela que tenho a chamado de Justiça coexistencial, baseada em formas de conciliação."⁷²

Em relação a denominada *Justiça coexistencial* há divergências e controvérsias na doutrina.

Enquanto CAPPELLETTI normalmente compartilha das idéias com o insigne processualista italiano Vittorio DENTI (o qual considera um dos líderes do movimento pelo acesso à Justiça), neste campo da *Justiça coexistencial* ocorrem divergências.

DENTI, avaliando este movimento em prol dos procedimentos de conciliação, entende que o mesmo se destina a perseguir duas finalidades:

1º) em primeiro lugar, a finalidade de uma maior eficiência na predisposição de meios para a administração da Justiça, mediante a submissão destas causas menores a órgãos de conciliação,⁷³ com o que se subtrairia, porém, a possibilidade destas mesmas causas poderem aspirar por um Juízo "de primeira classe";

2º) em segundo lugar, vislumbra uma finalidade de privatização dos conflitos, enquanto estaria aceitando o ingresso, para esta atividade

⁷¹ Nesse sentido: CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.* p. 15.

⁷² *Op. cit.* p. 19.

⁷³ É de se ressaltar o exemplo sustentado pelo festejado autor português SOVERAL MARTINS. A idéia é que se duas irmãs disputam uma laranja, a genitora, em regra, irá partilhar a laranja ou entregar a uma delas, quando em disputa. Em regra, como sucede no princípio dispositivo que o direito processual. Entretanto, através da conciliação, que não se atem singelamente aos termos do pedido, eventualmente, poderá a genitora constatar que uma delas quer o suco e a outra a casaca, esta para fazer um manjar. Assim, a conciliação alcança superiores escopos de Justiça, dando a cada uma o que é seu segundo o interesse.

*mediadora, de grupos econômicos e sociais que estão proliferando nas sociedades de capitalismo avançado.*⁷⁴

Da análise sociológica e interdisciplinar (psicológica, a exemplo), na verdade, resulta a conclusão que em muitos aspectos da vida contemporânea não se pode dar justificativa para se imprimir um caráter contencioso a certas relações, ao contrário, este caráter há que ser evitado ou atenuado.⁷⁵

Isso se torna particularmente relevante quando entre as partes persistem relações duráveis,⁷⁶ complexas e que merecem ser conservadas.⁷⁷

Nestas relações, a lide não se apresenta senão como um momento ou sintoma de uma tensão que deve, nos limites do possível, ser curada.

A decisão judiciária, sempre segundo o magistério de CAPPELLETTI, para fins e efeitos da sustentação da importância do tema, proferida em sede contenciosa (estritamente jurisdicional) se presta, otimamente, para *resolver* relações isoladas e meramente inter-individuais.

É que a decisão tomada em sede contenciosa está ordinariamente destinada a atingir um fenômeno do passado, que não está fadado a perdurar.

⁷⁴ Appundi, 1979, pág. 509.

⁷⁵ Sócios que pretendem manter a sociedade, apesar de desentendimento momentâneo, a exemplo.

⁷⁶ Relações de vizinhança, onde o provimento jurisdicional prolatado decidindo a lide de forma favorável a este ou àquele, induz em agravar as tensões sociais, como desafeto, por vezes agressões e homicídios. A conciliação endoprocessual dos Juizados Especiais Cíveis é autêntica profilaxia das tensões sociais.

⁷⁷ Particularmente, neste contexto, as causas relacionadas ao Direito de Família. O Direito de Visitas (ao nosso ver, em relação aos filhos) por ser melhor aquilutado no procedimento de mediação, mensurando as

A *Justiça coexistencial*, ao contrário, não está destinada a *trancher*, a decidir e definir, mas antes a *remendar* (precisamente de uma *mending justice* - Justiça de concertos), para aliviar situações de ruptura ou de tensão, com o fim de preservar um bem durável, qual seja, a pacífica convivência dos sujeitos que fazem parte de um grupo ou de uma relação complexa, de cujo meio dificilmente poderiam subtrair-se.

A justiça contenciosa não se preocupa tanto com estes valores, posto que olha mais para o passado do que para o futuro.

A Justiça contenciosa vai muito bem para as relações do tipo tradicional, mas não para aquelas que têm se apresentado com as mais típicas e constantes da sociedade contemporânea, para as quais assume especial importância aquilo que os sociólogos denominam de *total institutions*, ou seja, instituições integrais, nas quais nós, enquanto membros de várias comunidades econômicas, culturais ou sociais, ficamos compelidos a despender uma parte ponderável da nossa vida e da nossa atividade: fábricas, escolas, condomínios, freguesias de bairro, etc.

A fuga de tais comunidades ou instituições (*voidance*), se não é impossível, pelo menos importaria em custos extremamente pesados, inclusive o custo psicológico do isolamento ou da transferência para outro bairro, outra escola, outro trabalho, etc.

necessidades dos filhos (que devem ser ouvidos a respeito, nesse sentido o espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente) e as possibilidades dos pais.

Nas relações familiares, mesmo com a ruptura da separação ou do divórcio a discussão, como enfrentamento (e não como conciliação de interesses - diferente de reconciliação), agrava a discórdia e alimenta as variáveis do distanciamento e dificuldades psicológicas futuras de comunicação entre os envolvidos nas questões.

Nestas relações não se ajusta facilmente o nobre ideal oitocentescos e burguês da luta pelo direito.

O *Kampf ums Recht* deve dar lugar ao *Kampf um die Billigkeit*, ou seja, à luta pela equidade, por uma solução justa e aceitável por todos os contendores.

Nestas situações, aquela busca da verdade para se saber quem teve razão e quem não teve razão (no passado), deve encaminhar-se para a busca de uma possibilidade de permanência e de convivência (no futuro), sempre no interesse das próprias partes.

Portanto, sobre a Justiça contenciosa, do caso controvertido (a Justiça legal, técnica, profissional, estritamente jurisdicional), deve ser avaliada - e talvez prevalecer - a Justiça que CAPPELLETI insiste em chamar de coexistencial, a qual, diz tratar-se de uma Justiça que leva em conta a totalidade da situação na qual o episódio contencioso está inserido e que se destina a curar e não a exasperar a situação de tensão; prossegue afirmando que é claro, porém, como já dizia e escrevia alguns anos atrás, que o sucesso da Justiça coexistencial dependerá, e muito, da autoridade do *conciliador* uma autoridade, porém, que não

corresponderá àquela autoridade *oficial* do juiz (*a potestas jus dicenti*), mas que deverá se apresentar como uma autoridade *social, moral, cultural*, enfim, *política*, em sentido amplo (a autoridade do amigo, do vizinho, de quem, afinal, está legitimado a representar um dado grupo ou uma determinada comunidade).

Estes tipos diferenciados de mediadores ou conciliadores (*ombudspersons*) serão encontrados nos bairros, nas fábricas, nas escolas, nos hospitais, etc. Não é à toa que se fala, portanto, de *justiça social* ou de *juizados especiais* em contraposição àquela Justiça oficial, jurídica.

Segundo CAPPELLETTI em diversos países a pesquisa tem levado a conclusão de que a participação da iniciativa privada é de particular importância. A grande lição da história é precisamente esta: a iniciativa privada é importante e insubstituível, embora deva ser *vigiada*, para se prevenir possíveis abusos.⁷⁸ Os padrões de justiça coexistencial ou social ostentam então peculiares características: prevê-se a existência de um conciliador (ou denominador ou mediador - a denominação não importa) ou de um árbitro (arbitragem) ou juiz não togado (impropriamente denominado na Constituição Federal como juiz leigo),⁷⁹

⁷⁸ Nos Juizados Especiais Cíveis o princípio está respeitado face a supervisão do Juiz de Direito em relação ao Conciliador e ao Juiz não togado.

⁷⁹ O Juiz leigo, não profissional (*Giudizi laici*, 1979) antes de mais nada, há que se notar que esta utilização importa em uma peculiar forma de participação popular na administração da Justiça. É óbvio que não se trata de uma novidade em sentido absoluto. Basta lembrar as cortes de comércio existentes em vários países, entre as quais a França, nas quais se utiliza de juizes leigos - comerciantes. (Nota: Consulte-se a propósito a clássica obra de JOHN DAWSON, não limitada porém às cortes de comércio: *A History of Lay Judges*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1960).

mas sempre com a possibilidade de se *recorrer* ou de se utilizar do juiz oficial no caso de abusos ou de graves irregularidades.

4.3.4 A conciliação e a arbitragem endoprocessual nos Juizados Especiais: uma história de efetividade

Nos Juizados Especiais, pode ser presidida a sessão, prévia e obrigatória de conciliação,⁸⁰ tanto por conciliador, juiz leigo ou juiz de direito supervisor, necessitando sempre a homologação do juiz de direito.

PEDRO MANOEL ABREU em sua preciosa obra *Juizados Especiais Cíveis e Criminais*⁸¹ traça uma perspectiva histórica no trato do exercício da jurisdição, desde o direito colonial até nossos dias, englobando síntese a respeito de vários países.

A renovação do processo civil brasileiro ocorreu inicialmente com a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas e, de forma mais recente com a criação dos Juizados Especiais de Causas de Menor Complexidade; depois, com a recente reforma da legislação processual civil, contudo, sempre mantendo o estreito controle jurisdicional a respeito da prestação a ser exercida; infelizmente, não é o que está a ocorrer em países vizinhos.

⁸⁰ Veja-se: *Da audiência de conciliação, instrução e julgamento perante os Juizados...*, Athos Gusmão CARNEIRO, *Ajuris*, 40-4.

⁸¹ Obra Jurídica, Florianópolis, 1996.

O esforço histórico no sentido de uniformizar o procedimento (*lato senso o processo*) resultou no Código de Processo Civil tipo para América Latina, o qual, quando muito, serviu de subsídio ínfimo para a *mini-reforma*⁸² do Código de Processo Civil ocorrida em data recente, *ênfatizando a utilização da conciliação, sempre endoprocessual, como forma de solução dos litígios.*

O modelo dos Juizados Especiais Cíveis, implementado em nosso País atende a todos os requisitos da *justiça coexistencial*, sem os prejuízos decorrentes de uma atividade extrajurisdicional, como ocorre no modelo implementado na Argentina e na nova lei de arbitragem do Brasil.

No Juizado Especial Cível o conciliador não necessita ser bacharel em Direito, embora se dê preferência a tanto, realizada a sessão de conciliação e em sendo exitosa, lavra-se o instrumento escrito que é submetido ao crivo jurisdicional.

Assim, preservada está a possibilidade de acesso à Justiça.

O árbitro⁸³ necessita de cinco anos de efetivo exercício da advocacia, de acordo com a Lei nº 9.099/95, o que não ocorre na nova lei de arbitragem.

A experiência demonstra que a conciliação endoprocessual evita ilegalidades e abusos nos acordos firmados,⁸⁴ preenche requisitos técnicos de termo, condição

⁸² Expressão do Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, utilizada inicialmente no **I Ciclo de Altos Estudos da Escola da Magistratura Nacional**, realizado em Guaratuba-Pr, posteriormente incorporada ao vocabulário das alterações do C. P. C. por diversos autores.

⁸³ O tratamento da Lei n.º 9099/95 em relação a arbitragem (que parece inspirada no modelo da *small court* de alguns Estados americanos), por vezes esta a se confundir com o tratamento dispensado ao juiz leigo (inspirado no modelo italiano do juiz instrutor).

e outros; é realizada com ampla publicidade; caso uma das partes compareça assistida por advogado, há obrigatoriedade de assistência jurídica integral à outra, mesmo para a conciliação, de forma gratuita.

Aqui vale lembrar, pela relevância e atualidade de fundamentos, o Decreto 359, com motivações:

O Marechal Deodoro da Fonseca, chefe do governo provisório constituído pelo exército e armada, em nome da nação, tendo ouvido o ministro e secretário de Estado dos Negócios da Justiça e considerando;

Que a instituição do juízo obrigatório de conciliação importa em tutela do Estado sobre direitos e interesses privados de pessoas que se acham na livre administração de seus bens e na posse da faculdade legal de fazer particularmente qualquer composição nos mesmos casos em que é permitida a conciliação, naquele juízo, e de torná-la efectiva por meio de escriptura pública, ou por termo nos autos e ainda em juízo arbitral de sua escolha;

Que a experiência há demonstrado que as tentativas de conciliação no juízo de paz somente são sem sucedidas quanto as partes voluntariamente comparecem perante ele nas mesmas disposições, em que podem produzir idêntico efeito os conselhos de amigo comum, o prudente arbítrio do com cidadão à escolha dos interessados e ainda as advertências que o juiz da causa, em seu início, é autorizado a fazer na conformidade da Ord., liv. 3º tit. 20, 1º;

Que, entretanto, as despesas resultantes dessa tentativa, as dificuldades e procrastinações que della emergem para a propositura da acção

⁸⁴ A Lei n.º 9307, de 23 de setembro de 1996, em seu artigo segundo, em um País onde os contratos quando não impressos, são distribuídos em disquetes (como os de mútuo da Caixa Econômica Federal) com todas as cláusulas já digitadas e ou impressas, realiza apologia a utopia. O artigo quatro, em seu parágrafo segundo beira a ficção, quando parece pretender a tutela de um interesse.

e mais ainda as nulidades procedentes da falta, defeito ou irregularidade deum acto essencialmente voluntário e amigável, acarretados até o grau de revista dos processos contenciosos, além da coacção moral em que são postos os cidadãos pela autoridade pública encarregada de induzi-los a transigir sobre os seus direitos para evitar que se sofram mais com a demora e incerteza da justiça constituída, que tem obrigação legal de dar prontamente a cada um o que é seu: são outros tantos objectos de clamor público e confirmam a impugnação de muitos jurisconsultos, quaes MEYER, BENTHAN, BELLOT, CONCENE, BOITARD, CORRÊA TELES e essa obrigatoriedade nunca admitida ou já abolida em muitos paizes e notavelmente reduzida e modificada em seus effeitos, para não dizer annullada, pela carta de lei de 16 de junho de 1.855 e novo Código de Processo Civil promulgado em 08 de novembro de 1.987, ao próprio reino de Portugal, onde o império adoptou com supplementos da legislação franceza.

Decreta:

É abolida a conciliação como formalidade preliminar ou essencial para serem intentadas ou prosseguirem as ações cíveis e commerciaes, salva as partes que estiverem na livre administração dos seus bens, e aos seus procuradores legalmente autorizados, a faculdade de porem termo à causa em qualquer estado e instância, por desistência, confissão ou transação, nos casos em que foi admissível e mediante escriptura pública, termos nos autos, ou compromisso que sujeito e pontos controvertidos e juízo arbitral....

A advertência histórica demonstra os equívocos na redação dos termos de conciliação, com conseqüências jurídicas funestas e diversas das que almeja-vam as partes, se redigidos por pessoas despreparadas, sem a formação em Direito; como soe acontecer na experiência diuturna dos Juizados Especiais.

Afastada, no modelo dos Juizados Especiais, a possibilidade da influência das grandes empresas em submissão implícita ao hiposuficiente.

O mesmo se pode afirmar em relação a arbitragem endoprocessual, que existe nos Juizados Especiais Cíveis, possibilitando que a parte escolha qual o árbitro a proferir o laudo arbitral, bem como ocorra somente se ambas assim o convencionarem.

As nulidades dos laudos arbitrais eventualmente acontecem, ou até outros motivos que permitem que o Juiz de Direito Supervisor não homologue os laudos viciados.

Os dados estatísticos, conforme os gráficos demonstram, informam que o Juizado Especial tem êxito nas conciliações em quantidade muito superior a experiência de mediação Argentina.⁸⁵

A sessão prévia de conciliação, conduzida por conciliador ou juiz leigo, sob a supervisão do Juiz de Direito, pode ser implementada pelas normas de organização judiciária local a causas não abrangidas pela Lei nº 9.099/95, inclusive com efeito de revelia para o requerido que não comparecer a tal audiência.⁸⁶

⁸⁵ V., a respeito: J. S. FAGUNDES CUNHA e J. JAIRO BALUTA. In: *Questões Controvertidas nos Juizados Especiais*. Curitiba : JURUÁ EDITORA, 1997.

⁸⁶ Lei n.º 9099/95, arts. 22, 23 e 58.

As estatísticas das Varas de Família⁸⁷ demonstram o imenso número de conciliações (o que não é o mesmo que reconciliação), homologadas, podendo tais audiências serem conduzidas pelo conciliador e ou juiz leigo, permitindo que o Juiz de Direito tenha tempo para prolator as sentenças homologatórias dos acordos e ainda, prolator as sentenças que julgam os processos que demandam instrução e há litígio.

Finalmente, considerando que o Mercosul é um fato social recente, de integração das comunidades que habitam a região, onde há necessidade de uma aproximação dos povos, vez que historicamente os dominantes do continente, em especial os ingleses, que dissimulando regiam a economia, obraram em diversos meios de afastamento.⁸⁸

⁸⁷ *“Los Conflictos de familia. A su vez el conflicto matrimonial presenta perfiles propios que merita un tratamiento distinto de los asuntos patrimoniales. Siendo la familia una institución metajurídica, el mismo carácter ostentan el contenido de las relaciones jurídicas que determina el matrimonio y la processación. Las controversias familiares portan una fuerte carga emocional y arrastra a mayores y menores en un jurgo de características perversa. Esta particularidad de los asuntos de familia obligan a una diferenciación en orden a la implementación de la mediación y el perfil del mediador. La limitación del derecho, o más precisamente de la estructura del proceso contencioso para resolver los conflictos familiares, resulta a esta altura evidente y si bien el divorcio por presentación conjunta constituye un avance indiscutible de la legislación, muchas veces anexas a la pretensión principal. Asi, pese a que las partes alcanzan con rapidez la disolución del vínculo, el conflicto continúa vigente por años, a través de los incidentes de la tenencia, alimentos, régimen de visitas y liquidación de la sociedad conyugal. Frente a este esquema tradicional de tratamiento de las pretensiones que entre los miembros de la familia se suscitan, la mediación constituye una propuesta válida y eficaz para superar las disputas...”* Ministério da Justiça da Argentina, Resolução n.º 297/91.

⁸⁸ O Ministro CARLOS CHIARELLI, em memorável conferência a respeito do MERCOSUL, proferida a nosso convite, em Ponta Grossa, em novembro de 1995, ressaltou os muitos aspectos da política de *desaproximação* entre o Brasil e os países vizinhos, ditada indiretamente pelos ingleses, quando construía estradas de ferro com bitolas diferentes nos diversos países, em especial Brasil e Argentina, impossibilitando o escoamento de safras entre os dois países, por tais vias; as diferenças de rede elétrica entre o Brasil, o Uruguai e o Paraguai, sempre com o intuito de afastas a integração Latinoamericana.

A *mediação (ou conciliação) endoprocessual*⁸⁹ e a *arbitragem endoprocessual*, parecem-nos, são propostas que merecem acurada reflexão pelos fins sociais a que se propõem, sendo tratada corretamente pela Lei nº 7.244/84 e repetida na Lei nº 9.099/95, devendo ser estendidas a todos os processos que envolvam relações de consumo no **MERCOSUL**, e não como parece ocorreu na recente lei de arbitragem, que afasta o cidadão do acesso ao Poder Judiciário.

O que é premente, é que disciplinas a respeito de *negociação* e ou *mediação* e *arbitragem* venham a ser incluídas nos curriculuns dos *Cursos Jurídicos*, bem como, que as *Escolas Superiores da Magistratura* incluam, em sua programação, cursos de formação de conciliadores e árbitros, bem como, cursos de atualização de magistrados, voltados para a conciliação; seguindo um procedimento já adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

A arbitragem, com a qual, em uma década de Magistratura, não nos deparamos com um único caso, no modelo do CPC, nos Juizados Especiais é uma realidade que alcança no período (1996) o expressivo número de 1948 casos.

A conciliação que evita a possibilidade de recurso, compõe os interesses das partes de acordo com os seus efetivos anseios, que já índice de 98% - noventa e oito por cento - em algumas comarcas do Estado do Paraná, conforme assinala a

⁸⁹ A qual, como a transação e o acordo, pode ser rescindida nos termos do art. 486 do C. P. C. A respeito veja-se: J. S. FAGUNDES CUNHA. *Recursos e Impugnações dos Juizados nos Juizados Especiais Cíveis*. 2ª ed. Curitiba : JURUÁ EDITORA, 1996.

Professora Ada Pellegrini GRINOVER, já citada neste trabalho, teve um índice expressivo, mas hoje muito aquém do almejado.

A formação de conciliadores e árbitros possibilita que os laudos venham a corresponder não somente a um provimento formal e final, mas que se obtenha Justiça; não apenas o exercício do ato de buscar conciliar, mas que resulte na composição do litígio de forma a realizar os interesses e anseios das partes.⁹⁰

Considerando a adequação do modelo adotado pelos Juizados Especiais, entendemos que deveria ser adotado, também, como modelo para a legislação processual de Direito do Consumidor no **MERCOSUL**.

4.3.5 Extensão subjetiva da coisa julgada

A Lei - brasileira - n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, dispõe sobre a proteção do consumidor.

⁹⁰ “A Corregedoria-Geral da Justiça do TJSC através do Provimento 04/92, considerando principalmente (a) ‘a necessidade permanente de simplificar, agilizar e racionalizar os serviços judiciários, compatibilizando-os com o crescimento alarmante das demandas judiciais’; (b) ‘princípio da economia processual’; (c) ‘a possibilidade legal da instituição prática de um juízo prévio de conciliação,; (d) ‘que a tentativa de conciliação, versando a causa sobre direitos disponíveis, deve ser exaurida pelo magistrado, que tem o dever de estimular tal solução, dada a possibilidade de pronta composição da lide, com a extinção do processo com julgamento de mérito’; (e) ‘que a conciliação é instrumento jurídico e moral da mais alta significação, por quanto dirime o conflito pelo entendimento e pela vontade das partes, com a mediação do juiz, cumprindo, os sujeitos processuais, o superior ideal da Justiça, que é a pacificação social’; (f) ‘o estímulo ao juízo conciliatório, presente nas leis mais avançadas nos países de longa tradição jurídica’; e (g) ‘a experiência já positivada em vários Estados da Federação’; resolveu recomendar aos Juizes das Varas Cíveis a instituição de juízos prévios de conciliação nas ações que versem sobre direitos disponíveis, orientando para a adoção de uma série de critérios na efetivação desse desiderato.” HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES, *Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro*, p. 107.

Sem similiar nos demais Países do **MERCOSUL**, prevê que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a *título coletivo*.⁹¹

Nas *ações coletivas* de que trata o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, a sentença fará coisa julgada:

Erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81.

Ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso II do parágrafo único do art. 81.

*Erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores...*⁹²

Ora, as assimetrias entre os sistemas adotados pelo Países do **MERCOSUL** em matéria de extensão subjetiva da coisa julgada devem ter passado despercebidas aos *tecnocratas de plantão*, na defesa dos interesses das empresas de seus Países.

Considerando que preponderantemente as empresas exportam para o Brasil, que nos termos do Protocolo de Santa Maria será a legislação processual do País

⁹¹ Art. 81, *caput*.

⁹² *Vide* Art. 81, incisos I, II e III do Código de Defesa do Consumidor.

de domicílio do consumidor⁹³ que determinará qual o *processo* e o *procedimento* a serem aplicados, sem dúvida, o consumidor brasileiro sofreu um privilegiamento de tratamento. Contudo, o que depõe como uma demonstração de que os *tecnocratas* não se dão conta da amplitude e extensão das relações de consumo frente às normas processuais, deixaram de visualizar o que pode suceder em função daqueles que são os detentores - *de fato* - da vontade do mercado.

A paridade de tratamento nos diplomas processuais do **MERCOSUL** importa em segurança tanto para o fabricante ou prestador de serviços, como para o consumidor.

4.3.6 Reenvio prejudicial

Há aproximadamente 40 anos França, Alemanha, Inglaterra, Itália, Bélgica e Holanda assinavam o Tratado de Roma. Nascia, assim, o que hoje passou a chamar-se União Européia: uma relação entre países que atualmente transcende as prioridades puramente econômicas do passado e que, desde 1995, estende-se a 15 países situados na banda ocidental desse velho continente.

⁹³ *Protocolo de Santa Maria*. Artigo 10º - Lei Processual Aplicável - *Para os efeitos deste Protocolo, serão aplicadas as leis processuais do lugar do processo*. Artigo 4º - Regra geral - *1. Terão jurisdição internacional, nas demandas ajuizadas pelo consumidor, que versem sobre relações de consumo, os juizes ou tribunais do Estado em cujo território esteja domiciliado o consumidor 2. O fornecedor de bens ou serviços poderá demandar contra o consumidor perante juiz ou tribunal do domicílio deste.*

Com o Tratado de Roma nascia também o **Tribunal de Justiça Europeu**, uma das seis instituições que estão na espinha dorsal dessa comunidade.⁹⁴

O centro da existência da União Europeia é o Direito Comunitário que "**deve conseguir a união que o sangue e as armas nunca conseguiram**".

Ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias **o direito comunitário constitui uma nova ordem jurídica, independente das ordens jurídicas internas**.

A Corte de Justiça das Comunidades Europeias é hoje qualificada como uma Corte Constitucional.

Prefacialmente parecerá paradoxal, considerando que a existência de uma jurisdição constitucional pressupõe a existência de uma Constituição e a Comunidade não tem uma Constituição no sentido estrito da palavra.

Os três tratados (CECA, CE e ERATOM) e as suas modificações ulteriores, das quais as mais importantes são o Ato único Europeu e o Tratado de Maastricht, são tratados internacionais negociados e concluídos segundo as regras de direito internacional. E sabe-se que os tratados internacionais são fundamentalmente diferentes das Constituições.

Entretanto, se a qualificação de Corte Constitucional não pode ser literalmente atribuída à Corte, não é menos certo que esta última exerce competências análogas às que exercem jurisdições de tipo constitucional.

⁹⁴ Nesse sentido: Mariza FIGUEIREDO. *O Tribunal Transnacional da Europa. In: In Verbis*, n.º 08, p. 40, Ano II. As demais instituições são: o Conselho Europeu, o Parlamento Europeu, o "Conselho de Ministros", a Comissão e o Tribunal de Contas.

Como chegar a essa conclusão? Fazendo-se o exame das competências exercidas normalmente por uma Corte Constitucional.

Uma Corte Constitucional é aquela que recebe especificamente da própria Constituição competência para proceder em última instância, sem apelo possível, ao controle de conformidade dos atos (leis, regulamentos etc.), emanados de um órgão do Estado, com a Constituição.

É certo que há diversas modalidades. Por exemplo, cada Corte Constitucional tem uma composição diferente; difere também o seu modo de acionamento (acionada por particulares ou por outros órgão do Estado); uma jurisdição constitucional pode exercer um controle prévio de edição de um ato; uma outra, um controle a posteriori e, neste último caso, podendo anular o ato ou declará-lo inválido; também a extensão desta anulação ou da declaração de invalidade pode ser diferente. Mas a característica comum reside na competência especificamente atribuída pela Constituição para proceder, sem apelo possível, ao controle da constitucionalidade.

Num estado, o controle, por exemplo, da conformidade de uma lei com a Constituição é exercido pela Corte Constitucional, que deve estabelecer, por via de interpretação, qual é a regra constitucional pertinente, qual é o seu sentido e qual é o seu alcance.

Na ordem jurídica comunitária é a Corte que assume esse tipo de controle. A grande maioria dos autores é concorde em que a Corte tem competências de uma Corte Constitucional.⁹⁵

A Corte de Justiça da União Européia interpreta os tratados constitutivos como uma Constituição, jamais aplicando as regras de interpretação dos tratados

⁹⁵ Vassili CHRISTIANOS. *A Corte de Justiça das Comunidades Europeias como Corte Constitucional*. In: *In Verbis*, n.º 8, p. 8, jun/agos de 1997, Ano II. Adverte que no quadro do exercício das suas competências de controle de constitucionalidade, a Corte qualificou o tratado de "Carta Constitucional" da Comunidade. Não falou de Constituição, o que seria, como dissemos, inexato, mas com o termo "Carta Constitucional" acentuou a idéia de que o tratado se assemelha muito mais a uma Constituição que a um tratado internacional.

internacionais previstas nos artigos 31 e seguintes da Convenção de Viena de 1969 sobre o direito dos tratados.⁹⁶

Portanto, o Tribunal sublinha a diferença existente entre os Tratados comunitários e os tratados internacionais comuns, com base em que aqueles instituíram um ordenamento jurídico próprio, inserindo nos sistemas jurídicos dos Estados-membros, o que os autonomiza em relação ao direito internacional público e em relação ao sistema interno estatal, no qual aparecem inseridos numa relação peculiar; em relação a esta, foi através da construção de um direito comunitário que se precisaram as condições de sua inserção na ordem legal dos Estados e se consagrou o seu primado normativo.

Em relação ao Direito do Consumidor o que se infere do Protocolo de Santa Maria é a *tentativa* de estabelecer um marco normativo supranacional, perfeitamente no contexto da interpretação que dispõe a Corte de Luxemburgo.

A Corte de Luxemburgo, por exemplo, representa uma das garantias mais eficazes da construção comunitária no continente europeu, bem como de um controle mais estrito da legalidade das ações dos países membros.

Ela constitui um exemplo claro da importância de se manter a unidade jurídica numa ordem comunitária em construção, afirmando de maneira peremptória o

⁹⁶ "Com jurisprudência sabiamente fulcrada nos métodos de interpretação teleológica, sistemática e evolutiva, o TJCE definiu e consagrou, em notável construção hermenêutica, os princípios fundamentais do Direito Comunitário que alicerçam o processo de construção europeia. Os acórdãos da Corte de Justiça são considerados interpretação autêntica dos Tratados Comunitários." Maria Teresa Cárcamo LOBO. *Ob. cit.*, p. 12.

princípio da superioridade do direito comunitário sobre os diversos ordenamentos jurídicos nacionais.

A Corte de Luxemburgo, por exemplo, representa uma das garantias mais eficazes da construção comunitária no continente europeu, bem como de um controle mais estrito da legalidade das ações dos países membros.

A importância de um órgão judiciário superior que funcione como uma Corte de Justiça, quanto a doutrina, pode ser destacada pela opinião de Maristela BASSO,⁹⁷ quando afirma que assegurando o respeito ao direito comunitário e à sua interpretação uniforme.

Esse é, sem dúvida, um dos órgãos mais importantes, por que é ele que faz caminhar a integração, consolidando o direito comunitário.

Afirma peremptoriamente que somente uma Corte de Justiça é capaz de formar o acervo das decisões comunitárias.

Segundo Ferrari BRAVO *"No sistema dos órgãos comunitários a Corte de Justiça ocupa, certamente, um posto de grande relevo. Nos mais de 30 anos de experiência jurisdicional comunitária, a importância da Corte vem crescendo sempre."*⁹⁸

⁹⁷ *A Estrutura Institucional Definitiva do Mercosul. In: Boletim de Integração Latino-Americana*, Brasília, n.º 210, pp. 30 e 31.

⁹⁸ *In Lezioni di diritto delle Comunità Europee*. Scientifica, 1992, p. 134.

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em recente acórdão declarou que: "*Cabe aos órgãos jurisdicionais nacionais, por aplicação do princípio de cooperação enunciado no artigo 5º do Tratado da Comunidade Europeia, assegurar a proteção jurídica que decorre para os jurisdicionados do efeito direto das disposições de direito comunitário.*"

A Corte, em outro acórdão, declarou: "*O juiz nacional encarregado de aplicar, nos limites da sua competência, as disposições de direito comunitário, tem a obrigação de assegurar o pleno efeito dessas normas, deixando de aplicar, se for preciso, e por sua própria autoridade, qualquer disposição contrária da lei nacional, inclusive, posterior, sem que seja necessário solicitar ou esperar a eliminação prévia desta última, por via legislativa ou por qualquer outro procedimento constitucional.*"

De acordo com o sistema adotado pela Comunidade Europeia o Juiz nacional é o Juiz comunitário de direito comum, **(e é o que nos parece deveria suceder no caso do MERCOSUL em relação ao Direito do Consumidor)** aplicando um direito que não é de origem nacional, tornando-se um instrumento jurisdicional da Comunidade Europeia.⁹⁹

⁹⁹ "*Cada vez mais, as divergências políticas acabam sendo fundamentos para divergências judiciárias, tendo em vista o aumento do poder do Poder Judiciário e a sua participação. Claro que esse aumento vai depender seguramente de técnicas que sejam pelos processos vinculantes, sejam por mecanismos de vinculação e técnicas que sejam também de modernização de recursos do Poder Judiciário quanto à automação.*" Nélson Azevedo JOBIM. *As tendências do Direito e do Poder Judiciário no Brasil e no Mundo*. In: *Série Cadernos do CEJ*, n.º 14, p. 19.

O artigo 177 do Tratado CE instituiu o **sistema de reenvio**, a título prejudicial, a teor do qual o Juiz nacional pode, suspendendo a instância, submeter ao Tribunal de Justiça, questão debatida no processo em curso na sua jurisdição, para que aquela Corte declare a interpretação ou se pronuncie sobre a qualidade de ato normativo comunitário. Se tratar-se de instância de cuja decisão não haja recurso, esta via judicial de acesso torna-se obrigatória.¹⁰⁰

Dispõe aquele preceito que:

O Tribunal de Justiça é competente para decidir, a título prejudicial:

- a) Sobre a interpretação do presente Tratado;*
- b) Sobre a validade e interpretação dos atos adotados pelas Instituições da Comunidade e pelo BCE (Banco Central Europeu, que entrará em funções em 1º de janeiro de 1999, com a entrada em vigor da moeda única, o euro);*
- c) Sobre a interpretação dos estatutos dos organismos criados por ato do Conselho, desde que os estatutos o prevejam.*

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal de Justiça que sobre ela se pronuncie.

¹⁰⁰ "Na opinião de especialistas europeus, entre essas competências uma merece destaque como meio por excelência para o Tribunal de Justiça alcançar o seu objetivo principal. É a que se traduz por um procedimento denominado Reenvio Prejudicial. A ele um tribunal nacional recorre quando tem em suas mãos um caso em que é suscitada uma questão de interpretação do Direito Comunitário, podendo, ou não, haver particulares envolvidos. Nestes casos, o Juiz nacional reenvia a questão para o Tribunal de Justiça e pede que este a interprete. O Direito Comunitário, nessas questões, não é aplicado diretamente, uma vez que o Tribunal de Justiça não vai resolver o litígio. Apenas emite um acórdão, com a sua interpretação, que depois é utilizado pelo Juiz nacional para arbitrar o caso em concreto." Marizã FIGUEIREDO. *Ob. cit.*, p. 11.,

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal de Justiça.¹⁰¹”

É uma solução original, que permite conciliar a legítima autoridade do Juiz nacional com a necessária uniformidade do direito comunitário e assegurar o respeito pela repartição de competências, mantendo a unidade de procedimentos.

O modelo seguido pelo direito europeu é, a propósito, conforme afirma Jorge Fontoura NOGUEIRA, surpreendente e instigante: valendo-se de um instituto considerado *a chave mestra*, ou a *válvula estabilizadora do todo o Direito Comunitário*, os juízes nacionais, que são em última análise os efetivos aplicadores do Direito Comunitário, podem, sempre que a matéria objeto do litígio lhe for pertinente, consultar por via prejudicial a Corte Européia, em Luxemburgo, para que ela pronuncie a correta interpretação da norma comunitária que deve incidir sobre o caso em concreto.

O desuso do julgamento por via prejudicial nos sistemas judiciais dos países Mercosul, bem como os princípios da livre convicção da magistratura que adotamos, seguramente nos distanciam em muito de tal solução. Tal julgamento por via prejudicial, com a consulta do juiz singular ou

¹⁰¹ "Certamente a parte final do dispositivo, que constringe à via prejudicial em casos de julgamentos nacionais de última instância (tale giurisdizione é tenuta a..., no texto original do Tratado de Roma) é a que mais estupefaz a nossa visão latino-americana do exercício da jurisdição. A definição das características de um direito comunitário em abstrato e da tipologia de suas normas, sem pretender exaurir o estudo preliminar da matéria, propõe-se a fazer ver a abrangência do tema, bem como as ingentes dificuldades de sua implantação. Os ciclópicos obstáculos que se devem superar em processos de integração demonstram, com clareza didática, que tais projetos se destinam à sociedades suficientemente maduras, dispostas aos desafios

*colegiado, prévia a pronunciar o direito aplicável, em busca de um prius logico que deve conformar a sentença, por mais extraordinário que possa parecer, já aplicado corriqueiramente em todos os 12 países da Europa das Comunidades, conforme ordena o art. 177 do Tratado de Roma...*¹⁰²

Segundo a Corte de Justiça o desenvolvimento da ordem jurídica comunitária é, em grande parte, fruto do diálogo que se estabeleceu entre os Juízes nacionais e a Corte, através do reenvio prejudicial.

Este constitui, sem dúvida, a trave-mestra do funcionamento do sistema, uma vez que é essencial para a preservação do caráter comunitário do direito instituído pelos Tratados que, em qualquer circunstância, esse direito tenha o mesmo efeito e o mesmo alcance em todos os Estados-membros.

Todavia, o êxito do sistema - incontestado pela projeção dos acórdãos prolatados pelo TJCE em sede de reenvio e que constituem mais de 50% das suas decisões - depende de que os Juízes nacionais sejam e estejam concientes do papel fulcral que lhes cabe desempenhar.

A importância da sua função decorre da circunstância de que, investidos de uma missão de ordem pública, assumem a responsabilidade de promover, na vida diária, o caráter positivo e vinculante do direito comunitário.

Os Juízes nacionais tem de tomar consciência da realidade de um novo ordenamento jurídico, que responde a princípios estruturais próprios e do seu dever de aplicá-lo, tarefa que dá uma dimensão nova à sua figura, que alcança todo o seu sentido através da colaboração com o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, mediante o emprego da técnica prejudicial, desenhada no artigo 177 do Tratado da Comunidade Europeia"

e ávidas do futuro. É sabia a rerum natura." Jorge Fontoura NOGUEIRA. *Lineamentos para um Direito de Comunidade Econômica*. In: *Boletim de Integração Latino-Americana*, n.º 10, p. 26.

¹⁰² *Ob. cit.*, p. 25.

Trata-se de uma forma muito peculiar do que poderemos chamar "controle de comunitariedade do direito nacional", sem dúvida tema instigante de pesquisa jurídica comunitária.¹⁰³ - grifo no original -

Robert LACOURT, ex-Presidente da Corte de Luxemburgo nos anos 60 conceituou o efeito direto como **direito** de qualquer pessoa pedir ao seu Juiz nacional a aplicação dos Tratados, dos regulamentos, das diretivas e das decisões comunitárias e a **obrigação** do Juiz de os aplicar, qualquer que seja a legislação do seu país.

Destacando-se as competências concretas da Corte em matéria de controle constitucional pode-se citar que logo que estalui sobre as obrigações recíprocas dos Estados-membros e das Instituições comunitárias que, depois do tratado Maastricht deverão agir respeitando o princípio da subsidiariedade - princípio essencialmente constitucional, nos casos em que não dispõem de competência exclusiva.

O Tribunal de Justiça ocupa um lugar muito importante no sistema institucional que estabelecerão os Tratados. No exercício do e controle judicial, tem que resolver, com freqüência, questões de caráter constitucional e de grande importância econômica.

Graças a essa jurisprudência, cujos principais julgados são as sentenças Van Gend em Loos (1962), Costa/ENEL (1964) e Simmenthal (1978), os cidadãos

¹⁰³ Maria Teresa Cácomo LOBO. *Ob. cit.*, p. 14.

européus podem invocar perante seus Juízes nacionais as disposições dos Tratados, regulamentos e diretivas comunitários, e requerer que não se aplique uma lei nacional se é contrária à legislação comunitária.

Baseando-se nestes dois princípios, a jurisprudência do Tribunal de Justiça tem convertido o Direito Comunitário em uma realidade para os cidadãos europeus.

Com freqüência o Tribunal de Justiça da União Européia tem demarcado as obrigações do Estados-membros com respeito à livre circulação de mercadorias e ao estabelecimento de um mercado comum, ocupando-se, sobre tudo, de eliminar as barreiras que protegem aos mercados e as empresas nacionais e, em geral, qualquer obstáculo ao intercâmbios entre os Estados-membros.

Así, desde la sentencia "Cassis de Dijon" (1979), los europeos pueden consumir en sus países cualquier producto alimenticio procedente de un país de la Comunidad, a condición de que se fabrique y se comercialice legalmente en aquel país y de que no existan graves razones - relacionadas por ejemplo con la protección de la salud o del medio ambiente - que se opongan a su importación en el país de consumo.

Siempre, en relación com el establecimiento del mercado común, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia há contribuido a clarificar la nomenclatura insipensable para identificar los productos más variados, permitir su comercialización y aplicarles uniformemente el Arancel Aduanero Común.

En particular, la libre circulación de mercancías afecta no solo al comercio profesional, sino también a los consumidores. En la sentencia GB-

Inno-BM (199), el Tribunal de Justicia declaró que una normativa nacional que niega a los consumidores el acceso a una publicidad legalmente disponible en el país de compra, es contraria al principio de libre circulación de mercancías...

*...Factor esencial de la creación de un mercado común, pero también de una unión más estrecha entre los pueblos europeos, el Tribunal de Justicia há favorecido la integración de los hombres...*¹⁰⁴

Neste contexto a principal contribuição do Tribunal de Justiça tem sido sua jurisprudência que define as duas regras essenciais sobre as quais se baseia a Comunidade de Direito que é a Comunidade Européia:

A aplicabilidade direta do Direito Comunitário no Estados-membros, e a primazia da norma comunitária sobre a norma nacional.

E é o que nos aparenta pretender o Protocolo e Santa Maria, em especial quanto ao **"Regulamento Comum para Defesa do Consumidor no MERCOSUL"**¹⁰⁵

¹⁰⁴ *El Tribunal de Justicia y la integración europea.* Home page da UE. Internet.

¹⁰⁵ Artigo 17º.

5. JUSTIÇA SUPRANACIONAL OU TRANSNACIONAL

A constitucionalização das garantias processuais significou o primeiro grande encontro dos direitos fundamentais do homem e a forma de instrumentar a proteção efetiva deles.¹

O passo seguinte, que é marcado no ponto anterior, assinala a necessidade de conciliar o direito interno com o direito supranacional, que, como resulta natural, significa uma superação do dogma da soberania em benefício da efetiva vigência do Direito.²

O Presidente do **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, Ministro **CELSO DE MELLO**, foi à **1ª Conferência Internacional de Direitos Humanos**, realizada em Brasília, de 14 a 17 de setembro de 1997. Falando para um plenário formado por mais de mil pessoas, entre advogados e estudantes de Direito do Brasil e exterior e ouvido por dois detentores do **Prêmio Nobel da Paz** – **ADOLFO PEREZ ESQUIVEL** e **JOSÉ RAMOS HORTA** – o presidente da Suprema Corte de Justiça do País fez propostas para que o sistema de proteção aos direitos básicos da pessoa humana tenha efetiva atuação no plano brasileiro:

¹ Preciosa observação, segundo Nilmário MIRANDA, é feita por Mário Lúcio QUINTÃO SOARES: “É incontestável, entretanto, que a incapacidade dos Estados para a promoção dos direitos humanos contemplados em seus textos constitucionais conduziu à internacionalização desses mesmos direitos”. Não obstante a isso, conveniente foi constatar que “(...) A Constituição brasileira, procurando ser um instrumento de mudança social, preconiza, expressamente, princípios basilares dos direitos humanos como: soberania, cidadania, dignidade humana e valores sociais do trabalho; a construção de uma sociedade justa, livre e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização social; a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais”. QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. *Direitos fundamentais do homem nos textos constitucionais brasileiro e alemão*. Brasília : Separata da Revista de Informação Legislativa a. 29. n.º 115 - Senado Federal - Subsecretaria de Edições Técnicas, 1992. pp. 88-94. Nilmário MIRANDA, *Op. cit.*

² VESCOVI, Enrique A. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 11.

Proponho que, esgotada a jurisdição interna, quem se considerar lesado nos direitos fundamentais que a Constituição reconhece possa recorrer aos tribunais ou organismos internacionais constituídos segundo tratados ou convenções dos quais o Brasil, mediante subscrição ou adesão, seja parte. Essa proposta tem por finalidade neutralizar eventual ação diplomática do Estado brasileiro, que, à semelhança do que ocorreu com a não aceitação, por ele, da cláusula inscrita no art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, culmine por recusar a competência jurisdicional da Corte Americana de Direitos Humanos, subtraindo-se, em conseqüência – e não obstante o sentido inequívoco da vontade estatal na norma inscrita no art. 7º ADCT/88 – ao controle internacional em tema de respeito e proteção aos direitos básicos da pessoa humana.

Para que o sistema de proteção aos direitos básicos da pessoa humana tenha efetiva atuação no plano interno brasileiro, impõe-se – sem prejuízo de outras medidas pertinentes – a adoção de providências, tais como:

a) reconhecimento, sempre em caráter subsidiário, da possibilidade constitucional de acesso à jurisdição internacional, em ordem a permitir que as decisões emanadas de organismos supranacionais possam ser executadas internamente em nosso País;

b) outra explícita de hierarquia constitucional aos tratados celebrados pelo Brasil, em matéria de direitos humanos, à semelhança do que estabelece a Constituição argentina (1853), com a reforma introduzida em 1994 (art. 75, nº 22), afastando-se, desse modo, a discussão e a controvérsia em torno do alcance do art. 5º, § 2º, da Constituição do Brasil;

c) estipulação, no texto constitucionaal brasileiro, de cláusula que subordine a denúncia, pelo Presidente da República, de tratados sobre direitos humanos, à prévia aprovação do Congresso Nacional, à semelhança

do que dispõem Constituições da Espanha (art. 92, § 20 e art. 94, §1º, c, da Suécia (art. 4º) e da Holanda (art. 91, § 1º), v. g.³

Toma-se igualmente importante, de outro lado, submeter à reflexão geral a necessidade de o Estado brasileiro, agindo no plano internacional, ratificar o Protocolo Adicional Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em ordem a reconhecer a jurisdição do Comitê dos Direitos do Homem, nos casos de reclamações individuais contra alegadas violações aos direitos enunciados nesse Pacto.

Revela-se essencial, ainda, que o Brasil também reconheça a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, adotando, imediatamente, as medidas formais reclamadas pelo Artigo 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Parece-me recomendável, finalmente, propor ao Governo brasileiro que busque reformar, pelas vias juridicamente adequadas, a norma inscrita no Art. 61 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o objetivo de atribuir, a qualquer pessoa desrespeitada em seus direitos fundamentais, legitimidade para submeter, diretamente, à Corte Internacional de Direitos Humanos, a pertinente reclamação por alegada violação aos direitos de que é titular.

Busca-se, com tal providência, democratizar o acesso à jurisdição internacional, no âmbito regional do sistema interamericano de defesa dos direitos básicos da pessoa humana.”

Em artigo editado pela publicação dos Juízes para a Democracia, Sylvia Helena STEINER MALHEIROS, referindo-se à resistência do governo brasileiro

³ Flávia PIOVESAN, ao advogar a criação de um Tribunal Criminal Internacional Permanente para julgamento de crimes contra a humanidade, em artigo intitulado **Um Tribunal Permanente**, afirma: "Nuremberg atestou que a proteção dos direitos humanos não mais poderia se confirmar ao domínio reservado do Estado, consolidando a idéia de que a forma pela qual um Estado trata seus cidadãos interessa ao mundo e que, por sua vez, os indivíduos têm direitos protegidos na ordem internacional" (PIOVESAN, Flávia C. **Um tribunal permanente**. In: Folha de São Paulo, 3.2 - Caderno Cotidiano, 3/10/96.

em reconhecer a competência da corte interamericana de direitos humanos, declara com rigor: “O reconhecimento incondicionado da competência da Corte não fere a soberania do Estado, mesmo porque o Estado assumiu o compromisso, perante a ordem internacional, de zelar pela prevalência dos direitos humanos na ordem interna e em suas relações com os demais Estados.⁴”

Portanto, a eficaz consagração do princípio constitucional da **prevalência dos direitos humanos** aguarda complementaridade na implementação de um sistema internacional que efetive instrumentos de proteção aos direitos humanos, mediante seu aperfeiçoamento, bem como o reconhecimento, por parte das nações, da capacidade processual de seus cidadãos mediante sincera compreensão da integral completude normativa de Declarações, Pactos, Convenções e Tratados Internacionais ao regimento jurídico nacional.

O almejado reconhecimento da competência das Cortes internacionais, mediante a desobstrução do exercício e as atribuições concernentes à investigação e ao julgamento de violações a direitos humanos deflagrados em território brasileiro, ainda hoje, é enfrentado de forma discordante sob alegação de se preservar a soberania nacional. Equivocam-se, portanto, aqueles que insistem na

⁴ STEINER MALHEIROS, Sylvia Helena. *Reconhecimento da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil: exigência democrática*. In: Juízes para a Democracia – Publicação Oficial da Associação Juízes para a Democracia. São Paulo : ano 4, n.º 8, junho/1996. p. 10.

compreensão restritiva do antigo silogismo jurídico incurso na traiçoeira e incompleta definição de soberania, conforme se verá adiante.⁵

Segundo Nilmário MIRANDA,⁶ pode-se deduzir a motivação da objeção à tese de acolhimento irrestrito das garantias jurídicas internacionais de proteção aos direitos humanos, decorrente dos princípios da universalidade e da indivisibilidade por países violadores de direitos de suas populações (seja por natureza étnica, política, cultural, social ou religiosa), portanto, descompromissados com a preservação integral da dignidade humana de seus concidadãos. Entretanto, aos países que no plano político externo apregoam o aprimoramento e a auto-evolução de sua vida democrática, não há elemento justificador da abstenção ao acolhimento complementar de mecanismos internacionais que visem à defesa dos direitos da pessoa humana.⁷

⁵ Em *A violação sistemática dos Direitos Humanos*, Oscar VILHENA VIEIRA, ao expor a ineficácia da ordem jurídica constitucional na monopolização e contenção da violência e do arbítrio, cita Michel FOUCAULT: "ao questionar o paradigma jurídico construído a partir da idéia de soberania, aponta relações de dominação que não decorrem da soberania, mas que são construídas a partir das relações no interior da Sociedade", In: *Microfísica do Poder*, Rio de Janeiro : Graal, 1982. p. 181. (FOUCAULT, Michel, citado por VILHENA VIEIRA, Oscar. *Direito, cidadania e justiça – ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídica*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 192.

⁶ *Op. cit.*

⁷ "Surge, no lugar da paz que se fazia do ponto de vista dos príncipes, o anseio por uma paz que se institua da perspectiva dos povos. O eixo dessa novidade é a inclusão dos direitos humanos na agenda internacional. É claro que isso limita as imunidades jurídicas para tratar seus súditos como queira." RIBEIRO, Renato Janine. **Em busca da paz perpétua**. In: Folha de São Paulo, 5.12 - Caderno Mais!, 7/4/96. Em outras palavras, há hoje uma sensibilidade mundial que cada vez mais substitui o termo "súdito" pelo conceito de "cidadão". A mesma proposição lastreia a narrativa de Norberto BOBBIO em *A era dos direitos*. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus. 1992. Uma série de direitos humanos, ligados uns à liberdade (dos direitos liberais), outros à igualdade (os direitos sociais, de cunhagem socialista), outros, enfim à fraternidade (aqueles que o terceiro mundo exigiu), tornaram-se essenciais para definir as relações dos homens entre si, inclusive as internacionais".

Não se pretende com essa iniciativa suprimir a legitimidade da ordem jurídica dos Estados nacionais na proteção aos direitos humanos. Ao contrário, aspira-se proporcionar à sociedade elementos estruturais que confirmem a eficácia e a legitimidade de seus direitos, inerentes à própria condição humana, e que, muitas vezes, no ordenamento jurídico disponível terminam por frustrar expectativas, justamente pela ausência de confiabilidade operacional.

Por esses motivos, verifica-se no presente momento histórico a necessária análise revisional do conceito de soberania, conferindo-lhe amplitude democrática, mediante afirmativa presença da cidadania na vida nacional.⁸ O espaço público passa finalmente a dispor de agentes sociais, cada vez mais dotados de consciência e capacitação para propiciar eficácia normativa e operacional de observância dos valores básicos dos seres humanos.

Prossegue, todavia, a consolidação de um novo paradigma marcado pela preponderância dos direitos e das garantias fundamentais da pessoa humana necessita ainda de nítida recepção por parte dos Estados nacionais da doutrina internacionalista, que, por sua vez, prescinde, para sua plena eficácia, da formal aceitação de competência das cortes internacionais de direitos humanos. O que

⁸ J. A. LINDGREN ALVES, em meticoloso trabalho sobre Direitos Humanos e seu sistema internacional de proteção, descreve ser *"Para muitos analistas do período pós-45, e malgrado as distorções do tema inerentes à Guerra Fria, a inclusão da observância dos direitos humanos entre os propósitos fundamentais das Nações Unidas e a proclamação, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, representariam uma mudança qualitativa nas relações internacionais. Com elas e com os instrumentos jurídicos delas decorrentes, o homem e a mulher Ter-se-iam tornado sujeitos do direito internacional, ocupando, como 'cidadãos do mundo', um espaço previamente reservado apenas aos Estados."* LINDGREN ALVES, J. A. **Os direitos humanos como tema global**. Brasília : Perspectiva, 1994. p. 37.

acontece, contudo, é que essa decisão decorre, evidentemente, do real comprometimento político em relação à excelência da referida matéria.

Dyrceu Aguiar DIAS CINTRA JR,⁹ em conferência ministrada aos Juízes Federais, em evento realizado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, afirma que o Brasil ainda não reconheceu a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU. Portanto, em nível jurisdicional internacional, não existe a possibilidade do Brasil ser questionado. A adesão àqueles sistemas jurisdicionais internacionais tem sido cobrada por diversas entidades que tratam da proteção dos direitos humanos. Em diversos congressos o assunto tem sido discutido. Recentemente, por exemplo, houve, aqui em São Paulo, um Congresso Internacional de Juízes, que foi organizado pela Associação Juízes para a Democracia, e nesse congresso foram tiradas algumas conclusões, uma das quais é, exatamente, a de que o Brasil deveria aderir às duas Cortes Internacionais, ou seja, aceitar a jurisdição delas. Foi feita, inclusive, uma moção especial ao Presidente da República, no sentido de que o País reconhecesse a jurisdição daqueles tribunais internacionais.

Existem outros meios de monitoramento internacional da questão dos direitos humanos. Há os chamados procedimentos confidenciais e os procedimentos de relatoria temática, no âmbito da ONU, ou seja, sistemas de acom-

⁹ Disponível na íntegra, via internet, home page do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO.

panhamentos que não são jurisdicionais, mas que geram sanções em nível de reprovação do país, quando ocorrem episódios de violação dos direitos humanos.

O Brasil, sob o regime militar, em 1974 e 1975, já foi considerado em procedimento confidencial. Nunca foi monitorado por relator especial, mas isso tem sido falado ultimamente. Várias ONGs têm cobrado que a ONU mande um relator especial para verificar a questão de direitos humanos no Brasil, sobretudo tendo em vista a questão da violência, que implica violação de direitos humanos de forma disseminada. Já foi citado e já foi objeto de controle, também, por parte da ONU, pelo sistema de relatoria temática, quanto às questões dos desaparecidos, assassinatos de menores e tratamento de presos. A relatoria temática toma um determinado tema e diversos países são investigados quando violam direitos humanos atinentes àquele tema.

No âmbito da OEA também é possível a sanção política, através da Comissão Interamericana. Essa Comissão monitora os direitos humanos, verifica casos de violação por qualquer Estado parte da OEA e inclui o nome do país num índice de países violadores de direitos humanos, de países em que o Estado não trata adequadamente de punir os casos de violação de direitos humanos. Isto causa, evidentemente, um desgaste muito grande ao país, porque se trata de uma sanção política que tem influência nas relações internacionais do país. E até mesmo países que não tenham aderido à chamada Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de São José, podem ser monitorados pela OEA quando forem acusados de violação de princípios consagrados na Declaração

Americana dos Direitos do Homem, que é de 1948. A Comissão Interamericana inclui no informe que apresenta à Assembléia-Geral da OEA, anualmente, a lista dos países que são considerados violadores dos direitos humanos.

João Miguel MADUREIRA e Isabel Marto MARTINS esclarecem a respeito do SISTEMA DE PROTEÇÃO INSTITUÍDO PELA CONVENÇÃO EUROPÉIA DOS DIREITOS DO HOMEM, donde extraímos:

Introdução.

O processo de apresentação de uma queixa.

Como apresentar uma queixa à Comissão Européia dos Direitos do Homem.

A Convenção Européia dos Direitos do Homem.

Introdução.

18 anos volvidos sobre a aceitação por Portugal do sistema de proteção dos direitos individuais criados pela Convenção Européia dos Direitos do Homem, é esta ainda pouco conhecida dos juristas e dos cidadãos em geral.

Ao esforço de divulgação promovido pelo Conselho da Europa, bem como àquele que vem sendo desenvolvido, aqui e ali, pelas entidades nacionais, junta-se esta nova contribuição, que visa, de uma forma que se pretende simples, dar a conhecer como funciona o sistema de proteção dos Direitos Fundamentais e, em especial, o que se deve fazer para dirigir uma queixa, em caso de violação dos direitos previstos por esta Convenção, ao órgão competente por esta instituído: a Comissão européia dos Direitos do Homem.

Em 1978, Portugal ratificou a Convenção Européia dos Direitos do Homem, ficando desde então a fazer parte do sistema internacional considerado mais avançado na proteção dos direitos e liberdades fundamentais.

Consagrando um conjunto de direitos de diversa natureza (direitos civis, políticos, econômicos e culturais), a Convenção instituiu um mecanismo de garantia da aplicação desses direitos, através da criação de órgãos internacionais independentes que têm por missão apreciar as queixas relativas à violação, pelos Estados parte, dos direitos previstos na Convenção: A Comissão Européia e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.¹⁰”

5.1 O processo de apresentação de queixa à Comissão Européia dos Direitos do Homem

No exame de admissibilidade da queixa pela Comissão a queixa é apresentada perante a Comissão Européia e pode, após uma primeira apreciação, ser arquivada ou considerada inadmissível, senão tiverem sido apurados os fatos que revelem violação de direitos ou liberdades garantidos pela Convenção, ou se não estiverem preenchidos os requisitos que a Convenção impõe para que a queixa seja admitida.

No caso de ter sido considerada admissível a Comissão procede à tentativa de solução amigável.

¹⁰ Disponível na Internet.

Se houver acordo do Estado e do queixoso, poder-se-á encontrar uma solução amigável para o litígio. Se não, a Comissão continua a apreciação da queixa até concluir por um relatório da Comissão.

Este relatório, que se pronuncia sobre a existência ou não de violação da Convenção, é enviado ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa que decide se houve ou não violação por parte do Estado, podendo fixar uma indenização, a conceder por este ao queixoso, como forma de reparar a violação da Convenção. Porém, se no período de três meses após o envio do relatório ao Comitê de Ministros a Comissão ou o Estado solicitarem a intervenção do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Será este órgão, após uma nova apreciação do caso, a decidir, podendo igualmente arbitrar uma indenização como forma de reparar a violação da Convenção.

Como apresentar uma queixa à Comissão Europeia dos Direitos do Homem.

Antes de dirigir a queixa à comissão convém lembrar que o O sistema de proteção instituídos cobre um grande conjunto de direitos e liberdades. No entanto há outros que, embora reconhecidos por outros instrumentos internacionais ou pela lei interna, não estão expressamente consagrados na Convenção. Portanto, certifique-se, antes de mais, de que os direitos ou liberdades de cuja violação se queixa estão consagrados na Convenção ou protocolos adicionais.

Por outro lado, a Convenção visa a proteção dos direitos do Homem relativamente a atos praticados pelo Estado ou da sua responsabilidade. Estão em princípio fora do âmbito da Convenção, os atos violadores dos direitos do Homem praticados por particulares em que o Estado não possa, direta ou indiretamente, ser por eles responsabilizado.

Assim, certifique-se de que os atos violadores dos seus direitos são da responsabilidade do Estado.

É igualmente necessário que aquele que se queixa seja ele próprio vítima direta da violação.

Nos termos da Convenção, podem queixar-se à Comissão, no caso de violação dos seus direitos por parte do Estado, todas as pessoas dependentes da jurisdição deste: pessoas singulares ou coletivas (sociedades, associações), nacionais, estrangeiras e mesmo apátridas...

No entanto e regra geral, só aqueles cujos direitos e liberdades foram violados, ou alguém em sua representação, têm legitimidade para se queixar, sendo necessário que a violação tenha efetivamente ocorrido, ou nalguns casos esteja na eminência de o ser, e não tenha obtido das autoridades do estado reparação considerada suficiente.

E ainda, a Comissão só pode apreciar queixas por violação dos direitos e liberdades garantidos pela Convenção se o queixoso tiver esgotado, no seu país,

todos os meios que a lei lhe faculta para tentar remediar violação. Assim, Verifique se utilizou todos os meios de recurso ou quaisquer outras vias judiciais ou administrativas susceptíveis de pôr cobro ou reparar devidamente a violação.

Por outro lado, a Comissão só pode receber queixas que lhe sejam apresentadas até seis meses após a decisão definitiva. Assim, atenção, não deixe passar mais de seis meses desde a decisão definitiva, para fazer chegar a queixa à Comissão.

A Comissão não pode apreciar queixas anônimas, nem queixas que sejam essencialmente as mesmas que uma queixa anteriormente examinada pela Comissão ou já submetida a outra instância internacional.

Para apresentar uma queixa à Comissão Europeia dos Direitos do Homem basta escrever uma carta para: Comissão Europeia dos Direitos do Homem. 67006 Strasbourg Cedex – FRANCE, descrevendo pormenorizadamente os fatos que determinaram a violação; e não se esqueça de escrever o nome, (uma vez que a Comissão não pode apreciar queixas anônimas), e a morada (porque, freqüentemente, a Comissão solicita, na resposta, novos elementos e, se houver necessidade, o preenchimento de formulário próprio, com vista a mais facilmente obter os elementos de informação indispensáveis à apreciação da queixa)!

Se necessário, a Comissão poderá conceder assistência judiciária gratuita ao requerente para o ajudar a apresentar a sua pretensão.

Roberto MENDES MANDELLI JÚNIOR e Victor Hugo ALBERNAZ JÚNIOR, Procuradores do Estado de São Paulo e Membros do Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da PGE, em artigo na Internet, a respeito do Reconhecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil, afirmam:

Com o objetivo de consolidar no Continente Americano, dentro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, proporcionando a criação de condições que permitam à cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como de seus direitos civis e políticos, de acordo com o que reza a Declaração Universal dos Direitos do Homem, os Estados Americanos assinaram, em 22 de novembro de 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como "Pacto de San José de Costa Rica".

*A Convenção encontra sua importância, ao lado de outros tratados internacionais, na ampliação das garantias institucionais à defesa e respeito aos essenciais direitos da pessoa humana, reconhecendo que esses direitos ultrapassam os limites de Estados nacionais, tendo como fundamento os próprios atributos do homem. Entre outras disposições, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos criou a **Comissão Interamericana dos Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos**, responsáveis pelo conhecimento de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-Partes.*

*A Corte Interamericana de Direitos Humanos, sem dúvida, **foi uma das criações mais importantes desta Convenção**, constituindo-se em órgão jurisdicional especializado em dirimir conflitos em que estejam presentes violações aos direitos humanos, mormente aqueles protegidos pelo "Pacto de San José", determinando que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito*

ou liberdade violados, inclusive com a reparação da medida que configurou a violação, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

*Constitui-se a Corte instância fundamental de proteção e garantia dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas, atuando de forma complementar aos órgãos de jurisdição dos Estados membros, sem contudo suprimi-los. Sob a égide do Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição Federal de 1988, a qual consagra a dignidade da pessoa humana, o Brasil aderiu à Convenção sobre Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992. **Tal adesão, contudo, não foi completa, uma vez que o Brasil deixou de reconhecer e aceitar a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada pelo Pacto de San José, ao contrário de outros Estados signatários da Convenção, como a Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.***

No mister de solidificar a Democracia que qualifica o atual Estado de Direito brasileiro, entidades governamentais e não-governamentais deflagraram campanha nacional para o reconhecimento pelo Brasil da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, vindo ao encontro do Plano Nacional dos Direitos Humanos, o qual, com destaque, condiciona a democracia ao respeito aos direitos referidos. O reconhecimento desta instância internacional traduz-se em desenvolvimento qualitativo das garantias dos direitos individuais e coletivos enunciados na Constituição pátria e nos tratados internacionais, conclamando a participação do todo da sociedade política e da sociedade civil.”

De maneira que, para conseguir determinar o alcance preciso da proteção processual internacional, será imperioso resolver alguns questionamentos que

planteia o caráter soberano das Nações e, em especial, o grau de subordinação que tem com as normas supraestatais.

Em matéria de direitos humanos o importante será advertir que a proteção é genérica e condicionada a um grupo de princípios baseados em uma interpretação comum daqueles que se entendem como direitos da humanidade. Na realidade, chegar a uma intelecção geral advém obrigatória na plasticidade necessária para adjetivar o mecanismo de defesa, pois os direitos humanos não refletem de nenhum modo as condições históricas de uma sociedade determinada, posto que os valores que expressam se podem encontrar, de uma forma ou de outra, em todas as doutrinas políticas, sociais e religiosas.¹¹

O caráter ideológico dos direitos protegidos não é então permanente, no entanto sofre as contingências de um mundo que varia constantemente e que, na mutação, vai outorgando privilégios a pessoas, interesses e direitos que surgem da relação comunitária (V. gr.: o direito a paz, o direito a saúde, a proteção ecológica, etc.).¹²

¹¹ VASAK, Karel. *Hacia una legislación internacional de los derechos humanos*, in *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Vol. III, p. 870.

¹² “**TRIBUNAL INTERNACIONAL DE DIREITO HUMANOS** - A Anistia Internacional vem propugnando a aceitação pelo Estado Brasileiro da jurisdição em nosso país da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que faz parte de tratado internacional por nós assinado em 1992. Isto significa que as violações de direitos humanos aqui verificadas poderão ser julgadas por aquela corte e, no dizer de seus defensores, de forma a adotar as medidas pertinentes à restauração ou à reparação do direito violado. Devemos cerrar fileiras em prol do bom sucesso desta campanha. Apesar do que dispõe a Constituição Federal admitindo nossa vinculação ao tribunal em questão, há de fato necessidade de lei complementar para discipliná-la, esmiuçando as hipóteses de suas incumbências, e esta lei deverá ser feita pelo Congresso Nacional. Em caso, porém, de se omitir o Poder Legislativo em legislar sobre a autoridade deste Tribunal entre nós, a matéria poderá ser disciplinada pelo próprio Poder Judiciário, via mandado de injunção.

Não significa isso que a transformação social abandone ou postergue direitos que antes reconhecia e preservava, se desqualifiquem, senão que o novo rumo do direito vai incorporando esses interesses novos que é preciso resguardar em todo âmbito.

Haverá valores dogmáticos que não sofreram modificações intelectivas, como pode ser a liberdade e a justiça; outros, quiçá, reconheçam leituras diversas segundo o lugar onde se expressem, como o direito de opinião; o de proteção da intimidade. Contudo, todos eles falaram de sentir um espírito comum de interpretação sob o prisma do direito transnacional.

É dizer, que enquanto os Estados podem corresponder o exercício dos direitos a sua legislação interna, poderá obter-se uma dimensão supranacional de justiça quando seja o mesmo Estado o que admita a jurisdição internacional,

Melhor idéia não poderia haver. O segredo da Justiça justa é o juiz livre. No Brasil já se sabe quão poderosos são os interesses que ocultam as violações de direitos humanos. Poucos juizes os desafiam e já houve época em que nenhum deles os ousou desafiar, nas não distantes ditaduras do Estado Novo e do Ato Institucional n.º 5. As razões para tanto são várias e não nos importa agora discutí-las. Vão do comodismo vergonhoso até mesmo à absurda boa-fé dos cegos de espírito. O certo, porém, é que não conheço quem não conheça uma grave violação de direitos humanos no Brasil. Quem quiser que procure e vai achá-la até entre membros das famílias da chamada elite brasileira. Veja-se o caso do deputado Rubens Paiva ou o que sofreram líderes socialistas e membros do grupo do jornal "O ESTADO DE SÃO PAULO", na ditadura de Vargas. Tudo está bem claro e comprovado... Houvesse um tribunal internacional para julgar e punir aquelas atrocidades e, certamente, elas não teriam ocorrido. Os juizes de sua corte não estariam sujeitos às mesmas pressões que os brasileiros e muitas de suas violências poderiam ser coibidas e reparadas. Alguém dirá ser utopia porque as violações somente ocorreriam em regimes que não aceitassem a jurisdição da Corte e a Constituição Federal. Tal, no entanto, não é verdade. As violações de direitos humanos não são somente de ordem política, como ocorre nos casos de tortura a suspeitos da prática de crimes comuns. E não se pode esquecer... diretamente aqui acontecimentos verificados nos centros mundiais que nos servem de referência para conduta. Avancemos, assim, o novo ano, buscando a Justiça de um tribunal internacional de direitos humanos. Aí está um magnífico desafio." SAMPAIO GOUVEIA, Luiz Antonio, advogado e conselheiro da OAB/SP, ex-conselheiro da Associação dos Advogados de São Paulo, sócio efetivo do Instituto dos Advogados de São Paulo e membro do escritório de advocacia de JOSÉ ROBERTO BATOCHIO. E-Mail: sampa@uol.com.br

subordinando seu ordenamento jurídico e as disposições que regem o direito transnacional e tolerando um novo marco de composição baseado no espírito de colaboração e reciprocidade entre as Nações.¹³

5.2 Princípios e pressupostos da jurisdição transnacional

Os direitos humanos consagrados na Cartas Internacionais que se foram sucedendo desde 1948 até nossos dias conferiram uma hierarquia especial aos reconhecimentos ali fundados, toda vez que os eleva a uma categoria que os coloca por cima do direito interno.

As declarações efetuadas tem um valor persuassivo que destacam a conveniência de atribuir um tratamento comum a cada um dos direitos que se reconhecem como fundamentais.

O princípio essencial que se funda a jurisdição transnacional se baseia nesse caráter único de intelecção que adquiriram os direitos humanos. Existem valores comuns que subministram um objetivo e uma idéia principal na qual convêm subordine-se sob a tutela de um tribunal supranacional.

¹³. "Entretanto, a união pretendida pelos países do MERCOSUL, ainda que limitada simplesmente a um mercado comum, necessita de instituições comuns permanentes. que superem o atual estágio de instituições intergovernamentais de coordenação do processo de integração e, mais (1) de um conjunto de normas jurídicas com características supranacionais. de caráter vinculante para os Estados e cidadãos, ao lado de (2) um Tribunal de Justiça que possa aplicar as normas jurídicas supranacionais com independência e imparcialidade, de maneira a dar segurança jurídica as relações entre governos, empresas e particulares no MERCOSUL.... O Direito Comunitário apresenta também institutos próprio, como o **reenvio prejudicial (reenvoi prejudiciel)**, através do qual uma magistrado local, se tiver dúvidas quanto a aplicação de uma norma comunitária, pode enviar uma consulta ao Tribunal da Comunidade Européia, em Luxemburgo, antes de decidir." Cf. LEWANDOSKI, Enrique Ricardo. Conferência citada.

Os pressupostos, por sua parte, obram como mecanismo de reservas dos Estados. Por exemplo, para designar a jurisdição interna como última expressão que obtém o jurisdicionado, se requer na contraparte reciprocidade no submetimento. Tal é o caso da nação Argentina ao aceitar a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Assim mesmo, é comum encontrar como requisito de admissibilidade da proteção internacional o requisito de haver esgotado os recursos internos, de modo tal que, o Estado denunciado tenha oportunidade efetiva para sanear em seu meio a violação de que se trate.

5.3 Problemas processuais da jurisdição transnacional

Na Argentina os direitos e liberdades reconhecidos pelo Pacto de São José da Costa Rica foi incorporado a legislação interna através da edição da Lei 23.054 pela qual se reconhece a competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos por *tempo indefinido*, e da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre todos os casos relativos a interpretação e aplicação da Convenção, sob condições de reciprocidade.

No Brasil, ao que consta, não reconhecida a submissão a Corte Interamericana, levando a impossibilidade de apreciação pela mesma de casos polêmicos que estão na jurisprudência, em especial, julgados do Supremo Tribunal Federal em relação a aplicação do art. 366 do Código de Processo Penal, liberdade provisória, prisão civil e outros.

Na Argentina a nova instância de jurisdição supraestatal¹⁴ provocou algumas mudanças em institutos processuais de tradição conhecida, ao ponto de comover suas estruturas para encontrar o caminho acertado que define a transnacionalidade.

5.3.1 Jurisdição

A Corte Nacional argentina tem entendido que, a exegese da Convenção Americana sobre Direitos Humanos constitui – em princípio – uma questão federal, dado que envolve uma matéria que corresponde aos poderes próprios do Congresso Nacional, como é a regulamentação da liberdade pessoal mas ao estritamente processual; assinalando que ao incorporar-se o Pacto de São José da Costa Rica ao direito interno e prevendo aquele a intervenção de organismos internacionais nos assuntos internos do País, *‘puede dar origen a cuestiones que comprometen la personalidad internacional de la Nación cuyo arreglo corresponderá, evidentemente, al gobierno federal.’*¹⁵

A presença de um tribunal jurisdicional, ao que se lhe reconhece competência para interpretar e aplicar as normas da Convenção, leva a dilucidar se não se está conferindo uma prorrogação de jurisdição oposta ao princípio constitucional da Constituição argentina, então em vigor, que nos falava da improrrogabilidade da jurisdição federal.

¹⁴ BIDART CAMPOS, Germán J. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Tomo II, p. 495

¹⁵ C. S. julio 28/987, Firmenich Mario Eduardo, en La Ley, sup. 13.11.87.

Dado que a Carta Fundamental de 1853 possibilitava ao Estado submeter-se a tribunais quando estes fossem criados pela própria Constituição; quando o reconhecimento da competência externa fosse voluntária; o problema está centralizado em resolver se existe contradição na norma superior ao outorgar uma competência federal improrrogável e conferir voluntariamente a própria.

Com sérios fundamentos se responde que – como princípio – *‘no resulta inconstitucional que por via de ratificación de un tratado internacional el Estado federal se someta en forma voluntaria a tribunales que no han sido creados por la Constitución; es decir, que no pertenecen a nuestro Poder Judicial, máxime teniendo en cuenta que en el caso que nos ocupa, la adhesión al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisdicción de la Corte Interamericana no es plena, sino que está subordinada a la condición de reciprocidad. Cabe acotar que si bien la Constitución no prevé expresamente la sumisión a un tribunal internacional, tampoco lo prohíbe, por eso es que puede admitirse que nuestro Estado se someta a tribunales internacionales de modo similar a como lo hace con la jurisdicción de los tribunales de Estados extranjeros.’¹⁶*”

O artigo 100 da Constituição argentina em vigor à época, impedia prorrogar a jurisdição quando se trate de interpretar os tratados internacionais subscritos por aquele País, entretanto, necessariamente, há que se ambientar a circunstância em que se expressa a Carta Magna, pois a seu tempo dita prorrogação somente

¹⁶ BIDART CAMPOS, Germán J. *La jurisdicción internacional prevista por el Pacto de San José de Costa Rica, viola la Constitución Argentina?* ED, 118/980.

podería ser establecer-se em favor de tribunais estrangeiros, ou seja, de outro Estado, e nunca de tribunais internacionais como a Corte Americana de Direitos Humanos.¹⁷

Se a ele agregamos que a intervenção deste Tribunal está condicionada ao conhecimento prévio da jurisdição nacional e ao esgotamento dos recursos internos que sejam efetivos para assegurar o devido processo que lhe assiste ao denunciante, pode coligir-se que não há verdadeira prorrogación, porque *"la prórroga supone que en vez de ser juzgado un caso por tribunales argentinos, lo sea por tribunales no argentinos. Acá no se da la sustitución de nuestra jurisdicción por outra, sino que se abre una jurisdicción internacional 'después' de agotada la argentina, a la que nos se le sustrae la decisión interna."*¹⁸

5.3.2 Supremacia da norma transnacional¹⁹

¹⁷ *Ibidem*, p. 981.

¹⁸ *Ibidem*, p. 981.

¹⁹ In LA CONVENCION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS COMO DERECHO INTERNO, Eduardo Jiménez de ARÉCHAGA afirma que *"La pregunta que se plantea en el título del presente estudio – la Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno – suscita de inmediato la cuestión más vasta de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno. Bajo esse rótulo común de 'Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno' se estudian en general dos problemas diferentes: la independencia o la interconexión entre ambos sistemas jurídicos, por un lado, y por el outro la jerarquía respectiva entre las normas internacionales y las internas. Se trata, sin embargo, de dos cuestiones que, del punto de vista lógico, pueden perfectamente distinguirse y el estudio gana en claridad si se analizan separadamente. Lo que contribuye a la confusión es el uso común e indiscriminado de la dicotomía 'monismo – dualismo' respecto de estas dos cuestiones diferentes. La primera cuestión consiste en determinar si el Derecho Internacional y el Derecho Interno son dos sistemas jurídicos tan separados e incomunicados que, a falta de una norma legislativa interna que opere una "transformación", los individuos no pueden ser alcanzados por las reglas del Derecho Internacional o si, por el contrario, existe una inter-conexión entre ambos sistemas jurídicos, admitiéndose entonces la posibilidad de una incorporación automática y una aplicación directa de las normas de Derecho Internacional por los tribunales judiciales y las autoridades administrativas internas. La etiqueta de 'dualismo' debe reservarse para la primera posición y el término 'monismo' para la Segunda. La segunda cuestión, que es totalmente*

A hierarquia 'legal' dos tratados que se incorporam ao direito interno de um país, da origem a que disputem na doutrina duas conclusões bem diferenciadas: a) o *monismo* e b) o *dualismo*. Segundo a primeira, entre o direito internacional e o direito interno existe unidade de ordem jurídica e, por conseqüência, unidade do sistema de fontes, com o que, as fontes de direito internacional automaticamente quedar-se-iam convertidas em fontes de direito interno.²⁰ Para a segunda, "*en cambio, los órdenes jurídicos nacional e internacional funcionan en forma independiente e incomunicada, de manera que las fuentes del segundo no funcionan directamente como fuentes del primero sino que hace falta una fuente interna de recepción al derecho internacional.*"²¹

De acordo com cada uma das orientações, se deduz a prevalência dos acordos internacionais sobre as normas fundamentais.

Sobre tal tema, qual seja, ao da adoção dos direitos e garantias, decorrentes dos tratados internacionais, em que nosso País seja parte, vale lembrar magnífico voto do Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE,²² onde S. Ex^a. nota:

distinta, no concierne la separación o inter-conexión entre ambos sistemas jurídicos, sino su jerarquía: en caso de conflicto entre normas de Derecho Interno, cuál es la que prevalece? Aquí nada tiene que ver la dicotomía monismo-dualismo." ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de. (Prof. de Derecho Internacional Público e ex-Presidente da Corte Internacional de Justiça) **Normas Vigentes en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano**. Motenvidéu : FCU, 1988, pp. 27-8.

²⁰

²¹ HYNES, Luísa Maria. *La operatividad de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos*, in *Revista de Derecho Público*, n.º 2, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1987, p. 98.

²² (RE n.º 80.004-SE, "in" RTJ 83, páginas 803/817),

...as Leis Uniformes adotadas pelas Convenções de Genebra incorporam-se ao nosso direito interno e encontram-se em vigor, no Brasil, a contar dos Decretos que as promulgaram. Tais decisões reforçaram e atualizaram, em nossos dias, antiga orientação de nossa jurisprudência no sentido do primado do direito internacional sobre o direito interno..." ...Dá ssim, o Supremo Tribunal Federal primazia às fontes internacionais nos termos que antes expusemos.

O saudoso professor Haroldo VALLADÃO²³ nos ensina, lembrando o Ministro do Supremo Tribunal Federal PHILADELPHO AZEVEDO (que, após aposentar-se, tornou-se Juiz da Corte de Justiça Internacional):

A referência que faz à Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, usa-a o mestre já citado para apoiar a assertiva de que a norma internacional tem sua forma própria de revogação, a denúncia, só podendo ser alterada por outra norma de categoria igual ou superior, internacional ou supra nacional, e jamais pela inferior, interna ou nacional.

KELSEN, em sua magnífica obra ***Das problem der souveränität und die theorie des völkerrechtes***, publicada, originalmente, em 1920, tratou de dimensionar a questão da soberania nacional, perante o Direito Internacional. Segundo o grande mestre, os adeptos da perspectiva monista sustentam a unicidade da ordem jurídica, com a integração entre o Direito Interno e o Direito Internacional Público. A doutrina monista apresenta duas ramificações: o monismo internacionalista e o monismo nacionalista. No primeiro caso, a unicidade se dá sob o primado do Direito Internacional, ao qual se ajustariam todas as ordens

²³ *Direito Internacional Privado*. 3ª Ed., 1971, p. 96.

jurídicas internas. Já o outro ramo supõe o primado do direito nacional de cada Estado soberano, sob cuja ótica, a adoção dos preceitos de direito internacional decorre de faculdade discricionária.

KELSEN, claramente, com convicção, de forma absolutamente objetiva, escolheu a visão monista internacionalista.²⁴

Diante de tais ensinamentos, pode-se concluir, com razoável tranqüilidade, que os princípios emanados nos tratados internacionais, a que o Brasil tenha ratificado, equivalem-se às próprias normas constitucionais.

O fundador da escola dualista, o jurista alemão TRIEPEL, comparava o Direito Internacional a um marechal de campo, que pode dar ordens aos generais, porém, não aos soldados. Em sua tese, os indivíduos não podem jamais ser obrigados, nem beneficiados pelas normas de Direito Internacional: somente o Estado é o obrigado ou favorecido por elas, em suas relações com outros Estados.

A fim de alcançar ao indivíduo a norma de Direito Internacional deve ser transformada em disposições de Direito Interno, sejam leis ou medidas administrativas. A determinação de se um Estado segue esta doutrina dualista ou, pelo contrário, admite a incorporação automática de normas internacionais em seu ordenamento interno, não é questão regida pelo Direito Internacional Público, senão que resulta

²⁴ Cf. Antonio Carlos MALHEIROS, Declaração de Voto Vencedor, Ag. Inst. n.º 672.264/5, S. J. Rio Pardo – 1º TAC-SP.

de uma opção que faz o Direito Constitucional de cada Estado. O estudo comparativo das normas vigentes no Direito Constitucional contemporâneo a respeito do tema evidenciam uma preferência definida na maioria dos Estados pela doutrina monista da incorporação automática das normas internacionais no direito interno, sem necessidade da transformação que queira TRIEPEL. E isto ocorre tanto a respeito das normas internacionais que emanam de tratados, como das regras de Direito Internacional consuetudinário. O Direito Constitucional comparado revela distintos métodos para alcançar este objetivo. É freqüente que as Constituições da segunda pós-guerra contenham uma disposição estabelecendo que os tratados, ou com maior latitude, as regras gerais de Direito Internacional são parte do Direito do Estado. Em outros países, a falta de norma constitucional expressa, tem sido a jurisprudência quem a tem estabelecido no princípio de que **o direito internacional é parte do direito do país** ("*part of the law of the land*"). Na maioria dos Estados, hoje em dia, as normas de Direito Internacional podem alcançar diretamente o indivíduo, de maneira que cabe dizer que o Direito Internacional não só rege entre os Estados, senão também dentro dos Estados. Hoje, países que permanecem atados à escola dualista,

ya sea respecto de todas las normas internacionales o, por lo menos, respecto de aquellas que se originan en tratados, pues requieren un acto legislativo de transformación a fin de aplicarlos internamente. Es así posible que un Estado adopte la posición monista respecto de las normas de origen consuetudinario y la tesis dualista con respecto a los tratados, como sucede en Inglaterra, por ejemplo. Es también lógicamente posible adoptar la posición opuesta. En el Uruguay ha primado la posición monista, tanto res-

pecto de las normas internacionales de origen consuetudinario como de aquellas que emanan de tratados. Respecto de las primeras, la Suprema Corte ha hecho aplicación directa de normas internacionales de origen consuetudinario, por ejemplo, las que consagran la inmunidad jurisdiccional de los diplomáticos extranjeros, a fin de excluir al Embajador de Francia de los efectos de una moratoria judicial. (La Justicia Uruguaya, t. II, p. 312-318) Y esto se hizo en una época en que no había ley interna ni tratado en la materia.²⁵

Norberto BOBBIO, em seu primoroso Dicionário de Política, contrapõe-se ao apego conceitual verificado no monolítico entendimento das funções e atribuições tradicionais do Estado moderno:

No nosso século, o conceito político-jurídico de Soberania entrou em crise, quer teórica, quer praticamente. Teoricamente, com o prevalecer das teorias constitucionalistas; praticamente, com a crise do Estado moderno, não mais capaz de se apresentar como centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista na arena internacional.

Para o fim desse monismo contribuíram, ao mesmo tempo, a realidade cada vez mais pluralista das sociedades democráticas, bem como o novo caráter dado às relações internacionais, nas quais a interdependência entre os diferentes Estados se torna cada vez mais forte e mais estreita, quer no aspecto político, quer no ideológico. Está desaparecendo a plenitude do papel estatal, caracterizado justamente pela Soberania; por isso, o Estado acabou quase se esvaziando e quase desapareceram seus limites.(...) O movimento por uma colaboração internacional cada vez mais estreita começou a desgastar os poderes tradicionais dos Estados soberanos. (...) As autoridades 'supranacionais' têm a possibilidade de conseguir que adequadas Cortes de Justiça

²⁵ ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez. Op. cit., pp. 28-9.

*definam e confirmem a maneira pela qual o direito 'supranacional' deva ser aplicado pelos Estados em casos concretos.*²⁶

Citando aquela frase de BOBBIO, no sentido de que, hoje, os direitos humanos estão muito mais relacionados a uma questão política do que a uma questão filosófica; ou seja, hoje, não se trata mais de justificar os direitos humanos filosoficamente, senão de, politicamente, cobrar a aplicação das normas relacionadas com os direitos humanos.

O Supremo Tribunal Federal, não prolatou decisão recente a respeito do assunto. O *leading case* (Rec. Ext. 80.004), que reiteradamente é citado na doutrina, **é de 1977** – portanto, por evidente, em muito anterior à Constituição de 1988 e sob um regime de exceção -, **em questão que não envolvia propriamente Direitos Humanos**, mas, a questão dos tratados internacionais. O *leading case* afirma a convicção de que tratados internacionais são equi-valentes a leis, ou seja, que aqueles não têm *status* constitucional. Este julgado tem sido alvo de diversas críticas, críticas contundentes e procedentes, tanto para Dyrceu Aguiar DIAS CINTRA JR,²⁷ sobretudo por parte do Professor Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE, conforme veremos adiante.

²⁶ BOBBIO, Norberto e outros. Dicionário de política. v. 2. Brasília : Universidade de Brasília, 1995. p. 1187.

²⁷ Cf. Conferência citada.

Na Argentina, a estrutura constitucional e alguns princípios fundamentais esboçados nesta, antes da derradeira reforma, permitiam afirmar que a supremacia estabelecida no art. 31, não cede ante as normas de direito internacional.

Aclara BIDART CAMPOS, que *“nuestra Corte sostiene, por su parte, que entre tratados y leyes internas no existe prioridad de rango, y que tratándose de normas de igual nivel dentro de orden jurídico interno, debe aplicarse el principio de que las posteriores derogan a las anteriores.”*²⁸

OSVALDO GOZAÍNI, contudo, afirma:

Sin embargo, discrepa el eximio profesor, con quien compartimos estas conclusiones:

*Si tenemos un **tratado anterior** y una **ley posterior**, ésta no puede prevalecer, porque el principio básico del ‘pacta sunt servanda’ impide que nuestro país altere unilateralmente el tratado, lo que equivaldría a una denuncia del mismo. No resultaría suficiente que, dando prioridad a la ley en tales condiciones, aceptaríamos asumir la responsabilidad internacional de nuestro estado frente ao outro o a los outros.’*

*Ahora, ‘si tenemos una **ley anterior** y un **tratado posterior** también prevalece el tratado, en cuanto es la última expresión de voluntad normativa del Estado.’*

La incorporación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos incide materialmente en la escala jerárquica que se asigna a los derechos fundamentales. Materialmente porque, cuando el art. 2º del Pacto de San José establece que los derechos y libertades mencionados en el artículo

²⁸ *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo I, p. 104.

*precente – que son todos los que consagra la propia Convención – deben ser específicamente incorporados al derecho interno de los Estados partes, y, en caso de no encontrar-se ya garantizados en ellos, debe hacerse mediante las disposiciones legislativas o de outra índole que han de adoptar-se com arreglo a los procedimientos constitucionales de cada país; se están dando instrucciones para **crear derecho** o bien para aplicar directamente las normas del Pacto sin necesidad de reglar com medidas internas.*

*En uno u outro caso los articulos de la Convención que declaran un derecho o una libertad se elevan sobre la Constitución, pero no agreden su supremacia, pues la relación normativa entablada se ofrece en el marco del **derecho comunitario**, es decir, de la integración de un Estado en una comunidad supraestatal, debiendo armonizarse el derecho interno com las reglas transnacionales; y permitiendo a los jueces en el campo de la interpretación constitucional establecer la justa expresión y alcance del derecho internacional.²⁹*

Deste modo poderiam conciliar-se, sem alterar o respeito a Carta Fundamental as normas da Convenção com aqueles princípios infraconstitucionais de direito interno; ou com qualquer situação jurídica objetiva ou subjetiva que freqüentam ambos tipos de declaração – constitucional ou supraconstitucional.

A Convenção sobre Tratados, assinada em Havana em 1929, promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 18.596, de 22 de outubro de 1929, também diz em seu artigo 10:

²⁹ Ver a respeito a série de casos exemplificativos de sucessos desta ordem que mostra BIFART CAMPOS, in *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdiccional*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1987, pp. 61 e segs.

Nenhum Estado pode se eximir das obrigações do tratado ou modificar suas estipulações, senão com o acordo pacificamente obtido dos demais contratantes.

Conforme assevera a Procurador Regional da República (São Paulo) Sylvia Helena STEINER MALHEIROS, “isto de não cumprir tratados internacionais é coisa séria”.³⁰

No art. 11, deste mesmo Tratado, assinado em Havana em 1929, e lei aqui no Brasil está escrito:

Os tratados continuarão a produzir seus efeitos ainda quando se modifique a Constituição interna dos Estados contratantes.

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que entrou em vigor em 1980, tem dispositivo expresso no seu artigo 27:

Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado.

A respeito da autoexecutividade da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica -, Eduardo Jiménez de ARÉCHAGA afirma:

Otra materia que por su naturaleza se presta por sí misma a ser ejecutable ("self-executing") es la relativa a derechos humanos.

Esto no significa que todas las disposiciones de una Convención sobre Derechos Humanos sean ejecutables por sí mismas "(self-executing). Hay

³⁰ Cf. Conferência *A Prisão Civil e os Tratados Internacionais*, de Antonio Carlos Malheiros, no TRF da 3ª Região.

a menudo disposiciones programáticas, especialmente en el campo de los derechos sociales y económicos, que no pueden ser ejecutadas sin una acción legislativa del Estado, como, por ejemplo, el artículo 26 de la Convención Interamericana. Hay también otros derechos que, debido a su naturaleza, o la fraseología de la Convención, carecen de una exigibilidad inmediata y plena en ausencia de normas internas o de otras medidas complementarias, a adoptar por el Estado. Es el caso de los artículos 13(5), 17(4), 17(5), 19 y 21(3) de la Convención Interamericana, cuyos textos reclaman expresamente la existencia de una ley o de medidas complementarias. Para los demás, la conclusión debe ser en favor del carácter ejecutable por sí mismo ("self-executing") de las disposiciones de una convención de esta especie y de su exigibilidad directa e inmediata. Ello es así porque el objeto y razón de ser de una Convención de Derechos Humanos, así como la clara intención de sus autores, es reconocer en favor de individuos, como terceros beneficiarios, ciertos derechos y libertades fundamentales, y no regular las relaciones entre los Estados partes.

A Corte Interamericana já explicou muito bem a razão de ser de toda Convenção sobre Direitos Humanos, na sua opinião consultiva de 24.09.1982, sobre a entrada em vigor da Convenção. Disse a Corte:

los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado, como frente a los otros contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

Como relembra a mesma opinião consultiva, o carácter especial destes tratados tem sido igualmente reconhecido pela Comissão Europeia de Direitos Humanos, que disse:

el propósito de las Altas Partes contratantes no fue concederse derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales, sino realizar los fines e ideales del Consejo de Europa... y establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de derecho.

Os Estados Unidos da América, contudo, sustenta que os preceitos da Parte I da Convenção Interamericana de Direitos Humanos não são execu-táveis por si mesmos ("self-executing"). Fundam esta tese no texto do Artigo 2 da Convenção que diz:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

No informe da delegação dos Estados Unidos na Conferência de São José de Costa Rica que adotou a Convenção Interamericana se disse, ao comentar o

artigo 2, que "no es la intención de los Estados Unidos interpretar los artículos del Tratado en la Parte I como siendo ejecutables por sí mismos".³¹

Com base nesta disposição do Artigo 2, o Poder Executivo dos Estados Unidos, ao enviar a Convenção ao Senado, requerendo seu consentimento prévio na ratificação, assinalou que:

la Convención comienza con una disposición general sobre no discriminación (Artículo 1) y continúa con la obligación de adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para conferirle efecto a los derechos y libertades protegidos por la Convención. (Artículo 2). Mientras la última disposición indica que las disposiciones sustantivas de la Convención no se aplican directamente, con el fin de evitar posibles discrepancias y con el objeto de dejar la implementación sustantiva a la jurisdicción y legislación doméstica, se recomienda la siguiente declaración: Los Estados Unidos declaran que los Artículos 1 a 32 de esta Convención no se aplican directamente", esto es, no son "self-executive".

A respeito do entendimento sustentado pelos Estados Unidos ARÉCHAGA afirma peremptoriamente: "Esta tese é inadmissível."³² Segundo ele:

La declaración que se propone al Senado no sería una declaración interpretativa, sino una reserva, pues altera el efecto jurídico de las obligaciones asumidas en la Convención. Estados Unidos se colocaría en la cómoda situación de ser parte de la Convención, con todos los derechos que esa calidad apareja, incluida la facultad de denunciar violaciones en otros

³¹ L. B. Sohn y Th. Buergenthal, *International Protection of Human Rights*, p. 1365.

³² *Op. cit.*, p. 41.

Estados Partes, y en cambio, no quedaría obligado sino en la medida que su legislación interna se fuera ajustando a las exigencias de la Convención. Conforme al Artículo 75 de la Convención, serían aplicables a esa eventual declaración de Estados Unidos los artículos 19 y siguientes de la Convención de Viena sobre Tratados.

Estos preceptos exigen que la reserva sea compatible "con el objeto y el fin del tratado" y requieren además que ella sea aceptada por los demás Estados partes.

A opinião consultiva da Corte Americana de Direitos Humanos de 29.08.1986 trata da “*la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*” estabelecido pelo Artigo 14, inciso primeiro, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

O Governo de Costa Rica solicitou a Corte uma opinião consultiva sobre a interpretação e alcance do Artigo 14(1) em relação com os Artigos 1.1 e 1.2 da Convenção.

O Artigo 14(1) dispõe o seguinte:

Toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

Costa Rica explicou à Corte que solicitava a opinião consultiva “*debido a que existe una situación de duda que exige ser definida en cuanto a si en Costa Rica es dable alegar por cualquier persona afectada por informaciones inexactas o*

agravantes emitidas en su perjuicio a través de los medios de difusión, el derecho de rectificación o respuesta que establece el Artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o si tal derecho sólo es exigible una vez que se emita una ley formal que establezca las condiciones en que tal derecho pueda ser coneretamente ejercido.³³”

Como se vê, o Governo de Costa Rica planteou claramente na Corte a questão do caráter executável por si mesmo ("*self-executing*") do Artigo 14(1) da Convenção.

Contra o caráter executável por si mesmo ("*self-executing*") deste preceito se invocava o argumento de que a frase "*en las condiciones que establezca la ley*" somente facultaria aos Estados partes a criar por lei o direito de retificação ou resposta, sem obrigações a garanti-lo enquanto seu ordenamento jurídico interno não o regule.

A Corte rechaçou este argumento, e afirmou que a Convenção consagra um direito de retificação ou resposta em favor de toda pessoa, em base a que "*el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo*" Chegou assim à opinião unânime no sentido de que o Artigo 14(1) "*reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible* "

³³ Texto da Opinião Consultiva, publicada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pp. 34-5, § 8.

A opinião consultiva agrega que a frase "*en las condiciones que establezca la ley*" no Artigo 14(1) *in fine*, se refere a questões tais como "*si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor, cuándo debe publicarse la respuesta una vez recibida, en qué lapso puede ejercerse el derecho, qué terminología es admisible. etc.*" (*Ibid.*, p. 14, § 27).

Assinala a Corte que:

el hecho de que los Estados partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al Derecho Internacional de las obligaciones que aquellos han contraído según el Artículo 1.1 ... En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por "toda persona" sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención (Ibid., p. 15, § 28).

Como se vê, a resposta unânime da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi categórica enquanto ao caráter executável por si mesmo ("*self-executing*") do Artigo 14(1) da Convenção.

Como o demonstra esta opinião consultiva n.º 9, não é suficiente que um artigo faça referência a lei, para que perca auto-executividade. Para que o ocorra, é necessário que a realidade e a vigência sejam expressamente recomendadas pelo preceito ao ditado de uma lei ou de medidas complementares. Com este critério, que é o justo, somente carecem de auto-executividade os Artigos 13(5) sobre propaganda a favor da guerra e apologia do ódio; 17(4) sobre igualdade de direitos dos cônjuges; 17(5) sobre igualdade dos filhos: sejam legítimos ou

naturais; 19, sobre direito da criança a medidas de proteção; 21(3) sobre proibição da usura e 26, sobre direitos econômicos, sociais e culturais.

Todos os demais preceitos da Parte I tem caráter executável por si mesmos. É sumamente importante determinar com precisão se as disposições da Parte I da Convenção Interamericana são executáveis por si mesmas ("self-executing"), como o são todas, salvo as indicadas mais acima.³⁴

Segundo alerta o Prof. René Ariel DOTTI,³⁵ os redatores do projeto que resultou na Lei n.º 9.271/96, aprovaram uma exposição de motivos que expõe

³⁴ "LA OPINION SEPARADA DEL JUEZ URUGUAYO GROS ESPIELL. La opinión separada del Juez uruguayo, Prof Gros Espiell, en el caso relativo al derecho de rectificación y de respuesta va más lejos que la opinión de la Corte por cuanto contesta el argumento estadounidense en el sentido de que el Artículo 2 de la Convención privaría de carácter ejecutable por sí mismo ("self-executing") a toda la Parte I de la Convención. Gros Espiell contraponen al Artículo 2, (cuya inserción sin duda constituyó un desacuerdo que se cometió en la última etapa de elaboración de la Convención) el Artículo 1.1., que dispone: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra similitud social" El Juez uruguayo manifestó que es evidente que el Artículo (2) de la Convención "imponen el deber a los Estados partes de adoptar las medidas requeridas para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por la Convención. El ser de estos derechos no está condicionado a la existencia de normas pertinentes en el derecho interno de los Estados Partes....Se trata de una obligación adicional, que se suma a la impuesta por el Artículo 1 de la Convención... la obligación que resulta del Artículo 2, complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del Artículo 1". Una conclusión diferente sería "inadmisible porque paralizaría todo el sistema aceptable de aplicación de la Convención, y quitaría prácticamente efecto, con respecto a las personas humanas protegidas, a la obligación esencial que resulta para los Estados partes del Artículo 1 de la Convención" (26). En el mismo sentido ha comentado Monroy Cabra, miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que: "lo que quiso decir el Artículo 2 de la Convención fue únicamente que los Estados Partes se comprometen a eliminar en el ámbito de su jurisdicción, todos los obstáculos que se opongan a la aplicación de la Convención, pero en ningún momento se adoptó la tesis dualista ni puede deducirse de su texto que los Artículos 1 al 32 no se apliquen directamente como lo pretende la interpretación de los Estados Unidos... Si la Convención Americana busca garantizar derechos de las personas individuales debe interpretarse de suerte tal que pueda aplicarse inmediata y directamente a los particulares..." Monroy CABRA, *Aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Orden Jurídico Interno*, na obra coletiva *Derechos Humanos en las Américas a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, Washington D. C., OEA, 1984, p. 141.

³⁵ *A ausência do Acusado e a Suspensão do Processo*. RT, 730, p. 402.

alguns fundamentos no *designio de legge* que viria a receber, na Câmara dos Deputados o n.º 4.897, de 1995, publicada no DOU, de 25.11.1994, Seç. I, p. 17860, a qual reconhece que a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – é **“integrante do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro”**.

O nosso entendimento, é como o de certos autores,³⁶ que é o caso de todos os chamados ***direitos fundamentais do homem***, os quais constituem normas imperativas de direito internacional geral (*‘jus cogens’*), com o alcance prescrito no

³⁶ “LA CUESTION DE JERARQUIA. Tampoco la cuestión de cuál norma prevalece en caso de conflicto entre las reglas de Derecho Internacional y las de Derecho Interno, es regida por el Derecho Internacional sino que depende del Derecho Constitucional de cada país. Y en esa materia hay grandes diferencias. Hay Estados que acuedan a las normas internacionales la más alta jerarquía, al punto que pueden incluso modificar las normas de la Constitución; otros equiparan las normas internacionales con las disposiciones de la Constitución; un tercer grupo de países admite que las reglas del Derecho Internacional, aunque no pueden modificar la (Sonstitución, prevalecen sobre las disposiciones legislativas. Finalmente, la posición más difundida, y a la que está afiliado el Uruguay, es la que coloca en un pie de igualdad las disposiciones de los tratados, así como las normas consuetudinarias, con los actos legislativos. Esto significa que habrá de prevalecer la regla adoptada con posterioridad, sea interna o internacionāl. La norma posterior desplaza a la anterior en el tiempo. Así lo ha decidido el Tribunal de Apelaciones del Trabajo y la Suprema Corte, "sosteniendo la posición jurisprudencial de que la ley ordinaria posterior deroga tácitamente al Tratado" Es en esta última hipótesis que reaparece entonces la escuela dualista para sostener que la existencia simultánea de dos normas contradictorias - una de Derecho Internacional y otra de Derecho Interno en conflicto con la anterior- demuestra que se está en presencia de dos órdenes jurídicos diferentes. Hay autores que comparan esta situación con la de dos ordenamientos jurídicos internos, uno nacional y otro extranjero, que pueden contener normas jurídicas diferentes y hasta contradictorias. Esa comparación, que intenta reintroducir el dualismo, olvida que del punto de vista internacional, el acto legislativo en conflicto con una norma de Derecho Internacional no es sino un hecho equivalente a cualquier otra violación del Derecho Internacional, que origina la responsabilidad internacional del Estado. Si el juez nacional acuerda prioridad al acto legislativo posterior en el tiempo sobre el tratado o la norma consuetudhlaria de Derecho Internacional pre-existente, ello sólo significa que el Estado queda obligado a cumplir su obligación internacional a través de un conducto diferente. Como dijo la Corte Suprema de los Estados Unidos en el Caso Whitney versus Robertson, hace ya un siglo, al negar la aplicación de un tratado en conflicto con una ley del Congreso: "Si el país con el cual se ha concluido el tratado queda insatisfecho por la acción del cuerpo legislativo, puede presentar su queja a la autoridad ejecutiva del Gobierno y adoptar las otras medidas que estime esenciales para la protección de sus intereses. Los Tribunales no pueden proporcionarle un remedio" (124 US 190,194 – 1888 -). Esto demuestra que la norma de Derecho Internacional no ha sido, en rigor, derogada por la norma legislativa contradictoria. La norma internacional subsiste, así como queda en pie la obligación internacional que de ella deriva, aunque no sea ejecutable por los tribunales internos o las autoridades administrativas, pero sí es ejecutable ante los tribunales internacionales.” ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez. Op. cit., pp. 31-3.

artigo 64º da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, de 23 de maio de 1969.³⁷

No seminário **A Proteção Nacional e Internacional dos Direitos Humanos**, realizado em Brasília e promovido pelo Fórum Interamericano de Direitos Humanos - FIDEH e Centro Santo Dias de Direitos Humanos da Arquidiocese de São Paulo, em dezembro de 1994, Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE, expondo sobre o assunto, declarou:

*Trata-se de uma meta premente, porquanto não se pode professar o universalismo dos direitos humanos no plano conceitual ou normativo, e continuar aplicando ou praticando a seletividade no plano operacional. Os direitos humanos se impõem e obrigam os Estados, e, em igual medida, os organismos internacionais e as entidades ou grupos detentores do poder econômico, particularmente aqueles cujas decisões repercutem no cotidiano da vida de milhões de seres humanos. Os direitos, em razão de sua universalidade nos planos tanto normativo quanto operacional, acarretam obrigações erga omnes.*³⁸

E em outra oportunidade já afirmou o emérito Professor

Nas raízes do próprio pensamento constitucionalista mais esclarecido se encontra apoio para a proteção internacional dos direitos humanos. Há pouco menos de duas décadas, Mauro Cappelletti ressaltava que a proteção dos direitos humanos, no plano do direito interno, requer

³⁷ Cf. T. VAN BOVEN, *Aperçu du droit international positif des droits de l'homme*, in *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, p. 118.

³⁸ Organização: MARIANO, Benedito Domingos e FECHIO FILHO, Fermino. **A proteção nacional e internacional dos Direitos Humanos**.

*instrumentos processuais adequados, e é tamanha sua importância que transcende o sistema ordinário de proteção judicial; assim, em caso de ameaça aos direitos constitucionalmente reconhecidos, há que prover meios processuais extraordinários de proteção. E é quando nem mesmo esses são disponíveis que as garantias consagradas nos tratados e instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos operam em favor dos que necessitam de proteção. E segundo esses tratados de direitos humanos não é suficiente que os Estados-Partes contem com sistemas de tutela jurídica de caráter genérico; encontram-se eles na obrigação de prover instrumentos processuais adequados e eficazes para a salvaguarda dos direitos constitucionalmente consagrados. Há, entre os constitucionalistas, os que revelam sensibilidade para as afinidades e a interação entre o direito internacional e o direito interno no tocante à proteção dos direitos humanos.*³⁹

CLÉMERTON MERLIN CLÈVÈ,⁴⁰ enfrenta a questão da inserção do Pacto de São José da Costa Rica em nosso ordenamento jurídico, com especial abordagem em relação a impossibilidade de prisão por dívida (civil e criminal).

Afirma que à Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de São José da Costa Rica*), tratado internacional concluído no seio da Organização dos Estados Americanos (OEA), o Brasil aderiu ao tratado internacional, sem formular, no instrumento respectivo, qualquer reserva em relação ao direito em questão. Por força do que dispõe o art. 5º., § 1.º, da Constituição de 1988, que assegura a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, e o Pacto de São

³⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos – fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo : Saraiva, 1991. p. 624.

José da Costa Rica tem por objeto nada mais nada menos do que direitos e garantias, conclui-se que suas normas demandam aplicação imediata. Daí porque tem razão Antonio Augusto CANÇADO TRINDADE,⁴¹ quando afirma que:

se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar as suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais nele garantidos, consoante arts. 5.º (2) e 5.º (I) da Constituição de 1988, passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.

Prossegue, ou seja, com a Constituição de 1988 o Brasil que tradicionalmente vinha aceitando a tese da necessidade da intermediação legislativa (recepção) como meio de incorporação do direito internacional ao direito interno (*concepção dualista*), passa a adotar um *sistema misto*, segundo o qual a sistemática anterior permanece em relação a todos os tratados, salvo aqueles envolvendo direitos humanos. Neste caso, diante do que especifica o art. 5.º, §§ 1.º e 2.º, da Lei Fundamental da República, ocorrerá incorporação automática do tratado internacional concluído pelo país (*concepção monista*).

⁴⁰ Professor Doutor dos Cursos de Mestrado e Doutorado da Universidade Federal do Paraná. Ex-Procurador da República. *Contribuições Previdenciárias, não-recolhimento. Art. 95, c, da Lei 8.271. Inconstitucionalidade. RT/Fasc. Penal*, Ano 86, v. 736, fev. 1997, pp. 503-532.

⁴¹ *A interpretação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos*. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, v. 46, n. 182, p. 27-54, jul.-dez./93), ex-Consultor-

Por outro lado, tendo em conta o disciplinado no art. 5.º, § 2.º, segundo o qual "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte", **a Constituição Federal atribui aos direitos humanos definidos em tratado internacional o status de norma constitucional** – grifo nosso -.

E, conforme assevera, não é outra a conclusão alcançada por Flávia PIOVESAN. Com efeito, esta jurista dotada de aguda percepção demonstra que:⁴²

A Carta de 1988 inova, assim ao incluir dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário.

*Ora, ao prescrever que 'os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais', a **contrario sensu**, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Este processo de inclusão implica a incorporação pelo texto constitucional destes direitos. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Esta conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do*

Geral do Ministério das Relações Exteriores e, hoje, Juiz brasileiro com assento na Corte Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos, com sede em São José da Costa Rica.

⁴² *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo : Max Limonard, 1996, p. 110.

texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional".

Comunga com o pensamento, entre outros, de Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.⁴³

Concorde-se, afirma MERLIN CLÈVÈ, neste particular, que os tratados internacionais, dos quais o Brasil faça parte, diante da determinação constitucional, integram, juntamente com a Constituição Formal, o *bloco de constitucionalidade* (sobre o conceito: Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 2.a ed., Paris, Montcherestien, 1992, p. 91-103) compreendido enquanto plexo normativo determinante heterônomo de nível superior do Estado brasileiro. Diz:

Desde esta perspectiva, derivada dos deslocamentos teóricos mais recentes em matéria de Direito dos direitos humanos, a norma plasmada no art. 95, d, da Lei 8.21V 91 é, também por este motivo (ofensa a direito fundamental previsto em tratado internacional e incorporado ao bloco de constitucionalidade), manifestamente inconstitucional. Sim, porque o programa normativo contemplado no tratado proíbe inequivocamente qualquer sorte de prisão por dívidas (civil ou criminal).

Haverá, não obstante, aqueles que pretenderão que os tratados não assumem o mesmo regime dos direitos fundamentais contemplados na Constituição, inscrevendo-se, sim, em território de menor estatura hierárquica. Pretenderão, com isso, demonstrar, ademais, que o direito previsto no tratado referido colide com o disposto na Constituição, daí porque deve prevalecer o

⁴³ *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos.* São Paulo, Saraiva, 1991.

texto constitucional. Neste caso, apegados a uma interpretação literal e empobrecida do art. 5.º, LXVII, da Carta de 1988 ("garantia apenas contra prisão civil por dívida"), e do regime dos direitos fundamentais, advogarão que norma de menor hierarquia não pode colidir com a Constituição.

Já foi demonstrado que o direito previsto no art. 5.º, LVII, não pode ser amesquinhado em face de uma interpretação literal e, ademais, descompromissada com a força vinculante dos direitos fundamentais. Mas, ainda que se admita que aquele artigo apenas protege o cidadão contra a prisão civil por dívida, não o eximindo de prisão penal (hipótese de fraude constitucional e de quebra do princípio da proporcionalidade, como antes afirmado), mesmo assim não há como defender que o tratado, ao proibir qualquer sorte de prisão por dívida, por mais generoso que seja, resida em estado de inconstitucionalidade. Ora, tratasse de restrição, poderia, com efeito, ser tido como inconstitucional. Tratando-se, porém, de direito, de extensão de uma garantia mínima inscrita no catálogo dos direitos fundamentais, é evidente que não é inconstitucional. A Constituição, com os direitos fundamentais, nomeadamente com os direitos de defesa, cria uma zona de incompetência para o Poder Público, inclusive o legislador, de modo que ele não poderá assaltar o muro construído. Impedido de restringir a garantia constitucional, não ficará, entretanto, impedido de ampliá-la, daí porque não seria absolutamente inconstitucional uma lei federal que dispusesse a respeito da proibição da prisão de natureza penal por dívida. É desde esta ótica que precisa ser visto o tratado internacional. Incorporado ao direito interno, seja automaticamente (como pretende a nova doutrina), seja em virtude de ato expresse de recepção (o que já ocorreu no Brasil, como se sabe), ele comprime o poder de conformação e de restrição legislativa do Estado-legislador, ampliando a garantia já plasmada no texto constitucional, completando-a, sim, mas sem jamais confrontá-la. Por isso, ainda que os direitos fundamentais protegidos pelo Pacto de São José da Costa Rica não se inscrevam no bloco de constitucionalidade (que nesta hipótese estaria

*reduzido apenas ao corpo da Constituição formal), não usufruindo, então, do mesmo regime jurídico daqueles direitos referidos pelo texto constitucional porque residentes em lugar hierárquico de menor estatura, nem por isso deixam de produzir importantes efeitos na ordem jurídica interna.*⁴⁴

Em matéria de direitos fundamentais os argumentos fundados na hierarquia de normas passam atualmente por severo questionamento. Apele-se, outra vez, para o pensamento de Antonio Augusto CANÇADO TRINDADE:⁴⁵

No presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno, longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, se mostram em constante interação, de modo a assegurar a proteção eficaz do ser humano. Como decorre de disposições expressas dos próprios tratados de direitos humanos, e da abertura do direito constitucional contemporâneo aos direitos internacionalmente consagrados, não mais cabe insistir na primazia das normas do direito internacional ou do direito interno, porquanto o primado é sempre da norma - de origem internacional ou interna - que melhor proteja os direitos humanos. O Direito dos Direitos Humanos efetivamente consagra o critério da primazia da norma mais favorável às vítimas.

No mesmo sentido se inclina o pensamento de Flávia PIOVESAN:⁴⁶

Logo, na hipótese de eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, adota-se o critério da prevalência das norma mais favorável a vítima. Em outras palavras, a primazia é da norma que melhor proteja, em cada caso os direitos da pessoa humana. Ressalte-se

⁴⁴ *Op. cit.*, pp. 528-9.

⁴⁵ *Apresentação*, in Flávia PIOVESAN, *Op. cit.*, p. 19.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 129.

que o Direito Internacional dos Direitos Humanos apenas vem a aprimorar e fortalecer o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo interno. A escolha da norma mais benéfica ao indivíduo é tarefa que caberá fundamentalmente aos Tribunais nacionais e a outros órgãos aplicadores do direito, no sentido de assegurar a melhor proteção possível ao ser humano.

E, conforme assevera MERLIN CLÉVE:⁴⁷

Assim também se pronuncia Celso D. de Albuquerque Mello (Direito constitucional internacional, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 188). Aliás, rememore-se que o próprio Pacto de São José da Costa Rica conta com dispositivo a respeito (art. 29. b), confirmando o princípio da prevalência da norma mais favorável.

Haverá, por fim, aqueles que, à luz da posição do STF adotada no RE 80.004 (RTJ (1978), v. 83, p. 809-848), que configura leading case na matéria, pretenderão que os tratados envolvendo direitos fundamentais não se distinguem dos demais tratados no que se refere as suas relações com o direito interno. Daí porque, aduziriam, uma vez aprovados pelo Congresso, ratificados e, então, promulgados pelo Executivo, passariam a se incorporar a ordem jurídica interna no mesmo patamar hierárquico da lei ordinária federal. Neste caso, lei ordinária posterior poderia perfeitamente afastar a eficácia da normativa internacional.

O raciocínio, todavia, não é suficiente para afastar a incidência da norma internacional no presente caso. Sim, porque, admitindo-se que o tratado (incorporado no direito brasileiro em 06.11.1992, através do Dec. 678) reside no mesmo nível hierárquico da lei ordinária federal (e à luz do novo texto constitucional não se pode admitir esta tese em relação aos tratados envolvendo direitos do homem), e sendo certo que ele proíbe modalidade de

⁴⁷ *Op. cit.*, pp. 529-30.

prisão admitida pela Lei 8.212 (art. 95, d), é indisputável que, tratando-se de normativa mais recente, terá revogado a norma anterior. Trata-se de mera aplicação de comezinho princípio do direito intertemporal segundo o qual a norma mais recente, na hipótese de antinomia, prevalece sobre a anterior.

Por este fundamento, então, se o disposto no art. 95, d, da Lei 8.212, não é inconstitucional (e foi já, exhaustivamente, demonstrado que é), restou inaplicável em função da suspensão de sua eficácia (revogação) determinada implicitamente pela entrada em vigor no direito interno do Pacto de São José da Costa Rica. Daí porque, com a incorporação ao direito interno do tratado referido, nenhum brasileiro poderá ser condenado penalmente pelo inadimplemento de obrigação tributária.”

Concluindo, afirma que diante de todo o exposto, o direito de defesa plasmado do art. 5º, LXVII, da CF, configura um verdadeiro direito fundamental, submetido ao regime dos direitos fundamentais dedutível da Lei Fundamental da República. Tratando-se de um direito fundamental, deve ser interpretado de modo ajustado. A interpretação literal e apressada do dispositivo não dá conta de seu sentido, sendo certo que, ademais disso, contribui para o seu amesquinamento.

Ressaltamos, finalmente, que por força do disposto no artigo 5º, parágrafos 1º e 2º, a Carta Magna de 1988 atribui aos direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos natureza de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata.

Enfatizo que, enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica infra-constitucional (na interpretação do Supremo Tribunal Federal), nos

termos do art. 102, III, 'b' do texto – que admite o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado – os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos detêm natureza de norma constitucional (ao menos).

Finalmente, concluímos nos termos do que afirmou a Prof^a. Flávia PIOVESAN, por ocasião de conferência proferida no Congresso promovido pelo Tribunal Regional Federal da 3^a Região (já anteriormente citado), portanto, que o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto que combina regimes jurídicos diferenciados – um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e um outro aplicável aos tratados tradicionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do artigo 5º, parágrafos 1º e 2º - apresentam natureza de norma constitucional e aplicação imediata, os demais tratados internacionais apresentam natureza infra-constitucional e se submetem à sistemática da incorporação legislativa.

6 A PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA NOS TRIBUNAIS

6.1 Conceito de prisão

A palavra prisão descende da francesa *prision*, que, por sua vez, deriva do vocábulo latino *prehensio, onis*, que significa cárcere, cadeia, prisão, penitenciária, xadrez, ato de prender alguém, de agarrar, de segurar, capturar, apreensão, do verbo *prehendo, is, si, sum, ere* (tomar, agarrar, reter, segurar, surpreender), derivado de *per*, do grego *peri*, com o verbo primitivo *handere*, de uma raiz que significa prender; em grego, segurar; em anglo-saxônico, *hand*, mão.

Prisão é, portanto, um ato de apoderamento físico, em que o apriornado fica limitado em sua liberdade e sob sujeição de alguém; atualmente, sujeito à autoridade legitimada à realização desse ato.¹ Prisão civil é a que se realiza no âmbito do Direito Privado, interessando-nos, especificamente, a do depositário infiel e do alimentante descumpridor de dever alimentar.

Diz-se que a prisão por dívida é criação do Direito Romano.²

Nos tempos do Grande Império consagrado estava o processo sumário de prisão do devedor que não pudesse ou não se dispusesse a pagar dívida regularmente constituída.

¹ Cf. Álvaro Villaça AZEVEDO. *Ob. cit.*, p. 45. "Entendemos, desse modo, que a prisão civil é o ato de constrangimento pessoal, autorizado por lei, mediante segregação celular, do devedor, para forçar o cumprimento de um determinado dever ou de uma determinada obrigação."

² Cf. Fernando CORRÊA COSTA. *Da Prisão Civil na Alienação Fiduciária*. RJ, nº 214, p. 26.

O devedor era mantido em cárcere privado até que solvesse a obrigação ou fosse salvo por algum parente ou amigo que assim intercedesse a seu favor.

O rigorismo da chamada Lei das XII tábuas, predominante à época, chegava ao absurdo de prescrever a morte e o esquartejamento do devedor se, depois de curto período, não tivesse ele ou seus apaniguados solvido a dívida.

Esse regime jurídico, por mais execrável que pudesse transparecer, perdurou até a Lei Poetelia Papiria, editada 326 a.C., ocasião em que se adotou a execução patrimonial dos bens do devedor.

Os países ocidentais, independentemente do sistema jurídico adotado (comon law, civil law, etc...), seguindo a trajetória hodierna do direito passaram a não mais permitir a pena de restrição da liberdade àqueles que não pagassem dívida, exceção feita aos inadimplentes de obrigação de alimentos ou de contrato específico de depósito.

No Brasil essa foi a orientação adotada por todas nossas contemporâneas Cartas Políticas, culminando pela promulgada no ano de 1988, através da qual se admitiu apenas a prisão do devedor de alimentos e do depositário infiel (art. 5º, LXVII).

O entendimento corrente', conforme afirma R. A. Amaral VIEIRA, é que a prisão civil não objetiva a imputação de uma penalidade ou castigo, mas "*a compelir o faltoso ou inadimplente a realizar determinada obrigação não obser-*

vada, seja prestar alimentos devidos, devolver o depósito, ou pagar a dívida rural. Em síntese, se impõe para coagir o faltoso ou omissor a fazer o que é de sua obrigação ou dever, não importando, pois em condenação criminal, uma vez que é tão-somente meio legal compulsório de obter o cumprimento de determinado dever. Não é uma pena".³

Na esteira de tal pensamento se afirma que "A prisão civil é um instrumento de coercibilidade, utilizado na jurisdição civil, de cunho eminentemente econômico, previsto em lei, com o objetivo de compelir o devedor, seja depositário ou de alimentos, a cumprir seu dever ou obrigação".⁴

Em tese votada à contestação de Gotthold BOHNE, que sustentava ter surgido a pena privativa de liberdade nas cidades medievais italianas, SEGELKE inventariou as experiências históricas do Oriente, de Roma e da Grécia antigas, assentando ser a constrição pessoal, originariamente, mecanismo puramente coercitivo - prisão para a pena, não como pena: *carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi deber*.⁵ A despeito das considerações que, na **Apologia**, PLATÃO atribui a SÓCRATES, quanto à opção pelo cárcere, em vez de

³ Prisão, verbete in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, por J. M. de Carvalho Santos. Rio de Janeiro : Borsoi, vol. 39, p. 216.

⁴ Sebastião Pereira de SOUZA. *Prisão Civil do Depositário Infiel no Processo de Execução*. In: *Revista Jurídica Leni*, junho/1983, n.º 188, p. 17.

⁵ ULPIANO, na L. 8, § 9, D. *De poenis*, XLVIII, 19.

pena de morte,⁶ os gregos antigos e os germanos pré-carolíngios aplicavam a prisão como meio coercitivo para o cumprimento da pena de multa.⁷

Existiam, antes mesmo do Medievo, antecedentes da pena de prisão.

Francisco das Neves BAPTISTA ressalta o enclausuramento monástico, como pena disciplinar canônica, já se conhecia de longa data e sua aplicação à mulher adúltera remontava aos tempos de Justiniano,⁸ o direito lomgobardo sancionava o furto Dom o *carcer sub terra*, isto é, com o encarceramento em masmorra subterrânea por até três anos - ainda não, possivelmente, com o sentido de privação punitiva da liberdade, senão como simbólico "*sepultamento em vida*"; no séc XIII, em Lübeck, a lesão corporal era punida, primariamente, com multa e, subsidiariamente, com "*prisão em torre, por dez semanas, a pão e água*";⁹ e assim por diante. O relevo se dava ao padecimento físico ou moral, não à perda do direito de ir-e-vir em si.¹⁰

Consolida-se a noção de privação de liberdade como *pena* com a *Zuchthaus* de Amsterdam, em 1595, que BECCARIA, na Segunda metade do século XVIII,

⁶ *Apologia de Sócrates*. 38^a, in *Obras*, p. 215.

⁷ SEGSELKE. *Die Entstehung der Freiberitstrafe*, pp. 2-3, 20-21 e 24. *Apud* Francisco das Neves BAPTISTA. *Ob cit.*, p. 146.

⁸ Collat. IX, Tit. XVII, Novell. 134, cap. X: "*Adulteram vero mulierem competentibus vulneribus subactam, in monasterium mitti.*"

⁹ SEGSELKE. *Ob. cit.*, pp. 24 e 26.

¹⁰ *Ob. cit.*, pp. 146 e 147.

condicionaria enfaticamente à prévia "*declaração do delito*", além da expressa cominação legal.¹¹

Álvaro Villaça AZEVEDO¹² afirma depois de ressaltar como justo o princípio consistente na abolição da prisão por dívida, civil ou comercial, pondera Luigi MATTIROLO que esse arresto pessoal percorreu, historicamente, três estágios principais, em que se apresentam seus três caracteres diversos.

Primeiramente, a prisão civil por dívida apresentou caráter de *servidão humana*, pois o devedor se tornava servo do credor, devendo para este trabalhar, com sua família, até o pagamento do débito. Depois, a prisão civil por dívida apresentou caráter de *aprisionamento, privado* ou *público*, de *pena* imposta ao devedor pela quebra da promessa de pagamento.

Finalmente, esse mesmo arresto tornou-se simples *experiência de solvabilidade* do devedor.

E conclui MATTIROLO, em seqüência, que, sob o último aspecto,

"o arresto pessoal constitui-se em flagrante violação dos princípios fundamentais do direito e é um absurdo econômico. A personalidade do indivíduo humano não é e não pode ser o corpus vile, sobre o qual seja lícito

¹¹ *Dos Delitos e das Penas*, p. 44. Refletia-se, aí, o espírito de "*uma época de individualismo e liberdade, em que o homem se habituou a considerar a liberdade em geral e a liberdade de ir e vir em particular como um bem tangível*", de modo que "*toda restrição à liberdade é naturalmente considerar como o maior sofrimento e daí porque o sistema penal gravitou em roda da prisão (...)*". SIQUEIRA *Tratado de Direito Penal*, tomo II, n.º 597, p. 743. *Apud* Francisco da Neves BAPTISTA. *Ob. cit.*, p. 147.

¹² *Prisão Civil por Dívida*, pp. 47 e 48.

fazer o experimentum; ela não tem razão e dignidade de fim, não pode ser reduzida à condição de simples meio."

Juristas de escol dividem-se quanto a se tratar a prisão civil punição.

Álvaro Villaça AZEVEDO, invocando o magistério de BRUNETTI,¹³ quanto a natureza do arresto pessoal, nos moldes da legislação italiana e francesa, enquadra-se na função *coativa direta* ou *ativa*, razão pela qual entende que,

"...por ser essa a natureza da prisão civil por dívida, de meio coativo direto ou ativo, não à punição, mas para favorecer o cumprimento obrigacional, termina por violar direito da personalidade; pois, em sentido prático, ela constrange a pessoa, com a perda da liberdade, para proporcionar a realização de um interesse econômico. Mesmo que considerada, desse modo, um experimento à solvabilidade do devedor, o certo é que a natureza jurídica da prisão civil por dívida apresenta caráter de meio de constrangimento, incompatível com o sistema jurídico contemporâneo."¹⁴

6.2 A polêmica da prisão civil por dívida

É observação necessária que o dentre os fundamentos ensamblados para a conclusão desta tese discussões substanciais quanto a natureza jurídica da prisão no caso de alienação fiduciária não é necessária, bem como toda a discussão a respeito da hierarquia das normas.

A Constituição Federal de 1988 prevê apenas dois casos de prisão civil: a por alimentos e a do depositário infiel. A prisão civil por dívida não é prevista.

¹³ *Manuale della procedura civile*. Torino : UTET, 1913.

A liberdade e a vida são os pontos culminantes dos valores que o Direito busca preservar.

O Eminente Ministro Luiz Vicente CERNICCHIARO,¹⁵ do **Superior Tribunal de Justiça**, lança suas preocupações a respeito da prisão civil.

Afirma:

Os antecedentes explicam a preocupação, cada vez mais presente. A História é a história da preservação de significados para o homem. Tempo houve em que o ponto mais alto da cidade era a cúpula da igreja; hoje, os anúncios comerciais ganham as colocações de relevo. Antes, São Francisco se reunia, na gruta, com seus seguidores, em orações, buscando o sentimento da essencialidade. Agora, os meios de comunicação social colocam o mundo em nossa casa, com diretas, ou subliminares sugestões de consumismo. Traduzem, sem dúvida, dois mundos diferentes. Diferentes até na finalidade, ou porque diferentes por causa da finalidade!

Os institutos jurídicos, mercê das transformações, ganham características; tantas vezes, tornam-se incompatíveis com a nova ordem.

O Judiciário é, por isso, convocado para decidir quanto a eficácia de normas que disciplinam relações jurídicas. O tema não se reduz a mera técnica de interpretação. Vai além. Toca a essência do Direito. Especificamente a finalidade do Direito que, insista-se, não pode ser visto como simples esquema formal de leis.

¹⁴ *Ob. cit.*, p. 49.

¹⁵ **Prisão Civil**. Publicada na *Revista Jurídica*, Porto Alegre : Síntese, n.º 219, p. 41. Ministro do STJ e Professor da UNB e USP.

Diz que o Direito das Obrigações registra casos de inadimplemento de compromissos civis e comerciais quitados com a liberdade. Conhecido evento descrito por Shakespeare no "Mercador de Veneza"; o débito fora compensado com parte do corpo do devedor. Segundo ele, hoje, entretanto, a situação é bem diferente. Como, então, conciliar o mandamento de nossa Constituição?

Registre-se, o Brasil subscreveu a Convenção de San José de Costa Rica, acolhida conforme o procedimento interno.

Assim, entende ele que o Pacto citado tem força de lei ordinária (sedutora, embora sem pertinência, na espécie, a consequência de elaboração de lei posterior à Convenção, dispondo contrariamente).

O texto restringe a prisão civil apenas às hipóteses de não pagamento injustificável da prestação alimentícia. Adverte que, de outro lado, nosso ordenamento encerra leis que autorizam o constrangimento ao exercício do direito de liberdade, com consequência, por exemplo, relativamente às obrigações da alienação fiduciária. Ainda, ilustrando, também quanto à sonegação fiscal. Não se olvidem os contratos de cédula rural.

Passa a colocar as questões que defluem do conflito aparente de normas. Coloca-se, pois, a interrogação: estariam tais diplomas de lei afetados por norma posterior? E mais. A Convenção repercutiu na Carta Política de modo a restringir o comando da Constituição?

Ao notável Ministro se lhe parece, a prisão civil do depositário infiel continua inalterada quanto a legalidade. A Convenção de Costa Rica, nesse ponto, não a abalou. Contudo, pergunta:

Será, no entanto, legítimo continuar a manter instituto jurídico construído à época em que o patrimônio (resultante do status social do credor) era mais significativo do que a vida, a liberdade e a integridade física?

Aqui, impõe-se distinguir o depositário legal, judicial e contratual. Três situações bem distintas. Logo, as consequências jurídicas não podem ser as mesmas. Quem, por exemplo, retiver de terceiro determinada quantia para recolhê-la à Previdência (depositário legal), ou, por determinação judicial, tem o munus de guardar objeto seu, ou de terceiro, evidente, é distinto da pessoa que, por força de contrato, deverá restituí-lo ao alienante, caso não honre a obrigação. Aqui, a prisão civil é mera garantia acessória. Reminiscência da época em que a vida e a liberdade respondiam pelas obrigações civis e comerciais. Hoje, vive-se outro momento. Somente o patrimônio deve ser convocado para tanto. Não se esqueça, a situação econômica do contratante é conhecida no dia do contrato. O alienante fiduciário tem ciência do conjunto de bens do contratante e de eventuais co-obrigados. O patrimônio deve ser referencial para a avença. Inadmissível, no atual estado de Direito, contar também com a liberdade da outra parte. Aqui se coloca o problema da legitimidade da lei!

O Min. FONTES DE ALENCAR, no Rec. Esp. n.º 54.618-4, julgado pela 4ª Turma do **Superior Tribunal de Justiça**, em V. Aresto que entendeu pela licitude da prisão em caso de alienação fiduciária, afirma, *in verbis*:

... segundo o inc. LXVII do art. 5º da Constituição 'não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável por inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.'

Diz que a regra não é nova. Sua primeira formulação, em termos gerais, aparece na Constituição de 1934, art. 113, n.º 30, *'não haverá prisão por dívidas, multas ou custas'*.

A Constituição de 1946, art. 141, § 32, reiterou o preceito, aditando-lhe, porém, as duas exceções, que o nosso Direito reconhecia tradicionalmente: *'não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei'*.¹⁶

O diploma de 1967, art. 150, § 17, e a de 1969, art. 153, § 17, mantiveram a fórmula consagrada em 1946.

Segundo o Voto do Ministro, significa isto que o preceito hoje exarado no inc. LXVII do art. 5º da Constituição, a despeito dos terremotos institucionais ocorridos entre nós, e da mania de fazer, desfazer e refazer Constituições, não é novidade de 1988, mas, faz quase meio século, vem integrando o que se poderia chamar o *corpus* permanente, contínuo e estável da Constituição do País, resistente aos corcovos e tropeços das situações. Portanto, prossegue, *ora, quando isto*

¹⁶ BONUMAR, João. *Direito Processual Civil*. 1946, III, n.º 402, pp. 199-200.

acontece ou, mais simplesmente, quando a Constituição nova reproduz texto da anterior, entende-se mantida a exegese anteriormente construída.¹⁷

De outro lado, quando a Constituição se reporta a um conceito jurídico estruturado pela legislação ordinária, há de entender-se que ela se refere ao conceito tal como admitido no Direito anterior, no qual a Constituição se vai inserir, revogando o que lhe for contrário, recepcionando o que com ela for compatível. Como escreveu Ruy BARBOSA, 'definição das instituições não-definidas no texto constitucional se encontra nas leis, na jurisprudência, nas tradições, nas idéias correntes ao tempo em que se decretou esse texto'.¹⁸

Assim, quando a nova Constituição, repetindo fielmente cláusulas anteriores, relativamente ao depositário infiel e à possibilidade de sua prisão civil, há de presumir-se e entender-se que ela se insere com o significado e o alcance aceitos no momento em que foi promulgada.

Ressalta **sem falar nas leis, antes da Constituição**, a matéria em exame fora amplamente discutida na doutrina e na jurisprudência. Paulo RESTIFFE NETO, na sólida monografia que dedicou à **Garantia Fiduciária**, examinou copiosa jurisprudência, especialmente dos Tribunais de São Paulo, para concluir que, o Decreto-Lei n.º 911, de 1969, se tornou dominante ao entendimento segundo o qual *'é legítima a prisão fiduciante para todos os efeitos equiparando ao depositário.'*

¹⁷ Nesse sentido, é a lição dos Drs. MAXIMILIANO, *Comentários à Constituição*, 1929, n.º 77, p. 108; *id.*, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 1965, n.º 372, p. 323; Aureliano LEAL, *Teoria Prática da Constituição Federal*, 1926, I, p. 10; COOLEY, *Constitutional Limitation*, 1903, pp. 96 e 97; BLACK, *Constitutional Laws*", 1910, n.º 48, p. 80, *Construction and Interpretation of Laws*, 1911, n.º 11, p. 25.

Segundo esse autor:

A garantia real constituída faz corresponder para o credor e proprietário-fiduciário a pretensão de restituição da coisa, para vendê-la e se pagar, em caso de vigor da garantia pelo depósito necessário e seus efeitos legais. Em tempo algum, sem que se opere a reversão do domínio pelo implemento da condição resolutiva, pode o alienante, que, com a alienação da propriedade do bem, passou a possuidor direto, com responsabilidade de depositário, de ele dispor senão para uso normal correspondente à sua natureza.

É o ônus que decorre da sistemática da garantia fiduciária, a ser suportado pelo devedor, que se beneficia do exercício da posse em nome próprio enquanto aguarda o reingresso do domínio da coisa no seu patrimônio. Se não trair, se não fraudar, ou seja, se não frustrar a garantia pela disposição indevida do objeto, que não lhe pertence, não se configurará a infidelidade depositária e, portanto, não se sujeitará à prisão correspondente.

A prisão não é pela mora, tanto assim que, vendido pelo credor o objeto da garantia, se não houver suficiência do preço para pagamento do crédito, responderá o devedor pessoalmente pelo saldo (§§ 4º e 5º do art. 66 da Lei n.º 4.728). A compulsão corporal é exclusivamente para que o devedor não sonegue, sem motivo justo, ou não disponha fraudulentamente do bem alienado, cuja posse lhe foi assegurada em razão da estrutura jurídica da alienação fiduciária em garantia, e que cessa, pela mora, se o credor optar pela via da execução, real garantia constituída pela propriedade fiduciária.

Não temos dúvida alguma sobre a constitucionalidade das disposições da legislação especial sobre a responsabilidade civil do depositário e quanto à possibilidade de decretação da prisão, em ação de

¹⁸ *Obras Completas*. XXIII, 1896, III, 238.

depósito, para o fiduciante que se tenha revelado infiel depositário. Na doutrina e nos tribunais, é dominante o entendimento, após a edição do Decreto-Lei n.º 911, de 1969, nesse sentido.

Mas não faltam ponderáveis opiniões em sentido inverso.¹⁹

E em outra passagem:

Inúmeras têm sido as manifestações jurisprudenciais reconhecendo vigência e eficácia, vale dizer, constitucionalidade plena ao art. 66 da Lei n.º 4.728, de 1965, e ao Decreto-Lei n.º 911, de 1969, no tocante à responsabilidade civil de depositário imposta ao fiduciante, sujeito à ação de depósito e à prisão administrativa por infidelidade depositária nas hipóteses expressamente contempladas.²⁰

O autor não fica apenas na jurisprudência do tribunal paulista e do Supremo Tribunal Federal, menciona não menos de sete decisões do mesmo sentido: em verdade, até o advento da Constituição de 1988, mais de vinte vezes o Supremo Tribunal Federal reconheceu, direta ou implicitamente, e afirmou, categoricamente, possibilidade da prisão do fiduciante infiel, segundo ele, *ex vi legis* equiparado ao depositário.²¹

¹⁹ *Garantia Fiduciária*. 1976, pp. 462 e 463.

²⁰ *Op. cita.*, p. 478.

²¹ V. g.: 1) RE n.º 69.404, 05-VI-70, ALIOMAR BALEEIRO, *RTJ*, 54/3; 2) RE n.º 75.221, 21-XI-72, XAVIER DE ALBUQUERQUE, *RTJ*, 4/283; 3) RE n.º 73.220, 17-VIII-73, ALIOMAR BALEEIRO, *RTJ*, 68/114; 4) RE n.º 77.576, 13-XI-73, Osvaldo TRIGUEIRO, *RTJ*, 68/585; 5) HC n.º 51.969, 12-III-74, BILAC PINTO, *RTJ*, 69/400; 6) RE n.º 77.110, 23-IX-74, BILAC PINTO, *RTJ*; 7) RHC n.º 52.826, 1º-X-74, XAVIER DE ALBUQUERQUE, *RTJ*; 8) HC n.º 52.489, 15-X-74, ALIOMAR BALEEIRO, *RTJ*; (...); 18) RE n.º 99.927, 22-V-84, NÉRI DA SILVEIRA, *RTJ*, 124/261; 19) HC n.º 63.072, 06-VIII-85, NÉRI DA

Como se vê, a questão não é nova e, muito antes da Constituição de 1988, lograra entendimento no sentido de que a prisão civil do fiduciante infiel, legalmente equiparado ao depositário, não ofende ao preceito constitucional, a despeito das respeitáveis opiniões em contrário.

Ao demais, depois da Constituição de 1988, o **Supremo Tribunal Federal** reafirmou esse entendimento, desse modo mantendo a sua continuidade.²²

Manifestação que dá conta do entendimento contemporâneo do **Supremo Tribunal Federal**, em que Relator do Min. OCTÁVIO GALLOTI. Coator: TA – MG. Acórdão 78966. *Habeas Corpus* n.º 74.490-7 – MG – diz:

EMENTA: Alienação fiduciária. Prisão Civil cuja constitucionalidade já foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal (HC 72.131, sessão de 23.11.95). Suposto furto do veículo alienado, envolvendo contro-vérsia de fato, insusceptível de ser examinada no rito do habeas corpus.

RELATÓRIO: O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI:

- *Cuida-se de habeas corpus impetrado contra acórdão confirmatório de sentença de primeiro grau, dotado do seguinte dispositivo:...*

- *Prestadas as informações, opinou, às fls. 109/10, o ilustre Subprocurador-Geral da República, EDINALDO DE HOLANDA BORGES: "Argui o atual impetrante, pela via sumaríssima, inconstitucionalidade e ilegalidade de prisão civil, em ação de depósito, decorrente da conversão de busca e apreensão de veículo adquirido por contrato de alienação fiduciária*

SILVEIRA, *RTJ*, 124/966; 20) RHC n.º 64.177, 08.VIII.86, OSCAR CORRÊA, *RTJ*; e 21) RHC n.º 66.135, 19-IV-88, NÉRI DA SILVEIRA, *RTJ*.

²² V. g. RHC n.º 67.397, 12-V-89, Relator Min. SYDNEY SANCHES, *RTJ*, 129/02.

em garantia, com pacto adjecto. Alega ainda o impetrante a insuportabilidade da importância resultante de cálculo apresentado pela credora, o que ultrapassaria em muito o valor total do veículo. Aduz ainda haver sido furtado o objeto da garantia. Data venia improcede a argüição. A prisão do depositário infiel é autorizada pela Constituição Federal (art. 5º, inc. LXVII), não prevalecendo qualquer entendimento em contrário. Ademais, os fatos de furto do veículo e a desmedida do valor cobrado refogem ao âmbito estreito do writ, não se compadecendo com a sua natureza de articulação unilateral. Ante o exposto, o alvitre é no sentido do conhecimento parcial e, no que pertine, pelo indeferimento (fls. 109/10)".

- *É o relatório.*

- *VOTO – O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI (RELATOR): - A respeito do primeiro fundamento, ou seja, o furto do veículo, que teria ocorrido dez dias após a prolação da sentença, esclareceu o acórdão: "A apelação não contraria os fundamentos da sentença e sua conclusão. Apresenta fato novo. Informa que o veículo teria sido furto-do/roubado, fato ocorrido em 13.08.95, quando a publicação da sentença se deu em 10.08.95 e restringe-se a pretender seja suprimida a dita sentença a determinação de sua prisão civil. Os autos demonstram que, anteriormente, em 28.01.94, por ocasião do cumprimento da medida limitar de busca e apreensão do veículo, este já não se encontrava em poder do Apelante (fls. 16.v-TA), quando o mesmo foi procurado pelo Oficial de Justiça. Por tal razão, deferiu-se a conversão da ação primitiva em ação de depósito (fls. 23-TA). A mera comunicação de roubo/furto do veículo (B.º fls. 89-TA), unilateral, feita pelo próprio Apelante, em princípio e em tese, seria insuficiente/frágil para convencimento e demonstração concreta do fato. Tal fato novo, no entanto, não foi levado ao crivo do primeiro grau de jurisdição, e a questão, juntamente com o pedido de liberação/suspensão da pena de prisão, não pode ser examinada, por ora, pelo Tribunal, sob pena de suprimir-se instância". (fls. 62/63). No tocante à prisão*

civil do fiduciário já assentou, o Plenário do Supremo Tribunal a sua constitucionabilidade (HC 72.131, sessão de 23.11.95).

- *Indefiro, portanto, o pedido.*
- *a) Octavio Gallotti'.*

Na Comarca de Ribeirão Preto, o Juiz da 9ª Vara Cível de Ribeirão Preto, Luiz Antonio SOARES HENTZ, tem negado a prisão civil do depositário infiel. Extraído o teor do provimento jurisdicional nos autos sob o n.º 1138/95, de Ribeirão Preto, que diz:

Vistos etc.

O entendimento hoje predominante, sobre a prisão civil de devedor no caso de contrato de mútuo como o presente, em que o veículo não entregue serviu de garantia, é no sentido da inviabilidade da decretação da prisão, em razão da existência da vedação constitucional e ausência de depósito puro.²³

E, ante a vedação constitucional, posto que a obrigação não se destinava à guarda, mas a simples garantia – o art. 5º, LXVII, não alberga a possibilidade, como reconheceu o STF –,²⁴ mostra-se irrelevante o fato de já haver sentença transitada em julgado, como já se decidiu, “mesmo se mencionou a penalidade de prisão caso não entregue o bem ou o equivalente em dinheiro”.

Assim sendo, indefiro o requerimento r., ficando autorizado somente o prosseguimento nos mesmos autos para haver o credor o seu crédito, observando-se o procedimento da execução por quantia certa (art. 906 do CPC).

²³ RT 726/318.

²⁴ REsp. n.º 14938-PR – Rel. Min. Bueno de Souza, j. 02.06.92, 4ª T.; RT 726/318.

É claro, também ao Ministro FONTES DE ALENCAR, que uma interpretação pode ser revista, por mais antiga que seja; assim a crítica dos julgados, como a análise da doutrina podem levar a essa conclusão; não merece, segundo ele, porém, seja o caso. De qualquer sorte, afirma que vale salientar que a Constituição não inovou a respeito; limitou-se a reiterar preceito já tradicional em nosso direito positivo.

Afirma que segundo o magistério de PONTES DE MIRANDA,

*o que a Constituição proíbe é a pena de prisão por não-pagamento de dívidas, de multas ou de custas, e não a prisão como meio para impedir que o que tem a posse imediata de algum bem se furta à entrega dele.*²⁵

E, logo depois:

o texto emprega a expressão depositário infiel, mas em sentido genérico. Portanto, não ofende a Constituição de 1967, art. 153, § 127, a regra jurídica sobre prisão civil por se recusar o depositário, extrajudicial ou judicial, a devolver o que recebeu ou aquilo que lhe foi, por sucessão, às suas mãos; como também não infringe a regra jurídica, que a crie ou mantenha, para aqueles casos em que o possuidor ou tenedor de coisa alheia responda como o depositário.

*Na técnica legislativa, responde como depositário que recusa entrega do bem alheio.*²⁶

²⁵ *Comentários à Constituição*. 1971, V., p. 264.

²⁶ *Op. cit.*, p. 266.

Com o advento da CF de 1988, por outro lado, novas questões emergiram, dentre elas a impossibilidade de a garantia fiduciária atingir bens fungíveis (cf. STJ, 4ª T.; REsp. 6.566-PR - Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO; j. 11.06.91; v.u.; DJU 03.02.92, p. 468, Seção 1, ementa), (NE: Acórdão publicado na íntegra na REVISTA JURÍDICA, 174/45), como também a impossibilidade de decreto de prisão civil, não essencial à natureza mesma da ação de depósito e excluída do permissivo do art. 5º, LXVII, da CF, que pertine tão somente aos depósitos clássicos, previstos no Código Civil, sem se admitir possíveis ampliações que ponham em risco a liberdade dos devedores em geral.

Especificamente sobre o afastamento absoluto da pena de prisão administrativa de depositário em contrato de alienação fiduciária, hoje a jurisprudência está assim se consolidando sob a ótica da nova ordem constitucional, cujo julgado precursor foi o REsp. 7.943 - RS, STJ, 4ª T., Rel. Min. ATHOS CARNEIRO, j. 30.04.91, (NE: Acórdão publicado na REVISTA JURÍDICA, 170/76), segundo o qual a lei admite a possibilidade de serem fiduciariamente alienados bens já antes pertencentes ao devedor e por isso não adquiridos com o produto do financiamento, mas, excluída, todavia, a comissão de prisão civil sob aqueles mesmos fundamentos mencionados no parágrafo.

Depois desse acórdão do STJ, no mesmo diapasão tem sido o posicionamento do 1º TACSP (vide AI 438.938-8, Rel. Juiz BRUNO NETTO; HC 590.821-6, 7ª Câmara, Rel. Juiz ÁLVARES LOBO), como recentemente do TJRJ, para quem não cabe prisão civil no caso de ação de depósito fundada em alienação

fiduciária, pois inexistente o depósito em tal caso (HC 971/92, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. PAULO RIBEIRO A. FREITAS, j. 16.07.93). (NE: Acórdão publicado na íntegra na REVISTA JURÍDICA, vol. 201, págs. 96/100).

Continua este último julgado, seguindo a trilha daquela decisão do STJ referida alhures, consignando que não se configura a hipótese excepcional em que a Constituição admite a prisão do devedor civil inadimplente, já que o comprador de um determinado bem teve intenção apenas de adquirir o domínio e de consumir a coisa, não sendo, pois, autêntico depositário.

Numa interpretação sistemática do texto constitucional, ademais, entendeu o TJRJ, em tal julgado, que a expressão "na forma da lei", constante da Carta Magna anterior e que dava ensejo à exegese de se permitir erroneamente a prisão dos inadimplentes de compra à crédito, foi excluída pelo art. 5º, LXVII, da vigente CF decerto para restringir ao extremo a prisão excepcional.

O Dr. ARNO WERLANG, adotando todos os fundamentos ensamblados pelo Ministro, mesmo porque, tais fundamentos foram invocados na reforma de julgado de sua lavra, finalmente, afirma nos Embargos Infringentes nº 196092480, 1º Grupo Cível – TARGS – 1996, afirma que *"por fim, convém salientar que eventual prisão do depositário infiel não tem por escopo o pagamento da dívida, mas assegurar a devolução da coisa não-devolvida. (...) O Vem. Acórdão ao decidir pelo não-acolhimento da prisão do depositário infiel, além de violar a lei federal,*

dissentiu da melhor jurisprudência trazida à colação. Por tais razões, provejo os embargos infringentes.

Na verdade, conforme decidiu o Grupo de Câmaras Cíveis que integra o douto Magistrado, não cabe a prisão civil do inadimplente em caso de alienação fiduciária, mesmo em caso de conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito. Ainda que não localizado o bem, a obrigação continua sendo pecuniária: de pagar e não devolver a coisa.

A Constituição Federal somente admite a prisão do depositário quando ele recebe a coisa com a obrigação formal de devolvê-la e não a devolve. Tal obrigação inexistente no caso da alienação fiduciária que se constitui mera garantia de mútuo.

Desde logo, consignamos que além dos fundamentos esposados pelo Eminentíssimo Relator Marco Aurélio dos SANTOS CAMINHA, a seguir expostos, a ele acrescentamos os do Pactos a seguir elencados.

Acordaram, os Juízes do 1º Grupo Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, havendo empate, com o voto do Presidente, em rejeitar, por maioria, os embargos, vencidos os Drs. Ari Darci Wachholz, Maria Isabel Brogini e Heitor Assis Remonti; o que aqui se registra para ressaltar as dificuldades no enfrentamento das questões.

A. A. C. Ltda., nos autos da ação de busca e apreensão que move contra M. B. V., interpôs embargos infringentes *visando*, com a prevalência do voto vencido do Dr. ROBERTO LAUX, que negava provimento ao apelo, a 'restabelecer a comunicação de prisão civil ao devedor-fiduciante, imposta pela sentença.

O voto vencido confirmou e adotou a fundamentação da sentença no acórdão, e o voto vencedor, no entanto, assinalou **incabível a prisão civil em caso de alienação fiduciária, por não se tratar de depósito tradicional nos termos do art. 1.265 do CC.**

Rebela-se a embargante contra a decisão da douta maioria da egrégia 2ª Câmara Cível, que entendeu de afastar, da sentença, a decretação da prisão civil do devedor nos autos da ação de busca e apreensão convertida em ação de depósito. Sem razão, no entanto.

Assinala o Relator designado, conquanto judiciosas, as razões da embargante não abalaram a sólida fundamentação do voto majoritário, com a devida vênia do subscritor do voto vencido e, agora, do eminente Relator originário.

Para que se possa cogitar de prisão civil por depositário infiel, deve preexistir o depósito com a efetiva entrega do bem à guarda do depositário, com a precípua obrigação de ele devolver quando solicitado.

Incomprovada a transferência real e efetiva do bem sob tal rubrica, desfi-gurase a infidelidade autorizada da prisão, pois depósito real não há.

A propósito da inviabilidade da prisão civil em ação de depósito originário de alienação fiduciária, a 4ª Câmara Cível do TARGS, ao ensejo do julgamento do Hábeas-Córpus nº 193062056, em adotando decisão unânime do 2º Grupo Cível, assim se manifestou:

Ao sentir do Grupo, no entanto, deve-se restringir, e não alargar a possibilidade de prisão civil por dívida, caso evidente do mútuo com alienação fiduciária.

A alienação do bem, segundo parece, é quase uma ficção jurídica, visando apenas a resguardar o mútuo com garantia real. O gravame segue o bem onde estiver. Se o bem gravado não está na posse do devedor, nem por isso o crédito resta desguarnecido, e não parece juridicamente aceitável que se decrete a prisão do devedor para coagi-lo ao pagamento.

E é isso que na verdade se faz, porque não tem o devedor a obrigação de entregar o bem ao credor. A obrigação que ele tem é de pagar a dívida, tanto é que, pagando-a, ou outrem por ele, desaparece o objeto da ação de busca e apreensão e o objeto da própria ação de depósito.

Assim, uma coisa é a obrigação de entregar o próprio bem recebido em depósito e com a obrigação de restituí-lo. Outra, é a obrigação de pagar um débito mediante garantia da coisa. Se a lei autoriza o credor buscar o bem para aliená-lo e satisfazer seu crédito, nem por isso a obrigação deixa de ser pecuniária, ou seja, lá existe uma obrigação de entregar a coisa, aqui há uma obrigação de pagar um débito. Tanto assim é que basta ao devedor purgar a mora, pagando o saldo remanescente da dívida, para desaparecer qualquer pretensão do credor em haver a coisa pretensamente depositada."

Então, a posse do bem em decorrência de alienação fiduciária não constitui depósito, e não pode o devedor fiduciário ser constrangido pelo credor com a satisfação do débito.

Os tribunais pátrios têm-se mostrado sensíveis nesse ponto, sempre cuidando em salvaguardar o direito fundamental de liberdade diante da prisão por dívidas, especialmente quando se trata de contrato de alienação fiduciária em garantia.

Nessa esteira, manifestou-se o TJ do Rio de Janeiro, *verbis*:

Alienação fiduciária. Depositário infiel. Prisão civil. Descabimento. Não cabe prisão civil no caso de ação de depósito fundada em alienação fiduciária. Inexiste o depósito em tal caso. Não configura aqui a hipótese excepcional em que a Constituição admite a prisão do devedor civil inadimplente. O comprador de um bem, que não teve intenção de fazer um contrato de custódia, mas, sim, de adquirir o domínio e consumir a coisa não, é um verdadeiro depositário.

Ademais, a expressão 'na forma da lei', constante da Constituição anterior e que ensejava a interpretação, aliás, errônea de que ela permitisse a prisão dos inadimplentes de compras a crédito, foi excluída pela CF/88, art. 5º, LXVII. Certamente para restringir ao máximo a prisão excepcional.²⁷

PONTES DE MIRANDA²⁸ leciona, que:

²⁷ RJ, 201/96.

²⁸ *Comentários à Constituição de 1967*. tomo V, p. 267.

Sempre que se trata de dívida, no sentido estrito, e não de entrega de bem alheio, a prisão por dívidas é constitucionalmente proibida, salvo se por dívida de alimentos.

O Relator designado afirma, e com ele anuímos, o exame da estrutura do depósito revela que na compra e venda, com garantia fiduciária, não está presente a figura do depósito. O comprador adquire o bem com o intuito de usá-lo e consumi-lo, enquanto no contrato de depósito o depositário recebe o bem com ânimo de custódia.

Com tais razões, que se agregam aos fundamentos do douto voto vencedor, pedindo a necessária licença ao eminente subscritor do voto vencido e, também, ao eminente Juiz de Alçada Ari DARCI WACHCHLZ, rejeitando os embargos infringentes.²⁹

O art. 7º, n.º 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – estatui que ninguém deve ser detido por dívidas, salvo os casos de inadimplemento de obrigação alimentar.

Tal diploma entrou em vigor internacionalmente em 18.07.78, tendo sido ratificado pelo Brasil em 25.09..92. O Congresso Nacional o aprovou pelo Decreto

²⁹ Participaram do julgamento, além dos signatários, os eminentes Juizes de Alçada Alcindo Gomes Bittencourt, Presidente, João Pedro Freire, Heitor Assis Remonti, Arno Werlang e Maria Isabel Brogini. Porto Alegre, 08 de novembro de 1996. Marco Aurélio dos Santos Caminha, Relator designado para o acórdão. Dr. João Pedro Freire - De acordo.

Legislativo n.º 27 de 26.05.92. Pelo Decreto do Poder Legislativo n.º 678, de 06.11.92 determinou-se o seu cumprimento no País.

O nosso entendimento, reiteradamente sustentado nos capítulos precedentes, é que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos é norma supra-constitucional, mesmo porque o tratamento específico que se lhe dá a Constituição Federal – direitos fundamentais – não está adstrita aos termos de tratamento aos demais tratados internacionais; ainda, se e tanto, não adotada tal interpretação, a interpretação majoritária é que os tratados internacionais a respeito de Direitos Humanos é equiparado às normas constitucionais.

Como se isto não bastasse, temos também, em nossa legislação o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembléia Geral da ONU, aprovado pela XXI Sessão, em 16.11.1966, Foi ratificado pelo Brasil em 24.01.1992, tendo o Brasil depositado sua Carta de Adesão; onde entrou em vigor em 24.04.1992. O seu texto foi aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 226 em 12.12.1991 – anote-se que o Congresso Nacional aprovou inteiramente o texto –, tendo sido determinado o seu cumprimento pelo Decreto do Poder Executivo n.º 592, de 06.07.1992,³⁰ - ressaltamos que o art. 1º determina sua execução e cumprimento de todos os seus dispositivos, por evidente, inclusive o art. 11 –, editado com amparo no art. 81, inciso VIII, da atual Constituição Federal, e que,

³⁰ Cf. Paulo RAZUK, Agr. Inst. n.º 679.390-8 – 1º TAC-SP.

por dispositivo nela próprio contido, erige-se, ao menos, como garantia constitucional.³¹

Em seu art. 11., diz o Tratado: *“Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”*.

Portanto, qualquer regra legal que estabelece a prisão para a hipótese de descumprimento dessa obrigação contratual está revogada. A exemplo, diante desses textos legais, de alcance constitucional, conforme reiteradamente asseveramos, fica definitivamente afastada a possibilidade de prisão em decorrência de não entrega de bem, em ação de depósito, remanescendo a obrigação civil de sua entrega física, ou do seu equivalente em dinheiro, com possibilidade de execução pelo valor devido (quantia certa).³²

Fábio Henrique PODESTÁ,³³ afirma textualmente que

O Brasil foi signatário da chamada Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos, realizada em 1969 em São José da Costa Rica, e bem assim é indubitoso que em razão do tratado internacional ter incorporado-se ao sistema jurídico pátrio, deve ser considerado como lei e a sua observância de rigor.

³¹ Constituição Federal, Art. 5º, parágrafo 2º.

³² Nesse sentido: Ademir de CARVALHO BENEDITO, Apel. n.º 515.807/2, 1º TAC-SP.

³³ Prof. De Direito Civil na FMU, in *A prisão civil do depositário infiel decorrente da alienação fiduciária em garantia após a CF de 1988*. **Internet**.

Sobre o assunto já há respeitáveis posicionamentos no sentido da plena vigência do tratado mencionado, valendo ressaltar que por envolver norma que amplia direitos nela tratados, tem força para modificar a Constituição.

Assim, "desta forma, quando um Tratado Internacional viesse restringir um direito ou garantia defendida pela Constituição, este seria inconstitucional no que a contrariasse, porém se viesse a ampliar direitos nela tratados e ainda a modificar o próprio Texto Constitucional, a fim de ampliar esses direitos, o referido tratado teria força para modificar a Constituição".

Tal posicionamento leva em conta a proteção dos Direitos do Homem, de tal sorte a interferir na questão da soberania com o objetivo de garantir esses direitos.

O direito internacional público não fugiu dessa tendência. Assim é que não hesitou em relativizar o alcance próprio de alguns conceitos tradicionais (como relativo a soberania), conseguindo com isso alargar seu raio de influência e alcançar a regulamentação de uma matéria que, antes, era de exclusiva competência do direito interno de cada país. Assim sendo, para melhor compreender o problema aqui lançado, podemos ilustrá-lo de forma prática. A Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos, também conhecida como Tratado de São José da Costa Rica, assinado e ratificado pelo Brasil, impõe restrições à prisão por dívida, conforme se verifica: art. 7º Direito à liberdade pessoal: 7º. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competentes expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Antonio Carross MALHEIROS,³⁴ em Conferência titulada **A Prisão Civil e os Tratados Internacionais**, proferida a convite que lhe foi formulado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região – certamente aconteceu em face de como vem entendendo a questão da prisão civil do depositário infiel examinando tratados internacionais, ratificados pelo Brasil –, afirma que logo quando chegou ao Primeiro Tribunal de Alçada, recebeu um *Habeas Corpus*. Era caso relativo a alienação fiduciária. Concedeu a ordem, ainda não tratando de tratados internacionais.

Iniciou lembrando que Lei de 20 de junho de 1774, do Brasil Colônia, já impedia prisão por dívida. Isto é, segundo ele, indicado por Antonio Joaquim GOUVÊA PINTO ("Accommodado ao Fôro do Brazil até o anno de 1881," por Augusto Teixeira de FREITAS, Advogado da Côrte do Rio de Janeiro) in **Tratado dos Testamentos e Sucessões** (Rio de Janeiro, B. L. GARNIER - Livreiro-Editor, 1881, p. 57).

Enuméra o Autôr 14 causas, que tenho reduzido às nove da Consolid. das Lêis Civis Art. 1016, mas na ordem do Autôr, e supprimindo:

.....

A do Filho varão não dar fiança pêlo Pai, ou pêla mãe, estando prêsos por dívidas; por não sêrem hõje possiveis as prisões por tal motivo segundo o parágrafo 19 da Lêi de 20 de junho de 1774, e Ass. de 18 de Agôsto do mêsmo anno:

³⁴ Juiz do 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

Salta no tempo para 1990. Surge o CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n.º 8078, de 11/9/90), que, no seu artigo 42, caput, diz: "*Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.*"

É claro – segundo o Conferencista – que nada mais constrangedor ou ameaçador que prisão, para quem não paga dívida (há quem diga que, em casos como o em tela, não se trataria de prisão por dívida, com o que discordo, conforme explanação oportuna). Assim, ilegal o constrangimento da prisão civil, até mesmo porque a situação poderia ser resolvida executando-se o devedor, com o título judicial advindo da ação própria. E não é só.

O art. 5.º, LXVII, da CF, excluiu a expressão "na forma da lei", constante do art. 153, par. 17, da antiga Carta, por certo vedou a ampliação dos casos, em que cabe a prisão civil por lei ordinária. Não pode o devedor alienante ser considerado depositário infiel, em qualquer hipótese, passível de ser preso, uma vez que o bem, sob garantia fiduciária, não caracteriza depósito. O devedor não recebe bem de terceiro em depósito. Ele o adquire. Não se trata de coisa alheia, mas dele próprio. Ao suprimir a mencionada expressão, o legislador tornou impossível a figuração do depósito infiel na legislação ordinária. Assim, não mais se justifica a admissão de um conceito mais abrangente do contrato de depósito. O alargamento de casos de prisão civil encontrou limitações no sistema de proteção aos direitos individuais e, em se tratando de restrição à liberdade de ir e vir, excepcionada constitucionalmente, a interpretação do texto da Lei Maior não pode ser extensiva, principalmente, agora, quando restou excluída a expressão "na forma da lei".

A tese, baseia-se em sólidos princípios jurídicos e se encontra em perfeita harmonia com o que se entende por Estado Democrático.

Não obstante os capítulos precedentes onde buscamos enfrentar exaustivamente as questões atinentes a hierarquia da norma concernentes aos direitos fundamentais do homem decorrentes de tratados internacionais, em respeito ao raciocínio do Conferencista, até para divisar o marco histórico de seu notável entendimento, ressaltamos que o mesmo invoca o parágrafo 2.º, do artigo 5.º, da Constituição Federal, que traz para o direito pátrio os tratados internacionais. Reza o mencionado dispositivo:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Sobre tal tema, qual seja, o da adoção dos direitos e garantias, decorrentes dos tratados internacionais, em que nosso País seja parte, lembrar magnífico voto do Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE,³⁵ onde S. Exa. nota: "...as Leis Uniformes adotadas pelas Convenções de Genebra incorporam-se ao nosso direito interno e encontram-se em vigor, no Brasil, a contar dos Decretos que as promulgaram. Tais decisões reforçaram e atualizaram, em nossos dias, antiga orientação de nossa jurisprudência no sentido do primado do direito internacional sobre o direito interno... .. Dá, assim, o Supremo Tribunal Federal primazia às fontes internacionais nos termos que antes expusemos."

O saudoso professor Haroldo VALLADÃO³⁶ nos ensina, lembrando o Ministro do Supremo Tribunal Federal PHILADELPHO AZEVEDO (que, após aposentar-se, tornou-se Juiz da Corte de Justiça Internacional): *"A referência que faz à Jurisprudência do Supremo Tribunal, usa-a o mestre já citado para apoiar a assertiva de que a norma internacional tem sua forma própria de revogação, a denúncia, só podendo ser alterada por outra norma de categoria igual ou superior, internacional ou supra nacional, e jamais pela inferior, interna ou nacional."*

Diante de tais ensinamentos, pode-se concluir, com razoável tranqüilidade, que os princípios emanados nos tratados internacionais, a que o Brasil tenha ratificado, equivalem-se às próprias normas constitucionais.

Assim, lembra a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 7, parágrafo 7.º, que reza: *"Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios."*

Afirma que assim, também e, *data venia*, notadamente com base nisto, impossível a prisão civil em casos como os que estamos discutindo. Ressalta que argumentou-se, contrariamente a esta tese, quando do julgamento da apelação nº 505.019-9, na qual foi vencido, que não poderia ser aplicada ao caso a mencionada cláusula do "Pacto de San José", uma vez que a prisão não se daria

³⁵ RE n.º 80.004-SE, in RTJ 83, pp. 803/817.

por dívida, mas porque a sanção decorreria de descumprimento de obrigação de entregar coisa certa e não pertencente ao depositário.

Mesmo que tal conclusão fosse correta (e, *data venia*, não é, pois, o tal "descumprimento de obrigação de entregar coisa certa e não pertencente ao depositário" decorre, de maneira direta, do não pagamento de dívida, e isto é o que é importante), melhor sucesso não teria, quem assim entende.

Clèmerson MERLIN CLÈVE,³⁷ ao tratar da **Proteção Internacional dos Direitos do Homem nos Sistemas Reigionais Americano e Europeu**, afirma:

Um último aspecto a ser ressaltado ao nível de princípio é o concernente à proibição da privação da liberdade por 'dívida' (exceto no caso de inexecução de obrigações alimentares). O texto americano assim disposto é mais generoso que o tratado europeu. Este interdita a privação da liberdade no caso de 'inexecução de obrigação contratual'. Quer nos parecer que a palavra 'dívida' compreende toda a sorte de dívidas civis, inclusive aquelas relativas a obrigações públicas, como, por exemplo, as fiscais. Não é esse o sentido da expressão utilizada pelo pacto europeu, a nosso ver, com conteúdo mais limitado, já que não engloba aquelas dívidas não resultantes de contrato.

Mas uma possível superioridade do sistema americano, concernente ao assunto em análise, deve ser relativizada. Note-se que neste proíbe-se a prisão de alguém por motivo de dívida; no pacto europeu proíbe-se que alguém seja 'privado de sua liberdade'. Esta redação oferece mais ampla proteção neste aspecto, pois a interdição prevista diz respeito a 'toda forma de

³⁶ *Direito Internaiconal Privado*, 3.^a Ed., 1971, p. 96.

³⁷ *Temas de Direito Constitucional*. São Paulo : Acadêmica, 1993, pp. 165-6.

privação, momentânea ou durável da liberdade...', e não simplesmente à prisão.

O Conferencista ressalta o enfoque do notável jurista paranaense, afirmando que diante de tão interessante análise, percebe-se que, tanto por um aspecto (o que entende), quanto por outro (entendimento da douta maioria, no julgamento daquele mencionado resultado), o resultado é, essencialmente, o mesmo: a impossibilidade da prisão civil, em casos como o em tela.

Neste sentido, magnífico voto do ilustre Juiz do 1º TAC-SP, Paulo RAZUK (Agravo n.º 679.390-8):

Ocorre que o art. 7.º, n.º 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José, estatui que ninguém deve ser detido por dívidas, salvo os casos de inadimplemento de obrigação alimentar. Tal diploma entrou em vigor internacionalmente em 18.07.78, tendo sido ratificado pelo Brasil em 25.09.92. O Congresso Nacional o aprovou pelo Decreto Legislativo n.º 27 de 26.05.92. Pelo Decreto do Poder Legislativo n.º 678 de 06.11.92 determinou-se o seu cumprimento no País.

Como se isto não bastasse, temos também, em nossa legislação (e como já visto, de equiparação às normas constitucionais), o "PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS", adotado pela Assembléia Geral da ONU, em 16 de dezembro de 1966, tendo entrado em vigor em 23 de março de 1976, que, ratificado pelo Brasil, tornou-se o Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992.

Em seu artigo 11, diz o Tratado: "Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual."

Entender-se que "Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual" apenas nos casos fortuitos ou de força maior (como concluíram notáveis Juízes da 8.ª Câmara do Tribunal a que pertence, em outro caso) não é razoável. O caso fortuito e o de força maior fazem parte da essência do nosso Direito. Um tratado internacional não precisaria tratar de tais hipóteses.

Em voto vencedor, proferido por mim, na Apelação n.º 521.054-8, dei especial destaque a este segundo Tratado Internacional mencionado.

Notável o voto, nesse sentido, proferido, recentemente, pelo Ilustre Juiz ADEMIR DE CARVALHO BENEDITO, que, há muito, abrilhanta o 1.º TAC (Apelação n.º 515.807/2):

A regra legal que estabelece a prisão para a hipótese de descumprimento dessa obrigação contratual está revogada, em função de ter o Brasil aderido ao Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos adotado pela XXI Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e que passou a vigorar como lei em nosso País a partir do Decreto Presidencial n.º 592, de 6 de julho de 1992, editado com amparo no art. 81, inciso VIII, da atual Constituição Federal, e que, por dispositivo nela próprio contido, erige-se como garantia constitucional (CF, art. 5.º, par. 2.º).

E o art. 11 do mencionado Pacto diz... "Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual."

Anotar-se que o Congresso Nacional, em 12 de dezembro de 1991, aprovou inteiramente o texto do Pacto Internacional, por meio do Decreto Legislativo n.º 226, tendo o Brasil depositado a Carta de Adesão àquele em 24 de janeiro de 1992, determinando, depois, o art. 1.º do Decreto Presidencial n.º 592/92 sua execução e cumprimento de todos os seus dispositivos, inclusive o que acima está transcrito.

Diante desses textos legais, de alcance constitucional inclusive, fica definitivamente afastada a possibilidade de prisão em decorrência da não entrega do bem, em ação de depósito, remanescendo a obrigação civil de sua entrega física, ou do seu equivalente em dinheiro, com possibilidade de execução pelo valor devido (quantia certa).

Por isso, também dou provimento em parte ao recurso, acompanhando o Juiz Relatos.

E, mais uma vez mencionando o notável Juiz PAULO RAZUK, naquele mesmo voto, já referido (Agravo n.º 679.390-8):

De outra parte, o art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos assegura que ninguém poderá ser preso por não poder cumprir uma obrigação contratual. Este tratado internacional foi aprovado pela XXI Sessão da Assembléia Geral da ONU em 16.11.66. Foi ratificado pelo Brasil em 24.01.92, onde entrou em vigor em 24.04.92. O seu texto foi aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 226 de 12.12.91, tendo sido determinado o seu cumprimento pelo Decreto do Poder Executivo n.º 592 de 06.07.92."

Neste ponto, S. Ex^a. passa a fazer necessário confronto dos dois tratados internacionais, ora sob análise, para verificação da subsistência ou não de prisão civil do depositário infiel.

Necessário fazer-se o confronto de tais diplomas para verificar-se a subsistência da prisão civil do depositário infiel, de que se cuida no caso em tela.

Para o Estado soberano, a Constituição Nacional, vértice do ordenamento jurídico, é a sede de determinação da estatura da norma jurídica convencional. Dificilmente uma dessas leis fundamentais desprezaria, neste

momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesma, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado. Assim, posto o primado da Constituição com a norma pacta sunt servanda, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isso signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder (JOSÉ FRANCISCO REZEK, Direito Internacional Público, págs. 103/104).

Na espécie, a Constituição estabelece uma vedação da prisão civil, de aplicabilidade direta e imediata, cuja eficácia pode ser contida por lei infra-constitucional nas duas exceções. As leis ordinárias que contêm a eficácia da vedação constitucional podem ser revogadas, com o que se restabelece a eficácia plena do preceito. Desse modo, lei ou tratado que revogasse o art. 1287 do Código Civil não infringiria a Constituição.

Resta o problema do conflito entre tratados e as leis internas de estatura infra-constitucional.

*No Brasil contemporâneo, dispensa-se-lhes um tratamento paritário, não se colocando em dúvida a prevalência dos tratados sobre leis internas anteriores à sua promulgação.*³⁸ *Sua simples introdução no complexo*

³⁸ Portanto, ainda, se e tanto, que se adote o entendimento mais restritivos, ou seja, de que os tratados internacionais de Direitos Humanos não é de efeito supraconstitucional (com o que, não concordamos, pois entendemos que, inclusive, conforme expressamente dispõe a Constituição Federal em vigor, e ó que ocorre); ainda, se e tanto, se entenda que a tratado internacional a que aderiu o Brasil referente a Direitos Humanos não integra o sistema jurídico interno a nível constitucional (com que não concordamos, desculpe a insistência); ainda que, se e etanto reduzida a vigência e a eficácia do tratado internacional de Direitos Humanos ao nível partitário às leis internas, **os tratados prevalecem sobre leis internas anteriores à sua promulgação e ainda assim é impossível o decreto de prisão**; que porque o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos dispõe que ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual. Ora, assim, revogadas as possibilidades de prisão por cédula rural, alienação fiduciária, etc; inclusive, sonegação fiscal.

normativo estatal faz operar, em favor do tratado, a regra lex posterior derogat priori (JOSÉ FRANCISCO REZEK, op. cit., págs. 103/107).

Com base em tais ensinamentos, é lícito concluir-se que, com a vigência no País dos supramencionados tratados internacionais, revogado ficou o art. 1287 do Código Civil, não mais sendo possível a decretação da prisão civil do depositário infiel. Remanesce apenas a obrigação da entrega da coisa ou o seu equivalente em dinheiro, com possibilidade de execução por quantia certa em caso de inadimplemento."

Menciona, por fim, S. Ex^a., precedentes deste Tribunal, nesse exato sentido: Ap. n.º 515.807-2, Primeira Câmara, rel. Juiz CAIO GRACCHO, j. em 17.10.94; HC n.º 657.583-9, 11^a Câmara, rel. Juiz ARY BAUER, j. em 09.11.95 e HC n.º 674.380-2, 8^a Câmara, rel. Juiz ANTONIO MALHEIROS, j. 14.02.96).

Assim, concluiu o Conferencista,

difícil contrariar-se a tese da impossibilidade de prisão civil por dívida (ou, até mesmo pelo não cumprimento de obrigação contratual), exceção feita aos inadimplementos de débitos alimentários, podendo-se, até, diante de todo o exposto, discutir-se sobre ter continuado eficaz a previsão constitucional (art. 5.º, LXVII), que fala de outros casos de prisão civil de depositário infiel, após o advento dos referidos dispositivos (também constitucionais), trazidos pelos citados tratados internacionais.

Lembre-se, ainda, que, até mesmo, no Direito Penal, em caso de muito maior gravidade, qual seja, de apropriação de contribuição previdenciária descontada de empregados, tido o agente como depositário infiel, concedeu-se habeas corpus, para revogar o decreto de custódia cautelar (TRF-3.ª Região - 2.ª T. - HC n.º 94.03.043954-8-SP, in Boletim da AASP n.º 1.871), onde a Ilustre Juíza RAMZA TARTUCE, Relatora, lembra o parecer

proferido, naquele caso, pela então Procuradora Regional da República, SYLVIA HELENA STEINER MALHEIROS: "O Instituto da prisão preventiva não tem por finalidade a compulsão à entrega de valores de que se é depositário infiel. Por mais que se queira ampliar a extensão do conceito de ordem pública, verifica-se uma distorsão das finalidades da tutela acautelatória de natureza processual-penal. O Estado possui meios adequados de invasão patrimonial, e é pela via legal devida, a execução fiscal do débito previdenciário, que se obtém o provimento satisfativo. Impertinente a utilização da prisão preventiva para se realizar tal desígnio, portanto não é ela instrumento de cobrança."

Enfim, conforme entendo, inadmissível, em qualquer hipótese, a prisão civil, daquele considerado como depositário infiel. Tais pendências devem ser resolvidas com a constrição de patrimônio do depositário, sem prejuízo, ao livre convencimento do juiz, em determinados casos, da extração de peças dos autos e seu envio ao Ministério Público, para apuração de eventual ocorrência de ilícito penal.

E tem mais: a Convenção sobre Tratados, assinada em Havana em 1929, promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 18.596, de 22 de outubro de 1929, também diz em seu artigo 10: "Nenhum Estado pode se eximir das obrigações do tratado ou modificar suas estipulações, senão com o acordo pacificamente obtido dos demais contratantes". Isto de não se cumprir tratados internacionais é coisa séria. No artigo 11, deste mesmo Tratado, assinado em Havana em 1929, e lei aqui no Brasil: "Os tratados continuarão a produzir seus efeitos ainda quando se modificar a Constituição interna dos Estados contratantes". A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que entrou em vigor em 1980, tem dispositivo expresso no seu artigo 27: "Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado".

Com isto tudo, com Kelsen, com as disposições destes Tratados, tenho para mim que o meu delírio, efetivamente, não é tão grande.

E ontem à noite, eu pincei do nosso Boletim do IBCCRIM, que hoje está abrindo um congresso internacional, um trecho de um artigo do Professor Antonio Gomes Magalhães Filho, que diz o seguinte, e, com isto, termino a minha fala: "No Estado de Direito Democrático, as leis que restringem direitos fundamentais, ainda que por autorização contida na própria Lei Maior, devem atender ao princípio da proporcionalidade, na justa medida. Como doutrina Canotilho, 'uma lei restritiva, mesmo quando adequada e necessária, pode ser inconstitucional quando adote cargas coativas de direito, liberdades e garantias desmedidas, desajustes excessivos ou desproporcionados em relação aos resultados obtidos'."

6.3 O entendimento do STF e do STJ hoje

Pesquisa na *home page* - Internet - aos Informativos do STF, esclarece que decidiu-se afetar ao Plenário o exame da questão relativa à subsistência, ou não, em face do art. 5º, LXVII, da CF ("*não haverá prisão civil por dívida, salvo...*") e da Convenção de San José da Costa Rica (ratificada pelo Brasil), da situação jurídica do devedor na alienação fiduciária em garantia e da possibilidade de ser ele preso, caso o bem alienado não seja encontrado ou não se ache na sua posse (DL 911/69, art. 4º). HC 72.131-RJ, rel. min. MARCO AURÉLIO, 31.10.95.³⁹

Concluído o julgamento do habeas-corpus em que se discutia sobre a subsistência, ou não, em face do art. 5º, LXVII, da CF ("*não haverá prisão civil por dívida, salvo...*") e da Convenção de S. José da Costa Rica, da situação jurídica do

³⁹ **Informativo n.º 12.**

devedor na alienação fiduciária em garantia e da possibilidade de ser ele preso, caso o bem alienado não seja encontrado ou não se ache na sua posse (DL 911/69, art. 4º). Os ministros MARCO AURÉLIO, relator originário, FRANCISCO REZEK, CARLOS VELLOSO e SEPÚLVEDA PERTENCE vota-ram pela concessão da ordem; pelo indeferimento, votaram os ministros MO-REIRA ALVES, MAURÍCIO CORRÊA, ILMAR GALVÃO, CELSO DE MELLO, OCTÁVIO GALLOTTI, SYDNEY SANCHES e NÉRI DA SILVEIRA. HC 72.131-RJ, rel. p/ ac. min. MOREIRA ALVES, sessão de 22.11.95.⁴⁰

Segundo entendimento firmado no HC 72131-RJ (Pleno, 22.11.95), é legítima a prisão do devedor, na alienação fiduciária em garantia, caso o bem alienado não seja encontrado ou não se ache sob sua posse (DL 911/69, art. 4º). Habeas-corpus indeferido por unanimidade, com ressalvas de ponto de vista dos ministros FRANCISCO REZEK, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO. HC 73.044-SP, rel. min. MAURÍCIO CORRÊA, 19.03.96.⁴¹

Dando provimento a recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal, a Turma cassou decisão do STJ que, afirmando a diversidade entre a condição jurídica do devedor na alienação fiduciária e a do depositário, concedera habeas-corpus para afastar a prisão civil do paciente decretada em ação de busca e apreensão convertida em ação de depósito. Precedente citado: HC 72131-RJ

⁴⁰ *Informativo* n.º 14.

⁴¹ *Informativo* n.º 24.

(Pleno, 23.11.95; v. Informativo nº 14). RE 206.086-SP, rel. min. ILMAR GALVÃO, 12.11.96.⁴²

O DL 911/69 está em vigor tanto na parte em que atribui ao devedor, na alienação fiduciária em garantia, a condição jurídica de depositário (art. 1º), como na parte em que estabelece, para a hipótese de o bem alienado não ser encontrado ou não se achar na posse do devedor, a possibilidade de o credor requerer a conversão do pedido de busca e apreensão em ação de depósito (art. 4º). Precedente citado: HC 72.131-RJ (Pleno, 22.11.95; v. Informativo 14). HC 74.798-MG, rel. min. ILMAR GALVÃO; HC 74.822-GO, rel. min. MOREIRA ALVES; HC 74.875-SP, rel. min. SYDNEY SANCHES, 18.2.97.⁴³

O Ministério Público tem legitimidade ativa para interpor recurso extraordinário contra decisão concessiva de habeas-corpus, uma vez que ele não intervém em habeas-corpus na condição de órgão acusador, mas sim na de *custos legis* (v. Informativo 79). Vencido o min. MARCO AURÉLIO, que não conhecia do recurso do Ministério Público Federal, por entender que o recurso extraordinário pressupõe a existência de causas decididas em única ou última instância, o que não ocorre, em habeas-corpus.

Prosseguindo no julgamento do mérito do recurso extraordinário em que se discute a legitimidade da prisão civil do devedor, na alienação fiduciária em garantia, caso o bem alienado não seja encontrado ou não se ache sob sua posse, o

⁴² *Informativo* n.º 53.

juízo foi adiado em virtude do pedido de vista do min. CARLOS VELLOSO. RE 206.482-DF, rel. min. MAURÍCIO CORRÊA, 12.2.98.⁴⁴

Reiterando o entendimento firmado no HC 72.131-RJ (Pleno, 22.11.95; v. Informativo 14), o Tribunal reconheceu a plena legitimidade constitucional da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia (DL 911/69, art. 4º). Com base nesse entendimento, o Tribunal deu provimento a recurso extraordinário do Ministério Público Federal para reformar decisão do STJ que, afirmando a diversidade entre a condição jurídica do devedor fiduciante e a do depositário, concedera habeas-corpus para afastar a prisão civil do paciente. Vencidos os ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, CARLOS VELLOSO e MARCO AURÉLIO que, em face do art. 5º, LXVII, da CF ("*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;*") e da Convenção de S. José da Costa Rica, mantinham o entendimento da decisão recorrida. RE 206.482-DF, rel. min. MAURÍCIO CORRÊS, 27.5.98.⁴⁵

De todo o cenário de evolução do pensamento no Supremo Tribunal Federal em relação à aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos aos casos de prisão civil por dívida, a conclusão está no Recurso Extraordinário nº 253.071-9 Goiás, em que Relator o Ministro MOREIRA ALVES, de 29.05.2001.

⁴³ *Informativo* n.º 61.

⁴⁴ *Informativo* n.º 99.

⁴⁵ *Informativo* n.º 112.

Reza a ementa que a Corte, por seu Plenário (HC 72131), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre a prisão civil do depositário infiel.

Esclarece, ainda, a ementa, que esse entendimento voltou a ser reafirmado recentemente em 27.05.98, também por decisão do Plenário, quando do julgamento RE 206.482.

Prossegue, conta a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, do que se dará a conhecer adiante, afirmando que a inconstitucionalidade da interpretação dada ao artigo 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica no sentido de derogar o Decreto-Lei 911/69 no tocante à admissibilidade da prisão civil por infidelidade do depositário em alienação fiduciária em garantia.

Concluindo que é de observar-se, por fim, que o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal não se aplica aos tratados internacionais sob os direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional (*sic*).

Em recente julgado, o Habeas Corpus 17.638 São Paulo (2201/0090201-I) o Superior Tribunal de Justiça, em relato do Ministro CASTRO FILHO afirma conhecer o entendimento da mais Alta Corte do País, entretanto, adota o entendimento do STJ e concede a ordem. *(Vide Anexo)*

7 CONCLUSÃO

O conceito e a lei dos direitos humanos declaram que todo indivíduo pode fazer reivindicações legítimas de determinadas liberdades e benefícios. Os direitos humanos são uma idéia política com base moral e estão intimamente relacionados com os conceitos de justiça, igualdade e democracia. Eles são uma expressão do relacionamento que deveria prevalecer entre os membros de uma sociedade e entre indivíduos e Estados.

Os direitos humanos devem ser reconhecidos em qualquer Estado, grande ou pequeno, pobre ou rico, independentemente do sistema social e econômico que essa nação adota. Nenhuma ideologia política que não incorpore o conceito e a prática dos direitos humanos pode fazer reivindicações de legitimidade. Apesar dos vários tratados e declarações adotados com a consciência e o consenso da comunidade internacional a triste realidade é que nenhum dos direitos declarados é respeitado uniformemente no mundo inteiro.

A maciça violação dos direitos e liberdades básicos faz com que o ideal de uma vida digna e decente para todos os cidadãos do mundo torne-se algo muito distante. Ao mesmo tempo, vivemos em uma era que apresenta oportunidades, únicas para levar adiante a causa dos direitos humanos.

A competição lógica da Guerra Fria, em cujo nome cometeu-se e justificou-se tantos abusos, acabou. Os movimentos para a democracia, guiados por um compromisso de promover os direitos humanos, continuam obtendo bons resultados em todo o mundo. E, finalmente, há o reconhecimento crescente de que o respeito aos direitos humanos é imperativo para a sobrevivência da humanidade."

Direitos Humanos - impulsionar ou recuar na luta pela suprema dignidade da vida, pelos direitos e pela felicidade das pessoas? E que ações concretas estamos realizando por esses direitos? Esta é a regra básica tanto do indivíduo como do Estado.

DAISAKU IKEDA

O Supremo Tribunal Federal prima em não aplicar o Decreto nº 678/92,¹ o que ocorre, em especial, quanto a aplicação do artigo 366 do Código de Processo Penal,² que determina a suspensão do processo criminal nos casos de réus ausentes, citados por edital.

De fato, com a entrada em vigor da Lei n.º 9.271, de 17.04.1996, que alterou os artigos 366 a 370 do CPP e instituiu grandes modificações no sistema com a paralisação do processo e aparentemente instituindo a suspensão do prazo prescricional quando o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, proferindo conferências a respeito da matéria, passamos a aprofundar nossos estudos nos defrontamos com as questões atinentes ao **Pacto de São José da Costa Rica – Convenção Americana de Direitos Humanos**.

O Prof. René Ariel DOTTI³ a respeito da aplicação das alterações dos mencionados artigos do Código de Processo Penal já alertava:

¹ A **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, conhecida como **Pacto de São José da Costa Rica** entrou em vigor internacionalmente em 18 de julho de 1978, tendo sido ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. O Congresso Nacional a aprovou pelo Decreto Legislativo n.º 27, de 26 de maio de 1992. Pelo Decreto do Poder Legislativo n.º 678, de 06 de novembro de 1992 determinou-se o seu cumprimento no País.

² A respeito veja-se: *O Processo Penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica*, JURUÁ Editora, 1ª ed., 2ª tiragem, pág. 135 e seguintes.

³ Professor Titular de Direito Penal da UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ, Membro da Associação Internacional de Direito Penal e da Sociedade Mexicana de Criminologia. In *A AUSÊNCIA DO ACUSADO E A SUSPENSÃO DO PROCESSO*, RT, 730, pp. 401-3.

O grande desafio proposto pelo novo diploma consiste no empenho de resgatar a participação da imensa legião de pessoas que vive à margem do processo. Ela é composta pelo réus desaparecidos. Geralmente são os deserdados do testamento de Adão, nômades à procura de emprego, habitantes de moradias incertas, com fome e sem documento, e que não têm qualquer guia para lhes mostrar o édito onde seus nomes estão impressos ao lado de ignorados artigos de lei e da ameaça de condenação.

No I Ciclo de Estudos Penais e Processuais Penais⁴ - Homenagem ao **Ministro FÉLIX FISCHER**, em 06.06.97, do painel em que Expositor Rogério Lauria TUCCI, Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, Membro da Comissão que elaborou o projeto de alteração do art. 366 do CPP, o Eminentíssimo Professor sustentou que **a aplicação do comando de processo penal - suspensão do processo - é de aplicação imediata e que o comando de natureza penal - prescrição da pretensão punitiva - desde que praticado anteriormente a entrada em vigor da lei nova, não é alterado e ou suspenso.**⁵

⁴ Realizado na PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ, sob os auspícios da ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ.

⁵ Atualmente, a partir de um reestudo do Pacto de São José da Costa Rica, a sua vigência e a sua eficácia como norma supranacional, estando o País vinculado pela cláusula aceita e impossibilidade de restrição dos direitos nele insertas, entendemos que o comando do art. 366 do CPP que determina a suspensão da prescrição da pretensão punitiva desatende o comando inserto no Pacto, razão pela qual não deve ser atendido, em qualquer circunstância.

Naquela oportunidade, atuando como Debatedor daquele Painel, sustentamos idêntico resultado ao do Prof. TUCCI, entretanto, acrescentando um fundamento diverso.⁶

Afirmamos:

Tenho para comigo que a solução da questão suspensão do(s) processo(s) sem trânsito em julgado, em razão de fatos pretéritos a Lei n.º 9.271/96 entrar em vigor está no Decreto n.º 678, de 06.11.1992, publicado no Diário Oficial datado de 09.11.92, p. 13, que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 22.12.69).

Invocamos, novamente, o magistério de Membro da Comissão de reforma do Código de Processo Penal, René Ariel DOTTI, afirmando que os redatores do projeto de alteração do art. 366 do CPP aprovaram uma exposição de motivos que esclarece alguns fundamentos do *designo de legge* que viria a receber, na Câmara dos Deputados, o n.º 4.897, de 1995.

O primeiro deles enfatiza que a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica - é **integrante do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro**. (DOU, de 25.11.1994, Seç. I, p. 17860)⁷

⁶ Posteriormente, no Congresso Nacional de Direito Processual realizado em Florianópolis, reiteramos a sustentação.

⁷ ARIEL DOTTI, René. *A Ausência do Acusado e a Suspensão do Processo*. RT, 730, p. 402.

Após quase vinte anos de atraso, por seu Vice-Presidente da República, no exercício do cargo de Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição, e considerando que a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, adotada no âmbito da Convenção dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22.11.1969, entrou em vigor internacionalmente em 18.07.78, na forma do segundo parágrafo de seu art. 74; considerando que o Governo brasileiro depositou a Carta de Adesão a essa Convenção em 25.09.1992; considerando que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) entrou em vigor para o Brasil em 25.09.1992, de conformidade com o disposto no segundo parágrafo de seu artigo 74; decretou:

Art. 1º - A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22.11.1969, apenas por cópia ao presente Decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela contém.

Art. 2º - ...

Brasília, 06 de novembro de 1992; 171º da Independência e 104º da República. ITAMAR FRANCO

Anexo ao Decreto que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) - MRE extraímos o PREÂMBULO que afirma:

Os Estados americanos signatários da presente Convenção,

Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das Instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem,

Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos.

Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional.

Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; e

Considerando que a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma convenção interamericana sobre direitos humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria... ”⁸

⁸ D. O. 09.11.92, Seção I, pp. 15562-3.

Portanto, em vigor para fins e efeitos de Direito interno o **Pacto de São José da Costa Rica** que implica em profundas e sensíveis alterações no Direito brasileiro, do que, aparentemente, não tinha se apercebido a doutrina e os tribunais.⁹

A Convenção Americana de Direitos Humanos proíbe expressamente o prosseguimento do processo-crime em casos de réus ausentes citados por edital desde que entrou em vigor no Brasil no ano de 1992; contudo, o Supremo Tribunal Federal somente passou a conceder a ordem em Habeas Corpus após estar em vigor o artigo 366 do Código de Processo Penal, no ano de 1996.

Durante quatro anos milhares de réus citados por edital e ausentes nos processos foram condenados; muitos deles ainda estão nas barras das prisões, contrariando disposição expressa da legislação em vigor.

Nilmário MIRANDA,¹⁰ em artigo titulado **Direitos Humanos, Soberania e Desafios da Nacionalidade para o Terceiro Milênio** afirma que o motivador estudo sobre a relação axiológica entre a efetiva proteção aos direitos humanos e o Estatuto Constitucional de 1988 inicia-se precipuamente com a constatação

⁹ O governo brasileiro, ao depositar a Carta de Adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em 25 de setembro de 1992 (e convalidado mediante Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992), fez a seguinte declaração interpretativa sobre os artigos 43 e 48, alínea "d": "*O Governo do Brasil entende que os artigos 43 e 48, alínea "d", não incluem o direito automático de visitas, inspeções in loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão de anuência expressa do Estado*".

topológica dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil elencados na abertura da Constituição, inseridos, desde logo, em seu artigo inaugural: "I - a soberania; II - a cidadania; **III - a dignidade da pessoa humana;** IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e V - o pluralismo político".

Expressa-se, portanto, inequívoca intenção do legislador constituinte originário em conferir primazia aos direitos e às garantias fundamentais da pessoa humana no ordenamento normativo constitucional, em dissenso com o tradicionalismo das constituições brasileiras pretéritas, também incluída nesse contexto a Carta liberal de 1946, saudada por muitos por seu diferencial democrático.

Todas elas, indistintamente, inauguravam a redação de seus respectivos textos constitucionais contendo normas e disposições pertinentes à organização do Estado brasileiro.¹¹

Prossegue o enunciado constitucional, em seu artigo 4º, incluindo expressamente no rol dos princípios regentes das relações internacionais a

¹⁰ Jornalista, pós-graduado em Ciência Política pela UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS, deputado federal pelo Partido dos Trabalhadores de Minas Gerais e membro efetivo das Comissões de Constituição e Justiça e Direitos Humanos da Câmara de Deputados. Trabalho encontrado na Internet.

¹¹ José CRETELLA JR. assim discorre: "(...) tendo o País saído de um regime forte, os constituintes, no Estado de direito implantado, ressaltaram que o Brasil fundamentará suas relações internacionais nos princípios da independência nacional, com a prevalência dos Direitos Humanos." Além disso, "(...) o Brasil tomará posição contra os Estados em que os direitos humanos sejam desrespeitados". CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. volume I. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1992. p. 172.

serem estabelecidas pelo Estado brasileiro: a "prevalência dos direitos humanos" (inciso II).¹²

Compreende-se nesse enunciado a inamovibilidade valorativa dos direitos humanos como postulado funcional e deliberativo das ações do governo brasileiro. Não por outro motivo, observa-se sua presença entre os princípios fundamentais da vigente carta política.¹³

Significa com isso dizer que o tópico relativo a inafastável permanência dos direitos humanos deverá, desde logo, manter-se por exigência constitucional como conteúdo programático a orientar a agenda diplomática pátria. Acresce-se de forma concomitante a adjuração pela "cooperação entre os povos para o progresso da humanidade" (inciso IX) na formulação da política externa brasileira.¹⁴

¹² Flávia PIOVESAN afirma: *"A Carta de 1988 é a primeira Constituição brasileira a elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos, como princípio fundamental a reger o Estado brasileiro nas relações internacionais"*. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo : Max Limonad, 1996, p. 65.

¹³ Princípios fundamentais são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado, no sentido que a eles empresta Carl SCHIMIDT. Constituem, como afirmam CANOTILHO e VIDAL MOREIRA, *'síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser direta ou indiretamente reconduzidas'*. BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro : Renovar, 1993. p. 288.

¹⁴ Aduz Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE, em clássica obra do Direito Público brasileiro: *"No Brasil houve efetivamente uma mudança fundamental - e não há como negá-la - da atitude que prevaleceu durante o regime militar (1964 - 1985) para a que hoje (a partir de 1985) predomina em nosso país, no tocante à proteção internacional dos direitos humanos. Tanto é assim que mesmo os que antes, no ancien régime, se opunham categoricamente à adesão do Brasil aos tratados gerais de proteção dos direitos humanos, imbuídos de um pseudo-"constitucionalismo" estéril que pretendia fazer abstração do regime a que servia, hoje se aliam, convertidos, ao consenso arduamente formado (ainda que tardiamente) em prol da causa da proteção internacional, em nome do mesmo "constitucionalismo"*. CANÇADO TRINDADE,

Outrossim, a efetiva inserção internacional do Brasil no contexto da globalização, requer, prioritariamente, o aprimoramento do Estado democrático mediante a interseção normativa entre nosso diploma constitucional e o direito internacional, na permanente manutenção das garantias e dos direitos fundamentais da pessoa humana.

O realce definitivo à integração do ordenamento jurídico brasileiro às normas internacionais observa-se pela redação do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.¹⁵

Assinala CAPPELLETTI como outra tendência evolutiva de nossa época: *'l justicia supranacional o transnacional generada a partir del desarrollo del constitucionalismo moderno.*¹⁶

Ora, acresce que, com a Constituição de 1988, o novo Estado de Direito Democrático quis assumir, plena e solenemente, as suas responsabilidades interna-

Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos - fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 622-3.

¹⁵ "O dispositivo em exame significa simplesmente que a Constituição brasileira ao enunciar os direitos fundamentais não pretende ser exaustiva. Por isso, além desses direitos explicitamente reconhecidos, admite existirem outros decorrentes dos regimes e dos princípios que ela adota, os quais implicitamente reconhece". FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 623.

¹⁶ *La Justicia Constitucional como jurisdicción para la defensa de la libertad*. p. 83.

cionais nesta matéria; do mesmo passo, contraiu a responsabilidade de formar todos aqueles que, juristas ou não, têm a ver, pela sua profissão, pública ou privada, com os direitos e as liberdades fundamentais do Homem, e de cuja ação ou omissão pode desde logo brotar, mesmo involuntariamente, uma qualquer ofensa ou violação de um qualquer desses direitos ou dessas liberdades garantidas.

Todavia, por motivos que não cumpre aqui analisar, as Universidades não acompanharam as novas responsabilidades assumidas desde a Constituição Cidadã, pelo poder político atual. Ao invés do que há muitos anos se passa em número elevado de Universidades da América do Norte e da Europa ocidental¹⁷ - e, nos últimos anos, até, em certas Universidades da Europa Ocidental (dentre elas da Polónia) – não foi ainda criada, em qualquer das nossas Faculdades, uma cadeira autônoma dedicada à proteção internacional dos Direitos do Homem.

A Declaração Universal – que inúmeros internacionalistas contemporâneos colocam num nível idêntico ao da própria Carta das Nações Unidas -, como aliás as demais declarações que aqui se publicam e até certas disposições de convenções, universais e regionais, são ‘testemunhos’ das chamadas fontes não convencionais dos direitos do homem.

A segunda guerra mundial importou uma mudança fundamental na consideração dos interesses principais e fundamentais do homem.

¹⁷ *CF. L'enseignement des droits de l'homme*. Travaux du Congrès international sur l'enseignement des droits de l'homme, Vienne, 12-16 Septembre 1978, UNESCO, Paris, 1980, p. 56.

Toda sua preocupação, até então, havia perseguido o crescimento de seus direitos a partir do Estado que se lhe reconhece-se. Contudo, a conflagração trouxe consigo o desatino generalizado, o homem foi avassalado pela turbulência de prioridades impensadas, mesquinhas, irracionais. Perdeu individualidade, porque a destruição compreendia a todos. Enfim, o *direito* foi submetido, e um Estado, por si só, não podia reparar todo o dano causado.

O Pacto de Versalles de 1919, que criou a Sociedade das Nações, havia pensado seus interesses a partir da universalidade política. O homem não foi motivo central do acordo, dado que sua participação contava em função de sua qualidade de cidadão de um país determinado, donde resolvia suas conveniências e conflitos singulares.

Em mudança, a Carta que se explicita em 1945, criando a Organização das Nações Unidas (ONU), proclama os direitos do homem, consagrados essencialmente na Declaração Universal de 1948.

O mundo assistiu então a uma mudança de observação.

O primordial era o homem e seus direitos fundamentais, sem importar sua nacionalidade, credo, posição política ou econômica.

Desafortunadamente, se entendeu que a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão tinha valor somente político-filosófico e moral, mas não jurídico.

Ela não foi considerada como um documento juridicamente vinculante, porque se encontra órfã de instituições, procedimentos e sanções dirigidos a garantir sua efetiva aplicação.¹⁸

Não obstante, esta foi a primeira demonstração que desbordou o marco de interesse nacional para elevar suas manifestações ao seio da internacionalidade.

Os direitos humanos, concebidos em função da tutela principal que merecem por sua condição e qualidade, se interpretaram em uma concepção unívoca.

Mas, a proteção processual, isto é, a outra face da declaração, não foi de igual tratamento; a aplicação desaparelhada e condicionada a mútuos reconhecimentos, tais como o princípio de reciprocidade no conceito de conciliação, lavaram a necessidade de acordar convênios de relações mútuas, a pactos internacionais que estabeleceriam uma pauta uniforme de proteção: o Convênio de Roma, cujo marco institucional é o Conselho da Europa; e o Pacto de São José da Costa Rica, são expressões eloqüentes deste desejo de proteger aos direitos humanos dotando-lhes de um corpo legal de apoio que privilegia suas disposições por sobre as leis de direito interno.

Na atualidade a idéia de *universalizar* a proteção dos direitos humanos, da passo a uma corrente um tanto mais restrita, que não perde sua dimensão internacional: a regionalização das instituições de defesa dos direitos fundamentais.

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 85.

Por exemplo, a Resolução 2200 C, XXI, de 09.12.1996 ditada pela Assembléia Geral da ONU solicitou à Comissão das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, que estudava, entre outras coisas, a questão de estabelecer instituições regionais apropriadas para desempenhar certas funções relativas a observação do pactos.¹⁹

De igual modo, entre 1976 e 1979 se instigou ‘a los Estados de áreas en las que todavía no existen delegaciones regionales que se ocupen de los derechos humanos, a considerar la adopción de acuerdos com vistas a la creación en sus respectivas regiones de los mecanismos apropiados para promover y proteger los derechos humanos.’²⁰”

Desta maneira, conforme afirma OSVALDO A. GOZÁINI, cujo trabalho embasa o presente, se podem distinguir três tipos de manifestações que internacionalizam a preservação dos direitos fundamentais a partir de uma situação própria, a saber:

O *direito das comunidades*, por exemplo a Comunidade Européia,²¹ dentro da qual o respeito aos direitos básicos constitui uma parte integrante dos princípios

¹⁹ VASAK, Karel. *Instituciones regionales para la promoción y protección de los derechos humanos*, in *La Dimension Internacional de los derechos humanos*. Vol. III, p. 616.

²⁰ Vejam-se as resoluções da Assembléia Geral da ONU 32/217 (1977); 33/167 (1978) e 34/171 (1979).

²¹ *Um dos resultados mais positivos da União Européia e, certamente, a razão do êxito da integração européia, foi a criação do chamado Direito Comunitário, um novo tipo de Direito comum aos Estados membros. Trata-se de um tertium genus, um terceiro gênero, que se situa entre o Direito Interno e o Direito Internaiconal, com um Tribunal específico para interpretá-lo e aplicá-lo em última instância. Trata-*

legais gerais, cuja observância garante o Tribunal de Justiça; procurando a proteção desses direitos, em consonância com as tradições constitucionais comuns aos Estados membros, de maneira que se garantisse no contexto e nas aspirações da Comunidade.

A *dimensão continental*, que ocupa no caso a OEA, sobre tudo a partir de 1959 quando se cria a Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos, e em especial desde que firmado o Pacto de São José da Costa Rica. Similar inspiração inspira a Carta de Addis Abeba, que originou a Organização para a Unidade Africana; como a Liga dos Estados Árabes, fundada em 1968.

A *dimensão internacional*, pensada, V. gr.: na Corte Internacional de Justiça,²² com sede em Haya, para solucionar as diferenças entre os Estados parte, com

se de um direito novo porque apresenta objeto próprio, institutos próprios, método próprio e princípios próprios. Com objeto próprio, o Direito Comunitário lida com um conjunto de normas supranacionais, que emanam de fontes próprias, as quais não se confundem com aquelas que produzem o Direito Interno ou Internacional, como os parlamentos e governos locais. O Direito Comunitário nasce fundamentalmente dos tratados de integração (como o de Maastrich ou de Assunção, por exemplo), verdadeiras cartas constitucionais (chamadas de tratados-quadro)), nascendo também das resoluções e diretrizes partidas dos órgãos comunitários, que não vinculam apenas os Estados, mas também as pessoas jurídicas públicas e privadas e os particulares, sendo aplicadas, inclusive, pelo sistema judiciário de cada um dos integrantes do bloco regional... ..O Direito Comunitário, enquanto disciplina jurídica nova, possui também um método próprio, empregando instrumentos gnoseológicos e hermenêuticos especiais, sem prescindir daqueles do Direito Interno e Internacional...”Cf. LEWANDORSKI, Enrique Ricardo. Conferência citada.

²² “Diante das dificuldades na interpretação das normas do Direito Comunitário traduzidas para os idiomas dos países que integram a Comunidade Européia, emprega-se a interpretação *teleológica* ou *finalística* que leva em consideração os objetivos do Tratado, expresso em princípios, quais sejam: da *igualdade* (que proíbe qualquer discriminação implícita ou explícita entre os membros ou as pessoas); da *liberdade* (de circulação de pessoas, de mercadorias, capitais e de prestação de serviços); da *solidariedade*

tanto que declarem reconhecer como obrigatória *ipso facto* e sem convênio especial, respeito a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que versem sobre: a), a interpretação de um Tratado; b), qualquer questão de direito internacional; c), a existência de todo fato que, si foi estabelecido, constituiria violação de uma obrigação internacional; d), a natureza e extensão da reparação que se há de fazer pelo quebramento de uma obrigação internacional (art. 36, inciso 2º, do Estatuto da CIJ).

Com efeito, as fontes do direito internacional dos direitos do homem não se esgotam nos tratados internacionais; constituem ainda suas fontes 'o costume internacional como prova de uma prática geral aceita como constituindo o direito'(cf. art. 38º, n.º I, al. b, do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça) e os chamados 'princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas' (cf. art. 38º, n.º I, al. c), e mais precisamente o seu parecer relativo às reservas à Convenção sobre a prevenção e a repressão do crime de genocídio ('Recueil', T. I.

(entre os Estados-membros); e, por fim, o da unidade (jurídica e econômica). Mas, certamente, os princípios mais importantes desse no Direito são: o da autonomia da ordem jurídica comunitária; o da cooperação entre o Direito Comunitário e o Interno e, finalmente, os mais importantes, os princípios da aplicabilidade direta do Direito Comunitário e o princípio da supremacia deste sobre o Direito Interno que lhe é contrário. Em razão dessas características, o Direito Comunitário é aplicado diretamente pelas autoridades administrativas e judiciárias de cada Estado-membro, funcionando a Corte de Luxemburgo basicamente como uma Corte Constitucional – tendo como paradigma o Tratado de Maastrich -, e como um órgão de unificação jurisprudencial e de harmonização da interpretação das normas supranacionais, sobretudo através do reenvio prejudicial. Cf. LEWANDOSKI, Enrique Ricardo. Conferência citada.

J., 1951, p. 23), trata-se de princípios que 'obrigam os Estados, mesmo fora de qualquer laço convencional'.

O Estado e o mercado, sozinhos, parecem sem condições de enfrentar a crise econômica, social e ambiental em que estamos mergulhados, e de resolver os desafios colocados pelos novos tempos, pelo MERCOSUL.

A sociedade está sendo chamada cada vez mais para formular alternativas.

A mesma crise que enfraquece o Estado nacional tende a fortalecer as organizações da sociedade civil.

O que significa uma sociedade civil global?

A globalização implica a importância crescente do nível supraterritorial, ou aterritorial, das instâncias globais, e portanto, a possibilidade e necessidade de desenvolvimento de uma sociedade civil global, o que significa uma esfera que seja não-capitalista/não-Estado ou anticompetitiva/anti-hierárquica para os esforços democráticos.

Daí, as discussões sobre a reforma da ONU e de instâncias interestatais; sobre novos padrões, como o direito de comunicar-se; sobre o funcionamento dos movimentos sociais globais; sobre a inter-relação das organizações interestatais, as ONGs e os movimentos sociais globais, que vão além dos direitos eleitorais/territoriais.

A sociedade civil global não é um paraíso de liberdade desterritorializada, solidariedade, preocupação ecológica ou tolerância plutalista. Mas pode ser o espaço para civilizar e superar as estruturas/processos/ideologias capitalistas, estatísticas, tecnocráticas etc.

É antes um *habitat* que deve ser construído contínua e coletivamente, do que uma estrutura já existente e representada, ainda imperfeitamente, pelos movimentos sociais internacionais.

O desenvolvimento de uma sociedade civil global depende e, ao mesmo tempo, estimula a democratização, a desconcentração e a descentralização das organizações interestatais e instituições capitalistas globais. Uma sociedade civil global requer a noção de cidadania planetária, que já não pode ser simplesmente o universalista religioso, o cosmopolita liberal ou o internacionalista socialista.

A transição gradual do capitalismo industrial ao de informação, as múltiplas crises de crescimento e uma propagação da consciência ecológica impõem a necessidade de alternativas em busca de uma política eticamente informada e consciente.

A construção de uma esfera pública transnacional estará balizada por dois importantes princípios: o interesse público internacional e o patrimônio comum da humanidade.

Os direitos humanos e o interesse público internacional erguem limites à afirmação das soberanias, e, segundo Celso LAFER, se expressam "*através da instauração do ponto de vista da humanidade como princípio englobante da comunidade mundial*".

A noção de patrimônio comum da humanidade também reconhece interesses superiores da comunidade internacional em face do impasse entre interesses públicos e privados internacionais.

Os dois princípios acarretam uma revolução no Direito Internacional Público, tradicionalmente baseado no conceito de soberania, ao transformá-lo em Direito Geral da Humanidade ou, retomando a expressão romana, Direito das Gentes.²³

A integração, frente a globalização das relações internacionais, pode ser interpretada como um instrumento de proteção ou de defesa ante dita tendência ou como mecanismo para aproveitar a mundialização.

Ela faz que os Estados integrem em blocos e que busquem neles as fórmulas para este fenômeno através do aperfeiçoamento institucional.

A eficácia institucional se converteu no eixo central da projeção do MERCOSUL, por quanto não cabe aceitar a possibilidade de que se prossiga com êxito a constituição do Mercado Comum do Sul, sem órgãos eficazes, técnicos, capazes de dar respostas adequada e oportuna às múltiplas variáveis que vão surgindo,

²³ Liszt VIEIRA. *Cidadania e globalização*. 2ª ed., Rio de Janeiro : Record, 1998, pp. 112-113.

no planos político e econômico, o **MERCOSUL** evitou o "salto supranacional", mantendo, tanto em sua primeira fase de transição como durante o processo em curso de acabamento de sua união aduaneira, um esquema essencialmente intergovernamental de tomada e implementação de decisões.²⁴

A edificação do MERCOSUL há que ser alicerçada à luz dos Tratados, Pactos e Convenções de Direitos Humanos, da adesão irrestrita à Corte Interamericana de Direitos Humanos, com a possibilidade do cidadão postular perante a referida Corte contra as violações de direitos. O nosso entendimento é que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – esta proibindo a prisão por dívida – e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – este proibindo a prisão apenas por não poder alguém cumprir com uma obrigação contratual – são, por disposição expressa da Constituição Federal em vigor, normas de Direito internacional às quais deve ocorrer a interpretação sistemática da norma constitucional, atendendo esta aos princípios daqueles. Portanto, revogada a possibilidade de prisão do depositário prevista na Constituição Federal. Ainda, se tanto, que se entenda que há paridade entre a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e as normas internas infraconstitucionais, estas, no que concernem a prisão do devedor, quer porque depositário infiel, quer nos moldes da alienação fiduciária, cédula rural, sonegação fiscal, etc., está revogada; posto que *lex posterior derogat priori*.

²³ Liszt VIEIRA. *Cidadania e globalização*. 2ª ed., Rio de Janeiro : Record, 1998, pp. 112-113.

²⁴ Paulo Roberto de ALMEIDA. *Ob. cit.*, pp.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o tribunal onde o cidadão do MERCOSUL poderá encontrar o respaldo de seis direitos, vez que no Brasil ele não consegue perante a Suprema Corte.

Ainda assim, é de se ressaltar a necessidade de um Tribunal Transnacional para julgar os litígios decorrentes das relações do MERCOSUL.

GLOSSÁRIO

BLOCOS REGIONAIS. (*informações sobre os blocos comerciais e zonas de integração*)

EU: União Européia (1957): Alemanha, Austria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Portugal, Reino Unido e Suécia; união econômica e monetária.

NAFTA: North American Free Trade Agreement (1992): Estados Unidos, Canadá e México; zona de livre comércio.

ALADI: Associação Latino-Americana de Integração (1980): Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela; zona de preferências tarifárias, mercado comum no longo prazo.

MERCOSUL: Mercado Comum do Sul (1991): Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

CAN: Comunidade Andina, sucessora do Grupo Andino (1969): Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela; mercado comum.

G 3: Grupo dos Três (1995): Colômbia, México e Venezuela: zona de livre comércio em dez anos.

MCCA: Mercado Comum Centro-Americano (1961): Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua e Panamá: mercado comum.

CARICOM: Caribbean Common Market (1968): Antígua e Barbuda, Barbados, Bahamas, Belize, Dominica, Granada, Guiana, Jamaica, Montserrat, Santa Lúcia, São Cristovão e Neves. São Vicente e Granadinas, Suriname (1995) e Trinidad Tobago; mercado comum.

AEC: Associação dos Estados do Caribe (1994): Antígua e Barbuda, Barbados, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Dominica, El Salvador, Granada, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, República Dominicana, Santa Lúcia, São Cristovão e Neves, São Vicente e Granadinas, Suriname, Trinidad Tobago e Venezuela; concertação e cooperação econômica e política.

AEAN: Associação das Nações do Sudeste Asiático (1967): Brunei, Cingapura, Filipinas, Indonésia, Malásia, Tailândia e Vietnã; cooperação política, zona de livre comércio.

SADC: Southern African Development Community: África do Sul, Angola, Botsuana, Lesoto, Malawi, Maurício, Moçambique, Namíbia, Suazilândia, Tanzânia, Zâmbia e Zimbábue; mercado comum a médio prazo.

CONSUMIDOR. É toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final em uma relação de consumo ou em função dela. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, determináveis ou não, expostas às relações de consumo.

Não se considera consumidor ou usuário aquele que, sem constituir-se em destinatário final, adquire, armazena, utiliza ou consome produtos ou serviços

com o fim de integrá-los em processos de produção, transformação, comercialização ou prestação de serviços.

DIREITO COMUNITÁRIO. Todo verdadero proceso de integración económica supone el surgimiento de una entidad política compuesta por una comunidad de Estados geográficamente vinculados por su pertenencia a una misma región. Ella nace en función de un primer tratado que sienta las bases y los objetivos de la integración y que, inicial o posteriormente, crea un sistema orgánico supranacional con aptitud para producir un Derecho derivado y vinculante para los Estados miembros. ...en función de un primer tratado que sienta las bases y los objetivos de la integración y que, inicial o posteriormente, crea un sistema orgánico supranacional con aptitud para producir un Derecho derivado y vinculante para los Estados miembros.

Esse es el Derecho Comunitário.²⁵

DIREITO COMUNITÁRIO – CARACTERÍSTICAS.

1) Autonomia - As comunidades econômicas constituem uma inusitada ordem de relações político-econômicas entre Estados soberanos, necessitando, para a realização de suas finalidades pactícias, de um aparato jurídico da mesma forma inusitado. Tal aparato não pode ser vislumbrado como direito exclusivamente interno, tampouco como direito estrangeiro a ser aplicado internamente. Diante do aparecimento do novo referencial, território comunitário, sem que se tenha um direito

novo, mas apenas um espaço jurisdicional de todo inovador, o direito comunitário irá conformar-se autonomamente, porém sem nenhuma fundamental modificação epistemológica conducente à necessárias releituras ou reformulações da Ciência do Direito. Já é possível afirmar-se, a partir da prática e do grau de desenvolvimento do direito europeu, que um direito comunitário constitui aparato jurídico particular, distinto dos ordenamentos jurídicos nacionais e bastante em si quanto aos requisitos de sua eficácia e desenvolvimento.

2) Efeito impositivo - As normas comunitárias possuem um caráter obrigatório e devem estar instrumentalizadas de forma a poderem se fazer impor a todos os jurisdicionáveis. O caráter acaciano deste item justifica-se pelo grande equívoco doutrinário que se tem disseminado, a partir de falsas leituras sobre a existência jurídica, a cientificidade do direito internacional público. Apesar do direito comunitário não se confundir com o direito internacional público, passando por ele é verdade, porém vindo muito mais aquém, não há como se negar a proximidades das disciplinas e, muitas vezes, sua circunstancial coabitação. Este apregoado caráter constritivo representa a única segurança político-jurídica da dinâmica comunitária, garantidora da eficiência política e, por conseguinte, do contingente sucesso histórico do processo. Na experiência europeia, constata-se que em nenhum momento se argüiu o caráter constritivo das normas comunitárias, com seu efeito impositivo

²⁵ Gonzalo Aguirre RAMIREZ. *Integración: nueva realidad regional y mundial, su incidencia en el Derecho Constitucional*. In: *Curso de Derecho Procesal Internacional*. Montevideo : FCU, pp. 13 e 33.

constituinco-se em pacífica convicção, conforme se depreende da reiterada jurisprudência da Corte de Luxemburgo, em nenhum momento contrariada ou questionada nas jurisdições locais.

3) Efeito direto - A presente característica decorre da automática integração do direito comunitário às ordens jurídicas internas, sem os mecanismos de incorporação aplicáveis aos tratados, por exemplo, dispensadas as técnicas de outorga legislativa característica das democracias modernas. Conforma o seu efeito *self executing*, o que seguramente causa certa espécie à posturas jurídicas mais tradicionais. Resta patente que tal característica não se aplica a tratados e protocolos complementares, que tenham da-do origem à comunidade considerada em espécie. O sucesso de um processo de integração não dispensa a convicção social de que a vida comunitária não é algo de estrangeiro, mesmo às administrações locais. É eloqüente, *per se*, o fato de que 60% das leis que atualmente compõe o ordenamento jurídico europeu serem de natureza comunitária, em detrimento dos outros 40% diluídos entre as diversas instâncias político-administrativas nacionais. O fato e uma violação de direito comunitário poder ser argüida por qualquer jurisdicional, já perante seus juízes naturais e não só pelos Estados nas instâncias européias, é ainda importante corolário do efeito direto da norma comunitária. A efetiva convicção do efeito direto do direito comunitário, cumpre destacar, não foi de fácil formação na experiência européia. A tradição jurídica e o particularismo cultural dos países

concernentes criou fortes resistências à proposta, o que gerou exaustiva atuação jurisprudencial da Corte de Justiça de Luxemburgo.

4) Primazia - A tradicional doutrina que abordou o análogo tema do choque entre o direito internacional e o direito interno, através das concepções monista e dualista, já não é mais suficiente para fazer face à especialidade das questões engendradas pelo moderno fenômeno da globalização das economias e seus desdobramentos... No atual estágio do *iter* Mercosul, claro que estamos distantes de tal configuração. O próprio instinto "soberanófilo" do Tratado de Assunção resta expressamente patente no seu art. 16, ao estabelecer que durante o período de transição todas as decisões serão tomadas não só por consenso, mas ainda com a presença de todos os Estados partes. Porém, a medida em que se implementem as liberdades típicas do mercado comum, já preconizadas programaticamente no art. 1º, será inexorável a delegação estatal às autoridades comunitárias, para o que se vem designando no modelo europeu, de soberania compartilhada ou complementar. Claro que este foi o mais polêmico e discutido aspecto do direito da integração europeia, de certa forma retomado nos recentes debates sobre o Tratado de Maastricht, onde veio à lume o dilema do grau de interação da Europa dos 12, aflige principalmente os chamados "eurocéticos": como continuar soberanos e unidos?

5) Uniformidade de interpretação e aplicação - Merece ainda menção, como característica de um direito comunitário, a uniformidade

formal e material de que se deve revestir, sendo para tanto indispensável um aparato ordenador e harmonizador de sua interpretação e aplicação. Também no atual estágio do Mercosul a questão não chega a ser suscitada. O considerado nível *light* de institucionalização, com o mínimo de órgãos e com o modo consensual e unânime de deliberação previsto pacticiamente, possibilita a existência de aparato de solução de controvérsias dos mais singelos. O anexo 3 do Tratado de Assunção contempla a negociação direta e o Protocolo de Brasília, já ratificado pelo Brasil, estabelece três fases procedimentais: conciliação, consulta e arbitragem. Claro que isto não poderá perdurar quando da transição ao mercado comum, que obrigará a adoção de um aparato judicial bem mais sofisticado, aliás como preconiza o próprio Tratado de Assunção, ainda que de forma indireta, em seu art. 18. A questão resta em aberto e muitas poderão ser as soluções, a partir do heurismo e da fecundidade do pensamento jurídico de nossos países. O modelo seguido pelo direito europeu é, a propósito, surpreendente e instigante: valendo-se de um instituto considerado a chave mestra, ou a válvula estabilizadora do todo o direito comunitário, os juízes nacionais, que são em última análise os efetivos aplicadores do Direito Comunitário, podem, sempre que a matéria objeto do litígio lhe for pertinente, consultar por via prejudicial a Corte Européia, em Luxemburgo, para que ela pronuncie a correta interpretação da norma comunitária que deve incidir sobre o caso em concreto. O desuso do julgamento por via prejudicial nos sistemas judiciais dos países do Mercosul, bem como os princípios de

livre convicção da magistratura que adotamos, seguramente nos distanciam em muito de tal solução. Tal julgamento por via prejudicial, com a consulta do juiz singular ou colegiado, prévia a pronunciar o direito aplicável, em busca de um *prius logico* que deve conformar a sentença, por mais extraordinário que possa parecer, já é aplicado corriqueiramente em todos os 12 países da Europa das Comunidades, conforme ordena o art. 177 do Tratado de Roma...²⁶

DIREITOS FUNDAMENTAIS. *Vide Direitos Humanos.*

DIREITOS HUMANOS. O estudo dos Direitos Humanos é o estudo integrado dos Direitos Individuais, Sociais, Econômicos e Políticos Fundamentais, e será este raciocínio de complementação e integração destes grupos de direitos fundamentais que procuraremos demonstrar neste pequeno artigo. Uma questão fundamental que deve ser enfrentada inicialmente é a diversidade terminologia. Devemos estabelecer, desde já, o emprego de expressões que recebem tratamento diferenciado na doutrina. Quando falamos em Direitos Humanos, utilizamos esta expressão como sinônimo dos direitos fundamentais. Portanto, direitos fundamentais são, os direitos individuais fundamentais (relativos à liberdade, igualdade, propriedade, segurança e vida); os direitos sociais (relativos à educação, trabalho, lazer, seguridade social entre outros); os direitos econômicos (relativos ao pleno emprego, meio ambiente e consumidor); e direitos políticos (relativos às formas de realização da soberania popular). Observa Carlos Alberto BITTAR que os chamados direitos de personalidade

²⁶ Jorge Fontoura NOGUEIRA. *Lineamentos para um Direito de Comunidade Econômica. In: Boletim de*

recebem diferentes nomes frente à perspectiva de análise, verificando-se como mais comuns, os seguintes: "Direitos do Homem", "Direitos Fundamentais da Pessoa", "Direitos Humanos", "Direitos Inatos", "Direitos Essenciais da Pessoa", "Liberdades Fundamentais" e, especialmente, "Direitos de Personalidade". O autor citado faz diferenciação entre direitos de personalidade e liberdades públicas, e por sua vez dos Direitos Humanos. Isto nos desperta para a extrema diversidade de expressões que devem ser ordenadas, pois só contribuem para a dificuldade de compreensão do tema. É necessário que se faça, desde já, uma classificação dos Direitos Fundamentais da Pessoa, ou simplesmente Direitos Humanos:²⁷

DIRETIVAS. A *diretiva* é editada tendo como destinatários os Estados são eles que tomarão as medidas necessárias à consecução das medidas nela previstas para modificação do Direito Interno dos Estados-membros, de tal sorte que os Direitos Nacionais se adaptem aos resultados (objetivos) previstos na Diretiva. Tem por objetivo aproximar os sistemas jurídicos nacionais. Previstas no art. 189 do Tratado CEE, "...para o cumprimento de sua missão e nas condições previstas do Tratado, o Conselho e a Comissão editam Regulamentos e Diretivas..." Vinculam os Estados-membros destinatários apenas quanto ao resultado a ser atingido, deixando às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios, cabendo aos Estados-membros a escolha do ato jurídico de transposição da Diretiva: lei, decreto, circular etc. Não é diretamente

Integração Latino-Americana, Brasília, n.º 10, pp. 22-26.

²⁷ José Luiz Quadros de MAGALHÃES. *A Indivisibilidade dos Direitos Humanos*. Internet

aplicável. Ela aparece essencialmente como uma técnica de legislação mediante. Hoje é considerada "a principal técnica legislativa da CCE".²⁸

ESTÁGIOS DE INTEGRAÇÃO. Nos moldes que sucedem contemporaneamente, o impacto sobre as estruturas estatais, produz como consequência a interação econômica entre distintos estágios, em sucessivas etapas de integração que segundo Bela BALASSA²⁹ são:

- a) Zona de Libre Comercio: Zona de integración limitada a la eliminación recíproca y paulatina de los derechos aduanas. (Se elimina toda restricción cuantitativa al intercambio recíproco de bienes, manteniendo cada país su aranced respecto a terceros)
- b) Unión Aduanera: Supone, además de lo anterior, la adopción de una tarifa exterior común, relativa a terceros. (Supone la eliminación de todo obstáculo cuantitativo y cualitativo a los movimientos de bienes y la aplicación de una tarifa externa común - TEC - frente a terceros países)
- c) Mercado Común: Se refiere no sólo a la circulación de mercancías, sino también a otros factores de producción, como lo son servicios, capitales y trabajo. (Los países miembros no sólo eliminan las

²⁸ Nesse sentido: Vera Maria Jacob de FRADERA. *A circulação de modelos jurídicos europeus na América latina: um entrave à integração econômica no Cone Sul?* In: *Revista dos Tribunais*, Fasc. Civ., Ano 86, v. 636, fev. 1997, pp.20-39.

²⁹ *Teoria de la Integración Económica*. México - Ed. Uteha, 1964, p. 2.

restrcciones al comercio recíproco sino que, también, cualquier obstáculo que restrinja la libre circulación de factores de la producción)

d) Unión Económica: Además de lo anterior, supone la coordinación políticas macroeconómicas comunes. (Se combina la eliminación de obstáculos a la movilidad de bienes y factores productivos, con la armonización de políticas macroeconômicas nacio-nales)

e) Unión Económica Total (Integración Total): Régimen de unión monetario, financiero, social, cuya ejecución y control esta a cargo de instituciones supranacionales que gozan de poder coercitivo. (Presupone la unificación de las políticas econômicas y, además el establecimiento de instituciones comunitarias de naturaleza supra-nacional cuyas decisiones son obligatorias para los países miembros y sus poblaciones.

Na prática, os múltiplos processos de integração possuem elementos das diferentes etapas.

O **primeiro estágio** é o da **Zona de Livre Comércio**, em que os países concordam em eliminar ou reduzir as barreiras alfandegárias exclusivamente para as importações de mercadorias produzidas dentro dessa área. É o caso da ALADI.

O **segundo estágio** é o da **União Aduaneira**, em que são eliminadas as barreiras alfandegárias para a importação de mercadorias produzidas dentro da área, com o estabelecimento de uma Tarifa Externa Comum. O MERCOSUL está nessa etapa. Assim sendo, verifica-se que a importação dos bens de

terceiros países submetem-se às mesmas tarifas em qualquer dos seus integrantes. Houve algumas postulações no âmbito da 5ª Região em que se argumentou que a TEC se destinava exclusivamente aos signatários do Tratado de Assunção, quando na verdade os destinatários são os demais países.

O **terceiro estágio** é o **Mercado Comum**, em que além das características da fase anterior, são eliminadas as restrições aos fatores de produção, capital e trabalho. Um empresário argentino poderia estabelecer-se no Brasil, sob as mesmas regras a que estão submetidos seus colegas nacionais, ou um médico brasileiro poderia prestar serviços profissionais em Buenos Aires.

O **quarto estágio** ocorre quando os países procuram adaptar suas legislações para harmonizá-las com os objetivos comunitários. É a **União Econômica**. Aqui são criadas instituições comunitárias, como na União Européia, porém, todo o seu território passa a ser considerado como uma unidade. Os direitos de importação, conhecidos na Espanha como "aranceles", destinam-se à União Européia, ficando os países com as receitas do IVA (Imposto sobre o Valor Agregado) e outros tributos.

O **quinto estágio** (e último) é o da **União de Integração Total**, quando os países decidem adotar uma política monetária comum, que é o próximo objetivo dos países da União Européia.³⁰

³⁰ José de CASTRO MEIRA. *(Juiz do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Bahia)* **Globalização e Direito**. Internet – *Teia-jurídica*.

FORNECEDOR. É toda a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, assim como os entes despersonalizados nos Estados Partes cuja existência esteja contemplada em seu ordenamento jurídico, que desen-volvam de maneira profissional atividades de produção, montagem, criação seguida de execução, construção, transformação, importação, distribuição e comercializa-ção de produtos e/ou serviços em uma relação de consumo.

GLOBALIZAÇÃO. Não há uniformidade na conceituação do termo podendo-se encontrar quatro significados distintos mas semelhantes:³¹

1. Théodore Levitt propõe este termo para designar a convergência de mercados no mundo inteiro. Globalização e tecnologia serão os dois principais fatores que fazem as relações internacionais. Em conseqüência, a sociedade global opera com constância e resolução, com custos relativamente baixos, como se o mundo inteiro (ou as principais regiões) consti-tuíssem uma entidade única; ela vende a mesma coisa, da mesma maneira em todos os lugares [Levitt, Theodore. "The Globalization of Markets", Harvard Bussiness review, Harvard, Maio-Junho, 1983.]. Neste sentido, a globalização dos mercados se opõe a visão anterior de um ciclo de produção que consistia na venda ao países menos avançados os produtos que ficaram obsoletos nos países mais ricos. O termo se aplica mais a gestão da multinacionais e diz respeito exclusivamente às trocas internacionais.

³¹ José Luiz Quadros de MAGALHÃES, *Globalização e exclusão*. Internet.

2. Em 1990, esta noção é estendida por Kenichi Ohmae ao conjunto da cadeia de criação do valor (pesquisa-desenvolvimento [P-D], engenharia, produção, mercado, serviços e finanças). Se num primeiro momento uma firma exporta a partir de sua base nacional, ela estabelece em seguida serviços de vendas no estrangeiro, depois produzidos na localidade e ulteriormente ainda estabelece uma medida completa da cadeia de valor na sua filial. Este processo converge em direção a uma quinta etapa: a integração global, uma vez que as firmas que pertencem a um mesmo grupo conduzem o seu P-D, financiam seus investimentos e recrutam pessoal em escala mundial. Desta forma globalização designa ainda uma forma de gestão, totalmente integrada em escala mundial da grande firma multinacional.

3. Desde que estas multinacionais re-presentam uma fração importante da produção mundial, os diversos espaços nacionais se encontram obrigados a se ajustarem às suas exigências pelo fato da extrema mobilidade que elas se beneficiam hoje (comércio, investimento, finanças e P-D). Desta forma a globalização significa então o processo através do qual as empresas, as mais internacionalizadas, tentam redefinir a seu proveito as regras do jogo antes impostas pelos Estados-Nação. Nesta conceituação deixamos o domínio da gestão interna das firmas para abordamos a questão da arquitetura do sistema internacional. Passamos da micro para a macro economia, das regras da boa gestão da economia privada para o estabelecimento de políticas econômicas e a construção ou redefinição das instituições nacionais. Esta noção evoca muito mais o processo em curso do que um estado final do regime internacional que substituirá aquele de Bretton-Woods. Constantemente, alguns sublinham o ca-

ráter irreversível das tendências em curso frente a impotência das políticas tradicionais dos governos diante das estratégias das grandes firmas.

4. Finalmente, a globalização pode significar uma nova configuração que marca a ruptura em relação às etapas precedentes da economia internacional. Antes a economia era internacional, pois sua evolução era determinada pela interação de processos operacionais essencialmente no nível dos Estados-nação. No período contemporâneo vemos emergir uma economia globalizada na qual as economias nacionais serão decompostas e posteriormente rearticuladas no seio de um sistema de transações e de processos que operam diretamente no nível inter-nacional. Esta definição é a mais geral e sistemática. De uma parte, os Estados-nação, e, por conseqüência os governos nacionais, perdem toda a capacidade de influenciar as evoluções econômicas nacionais, ao ponto que as instituições centralizadas herdadas do pós-guerra devem ceder lugar a entidades regionais ou urbanas, ponto de apoio necessário da rede tecida pelas multinacionais. De outro lado, os territórios submetidos a este novo modelo ficam fortemente interdependentes ao ponto de manifestar evoluções sincronizadas, por vezes idênticas, mas em todo caso em via de homogeneização. Adeus portanto ao compromisso político nacional e a noção mesmo de conjuntura local.

La OCDE define a la globalización, como al sistema de producción en el que una fracción cada vez mayor del valor y la riqueza es generada y distribuida mundialmente por un conjunto de redes privadas relacionadas entre si y manejadas por las grandes empresas transnacionales, que constituyen

estructuras concentradas de oferta, aprovechando plenamente las ventajas de la globalización financiera, núcleo central del proceso. CEPAL, ***Panorama de la Inserción Internacional de América Latina y al Caribe***, Santiago de Chile, dez/1996, pp. 20-25.

NORMAS COMUNITÁRIAS. Tomando por referencial o modelo CEE que é, gros-so modo, o mesmo a ser seguido em análogos processos de integração, todo o universo referente a fenômenos comunitários subdividir-se-ia, essencialmente, em três grupos de normas jurídicas:

1) O primeiro grupo seria composto pelas normas contidas nos tratados pertinentes à integração, incluindo seus eventuais protocolos complementares. Trata-se, a toda evidência, de normas que, enquanto inseridas em tratados geradores de obrigações recíprocas entre Estados soberanos, diriam respeito claramente ao direito internacional público, em cujo âmbito poderiam receber o específico tratamento e valoração. Não é sem mais razão que os primeiros estudiosos do direito das Comunidades Européias são egressos do campo do direito público externo. A percepção para conceber-se o primeiro approche com as questões jurídicas comunitárias é nitidamente a mesma do "direito das gentes", porém trata-se de mero início, logo superado pelo turbilhão de demandas que o tema vai apresentando; veja-se o caso do eventual particularismo dos direitos comerciais de países comunitários, por exemplo. O que fazer diante de títulos de crédito específicos de um único direito comercial, na emergência de um mercado onde circulam livremente bens, serviços, pessoas e capitais?

2) No segundo grupo de normas jurídicas atinentes a um proposto direito comunitário, teríamos aquelas que se referem ao ordenamento jurídico interno dos organismos comunitários comuns. Se algumas destas normas podem derivar do texto dos tratados, é claro que outras tantas podem emanar dos próprios organismos comunitários, no sentido de disciplinar suas atividades internas e seu funcionamento. Na estrutura orgânica do Mercosul, conforme o art. 9 do Tratado de Assunção, as instituições normativas seriam desde já o Conselho e o Grupo Mercado Comum. Do ponto de vista formal, tal normatividade representa um sistema claramente distinto daquele derivado dos tratados, destinando-se ao âmbito restrito do organismo institucional comunitário. O estudo deste segundo grupo apresenta virtualmente maior complexidade, não propriamente pelo seu ineditismo e atipia, mas pelo fato de tais normas se exprimirem através de regras interna corporis e não em relação a direitos e deveres recíprocos de sujeitos de direito internacional. Com toda a cautela que deve derivar das comparações fáceis, poderíamos aqui entrever um nítido delinear de incipiente direito administrativo intracomunitário;

3) Quanto ao terceiro grupo, teríamos as normas que, legisladas pelos próprios organismos comunitários, nos limites de suas competências normativas concedidas pelos tratados institutivos e, eventualmente, protocolos complementares, destinar-se-iam aos territórios dos Estados partícipes, em cujos espaços jurisdicionais deveriam aplicar-se.

Temos, portanto, no âmbito destas três qualidades de normas, absolutamente heterogêneas e mesmo com espaços de incidência e eficácia

distintos, o complexo conformante do que pode ser designado "direito comunitário".³²

PROTOCOLO. Es un instrumento internacional convencional, anexo o complementario de un Tratado, *que*: Está cubierto por la definición del art. 1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.³³

PRODUTO. É qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial.

PROTOCOLO. O termo 'protocolo' é utilizado na prática internacional para re-ferir-se a instrumentos celebrados no marco de Acordos mais amplos aos que o Protocolo vem em certa forma a complementar.

RELAÇÃO DE CONSUMO. É o vínculo que se estabelece entre o fornecedor que, a título oneroso, fornece um produto ou presta um serviço, e quem o adquire ou utiliza como destinatário final.

Equipara-se a esta o fornecimento de produtos e a prestação de serviços a título gratuito, quando se realizem em função de uma eventual relação de consumo.

SERVIÇOS. Enquanto o Comitê Técnico nº 7 (Defesa do Consumidor) não tenha acordado uma definição para serviços, será adotada, para os efeitos do Protocolo, a interpretação jurídica do foro atuante.

³² Jorge Fontoura NOGUEIRA. *Ob. cit.* Internet.

³³ Hector Gros ESPIELL. *El Tratado de Asunción: una aproximación a su problemática jurídica. In: Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 1, julio-diciembre 1991, p. 17.

SOBERANIA. Definição - Em sentido lato, o conceito político-jurídico de Soberania indica o poder de mando de última instância, numa sociedade política e, conseqüentemente, a diferença entre esta e as demais associações humanas em cuja organização não se encontra este poder supremo, exclusivo e não derivado. Este conceito está, pois, intimamente ligado ao de poder político: de fato, a Soberania pretende ser a racionalização jurídica do poder, no sentido de trans-formação da força em poder legítimo, do poder de fato em poder de direito. Obviamente, são diferentes as formas de caracterização da Soberania, de acordo com as diferentes formas de organização do poder que ocorreram na história hu-mana: em todas elas é possível sempre identificar uma autoridade suprema, mês-mo que, na prática, esta autoridade se ex-plicite ou venha a ser exercida de modos bastante diferentes. Em sentido estrito, na sua significação moderna, o termo So-berania aparece, no final do século XVI, juntamente com o de Estado, para indicar, em toda sua plenitude, o poder estatal, sujeito único e exclusivo da política.³⁴

SUPRANACIONALIDADE. É, em regra, enfocada como um conceito político. Com a integração os efeitos deste con-ceito tem penetrado no mundo econômico e jurídico, para logo afetar quase todas as esferas de interesses.

Esta circunstância leva a confusões e dificuldades conceituais, em especial quando é estudada frente a outra noção, a de **soberania**, vinculada no plano político ao **poder** ou ao exercício do poder que integra, por sua vez, um dos elementos para encontrarmos a noção de **Estado**.

³⁴ Nicola MATTIUCCI. *Dicionário de Política*. 11ª ed., Brasília : UnB, p. 1179. V. II.

Terminologicamente **supranacional** significa **o que está sobre a Nação**, noção que traz aparelhada uma enorme dificuldade frente ao plano jurídico político. Igual modo se pode dizer da expressão **supranacional**, que significa **o que está acima do Estado**.

A precisão das noções de **supranacional** e **supraestatalidade** por um lado, as de **intergovernabilidade** ou **interestatalidade**, por outro, referidas às organizações e órgãos com menor ou maior autonomia, e sua distinção tem enorme interesse teórico e prático.

Metodologicamente é possível encarar a **supranacionalidade** desde um tríplice enfoque, para simplificar sua compreensão:

- 1) A expressão supranacionalidade em relação ao órgão, ao referir a organizações supranacionais criadas por Tratados ou Protocolos no processo de integração;
- 2) A expressão supranacionalidade como ordem jurídica, ao referir ao campo normativo sistematizado que se coloca sobre a ordem jurídica nacional ou em um plano paralelo ao mesmo, hierarquicamente prevalente na ordem jurídica internacional; e
- 3) A expressão supranacionalidade como referência normativa, ao referir à norma, que tem características próprias. O objetivo normativo

transcende ao âmbito nacional e se projeta a um âmbito regional ou continental, com efeito prevalente e aplicação imediata e direta.³⁵

Ahora bien: en qué consiste la supranacionalidad? En general, a la luz de la experiencia de la aplicación del Tratado de Roma y del posterior surgimiento de la unión Europea, se entiende que la supranacionalidad surge cuando se dan estos tres elementos:

1º) El carácter obligatorio de las decisiones adoptadas por los órganos de la comunidad, aún para los Estados miembros que se hayan opuesto a su adopción;

2º) El llamado efecto directo, en cuyo mérito dichas decisiones obligan directamente no solo a los Estados sino también a sus nacionales, sean éstos personas físicas o jurídicas; y

3º) La primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Nacional de los Estados miembros.

³⁵ *Nesse sentido*: Roberto Ruiz DIAZ LABRNO. *Supranacionalidad e Integración*. In: *Aintegração Rumo ao Século XXI*, pp. 190 e 191.

REFERÊNCIAS

ABAL OLIÚ, Alejandro. *La proteccion de los Derechos Humanos en el sistema americano. Curso de Derecho Procesal Internacional y comunitario del Mercosur*. Montevidéo : Fundacion de Cultura Universitaria, 1997.

ABRANCHES, C. A. Dunshee de. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos, 1964.

ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul & União Européia - Estrutura Jurídico-Institucional*. Curitiba : Juruá, 1996.

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 11^a ed., São Paulo : Saraiva, 1988.

ADEODATO, João Maurício. *Problema e Sistema como Metodologia Filosófica. Anuário do Mestrado em Direito*. Recife, n.º 6, pp. 163-192.

_____. *A "concretização constitucional" de Friedrich Müller*. In: *O Bureau*, IX, mai/jun 1997.

_____. *Modernidade e Direito*. In: *Revista da ESMape*. Recife, n.º 6, pp. 255-273, out/dez 1997.

ADORNO, Theodor (org.). *Temas Básicos da Sociologia*. 2. ed. São Paulo: Cultrix, s/d.

AGOSTINI, Eric. *Direito Comparado*. Porto/Portugal : RESJURÍDICA, s/d.

AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da Ciência do Direito*. São Paulo : Max Limonard, 1996.

AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos Martinez de. *El Derecho civil a finales del siglo XX*. Madrid : Tecnos, 1991.

AKEHURST, M. A. *A modern introduction to internacional law*. Londres, 1971.

ALBGANESE, Susana. *Promoción y protección internacional de los derechos humanos*. Buenos Aires : Ediciones La Rocca, 1992.

ALBERNAZ JR. Victor e MANDELLI, Roberto Mendes. *Reconhecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil*. Internet.

ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios Procesales*. Madrid : Editorial Tecnos, 1974.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ALMEIDA, Dean Fábio Bueno de. *Em busca de uma nova postura dos operadores do direito a partir de uma filosofia latino-americana*. *Estudos Jurídicos*. Curitiba, V. IV, n.º 01, pp. 9-22, ago/1997.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Mercosul: fundamentos e perspectivas*. Brasília : Grande Oriente do Brasil, 1998.

ALMIRON PRUJEL, Elodia Almiron. *Mecanismo por el cual se incorporan al Derecho interno de La Republica del Paraguay las normas internacionales sobre Derechos Humanos*. In: *Revista Jurídica da UEPG*. Ponta Grossa, n.º 2, pp. 35-38, Ano I.

ALTAVILA, Jayme de. *Origem do Direito dos Povos*. 4ª ed., Rio de Janeiro : Melhoramentos, 1964.

ALVES, José Carlos Moreira. *O Judiciário no Mercosul: questões institucionais do Tratado de Assunção*. In: *Julgados do Tribunal de Alçada do Paraná*, Curitiba, n.º 6, pp. 9-12.

_____. *Da Alienação Fiduciária em Garantia*. 3ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1987.

ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade Civil dos Estabelecimentos Bancários*. Campinas : Bookseller, 1996.

AMARAL, Francisco. *Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro*. Separata da Revista *O Direito*, ano 126º, 1994, v. I-II. pp.63-81.

ANDRADE, Gilberto Osório de. *A Supra-Constitucionalidade da Declaração de Direitos*. Recife, Tese de livre-docência da cadeira de Direito Constitucional na Faculdade de Direito do Recife, 1946.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra : Livraria Almedina, 1992, Vol. I.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do Direito aos Direitos Humanos*. São Paulo : Editora Acadêmica, 1993.

ANDRÉ, Adélio Pereira. *Defesa dos Direitos e Acesso aos Tribunais*. Lisboa - Portugal, 1980.

ANZILOTTI, Dionisio. *Cours de droit international*. Trad. De G. Gidel. Paris : Recueil Sirey, 1929.

_____. *Corso di Diritto Internazionale*. Padova : CEDAM, 1964.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A impossibilidade de prisão do depositário infiel, Pacto de São José da Costa Rica e a Decisão do Supremo Tribunal Federal*. In: *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. São Paulo, n.º 4, pp. 83-90.

ARECHÁGA, Eduardo Jiménez de. *Normas Vigentes en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. Montevideu : FCU, 1988.

ARGÜELLO, Katie. *O Ícaro da Modernidade*. São Paulo : Acadêmica, 1997.

ARNAUD, André Jean. *O direito traído pela filosofia*. Porto Alegre : Sergio A. Fabris, 1991.

ARRUDA JR. Edmundo Lima de. *Magistrado, (des)ordem jurídica e construção democrática*. Conferência proferida no VIII Congresso Nacional dos Magistrados do Trabalho, Fortaleza, 15 de maio de 1997.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito - Introdução e Teoria Geral*. 7ª ed., Coimbra : Almedina, 1997.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS DA INTEGRAÇÃO. *Cartilha do Mercosul*. 2ª ed., Brasília, 1996.

ASSUNÇÃO, Marta. *O Direito Comunitário e o Direito Internacional*. Conferência proferida em Ponta Grossa - Paraná, em 16.10.1997.

ATTIÉ JÚNIOR, Alfredo. *O Direito Constitucional como processo*. In: *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. São Paulo, n.º 0, pp. 47-66.

AUGER, P. *et alii. Los Derechos Del Hombre*. México/Buenos Aires : Fondo de Cultura Económica - UNESCO, 1949.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Prisão Civil por Dívida*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.

AZEVEDO JOBIM, Néelson. *As tendências do Poder Judiciário no Brasil e no mundo*. Centro de Estudos Judiciários, Série Cadernos do CEJ, n.º 14, Brasília, 1997.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra : Livraria Almedina, 1994.

BALUTA, José Jairo e CUNHA, J. S. Fagundes. *O Processo Penal à Luz do Pacto de São José da Costa Rica*. Curitiba : Juruá Editora, 1997.

_____. *Questões Controvertidas nos Juizados Especiais*. Curitiba : Juruá Editora, 1997.

BAPTISTA, Francisco de Paula e BARÃO DE RAMALHO. *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo : Saraiva, 1983.

BAPTISTA, José Cláudio. *O Direito como Fenômeno Social: uma análise crítica do dogmatismo jurídico*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da UFPE, Recife, 1981.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *A prática jurídica no domínio da proteção internacional dos direitos do homem (a convenção europeia dos direitos do homem)*. In: *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, pp. 15-63.

_____. *Teoria Geral da Cidadania*. São Paulo : Saraiva, 1995.

BARÃO DE RAMALHO e BAPTISTA, Francisco de Paula. *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo : Saraiva, 1983.

BARBOSA, Ruy. *Obras Completas*. Vols. XI (1962) e XXIII (1896).

_____. *Os Conceitos Modernos do Direito Internacional*. Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1983.

BARCELLONA, Pietro. *O Egoísmo Maduro e a Insensatez do Capital*. São Paulo ; Ícone Editora, 1995. Tradução: Sebastião José Roque.

BARRAINE, R. *L'organisation des nations unies*. Paris : LGDJ, 1946.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade eo Controle da Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília : Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2ª ed., Rio de Janeiro : Renovar, 1997.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformada*. São Paulo : Saraiva, 1996.

BARZA, Eugênicia Cristina Nilsen Ribeiro. *O Processo de Integração Latino-Americana: uma abordagem segundo o Direito Internacional Americano*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da UFPE, Recife, 1993.

BASTOS PÊPE, Albano Marcos. *O Direito na Modernidade: um estudo habermasiano*. *Revista de Direito Alternativo*. São Paulo : Acadêmica, V: II, 1993, pp. 91-5.

BASTOS, Celso Ribeiro e BRITO, Carlos Ayres de. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo : Saraiva, 1982.

BELTRAN, Miguel. *Originalismo e interpretación*. Madrid : Civitas, 1989.

BERVIAN, P. A. e CERVO, A. L. *Metodologia Científica*. São Paulo : McGraw-Hill, 1978.

BESSONE, Darcy. *Direitos Reais*. Capítulo: *Colocação de uma tese e conclusão*. São Paulo : Saraiva, 1988.

BIAGI, Marta C. *A cerca de las relaciones entre la ciencia y la politica*. *Revista Jurídica da UNISUL*. Tubarão, Ano I, n.º 02, pp. 05-12, agos/1996.

BIOCCA, Stella Maris e PROENÇA, Alencar Mello. *A Integração Rumo ao Século XXI*. Pelotas : EDUCAT, 1996.

BIBIÉ, E. *La communauté internationale et ses institutions*. Paris : Sirey, 1949.

BIDART CAMPOS, Germán J. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino. - El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Reforma Constitucional de 1994*. Buenos Aires : Ediar, 1995, Tomo III.

_____. *Ciencia Política y Ciencia del Derecho Constitucional*. Buenos Aires : Ediar, 1982.

_____. *Constitucion y Derechos Humanos*. Buenos Aires : Ediar, 1991.

_____. *El Derecho Constitucional Humanitario*. Buenos Aires : Ediar, 1996.

_____. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdiccional*. Buenos Aires : 1987.

_____. *La jurisdicción internacional prevista por el Pacto de San Jose Costa Rica, viola la Constitución Argentina?* Ed. 1980.

_____. *Lecciones Elementales de Política*. 5ª ed., Buenos Aires : Ediar, 1996.

_____. *Los Derechos del Hombre*. Buenos Aires : Ediar, 1973.

_____. *Teoria Del Estado*. Buenos Aires : Ediar, 1991.

BIDART CAMPOS, Germán J. e HERRENDORF, Daniel. *Princípios de Direitos Humanos y Garantías*. Buenos Aires : Ediar, 1991.

BIGOTTE CHORÃO, Mário. *Temas Fundamentais de Direito*. Coimbra - Portugal : Almedina, 1986.

BITTENCOURT FILHO, J. *Globalização e soberania: notas éticas*. In: *Revista de Direito da UNIVALE*. Governador Valadares, n.º 1, pp. 61-68.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 7ª reimpressão, Rio de Janeiro : Campus, 1992.

_____. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Madrid : CEC, 1981.

_____. *Dicionário de Política*. Brasília : Universidade de Brasília, 1995.

_____. *Estado, Governo, Sociedade. Para uma Teoria Geral da Política*. 6ª ed., Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1987.

_____. *Estudos sobre Hegel*. 2ª ed. São Paulo : Brasiliense, 1991.

_____. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo : Brasiliense, 1988.

_____. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1986.

_____. *Teoria das Formas de Governo*. Brasília : UnB, 1980.

_____. *Teoria General del Derecho*. Bogotá : Themis, 1987.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 7. ed., Brasília : Universidade de Brasília, 1996.

BOBBIO, Norberto e BOVERO, Michelângelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. São Paulo : Brasiliense, 1987.

BOCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. *Direitos Adquiridos no Direito Internacional Público*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1996.

BOGARDUS, E. S. *The development of social thought*. New York : Longman Green, 1960.

BOLETIM INFORMATIVO - Instituto de Pesquisas Jurídicas BONIJURIS, Edição Especial sobre Alienação Fiduciária, n.º 312, Ano IX, 30 de agosto de 1997, n.º 24.

BONUMAR, João. *Direito Processual Civil*. 1946, Vol. III.

BORBA, Andréa de Miranda. *Poder Nacional e Poder Internacional*. In: *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*. Caruaru, n.º 17, pp. 307-311.

BOSON, Gérson de Britto Melo. *Constitucionalização do Direito Internacional*. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. Belo Horizonte : Livraria Bernardo Álvares Editora, 1958.

_____. *Da objetividade e hierarquia dos valores*. Belo Horizonte, 1955.

_____. *Direito Internacional Público: O Estado em Direito das Gentes*

. Belo Horizonte : Del Rey, 1995.

_____. *Filosofia do Direito*. Belo Horizonte : Del Rey, 1993.

_____. *Fundamentos do Direito Internacional*. Belo Horizonte : s/ed, 1957.

_____. *Internacionalização dos Direitos do Homem*. São Paulo : Sugestões Literárias, 1972.

_____. *Monísmo jurídico e soberania*. Belo Horizonte, 1950.

_____. *O homem como sujeito de direito internacional*. Belo Horizonte, 1951.

_____. *Sociedade e direito*. Belo Horizonte, 1953.

BOURQUIN, M. L. *L'humanisation du droit des gens. In: La technique et les principes du droit public*. Paris : LGDJ, 1953.

_____. *The générales du droit de la paix. Recueil des Cours*, n.º 35.

BONAVIDES, Paulo. *O método tópico de interpretação constitucional. In: Revista de Direito Constitucional Ciência e Política*. Rio de Janeiro : Forense, 1983.

BOWETT, D. W. *The law international institutions*. Londres : Stevensons, 1975.

BRANCATO, Ricardo Teixeira. *Instituições de Direito Público e de Direito Privado*. 6ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.

BRITO, Carlos Ayres de e BASTOS, Celso Ribeiro. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo : Saraiva, 1982.

BRUNET, R. *La garantir internationale des droits de l'homme*. Genebra : Ch. Grasset, 1947.

BRYCE, James. *Constituciones Flexibles y Constituciones Rigidas*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*. Madrid : Editorial Tecnos, 1997.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. São Paulo : Max Limonard, 1997.

CAMPINOS, Jorge. *Direito Internacional dos Direitos do Homem*. Coimbra : Coimbra Editora, s/d.

CANARIS, Claus - Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa : Fundação Caloute Gulbenkian, 1996.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O Brasil e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos para o Reexame da Posição do Brasil*,

Parecer CJ/01, de 16.8.85, pp. 1-62, cit. in Ministério das Relações Exteriores, "Relatório-1985", pp. 133-4.

_____. *As aproximações ou convergências entre o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. In: ***Themis - Revista da ESMEC***, Fortaleza, n.º 1, pp. 59-92.

_____. *A evolução do direito internacional humanitário e as posições do Brasil*. In ***Direito Internacional Humanitário***, IPRI.

_____. *A implementação internacional dos Direitos Humanos ao final da década de setenta*. In: ***Revista da Faculdade de Direito UFMG***, Ano XXV, n.º 22 (nova fase), outubro de 1979, pp. 331-384.

_____. *A interpretação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos*. In: ***Arquivos do Ministério da Justiça***. Brasília, v. 46, n.º 182, jul-dez/93, pp. 27-54.

_____. *A proteção internacional dos direitos humanos - fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo : Saraiva, 1991.

_____. *A proteção nacional e internacional dos direitos humanos*. Seminário promovido pelo Fórum Interamericano de Direitos Humanos FIDEH e Centro Santo Dias de Direitos Humanos da Arquidiocese de São Paulo, em dezembro de 1994, Internet.

_____. *Co-existence and Co-ordination of Mechanics of International Protection of Human Rights*. In: ***RCADI***, v. II, 1987.

_____. *Mecanismos jurídicos de proteção internacional dos direitos humanos: balanço e perspectivas*. I Conferência Internacional de Direitos Humanos - Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Brasília, 14-17 de setembro de 1997. (texto impresso)

_____. *O esgotamento dos recursos internos e a evolução da noção de 'vítima' no direito internacional dos Direitos Humanos*. In: ***Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*** (Revista IIDH), v. 3, 1986.

_____. *O esgotamento dos recursos internos no direito internacional*. Brasília : UNB, 1997.

_____. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, Vol. I, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra : Coimbra Editora, 1991.

_____. *Direito Constitucional*. 6ª ed., Coimbra : Almedina, 1996.

_____. *Teoria da Constituição - Parte V - Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra : Almedina, 1997.

CAPPELLER, Wanda. *Reflexões sobre o pós-modernismo em um país tropical*. In: *Cadernos de Pós-Graduação*, Rio de Janeiro, UERJ, n.º 2, pp. 67-84, abr/1996, Ano I.

CAPPELETTI, Mauro. *La Justicia Constitucional como jurisdicción para la defensa de la libertad*.

CÁRCOMO LOBO, Maria Teresa. *Tribunal de Justiça das Comunidades Européias: definição do papel do Juiz nacional para a defesa das liberdades*. In *Verbis*, Ano 2, n.º 8, agosto de 1977, pp. 08-10.

CÁRCOVA, Carlos María. *Teorias jurídicas alternativas; escritos sobre Derecho y Política*. Buenos Aires : Centro Editor de América Latina, 1993.

CARRILO SALCEDO, J. A. *Soberanía del estado y derecho internacional*. Madrid : Tecnos, 1976.

CARRION, Eduardo K. M. *A Revolução Francesa e a declaração dos direitos*. *Revista de Informação Legislativa*, Ano 27, n.º 106 - Brasília, pp. 249-258.

CARVALHO BENEDITO, Ademir de. Apel. n.º 515.807/2, 1º TAC-SP.

CARVALHO, Afrânio de. *O futuro Código Civil*. *Revista de Direito Civil*, ed. Revista dos Tribunais : SP, n.º 34, pp. 8-28.

- CARVALHO, Cid. *Lições de Direitos Humanos*. Belo Horizonte : edição do autor, 1979.
- CARVALHO, Júlio Marino de. *Os Direitos Humanos no Tempo e no Espaço*. Brasília : Brasília Jurídica, 1998.
- CARVALHO, Luiz Airton. *Princípios constitucionais da segurança jurídica no estado democrático de direito*. In: *Revista AMB*. Brasília, n.º 03, pp. 7-23, nov/dez 1997.
- CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro de. *Democracia e Acesso à Justiça*. Seminários Friedrich Naumann/IUPERJ - Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 5.
- CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. *Hermenêutica Constitucional*. Florianópolis : Obra Jurídica, 1997.
- CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica - seu sentido e limites*. Nota prévia. In: *Para uma teoria geral da relação jurídica civil*. V. 1. 2. Ed. Coimbra : Centelha, 1981.
- CASSIN, R. *La Declaration universelle de la mise em oeuvre des droits de l'homme, RCADI*, 1951.
- _____. *L'homme sujet de droit international et la protection des Droits de l'Homme dans la société internationale*. In: *La technique et les principes du droit public*. Paris : LGDJ, 1980.
- CASSIRER, E. *The myth of state*. New Haven : Yale University Press, 1946.
- CASTILLO, Antonio Lopez. *Constitución e Integración*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- CASTRO MEIRA, José de. *Globalização e Direito*. Internet.
- CAVALCANTI NETTO, João Uchôa. *O Direito, um mito*. Rio de Janeiro : Editora Rio, 1977.
- CAVARÉ, L. *Le droit international public positif*. Paris : A. Pedone, 1951.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Prisão Civil*. *Revista Jurídica*. Porto Alegre : Síntese, n.º 219, pp. 41 e segs.

CERVO, A. L. e BERVIAN, P. A. *Metodologia Científica*. São Paulo : McGraw-Hill do Brasil, 1978.

CHIARLONI, Sergio. *Misure Coercitive e Tutela dei Diritti*. Milano : Dott. A. Giuffrè Editore, 1980.

CHRISTIANOS, Vassili. *Corte de Justiça das Comunidades Européias: garantia de justiça, paz e liberdade aos povos da Europa. In Verbis*. Rio de Janeiro, n.º 8, agos/1977, pp. 08-10, Ano 2.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Contribuições Previdenciárias, não-recolhimento. Art. 95, 'c', da Lei n.º 8.271. Inconstitucionalidade. RT/Fasc. Penal*, Ano 86, v. 736, fev. 1997, pp. 503/532.

_____. *O cidadão, a administração pública e a nova Constituição. In: Revista de Informação Legislativa*, Ano 27, n.º 106 - Brasília, pp. 81-98.

_____. *Poder Judiciário : autonomia e Justiça. In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n.º 117, pp. 293-308.

_____. *O Direito e os Direitos*. São Paulo : Acadêmica, 1988.

_____. *Proteção Internacional dos Direitos do Homem nos Sistemas Regionais Americano e Europeu*. São Paulo : Acadêmica, 1993.

_____. *Os Direitos do Homem. In: Temas de Direitos Constitucional*. São Paulo : Editora Acadêmica, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1997.

_____. *Constituição: Conceito, Objeto e Elementos. In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.º 116, pp. 5-20, out/dez 1992.

COELHO, Luiz Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. Rio de Janeiro : Forense, 1981.

CONDORELLI, L. L. BOISSON DE CHAZOURNES. *Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire en 'toutes circonstances'*. In *Studies in honour of J. Picetet*.

CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA. Buenos Aires : Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

CONSTITUIÇÃO 1988 - Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília : Centro de Documentação e Informação, 1997.

CONSTITUCION DE LA NACIONAL ARGENTINA. Buenos Aires : Ediciones Ciudad Argentina, 1998.

CORACINI, Maria José. *Um fazer persuasivo*. São Paulo : Pontes / EDUC, 1991.

CORRÊA, Alayde Teixeira. *A hermenêutica jurídica e a aplicação da norma*. In: *Cadernos da Pós-Graduação em Direito da UFPA*, Belém, n.º 5, pp. 103-117. Out/dez 1997.

CORREAS, Oscar. *Los Derechos Humanos Subversivos*. In: *Revista de Direito Alternativo*. São Paulo : Acadêmica, V. 2, pp. 9-17, 1993.

_____. *Introdução à Sociologia Jurídica*. Porto Alegre : Crítica Jurídica, 1996.

_____. *Kelsen y los Marxistas*. Mexico : Ediciones Coyocán, 1994.

_____. *La voluntad jurídica*. In: *Introducción à la critica del derecho moderno*. 2. ed., Puebla : Universidade Autônoma de Puebla, 1986.

COSTA, Cezar Augusto Rodrigues. *Da prisão civil por dívida*. In: *Cidadania e Justiça*. Brasília, n.º 4, pp. 196-207, 1º semestre/1998, Ano 2.

COSTA, Cláudio Santa Cruz. *O Direito da Nova Ordem Econômica*. João Pessoa : Editora Teone, 1955.

COSTA, Dilvanir José da. *O direito civil como essência do direito*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 27, n.º 106, abr.-jun.1990. pp. 221-226.

COSTA, Eloias Ferreira da. ***O Conceito de Direito***. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da UFPE, Recife, 1977.

COSTA, Fernando Corrêa. *Da prisão civil na alienação fiduciária*. In: ***Revista Jurídica***. Porto Alegre : Editora Síntese, nº 214, pág. 26.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. ***O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro***. *Revista AJURIS*, da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, v. 14, nº 40, jul./87, pp. 128-149.

COVELLO, Sergio Carlos. ***A obrigação natural***. São Paulo : LEUD, 1996.

CRETELLA JR. José. ***Comentários à Constituição de 1988***. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1992.

CUNHA FERRAZ, Anna Cândida, Ada PELLEGRINI GRINOVER e Manoel GONÇALVES FERREIRA FILHO. ***Liberdades Pública***. São Paulo : Saraiva, 1978.

CUNHA, J. S. Fagundes. *Direitos Humanos e Direito da Integração*. In: ***Mercosul no Cenário Internacional - Direito e Sociedade***. Curitiba : JURUÁ Editora, 1998, Vol. II, pp. 409-429.

_____. *A aplicação do art. 366 do Código de Processo Penal e o Pacto de São José da Costa Rica - Decreto n.º 678/92*. In: ***Revista Brasileira de Ciências Criminais***. São Paulo, n.º 21, jan/mar 1998, Ano 6.

_____. ***Direitos Humanos e Políticas Públicas - Convenção Americana sobre Direitos do Homem***. Curitiba : Caderno Universitário de Pesquisa de Doutrina e de Jurisprudência da UEPG, trabalho elaborado como atividade discente do Curso de Doutorado da UFPR para o CONPED, Rio de Janeiro, Primavera de 1997.

CUNHA, J. S. Fagundes e José Jairo BALUTA. ***O Processo Penal à Luz do Pacto de São José da Costa Rica***. Curitiba : Juruá Editora, 1997.

_____. ***Questões Controvertidas nos Juizados Especiais***. Curitiba : Juruá Editora, 1997.

DALLARI, Pedro Bohomoletz Abreu. *Normas Internacionais de Direitos Humanos e Jurisdição Nacional*. Conferência proferida no Seminário **Incorporação dos Tratados Internacionais de proteção aos Direitos Humanos no Direito Brasileiro**, promovido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em 21.08.1996. Internet.

DANTAS, Ivo. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro : Lumen, 1995.

DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. *El uso alternatico del Derecho por Bartolomé de las Casas*. México : Universidad Autónoma de Aguascalientes, 1991.

DEHOUSSE, J. M. *Les Organisations internationales*. Liège, 1968.

DEKEUWER-DEFOSSEZ, Françoise. *Reflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil* n° 2. abr.-jun. 1995, a. 94, pp. 249-270.

DEL VECCHIO, G. *Crisis del derecho y crisis del Estado*. Trad. de M. Castano. Madrid, 1935.

DELBEZ, L. *Manuel de droit international public*. Paris : LGDJ, 1951.

DELGADO, José Augusto. *Leasing - Doutrina e Jurisprudência*. Curitiba : Juruá, 1997.

DELGADO, Luís. *Dois sistemas: a ordem jurídica positiva e o direito constitucional*. Recife : ed/autor, 1933.

DIAS, Ângela Maria. *A nova retórica, o declínio da palavra e a manipulação do saber*. Texto impresso fornecido pela Profª. Dra. Maria dos Remédios, Coordenadora do Curso de Pós-Graduação da UFRN.

DIAS CINTRA JR., Dyrceu Aguiar. *O Judiciário e os Tratados Internacionais sobre os Direitos Humanos*. Conferência proferida no Seminário **Incorporação dos Tratados Internacionais de proteção aos Direitos Humanos no Direito Brasileiro**, promovido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em 22.08.1996. Internet.

DILTHEY, W. *El mundo historico*. Trad. de E. Imaz. Mexico: Fondo de Cultura Económico, 1944.

DIMENSIONS INTERNACIONALES DU DROIT HUMANITAIRE. Paris : Pédone - Institut Henry-Dunant - Unesco, 1986.

DINIZ, Arthur José Almeida. *Reflexões sobre a nova ordem mundial*. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*. Belo Horizonte, n.º 34, pp. 145-157, V. 34.

_____. *Neoliberalismo, Globalização e a Divisão do Mundo entre Pobres e Ricos*. Texto impresso recebido das mãos da Prof^ª. Maria dos Remédios Fontes Silva, Coordenadora de Pós-Graduação da UFRN.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e Seus Efeitos*. São Paulo : Saraiva, 1989.

_____. *A Ciência Jurídica*. São Paulo : Saraiva, 1995.

_____. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo : Saraiva, 1988.

_____. *Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985.

DIÓGENES, Nestor. *Da Aplicação, Interpretação e Integração da Lei*. Recife, ed/autor, 1939.

DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO. Coleção Relações Internacionais, n.º 6. Brasília, IPRI, 1989.

DORSEY, Gray L. *Indole de nuestro orden civil democrático*. In: *La Libertad Constitucional y el Derecho*. México : Editorial Limusa-Wiley, 1967.

DOTTI, René Ariel. *A ausência do acusado e a suspensão do processo*. In: *Revista dos Tribunais*. V. 400, pp. 401-3.

DUPUY, R. J. *Le droit des relations entre les organisations internationales*, in *RCADI*, t. 100, v. II.

EL-KOUHÈNE, M. *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droit de l'homme*. Derodrecht-Boston-Lancaster : Nijhoff, 1985.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A prejudicialidade de direito comunitário nos tribunais supranacionais*. In: **AJURIS**. Porto Alegre, pp. 16-75.

FACHIN, Luiz Edson. *Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil*. *Revista Jurisprudência Brasileira*, nº 172, Curitiba : Juruá Editora, 1994 pp. 45-50.

_____. *O "aggionamento" do Direito Civil brasileiro e a confiança negocial*. In: **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.

_____. *Em busca de novas mandrágoras? Estudos Jurídicos*. Curitiba, V. IV, n.º 01, pp. 89-94, ago/1997.

_____. *Novo conceito de ato e negócio jurídico: conseqüências práticas*. Capítulo: *Os limites e a supremacia dos interesses sociais*. Curitiba : EDUCA e Scientia et Labor, 1988.

_____. *Um acórdão de acordo com Viehweg (um caso concreto sob a tópica)*. In: **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**. 19 (1m2), 1990, pp. 183-193.

FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito*. 2ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *O judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da Justiça brasileira*. In: **ADV - Seleções Jurídicas**, São Paulo : Seleções Jurídicas, pp. 5-12, jan/1994.

FARIA, Werter. *Harmonização Legislativa no Mercosul*. Conferência proferida em Ponta Grossa- Paraná, em 17.10.1997.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. Rio de Janeiro : Max Limonard, 1986.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo : Atlas, 1980 pp. 9-39.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo : Atlas, 1991.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. 2ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1986.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio, DINIZ, Maria Helena e GEORGAKILAS, Ritinha A. Stevenson. *Constituição de 1988 - Legitimidade, Vigência e Eficácia - Supremacia*. São Paulo : Atlas, 1989.

FERRAZ, Sérgio. *Tutela Internacional dos Direitos Humanos*. In: *RDP*, 45 (46). pp. 30-6.

FERREIRA, Erinalva Medeiros. *La ciudadanía y la identidad de los sujetos en la modernidad oculta*. In: *Seqüência*. Florianópolis, n.º 17, pp. 20-41, dez/1996.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. *Pesquisa em Direito e Redação de Monografia Jurídica*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

FIGUEIREDO, Arlindo. *A Internacionalização das Lei do Trabalho*. Recife : Diário da Manhã, 1937.

FIGUEROA PLA, Y. *Manual de los organismos internacionales*. Santiago do Chile : Andrés Bello, 1989.

FINATI, Mauro André Mendes. *A difícil implementação do direito do consumidor e prognósticos*. In: *Direito do Consumidor*. n.º 20, pp. 127-141, out/dez 1996.

FIX ZAMUDIO, H. *La Protección Judicial de los Derechos Humanos em Latinoamérica y en el Sistema Interamericano*, in *Reviste IIDH*, n.º 08, julho-dezembro, 1968.

FLORENCIO, Sérgio Abreu e Lima. *Mercosul e Intercâmbio Brasil-Argentina: explosão comercial ou crescimento sustentado? Alguns elementos para reflexão*. In: *Boletim de Integração Latino-Americana*. Brasília, n.º 12, pp. 1-6, jan/mar 1994.

FOUCAULT, Michel. *Soberania e Disciplina*. In: *Microfísica do Poder*, Rob.Machado org. Rio de Janeiro : Graal, 1984, pp.179-190.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Aspectos linguísticos da comunicação / Informação no Mercosul*. In: *Revista Jurídica da UEPG*, Ponta Grossa, n.º 2, pp. 317-328, Ano I.

_____. *Aspectos problemáticos na utilização da arbitragem privada na solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. In: Arbitragem.* Rio de Janeiro, no prelo, em colaboração com Martha Olivar.

_____. *A circulação de modelos jurídicos europeus na América Latina: um entrave à integração econômica no Cone Sul? In: Revista dos Tribunais.* Fasc. Civ., Ano 86, v. 736, vef. 1997, pp 20-39.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno.* Rio de Janeiro : Forense, 1998.

FRANCESCHINI, José Inácio G. *Conflito entre os tratados internacionais e as normas de direito interno que lhes forem posteriores. Revista dos Tribunais,* V. 556, fevereiro de 1982, pp. 28-34.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Reflexões sobre o Direito Internacional Político.* Curitiba : Imprensa da Universidade do Paraná, 1963.

FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. *As Organizações não Governamentais e a Defesa dos Direitos Humanos no Brasil.* Dissertação apresentada à Faculdade de Direito do Recife para obtenção do Grau de Mestre, 1988.

FREITAS, Vidal de. *Direito sem Ação.* Recife : Typ. Diário da Manhã, 1940.

FRIEDMANN, Wolfgang. *Mudança da Estrutura do Direito Internacional.* Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos, 1971. Trad. A. S. Araújo.

FRIES, Heinrich. *Los Derechos Humanos en los Pactos de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. In: UNIVERSITAS - Revista Trimestral Alemana de Letras, Ciencias y Arte.* Stuttgart : Laupp & Gôbel, Tubinga, n.º 3, pp. 165-172, mar/1990, Vol. XXVII.

FRIGNANI, Aldo. *L'Injunction Nella Common Law e L'Inibitoria nel Diritto Italiano.* Milano : Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.

FURTADO FABRÍCIO, Adroaldo. *A prejudicialidade de direito comunitário nos tribunais supranacionais. Revista da AJURIS,* Vol. 182, pp. 16-75.

GANDOLFI, A. *Institutions internationales.* Paris : Masson, 1971.

GAVIÃO DE ALMEIDA, José Raul. *Prisão civil em contrato de alienação fiduciária*. RT, v. 563.

GÉLARD, Patrice. *As Transformações do Direito Constitucional na Sociedade Contemporânea*. In: *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas*. São Paulo, n.º 15, pp. 35-46, jan/jun 1996.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 2ª ed., Madrid : Alianza, 1997.

GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra - Portugal, 1996.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. Capítulo I - *Sentido das transformações*. 2. ed. São Paulo : Ed. RT, 1980.

_____. *Alienação fiduciária em garantia*. 2. ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1971.

_____. *Uma introdução à temática do contrato*. Capítulo VI, 2. ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *Sinais novos da crise do direito*. In: *Escritos Menores*. São Paulo : Saraiva, 1981.

GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo : Saraiva, 1993.

_____. Anna Cândida Cunha FERRAZ e Ada Pellegrini GRINOVER. *Liberdades Públicas*. São Paulo : Saraiva, 1978.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Interpretação e Aplicação do Direito*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da UFPE, Recife, 1994.

GOZAÍNI, Osvaldo A. *Introducción al nuevo Derecho Procesal*. Buenos Aires - Argentina : EDIAR, 1988.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1981, pp. 112-133.

_____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3ª ed., São Paulo : Malheiros, 1997.

GREBER, Eduardo. *O Mercosul institucional e a solução de controvérsias*. In: **Boletim de Integração Latino-Americana**. Brasília, n.º 12, pp. 45-65, jan/mar 1994.

GRECO FILHO, Vicente. *Os direitos individuais e o processo judicial*. São Paulo : Atlas, 1977.

GREGORI, José. *O Programa Nacional dos Direitos Humanos*. Conferência promovida no Seminário **Incorporação dos Tratados Internacionais de proteção aos Direitos Humanos no Direito Brasileiro**, promovido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Internet.

GROS ESPIELL, Hector. *Relações do Direito Internacional Humanitário com outros Sistemas Internacionais de Proteção à Pessoa Humana*, in *Direito Internacional Humanitário*, vários autores, Brasília : IPRI, 1989 (Coleção Relações Internacionais, n.º 6).

_____. *Derechos Humanos, derecho humanitario etc*. In: *Studies in honour of Jean Pictet*.

_____. *Normas Vigentes en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. Montevidéo : Fundación de Cultura Universitaria, 1988.

_____. *Los tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho interno*. Conferência proferida em Ponta Grossa - Estado do Paraná, em 29.05.98.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos Subjetivos. Direitos Humanos e Jurisprudência dos Interesses (Relacionados como Pensamento Tardio de Rudolph von Jhering)*. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília : 47 (183). pp. 135-158, jan./jun. 1994.

GUÉTZEVITCH, B. M. *Droit constitutionnel international*. Paris : Recueil Sirey, 1953.

_____. *L'ONU et la doctrine moderne des droits de l'homme*. Paris : Recueil Sirey, 1953.

_____. *Les tendances internationales des nouvelles constitutions*. Paris : ^a Pedone, 1948.

HABEAS CORPUS n.º 74.490-7 - STF - MG.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição - Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1997. Trad. Gilmar Ferreira Mendes.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública; investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro :Tempo Brasileiro, 1984.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1997. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler.

_____. *Facticidad y validexz: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoria del discurso*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*. Mexico : Editora Nacional, 1961.

HAYEK, Friedrich A. *Direito legislação e liberdade - Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política - A Miragem da Justiça Social*. São Paulo : Visão, 1985. Trad. Maria Luíza X. de A. Borges.

HEGEL, G. W. F. *La raison dans l'histoire*. Trad. de Costas Papaioannou. Paris : Plon, 1965.

HERKENHOFF, João Batista. *Direitos Humanos - A Construção Universal de uma Utopia*. Aparecida : Editora Santuário, s/d.

_____. *Como aplicar o direito*. 2ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1986.

_____. *Direito e Utopia*. São Paulo : Acadêmica, 1990.

HERRENDORF, Daniel E. e German J. BIDART CAMPOS. *Principios de Derechos Humanos y Garantías*. Buenos Aires - EDIAR, 1991.

HERRERA FLORES, Joaquín. *Crisis de la ideología o ideología de la crisis? Respuestas neoconservadoras*. *Revista Crítica Jurídica*, 13, 1993, pp. 123-143, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1991.

HITTERS, Juan Carlos. *La Justicia Transnacional. In: Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del Mercosur*. Montevidéo : Fundación de Cultura Universitaria, 1997.

_____. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Buenos Aires : Ediar, 1991. Vols. I e II.

HORKHEIMER, Max. *Teoria crítica: uma documentação*. Ensaio: *Autoridade e família*. São Paulo : Perspectiva e Ed. da USP, 1990.

HUBBARD, L. Ronald. *Dianética*. 4ª ed., Rio de Janeiro : Nova Era, 1997.

HIGO, Victor. *O último dia de um condenado à morte*. Rio de Janeiro : NCB, 1993.

HYNES, Luísa Maria. *La operatividad de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos*. In *Revista de Derecho Público*, n.º 2, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1987.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. 4ª ed., Rio de Janeiro : Editora Rio, 1983.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Guía sobre Aplicación del Derecho Internacional en la Jurisdicción Interna*. San José : IIDH, 1996.

JACOBINA RABELLO, José Geraldo de. *Alienação Fiduciária em Garantia e Prisão Civil do Devedor*. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1987.

JAPUR, José. *Sugestões e questões constitucionais*. Porto Alegre : Editora Atrium, 1985.

JELLIÑEK, G. *Teoría general del Estado*. Trad. de Fernando de los Rios. Madrid, 1914.

JSSUP, Philip C. *Direito Transnacional*. Lisboa : Fundo de Cultura, 1956.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. São Paulo : Cone Editora, 193.

KAPLAN, Morton A. e KATZENBACH, Morton A. *Fundamentos Políticos del Derecho Internacional*. Mexico : Editorial Limusa-Wiley, 1965.

KATZENBACH, Morton A. e KAPLAN, Morton A. *Fundamentos Políticos del Derecho Internacional*. Mexico : Editorial Limusa-Wiley, 1965.

KAUFMANN, Felix. *Metodologia das Ciências Sociais*. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1977.

KELSEN, H. *Das Problem der Souveranitat und die Theorie des Voelkerrechts. Allgemeine Staatslehre*.

KÖCHE, José Carlos. *Fundamentos de Metodologia Científica*. 12ª ed., Rio de Janeiro : Vozes/EDUC/EST, s/d.

LA PRADELLE, A. *Maitres et doctrines du droit des gens*. Paris : Les Editions Internationales, 1950.

LABRANO, Roberto Ruiz. *A Supranacionalidade e o Direito Comunitário*. Conferência proferida em Ponta Grossa - Paraná, em 16.10.97.

LAGASTRA NETO, Caetano. *Mercosul e integração legislativa: o papel da magistratura perante a justiça social*. In *Revista dos Tribunais*, V.

LAKATOS, Eva Maria e MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia do Trabalho Científico*. 4ª ed., São Paulo : Atlas, 1995.

LAMPREIA, Luiz Felipe. *Direitos Humanos: aspectos diplomáticos da política de direitos humanos no Governo brasileiro*. Conferência proferida à Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, Brasília, 20 de julho de 1995.

LANDONI SOSA, Angel. *Curso de Derecho Procesal Internacional*. Montevidéo : Fundação de Cultura Universitária, 1997.

LARMEROUX, J. *Los estados unidos del mundo*. Trad. de A. Arroyo. Valencia : Fondo de Cultura Económico, 1952.

LAUTERPACHT, H. *International law and human rights*. New York : Frederick A. Praeger, 1955.

LEAL, Aureliano. *Teoria e Prática da Constituição Federal*, 1926, I.

LEDERMANN, L. *Fédération internationale*. Neuchatel : Baconnière 1950.

LEFORT, Claude. *Direitos do Homem e Política. A Intervenção Democrática*. São Paulo : Brasiliense, 1983.

LEITE DE CAMPOS, Diogo. *Os cidadãos e o estado de direito democrático e social*. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, V. 34, n.º 34, pp. 229-239.

L'ENSEIGNEMENT DES DROITS DE L'HOMME. Travaux du Congrès international sur l'enseignement des droits de l'homme, Vienne, 12-16 Septembre 1978, UNESCO, Paris, 1980.

LEWANDOSKI, Enrique Ricardo. *O Direito Comunitário*. Conferência proferida em Ponta Grossa - Paraná, em 16.10.97.

LEWIN, Willy Diniz. *Da Ordem Internacional*. Tese apresentada a concurso de livre docência da cadeira de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito do Recife, 1934.

LIDGREN ALVES, J. S. *Os direitos humanos como tema global*. Brasília : Perspectiva, 1994.

LIMA, Alceu Amoroso. *Os Direitos do Homem e o Homem sem Direitos*. Rio de Janeiro : Livraria Francisco Alves Editora, s/d.

LIMA MARQUES, Cláudia. *Cem Anos de Código Civil Alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916*. *RT/Fasc. Civ.* Ano 86, v. 741, jul. 1997, pp. 11-37.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.

LIMONGI FRANÇA, R. *La unificación del derecho obligacional y contractual latinoamericano*. - edição trilingue - São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976.

LITRENTO, Oliveiros. *Direito internacional público em textos*. Rio de Janeiro : Forense, 1985.

_____. *A ordem internacional contemporânea. Um estudo da soberania em mudança*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LLOYD, Dennis. *A Idéia de Lei*. São Paulo : Martins Fontes, 1985.

LOBO, Maria Teresa Cárcamo. *A ordem jurídica comunitária - o juiz nacional e o sistema de reenvio*. In *Verbis*. Rio de Janeiro, nº 8, jun/agos 1997, pp. 12-14, Ano 2.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona : Ediciones Ariel, 1964.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos humanos, pobreza e globalização*. In: *Revista AMB*, n.º 2, ago/set 1997, Ano I.

LORENZETTI, Ricardo. *La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al Derecho del Mercosur*. N.º 21, pp. 9-31.

LOS MOZOS, José Luis. *El principio de la buena fe*. Capítulos 3, 4 e 5. Barcelona : Bosch Editorial, s/d.

LOURES, José Costa. *O Poder Judiciário na nova Constituição*. In: *Atualidades Jurídicas*. Belo Horizonte : Del Rey, 1992, pp. 101-135.

LUCAS SOSA, Gualberto. *Un enfoque de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: *Curso de Derecho Procesal Internacional y comunitario del Mercosur*. Montevideu : Fundacion de Cultura Universitaria, 1997.

LYRA FILHO, Roberto. *Karl, meu amigo: Diálogo com Marx sobre o direito*. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1983.

_____. *Direito do Capital e Direito do Trabalho*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1982.

MACEDO, Silvio de. *Curso de Lógica Jurídica*. Rio de Janeiro : Forense, 1984.

_____. *Curso de Axiologia Jurídica*. Rio de Janeiro : Forense, 1986.

MACHADO HORTA, R. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995.

MADUREIRA, João Miguel e Isabel M. MARTINS. *Sistema de Proteção instituído pela Convenção Européia de Direitos Humanos*. Internet.

MAGALHÃES, Agamenon. *O Estado e a Realidade Contemporânea*. Recife : Oficinas Graphics do Diário da Manhã, 1932.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos Humanos na Ordem Jurídica Interna*. Belo Horizonte : Interlivros de Minas Gerais, 1992.

MALHEIROS, Antônio Carlos. *Prisão Civil e Tratados Internacionais*. Conferência proferida no Seminário **Incorporação dos Tratados Internacionais de proteção aos Direitos Humanos no Direito Brasileiro**, promovido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em 22.08.1996. Internet.

_____. *Declaração de voto vencedor*. Agr. de Instr. N.º 672.264/5 - São José do Rio Pardo - 1º TAC - SP.

MANDELSTAM, A. *La protection internationale des droits de l'homme*. *Recueil des Cours*, n. 38.

MANGONE, G. J. *A short history of international organization*. New York : McGraw-Hill, 1954.

MARCHELLO G. *Il problema dell'unità sociale e il diritto*. Milano : Bocca, 1946.

MARCONI, Marina de Andrade e LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia do Trabalho Científico*. 4ª ed., São Paulo : Atlas, 1995.

MARINHO, Francisco Luiz Pitta. *Ciência do Direito. Aspectos Históricos e Epistemológicos*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da UFPE, 1980.

MARINHO, Ilmar Penna. *Nova Tendência do Direito Internacional: Garantia Supra-estatal para os Direitos Humanos*. Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos, 1958.

MARIȚAIN, Jacques. *El hombre y el Estado*. Trad. de M. Gurrea. Buenos Aires : Kraft, 1952.

_____. *Los Derechos Del Hombre y la ley natural*. Trad. de Alfredo Weiss y Héctor F. Mibi, Buenos Aires : Nueva Buenos Aires, 1943.

_____. *Les Droits de l'Homme et la Loi Naturelle*. New York : Éditions de La Maison Française, 1942.

_____. *Os Direitos do Homem*. Trad. de ^a Coutinho. Rio de Janeiro : José Olympio, 1947.

_____. *Pour une philosophie de l'histoire*. Paris : Seuil, 1957.

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Derecho y Derecho Fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

MARTINS, Isabel M. e João Miguel MADUREIRA. *Sistema de Proteção instituído pela Convenção Européia de Direitos Humanos*. Internet.

MATHIEU, J. L. *La communauté européenne: marché ou État*. Paris : Natan, 1990.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição*. 1929, n.º 77.

_____. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 13ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1993.

MEDINA GUERREIRO, Manuel. *La Vinculación Negativa del Legislador a los Derechos Fundamentales*. Madrid : McGraw-Hill, 1996.

MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. *Marx e o Direito Civil- para a crítica histórica do paradigma civilístico*. Dissertação. Curso de Pós-Graduação em Ciências Jurídico-Filosóficas da Universidade de Coimbra. Coimbra, 1990.

MELO, Francisco das Chagas. *Instituições de Direito Público e Privado*. 2ª ed., São Paulo : Atlas, 1973.

MELLO ALBUQUERQUE, C. D. de. *Direito Internacional Público*. 8ª ed., 2 vs., Rio de Janeiro : Freitas Bastos.

MELO, J. T. Almeida. *Direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.

MENDES MANDELLI JR., Roberto e Victor Hugo ALBERNAZ JR. *Reconhecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil*. Internet.

MENDONÇA, Carvalho. *O Estado Internacional*. Recife : ed/autor, 1923.

MESQUITA NETO, Paulo de. *Programa nacional de direitos humanos*. In: *Revista CEJ*. Brasília, n.º 1, pp. 82-91, Ano 1.

MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. *Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines: rapport général de synthèse*. In: *Journées d'études juridiques Jean Dabin*, 8. Annales. Bruxelles : E. Bruylant, 1978. pp. 685-751.

MIAILLE, Michel. *O sujeito de direito. In: Introdução Crítica ao Direito*. 2. Ed. Lisboa : Editorial Estampa, 1989.

_____. *Introdução Crítica ao Direito*. 2ª ed., Lisboa : Editorial Estampa, 1994.

MIRANDA, Jorge. *A Declaração Universal e os Pactos Internacionais de Direito do Homem*. Lisboa : Livr. Petrony, 1977.

MIRANDA, Nilmário. *Direitos Humanos, Soberania e Desafios da Nacionalidade para o Terceiro Milenio*. Internet.

MIRKINE-GUETZEVITCH, B. *Derecho Constitucional Internacional*. Madrid : Editorial Revista de Derecho Privado, 1936.

MONROY CABRA. *Aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Orden Jurídico Interno*. In *Derechos Humanos en las Américas a la Memoria de Carlos ^a Dunshee de Abranches*. Washington D. C. : OEA, 1984.

MONTORO, André Franco. *Dados preliminares de lógica jurídica*. São Paulo : PUC, 1990.

_____. *Interação da América Latina em um mundo multipolar*. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.º 128, pp. 4-14, Ano 32.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da Alienação Fiduciária em Garantia*. 2. ed., Rio : Forense, 1979.

MOREIRA, Vidal e CANOTILHO, J. J. Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra : Coimbra Editora, 1991.

MOSLER, G. *The international society as a legal community*. *Recueil des Cours*, n. 140.

MOURA STEUDEUL, Adelângela de Arruda. *Interpretação constitucional: sistema e problema*. *Revista Jurídica da UEPG*, Ano 1, n. 1, pp. 167-199.

MÜLLER, Friedrich. *Direito. Linguagem. Violência*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1995.

MUNCH, F. *Kultur und Recht*. 1934.

NADER, Laura. *La Civilización y sus negociadores - La Armonia como Técnica de Pacificación*. In: *Lições Alternativas de Direito Processual*. São Paulo : Acadêmica, 1995.

NAHLIK, S. E. *Le problème de sanctions en droit international humanitaire*, in *Studies in honour of Jean Pectet*.

_____. *Compendio de Derecho Internacional Himanitario*. Separata da RICR, 1984.

NEVES, Francisco das. *A validade normativa e a teoria de Bobbio*. In: *Cadernos de Pós-Graduação*, Rio de Janeiro, UERJ, n.º 2, pp. 175-188, abr/1996, Ano I.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *O Direito Positivo Enquanto Subsistema Social*. In: *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*. Caruaru, n.º 16, pp. 295-355.

NETO LÔBO, Paulo Luiz. *Contrato e Mudança Social*. *Revista dos Tribunais* nº 722, dezembro de 1995, pp. 40-45.

_____. *Do contrato no estado social*. Capítulos II e III. Maceió : Edufal, 1983.

NOGUEIRA, Jorge Fontoura. *A Experiência Integracionista Européia e as Perspectivas para o Mercosul*. Conferência proferida em Ponta Grossa - Paraná, em 17.10.1997.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Alguns aspectos da alienação fiduciária - admissibilidade da prisão na alienação fiduciária*. In: *Questões cíveis controvertidas*. São Paulo : Sugestões Literárias, 1975.

NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. Capítulo 2. São Paulo : Saraiva, 1994.

_____. *Direito e Sistemas Sociais*. Florianópolis : UFSC, 1988.

OLIVEIRA BARACHO, *Teoria Geral da Cidadania - A plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo : Saraiva, 1995.

OPINIÃO CONSULTIVA DE 24.09.1982. Corte Interamericana de Justiça.

ORWELL, George. *A revolução dos bichos*. 25ª ed., Rio de Janeiro : Editora Globo, 1962.

OTTONE, Ernesto. *La exclusion social en los tiempos de la globalización*. Texto impresso recebido da Profª. Maria dos Remédios Fontes Silva, Coordenadora de Pós-Graduação da UFRN.

PADRIAC, R. *L'égalité des États et l'organisation internationale*. Paris : LGDJ, 1953.

PASOLD, César Luiz. *A função social do estado contemporâneo e o Poder Judiciário*. In: *Revista da ESMESC*, Florianópolis, n.º 2, pp. 33-40.

PATTARDO, Enrico. *Filosofia del Derecho. Derecho. Ciencia Jurídica*. Madrid : Reus, 1980.

PEGORARO, Olinto A. *Ética é Justiça*. Pretópolis : Vozes, 1995.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada, Anna Cândida CUNHA FERRAZ e Manoel GONÇALVES FERREIRA FILHO. *Liberdades Pública*. São Paulo : Saraiva, 1978.

PEREIRA DA SILVA, Alzira. *A função da parte geral no sistema do Código Civil*. *Revista de Direito Civil* n.º 16, ed. Revista dos Tribunais : São Paulo pp. 53-60.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V. III. Capítulo XLIV - *Extinção dos contratos*. RJ : Forense, 1990.

PEREIRA, Josecleto Costa de Almeida. *Mercosul e os Direitos Sociais*. In: *Alter Agora - Revista do Curso de Direito da UFSC*. Florianópolis. n.º 1, pp. 87-91, mai/1994.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional*. São Paulo : Renovar, s/d.

PERROT, Michelle (Org). *História da vida privada*. São Paulo : Companhia das Letras, 1991. v. 4.

PICTET, J. *Desarrollo y principios del Derecho Internacional Humanitario*. Genebra : Institut Henry-Dunant, 1986.

PIMENTEL, Luiz Otávio. *Processo de mundialização e produção das normas jurídicas para o comércio: o caso da propriedade industrial*. In: *Revista Jurídica da UEPG*, Ponta Grossa, n.º 2, pp. 257-286, Ano I.

_____. *Direito Industrial*. São Paulo : Acadêmica, 1994.

_____. *Cenário Intrernacional, Direito e Sociedade no Processo de Mundialização*. In: *MERCOSUL no Cenário Internacional: Direito e Sociedade*. Curitiba : Juruá, 1998, V. II.

PIMENTEL, Silvia DI GIORGI. Beatriz PIOVESAN, Flávia. *A figura/personagem mulher em processos de família*. Porto Alegre : Sergio A. Fabris,1993.

PINARD, Gustavo E. *Los Derechos Humanos en las Constituciones del Mercosur*. Buenos Aires : Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

PINTO DE ALMEIDA, Elizabeth Accioly. *Estrutura do Mercosul - Supranacionalidade ou Intergovernabilidade*. Conferência proferida em Ponta Grossa - Paraná, em 17.10.1997.

_____. *Mercosul & União Européia*. Curitiba : Juruá Editora, 1996.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo : Max Limonard, 1996.

_____. *A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos*. Conferência proferida no Seminário *Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Interno Brasileiro* promovido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em 21.08.1996, Internet.

_____. *A proteção internacional dos direitos humanos e o direito brasileiro*. In: *Revista PGE*, São Paulo, dez/1994.

_____. *Um Tribunal permanente*. In: *Folha de São Paulo* 3.2 - Caderno Cotidiano, 02.10.1996.

PODESTÁ, Fábio Henrique. *A prisão civil do depositário infiel decorrente da alienação fiduciária em garantia após a CF de 1988*. In: *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas*. São Paulo, n.º 14, pp. 29-39, jan/jun 1996.

POLETTI, Ronaldo. *Estado brasileiro: reforma e superação democráticas*. In: *Revista Notícia do Direito Brasileiro (nova série)*. Brasília : LTr, n.º 1, pp. 109-165, Aoni I, 1996. UNB.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição*. 1971, V.

POPPER, Karl R. *Conjecturas e Refutações*. 3ª ed., Brasília : UNB, 1981.

PORTANOVA, RUI. *Princípio igualizador*. In: *Lições Alternativas de Direito Processual*. São Paulo : Acadêmica, 1995.

PRICE, Jorge E. Douglas. *Modelos de integración regional, aspectos jurídicos y sociológico*. Internet.

PRISÃO CIVIL. Curitiba : Juruá Editora, Jurisprudência Brasileira, V. 151.

PROENÇA, Alencar Mello e BIOCCA, Stella Maris. *A Integração Rumo ao Século XXI*. Pelotas : EDUCAT, 1996.

QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. *Direitos fundamentais do homem nos textos constitucionais brasileiro e alemão*. Brasília : Separata da *Revista de Informação Legislativa*, a. 29 n.º 115 - Senado Federal - Subsecretaria de Edições Técnicas, 1992, pp. 88-94.

RAMOS, Carmén Lúcia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. In: *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.

_____. *De Relação Existencial de Fato a Realidade Jurídica: Uma perspectiva da família sem casamento*. Tese apresentada ao Curso de Doutorado em Direito da UFPR, Curitiba, 1997.

RAZUK, Paulo. Agr. de Inst. n.º 679.390-8 - 1º TAC - SP.

REDSLOB, R. *Histoire des grands principes du droit des gens, depuis l'antiquité jusqu'à la veille de la Grande Guerre*. Paris : Rousseau, 1923.

REGLADE, M. *La notion juridique de l'État en droit public interne et en droit public international*. In: *La technique et les principes du droit public*. Paris : LGDJ.

RESOLUÇÕES DA ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU: 32/217 (1977); 33/167 (1978) e 34/171 (1979) - em especial -.

RESTIFFE NETO, Paulo. *Garantia Fiduciária*. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976.

REUTER, P. *Institutions internationales*. Paris : Presses Universitaires de France, 1935.

_____. *La convention de Vienne du 3 mai 1969 sur le droit des traités*. Paris : A. Colin, 1970.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo : Saraiva, 1996.

RHC n.º 67.397, 12.05.1989. *RTJ*, 129/02.

RHEINSTEIN, Max. *Persons and family*. In: *Internacional Enciopedia of Comparative Law*. Mouton (The Hague)-Paris: J. C. B. Mohr (Paul Siebke) v. 4. Chapter 01, pp. 3-19.

RIBEIRO, Renato Janine. *Em busca da paz perpétua*. In: *Folha de São Paulo*, 5.12 - Caderno Mais, 06.04.1996.

RIOS, Terezinha Azerêdo. *Ética e Competência*. São Paulo : Cortêz Editora, 1997.

RIZZARDO, Arnaldo. *Leasing*. 2ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Contratos de Crédito Bancário*. 3ª ed., São Paulo : Editora dos Tribunais, 1997.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Direitos Fundamentais na Constituição de 88*. In: *Revista da ESMEC*, Fortaleza, n.º 2, pp. 109-123.

RODAS, João Gandino. *Tratados internacionais, sua executoriedade no direito interno brasileiro*. In: *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Uberlândia, n.º 1/2, pp. 311-324, dez/1992.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Solução de controvérsias no Mercosul*. Prto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.

ROLIM, João Dácio. *A interpretação jurídica na teoria pura do direito de Kelsen e a sua superação*. In: *Revista AMB*, Ano 1, n.º 01 - Brasília, pp. 04-09.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Capítulo 3. Coimbra : Almedina, 1988.

ROSA, André Vicente Pires. *Aspectos da Estrutura Hierárquica do Ordenamento Jurídico*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da UFPE, Recife, 1993.

RUYESSEN, T. *Les caractères sociologiques de la communauté internationale*. *Recueil des Cours*, n. 67.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *O fardo das brasileiras*. In: *Mulher brasileira; a caminho da libertação*. São Paulo : Escrita Ensaio, 1979. v. 5.

SALLES DE TOLEDO, Paulo P. C. *A propósito da Carte de Ouro Preto*. In.

SAMPAIO GOUVEIA, Luiz Antônio. *Tribunal Internacional de Direitos Humanos*. Internet.

SANCHES, Sidney. *Uniformização de Jurisprudência*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1975.

SANDLER, Hector. *Hacer la Democracia*. Buenos Aires : Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

SANTA, Vera Della. *A Empresa Multinacional e a Soberania do Estado*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da UFPE, Recife, 1981.

SANTOS, Antonio Carlos Viana. *Estado Nacional e Jurisdição Supranacional*. In: *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, n.º 2, pp. 127-144, jan/abr 1997, Ano I.

SANTOS, Boaventura de Souza. *O Direito e a Comunidade In Direito e Avesso*, ano II, n.º 3, (1983), pp.139-163.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 1998.

SAULE JR., Nelson. *A garantia do devido processo legal no sistema de proteção dos direitos humanos*. In: *Cadernos da Pós-Graduação em Direito da UFPA*. Belém, n.º 5, pp. 17/48, out/dez 1997.

SCHAPP, Jan. *Problemas Fundamentais da Metodologia Jurídica*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1985.

SCHELER, M. *La idea del hombre y la historia*. Trad. de Ortega y Gasset. Buenos Aires : Espasa-Calpe, 1994.

_____. *El porvenir del hombre*. Buenos Aires, 1942.

_____. *El puesto del hombre en el universo*. Buenos Aires, 1942.

SCHIER, Paulo Ricardo. *A hermenêutica constitucional: instrumento para implementação de uma nova dogmática jurídica*. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n.º 741, pp. 38-76.

SCHNAID, David. *Filosofia do Direito e Interpretação*. Londrina : Editora UEL, 1998.

SCHWEITZER, A. *Decadência e regeneração da cultura*. Trad. de Pedro A. Moura. São Paulo : Melhoramentos, 1948.

SMINÁRIO: *La Defensa del Consumidor en el Marco de la Integración Regional*. Diversos autores, 6 e 7 de dezembro de 1996 - Uruguai - Anais.

SENADO FEDERAL. *Direitos Humanos - Declarações de Direitos e Garantias - Constituição do Brasil - Constituições Estrangeiras*. Brasília : Imprensa Nacional, 1996.

SIDOU, J. M. Othon. *Processo Civil Comparado*. São Paulo : Forense Universitária, 1997.

SILVA, Evandro Lins e. *O neoliberalismo e a democracia social*. In: *Revista da ESMEC*, Fortaleza, n.º 2, pp. 101-108, Ano I, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.

SILVA, Josué Cândido da e Jung Mo Sung. *Sobre Ética e Sociedade*. Petropolis : Vozes, 1997.

SILVA, Manoel do Carmo Neves. *Transpersonalismo, Personalismo e Direitos Humanos*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da UFPE, Recife, s/d.

SILVA ORCOYEN, Mariella Lêlles da. *A Escola de Direito Comunitário no Mercosul*. Conferência proferida em Ponta Grossa - Paraná, em 17.10.1997.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Cidadania e Devido Processo Legal (Due Process of Law) Como Formas de Contenção do Poder*. In: *Revista AMB*, Brasília, n.º 1, mai/jun 1997, Ano I.

SIMMELS, G. *Problemas de filosofia de la historia*. Trad. de Elza Tabernig. Buenos Aires : Nova, 1950.

SOARES, Guido F. S. *A atividade normativa do Mercosul, nos dois primeiros anos de vigência do Tratado de Assunção: um balanço positivo?* In: *Boletim de Integração Latino-Americana*. Brasília, n.º 12, pp. 7-44, jan/mar 1994.

SOSA, Gualberto Lucas. *Tribunales nacionales y supranacionales en el proceso de integración del Mercosur*. In: *Direito Processual Ibero-americano*. Rio de Janeiro : Forense, 1998.

SOUTO, Cláudio. *Ciência do Direito e Filosofia Jurídica no limiar do terceiro milênio: para além de um pré-iluminismo?* In *Revista de Direito Alternativo*. Vol. 2, São Paulo : Acadêmica, 1993, pp. 28-34.

_____. *Por uma Teoria Científico-Social Moderna do Direito*. In: *Studi in Memoria di Giovanni Tarello*. V, II: Saggi Teorico-Giuridici, Milano, Dott A. Giuffré Editore.

_____. *Ciência e ética no direito, uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor.

SOUTO, Theresa. *Ciência Social do Direito e Dogmática Jurídica: Demarcação e Problemática Geral*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da UFPE, Recife, 1991.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. *O Estado e o direito na transição pósmoderno: para um novo senso comum sobre o poder e o direito*. *Revista de Ciências Sociais*, Lisboa, n° 30, jun. 1990, pp.13-43.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de Souza. *Ética, cidadania e direitos humanos: a experiência constituinte no Brasil*. In: *Revista CEJ*. Brasília, n.º 1, pp. 76-81.

SOUZA, Mário Guimarães de. *Da prisão civil*. Recife : Empresa Jornal do Comércio, 1938.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Repressão ao Abuso do Poder Econômico e Direitos Humanos*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n.º 112, pp. 187-202, Ano 28.

SPERDUTTI, G. *L'individue nel diritto internazionalle*. Milano : Giuffrè, 1950.

SPRANGER, W. D. *Problemas de morfologia de la cultura*. Trad. de Amalia H. Raggio. Buenos Aires : Argos, 1947.

STAHRRINGER DE CARAMUTI, Ofélia. In: *El MERCOSUR en el nuevo orden mundial*. Buenos Aires : Ciudad Argentina, 1996.

STEINER MALHEIROS, Sylvia Helena. *Reconhecimento da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil: exigência democrática*. In: *Juízes para a Democracia - Publicação Oficial da Associação dos Juízes para a Democracia*. São Paulo : ano 4, n.º 8, junho de 1996, p. 10.

STEUDEL, Adelângela de Arruda Moura. *Interpretação constitucional: sistema e problema*. In: *Revista Jurídica da UEPG*. Ponta Grossa, n.º 1, pp. 167-200, Ano I.

STIGLITZ, Gabriel A. *Protección Jurídica del Consumidor*. 2ª ed., Buenos Aires : Depalma, 1990.

STRECK, Lenio Luiz. *Dogmática e hermenêutica*. In: *Caderno da UNISINOS*, São Leopoldo, n.º 2, agosto/1997.

STUART MILL, *De la libertad*. Madrid : Tecnos, 1965.

SUNG, Jung Mo e Josué Cândido da SILVA. *Sobre Ética e Sociedade*. Petropolis : Vozes, 1997.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *STJ debate questões jurídicas do Mercosul*. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. Pp. 176-7, out/dez 1996, Ano 20.

_____. *Recurso Especial* n.º 14.938-PR - 4ª Turma, *RT*, 726/318.

_____. *Recurso Especial* n.º 54.618-4 - 4ª Turma

_____. *Recurso Especial* n.º 6.566-PR - 4ª Turma; *Revista Jurídica*, 174/45.

_____. *Recurso Especial* n.º 7.943-RS - 4ª Turma; *Revista Jurídica*, 170/76.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Brasília, *Recurso Extraordinário* n.º 71.154-PR. *RTJ* 58, pp. 7074.

_____. *Recurso Extraordinário* n.º 80.004-SE. *RTJ* 83, pp. 809/848.

SWINARS, Christóphe. *Direito Internacional Humanitário: Como sistema de Proteção Internacional da Pessoa Humana (Princípios, Noções e Institutos)*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.

SWINARSKI, Christophe. *Direito Internacional Humanitário. Como Sistema de Proteção Internacional da Pessoa Humana (Princípios, Noções e Institutos)*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.

TEMPESTA, Guillermo. *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. In: *Curso de Derecho Procesal Internacional y comunitario del Mercosur*. Montevideu : Fundación de Cultura Universitaria, 1997.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. *A caminho de um direito civil constitucional*. *Revista de Direito Civil* n.º 65* ed. *RT* : SP. pp. 21-32.

TOLEDO, Paulo C. F. Salles de. *A propósito da Carta de Ouro Preto*. *Tribuna do Direito*. Janeiro de 1997, p. 26.

TOMASINO, Armando. *Pacto de San Jose u proceso penal Uruguayo*. Montevidéo - Uruguay : Fundação Universitária, 1992.

TORRE RANGEL, Jesus Antonio de la. *Apuntes para una Introducción Filosófica al Derecho*. Mexico : Editorial Jus, 1992.

_____. *Del Pensamiento Jurídico Contempóaneo - Aportaciones Críticas*. Mexico : Miguel Ángel Porrúa Librero-Editor, 1992.

TOSCANO, M. *Le minoranze di razza di língua di religione nel diritto*. Turim : Fratelli Bocca, 1931.

TRAVIESO, Juan Antonio. *Derechos Humanos y Derecho Internacional*. Buenos Aires :

_____. *Derechos Humanos. Fuentes e Instrumentos Internacionales*. Buenos Aires :

_____. *Historia de los Derechos Humanos y Garantías*. Buenos Aires :

TRELLES, C. B. *El problema de la unidad del mundo posbélico*. São Paulo : Universidade, 1953.

TRIEPEL, Heinrich. *Voelkerrechts und Landsrecht*, 1899.

_____. *Droit International et Droit Interne*. Paris : A. Pédone, Éditer, 1920.

UNIÃO PAN-AMERICANA. *Direitos Humanos nos Estados Americanos*. Washington, D. C. : Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, Edição preliminar, 1961.

URBANO SALERNO, Marcelo. *La Justicia entre dos mundos*. *Revista Jurídica da UNISUL*, Ano 1, n.º 2 - Tubarão - agosto de 1996, pp. 42-44.

USERA, Raúl Canosa. *Interpretacion Constitucional y Formula Política*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. 3ª ed., 1971.

VALLEJO, M. D. V. *Instituciones de derecho internacional público*. Madrid : Tecnos, 1973.

VAN BOVEN, T. *Aperçu du droit international postif des droits de l'homme*. In *Les dimensions internationales des droits de l'homme*.

VARELA, Eduardo. *Mercosul, economia e justiça. In Verbis*. Rio de Janeiro, n.º 8, pp. 22-25.

VASAK, Karel. *Instituciones regionales para la promocion y proteccion de los derechos humanos. In La Dimension Internacional de los derechos humanos*. Vol. III.

_____. *Hacia una legislación internacional de los Derechos Humanos. In: La Dimensión Internacional de los derechos humanos*. V. III

VASCONCELOS DINIZ, Márcio Augusto de. *Direitos Fundamentais e Retórica Política. Direito Pesquisa e Reforma do Estado - Anais do IV Seminário Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*, 19 e 20 de outubro de 1995, Belo Horizonte : Faculdade de Direito da UFMG, 1996, pp. 233-255.

VAZ, I. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro : Forense, 1993.

VEIGA, Gláucio. *Estado, Teologia Política e Existencialismo*. Recife : Imprensa Industrial, s/d.

VEJA RUIZ, José Augusto de. *La prision por deudas conyugales*. Madrid : Editorial Colex, 1991.

VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Publico*. 4ª ed., Madrid : Aguilar, 1963.

VERELA, Eduardo. *Mercosul, Economia e Justiça. In Verbis*, Ano 2, n.º 8, agosto de 1977, pp. 08-10.

VESCOVI, Enrique A. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.

_____. *Hacia un Derecho Comunitario en el Mercosur. In: Revista Uruguaya de Derecho Procesal*. Montevideu, n.º 4, pp. 737-747, 1996.

VICENTINI, Paulo G. Fagundes. *A nova ordem global*. Porto Alegre : Editora da Universidade, 1998.

VIDAL VILLA. *Mundialización y estados nacionales. In: MASSTRICHT y el futuro de Europa*. Barcelona : Serbal / Fundación Pere Ardiaca, 1997.

VIEIRA, Amaral. **Prisão**. In: *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio : Borsoi, v. 39.

VIEHWEG, Theodor. *Topica y Jurisprudencia*. Madrid : Taurus, 1963.

VILANOVA, Lourival. *Sobre o Conceito do Direito*. Recife : Imprensa Oficial, 1947.

VILHENA VIEIRA, Oscar. *Direito, cidadania e justiça - ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídica*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.

VITALINO MELLO FILHO, Urbano. *A Globalização e o Direito*. Conferência proferida em Ponta Grossa - Paraná, em 16.10.1997.

WALZ, Gustav Adolf. *Esencia del Derecho Internacional y Crítica de sus Negadores*. Madrid : Revista de Derecho Privado, s/d.

WARAT, Luís Alberto. *O Direito e sua linguagem*. 2ª versão, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1984.

_____. *A Ciência Jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul : Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, s/d.

_____. *Manifesto do Surrealismo Jurídico*. São Paulo : Acadêmica, 1988.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e sociedade moderna*. In: *Participação e processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, pp. 128-150.

WEBER, A. *História de la cultura*. Trad. de L. R. Siches. México : Fondo de Cultura Económico.

WEINBERGER, Andrew D. *Liberdade e Garantias - A Declaração de Direitos*. Rio de Janeiro : Forense, 1965.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ªed., Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 191967.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 2ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1998.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid : Editorial Civitas, 1988.

_____. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo : Editora Alta-Omega, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*. Madrid : Editorial Trotta, 1995.

ZOVATTO GARETTO, D. *En torno al derecho internacional de los derechos humanos*, in *Revista de Ciências Jurídicas* 62, pp. 69-96.

ANEXO:

Julgados do STF e do STJ

Superior Tribunal de Justiça

RTA 15AB

HABEAS CORPUS Nº 17.638 - SP (2001/0090201-1)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO FILHO**
IMPETRANTE : ANA CAROLINA PREVITALI NASCIMENTO
DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA DO SEGUNDO TRIBUNAL
DE ALÇADA CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CÍCERO OZÓRIO CARDOSO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO FILHO(Relator): BBA CREDITANSTALT – COMPANHIA DE CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO moveu ação de busca e apreensão, posteriormente convertida em ação de depósito, em desfavor de CÍCERO OZÓRIO CARDOSO, assentada em contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária. Por sentença, foi ordenada a entrega do veículo objeto da ação ou o seu equivalente em dinheiro, sob pena de prisão civil. Interposta apelação, o ato foi mantido pela Décima Primeira Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo.

Em face à determinação de constrangimento à liberdade, a Procuradora do Estado Ana Carolina Previtali Nascimento impetrou o presente *habeas corpus* em favor do requerido, com pedido de liminar, deferido pelo Senhor Presidente desta Corte.

Prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público posicionando-se pela concessão da ordem.

Em síntese, é o relatório.

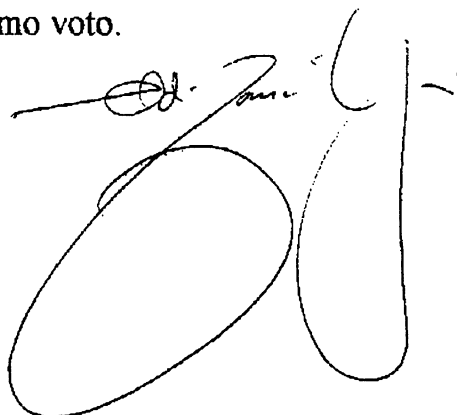
Superior Tribunal de Justiça

REsp nº 263.551/PR – Voto – fl. 5

norma vigente sobre a prisão civil é o disposto no Pacto de S José, pois que, embora permitida constitucionalmente a prisão depositário infiel, diante da regra permissiva do texto de 1988, regra geral que a institui no país (art. 1287 do CC), ficou derroga pelo novo diploma (tratado aprovado), da mesma hierarquia elenco das leis.”

Ante o exposto, conheço em parte do recurso e lhe dou provimento para afastar a ameaça de prisão civil dos representantes legais da devedora.

É como voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'S' followed by a vertical line and a small flourish at the top.

Superior Tribunal de Justiça

RTA/15AB

HABEAS CORPUS Nº 17.638 - SP (2001/0090201-1)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO FILHO**
IMPETRANTE : ANA CAROLINA PREVITALI NASCIMENTO -
DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA DO SEGUNDO TRIBUNAL
DE ALÇADA CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CÍCERO OZÓRIO CARDOSO

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO FILHO(Relator):

Discute-se nos autos sobre decretação de prisão civil de devedor fiduciário que, não obstante a expedição de ordem judicial, deixou de entregar o objeto ou o seu equivalente em dinheiro.

Tenho expressado o entendimento de que legítimo se faz o constrangimento imposto, em razão da posição do Supremo Tribunal Federal que, reiteradamente, tem elucidado haver o Decreto-lei n. 911/69 sido recepcionado pela Carta Política atual.

Em verdade, se há um "depósito legal", instituído por uma lei cuja constitucionalidade vem sendo, repetidamente, confirmada pela Corte Suprema, à qual compete dar a última palavra sobre a constitucionalidade ou não de uma lei, a mim não caberia decidir de forma diferente.

Sobre o tema, os seguintes julgados da Corte Maior, entre outros, alguns bem recentes:

"Constitucional. Depositário infiel. Prisão civil. Recepção do DL

Superior Tribunal de Justiça

911/69 pela CF/88. Precedente do STF. Recurso conhecido e provido." (RE 259506, julg. 30.05.00, rel. p/ ac. Min. Nelson Jobim, DJU 06.04.01);

"A constituição proíbe a prisão por dívida, mas não a do depositário que se furta à entrega de bem sobre o qual tem a posse imediata, seja o depósito voluntário ou legal (art. 5º, LXVII).

2 – Os arts. 1º (art. 66 da Lei no 4.728/65) e 4º do Decreto-lei nº 911/69, definem o devedor alienante fiduciário como depositário, porque o domínio e a posse direta do bem continuam em poder do proprietário fiduciário ou credor, em face da natureza do contrato." (HC 77053, julg. 23.06.98, DJU 04.09.98);

"A orientação jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no tocante a prisão civil do devedor, na alienação fiduciária, já se firmou, por maioria de votos, a partir do julgamento do HC 72.131, proferido na Sessão Plenária de 22.11.95, no sentido de ser 'legítima a prisão civil do devedor fiduciante que não cumprir o mandato judicial para entrega da coisa ou seu equivalente em dinheiro'. Agravo regimental a que se nega provimento." (AGRRE 252477/GO, julg. 13.02.01, rel. Min. Ellen Gracie, DJU 16.03.01).

Antes, em sessão Plenária realizada em 27.05.98, decidiu aquela Corte que a equiparação entre devedor fiduciário e depositário infiel não foi revogada pela Constituição Federal nem pelo Pacto de São José da Costa Rica, dispondo em acórdão assim ementado:

"HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL.

1- A jurisprudência do Tribunal firmou-se no sentido da constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel (DL 911/69).

A equiparação entre devedor fiduciário e o depositário infiel não foi revogada pela CF, art. 5º, LXVII e nem pelo art. 7º, nº 7, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). O Decreto-lei nº 911/69 está em conformidade com a Constituição." (Pleno, HC 76.561-3, rel. Min. Nelson Jobim, ac. 27.5.98, DJU 02.02.01).

Este Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado de forma contrária, sob o fundamento de ser ilegal a decretação de prisão na hipótese de que se

Superior Tribunal de Justiça

RTA/15AH

trata. A consequência dessa posição é que, em recurso extraordinário contra tais acórdãos, as decisões são reformadas pelo STF. Oportuno mencionar o Recurso Extraordinário 237.717, interposto pelo Ministério Público Federal contra acórdão desta Corte, que ficou assim resumido:

"Recurso especial. Prisão Civil. Alienação Fiduciária. Dissídio Pretoriano.

I – Não é cabível a prisão civil do devedor fiduciante porquanto não está ele equiparado ao depositário infiel.

II – Consoante recente entendimento da 3ª Seção desta Corte (HC 5589-DF), a prisão civil do devedor-fiduciante não foi recepcionada pela atual Carta Magna.

III – O dissídio jurisprudencial deve obedecer ao disposto no art. 255, parágrafo único do RISTJ.

Recurso não conhecido." (REsp 142.482, ac. de 07.04.98, DJU 11.05.98).

Em posição contrária a esse acórdão, o referido recurso extraordinário que o atacou, embora não conhecido por outro fundamento, sintetiza:

"Prisão civil do devedor fiduciário que, sem justificativa, não cumpre ordem judicial para entregar a coisa ou seu equivalente em dinheiro. Legitimidade. Tendo sido o Decreto-lei 911/69 recepcionado pela ordem constitucional vigente, não há que falar que a equiparação do devedor fiduciário ao depositário infiel ofende a Carta da República. Precedente do Tribunal Pleno." (RE 237.717, julg. 04.5.99, DJU 24.9.99).

Também contra julgado deste Superior Tribunal de Justiça (HC 4.519), pelo Ministério Público Federal foi interposto o RE 206.482, tendo como relator o Min. Maurício Corrêa. Julgado pelo Plenário em 27.5.98 (ainda sem publicação o ac.), foi provido, com reconhecimento da indiscutível legitimidade constitucional da prisão civil do depositário infiel, nos casos de alienação fiduciária em garantia.

Referido RE 206.482 serviu de fundamento a recente julgado.

Superior Tribunal de Justiça

RTA/TSAB

daquela Corte Suprema, assim sumariado:

"Recurso extraordinário. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil.

- Esta corte, por seu Plenário (HC 72.131, firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do art. 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel.

- Esse entendimento voltou a ser reafirmado recentemente em 27.05.98, também por decisão do Plenário, quando do julgamento do RE 206.482.

Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.

- Inconstitucionalidade da interpretação dada ao artigo 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica no sentido de derogar o Decreto-lei 911/69 no tocante à admissibilidade da prisão civil por infidelidade do depositário em alienação fiduciária em garantia.

- É de observar-se, por fim, que o § 2º do artigo 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional.

- Recurso extraordinário conhecido e provido." (RE 302.624, rel. Min. Moreira Alves, ac. 29.05.01, DJU 29.06.01).

É como sempre pensei e como sempre julgava, embora vencido, enquanto membro do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Tendo ciência da posição do Supremo Tribunal, e ainda de que os julgados deste STJ sofrem modificação por aquela Corte, em decorrência de impugnação por meio do recurso apropriado, o conveniente seria que harmônicas fossem as decisões dos dois órgãos, evitando que aos jurisdicionados se

Superior Tribunal de Justiça

RTA/15AB


encaminhassem divergentes interpretações quanto à mesma norma legal, bem como aplicações distintas aos que se socorrem pelo recurso extremo, contrapondo-se aos nossos julgados, e sagrando-se vitoriosos.

Todavia, não ignoro que a egrégia Corte Especial deste colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu em sentido diverso ao do Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, dispondo:

*"ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Prisão civil.
Não cabe a prisão civil do devedor que descumpre contrato
garantido por alienação fiduciária.
Embargos acolhidos e providos." (EREsp 149.518, ac. de
05.05.99, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 28.02.00).*

Por isso, ressaltando o meu ponto de vista, mas em respeito e em homenagem a este Tribunal, concedo a ordem.

É como voto.



Ministro CASTRO FILHO

Relator



Supremo Tribunal Federal

Documento 2 de 32

Classe / Origem RE-253071 / GO RECURSO EXTRAORDINARIO	Relator(a) Min. MOREIRA ALVES
Publicação DJ DATA-29-06-01 PP-00061 EMENT VOL-02037-06 PP-01131	Julgamento 29/05/2001 - Primeira Turma

Ementa

EMENTA: - Recurso extraordinário. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil.

- Esta Corte, por seu Plenário (HC 72131), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel.

- Esse entendimento voltou a ser reafirmado recentemente, em 27.05.98, também por decisão do Plenário, quando do julgamento do RE 206.482.

Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.

- Inconstitucionalidade da interpretação dada ao artigo 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica no sentido de derogar o Decreto-Lei 911/69 no tocante à admissibilidade da prisão civil por infidelidade do depositário em alienação fiduciária em garantia.

- É de observar-se, por fim, que o § 2º do artigo 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e

isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

Observação

Votação: Unânime.

Resultado: Conhecido e provido.

Acórdãos citados : HC-72131, HC-79870, RE-206482.

N.PP.:(13). Análise:(MML). Revisão:(CMM/AAF).

Inclusão: 25/09/01, (SVF).

Alteração: 23/11/01, (SVF).

Partes

RECTE. : MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.

RECDO. : JOSÉ CARLOS OLIVEIRA NUNES.

ADVDA. : HETIE MACEDO.

Legislação

LEG-FED CFD-***** ANO-1988

ART-00005 PAR-00002 ART-00005 INC-00067

***** CF-88 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

LEG-FED DEL-000911 ANO-1969

Indexação

CV1132 , ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA, PRISÃO CIVIL,
POSSIBILIDADE, DEVEDOR, DEPOSITÁRIO INFIEL, CONSTITUIÇÃO
FEDERAL, OFENSA, AUSÊNCIA, PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA,

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS POLÍTICOS E CIVIS,
NORMA
CONSTITUCIONAL, CONTRAPOSIÇÃO, INVIABILIDADE, NORMA GERAL,
NORMA ESPECIAL, REVOGAÇÃO, IMPOSSIBILIDADE, EMENDA
CONSTITUCIONAL, TRATADO INTERNACIONAL, EQUIPARAÇÃO,
DESCABIMENTO.

Acórdãos no mesmo sentido

PROC-RE NUM-0257537 ANO-01 UF-SP TURMA-01 MIN-128 N.PP-013
DJ DATA-29-06-01 PP-00061 EMENT VOL-02037-06 PP-01194
PROC-RE NUM-0302624 ANO-01 UF-MG TURMA-01 MIN-128 N.PP-017
DJ DATA-29-06-01 PP-00060 EMENT VOL-02037-10 PP-02082
PROC-RE NUM-0240360 ANO-01 UF-RS TURMA-01 MIN-128 N.PP-007
DJ DATA-31-08-01 PP-00065 EMENT VOL-02041-04 PP-00809
PROC-RE NUM-0273155 ANO-01 UF-SP TURMA-01 MIN-128 N.PP-008
DJ DATA-31-08-01 PP-00066 EMENT VOL-02041-05 PP-01025

fim do documento





Jurisprudência/STJ

Critério de Pesquisa: 1 PACTO E PRISAO

Documento: 2 de 41

Inteiro Teor **Acompanhamento**
Processual

Acórdão	HC 16151/RS ; HABEAS CORPUS (2001/0026186-8)
Fonte	DJ DATA:29/10/2001 PG:00182
Relator(a)	Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096)
Data da Decisão	14/08/2001
Orgão Juizador	T1 - PRIMEIRA TURMA
Ementa	EXECUÇÃO FISCAL. DEPOSITÁRIO INFIEL. TERMO DE PENHORA E DEPÓSITO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. PRISÃO CIVIL . EXAME DE PROVAS. INAPLICÁVEL O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. LEGALIDADE DA PRISÃO . ORDEM DENEGADA. I - O termo de penhora e depósito lançado por oficial de justiça presume-se verdadeiro. II - O pacto de São José da Costa Rica não veda a prisão do depositário infiel.
Decisão	Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de "habeas corpus", nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Garcia Vieira votaram com o Sr. Ministro Relator.
Indexação	VIDE EMENTA.
Veja	STJ - <u>RHC 10364-CE</u> , <u>RHC 10609-RS</u> (JBCC 189/311), <u>RHC 10523-RJ</u>





Jurisprudência/STJ

Critério de Pesquisa: 1 PACTO E PRISAO

Documento: 4 de 41

Inteiro Teor **Acompanhamento**
Processual

Acórdão	RESP 263551/PR ; RECURSO ESPECIAL (2000/0059814-3)
Fonte	DJ DATA:07/05/2001 PG:00148
Relator(a)	Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110)
Data da Decisão	13/02/2001
Órgão Julgador	T4 - QUARTA TURMA
Ementa	CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. CONVERSÃO EM AÇÃO DE DEPÓSITO. DECISÃO ILÍQUIDA NÃO CARACTERIZADA. NULIDADE AFASTADA. PRISÃO DO DEPOSITÁRIO AUTORIZADA PELO TRIBUNAL A QUO. ILEGALIDADE. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. PREVALÊNCIA SOBRE AS NORMAS ORDINÁRIAS QUE PREVÊM A CONSTRIÇÃO. I. Nulidade não configurada, por não configurado o vício apontado relativamente ao art. 459, parágrafo único, do CPC. II. Com o advento do Pacto de São José, não mais é possível, à luz da legislação infraconstitucional, a prisão do devedor em caso de ação de busca e apreensão convertida em depósito do bem fiduciariamente alienado. III. Precedentes do STJ. IV. Recurso especial conhecido em parte e provido.
Decisão	Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer em parte do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.
Indexação	IMPOSSIBILIDADE, REU, REQUERIMENTO, DECRETAÇÃO, NULIDADE, SENTENÇA JUDICIAL, ALEGAÇÃO, JUIZ, PROLAÇÃO, SENTENÇA ILIQUIDA, INDEPENDENCIA, EXISTENCIA, PEDIDO CERTO, AUTOR, DESCABIMENTO, APLICAÇÃO, NORMA, CODIGO DE PROCESSO CIVIL, PREJUIZO, AUTOR. DESCABIMENTO, PRISÃO CIVIL, DEVEDOR, CONTRATO, ALIENAÇÃO FIDUCIARIA, DECORRENCIA, TRATADO INTERNACIONAL, PACTO DE SAN JOSE DA COSTA RICA, DERROGAÇÃO, ARTIGO, CODIGO CIVIL, PREVISÃO, PRISÃO , DEPOSITARIO INFIEL.
Referências Legislativas	LEG:FED LEI:005869 ANO:1973 ***** CPC-73 CODIGO DE PROCESSO CIVIL ART:00459 PAR:UNICO ART:00902 ART:00904 LEG:FED DEL:000911 ANO:1969 LEG:FED DEC:000678 ANO:1992 ART:00007 LEG:FED LEI:003071 ANO:1916

	***** CC-16 CODIGO CIVIL ART:01287 LEG:FED LEI:004728 ANO:1965 ART:00066 LEG:FED TRT:***** ANO:1969 ***** CADH-69 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS
Veja	(SENTENÇA ILIQUIDA) STJ - <u>RESP 12792-PR</u> (PRISÃO CIVIL) STJ - <u>RESP 173181-GO</u> , <u>RESP 222242-MG</u> , <u>RESP 226063-MG</u>



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 263.551 - PR (2000/0059814-3)

RELATOR : EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR
RECORRENTE : MICRO EXPRESS COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE COMPUTADORES LTDA
ADVOGADOS : DRS. CARLOS A. FARRACHA DE CASTRO E OUTRO
RECORRIDO : BANCO BRADESCO S/A
ADVOGADOS : DRS. DANIEL HACHEM E OUTROS

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. CONVERSÃO EM AÇÃO DE DEPÓSITO. DECISÃO ILÍQUIDA NÃO CARACTERIZADA. NULIDADE AFASTADA. PRISÃO DO DEPOSITÁRIO AUTORIZADA PELO TRIBUNAL A QUO. ILEGALIDADE. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. PREVALÊNCIA SOBRE AS NORMAS ORDINÁRIAS QUE PREVÊEM A CONSTRIÇÃO.

I. Nulidade não configurada, por não configurado o vício apontado relativamente ao art. 459, parágrafo único, do CPC.

II. Com o advento do Pacto de São José, não mais é possível, à luz da legislação infraconstitucional, a prisão do devedor em caso de ação de busca e apreensão convertida em depósito do bem fiduciariamente alienado.

III. Precedentes do STJ.

IV. Recurso especial conhecido em parte e provido.

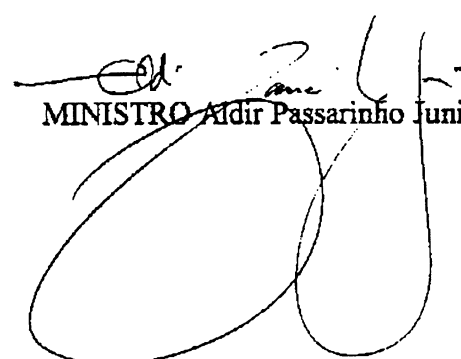
ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas,
Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer em parte do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de fevereiro de 2001 (data do julgamento).


MINISTRO Ruy Rosado de Aguiar, Presidente


MINISTRO Aldir Passarinho Junior, Relator

263551_reep_ce

STJ
07 MAIO 2001

RECURSO ESPECIAL Nº 263.551 - PR

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR

Micro Express – Comércio e Importação de Computadores Ltda. interpõe, pelas letras “a” e “c” do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, assim ementado (fl. 134/135):


“Busca e Apreensão. Alienação Fiduciária. Depósito. Bens. Furto. Alegação. Comprovação. Inocorrência. Defesa. Limitação. Prisões Civis. Cominação. Discussão. Possibilidade. Código de Processo Civil, artigo 459, parágrafo único. Ofensa. Inocorrência. Primeiro recurso desprovido, e o segundo provido.

1. Encontra-se pacificada a jurisprudência deste Tribunal de Alçada no sentido de que a defesa no caso de ação de busca e apreensão decorrente de contrato de alienação fiduciária, restringe-se aos termos determinados no DL 911/69, artigo 3º, parágrafo 2º, caracterizando-se o cerceamento de defesa a negativa de dilação probatória pleiteada pelo devedor.

2. Não há como prosperar o pleito do primeiro apelante ante alegação de ofensa ao artigo 459, parágrafo único, do Código de Processo Civil, pois não é ilícida a sentença proferida pelo ilustre Juiz a quo que entendeu pela possibilidade da ação de depósito.

3. Procede, porém, o segundo apelo, posto que reiteradamente vem decidindo esta Corte de Justiça pela cominação da pena de prisão civil ao depositário infiel.

4. Primeiro recurso não merece provimento, e o segundo recurso deve ser provido.”



Superior Tribunal de Justiça

REsp nº 263.551/PR – Relatório – fl. 2

Alega a recorrente que a decisão contrariou o art. 459, parágrafo único, do CPC, por ser ilíquida, embora o autor tenha formulado pedido certo.

Aduz que também foi negada vigência ao art. 1.265 do Código Civil pois inexistente, na espécie, contrato de depósito propriamente dito.

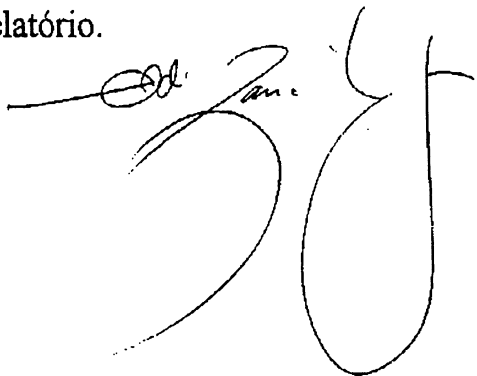
Reclama, ainda, de violação ao art. 7º, item 7, do Pacto de São José Costa Rica, aprovado pelo Decreto n. 678, e do Pacto Internacional de Direitos Civis art 13, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 226/91, que vedam a prisão por dívida.

Invoca dissídio jurisprudencial em favor das teses que apresenta.

Contra-razões às fls. 176/186, com preliminares de não conhecimento do recurso por ausência de prequestionamento e de fundamentação, salientando, em mérito, pelo acerto do julgado, porque em consonância com a orientação jurisprudencial do E. STF.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 188/191.

É o relatório.

A large, stylized handwritten signature in black ink, likely belonging to the rapporteur, is written over the text "É o relatório."

Superior Tribunal de Justiça

13.02.2001/4ª Turma

RECURSO ESPECIAL Nº 263.551 - PR

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIO (RELATOR): - Cuida-se de recurso especial ajuizado pelas letras “a” e “c” do art. 1.030 do CPC, com fundamento no art. 1.030, III, do CPC, com base no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, determinou a prisão do devedor em ação de busca e apreensão convertida em depósito, rejeitando as nulidades apontadas pela ré.

No tocante ao art. 459 do CPC, a impugnação não tem procedência alguma.

De efeito, cuida-se de norma que busca proteger o direito do autor quando este formula pedido certo, e não para proteger o processo contra seu interesse. Nesse sentido decidiu esta Corte, *verbis*:

“CIVIL. RESPONSABILIDADE. SENTENÇA ILÍQUIDA. AINDA QUE CONSTE DO PEDIDO PARCELAS COM VALORES CERTO AO LADO DE OUTRAS INCERTAS, NÃO HÁ VEDAÇÃO A QUE SE PROFIRA SENTENÇA ILÍQUIDA, DESDE QUE COMPROVADOS OS DANOS E DEFINIDA A RESPONSABILIDADE DE QUEM OS CAUSOU. O PARÁG. ÚNICO DO ART. 459 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL SE DESTINA AO AUTOR, NÃO É DETRIMENTO DO SEU DIREITO, QUANDO FUNDADO.”

(3ª Turma, REsp nº 12.792/PR, Rel. Min. Dias Trindade, unânime DJU de 30.09.1991)



Superior Tribunal de Justiça

REsp nº 263.551/PR – Voto – fl. 2

Pertinentes, ademais, os fundamentos da r. sentença monocrática saber (fl. 70):

“De outro lado, dada a natureza da ação de depós, que tem por fim exclusivamente a exigência de restituição da co depositada, os fundamentos levantados pela Ré não têm propósito, que a pretensão tem amparo no DL 911/69 e a petição inicial fe instruída com a prova literal do depósito, que o contrato de alienaç fiduciária, e trazendo, em substituição a estimativa do valor da coi o débito remanescente do contrato de consórcio.

Outrossim, cumpre deixar claro que na possibilidade da Ré optar pelo pagamento do débito ao invés de proceder a entre dos computadores, o acolhimento deste pedido não prejudica event impugnação do depositário do cálculo atualizado, a ser trazido p credor, ocasião em que poderá, com conta alternativa e depositand montante incontroverso, justificar até a realização de perícia contá para identificação do real valor da dívida. Portanto, além do r montante da dívida não prejudicar o acolhimento do pedido depósito, visto constituir o pagamento deste valor alternativa pare não entrega do bem embora possa esse valor ser discutido , execução de sentença, a Ré sequer apresentou cálculo indicam precisamente onde residem os excessos.”

Quanto ao art. 1.265 do Código Civil, não houve o enfrentamei objetivo dessa questão, tornando incidente, na espécie, a Súmula n. 211 do STJ, mesmo acontecendo com os dispositivos alusivos ao Pacto de São José e à legislaç nacional pertinente.

Contudo, no tocante à divergência, ela se encontra em pa configurada.



Superior Tribunal de Justiça

REsp nº 263.551/PR – Voto – fl. 3

O aresto de fl. 162 é inservível, posto que a situação fático-jurídica que o originou não se acha delineada, apenas enunciada em tese, pelo que o confronto se revela impossível.

O mesmo não acontece com os paradigmas referentes à prisão depositário, facilmente identificável o dissídio, até notório.

A matéria é bastante conhecida desta Corte, que firmou precedente no sentido da prevalência das disposições constantes do Decreto n. 678/92, que aprovou, no âmbito interno, as normas do Pacto de São José, onde resta explícita, art. 7º, a proibição de prisão por dívida.

Nesse sentido são os seguintes arestos, **litteris**:

“ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PRISÃO CIVIL.

Não cabe a prisão civil do devedor fiduciante como depositário infra O Pacto de São José da Costa Rica, aprovado pelo Brasil introduzido no nosso ordenamento no nível de eficácia da ordinária, revogou a norma geral do art. 1287 do Código Civil, que previa a prisão do depositário.

Recurso conhecido, pelo dissídio, mas improvido.”

(4ª Turma, REsp nº 173.181/GO, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, DJU de 31.05.1999)

“Alienação fiduciária. Prisão civil.

A incorporação a nosso ordenamento jurídico das disposições constantes do Pacto de São José de Costa Rica elimina a possibilidade de prisão civil, tratando-se de alienação fiduciária.”

(3ª Turma, REsp nº 222.242/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, unânime, DJU de 04.10.1999)



RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 253.071-9 GOIÁS

RELATOR : MIN. MOREIRA ALVES
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RECORRIDO: JOSÉ CARLOS OLIVEIRA NUNES
ADVOGADA: HETIE MACEDO

EMENTA: - Recurso extraordinário. Alienação fiduciária garantia. Prisão civil.

- Esta Corte, por seu Plenário (HC 72131), firmou entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser nor infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especia sobre prisão civil do depositário infiel.

- Esse entendimento voltou a ser reafirmado recentemente em 27.05.98, também por decisão do Plenário, quando do julgamento RE 206.482.

Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.

- Inconstitucionalidade da interpretação dada ao arti 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica no sentido derogar o Decreto-Lei 911/69 no tocante à admissibilidade da pris civil por infidelidade do depositário em alienação fiduciária garantia.

- É de observar-se, por fim, que o § 2º do artigo 5º Constituição não se aplica aos tratados internacionais sob direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nos ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, isso porque ainda não se admite tratado internacional com força emenda constitucional.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal,

conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, p
unanimidade, em conhecer do recurso extraordinário e lhe c
provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 29 de maio de 2001.


MOREIRA ALVES - PRESIDENTE E RELATOR

29/05/2001

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 253.071-9 GOIÁS

RELATOR : MIN. MOREIRA ALVES
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RECORRIDO: JOSÉ CARLOS OLIVEIRA NUNES
ADVOGADA: HETIE MACEDO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - (Relator):

É este o teor do acórdão que deferiu "habeas corpus":

"Insurge, a impetrante, contra ato autoridade de primeira instância que ordena ao paciente cumprimento de obrigação oriunda de contrato de alienação fiduciária em garantia, sob pena de, em não o fazendo, expedido mandado de prisão.

A cominação de prisão pelo descumprimento injustificado de obrigação civil encontra supedâneo Constituição Federal, em seu art. 5º inciso LXVII, e Código de Processo Civil, art. 904, parágrafo único entretanto, por ser medida extremamente gravosa, tribunais do país vem dando interpretação estrita e estes dispositivos, vale dizer, restringindo-os apenas aos casos do denominado depósito clássico (Cód. Civil, arts. 1.212 a 1.287).

Deste modo, tem-se afastado a cominação de prisão civil ao fiduciante quando descumpra a obrigação de devolução do bem ou do equivalente em dinheiro.

Tive oportunidade de pronunciar-me sobre esta matéria em acórdão de minha lavra cuja ementa encontrada nos seguintes termos:

Habeas Corpus. Depositário Infiel. Alienação Fiduciária. Prisão inadequada espécie. Inciso LXVII do art. 5º Constituição Federal refere-se apenas a

Federal, no sentido do recepçionament
verbis:

"PRISÃO CIVIL." "DEPOSITAR
 INFIEL." "LEGITIMIDADE. ART. 5º, INC." "LXVI
 DA CONSTITUIÇÃO "FEDERAL". JURISPRUDÊNCIA."

"O Supremo Tribunal Federal," "o
 julgamento do Habeas Corpus" "73.131(plenár
 23.11.95), decidiu" "ser legítima a pris
 civil do devedor" "fiduciante que não cumpr
 o" "mandado judicial para entregar" "coisa
 seu equivalente em dinheiro," "tendo em vis
 que houve recepção" "do Decreto-Lei n. 911/
 pela Carta" "Política atual. Habeas Corpu
 "indeferido" (Habeas Corpus n. 74.798-1, Min
 Gerais. Rel. Ministro Ilmar Galvão. Unânime.
 Turma, 18.02.97. DJU - Ano LXXII - n. 69
 Sexta-Feira, 11.04.97, página 12.191).

"Habeas Corpus". Prisão "Civi
 Alienação fiduciária em" "garantia. Depositár
 infiel de bem" "certo e determinado."

" - Esta Corte, ainda" "recentemen
 (23.11.95), ao julgar," "por seu Plenário, o
 72.131," "reafirmou o entendimento de que
 "prisão civil de depositário infiel em
 "alienação fiduciária em garantia
 "constitucional, em face do disposto" "
 artigo 5º, LXVII, da atual" "Constituição,
 continua em vigor."

" - "Habeas corpus" indeferido."

(Habeas Corpus n. 74822-8, Goiás
 Rel. Ministro Moreira Alves. Unânime. 1ª Turm
 18.02.97. DJU - ANO LXXII - n. 69 - Sext
 feira, 11.04.97, página 12.191).

Acompanhando o entendimento da ma
 alta Corte de Justiça do País é que ous
 discordar da maioria culta de meus pares
 (fls. 55/59).



Houve embargos de declaração que foram providos pe
seguinte aresto:

"Pela inteligência do art. 619 do Código
Processo Penal, dispositivo em que o órgão ministerial
cúpula se embasou para a veiculação dos presentes embarg
declaratórios, tal se justifica quando o acórdão contiv
ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão.

A considerar, pela afirmativa do embargant
que, mesmo havendo esta egrégia 1ª Câmara Criminal feri
a matéria objeto do **habeas corpus** de forma implícit
impor-se-ia, para efeito de prequestionamento, fosse e
analisada explicitamente, o acórdão embargado estar
acometido de possíveis vícios de **omissão** ou **obscuridade**.

Todavia, se atentarmos para o seu context
verificaremos que, ao reportar-se às normas insculpi
nos arts. 5º, LXVII, da Constituição da República e 90
parágrafo único, do Código de Processo Civi
autorizativas da prisão do depositário infiel, conclu
que, por ser medida extremamente gravosa, os tribunais
país vêm dando interpretação restrita a est
dispositivos, vale dizer, restringindo-os aos casos
denominado depósito clássico (Cód. Civil, arts. 1.265
1.287).

Daí, a rigor, inexistirem **omissão**
obscuridade passíveis de serem supridas pela via eleita.

Entretanto, porque existente voto vencido
lavra do eminente Des. Byron Seabra Guimarães, expressiv
na essência, sobre ter sido recepcionado pela Magna Car
(art. 5º, LXVII) o Decreto-lei 911/69, para tanto arrima
em arestos do STF, estou convencido de que, respondenc
de forma elucidativa, ao tema em cotejo, exsurge julga
do STJ, proferido nos seguintes termos:

O paciente foi condenado em ação
busca e apreensão, convertida em ação
depósito, a restituir bem (veículo) objeto
contrato de alienação fiduciária em garanti
Foi decretada a prisão civil do paciente.

A Constituição Federal prevê prisão civil por dívida em apenas dois casos: inadimplemento voluntário e inescusável obrigação alimentícia e depositário infiel (art. 5º, LXVII). No § 2º desse mesmo art. 5º está dito que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Em 1991, foram incorporados em nosso ordenamento constitucional, pelo Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991, textos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que em seu art. 11 veda taxativamente a prisão civil por descumprimento de obrigação contratual.

Por outro lado, no caso específico da alienação fiduciária em garantia, não se trata de um contrato de depósito genuíno. O devedor fiduciante não está na situação jurídica do depositário. O credor fiduciário não tem direito de exigir dele a entrega do bem. Nem mesmo de proprietário deve ser rotulado, pois nem sequer pode ficar com a coisa, mas apenas com o produto de sua venda, deduzido o montante pago pelo devedor.

Em suma, o julgado em relevo, na expressão lídima do ideal de justiça que visa alcançar, fundamentado na forma seguinte:

A despeito da jurisprudência dominante do STF em contrário, não se permite mais a prisão civil por dívida contratual face do art. 5º, LXVII, da CF e pela incorporação na ordem constitucional, por força do § 2º do art. 5º da CF, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que em seu art. 11 é peremptório sobre vedação (RT 728/494).

Destarte, por comungar nesse mes. entendimento, razão por que, de há muito, sou adepto corrente que inadmite a prisão civil do devedor fiduciário, tenho que, com essa adenda, fica definitivamente, dirimida, para fins de prequestionamento qualquer omissão ou obscuridade, porventura existentes no acórdão embargado.

Por esse prisma, considero os embargos próprios e tempestivos, por isso que os acolho e os provejo principalmente pelo especial objetivo por que foram impulsionados.

É como voto." (fls. 77/80).

Interpostos recursos especial e extraordinário, foram ambos admitidos, sendo que este pelo seguinte despacho:

"O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS inconformado com o acórdão da Primeira Câmara Criminal (fs. 53-54), proferido nos autos do Habeas Corpus nº 14.371-0/217 (9700337740), da Comarca de Goiânia, em que figura como impetrante Hetie Macedo e paciente José Carlos Oliveira, interpõe recurso extraordinário para o Excelso Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 102, III, alíneas "a" e "b", da Constituição Federal (fs. 94-102).

O acórdão objeto do presente recurso sintetiza-se na ementa do seguinte teor:

"Habeas Corpus. Prisão decretada e execução de busca e apreensão decorrente de contrato de alienação fiduciária em garantia. O inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal somente se aplica aos depósitos denominados clássicos previstos no Código Civil. Prisão ilegal. Ordem concedida" (fls. 53).

Manifestados embargos de declaração pelo Ministério Público (fs. 66-68), foram os mesmos providos pelo acórdão de f. 75.

Nas razões do recurso extraordinário, sustenta o recorrente contrariedade ao art. 5º, inciso LXVII, Constituição Federal, e declaração de inconstitucionalidade de lei federal.

Contra-razões do recorrido às fs. 109-113.

Concernente a alínea "a" do permissivo constitucional, entendo que, pelas razões apresentadas pelo recorrente e considerando que a matéria discutida nos presentes autos envolve interpretação de dispositivo constitucional, este devidamente prequestionado, o recurso extraordinário oferece condições de admissibilidade, razão pela qual o submeto à apreciação da Excelsa Suprema Corte.

Quanto à alínea "b", é certo que o aresto vergastado não declarou inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Admito, pois, o recurso, com fundamento na alínea "a" do autorizativo constitucional, determinando remessa dos autos ao Excelso Supremo Tribunal Federal, com as cautelas de praxe.

Intimem-se." (fls. 117/118).

Ao recurso especial foi negado provimento.

É o relatório.



V O T O

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - (Relator):



1. Esta Corte, por seu Plenário (HC 72131), firmou entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel.

Esse entendimento voltou a ser reafirmado recentemente, em 27.05.98, também por decisão do Plenário, quando do julgamento do HC 206.482.

Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.

2. Há ainda outro fundamento de ordem constitucional acolhido pela Primeira Turma, no julgamento do HC 79.870 - para afastar a pretendida derrogação do Decreto-Lei 911/69 pela interpretação dada ao artigo 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica ("Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar"). Como se vê c

teor desse dispositivo, que ingressou em nosso ordenamento jurídico como norma infraconstitucional, se se entender que ele, por haver apenas excepcionado da vedação da prisão civil o inadimplemento obrigação alimentar, revogou, tacitamente, a legislação infraconstitucional interna relativa à prisão civil do depositário infiel em caso de depósito convencional ou legal (este com referência, inclusive, aos penhores sem desapossamento e à alienação fiduciária em garantia), essa interpretação advirá do entendimento que é inconstitucional, de que a legislação infraconstitucional pode afastar exceções impostas diretamente pela Constituição independentemente de lei que permita impô-las quando ocorrer inadimplemento de obrigação alimentar ou infidelidade do depositário. Por isso mesmo, o inciso LXVII do artigo 5º da Carta Magna é categórico ao dizer que não haverá prisão civil, salvo que significa dizer que haverá) a (o que significa prisão) do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentícia e a (o que significa prisão) do depositário infiel. Não diz esse dispositivo que não haverá prisão civil podendo a legislação permitir que nesses dois casos, ou apenas em um deles, haja essa modalidade de prisão. Diz, sim, que, nesses casos - que independem de regulamentação infraconstitucional (a Carta Magna estabeleceu até as hipóteses em que o inadimplemento

obrigação alimentar se enquadra nessa exceção) -, haverá prisão civil, sendo que esta, sim, é que, para dar-se efetividade a esse texto constitucional na sua parte positiva (que é a das duas exceções à negativa), se não estivesse regulamentada - e o está - teria de sê-lo.

Essa mesma fundamentação serve para afastar, por ofensa ao texto do artigo 5º, LXVII, da Constituição, o disposto no artigo 11 ("ninguém poderá ser preso apenas por não cumprir com uma obrigação contratual") do Pacto Internacional sobre Direitos Políticos e Civis adotado pela Assembléia Geral da ONU.

3. É de observar-se, por fim, que o § 2º do artigo 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional.

4. Em face do exposto, conheço do presente recurso e lhe dou provimento, para indeferir o habeas corpus.

/mebh



Jurisprudência/STJ

Critério de Pesquisa: 1 PACTO E PRISAO

Documento: 1 de 41

Inteiro Teor **Acompanhamento**
Processual

Acórdão	HC 17638/SP ; HABEAS CORPUS (2001/0090201-1)
Fonte	DJ DATA:29/10/2001 PG:00199
Relator(a)	Min. CASTRO FILHO (1119)
Data da Decisão	18/09/2001
Órgão Julgador	T3 - TERCEIRA TURMA
Ementa	HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL . ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Segundo o entendimento do STJ, não cabe a prisão civil do devedor que descumpre contrato garantido por alienação fiduciária (Corte Especial, EREsp 149.518). Ordem concedida.
Decisão	Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, a Sra. Ministra Nancy Andrichi. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.
Indexação	DESCABIMENTO, PRISÃO CIVIL , DEVEDOR FIDUCIANTE, CONTRATO, ALIENAÇÃO FIDUCIARIA, HIPOTESE, DESCUMPRIMENTO, ORDEM JUDICIAL, DEVOLUÇÃO, BEM ALIENADO, IMPOSSIBILIDADE, EQUIPARAÇÃO, ALIENANTE, DEPOSITARIO INFIEL. (RESSALVA ENTENDIMENTO DO RELATOR) (MIN. CASTRO FILHO) CABIMENTO, PRISÃO CIVIL , DEVEDOR FIDUCIANTE, CONTRATO, ALIENAÇÃO FIDUCIARIA, HIPOTESE, FALTA, DEVOLUÇÃO, BEM ALIENADO, CARACTERIZAÇÃO, DEPOSITARIO INFIEL, DECORRENCIA, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, RECEPÇÃO DE LEI, DECRETO-LEI, 1969, INAPLICABILIDADE, TRATADO INTERNACIONAL, PACTO DE SAN JOSE DA COSTA RICA .
Referências Legislativas	LEG:FED DEL:000911 ANO:1969
Veja	(DESCABIMENTO PRISÃO CIVIL) STJ - <u>ERESP 149518</u> -GO (RT 777/145) (CABIMENTO PRISÃO CIVIL) STF - RE 259506, HC 77053, AGRRE 252477-GO, HC 76561, RE 237717, RE 206482, RE 302624