

# A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NA UNIÃO EUROPÉIA E NO MERCOSUL

Jürgen Samtleben \*

**Sumário:** Introdução. 1. Aplicação direta do direito comunitário. 1.1 Ações perante o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia. a) Ação de incumprimento do tratado. b) Ação de nulidade. c) Outras ações. 1.2 A situação do Mercosul. 2. Interpretação do direito comunitário. 2.1 O Tribunal da Comunidade Européia e a interpretação prejudicial. 2.2 A situação no Mercosul. 3. Direito comunitário e direito constitucional. 3.1 A posição do Tribunal Constitucional da Alemanha. 3.2 A posição do Supremo Tribunal Federal no Brasil. Conclusão. Referências.

**Resumo:** O presente artigo indica os meios de solução de controvérsias no Mercosul. Trata dos mecanismos de consulta na Comissão de Comércio do Mercosul, dos laudos arbitrais pronunciados no Protocolo de Brasília e do Tribunal Permanente do Mercosul, o qual é comparado com o Tribunal de Justiça de Europeu e Luxemburgo.

**Palavras-chave:** Mercosul – Tribunal Permanente do Mercosul – Comunidade Européia – Tribunal de Justiça Europeu – Direito Comunitário.

**Abstract:** The present article indicates means of solving controversies within the Mercosur. It deals with consultation mechanisms in the Mercosur Trade Commission, arbitral reports pronounced in Brasilia Protocol, and the permanent Tribunal of the Mercosur, which is compared to the European Justice Tribunal of Luxembourg.

**Keywords:** Mercosur – Permanent Tribunal of the Mercosul – European Community – European Justice Tribunal – Community Law.

## Introdução

A solução de controvérsias no Mercosul encontra-se hoje em uma fase bastante avançada. Por um lado, existe o mecanismo de consultas na Comissão de Comércio do Mercosul que, na prática, tem mostrado a sua idoneidade para focalizar os problemas pendentes e encontrar uma solução pelo esforço comum dos Estados-partes. Por outro lado, nos últimos anos foram pronunciados oito laudos arbitrais, no marco do Protocolo de

---

\* Professor do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg.

Brasília, que contribuiram não só para a solução de controvérsias concretas, mas igualmente para a evolução do sistema jurídico do Mercosul em geral. E ultimamente, no Protocolo de Olivos, foi projetada a criação de um Tribunal Permanente que deverá exercer a função de Corte de Revisão, mas poderá também, por acordo expresso entre as partes, assumir o papel da primeira instância, substituindo o Tribunal Arbitral *ad hoc*. Portanto, uma comparação com o Tribunal de Justiça Europeu de Luxemburgo parece útil, especialmente no contexto dos diferentes esquemas de integração. Explicarei como funciona o sistema judicial na Comunidade Européia e de que maneira este se distingue dos mecanismos de solução de controvérsias no Mercosul.

## **1. Aplicação direta do direito comunitário**

Para explicar o sistema judicial da Comunidade Européia, temos que partir de uma idéia fundamental que é crucial para entender o papel do Tribunal de Luxemburgo. É preciso recordar que os tratados que criaram a Comunidade Européia não têm a sua base no direito internacional público senão constituíram um novo sistema jurídico que é o direito comunitário. Por isso, no âmbito da Comunidade não valem as regras tradicionais do direito internacional público em relação aos tratados. Um Estado-membro que se ache prejudicado porque um outro Estado-membro não cumpre com as suas obrigações, não pode recorrer ao comprovado meio da retorsão para deixar de cumprir os seus próprios compromissos.<sup>1</sup> O único meio que lhe resta para exigir o cumprimento do tratado é a via judicial. O mesmo vale para os conflitos entre os Estados-membros e os órgãos da Comunidade, que só podem ser solucionados definitivamente em termos jurídicos por um órgão jurisdicional.

### **1.1 Ações perante o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia**

Para este fim, os tratados da Comunidade Européia criaram um sistema equilibrado de ações que são da competência exclusiva do Tribunal de Justiça Europeu. No total, podemos distinguir cinco tipos de ações:

---

<sup>1</sup> TJCE, Processo 52/75 (Comissão vs. Itália), Rec. 1976, p. 277; Processo 325/82 (Comissão vs. Alemanha), Rec. 1984, p. 777; Processo C-5/94 (Hedley Lomas), Rec. 1996-I, p. 2553.

### *a) Ação de incumprimento do tratado*

Um Estado-membro cujos atos estão em contradição com alguma norma do direito comunitário europeu corre o risco de ser acionado perante o Tribunal de Justiça Europeu por incumprimento do tratado. Conforme o art. 226 (ex-art. 169) do tratado, a legitimação para este tipo de ação corresponde, em primeiro lugar, à Comissão das Comunidades Europeias. Antes de mover a ação, ela tem que oferecer ao Estado-membro a oportunidade de explicar ou mudar a sua atitude. Mas, se essa tentativa não resultar satisfatória, a Comissão pode se dirigir ao Tribunal de Justiça Europeu para que o Estado-membro seja declarado infrator do tratado. Por exemplo, quando a Itália tentou recolher um taxa especial de exportação para objetos de arte ou arqueológicos, essa atitude deu motivo para uma ação perante o Tribunal que, na sua sentença final, declarou que Itália estava violando as regras do tratado.<sup>2</sup>

Na maioria dos casos — e são muitos — uma sentença deste tipo é suficiente para que o Estado vencido se conforme com a decisão do Tribunal e retire as medidas incriminadas. Mas o que ocorre se ele insistir na sua posição e continuar violando o direito comunitário? O tratado da Comunidade Europeia, respeitando a soberania dos Estados-membros, antes não tinha previsto meios de execução contra o Estado renitente. Assim, precisamente no caso mencionado, quatro anos depois da sentença do Tribunal, as autoridades italianas continuavam recolhendo a taxa obsoleta. Então, a Comissão intentou uma nova ação em Luxemburgo, alegando agora que Itália estava violando o tratado por não respeitar a sentença do Tribunal. Ainda durante o curso deste processo, o governo italiano por Decreto-Lei levantou a taxa que deu origem a este conflito.<sup>3</sup> Com a reforma da Comunidade Europeia pelo tratado de Maastricht, o Tribunal agora tem a competência de impor uma multa cominatória aos Estados que não cumprem as suas sentenças — uma modalidade de execução que já em diferentes casos foi solicitada com êxito pela Comissão perante o Tribunal contra os Estados morosos com suas obrigações comunitárias.<sup>4</sup>

---

2 Processo 7/68 (Comissão vs. Itália), Rec. 1968, p. 617.

3 Processo 48/71 (Comissão v. Itália), Rec. 1972, p. 529.

4 Ver especialmente Processo C-387/97 (Comissão vs. Grécia), Rec. 2000, p. I-5047.

Além da Comissão, também os próprios Estados-membros têm a legitimação ativa para intentar uma ação de violação do tratado contra outro Estado-membro. Mas, como mostra a experiência, os Estados em geral são muito hesitantes em valer-se dessa faculdade, porque temem que do mesmo jeito possam vice-versa ser alvo de uma ação deste tipo. Isso corresponde à experiência no Pacto Andino, onde até se fala de um *pacto de caballeros* entre os Estados-partes para abster-se de processos contenciosos entre eles perante o Tribunal Andino.<sup>5</sup> Na Comunidade Européia, o art. 227 (ex-art. 170) do tratado exige que um Estado que pretenda demandar outro Estado-membro primeiro informe a Comissão sobre a sua intenção. Nos poucos casos em que um dos Estados-membros iniciou este procedimento, a Comissão desempenhou um papel mediador e quase sempre encontrou uma solução amigável. Assim, na jurisprudência publicada se encontra um único caso que chegou a ser decidido pelo Tribunal de Justiça Europeu em favor de um Estado-membro — uma ação entre França e Grã-Bretanha sobre assuntos de pesca no Mar do Norte, em que a França finalmente conseguiu a declaração do Tribunal de que a Grã-Bretanha havia violado as normas do direito comunitário.<sup>6</sup>

### *b) Ação de nulidade*

O segundo tipo de ação que joga um papel muito importante na jurisprudência comunitária é a ação de nulidade. Enquanto nos casos antes mencionados a parte demandada era um Estado-membro, a ação de nulidade se dirige contra um órgão da comunidade. Conforme os arts. 230 ss. (ex-arts. 173 ss.) do tratado, cabe ao Tribunal de Justiça Europeu anular os atos emitidos por um órgão comunitário, se no caso concreto o órgão era incompetente, omitiu formalidades essenciais, violou o direito europeu ou atuou em desvio de poder.

---

5 Cf. SAMTLEBEN; MARWEGE. Integración económica y derechos de propiedad industrial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. *Revista del Derecho Industrial*, 15, 1993, p. 439. Somente no ano 1996 houve duas ações deste tipo perante o Tribunal Andino, apresentadas pela Venezuela.

6 Processo 141/78 (França vs. Reino Unido), Rec. 1979, p. 2923. No recente Processo C-388/95 (Bélgica vs. Espanha), Rec. 2000, p. I-3123, a ação não prosperou.

Para explicar melhor o mecanismo desta ação quero mencionar aqui um caso famoso, o Caso das Bananas, em que a República Federal da Alemanha combateu um regulamento emanado do Conselho da União Européia. Desde a fundação da Comunidade Européia, a Alemanha gozou do privilégio de poder livremente importar bananas de terceiros Estados, sem observância da tarifa externa comum. Isso mudou no ano 1993 com um regulamento do Conselho que criou uma nova estrutura para o mercado de bananas; no seio do Conselho, junto com Bélgica e Holanda, a Alemanha perdeu a votação. Conforme este regulamento, a importação de bananas de terceiros Estados seria limitada a certas quotas e sujeita a uma tarifa externa especial. Para abreviar a história, dezoito meses mais tarde a Alemanha perdeu também sua causa em Luxemburgo, onde havia reclamado a nulidade da atuação do Conselho, alegando vícios de forma e de fundo. A sentença negativa do Tribunal de Justiça Europeu<sup>7</sup> foi muito discutida na Alemanha e teve ainda um epílogo na jurisprudência dos tribunais alemães e do próprio Tribunal de Luxemburgo<sup>8</sup> – mas isso seria uma outra história para contar.

A legitimação ativa para esta ação de nulidade cabe também aos próprios órgãos da comunidade – existem casos em que a Comissão conseguiu a declaração de nulidade dos atos do Conselho<sup>9</sup> – e além disso aos particulares, como pessoas físicas ou jurídicas. Por esta via, eles podem combater os atos dos órgãos da comunidade que estão dirigidos diretamente contra eles – como por exemplo nas áreas de anti-dumping ou do direito de concorrência. Mas também um regulamento geral, cujos efeitos os atingem concretamente, pode dar motivo para uma ação de particulares perante o Tribunal. Assim, quando a Assembléia Européia, nas vésperas das suas primeiras eleições diretas, emitiu uma resolução que continha regras gerais para a distribuição de fundos entre os partidos concorrentes para a sua campanha eleitoral, os “Verdes” franceses, como partido novo,

---

7 Processo C-280/93 (Alemanha vs. Conselho), Rec. 1994-I, p. 4973.

8 Vários destes julgados se encontram publicados e comentados *in* **Europäisches Wirtschafts und Steuerrecht**, 1996, pp. 37-42, 49-61.

9 Cf. BROWN; JACOBS. **The Court of Justice of the European Communities**. 5. ed. London: 2000. p. 141-143.

se sentiram prejudicados com essa resolução — que então a pedido deles foi anulada pelo Tribunal de Justiça Europeu.<sup>10</sup>

### *c) Outras ações*

Como corolário da ação de nulidade existe o chamado recurso de abstenção que pressupõe que um órgão da Comunidade deixe de cumprir uma obrigação específica, apesar de ser expressamente solicitado a fazê-lo (hoje art. 232 do tratado). Na jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu, este recurso não tem muita importância porque é considerado subsidiário. Se por exemplo o órgão negou-se a proceder na forma solicitada, esta negação já é considerada um ato que pode ser objeto de uma ação de nulidade.<sup>11</sup> Assim, restam poucos casos — os casos de mero silêncio — nos quais o recurso de abstenção é admissível.

Cabe uma outra ação, a ação de perdas e danos, quando as instituições da Comunidade ou os seus agentes causarem um dano que exige indenização conforme os princípios gerais do direito vigente nos Estados-membros (hoje arts. 235 e 288 do tratado). Os pressupostos dessa ação são muito controvertidos e o Tribunal de Justiça Europeu é muito cauteloso com os fatos que justifiquem uma condenação. Só em raros casos essa ação prosperou, dos quais o mais espetacular é o Caso Adams.<sup>12</sup> Esse senhor, que trabalhou para uma empresa suíça, foi informante da Comissão de Bruxelas sobre certas práticas de uma filial francesa que violaram as regras de concorrência no mercado comum. No curso das suas investigações, os funcionários da Comissão por negligência deixaram entrever a identidade do informante que então na Suíça foi condenado à prisão por revelação de segredos industriais e sofreu muito prejuízo. Com a sua ação em Luxemburgo ele conseguiu ao menos uma compensação econômica por tanta desgraça.

Finalmente, o Tribunal de Justiça Europeu também é competente para as ações trabalhistas dos funcionários da Comunidade (hoje art. 236 do

---

10 Processo 294/83 (Os Verdes vs. Assembléia), Rec. 1986, p. 1339.

11 Processo 44/81 (Alemanha vs. Comissão), Rec. 1982, p. 1855.

12 Processo 145/83 (Adams vs. Comissão), Rec. 1985, p. 3539.

tratado) – uma competência que no ano 1988 foi transferida ao recém-criado Tribunal de Primeira Instância (hoje art. 225 do tratado).<sup>13</sup>

## 1.2 A situação no Mercosul

Podem estas experiências servir de modelo para o Mercosul? Creio que não – porque as diferenças entre ambos os blocos econômicos são muito grandes. A maior diferença reside na estrutura institucional atual do Mercosul e na falta de um órgão independente, porque todos os órgãos com capacidade decisória são de natureza intergovernamental.<sup>14</sup> Não basta adotar o sistema utilizado de ações como foi elaborado para o Mercado Comum Europeu, se não existe um órgão autônomo para aplicá-lo. Vimos como perante o Tribunal de Justiça Europeu o principal promotor da ação de violação do tratado é a Comissão de Bruxelas. No Mercosul, é difícil imaginar um órgão mover uma ação deste tipo contra um Estado infrator do direito comunitário, já que as decisões dos órgãos se tomam por consenso de todos os Estados-partes.<sup>15</sup> De outro lado, para os Estados-partes não há necessidade de defender-se contra as decisões dos órgãos comunitários com uma ação judicial – como a Alemanha no Caso das Bananas – porque com o seu próprio voto podem impedir a decisão. Para os conflitos entre os Estados-membros já existe o mencionado mecanismo de consultas e, além disso, a via da arbitragem, isto é, a solução na forma judicial por árbitros escolhidos pelas partes.

Resta então a pergunta: em que medida os particulares poderiam assumir a função de defender a correta aplicação do direito comunitário através de ações perante uma futura Corte do Mercosul? Tanto o tratado da Comunidade Européia como o tratado sobre o Tribunal Andino limitaram esta faculdade aos particulares que sejam diretamente afetados por ato de um órgão comunitário, sem precisar de atos complementares

---

13 Cf. VILAÇA, da Cruz. A reforma do sistema jurisdicional comunitário: a criação do tribunal de primeira instância das comunidades européias. In: **Hoffen auf Wandel – wirtschaftsrechtliche Entwicklungen in Brasilien und Europa**. Coord. Neuss. Frankfurt: 1994. p. 90-110. Sobre a progressiva ampliação da competência deste tribunal ver BROWN; JACOBS, op. cit. nota 9, p. 80 ss.

14 Ibid., art. 2.

15 Ibid., art. 37.

das autoridades nacionais. No âmbito do Mercosul atos deste tipo encontram-se dificilmente, como no Pacto Andino, em que a respectiva ação no passado regularmente foi denegada pelo Tribunal Andino.<sup>16</sup> Existem tendências de estender essa legitimação ativa dos particulares no sentido de poderem reclamar de qualquer infração do direito comunitário em seu prejuízo, o que encontrou a sua expressão no novo tratado sobre o Tribunal Andino.<sup>17</sup> Essa solução mal cabe no Mercosul, porque tanto os Estados-membros como os órgãos intergovernamentais ainda estão numa fase em que o progresso da integração depende principalmente da negociação mais do que da dedução jurídica. Nessa situação, seria contraproducente outorgar aos particulares a faculdade de questionar a validade de certos atos isolados sem ter em conta o quadro geral das negociações políticas. Com razão, o Protocolo de Brasília prevê, no seu art. 19, que as reclamações dos particulares sejam canalizadas pela respectiva Seção Nacional do Grupo Mercado Comum — e o Protocolo de Olivos, no seu art. 40, confirma esta solução.

## 2. Interpretação do direito comunitário

Existe uma outra faceta do labor do Tribunal de Luxemburgo que não é menos importante e que poderia servir de ponto de referência para outras áreas de integração, como o Mercosul. Refiro-me ao procedimento de interpretação prejudicial do direito comunitário, que vale a pena estudar mais profundamente.

### 2.1 O Tribunal da Comunidade Européia e a interpretação prejudicial

É um princípio do direito comunitário que este tem primazia sobre o direito nacional.<sup>18</sup> O impacto do direito europeu nos Estados-membros

---

16 Cf. SAMTLEBEN; MARWEGE, op. cit. nota 5, p. 438 ss.

17 Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Modificado por el Protocolo de Cochabamba, em vigor desde 25 de agosto de 1999, arts. 19 e 25. Ver, sobre isso, a sentença do Tribunal Andino de 1 de fevereiro de 2002 no Processo 14-AN-2001.

18 TJCE, Processo 26/62 (van Gend vs. Administração Fiscal), Rec. 1963, p. 1; Processo 6/64 (Costa vs. ENEL), Rec. 1964, p. 1141; Processo 106/77 (Administração Fiscal vs. Simmenthal), Rec. 1978, p. 629.

hoje tem uma dimensão que não deixa nenhuma matéria de direito excluída. Formalmente, distinguimos o direito primário, oriundo dos tratados constitutivos, do direito secundário, que consiste nos regulamentos diretamente aplicáveis e nas diretivas que necessitam de transformação em direito nacional. O manejo de todo esse complexo de normas cabe, em princípio, aos tribunais e autoridades nacionais. Mas, para assegurar a aplicação uniforme do direito comunitário nos diferentes Estados-membros, inventou-se o procedimento da interpretação prejudicial, que aqui somente pode ser desenhado a grandes rasgos.

Cada tribunal de um Estado-membro cuja decisão dependa da validade ou da interpretação de uma norma comunitária tem o direito de dirigir-se ao Tribunal de Justiça Europeu para solicitar uma declaração autêntica sobre o alcance e sentido da norma em questão. Ainda mais, conforme o art. 234 (ex-art. 177) do tratado essa via facultativa converte-se em obrigatória quando contra a decisão do tribunal nacional não cabe recurso. No procedimento perante o Tribunal de Justiça Europeu podem participar a Comissão ou outros órgãos da Comunidade, os Estados-membros e as partes do processo originário. O Tribunal, na sua decisão, se limita a estudar a norma comunitária e fixar a sua interpretação, que então é obrigatória para o tribunal solicitante. Mas a aplicação da norma em questão aos fatos e a decisão final cabem ao tribunal nacional. O Tribunal de Justiça Europeu nesses casos — e isso é importante — não funciona como tribunal de recurso, para evitar assim toda ingerência na jurisdição soberana dos tribunais nacionais.

Esse sistema da interpretação prejudicial tem se mostrado tão eficaz que foi aplicado também a outras matérias. Um exemplo é o tratado entre os Estados-membros sobre competência dos tribunais e execução das sentenças, a chamada Convenção de Bruxelas, que na opinião dominante não se considerou direito comunitário senão direito convencional. Não obstante, a interpretação desta convenção, por um protocolo adicional, foi confiada ao Tribunal de Justiça Europeu da mesma maneira como funciona o procedimento de interpretação prejudicial antes mencionado. De fato, a interpretação uniforme da Convenção de Bruxelas nos Estados-membros depende essencialmente do labor contínuo do Tribunal de Luxemburgo.

Recentemente, a Convenção foi substituída por um regulamento do Conselho Europeu que entrou em vigor no 1º de março de 2002 e cuja interpretação, como norma comunitária, está dentro da competência originária do Tribunal de Justiça Europeu conforme o art. 234 do tratado.

## 2.2 A situação no Mercosul

O sistema jurídico do Mercosul parece propício para adaptar o procedimento de interpretação prejudicial aos seus contornos. Conforme o art. 41 do Protocolo de Ouro Preto, são fontes jurídicas do Mercosul: I. o Tratado de Assunção com seus instrumentos adicionais, II. os acordos e protocolos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção (à diferença da situação na CEE) e III. as decisões (resoluções, diretrizes) dos órgãos do Mercosul. Para o funcionamento do Mercado Comum é crucial que estas normas se apliquem de maneira uniforme nos Estados-partes. O exemplo do Tribunal de Justiça Europeu e também a prática do Tribunal Andino mostram a idoneidade do procedimento de interpretação prejudicial para conseguir tal fim. Assim, o Tribunal Andino em Quito em vários processos, originados de questões prejudiciais submetidas pelos tribunais colombianos, resolveu os problemas inerentes à exegese do Regime Comum de Propriedade Industrial vigente nos Estados-partes, e dessa maneira contribuiu substancialmente à penetração teórica do ordenamento jurídico do Pacto Andino.<sup>19</sup>

Ao contrário, na área do Mercosul o Protocolo de Ouro Preto submete expressamente todas as controvérsias sobre a interpretação do direito do Mercosul aos procedimentos de solução estabelecidos no Protocolo de Brasília.<sup>20</sup> Uma cláusula semelhante está incluída nos tratados e protocolos celebrados no âmbito do Mercosul, como por exemplo no Acordo de Las Leñas sobre Cooperação Judicial, no Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional e no outro Protocolo de Ouro Preto, sobre Medidas Cautelares.<sup>21</sup> É óbvio que os procedimentos estabelecidos no Protocolo de

---

19 Cf. SAMTLEBEN; MARWEGE, op. cit. nota 5, p. 444-462.

20 Protocolo de Ouro Preto sobre a Estrutura Institucional do Mercosul (1994), art. 43.

21 Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional, em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (1992), art. 32; Protocolo sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual (1994), art. 15; Protocolo de Medidas Cautelares (1994), art. 27.

Brasília são completamente inadequados quando o juiz nacional tenha que aplicar uma norma destas convenções ou outra norma do direito comunitário. Para estes casos seria recomendável introduzir no ordenamento jurídico do Mercosul o mecanismo da interpretação prejudicial por uma Corte supranacional que garanta a aplicação uniforme do direito comunitário. Por esta via, também ficariam atenuados os problemas constitucionais relacionados com o conceito da soberania, já que a última decisão em todo caso caberia ao juiz nacional. No entanto, o Protocolo de Olivos não contém nenhuma solução viável neste sentido.

### **3. Direito comunitário e direito constitucional**

Neste contexto, não se deve subestimar o problema do direito constitucional que pode atuar como um obstáculo para o direito de integração. Este perigo é virulento tanto na Europa como no Mercosul, o que evidenciam os exemplos que vamos comentar em seguida.

#### **3.1 A posição do Tribunal Constitucional da Alemanha**

Quanto à maneira como o direito comunitário e o direito constitucional se relacionam e entrecruzam na Comunidade Européia e especialmente na Alemanha, quero ilustrá-la com alguns exemplos da jurisprudência do nosso Tribunal Constitucional. O primeiro é uma sentença de 1974 que resolveu o conflito entre o ordenamento jurídico europeu e os direitos fundamentais da Constituição alemã. Essa nossa Constituição admitiu no seu artigo 24 expressamente a transferência de direitos de soberania às instituições supranacionais como as européias. Surgiu então a questão de saber se um regulamento emanado dessas instituições, declarado válido pelo Tribunal de Justiça Europeu, poderia infringir os direitos fundamentais da constituição. O Tribunal Constitucional no caso se declarou competente para questionar e examinar a constitucionalidade do direito comunitário, “enquanto este não contenha um catálogo de direitos fundamentais que seja equivalente ao direito constitucional alemão”.<sup>22</sup>

---

22 **Tribunal Constitucional**, Coleção oficial, v. 37, 29 maio 1974, p. 271 (“Enquanto I”).

Na prática, porém, nunca houve um caso em que essa competência reivindicada pelo Tribunal o levasse a declarar uma norma do direito comunitário inconstitucional. Uma explicação deste fato pode ser encontrada na jurisprudência do próprio Tribunal de Justiça Europeu que logrou desenvolver um sistema de proteção dos direitos fundamentais baseado nos princípios comuns do direito constitucional dos Estados-membros e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.<sup>23</sup> Foi então racional que o Tribunal Constitucional alemão, doze anos mais tarde, revisasse a sua jurisprudência, limitando a sua competência e ratificando a prerrogativa do Tribunal de Justiça Europeu para decidir sobre a validade e interpretação do direito comunitário, “enquanto este Tribunal garanta a proteção dos direitos fundamentais em forma equivalente ao direito constitucional alemão”.<sup>24</sup> Em conseqüência, o Tribunal reconheceu o papel do Tribunal de Luxemburgo como “juiz natural” para a interpretação do direito comunitário e por isso revogou uma sentença do Tribunal Federal Fiscal que contrariou abertamente essa interpretação.<sup>25</sup> Essa atitude do Tribunal Constitucional encontrou sua confirmação, em 1992, no novo art. 23 da Constituição, que se refere expressamente à integração da Alemanha na União Europeia, a qual protege os direitos fundamentais de maneira equivalente à Constituição (veja também o art. 6, par. 2, do Tratado sobre a União Europeia).

Mas a história não terminou por aqui. No ano de 1993, quando o Tribunal Constitucional tinha que decidir sobre a compatibilidade do Tratado de Maastricht com as normas da Constituição, aprovou o tratado mas formulou uma ressalva. Conforme a sua decisão, os atos dos órgãos comunitários devem ser respeitados, “enquanto estes se mantenhem dentro dos limites das suas faculdades e não os ultrapassem”.<sup>26</sup> Parece que o

---

23 TJCE, Processo 222/84 (Johnston), Rec. 1986, p. 1651; Processo C-260/89 (ERT), Rec. 1991-I, p. 2925. Contudo, esta Convenção não é objeto de adesão por parte da Comunidade Europeia, TJCE, Parecer 2/94, Rec. 1996-I, p. 1759, nem justifica como tal um procedimento de interpretação judicial perante o Tribunal, Processo C-299/05 (Kremzow v. Áustria), Rec. 1997-I, p. 2629.

24 **Tribunal Constitucional**, Coleção oficial, v. 73, 22 out. 1986, p. 339 (“Enquanto II”).

25 **Tribunal Constitucional**, Coleção oficial, v. 75, 8 abr. 1987, p. 223; no mesmo sentido, recentemente, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 9 jan. 2001, p. 1267.

26 **Tribunal Constitucional**, Coleção oficial, v. 89, 12 out. 1993, p. 155 (“Enquanto III”); tradução espanhola in *Revista de Instituciones Europeas*, 20, 1996, p. 975, comentário STEIN, *ibid.*, 21, 1994, p. 745 ss.

Tribunal com isso somente queria marcar uma última restrição teórica em casos extremos para justificar o seu voto positivo. A nova fórmula, porém, já deu motivo a irritações na doutrina e prática alemã. Na jurisprudência do Tribunal Federal Fiscal, até foi discutido se o regulamento sobre o mercado das bananas pode ser qualificado como um “ato ultrapassando” as competências da Comunidade.<sup>27</sup> É óbvio que tal opinião, caso prosperasse, afetaria seriamente a vigência do direito comunitário na Alemanha. A última jurisprudência do Tribunal Constitucional, consciente deste perigo, deixou bem claro que a competência para decidir sobre a validade daquele regulamento e sobre as conseqüências práticas da sua aplicação cabe, conforme o sistema comunitário vigente, ao Tribunal de Justiça Europeu.<sup>28</sup>

### 3.2 A posição do Supremo Tribunal Federal no Brasil

Nos países do Mercosul, como nos outros países latinoamericanos, é posição firme que a Constituição ocupa uma posição hierárquica superior à dos tratados internacionais.<sup>29</sup> Exceção a esta regra constituem apenas os tratados sobre direitos humanos que algumas constituições recentes incorporam com a mesma hierarquia constitucional, como por exemplo o art. 75 n° 22 da Constituição argentina.<sup>30</sup> Não quero entrar aqui nos detalhes desta problemática e na respectiva discussão nos países do Mercosul.<sup>31</sup> Me limito a citar um exemplo da jurisprudência brasileira, que mostra claramente que essa alegada superioridade das constituições nacionais não se coaduna com a evolução de um espaço econômica e juridicamente integrado.

O Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares, hoje vigente em todos os países do Mercosul, prevê no seu art. 19 que “os Juízes ou

---

27 Tribunal Federal Fiscal, 9 jan. 1996, na revista cit. nota 8, p. 49 (51).

28 **Tribunal Constitucional**, Coleção oficial, v. 102, 7 jun. 2000, p. 147.

29 Ver SAMTLEBEN. **Derecho internacional privado en América Latina**. Buenos Aires: 1983. p. 138.

30 Cf. Constituição de Colombia (1991), art. 93; Venezuela (1999), Art. 23; no mesmo sentido já a Constituição anterior de Perú (1979), art. 105. No Brasil, é questão controvertida se o art. 5, § 2º, da Constituição de 1988 conduz à mesma solução; ver MAZZUOLI. **Revista da Informação Legislativa**, 147, 2000, p. 186.

31 Cf. MIDÓN. El tratamiento constitucional de la integración entre los signatarios del Mercosur. In: **La Ley 1997-B**. p. 1037 ss.; RAMOS PEREIRA. Conflito entre norma constitucional e Tratado do Mercosul: efeitos e conseqüências diante do Direito Internacional. **Revista de Direito do Mercosul**, n. 3, 1998, p. 28 ss.

Tribunais das zonas fronteiriças dos Estados-partes poderão transmitir-se, de forma direta, os *exhortos* ou cartas rogatórias previstos neste Protocolo, sem necessidade de legalização”. Esta disposição, então, faculta ao juiz uruguaio na cidade fronteiriça de Rivera pedir a execução de uma medida cautelar diretamente ao juiz brasileiro na cidade vizinha de Livramento. Mas essa norma está em conflito com a Constituição brasileira, cujo art. 102, inc. I, letra h, segundo interpretação dominante estabelece a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para conceder ou não o *exequatur* para as rogatórias provindas do exterior. Por isso, ao juiz de Livramento é vedado cumprir a rogatória do seu colega uruguaio do outro lado da fronteira, sem que esta seja antes aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, situado a 1500 quilômetros de distância, em Brasília. Neste sentido decidiu o Supremo em 1997, baseando-se no mencionado dispositivo constitucional.<sup>32</sup> É evidente que isso contradiz abertamente à idéia de uma área juridicamente integrada. Esperamos que, na evolução futura do Mercosul, se encontre a solução para superar essas distorções incompatíveis com um mercado comum.

## Conclusão

O futuro da integração está intimamente ligado ao aspecto jurídico e especialmente aos problemas jurisdicionais. O sistema de solução de controvérsias, em uma área de integração, deve ser adaptado periodicamente ao nível alcançado pelas forças políticas de integração, ao mesmo tempo facultando e facilitando o desenvolvimento ulterior do processo integrador. Assim, na Comunidade Européia, no ano 2000, o tratado de Nice prevê uma redistribuição de competências entre o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância, admitindo também a criação de câmaras especializadas agregadas a este último (arts. 220 ss.). Atualmente, existe uma grande discussão sobre a melhor maneira de reformar o sistema judiciário da Comunidade Européia.<sup>33</sup>

---

32 Supremo Tribunal Federal, 30 dez. 1997, RCL-717, *Diário da Justiça*, 4 rev. 1998, p. 4.

33 Ver o número especial de *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, v. 66, p. 201-635, abr./jul. 2002.

Também no Mercosul, com o Protocolo de Olivos, que será o tema das conferências seguintes, se logrou uma importante reforma da justiça do Mercosul. O próprio Protocolo, no seu art. 53, repetindo uma disposição do Protocolo de Ouro Preto (art. 44), prevê para o futuro a criação de um Sistema Permanente de Solução de Controvérsias para o Mercado Comum, já aludido no Anexo III do Tratado de Assunção. Hoje não se pode imaginar quais seriam os contornos desse Sistema que então deve substituir o recém-criado sistema do Protocolo de Olivos. Mas seguramente para a elaboração deste Sistema Permanente tem que se considerar a experiência acumulada de vários anos de solução de controvérsias na prática do Mercosul, incluindo também sugestões tomadas de outras áreas de integração como a Comunidade Andina ou a União Européia.

## Referências

BROWN; JACOBS. **The Court of Justice of the European Communities**. 5. ed. London: 2000.

MAZZUOLI. **Revista da Informação Legislativa**, 147, p. 179-200, 2000.

MIDÓN. El tratamiento constitucional de la integración entre los signatarios del Mercosur. In: **La Ley 1997-B**.

RAMOS PEREIRA. Conflito entre norma constitucional e Tratado do Mercosul: efeitos e conseqüências diante do Direito Internacional. **Revista de Direito do Mercosul**, n. 3, p. 28 ss., 1998.

SAMTLEBEN. **Derecho internacional privado en América Latina**. Buenos Aires: 1983.

SAMTLEBEN; MARWEGE. Integración económica y derechos de propiedad industrial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. **Revista del Derecho Industrial**, 15, p. 429-466, 1993.

VILAÇA, da Cruz. A reforma do sistema jurisdicional comunitário: a criação do tribunal de primeira instância das comunidades européias. In: **Hoffen auf Wandel — wirtschaftsrechtliche Entwicklungen in Brasilien und Europa**. Coord. Neuss. Frankfurt: 1994.