

CARLA DELLA BONA

**UNIÃO EUROPÉIA E MERCOSUL: APROXIMAÇÕES ENTRE  
*COMMON LAW* E *CIVIL LAW* PRODUZINDO UM NOVO SISTEMA DE  
DIREITO**

SANTA MARIA

2007

CARLA DELLA BONA

**UNIÃO EUROPÉIA E MERCOSUL:  
APROXIMAÇÕES ENTRE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*  
PRODUZINDO UM NOVO SISTEMA DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Integração Latino-Americana, Área de Concentração em Direito da Integração, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/RS), como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Integração Latino-Americana.

Orientador: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Jânia Maria Lopes Saldanha

SANTA MARIA

2007



---

© 2007

Todos os direitos autorais reservados a CARLA DELLA BONA. A reprodução de partes ou do todo deste trabalho só poderá ser com autorização por escrito do autor.

Endereço: Rua General Neto, n. 448, Cj. 705, Centro, Passo Fundo, RS, 99010-022

Fone (0xx)54 3313-3595; Fax (0xx) 54 3311-2166; End. Eletr: [carladebona@tpo.com.br](mailto:carladebona@tpo.com.br)

---

Carla Della Bona

**UNIÃO EUROPÉIA E MERCOSUL: APROXIMAÇÕES ENTRE  
*COMMON LAW* E *CIVIL LAW* PRODUZINDO UM NOVO SISTEMA DE  
DIREITO**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Dissertação de Mestrado, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Integração Latino-Americana.

Comissão examinadora:

Prof. Dr. Jânia Maria Lopes Saldanha – UFSM – Orientador

Prof. Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araújo – UFSM – Examinador

Prof. Dr. Evandro Menezes de Carvalho – – Examinador

Santa Maria

2007

## **AGRADECIMENTO**

Dizem que o tempo apaga tanto as boas como as más lembranças, mas ele não conseguiu fazer com que apagasse da minha mente a colaboração e o empenho de algumas pessoas que me foram cruciais para chegar ao objetivo final do curso de Mestrado junto à Universidade Federal de Santa Maria, a apresentação da minha dissertação.

Sem sombra de dúvidas, a Prof.<sup>a</sup> Dra. Deisy Ventura e o Prof.<sup>o</sup> Dr. Ricardo Seitenfus merecem, inicialmente, um agradecimento mais que especial, eis que sempre estiverem ao meu lado, primeiramente me incentivando para que me matriculasse a uma das vagas fornecidas ao Curso de Direito no Mestrado em Integração Latino-Americana da Universidade Federal de Santa Maria e, posteriormente, após a minha aprovação, no sentido de que não esmorecesse e alcançasse o objetivo que havia me proposto, o término do curso de Mestrado. A eles o meu muito obrigado!

Minha gratidão, também, aos funcionários da secretaria do MILA, em especial a Sra. Maristela Ribas, que sempre quando precisei se fazia presente para resolver tanto os meus problemas como os de minha turma de Mestrado.

Aos meus colegas de turma de Mestrado, junto dos quais enfrentei algumas das duras noites geladas e nebulosas do inverno de Santa Maria assistindo às aulas do curso; em especial, agradeço as minhas colegas Roberta Kruehl e Renata Christo, pelo auxílio e disponibilidade no decorrer do curso.

Agradeço, igualmente, a todos os meus Mestres do curso de Mestrado, que com paciência e sabedoria se propuseram a ensinar e repassar o seu conhecimento.

Não posso esquecer, jamais, dos meus estagiários em direito, meninos e meninas que trabalharam e/ou trabalham comigo em meu escritório de advocacia na

cidade de Passo Fundo, RS, eis que sem eles praticamente seria impossível o término do curso.

Agradeço, principalmente, àqueles que sem o seu apoio incondicional e incansável, não teria a tranquilidade para começar, cursar e terminar o curso de Mestrado, a minha família. Aos meus pais, Carlos e Zelima, o meu muito obrigado, eis que fizeram o impossível para tomar a minha jornada bem mais branda e suave, renunciando a minha presença em muitos dos fins-de-semana em prol dos meus estudos para conclusão do curso. Ao meu irmão, Álvaro, fonte de inspiração primária da minha vida acadêmica, o meu muito obrigado por me ensinar a ter garra e força de vontade para alcançar os meus objetivos na vida. Ao meu marido, Osmar, minha igualmente fonte inspiradora, o meu muito obrigado pelo despreendimento e auxílio na solução de problemas que pareciam intransponíveis, mas, sobretudo por ter suportado a minha ausência e omissão como esposa e mulher durante a realização do curso.

Finalmente, a minha orientadora, Prof.<sup>a</sup> Dra. Jânia Saldanha, que durante todo o período de estudos para a realização desta dissertação, sempre esteve ao meu lado, me auxiliando e me dando dicas importantíssimas, colocando luz em meu caminho, o meu muito obrigado.

E, por derradeiro, agradeço Aquele que nunca me abandona, sempre me acompanha e me guia, me ilumina e me dá forças, sempre de forma incondicional e sem restrições: Deus!

*“Sentado quieto, fazendo nada a  
primavera vem e a grama cresce sozinha”.*

*(Poema zen)*

## RESUMO

O intercâmbio, crescente a cada minuto, entre sujeitos de diferentes nacionalidades, pressiona juristas do mundo inteiro para que produzam os instrumentos legais necessários para alicerçar, garantir e balizar os contratos que se vão formando. É nesse sentido que o embate de concepções jurídicas historicamente diversas, como o são as duas grandes famílias do direito que regem a União Européia e o Mercosul, acirrado pela premência da solução de conflitos muitas vezes pioneiros, impõe urgência na criação de regulamentações internacionalmente respeitadas. Essa necessária regulamentação jurídica entre atores de diferentes caracteres, de culturas e interesses está, ainda uma vez, sujeita à mediação inescapável das palavras e terá como veículo privilegiado nesse final de século, a língua inglesa. Isto porque a tendência é que não somente a língua se imponha, mas igualmente a cultura que a sustenta. Assim, o aumento dos processos cujos elementos de conexão remetem à necessidade de conhecer os dispositivos daquele sistema jurídico e, de outro lado, a necessidade de forjar uma nova cultura jurídica comum dentro dos blocos econômicos, em especial da UE, a qual possui embutida no seio de seus integrantes os dois sistemas de direito, e do Mercosul, através do direito internacional, aí incluídas as formas extrajudiciais de solução de litígios que é base da própria cultura jurídica inglesa, visando a responder à crescente complexidade do mundo contemporâneo e a evolução das relações jurídicas internacionais, não deixam dúvidas de que ocorrerá uma confluência também jurídica entre a *common law* e a *civil law*.

**Palavras-chave:** Mercosul e União Européia. Língua Inglesa. Common Law e Civil Law. Regulamentação Internacional.

## ABSTRACT

The increasing exchange of people from different countries enforce around the world judges to produce legal instruments to found, granting and defend ongoing contracts. Therefore, the discussion of historically diverse juridical concepts, such as the group of Law from the European Community and the Mercosul, request the immediate creation of respectful international regulations. This necessary act among Law officers of distinct cultural background and needs is subject to crucial debate, which will have the English language as the official communication instrument. As so, it is critical the understanding of the English Law, which is the origin of many juridical systems. Yet, there is a trend not only for the English language but for the English culture as whole. Therefore, the increasing number of procedures that require knowledge of this juridical system and the integration of several economic blocks around the world, mainly the European Community and the Mercosul, imply the need for a juridical confluence of the common law and the civil law.

**Keywords:** European Community. Mercosul. European Community and the Mercosul. Common Law and the Civil Law. English Language.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1 OS DOIS SISTEMAS JURÍDICOS DA UNIÃO EURÓPEIA E DO MERCOSUL.....</b>	<b>13</b>
1.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS DE DIREITO DA <i>COMMON LAW</i> E DA <i>CIVIL LAW</i> .....	15
1.1.1 A Evolução Histórica do Sistema de Direito da <i>Common Law</i> .....	15
1.1.2 Evolução Histórica do Sistema de Direito Romano-Germânico.....	22
1.2 A EVOLUÇÃO JURÍDICA DOS SISTEMAS DE DIREITO DA <i>COMMON LAW</i> E DA <i>CIVIL LAW</i> .....	32
1.2.1 A Produção Normativa junto ao Sistema de Direito da <i>Common Law</i> .....	32
1.2.2 A Produção Jurisprudencial junto ao Sistema de Direito da <i>Civil Law</i> .....	35
<b>2 A IDÉIA DE SISTEMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....</b>	<b>41</b>
2.1 A IDÉIA DE SISTEMA.....	41
2.1.1 O nascimento do Sistema no Campo das Ciências Naturais e sua aproximação pelas Ciências Humanas.....	42
2.2 A CONCEPÇÃO SISTÊMICA DE ORDENAMENTO JURÍDICO.....	49
2.2.1 O Sistema como Ordem Axiológica ou Teleológica e como Ordem de Princípios Gerais do Direito.....	52
2.2.2 A abertura do Sistema.....	54
2.3 A IDÉIA DE SISTEMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	56
2.3.1 A Segurança Jurídica no Pensamento Sistemático.....	59

2.3.2 As Contradições Sistêmicas.....	60
Evolução do Direito rumo à Suprancionalidade.....	
<b>3 A POSSIBILIDADE DO NASCER DE UM NOVO SISTEMA DE DIREITO....</b>	<b>66</b>
3.1 A IMPORTÂNCIA DO PROCESSO GLOBALIZADOR NA FORMAÇÃO DO NOVO JURISTA.....	66
3.2 A UNIÃO EUROPÉIA E O DIREITO COMUNITÁRIO.....	74
3.3 O BRASIL E O MERCOSUL.....	82
3.4 A FORMAÇÃO DO NOVO JURISTA.....	93
3.5 TRIBUNAL DE LUXEMBURGO E TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO, NA FORMAÇÃO DE UM NOVO SISTEMA DE DIREITO.....	99
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>104</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>107</b>

## INTRODUÇÃO

A crescente importância da Jurisprudência como fonte do Direito Brasileiro, tradicionalmente romanista, pode ser interpretada das mais variadas formas. Esta visível evolução da metodologia judiciária pátria deve-se ao crescente inter-relacionamento dos Estados que, ao longo das últimas décadas, tem contribuído para a superação de certos dogmas e princípios nitidamente inadaptados à contemporaneidade.

O processo de tomada de decisão dos juízes nacionais dos países participantes dos chamados blocos comerciais, em especial os brasileiros integrantes do Mercosul, desta forma, vêm sofrendo, sem que muitos percebam, uma grande transformação. A consequência disto é a crescente utilização, por parte dos juristas brasileiros, das matérias decisivas produzidas pelos tribunais nacionais.

A Jurisprudência, pois, constitui a pedra fundamental do Direito da *Common Law*, enquanto que o sistema romano-germânico é notoriamente legicêntrico, herança plenamente consagrada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nota-se, assim, que as “discrepâncias”, sempre muito destacadas por juristas de mundo inteiro ao se analisar a importância dada ao *Precedent* e à Lei na análise dos dois Sistemas, *Common Law* e Romano–Germânico, está se reduzindo no Direito de blocos econômicos tais como o Mercosul e a União Européia. Altera-se com isto o equilíbrio das fontes que, anteriormente, compunham uma equação considerada imutável, conduzindo aparentemente a uma modernização do direito.

No entanto, as transformações que vêm ocorrendo no Direito dos países que compõem a família de direito romano-germânica, em especial os países do bloco

Mercosul, não podem ser interpretadas como superação de dogmas e princípios completamente arraigados no passado.

No âmbito dessa pesquisa, procurou-se tão-somente analisar a evolução do Direito brasileiro, tradicionalmente romano-germânico, em direção à utilização dos *Precedents*, construção estritamente anglo-saxônica, como reflexo de uma tendência mundial de aproximação dos dois sistemas. Também analisou-se como se forma um Sistema na concepção jurídica da palavra, sua estruturação e funcionamento, as conseqüências desta idéia na formação de um novo direito, o direito comunitário.

Na atualidade, a livre circulação de serviços, acima das fronteiras nacionais, entre os quais se incluem os grandes escritórios de advocacia internacionais ou transnacionais, bem como a incursão às Cortes Internacionais de Solução de Controvérsia, provocam o confronto constante de dois universos metodológicos outrora completamente diferentes. Os próprios temas objeto de discussão judicial e decisão reivindicam valores de uma ou de outra ordem, pondo em questão o dogma, seja da lei ou do precedente, como forma de se obter uma solução socialmente aceitável para certa ordem de conflitos.

Desta forma, o primeiro capítulo do trabalho pretende analisar o cerne do Sistema de Direito da família *common law*, sua evolução jurídica através dos anos, o *precedent* e a legislação como fontes deste sistema, fazendo-se uma análise crítica da evolução da produção normativa dentro da *common law*; será analisado, igualmente, o cerne do Sistema de Direito da família *civil law*, a produção normativa e a produção jurisprudencial junto ao Sistema de Direito da *common law*.

O segundo capítulo traz ao estudo o que seria um Sistema de Direito, ou seja, como funcionaria a idéia de um único sistema (em especial com a evolução das duas grandes famílias – Romano-Germânico e *Common Law*), sua estruturação e funcionamento dentro do ordenamento jurídico estatal; e, além do mais, faz-se uma análise de como seria a função da idéia de Sistema dentro da ciência do Direito além de seus conceitos; e, por fim, como se daria a obtenção do Direito à formação do Direito, bem como seus limites.

Finalmente, o terceiro e último capítulo, mostra como ocorre o surgimento e a formação de um novo Sistema de Direito, iniciando-se com a função que teve o

processo globalizador na formação deste novo sistema, surge um novo jurista, novo bacharel de direito; faz-se, também, uma análise da influência da criação da União Européia e do Direito Comunitário para a sistematização do novo direito, criando uma nova estrutura de como deve ser a formação de um grande sistema; analisa-se também a importância que teve a formação do Mercosul para a modificação do pensamento jurídico brasileiro, as consequências advindas com a criação de um bloco regional, tal qual é o Mercosul; e, por fim, como realmente se dá a formação desse novo sistema, através da análise do novo pensador do direito, em virtude de todas as mudanças e avanços ditos na busca de uma unificação de pensamentos, de sistemas jurídicos, bem como da importância das Cortes Internacionais de Solução de Controvérsia, em especial o Tribunal de Luxemburgo.

Assim, o presente estudo não tem a ambição de esgotar a matéria analisada. Ao contrário, é apenas o início de uma longa jornada de discussão sobre as mutações do direito e da sociedade no contexto de um mundo globalizado e complexo.

# 1 OS DOIS SISTEMAS JURÍDICOS<sup>1</sup> DA UNIÃO EURÓPEIA<sup>2</sup> E DO MERCOSUL<sup>3</sup>

O processo de tomada de decisão dos juízes de Direito da família do Sistema Romano-Germânico têm passado, sem que muitos percebam, por uma grande transformação. A “prova” disso é a utilização crescente pelos juristas brasileiros de matérias decisivas<sup>4</sup> produzidas pelos Tribunais.

---

<sup>1</sup> A autora preferiu utilizar, neste trabalho acadêmico, a expressão Sistema Jurídico ao invés de Tradição Jurídica, uma vez que o segundo capítulo deste trabalho tratará exclusivamente desses Sistemas, além de serem duas expressões distintas. Vale então mencionar, que Sistema Jurídico é um corpo operativo de instituições, procedimentos e normas jurídicas e que Tradição Jurídica é um conjunto de atitudes profundamente arraigadas e condicionadas historicamente acerca da natureza da lei, da função do direito na sociedade e na forma de governo, acerca da organização e operação apropriadas de um sistema jurídico, bem como sobre o modo como o direito deve ser criado, aplicado, estudado, perfectibilizado e ensinado; cf. MERRYMAN, John Henry. *La Tradicion Jurídica Romano-Canonica*. 2.ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p.13-15.

<sup>2</sup> A União Européia, que será analisada no item 3.2, teve seu início na década de 1950, na Europa, quando firmado o Tratado de Roma, em 1957, que tornou-se o embrião da Comunidade Econômica Européia – CEE; nesta oportunidade, apenas seis Estados europeus faziam parte da Comunidade Européia, a saber, Alemanha, Bélgica, França, Holanda, Itália e Luxemburgo. Após a assinatura do Tratado de Roma, somente em 07 de fevereiro de 1992, assinou-se em Maastrich, na Holanda, o tratado que criou a *União Européia – Tratado da União Européia*, TUE, denominado *Tratado de Maastrich*. O Tratado de Maastrich transformou a CEE em *Comunidade Européia*, CE, com a nítida intenção de ampliar o domínio de suas competências; aderiram à Comunidade Européia, a Dinamarca, Inglaterra e Irlanda em 1973, Grécia em 1981, Espanha e Portugal em 1986 e, Áustria, Finlândia e Suécia em 1994. Em 1997, foi assinado o *Tratado de Amsterdam* e, finalmente em 2002 assinou-se o *Tratado de Nice*, que pretende adaptar a União Européia à adesão de novos parceiros. SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao Direito Internacional Público*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.185-186.

<sup>3</sup> O Mercosul, que será analisado no item 3.3. deste trabalho, teve seu início com a assinatura do Tratado de Assunção, ocorrido em 26 de março de 1991, assinado por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, consolidando, as diretrizes básicas do Tratado de 1988 e da Ata de 1990, que previa a livre circulação de fatores produtivos e tarifas externas comuns a partir de janeiro de 1995. A Venezuela ingressou no Mercosul em junho de 2006, quando da realização do Cumbe de Presidentes em Córdoba (Argentina). Cf. Tratado de Assunção, [www.mercosur.org.uy/potugues/snor/normativa/TRATADO.htm](http://www.mercosur.org.uy/potugues/snor/normativa/TRATADO.htm). Acesso: jan. 2006.

<sup>4</sup> Entende-se por matérias decisivas as Jurisprudências e Súmulas; Súmula não é a jurisprudência em si; e, a Jurisprudência é, pois, o conjunto uniforme e constante de decisões judiciais (julgados), ou

Não se pode esquecer, contudo, que a origem/fonte do Sistema de Direito Romano-Germânico, encontra-se na Lei escrita, hoje a Lei escrita interna dos Estados.<sup>5</sup> Assim, apesar de se ter consciência de que o Sistema de Direito da *Civil Law*<sup>6</sup> ou, Romano-Germânico, tem sua origem na lei escrita, formal, solene, a qual, quase todos os membros dos blocos econômicos da União Européia<sup>7</sup> e do Mercosul estão submetidos, há que se verificar o porquê dessa crescente utilização da jurisprudência<sup>8</sup> pelos juristas desses dois blocos.

A Jurisprudência, também chamada de decisões dos tribunais, ou *precedent*<sup>9</sup>, constituiu o fundamento do Sistema de Direito da *Common Law*<sup>10</sup>, contrário ao Sistema de Direito Romano-Germânico que é essencialmente legicêntrico.

A par dessas discrepâncias, sempre muito destacadas por juristas<sup>11</sup> de todo o mundo, ao se analisar a importância dada ao *precedent* e à Lei nos dois Sistemas

seja, de soluções dadas pelas decisões dos Tribunais sobre determinadas matérias. Cf. GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução à Ciência do Direito*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p.155.

<sup>5</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

<sup>6</sup> Fazem parte do Sistema de Direito da *Civil Law* ou Romano-Germânico, não se esgotando, porém, o rol de países, por exemplo, os membros do Mercosul, como também o Canadá, Chile, Colômbia, Espanha, França, Holanda, México, Portugal, Venezuela, Canadá, sendo este uma cultura transsistêmica.

<sup>7</sup> O Termo União Européia foi criado com a assinatura do Tratado da União Européia que tinha por finalidade agrupar as Comunidades Européias, conforme se verifica na leitura do art. 1º daquele Tratado: “A União funda-se nas Comunidades Européias, completadas pelas políticas e formas de cooperação instituídas pelo presente Tratado. A União tem por objetivo organizar de forma coerente e solidária as relações entre os Estados-Membros e entre os respectivos povos”, Jornal Oficial das Comunidades Européias. 18.12.2000.

<sup>8</sup> A Jurisprudência, fonte bastante difundida no Sistema de Direito Romano-Germânico significa o pronunciamento dialético dos juízes, como, já diziam os franceses, com certa similitude no plano meramente formal. Não se deve confundir jurisprudência com decisão judicial. Enquanto a decisão judicial é o presente rumo ao futuro, a jurisprudência é o passado que informa o presente. Às vezes, uma decisão judicial pode constituir jurisprudência, mas a sucessão de decisões judiciais vai instruir a jurisprudência. STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 5.ed. São Paulo: Editora LTr, 2003. p.122.

<sup>9</sup> Os *precedents*, fonte primordial do Sistema de Direito da *Common Law*, são regras cuja existência foram reconhecidas pelos juízes nos casos precedentemente submetidos a eles. DAVID, René. *O Direito Inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.13.

<sup>10</sup> A *Common Law* é o produto natural de regras não escritas no decorrer dos séculos, sendo que foram, num primeiro momento, os juízes ingleses que fizeram obra criadora, e em seguida, esse juridismo foi estendido e por vezes modulado por outros países, a saber: Irlanda, Estados Unidos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia. SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano*. São Paulo: Landy, 2001. p.13.

<sup>11</sup> Juristas como DAVID, René em *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1986; MERRYMAN, John Henry em *La Tradición Romano-Canonic*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971; SOARES, Guido Fernando Silva em *Common Law – Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; e, SÉROUSSI, Roland em *Introdução ao direito Inglês e Norte-Americano*. São Paulo: Landy Editora, 2001; são alguns que se destacam quando se analisa a lei e o *precedent*.

de Direito, *Common Law* e Romano–Germânico, está sendo reduzida quando se trata da União Européia e do Mercosul.

Dessa forma, altera-se o equilíbrio das fontes que, antes do século XX, compunham uma equação considerada imutável, conduzindo aparentemente a uma modernização do Direito<sup>12</sup>. Assim, seria impossível estudar diretamente a modernização do Direito no âmbito de uma era juridicamente globalizada, sem a realização de uma análise, primeiramente, histórica e, após jurídica, da evolução destas duas grandes famílias de direito – *Common Law* e *Civil Law* para que se possa, posteriormente, entender os anseios de mudança institucional da coletividade no momento da formação das entidades supranacionais<sup>13</sup>, como a União Européia, e intergovernamentais<sup>14</sup>, como o Mercosul.

## 1.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS DE DIREITO DA *COMMON LAW* E DA *CIVIL LAW*

### 1.1.1 A Evolução Histórica do Sistema de Direito da *Common Law*

O direito inglês<sup>15</sup>, ou *Common Law*, superou amplamente o domínio restrito de sua aplicação territorial, expandindo sua forma tradicional de ver o Direito para outros povos do mundo. Por isso, não pode ser compreendido em oposição ao

---

<sup>12</sup> Contudo, as transformações que estão ocorrendo no Direito dos Blocos Econômicos - Mercosul e União Européia, não podem ser interpretadas somente como a superação de dogmas e princípios, mas sim, como a necessidade coletiva de superar barreiras também na esfera jurídica.

<sup>13</sup> A expressão supranacionalidade foi incorporada ao léxico jurídico após a Declaração de Schuman, de 9 de maio de 1950, que lançou as bases da integração européia, particularmente da Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA), formada por Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Holanda. SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Op. cit.*, p.65-66.

<sup>14</sup> O Mercosul é dotado de personalidade jurídica de direito internacional público e sua estrutura institucional é intergovernamental, cf. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação Jurisdicional...* . *Op. cit.*, p.109.

<sup>15</sup> A expressão Direito Inglês, sinônimo da *Common Law* e Direito Comum, não é apenas exclusivo da Inglaterra e do País de Gales, mas está na origem da maioria do direito dos países de língua inglesa. DAVID, René. *Op. cit.*, p.VII.

Direito dos países regidos pelos princípios do Sistema de Direito Romano-Germânico.

Conforme se verificará no decorrer deste capítulo, em virtude da evolução do Direito, e, devido às inúmeras outras circunstâncias, a aproximação e a confluência da *Common Law* com certos princípios da *Civil Law* é cada vez mais evidente. Desse modo torna-se quase impossível estudar separadamente esses dois Sistemas, pois um completa as lacunas jurídicas do outro.

A maior prova dessa aproximação hodiernamente dita pela *Common Law* e pela *Civil Law* é o sistema misto utilizado pelos EUA, onde a forma escrita, representada pela Constituição Federal Americana, convive lado a lado com os *precedents*. Contudo, não ocorre interferência ou qualquer outra forma de intromissão de uma para com as outras.

No entanto, no início da formação jurídica dos países pertencentes ao Sistema de Direito da *Common Law*, em especial a da Inglaterra, a mesma não era encarada da mesma maneira como hoje é conhecida.

Para alcançar o estágio em que hoje se encontra, o Sistema de Direito da *Common Law* teve de passar por grandes desafios e disputas, tal como ocorreu quando utilizou o instituto jurídico da *equity*<sup>16</sup>, momento em que ela foi colocada no lugar mais elevado da consciência jurídica dos juristas ingleses.<sup>17</sup>

Assim, para se entender o estágio em que o direito inglês se encontra hoje, é necessário analisar a sua formação. No início da formação do direito inglês, ele foi dividido em quatro períodos distintos. O primeiro deles, e talvez a pedra fundamental da criação da *Common Law* tal qual se conhece atualmente, data do século XI, no ano de 1066, com a conquista da Normandia pelo Rei Guilherme, o Conquistador.<sup>18</sup> Tal fato fortaleceu o poder da Inglaterra, enriquecido pela experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia. Com efeito, a conquista normanda põe fim

---

<sup>16</sup> O instituto jurídico da *Equity* era visto como a intervenção do Chanceler para solucionar problemas que a *Common Law* não solucionava, porém ela nunca fazia direito novo, e sim, respeitaria as regras de direito já existentes. DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p.309.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p.310.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p.310.

à época tribal, trazendo para o interior do espaço territorial inglês, os princípios básicos do feudalismo, já bastante observados na França, na Alemanha e na Itália.<sup>19</sup>

Nessa época, a língua francesa impõe-se a um só tempo como a língua da Corte, dos diplomatas e dos juristas. Essa tradição será mantida até o século XV, sendo abolida apenas com a dinastia dos *Tudors*.<sup>20</sup>

Surgem, assim, várias denominações para o direito da época, que são utilizadas até hoje.<sup>21</sup> Porém, tais denominações são incorretas frente ao rumo tomado pelo direito inglês: é evidente que não se trata de um direito anglo-saxônico, pois este era o direito das tribos e reinos da Inglaterra, antes da conquista normanda no século X, o qual conviveria com a *Common Law* nos seus primórdios e que até hoje pode ser invocado em matéria de usos estritamente locais na Inglaterra.<sup>22</sup>

Posteriormente, surge o segundo período, pós-conquista, que se estende do ano 1066 a 1485, iniciando realmente a inserção da *Common Law* em toda a Inglaterra e em países dominados por ela. A partir deste momento, o Direito Inglês, comum a toda a Inglaterra<sup>23</sup>, será obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, também chamados de Tribunais de Westminster.<sup>24 25</sup>

Durante o século XIII, o Rei inglês exerceria apenas uma alta justiça, sendo que, somente lhe era informado o litígio que ameaçasse a paz do reino ou se as circunstâncias impossibilitassem que a justiça fosse praticada pelos meios normais. Deve-se considerar que a *Common Law*, durante o século XIII, não se apresenta como um sistema que visa a realizar a justiça; era antes um conglomerado de

---

<sup>19</sup> Ibid., p.315.

<sup>20</sup> SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao Direito Inglês e norte-americano*. São Paulo: Landy Editora, 2001. p.20.

<sup>21</sup> Neste período, séculos XI e XII, o direito inglês passa a ser chamado de Direito Anglo-saxônico expressão que não mais é usada nos dias atuais, considerando-se as inúmeras transformações ocorridas a partir desse momento. A expressão mais correta para se referir ao direito vigente na Inglaterra e demais seguidores é a expressão *Common Law*, que se traduziria para o Sistema de Direito Romano-Germânico como *Direito Comum*. DAVID, op. cit., p.311.

<sup>22</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law – Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.51.

<sup>23</sup> No decorrer do trabalho o Direito Inglês ou *Common Law* será muito utilizado, citando a Inglaterra como país chave, isso porque, conforme fica claro a partir do desenvolvido do item 1.1.1 Evolução Histórica, este Sistema de Direito surgiu e se expandiu a partir da Inglaterra.

<sup>24</sup> DAVID, op. cit., p.288.

<sup>25</sup> O processo seguido nos Tribunais Reais de Westminster, conhecidos no século XIII, variava segundo a maneira como era conduzido o processo. A cada *writ* corresponde, de fato, um dado processo que determina a seqüência dos atos a realizar, a maneira de regular certos incidentes, as possibilidades de representação das partes, as condições de admissão das provas e as modalidades da sua administração, e os meios de fazer executar a decisão. Ibid., p.289.

processos próprios para assegurar, em casos cada vez mais numerosos, a solução dos litígios.<sup>26</sup>

Ademais, as Cortes Reais foram, de fato, jurisdições de direito comum, com uma competência universal. No entanto, era necessário, em primeiro lugar, conseguir com que elas admitissem sua competência, antes que se pudesse lhes submeter um litígio quanto ao mérito. Essas dificuldades de ordem processual, expressadas pelo brocardo chamado *Remedies precede Rights*<sup>27</sup>, marcaram profundamente o desenvolvimento da *Common Law*.<sup>28</sup>

Contrariamente, durante o século XIII, os juristas do Direito Romano podiam avocar jurisdições com uma competência geral. Mas as jurisdições de exceção, como eram as Cortes Reais na *Common Law*, não tinham a mesma liberdade de manobra: eram obrigadas a se situarem no âmbito das normas processuais formalistas existentes.<sup>29</sup>

Assim, devido a esse formalismo da *Common Law*, surge o terceiro período de formação do direito inglês, o que mais influenciou para que a *Common Law* tomasse a importância que se conhece atualmente: o qual dá início a rivalidade entre a *Common Law* e a *equity*<sup>30</sup>, que perdurou de 1485 a 1832.

A *Common Law*, antes do início da terceira fase do Direito Inglês, era julgada coercitiva e espreitada por uma perigosa esclerose devido ao formalismo muito acentuado, o que descontentava vivamente os indivíduos. Estes, insatisfeitos com as decisões da *Common Law*, voltaram-se para a coroa real para que ela corrigisse alguns excessos dessa ramificação maior do direito inglês.<sup>31</sup>

Por sua vez, as regras de *equity* eram brandas, concisas e precisas, não deixavam de obedecer a um processo bem definido, pondo em risco a existência da *Common Law*, demasiadamente formalista.

---

<sup>26</sup> DAVID, op. cit., p.291.

<sup>27</sup> A expressão inglesa *Remedies precede rights* significa em primeiro lugar o processo. Ibid., p.290.

<sup>28</sup> Ibid., p.05.

<sup>29</sup> Ibid., p.06.

<sup>30</sup> A *equity*, corroborando o contido na nota de rodapé nº. 16, consistia nos remédios admitidos e aplicados por uma Corte Real específica, a Corte do Chanceler do Rei. A *equity* correspondia, no século XVII, antes do início do terceiro período, a uma necessidade. Ela era necessária para completar uma *Common Law* demasiado formalista e esclerosada, que o Parlamento era incapaz de reformar. Ibid., p.09.

<sup>31</sup> SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao Direito Inglês e norte-americano*. São Paulo: Landy Editora, 2001. p.21.

Assim, o Direito Inglês no século XVI, quase aderiu à família dos Direitos do Sistema Romano-Germânico, ou do Continente, como eram chamados na época, devido ao triunfo da jurisdição de equidade dos Tribunais do Chanceler e pela decadência da *Common Law*. Porém, diversas circunstâncias contribuíram para que esse desenvolvimento da *equity*, que poderia ser o estopim para a reunião dos dois sistemas – *Common Law* e *Civil Law* –, não se produzisse e se concretizasse:

A resistência dos juristas precisou ser levada em consideração pelos soberanos, porque os tribunais de *Common Law* encontraram, para a defesa de sua posição e da sua obra, a aliança do parlamento, com eles coligado contra o absolutismo real. A má organização da jurisdição do Chanceler, a sua morosidade e a sua venalidade forneceram armas aos seus inimigos. A revolução que teria conduzido a Inglaterra para a família dos Direitos Romano-Germânicos não se realizou; foi concluído um compromisso para que subsistissem, lado a lado, em equilíbrio de forças, os tribunais de *Common Law* e a jurisdição do Chanceler.<sup>32</sup>

Desse modo, ao lado das regras da *Common Law*, que eram as obras dos Tribunais Reais de Westminster, também designados tribunais da *Common Law*, o direito inglês apresentava soluções de *equity*, sendo que estas vieram completar e aperfeiçoar as regras da *Common Law*.<sup>33</sup> Contudo, as soluções de *equity* tornaram-se, com o decorrer dos séculos, tão estritas, tão jurídicas como às da *Common Law* e a sua relação com a equidade não permaneceu muito mais íntima do que no caso das regras da *Common Law*.<sup>34</sup>

A partir de então, as duas famílias do Direito Inglês se fundem, as regras de *Common Law*, obra jurisprudencial, constituem o fundamento, o fermento do Direito Inglês, cabendo a *equity* um papel puramente corretivo, complementar da *Common Law*, um tipo de magistério moral.<sup>35</sup> Então são as importantes leis judiciárias de 1873 e 1875 (*Judicature Acts*) que realizam essa reforma: a dualidade dos processos das duas ramificações é evitada e a simbiose levada a cabo.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> DAVID, op. cit., p.297.

<sup>33</sup> Ibid., p.298.

<sup>34</sup> DAVID, loc. cit.

<sup>35</sup> SÈROUSSI, op. cit., p.22.

<sup>36</sup> Ibid. p.23.

As regras de *Common Law* e as de *equity* podem desse momento em diante ser invocadas e aplicadas numa ação única, perante uma jurisdição única também: a *Supreme Court of Judicature*.<sup>37 38</sup>

Esta estrutura dualística do direito inglês perdura até o século atual, criando de precedente em precedente, buscando em cada caso a solução mais razoável a consagrar, a solucionar conflitos.

Entretanto, naquele período histórico, dos séculos XV ao XVIII, o formalismo da Idade Média foi progressivamente atenuado, mas, o seu princípio, foi conservado até o século XIX. Os juristas ingleses foram levados, assim, a concentrar sua atenção no direito processual, que era sempre permeado de ciladas, em vez de se concentrarem no direito material.<sup>39</sup>

Nota-se, então, que a preocupação essencial sempre foi, na Inglaterra, levar o processo até o fim, frustrando todas as manobras do adversário; ocorrendo essas, faz-se necessário remeter-se ao veredicto, freqüentemente imprevisível, de um júri.<sup>40</sup>

Como conseqüência disto, surge o quarto período na primeira metade do século XIX estendendo-se até o final do século XX<sup>41</sup>, que se caracteriza pela corrente socialista, que busca, sobretudo, o Estado do bem-estar social.<sup>42</sup>

No período histórico compreendido pelo “*Welfare State*” ou “Estado Social”<sup>43</sup> ou “Estado do bem-estar social”, países como a Inglaterra e a França, ambas membros da União Européia, esforçaram-se para criar uma nova sociedade, com

---

<sup>37</sup> Ibid., p.27.

<sup>38</sup> A expressão inglesa *Supreme Court of Judicature* significa em português Suprema Corte de Justiça.

<sup>39</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p.6-7.

<sup>40</sup> Ibid., p.6.

<sup>41</sup> Na figura de democracia de massa de Estados sociais, a forma econômica altamente produtiva do capitalismo foi submetida, pela primeira vez de modo social e mais ou menos harmonizada, à auto-compreensão normativa de Estados constitucionais democráticos. Mas, no mais tardar, desde 1989, a esfera pública percebeu o fim dessa era. Nos países em que o Estado social, ao menos olhando retrospectivamente, é percebido como uma conquista da política social, difundiu-se a resignação. O final do século encontra-se sob o signo do risco estrutural de um capitalismo domesticado de modo social e do renascimento de um neoliberalismo indiferente ao social. HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional*. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p.64.

<sup>42</sup> DAVID, op. cit., p.7.

<sup>43</sup> O *Welfare State*, ou Estado Social é, segundo Habermas, na dialética da igualdade jurídica e desigualdade fática que se fundamenta a tarefa do *Estado social* de atuar no sentido de garantir as condições de vida – em termos sociais, tecnológicos e ecológicos – que tornam possível um uso igualitário dos direitos civis divididos de modo igual. HABERMAS, op. cit., p.83-84.

mais igualdade e mais justiça. Neste contexto, a legislação e a regulamentação administrativa desempenharam um papel primordial.<sup>44</sup>

Nota-se que neste período histórico, o Sistema de Direito da *Common Law* sofreu uma grave crise com a evolução do Estado. Isso porque os processos de elaboração casuística e jurisprudencial, pelos quais ele se caracterizou desde a origem, convergiam a fim de efetuar na sociedade profundas e rápidas transformações, tudo isso na tentativa de não se deixar sucumbir ao Estado nacional.

As leis e regulamentos adquiriram uma importância desmedida em comparação com a situação anterior.<sup>45</sup>

A elaboração dos regulamentos administrativos e sua aplicação trouxeram inúmeros novos problemas <sup>46</sup>, dos quais surgiram uma infinidade de litígios entre a administração e os cidadãos.<sup>47</sup>

Até o século XVII, formaram-se Estados na Europa que se caracterizavam pelo *domínio soberano* sobre um território e que eram superiores em capacidade de controle às formações políticas mais antigas, tais como os antigos reinados ou Cidades-estados. Como *Estado administrativo* com uma função específica, o Estado moderno diferenciou-se da circulação da economia de mercado institucionalizada legalmente; ao mesmo tempo, como *Estado fiscal*, ele se tornou dependente também da economia capitalista. Ao longo do século XIX ele se abriu como *Estado nacional*, para formas democráticas de legitimação. Em algumas regiões privilegiadas e sob as condições propícias do pós-guerra, o Estado nacional, que entretanto se tornara um modelo para o mundo, pôde se transformar em *Estado social* – graças à regulação de uma economia política, no entanto, intocável no seu mecanismo de autocontrole.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> DAVID, op. cit., p.11.

<sup>45</sup> Ibid., p.301.

<sup>46</sup> Ao lado dos tribunais que formam a *common law*, foram criados múltiplos organismos para solucionar as contestações causadas pelas novas leis, porque se pensou que não somente os tribunais tradicionais ficariam congestionados, se devessem julgar este novo contencioso, mas também que não estavam preparados para realizar esta tarefa de maneira desejável. DAVID, loc. cit.

<sup>47</sup> DAVID, loc. cit.

<sup>48</sup> HABERMAS, op. cit., 2001. p.69.

O direito inglês aderiu à transformação trazida pelo Estado Social, e apesar de ter aderido a estas transformações, continua muito vivo, à procura de uma forma de resolver a atual problemática<sup>49</sup> criada pelo *Welfare-State*.<sup>50</sup>

Da mesma forma, os países que pertencem ao Sistema de Direito da *Civil Law*, também passaram por diversas transformações históricas ao longo de sua existência; assim, em virtude da situação atual trazida a este Sistema pelas mudanças históricas, passar-se-á a analisar sua evolução histórica, sem que, com isto, danifique-se o cerne tradicionalmente fundado da *Common Law* nos precedentes jurisprudenciais.

### 1.1.2 Evolução Histórica do Sistema de Direito Romano-Germânico

O direito romano foi sucedido pelo Sistema de Direito da família Romano-Germânica, cuja evolução foi concluída; apesar disto, o Sistema de Direito Romano-Germânico, de modo algum, é a cópia do direito romano, tanto mais que muitos dos elementos da família romano-germânica derivam de fontes diversas do antigo direito romano.<sup>51</sup>

A família de Direito Romano-Germânica, com o passar do tempo e, principalmente, pelas conquistas romanas nos primeiros séculos da era cristã, difundiu para o mundo a forma de fazer o direito dos pretores de Roma, arraigando

---

<sup>49</sup> A democracia de massa do Estado de bem-estar social ocidental encontra-se, sem dúvida, no fim de um desenvolvimento de duzentos anos, que iniciou com o Estado nacional derivado da Revolução. Devemos recordar a constelação desse início se quisermos compreender por que o estado social se encontra hoje em apuros. O teor contrafactual da autonomia republicana conceituada por Kant e Rousseau só pôde se afirmar contra os desmentidos a várias vozes, de uma realidade que parecia tão diferente, porque encontrou o seu “assento” nas sociedades constituídas com base no Estado nacional. O Estado territorial, a nação e uma economia constituída dentro das fronteiras nacionais formaram então uma constelação histórica na qual o processo democrático pôde assumir uma figura institucional mais ou menos convincente. Também só pôde se estabelecer no âmbito do estado nacional a idéia segundo a qual a sociedade composta democraticamente pode atuar reflexivamente sobre si de modo amplo graças à ação de uma das suas partes. Hoje essa constelação é posta em questão pelos desenvolvimentos que se encontram no centro das atenções e que leva o nome de “globalização”. *Ibid.*, p.77-78.

<sup>50</sup> Habermas segue o pensamento citado acima, dizendo que “Essa combinação bem sucedida está ameaçada na medida em que uma economia globalizada foge a intervenções desse *Estado regulador*”. As funções do Estado social evidentemente só poderão continuar a ser preenchidas no mesmo nível de até agora se passarem do Estado nacional para organismos políticos que assumam de algum modo uma economia transnacionalizada. *Ibid.*, p.69.

<sup>51</sup> DAVID, *op. cit.*, p.25.

este direito nos povos por eles dominados. Atualmente, a família do Sistema de Direito Romano-Germânico está dispersa pelo mundo inteiro<sup>52</sup>.

Na Antigüidade, o Império Romano conheceu uma civilização brilhante, e o gênio romano construiu um sistema jurídico sem precedentes no mundo; mas o Império Romano deixou de existir no final século V no Ocidente. Nesse sentido, as invasões de diversos povos, germanos em particular, levaram a queda do Império Romano no século V<sup>53</sup>; em seguida a estas invasões, as populações romanizadas por um lado, os bárbaros por outro, passaram a viver conjuntamente<sup>54</sup>, cada um deles seguindo a sua própria lei<sup>55</sup>.

Contudo, com o passar do tempo, e em virtude da convivência dos povos, os modos de vida do povo romano e do povo germânico foram se aproximando; a miscigenação entre os diversos grupos étnicos foi gradualmente sendo verificada, e os costumes territoriais, com a feudalismo nascente, voltaram a vigorar, excluindo o princípio primitivo da personalidade da lei.<sup>56</sup> Assim, o século XIII é a época em que surge, do ponto de vista científico, o sistema de direito romano-germânico<sup>57</sup>, com o renascimento<sup>58</sup> dos estudos de direito romano nas universidades<sup>59</sup>, as quais serão objeto de análise adiante.

---

<sup>52</sup> Verifica-se tal posição com doutrinadores como Deisy Ventura, Ricardo Seitenfus, Luiz Olavo Baptista, entre outros que discorrem que todos os países membros do Mercosul, bem como o Canadá, Espanha, França, México, Portugal, entre outros exemplos fazem parte da Família Romano-Germânica.

<sup>53</sup> Os Bárbaros que se instalaram no século V no Império Romano não eram os povos jovens mas selvagens, que ainda há pouco tinham saído das florestas ou das estepes, que foram descritos pelos seus detractores da época ou por seus admiradores modernos. Embora não fossem restos de uma raça enfraquecida, despedaçada pelas suas lutas internas, enervada por uma série de revoluções sociais e que perdeu as suas instituições, tinham já evoluído bastante durante as deslocações, em vários casos seculares, que por fim os lançaram sobre o mundo romano. Tinham visto muito, tinham aprendido muito e não tinham deixado de fixá-lo. LE GOFF, Jacques. *A Civilização do ocidente Medieval*. 2.ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1995. Vol. I, p.37-38.

<sup>54</sup> Deste modo, cada um dos dois campos parecia ter ido ao encontro do outro. Os Romanos, decadentes, barbarizados por dentro, rebaixavam-se ao nível dos Bárbaros, ainda mal talhados, só polidos por fora. Ibid., p.39.

<sup>55</sup> A conversão de um e a legislação do outro eram feitas para conquistar simpatias entre os galo-romanos. LOPES, José Reinaldo Lima. *O Direito na História*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p.69.

<sup>56</sup> DAVID, op. cit., p.29.

<sup>57</sup> Não existe unanimidade, entre os doutrinadores, quando a discussão é sobre a data de surgimento do Sistema de Direito Romano-Germânico, alguns doutrinadores como René David mencionam que o surgimento do Sistema de Direito Romano-Germânico deu-se no século XIII, outros doutrinadores, como LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. São Paulo: Max Limonad, 2000, menciona que o surgimento do Sistema de Direito Romano-Germânico deu-se no século XI.

<sup>58</sup> A expressão renascimento posta no texto, refere-se ao renascimento do Direito Romano entre os séculos XII e XIII, e, não ao Renascimento dos grandes pensadores ocorrido entre os séculos XVII e XVIII.

<sup>59</sup> DAVID, op. cit..

Durante cinco séculos o Sistema de Direito da *Civil Law* será dominado pela doutrina, sob a influência principal da qual a própria prática do direito evoluirá em diversos Estados. A doutrina preparará, com a Escola do Direito Natural, o renascimento do período seguinte, aquele em que ainda se encontra a *Civil Law* – período no qual o sistema será dominado pela legislação.<sup>60</sup>

Conforme já mencionado, a criação da família de Direito Romano-Germânica está ligada ao renascimento que se produz entre os séculos XII e XIII no Ocidente europeu<sup>61</sup>. Este renascimento manifesta-se em todos os planos; um dos seus aspectos importantes é o jurídico. A sociedade, com o renascimento das cidades e do comércio, toma de novo consciência de que só o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso.<sup>62</sup>

Neste período deixa de existir a confusão existente entre a religião e a moral com o direito; a partir de então, o direito passa a ser reconhecido tendo uma função própria e autônoma, características que persistem até hoje no direito romano-germânico<sup>63</sup>.

Deste modo, a idéia de que a sociedade deve ser regida pelo direito não é mais uma idéia nova, uma vez que a eclosão do Sistema Romano-Germânico, que se produziu nos séculos XII e XIII, de modo algum é devida à afirmação de um poder político ou à centralização operada por uma autoridade soberana. O Sistema de Direito Romano-Germânico diferencia-se, por isto, do Direito Inglês, em que o

---

<sup>60</sup> Ibid., p.27.

<sup>61</sup> Entre os séculos V e X, houve uma série de penetrações, peripécias e conflitos entre esses dois sistemas de direito. Cada vez que, sobre as ruínas do Império Romano, um Estado começa a se esboçar, cada vez uma estrutura estatal começa a nascer; desse modo, o Direito Romano, velho direito de estado, se revitaliza. É assim que, nos reinos merovíngios, sobretudo na época do império Carolíngio, o Direito Romano sobrepujou, de certa forma, o Direito Germânico. Por outro lado, cada vez que há dissolução desses embriões, desses lineamentos de estados, o velho Direito Germânico triunfa e o Direito Romano cai por vários séculos no esquecimento, só reaparecendo lentamente no fim do século XII e no curso do século XIII. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3.ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002. p.58.

<sup>62</sup> DAVID, op. cit., p.31.

<sup>63</sup> Toda a segunda metade da Idade Média (séculos XII e XIII) vai assistir à transformação destas velhas práticas e à invenção de novas formas de justiça, de novas formas de práticas e procedimentos judiciários. Formas que são absolutamente capitais para a história da Europa e para a história do mundo inteiro, na medida em que a Europa impôs violentamente o seu jugo a toda a superfície da terra. O que foi inventado nessa reelaboração do Direito é algo que, no fundo, concerne não aos conteúdos, mas às formas e condições de possibilidade do saber. O que se inventou no Direito dessa época foi uma determinada maneira de saber, uma condição de possibilidade de saber, cujo destino vai ser capital no mundo ocidental. FOUCAULT, op. cit., p.562-63.

desenvolvimento do Sistema de Direito da *Common Law* estava ligado ao progresso do poder real à existência de Tribunais Reais fortemente centralizados.

No continente europeu da época, não se observa nada disso. Ao contrário, o Sistema de Direito Romano-Germânico irá afirmar-se nos séculos XII e XIII, numa época em que, não só a Europa não constitui uma unidade política, mas em que a própria idéia de que ela poderia ser diferente acaba por parecer quimérica: uma época em que se torna evidente que os esforços do papado ou do Império não bastaram para reconstruir, no plano político, a unidade do Império Romano.<sup>64</sup> Assim, verifica-se que o Sistema de Direito Romano-Germânico, *foi fundado sobre uma comunidade de cultura*.<sup>65</sup> Ele surgiu e continuou a existir, *independentemente de qualquer intenção política*.<sup>66</sup>

Neste momento histórico, surgem, no cerne do Sistema de Direito Romano-Germânico, as Universidades<sup>67</sup>, e com elas a difusão de um modelo de organização social, orientando o ensino do direito para o que se chama de direito positivo, tido até hoje.

As Universidades, contrariamente ao que se pensa, não são escolas práticas, mas sim, escolas voltadas ao estudo teórico do processo, com matérias filosóficas e teológicas em seu âmago. O professor<sup>68</sup> dedicava-se a ensinar um método apto a destacar as regras de fundo consideradas as mais justas, as mais conformes à moral, as mais favoráveis ao bom funcionamento da sociedade. Não concebendo a sua função como sendo a de descrever práticas existentes, nem dizer como na prática se poderá dar eficácia às regras que declarou conformes à justiça.<sup>69</sup> Portanto, a universidade não era um conjunto físico de instalações e não tinha uma

---

<sup>64</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p. 32.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p.32.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p.32.

<sup>67</sup> A universidade é uma invenção medieval: embora houvesse escolas na civilização greco-romana, só a partir dos séculos XI e XII podemos reconhecer a universidade. Naturalmente ela é muito distinta do que hoje chamamos universidade, a não ser pelo fato de dar início à autonomia da ciência ocidental. LOPES, José Reinaldo Lima. *O Direito na História*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p.120.

<sup>68</sup> O papel do mestre é colocar em dúvida as explicações fáceis, para obter uma solução mais clara das contradições. *Ibid.*, p.121.

<sup>69</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p.32.

sede quando surgiu: tratava-se de uma corporação de alunos ou professores e funcionava onde houvesse lugar.<sup>70</sup>

Apesar disto, com o passar do tempo, o ensino de direito romano nas universidades sofreu transformações, sendo que várias escolas se sucederam, tendo cada uma seus próprios métodos e preocupações. Uma primeira escola, a dos *glosadores*, procurou reencontrar e explicar o sentido originário das leis romanas. A partir do surgimento dos glosadores são abandonados alguns textos das compilações de Justiniano porque se referem às instituições da Antiguidade desaparecidas<sup>71</sup> ou porque se relacionam com matérias que eram reguladas pelo direito canônico da Igreja.<sup>72</sup>

Assim, os glosadores, como primeira grande escola, tiveram um trabalho mais limitado na sua relação com o texto. Muito embora para eles fosse indispensável conhecer todo o texto, ainda assim a glosa é um comentário do texto e segue a sua ordem. Não queriam usá-la na vida prática: queriam comprová-lo como instrumento de razão da verdade da autoridade.<sup>73</sup>

Com a escola dos *pós-glosadores*<sup>74</sup>, ou comentadores, no século XIV, uma nova tendência se manifesta e um trabalho muito diferente é realizado: o direito romano é devidamente expurgado, submetido a distorções; presta-se a desenvolvimentos inteiramente novos<sup>75</sup>, ao mesmo tempo em que é sistematizado na sua apresentação, de uma forma que contrasta vivamente com o caos do Digesto e o espírito casuístico e empírico dos jurisconsultos de Roma.<sup>76</sup>

Nos séculos XIV e XV, ensina-se, sob o nome de *usus modernus Pandectarum*, um direito romano profundamente deformado, especialmente sob a

---

<sup>70</sup> LOPES, José Reinaldo Lima. *O Direito na História*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p.122.

<sup>71</sup> A escravatura é um exemplo de Instituições da Antiguidade que desapareceram.

<sup>72</sup> Algumas das Instituições reguladas pelo Direito Canônico que podem ser citadas são o casamento e o testamento.

<sup>73</sup> LOPES, op. cit., p.133.

<sup>74</sup> Os comentadores, a segunda escola, transformam-se nos grandes conselheiros dos príncipes, das comunas e dos particulares. Eles emitem opiniões e pareceres (*consilia*), ajudam a dar mais um passo na unificação ou, pelo menos, na harmonização dos direitos locais espalhados pela Cristandade. Conciliam direitos locais entre si, pela via do direito comum, o *ius commune*, ou seja, o *direito romano erudito*, acadêmico. Tornam possível também a convivência da tradição feudal com as novas tendências da vida européia: o comércio e a monetarização da vida e das obrigações, uma certa flexibilização nas transferências de terras e sucessões. Ibid., p.134.

<sup>75</sup> Pode-se dizer que os novos Direitos surgidos com a escola dos pós-glosadores são direito comercial e direito internacional privado.

<sup>76</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p.35.

influência das concepções do direito canônico; segundo o método escolástico, apresentam-se, sobre as diferentes questões, as opiniões de Bartolo, de Baldo, de Azo e de diversos pós-glosadores. Procura-se encontrar assim a solução justa do problema, levando em consideração a *communis opinio doctorum*.<sup>77</sup>

Mas, uma nova escola de direito surge no século XVII, atuando até o final do século XVIII, a qual pretende sistematizar ainda mais o ensino do direito nas universidades. Esta escola foi denominada de escola de direito natural.<sup>78</sup> A escola de direito natural<sup>79</sup> renova completamente a ciência do direito nos seus próprios métodos, pelas suas tendências axiomáticas e pelo apelo que faz a legislação. No que respeita à substância do direito, a sua ação deve ser considerada em dois domínios: o do direito privado e o do direito público.<sup>80</sup> Quanto à matéria de direito privado, a escola de direito natural aceita as soluções às quais chegaram os pós-glosadores; em matéria de direito público, a escola de direito natural, propõe modelos deduzidos da razão.

Dessa forma, a obra das universidades compreende-se apenas em referência a um conceito de direito natural. Nas suas escolas de direito procura-se descobrir, com o auxílio dos textos romanos, as regras mais justas, as regras que seguem uma ordem bem concebida numa sociedade cuja existência é exigida pela própria natureza das coisas. Contudo, as universidades não fazem, e nem pretendem fazer, uma obra de direito positivo, não têm competência, de resto, para fixar regras que, em todos os países, juízes e práticos deveriam necessariamente aplicar.<sup>81</sup>

Mas, as universidades, nas quais se produz o renascimento dos estudos de direito romano, propõem uma solução: repor em vigor o direito romano. Uma outra

---

<sup>77</sup> Ibid., p.35.

<sup>78</sup> Ibid., p.36.

<sup>79</sup> O direito natural moderno quer ser um direito do senso comum, pelo qual todos podem chegar às máximas jurídicas. É, no entanto, dominado por saberes competentes, pela mesma razão que a geometria, sendo evidente uma vez aprendida, não é evidente para uma mente não suficientemente treinada. Por isso mesmo, este direito natural teórico e abstrato não é dominado adequadamente nem mesmo pelos juristas não treinados, os leigos, os juízes de municípios ou câmaras, etc. É um direito natural de fato pertencente a letrados, professores, burocratas, mas sobretudo eruditos que, pouco a pouco vão penetrando as condições intelectuais para o advento dos códigos. LOPES, José Reinaldo Lima. *O Direito na História*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p.219.

<sup>80</sup> DAVID, op. cit., p.37.

<sup>81</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p.35.

solução pode, porém, ser imaginada: desenvolver um novo direito com base nos costumes existentes ou, na falta de tais costumes, sobre uma base jurisprudencial<sup>82</sup>.

Assim, pode-se tomar um direito completo e adaptá-lo; ou pode-se construir algo de novo, à medida que se manifesta a sua necessidade. A segunda solução é a que prevaleceu na Inglaterra, onde se edificou o outro sistema, o da *Common Law*, conforme analisado no item anterior.

As condições próprias da Inglaterra, conforme anteriormente mencionado, impediram que os Tribunais considerassem o direito como as universidades os convidavam a considerá-lo; isto era impossível porque as jurisdições reais<sup>83</sup> tinham apenas uma condição restrita, ligada a processos que não lhes permitiam considerar o direito, com toda a liberdade, sob o ângulo da moral e da política.<sup>84</sup>

O direito romano era em si mesmo, talvez, o melhor direito, aquele que deveria ser aplicado, mas na Inglaterra era um direito que não se podia aplicar.<sup>85</sup>

Assim, nos países do continente<sup>86</sup> prevaleceu a proposta das universidades, ao contrário da Inglaterra, onde estas estariam fadadas ao insucesso, pelo modo como a *Common Law* era administrada pelos Tribunais Reais.

Outro fato marcante da origem da família do Sistema de Direito Romano-Germânico foi a compilação e codificação do Direito Romano. Este cristalizou-se em textos harmônicos, normas costumeiras, normas escritas esparsas, decisões jurisprudenciais, e doutrinárias, juntamente com a obra dos glosadores que, aos poucos, formaram, em particular nas universidades medievais<sup>87</sup>. Isso tudo deu uma feição racional às soluções casuísticas e assistemáticas dos juriconsultos romanos.<sup>88</sup>

---

<sup>82</sup> Ibid., p.35.

<sup>83</sup> As Jurisdições Reais, segundo o doutrina René David eram também chamadas de Tribunais da *Common Law*.

<sup>84</sup> Ibid., p.39.

<sup>85</sup> Ibid., p.39.

<sup>86</sup> A expressão os países do Continente no texto, referem-se ao Continente Europeu, tais como Alemanha, Espanha, França, Itália, Portugal, Suíça.

<sup>87</sup> Segundo o doutrinador Guido Soares as universidades medievais vicejavam à sombra dos mosteiros e conventos, portanto, bem próximo dos cultuadores do Direito Canônico, na época, escrito e extremamente bem elaborado. SOARES, Guido. *Common Law – Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.27.

<sup>88</sup> SOARES, loc. cit.

A codificação<sup>89</sup> é, pois, a técnica que vai permitir a realização do objetivo da escola do direito natural, expondo de modo metódico, distante do caos das compilações de Justiniano, o direito que convém à sociedade moderna, e que deve, por conseqüência, ser aplicado pelos Tribunais.<sup>90</sup>

Portanto, a escola de direito natural, anteriormente mencionada, obteve dois êxitos espetaculares: fez reconhecer que o direito devia estender-se no âmbito das relações entre os governantes e os governados, ou seja, entre a administração e os particulares; e fez a codificação, realização natural da concepção mantida e de toda a obra empreendida desde há séculos nas universidades.<sup>91</sup> Deste modo, pode-se dizer que, a codificação, por si mesma, não rompeu de modo algum a unidade do direito europeu; pelo contrário, a expansão do Código de Napoleão<sup>92</sup>, de 1804, é a prova desta unidade. Por outro lado, os efeitos nefastos da codificação produziram-se independentemente de seu princípio, dizendo respeito à correção dos próprios juristas.

Quando surgiram os códigos nacionais<sup>93</sup> pareceu que as duas coisas coincidiram, e que a função das universidades era apenas fazer a exegese dos novos textos. Abandonando o espírito prático dos pós-glosadores, a audácia dos pandectistas<sup>94</sup>, os professores de direito voltaram à escola dos glosadores, aplicando as suas glosas aos novos textos.

---

<sup>89</sup> O Código é, quer do ponto de vista do conteúdo, quer do ponto de vista estilístico, a expressão de uma cultura evoluída, e isto não apenas segundo o padrão dos critérios da época. Nesse ponto quase único na história da legislação européia, ele apresenta um plano global de construção do Estado a partir de fundamentos de base da sociedade. WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2.ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p.378.

<sup>90</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p.52.

<sup>91</sup> DAVID, loc. cit.

<sup>92</sup> O *Code Civil* é um código de direito privado de primeiro plano. Na sua estrutura rigorosa e transparente, na sua linguagem clara e epigramática, na qual um Stendhal reconheceu ter-se inspirado, ele é superior a qualquer dos anteriores códigos alemães; racionalidade e razoabilidade das normas jurídicas ele a partilha com os dois restantes. WIEACKER, op. cit., p.391.

<sup>93</sup> Alguns exemplos de códigos nacionais são o código francês de 1804, código italiano de 1865, código alemão de 1888.

<sup>94</sup> Esta ciência jurídica estava baseada na perspectiva do direito do positivismo científico, o qual deduzia as normas jurídicas e a sua aplicação exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinários da ciência jurídica, sem conceder a valores ou objetivos extra-jurídicos (por exemplo religiosos, sociais ou científicos) a possibilidade de confirmar ou informar as soluções jurídicas.

Para Puchta, era também correto deduzir novas normas a partir do desenvolvimento dos conceitos lógicos e legitimar assim o processo de construção do direito da jurisprudência construtiva. WIEACKER, op. cit., p.492.

Tal atitude de positivismo legislativo, agravada pelo nacionalismo, foi originada pelos códigos, contrariamente à idéia que os tinha inspirado. O direito tornou-se para os juristas o seu direito nacional. Concentraram-se sobre os seus códigos e deixaram de considerar que o direito, norma de conduta social, era, por essência, supranacional.<sup>95 96</sup> Voltaram à idéia original, somente décadas mais tarde, com a idéia de formação da União Européia<sup>97</sup>.

A finalidade da codificação tinha sido enunciar os princípios de um *jus commune* rejuvenescido, adaptado as condições e necessidades dos homens do século XIX. Os códigos deviam constituir, ao suceder ao *usus modernus*, o *usus modernissimus Pandectarum*.<sup>98</sup> O declínio do espírito universitário e o nacionalismo do século XIX fizeram deles, pelo menos por algum tempo, algo de diferente.

Assim, os códigos formaram tratados como se, em vez de serem uma nova exposição do direito comum, fossem a simples generalização, uma nova edição de um “costume particular”, elevado ao nível nacional.<sup>99</sup>

Atualmente essa crise parece estar em vias de solução. O envelhecimento dos códigos atenuou a atitude de positivismo legislativo dominante no século XIX. É cada vez mais abertamente reconhecida a função essencial que pertence à doutrina<sup>100</sup> e à jurisprudência na formação e na evolução do direito.<sup>101</sup>

Atualmente, a regra do Sistema de Direito Romano-Germânico situa-se a meio caminho entre a decisão do litígio, considerada uma aplicação concreta da

---

<sup>95</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. Op. cit., p.53-54.

<sup>96</sup> A criação de instituições supranacionais, inicialmente através de alianças econômicas como NAFTA ou a APEC, surgiu da necessidade de manter preenchidas as funções do Estado social, passando, assim, do Estado nacional para organismos políticos que assumiram a economia transnacionalizada. HABERMAS, op. cit., p 69.

<sup>97</sup> Com base no Tratado de Maastricht, o qual se falará no último capítulo deste trabalho, a União Européia deve se desenvolver para além da condição de uma comunidade econômica funcional. HABERMAS, *A Constelação pós-Nacional/Ensaio Político*. Op. cit., p.26.

<sup>98</sup> DAVID, op. cit., p.54.

<sup>99</sup> DAVID, loc. cit.

<sup>100</sup> Para Merryman, a doutrina realmente goza de uma imensa autoridade, uma vez que traz a história legal do mundo do direito civil. MERRYMAN, op. cit., p.108-109.

Para Strenger a doutrina, de notória influência histórica, é a fonte principal do direito internacional privado e ainda conserva seu valor porquanto propõe soluções e prepara a reforma da legislação. STRENGER, op. cit., p.125.

<sup>101</sup> DAVID, op. cit., p.55.

regra, e os *princípios*<sup>102</sup> dotados de uma elevada generalidade, que pode, ela própria, ser considerada uma aplicação.

A arte dos juristas, nos países componentes do Sistema de Direito Romano-Germânico, é saber encontrar a regra e formular o ponto de equilíbrio: não é necessário que a regra assuma um caráter suficientemente geral, para completar um certo tipo de situações e não ser unicamente aplicável, como a decisão do juiz, a uma situação particular.<sup>103</sup> As regras de direito formuladas pelos juristas e legisladores dos países adeptos ao Sistema de Direito Romano-Germânico, não bastam em si. Eles precisam apelar a outras fontes do direito, tendo que precisá-las e completá-las.

Assim, pode-se dizer que ocorreram transformações substanciais no decorrer dos séculos em relação ao direito difundido pela família de Direito Romano-germanista, transformando a vida jurídica deste Sistema em outro muito mais dinâmico e funcional.

Porém, conforme se verificará adiante, muitas mudanças ainda estão ocorrendo; uma modernização do processo jurídico deste sistema estará propensa a olhar o instituto da jurisprudência, ou do *precedent*, como uma forma de agilizar o processo legislativo, muito mais difícil de ser modificado.

Os direitos da família do Sistema Romano-Germânico, então, tenderão a se encontrar e, conseqüentemente, se unir com os demais Sistemas de Direito existentes, em especial com os do Sistema de Direito da *Common Law*, uma vez que somente assim, conseguiram ficar intactos e sobreviver às transformações mundiais que estão ocorrendo, tal como fez durante toda a sua existência como direito posto.

Neste sentido, a União Européia e o Mercosul, dois dos grandes blocos formados a partir desta nova idéia de ver e fazer o direito, iniciaram a união dos Sistemas de Direito da *Common Law* e da *Civil Law*, algo totalmente utópico, se

---

<sup>102</sup> A prestação jurisdicional orientada por princípios (=normas) deve decidir qual pretensão e qual conduta são corretas em um dado conflito, e não como equilibrar bens ou relacionar valores. A validade jurídica do juízo tem o *sentido deontológico* de um comando, e não o *sentido teleológico* do que podemos alcançar sob dadas circunstâncias no horizonte de nossos desejos; o que é melhor para nós em um determinado ponto não coincide *eo ipso* com o que é igualdade bom para todos. GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.112.

<sup>103</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. Op. cit., p.81.

pensado na origem destes dois grandes Sistemas de Direito. Contudo hoje isso é indispensável para suprir as necessidades da coletividade, conceito novo que surgiu da idéia de supranacionalidade e de globalização<sup>104</sup>.

Assim, torna-se indispensável a análise da evolução jurídica pelo qual tanto o sistema de direito da *Common Law* como da *Civil Law* vêm passando ao longo dos séculos, em especial a partir da metade do século XX, com o surgimento de blocos econômicos entre os países de diferentes matizes jurídicas.

## 1.2 A EVOLUÇÃO JURÍDICA DOS SISTEMAS DE DIREITO DA *COMMON LAW* E DA *CIVIL LAW*

### 1.2.1 A Produção Normativa junto ao Sistema de Direito da *Common Law*

A lei desempenha, na Inglaterra de hoje, uma função que não é mais tão inferior à da jurisprudência. O Direito Inglês, nas atuais circunstâncias, continua a ser um direito essencialmente jurisprudencial por duas razões: porque a jurisprudência continua a orientar o seu desenvolvimento em certos setores que se mantêm muito importantes e, por outro lado, porque habituados há séculos de domínio da jurisprudência, os juristas ingleses não conseguiram até o momento libertar-se da sua tradição.<sup>105</sup>

No entanto, para que a Lei assuma um papel mais acentuado na vida dos Tribunais ingleses, ainda há problemas que necessitam ser vencidos; um deles seria o emaranhado de decisões que se destinam a resolver, cada uma delas, um pormenor particular. Assim, a maneira como as leis inglesas são aplicadas pelos Tribunais, em consequência da admissão da regra do precedente, decepciona de

---

<sup>104</sup> O processo globalizador, bem como o significado em si da expressão globalização serão analisados com maior profundidade no capítulo 3 deste trabalho.

<sup>105</sup> DAVID, op. cit., p.346.

modo geral os promotores das novas leis. Por esta razão procura-se excluir o controle dos Tribunais.

Esta exclusão é possível porque os limites do controle dos tribunais são determinados pelo Parlamento, no exercício do seu poder soberano de legislar. Uma lei pode, portanto, conferir a um órgão da administração um poder discricionário absoluto e o exercício deste direito não pode (salvo em caso de má-fé comprovada) ser submetido ao controle de um Tribunal.<sup>106</sup>

Apesar disto, o Direito Inglês, que até o século XX era um direito essencialmente jurisprudencial, atribui hoje uma importância cada vez maior à lei.<sup>107</sup> Não somente pelo fato de a Inglaterra estar vinculada a União Européia, estritamente vinculada ao Sistema de Direito da *Civil Law*, mas também pela necessidade de utilização da lei para dirimir conflitos não alcançados pelos magistrados. A lei então, que até o século XVIII possuía uma função meramente acessória, passou a ser vista como a solução para alguns conflitos entre *precedents*<sup>108</sup>.

Neste ponto, a passagem de um direito jurisprudencial para um direito legislativo foi fácil na França, onde a doutrina desempenha um grande papel desde antes da era da codificação.<sup>109</sup> Mas não se pode dizer o mesmo quanto ao Direito Inglês, sempre arraigado na forte influência do *precedent*. Assim, é muito mais difícil para os ingleses passarem do direito casuístico, jurisprudencial, a que foram habituados durante séculos, a um direito que encare as questões sob um prisma geral, como é, por natureza, o direito feito por um legislador.<sup>110</sup>

Isto, porém, já foi superado pela *Common Law* aplicada nos EUA que, com a criação de uma Constituição escrita não se utiliza somente do direito casuístico, jurisprudencial, herdado da Pátria Mãe, Inglaterra. No Direito Norte-Americano, tanto o *precedent* como a lei, exarada na Constituição Federal, exercem papéis de destaque, sendo impossível a existência de um sem a compreensão do outro.

---

<sup>106</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. p.344, citando o caso *Liversdge v. Anderson* (1942) A. C. 206; *Anisminic, Ltd. V Foreign Compensation Commission* (1969) 2 A. C. 147.

<sup>107</sup> DAVID, René. *O Direito Inglês*. Op. cit., p.11.

<sup>108</sup> DAVID, loc. cit.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p.11-12.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p.12.

A Constituição dos EUA, que foi redigida em 1788, e as Constituições dos Estados, bem como as leis infraconstitucionais, federais ou estaduais nos EUA, se apresentam de maneira totalmente diferente daquelas dos países dos sistemas romano-germânico: em geral têm considerado extensíssimos, redigem-se em artigos (*sections*) quilométricos, em que, num único período, se escrevem as regras, as exceções, as enumerações e as interpretações particulares para cada assunto particularizado; a matéria, que na técnica conhecida das leis escritas da família de direitos romano-germânicos, se desdobra em incisos, alíneas, itens, aberturas de parágrafos ou novos artigos, nas leis norte-americanas, são um único período, com centenas de vírgulas, inúmeras orações intercaladas e contra-referências a outros artigos da mesma lei.<sup>111</sup>

Sabe-se que o Sistema de Direito dos antigos romanos é um sistema relativamente racional e lógico, porque foi ordenado, levando-se em conta as regras substantivas do direito, graças à obra das universidades e do legislador.<sup>112 113</sup> Mas, o direito inglês, utilizado, em especial, pelos Estados Unidos, foi ordenado sem qualquer preocupação lógica nos quadros que eram *impostos pelo processo*; entretanto, somente numa época recente – nos últimos cem anos -, o antigo sistema de processo foi abolido e a ciência do direito pôde esforçar-se no sentido de racionalizar estes quadros.

Devido a todas as circunstâncias que levaram a evolução do direito inglês, saindo de um sistema totalmente tribal – o direito anglo-saxônico -, enfrentando sérias lutas com a família de direitos da *equity*. Por fim, no século XX, pode-se arriscar a mencionar que a construção normativa está prestes a assumir verdadeiramente um papel de destaque junto a esse sistema. Entretanto, apesar de toda esta construção, permanecem sérias incógnitas que serão respondidas e atenuadas apenas com o tempo, assim como, quando o Direito Inglês realmente assumir seu lado normativo com força total, como está ocorrendo com a União Européia.

Desse modo, seria mesmo possível criar normas constitucionais para conduzir os interesses e litígios dos povos dominados pelo Direito Inglês? Será que

---

<sup>111</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law – Introdução ao Direito dos EUA*. p.43.

<sup>112</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. p.306.

<sup>113</sup> Não há como não mencionar a posição de René David sobre a família romano-germânica e a sistemática, o que colide com a posição do trabalho no capítulo segundo, para aquele, os direitos da família romano-germânica estão longe de uma ordenação puramente lógica, mas realizou-se um grande esforço nesse sentido para simplificar o seu conhecimento. DAVID, op. cit., p.306.

a criação de uma Constituição escrita, como fez os EUA, resolveria as incógnitas existentes no seio deste sistema? Como reagiriam os legisladores e juristas ingleses ante estas possibilidades?

Somente o tempo e o desenvolvimento jurídico, dentro dos princípios basilares dos Estados Europeus que formam a União Européia, trarão as respostas desejadas. Mas a fusão entre os dois Sistemas de Direito, *Common Law* e *Civil Law*, ou mesmo a comunhão harmoniosa de ambos é possível, visto que o Direito Norte-Americano é prova viva dessa possibilidade.

Como conseqüência, essa possibilidade de união dos dois Sistemas Jurídicos, *Common Law* e *Civil Law*, que se efetuou inicialmente no Direito Norte-Americano, devido às novas tendências do Direito Inglês, está muito perto de se tornar realidade na Inglaterra<sup>114</sup>.

Diante desta provável união devido à massificação de idéias e facilidades de intercâmbio cultural, tecnológico e jurídico, especialmente na metade final do século XX, fez com que um instituto jurídico estritamente vinculado ao Sistema de Direito da *Common Law*, a jurisprudência, passasse a ser utilizada também pelo Sistema de Direito da *Civil Law*.

Vê-se então a necessidade de se analisar a produção jurisprudencial no Sistema de Direito Romano-Germânico, para que comparativamente ao estudado até o presente momento, se possa chegar à comunhão ou mesmo à fusão dos dois grandes Sistemas de Direito existentes.

### **1.2.2 A Produção Jurisprudencial junto ao Sistema de Direito da *Civil Law***

Quando se fala da função da jurisprudência no âmbito do Sistema de Direito da *Civil Law*, primeiramente deve-se dizer que a lei, considerada *lato sensu*, é aparentemente a fonte primordial, quase exclusiva, do direito nos países que compõem o Sistema de Direito Romano-Germânico<sup>115</sup>; porém, a lei, a cada dia, tem

---

<sup>114</sup> Não se pode esquecer que em 1999 foi publicado na Inglaterra o primeiro Código de Processo Civil, corroborando a posição de união entre os dois Sistemas de Direito – *Common Law* e *Civil Law*, analisadas neste trabalho.

<sup>115</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. p.87.

ao seu lado, dando-lhe suporte e vigor, a jurisprudência, introduzida com força total neste Sistema de Direito.

O processo interpretativo da legislação e de casos especiais pelos juristas está muito mais intenso, abrindo espaços imensuráveis no direito para a criação jurisprudencial, solucionando lacunas, abrindo campos novos para o trabalho do legislador, e norteando o jurista rumo à solução dos problemas existentes no mundo jurídico.

A dispersão do sistema e a própria técnica de codificação, que tende a provocar uma confusão entre direito e lei, tornam difícil ver o elemento de unidade que liga direitos dos mais diversos, parecendo à primeira vista direitos nacionais inteiramente distintos uns dos outros.<sup>116</sup> Isso ocorre, porém, tão-somente com uma análise superficial, visto que analisando com profundidade o assunto, ter-se-á inúmeras surpresas no que tange a paridade e influências que exercem os Sistemas Jurídicos entre si. Com o avanço do processo globalizador<sup>117</sup> os Sistemas Jurídicos passaram a se comunicar muito mais entre si, verificando suas falhas e, ao mesmo tempo, tentando saná-las.

Desse modo, os povos adeptos ao Sistema de Direito da família Romano-Germânica, analisando a funcionabilidade que exerce o instituto do *precedent* tanto na tradicional *Common Law* inglesa como na moderna *Common Law* americana, começaram a utilizá-la como fonte constante de direito.

É mister lembrar, que apesar da regra jurisprudencial não ser utilizada diuturnamente pelos adeptos do Sistema Romanista, ela sempre foi tida como fonte de direito; porém, não era utilizada, talvez por preconceito, ou mesmo, por medo de uma migração total para o Sistema de Direito da *Common Law*.

Neste sentido, o processo de globalização, como um dos motivos que acarretaram uma maior união entre os povos<sup>118</sup>, teve uma influência muito grande

---

<sup>116</sup> *Ibid.*, p.26.

<sup>117</sup> A globalização pressiona o Estado nacional a se abrir internamente para a pluralidade de modos de vida estrangeiros ou de novas culturas. Ao mesmo tempo, ela limita de tal modo o âmbito de ação dos governos nacionais, que o Estado soberano também tem de se abrir para fora diante de administrações internacionais. HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional*. p.107.

<sup>118</sup> É preciso ressaltar que muitos doutrinadores, dentre eles, Boaventura de Sousa Santos e Eros Grau, discordam desta premissa, conforme se analisará no capítulo 3 deste trabalho.

para tornar a jurisprudência no que ela hoje é: uma fonte indispensável para o Sistema de Direito Romano-Germânico<sup>119</sup>.

Nenhum advogado praticante irá negar a importância de um arquivo de jurisprudência dominante nos vários assuntos de seu interesse e qualquer estudante sabe da importância do conhecimento da jurisprudência como um dos mais poderosos instrumentos na aplicação do Direito.<sup>120</sup>

A aceitação generalizada de compilações de jurisprudência uniforme em certas matérias tópicas, conforme as publicações que se tornam cada vez mais freqüentes entre nós; quando se fala em Informática no Direito ou em Informática Jurídica, a primeira indagação é saber quando serão aquelas engenhocas inteligentes aplicáveis para melhor conhecer-se a jurisprudência e dela extrair maior aproximação com a realidade dos fatos correntes.<sup>121</sup>

Nota-se assim que, a evolução humana ao longo dos anos, leva também a uma evolução do Direito.

Diversos processos são utilizados para assegurar a certeza do direito<sup>122</sup>, dando uma certa estabilidade à jurisprudência. Esta preocupação, quanto à certeza do direito nos países componentes da família romano-germanista, põe em evidência o verdadeiro papel que é reconhecido à jurisprudência, mesmo quando a doutrina se obstina em lhe recusar a qualidade de fonte de direito.<sup>123</sup>

<sup>119</sup> A jurisprudência desenvolve o direito, preenche os vazios legais, hierarquiza as soluções teóricas e cumpre um papel de agente de penetração na doutrina internacional. STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. p.125.

<sup>120</sup> SOARES, Guido. *Common Law – Introdução ao Direito dos EUA*. p.30.

<sup>121</sup> SOARES, loc. cit.

<sup>122</sup> Quando se fala da idéia de que a certeza do direito deu uma certa estabilidade à jurisprudência, há que se mencionar o pensamento de Edgar Morin sobre o princípio da redução de complexidade trazida pela certeza. Assim, segundo ele, até o início do século XX, a ciência “clássica” se fundamentou sobre quatro pilares da certeza que têm por causa e efeito dissolver a complexidade pela simplicidade: o princípio da ordem, o princípio da separação, o princípio da redução, o caráter absoluto da lógica dedutivo-identitária. Esses quatro pilares suscitaram um tipo de conhecimento que expandiu seu império das ciências físicas às ciências humanas, das ciências às técnicas – de agora em diante associadas em tecnociências -, destas às instituições industriais, burocráticas privadas e públicas, e desse modo esse império cresceu nas dimensões do mundo contemporâneo. MORIN, Edgar; LÊ MOIGNE, Jean-Louis. *A Inteligência da Complexidade*. 2.ed., São Paulo: Peirópolis, 2000. p.95.

Ainda segundo o próprio Edgar Morin, o terceiro princípio de simplificação é o da redução ou, ainda, da elementaridade. O conhecimento dos sistemas pode ser reconduzido àquele das partes simples ou unidades elementares que os constituem. (Ibid., p.51).

<sup>123</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. p.126.

Assim, a organização judiciária está, em geral, encimada por um Supremo Tribunal cuja missão, se é, em teoria, velar pela estrita aplicação da lei, é muitas vezes também, assegurar a unidade da jurisprudência. A existência desse Supremo Tribunal, de fato, ameaça, mais do que garante, a supremacia da lei. O legislador não precisaria ter receio da concorrência dos Tribunais locais, dispersos, dos quais seria difícil obter uma jurisprudência coerente.<sup>124</sup>

Elementos de natureza muito diversa diferenciam a função desempenhada pela jurisprudência em cada um dos países que adotaram o Sistema de Direito Romano-Germânico. Entre estes elementos convém citar ainda, a existência, e a maior ou menor perfeição, das compilações de jurisprudência e também o caráter oficial que estas compilações podem ter em cada um dos países que pertencem ao Sistema de Direito Romano-Germânico.

É interessante notar, a este respeito, as transformações verificadas há um século rumo a um aperfeiçoamento crescente das compilações de jurisprudência nos países que adotam o Sistema de Direito Romano-Germânico; elas testemunham importantíssimo papel atribuído atualmente à jurisprudência. Vê-se, então, que hoje existem, em vários países da família de Direito Romano-Germânica e que fazem parte da União Européia (Alemanha, França, Itália, Suíça, Turquia), compilações oficiais de jurisprudência.<sup>125</sup>

Nos países da família de Direito Romano-Germânica as decisões judiciais assemelham-se, inclusive, pelo fato de terem de ser todas motivadas, somente sofrendo modificação quanto ao estilo no qual são redigidas. Quando se toma por base a análise feita entre a diferença existente no Sistema de Direito da família Romano-Germânica e na *Common Law*, quanto à justificação da crescente utilização do instituto do *precedet*, percebe-se que a tradição francesa, que é definida como “realenga”, faz com que a justiça seja um gesto do soberano e, portanto, não precise

---

<sup>124</sup> No Brasil, o Supremo Tribunal, detentor de um grande poder, é levado a ver as coisas numa perspectiva muito geral (em especial quando, como na França e no Brasil desconhece os fatos), é tentado inevitavelmente a tornar-se uma autoridade complementar, senão rival, do legislador. A concentração do Poder Judiciário foi, na Inglaterra, a condição e a causa do desenvolvimento do direito jurisprudencial, que constitui a *common law*. DAVID, op. cit., p.126-127.

<sup>125</sup> Estas compilações oficiais podem, num dado momento, servir para estabelecer uma distinção, que nem sempre se gosta de reconhecer, entre decisões que constituem jurisprudência e decisões que será conveniente esquecer. DAVID, op. cit., p.124.

de justificativas, opondo-se à base democrática do Sistema de Direito da *Common Law*.<sup>126</sup>

Logo, o “direito comum” é construído por elaborações progressivas: não há consulta dos precedentes sem explicitação dos casos que se inserem numa narrativa contínua, e a prática das opiniões separadas se acrescenta à função pedagógica do juiz perante os membros não juristas dos júris civis e criminais.<sup>127</sup>

Isso ocorre de modo totalmente diferente no direito de origem romano-germânico, em que o juiz é excluído, por princípio, do processo de elaboração das normas, o qual é tradicionalmente afeito ao Poder Legislativo e, de forma atípica, ao Poder Executivo. Porém, no Direito Inglês e também no Direito Norte-Americano, o juiz, diferentemente, atendendo às demandas da sociedade civil, estaria colaborando à formação do direito “de baixo para cima” que faria concorrência à sua formulação “de cima para baixo”.<sup>128</sup>

Através destas análises, se notam as transformações que o Sistema de Direito da família Romano-Germânica vem sofrendo, principalmente, quanto à jurisprudência, sendo ela hoje, taxada de fonte mediata do direito. E, assim, segundo Capitant<sup>129</sup> o direito jurisprudencial vem completar, enriquecer, modificar, recobrir de nova vegetação o direito escrito nos textos legislativos.<sup>130</sup>

Tomando-se por base o direito dos países membros do Mercosul<sup>131</sup>, como exemplo da herança romano-germânica, constata-se que os parâmetros jurisprudenciais estipulados pelos Tribunais, especialmente pelos Supremos Tribunais de cada um dos países membros do bloco econômico, interferem não somente sobre a ordem interna, mas refletem-se na ordem internacional, condicionando valores e princípios dessa ordem externa da qual estes participam e para cuja elaboração contribuem.<sup>132</sup>

---

<sup>126</sup> RIGAUX, François. *A Lei dos Juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.XIV.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p.XV.

<sup>128</sup> CALVÉS, Gwénaële. “Droit et politique: une victoire du modèle américain ?”, *Le droit français s’américanise-t-il ?* In: *Revue des Deux Mondes*, vol. 6, junho de 2000, p.172.

<sup>129</sup> CAPITANT, Henri. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*. 7.ed. Paris: Dalloz, 1976.

<sup>130</sup> RIGAUX, op. cit., p.22.

<sup>131</sup> [www.mercosur.org.uy/portugues/snor/normativa/TRATADO.htm](http://www.mercosur.org.uy/portugues/snor/normativa/TRATADO.htm).

<sup>132</sup> MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional – uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.25.

Apesar de tudo, há que se ter em mente, ainda, que o Sistema Jurídico Romano-Germânico é eminentemente centrado na lei, ou seja, legicêntrico. A herança romana é nítida, como demonstra a descrição feita por José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo do processo na Roma Antiga:

Revestia-se o processo de características muito nítidas, pautando-se, notadamente, pela rigidez de seus atos: as ações se conformavam às palavras das próprias leis, conservando-se, por isso, imutáveis como as leis mesmas (Gaio, I; 4.11).<sup>133</sup>

Então, após uma breve análise sobre a visão de dois dos grandes Sistemas de Direito existentes, não se pode deixar de analisar, no capítulo seguinte, a idéia de formação do próprio Sistema, especialmente, quando o Direito *lato sensu* é visto como um só.

---

<sup>133</sup> CRUZ E TUCCI; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 1996. p.53.

## 2 A IDÉIA DE SISTEMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

### 2.1 A IDÉIA DE SISTEMA<sup>134</sup>

A idéia de que o Direito deve ser concebido como um Sistema impregna, de modo geral, toda a teoria jurídica<sup>135</sup>. Pode-se mesmo afirmar que a idéia de um único e grande sistema já se encontra inserido, inclusive, nas fontes dos Sistemas de Direito da *Civil Law* e da *Common Law*.

No entanto, a palavra *sistema* tem inúmeras significações ao longo dos tempos comportando vários significados. Dizer, portanto, que o Direito deve ser concebido, ou visto, como um sistema, ou dizer ainda, que o Direito é um sistema<sup>136</sup>, é muito pouco elucidativo, não só pelas *nuances* que a idéia de sistema comporta, mas também porque a concepção de Direito derivada daí ficará diretamente ligada aos elementos concebidos para compor o sistema idealizado ou pensado.

Assim, uma das possibilidades de se pensar os sistemas está centrada na hipótese de uma união entre duas das famílias do Direito, as quais fazem parte deste estudo, *Common Law* e *Civil Law*. E mais, além de falar na idéia de um único

---

<sup>134</sup> Pode-se pensar “sistema” desde diversas perspectivas: nacional, internacional e supranacional (comunitário).

<sup>135</sup> “La concepción según la cual el conjunto de normas constitutivas del orden jurídico puede – y debe – ser reconstruído em términos de la noción de ‘sistema’ es, por cierto, un marco conceptual básico aceptado em forma generalizada em la teoría del derecho”. CARACCIOLLO, 1994, p.49, apud CONTE, Amadeo; “Ordenamento Giuridico”, em *Novíssimo Digesto Italiano*, t. XII, pp. 45ss.

<sup>136</sup> Direito é um *sistema*. Esta afirmação, aparentemente simples, se bem aceita hoje, é imprecisa e é assaz complexa pelo que se torna necessário definir, a que espécie de sistema se refere. “Há no próprio termo sistema uma pluralidade de sentidos”. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de Sistema no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p.8.

e grande sistema envolvendo estas duas famílias do Direito, é preciso se pensar nas nuances e finalidades desta união, seus conceitos e objetos, para que se possa por fim vislumbrar a forma de pensamento do novo jurista diante do surgimento, em especial, de organismos supranacionais<sup>137</sup>.

### **2.1.1 O nascimento do sistema no campo das ciências naturais e sua aproximação das ciências humanas<sup>138</sup>**

É conhecida a posição de Pitágoras que afirmava que o universo é limitado, e ao mesmo tempo, ordenado nas suas diversas partes, conclusão transposta, imediatamente, para o mundo fenomênico, afirmando a necessidade de organização<sup>139</sup>. Os seres vivos, pensados individualmente, são organismos que têm suas partes voltadas para um mesmo fim, ou seja, o de manter vivo o todo, o conjunto. Ampliando, esta concepção para o mundo, verifica-se a existência de um todo único, com seus limites já fixados e suscetíveis de organização.<sup>140</sup>

A própria regularidade dos fenômenos naturais contempla esta tese. Os dias sucedem as noites, o mesmo ocorre com as estações, enfim, o mundo, sem dúvida,

---

<sup>137</sup> É importante mencionar que, com cada novo regime supranacional diminui-se o número de atores políticos e preenche-se o clube dos poucos capazes de agir globalmente, ou seja, também entre os atores capazes de cooperação e que têm condições de assumir acordos que estabelecem obrigações quanto às condições gerais, pressupõe-se que haja uma vontade política correspondente. Assim, com relação à exigência exagerada do Estado nacional por parte de uma economia globalizada, impõe-se, mesmo que *in abstracto*, burocraticamente, uma alternativa – justamente a transposição para instâncias supranacionais de funções até então atribuídas a âmbitos nacionais dos Estados sociais, HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional*. p.70-71.

<sup>138</sup> As chamadas ciências humanas, em todas as suas diferentes áreas específicas, tais como a Sociologia, a Antropologia, a Economia e o Direito, têm um suporte fático comum: a ação humana. O agir humano, que pressupõe comunicação do homem com o seu ambiente, é o manancial de onde cada ciência humana particular executa o seu corte epistemológico de modo a extrair o seu objeto específico: o fato social, o fato econômico ou o fato jurídico, dentre outros. CARVALHO, Cristiano. *Teoria do Sistema Jurídico*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005. p.28.

<sup>139</sup> GUTHRIE, W.K.C. *Os Filósofos Gregos – de Tales a Aristóteles*. Lisboa: Editorial Presença, 1987, p.34-35. MARIA II, José. *Paníngua, flisht-ia dei Pensamiento Jurídico*. Madrid: Universidade Complutense – Facultad de Derecho – Sección de Publicaciones, 1988.

<sup>140</sup> Segundo Edgar Morin, o mundo biológico é um mundo que evolui – é a vida. Mas a vida, ao mesmo tempo, faz-se através da morte dos indivíduos e através da morte das espécies. Acredita-se justapor esses dois tempos. É aquilo que havia feito Bergson, um dos raros pensadores que olhou de frente o segundo princípio (o de não levar em consideração o tempo como processo irreversível). Mas, segundo ele, era a prova de que a matéria biológica era diferente da matéria física, porque esta tem qualquer coisa de adulterado, enquanto que a substância biológica não sofreu o efeito do segundo princípio. Infelizmente, para ele, descobriu-se a partir dos anos 50 que a originalidade da vida não estava na sua matéria constitutiva, mas na sua complexidade organizacional. MORIN, Edgar; LÊ MOIGNE, Jean-Louis. Op. cit., p.50.

representa um Cosmos, palavra que significa uma noção de ordem, de conveniência e beleza. Com Pitágoras surge essa expressão.<sup>141</sup>

Também na educação, esta importante escola criada por Pitágoras, situada na história do pensamento grego como integrante do Período Filosófico<sup>142</sup>, foi fundamental para os séculos seguintes durante o desenvolvimento da cultura helênica, na sua fase Cosmológica.<sup>143</sup> Para ela, a concepção matemática da realidade, que é a mesma harmonia ditada pelos números para o universo, poderia ser pensada para cada homem, um cosmos em miniatura.<sup>144</sup> A formação do indivíduo imita a harmonia alcançada pelo universo, ou seja, a forma de um todo ordenado<sup>145</sup>. A educação, então, surge a fim de possibilitar a moderação e o domínio de si mesmo por parte do indivíduo.<sup>146</sup>

Os seres humanos são organismos que reproduzem os princípios de organização<sup>147</sup> e estrutura<sup>148</sup> do macrocosmo e, assim, também desenvolvem-se e estimulam os elementos de forma e de ordem. As quatro ciências dos pitagóricos (Aritmética, Geometria, Astronomia e Música), o *quadrivium*, formaram durante séculos a base da educação do Ocidente europeu.<sup>149</sup>

---

<sup>141</sup> GUTHRIE, op. cit., p.19.

<sup>142</sup> O Período Filosófico deu-se logo após o Período Mítico, embora seja impossível identificar o fim deste período, ou o início preciso do outro como uma ruptura, mas como um processo, uma lenta transição. Ibid., p.21.

<sup>143</sup> GUTHRIE, loc. cit.

<sup>144</sup> GUTHRIE, loc. cit.

<sup>145</sup> O reconhecimento de que aquilo que caracteriza os seres vivos é sua organização autopoietica, permite relacionar uma grande quantidade de dados empíricos a respeito do funcionamento celular e sua bioquímica. A noção de autopoiese, portanto, não está em contradição com esse corpo de dados. Ao contrário, apóia-se neles e se propõe, explicitamente, a interpretar esses dados a partir de um ponto de vista específico, que destaca o fato de que os seres vivos são unidades autônomas. A característica mais peculiar de um sistema autopoietico é que ele se levanta por seus próprios cordões, e se constitui diferentemente de seu meio por sua própria dinâmica, de tal maneira que ambas as coisas são inseparáveis. O que caracteriza o ser humano é sua organização autopoietica. Seres vivos diferentes se distinguem por que têm estruturas distintas, mas são iguais em organização. MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001. p.55.

<sup>146</sup> GUTHRIE, op. cit., p.22.

<sup>147</sup> Entende-se por organização as relações que devem ocorrer entre os componentes de algo, para que seja possível reconhecê-lo como membro de uma classe específica. MATURANA e VARELA, op. cit., p.54.

<sup>148</sup> Entende-se por estrutura de algo os componentes e relações que constituem concretamente uma unidade particular e configuram sua organização. Op. cit., p.54.

<sup>149</sup> GUTHRIE, op. cit., p.22.

Assim, tudo é sistema, tudo tem sua ordem, constitui uma unidade<sup>150</sup>. O homem pensa sua realidade, nas diferentes esferas, sempre como construções que obedecem a uma lógica que é própria do sistema ao qual ela pertence<sup>151</sup>.

Nega-se, assim, a possibilidade do caos, ou, pelo menos, sua funcionalidade. Uma das principais características do período cosmológico - o primeiro período do pensamento filosófico, é justamente, o apego ao inteligível, ao determinado, em oposição ao fantástico, ao vago. No momento em que os pitagóricos encontraram uma certa base para a explicação matemática da realidade, a estenderam para todo o universo, para todo o cosmos, este um todo ordenado.<sup>152</sup>

Enfim, há uma incorporação da idéia dos sistemas autopoieticos<sup>153 154</sup> da biologia às ciências sociais.

<sup>150</sup> Contrariamente, para Edgar Morin, a teoria dos sistemas oferece um rosto incerto para o observador externo, mas para aquele que penetra nela, revela pelo menos três faces, três direções contraditórias. Há um sistema fecundo que traz um princípio de complexidade; há um sistemismo vago e insípido baseado na repetição de algumas verdades primeiras asseptizadas (“holísticas”) que não chegarão nunca a tornarem-se operantes; há finalmente a *system analysis* que é a correspondente sistêmico da *engineering* cibernética, mas muito menos fiável e que transforma o sistemismo no seu contrário, quer dizer, como o termo *analysis* o indica, em operações redutoras. MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo*. 4.ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p.28-29.

<sup>151</sup> Para José Engrácia Antunes, a sociedade aparece concebida como um sistema autopoietico de comunicação, ou seja, um sistema caracterizado pela organização auto-reprodutiva e circular de atos de comunicação. Ora, Luhmann sustenta que a partir desse circuito comunicativo geral, e no seio do sistema social novos e específicos circuitos comunicativos se vão gerando e desenvolvendo: logo que estes circuitos emergentes atinjam um determinado grau de complexidade e perfiência na sua própria organização auto-reprodutiva – o que pressupõe a emergência de um código binário específico que guie as operações auto-reprodutivas sistêmicas -, eles autonomizam-se do sistema social geral, originando subsistemas sociais autopoieticos de segundo grau. Assim, por exemplo, o sistema jurídico tornou-se um subsistema social funcionalmente diferenciado graças ao desenvolvimento de um código binário próprio (“legal/ilegal”):é esse código que, operando como centro de gravidade de uma rede circular e fechada de operações sistêmicas, assegura justamente a originária auto-reprodução recursiva de seus elementos básicos e a sua autonomia em face dos restantes subsistemas sociais. TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p.XIII.

<sup>152</sup> PANIAGUA, José Maria R. *História Del Pensamiento Jurídico*. Madrid: Universidade Complutense – Facultad de Derecho – Seccion de Publicaciones, 1988. p.19.

<sup>153</sup> Há que se lembrar, que a concepção biológica que tenta explicar o fenômeno da vida surge na década de 70, através dos pesquisadores chilenos, Humberto Maturana e Francisco Varela, sendo que, no início da década de 80, a idéia dos sistemas autopoieticos da biologia chega às ciências sociais. VALE FILHO, Germano Gonzaga Lima do. *O problema da Justiça numa visão autopoietica do Direito*. Jus Navigandi, Teresina, 2.ed., n.26, set. 1998. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=27>>. Acesso em: Jan. 2006.

<sup>154</sup> Em breve síntese, um sistema autopoietico é um sistema homeostático que produz sua própria organização e cuja virtude essencial é conservar a identidade do sistema ao mesmo tempo em que o faz sofrer as transformações indispensáveis à sua sobrevivência. CARVALHO, Cristiano. *Teoria do Sistema Jurídico, Direito, Economia, Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.122.

Porém, o Direito, em suas origens, não se apresentava como resultado de um trabalho organizado e sistemático de elaboração de regras que alcançassem a totalidade dos comportamentos relevantes para a sociedade, e que exigiam regulamentação<sup>155</sup>. Assim, a lei, no início da formação do Direito, nos séculos III e IV, não possuía divisões em classes ou ramos. Em sua fase inicial, antes de ser admitida como ciência, sequer havia sido cogitada a diferenciação entre Público e Privado, nascida no Direito Romano<sup>156</sup>.<sup>157</sup>

Aliás, cabe asseverar que o Direito Romano, apesar de todo o trabalho anterior desenvolvido pelos gregos<sup>158</sup> e, antes da formação do que se conhece como *Civil Law*, estudada no primeiro capítulo deste trabalho, não se utilizava do vocábulo Sistema. Entretanto, mesmo os romanos não adotando formalmente o termo, pode-se identificar algumas tentativas de pensar o Direito enquanto um todo organizado. Note-se, entretanto, que o direito privado grego<sup>159</sup> não demonstrou grandes desenvolvimentos ao longo de sua história com poucas leis e quase nenhuma produção jurídica. Mesmo assim, a concepção de sistema aplicado inicialmente ao cosmos repercutiu em todos os diferentes campos da ciência, inclusive no Direito<sup>160</sup>.

<sup>155</sup> GUTHRIE, op. cit., p.25

<sup>156</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Op. cit., p.34.

<sup>157</sup> Posteriormente, no início dos séculos X e XI, as leis, mesmo quando agrupadas em algum documento, disciplinavam indistintamente todo o tipo de relação social, englobando questões de família, trabalho, tributo, comércio, crime, entre outras.

<sup>158</sup> Cabe mencionar que foram os gregos que realizaram a passagem do mito aos logos, ou seja, introduziram a filosofia enquanto conhecimento racional rigoroso, e iniciaram a elaboração de um argumento de totalidade para o cosmos, totalidade organizada, denominada sistema. GUTHRIE, op. cit., p.28

<sup>159</sup> A tendência dos filósofos antigos do século VI de construir sistemas semelhantes às “teogonias” pré-filosóficas (a rearrumação sistemática dos mitos, como em Hesíodo, para ilustrar a origem das várias gerações de deuses e de homens) pode ter muito que dever ao simbolismo mitológico do Oriente Próximo e mesmo além, embora seja ainda difícil determinar a extensão de tal influência. A tentativa de atribuir a origem da vida a um único fator impessoal (a água no caso de Tales, “o Ilimitado” no caso de Anaximandro, o ar para Anaxímenes, o fogo para Heráclito) evoca certamente os mitos levantinos da criação – e, tomada em si mesma, contém implicações de comportamento ético e político que contrastam fortemente com a visão do mundo que tinham os poetas, os autores trágicos e os políticos da democracia. MORRALL, John B. *Aristóteles*. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. p.18.

<sup>160</sup> Os estudiosos das décadas mais recentes, final do século XX e início do século XXI, não foram tão insistentes quanto os do passado sobre o fato de que o racionalismo grego era um rompimento absolutamente inovador e original na história da mente humana. Diversas opiniões recentes - por exemplo, W. Jaeger, *The Theology of the Early Greek Philosophers* (Oxford, 1947); W.K.C. Guthrie, *In The Beginning* (Cornell, 1957); G.S. Kirk, *The Nature of Greek Myths* (penguin Books, 1974) - dão ênfase à continuidade da filosofia grega com as formas mitológicas e religiosas de interpretar o mundo. O próprio Aristóteles percebe claramente o elemento de verdade contido nessa opinião; no Livro A de sua *Metafísica* deduz que “a filosofia surgiu então, como surge ainda, da admiração ... – por essa razão, o amante dos mitos é de certa forma um filósofo, pois o mito se compõem de maravilhas” - Tradução de J. Warrington, Everyman Library, p.55. O espírito grego sempre sentira, de

O Direito<sup>161</sup>, pensado como um sistema, segundo a maioria dos pesquisadores teve seu passo inicial, no trabalho desenvolvido pelos humanistas, embora esta não seja uma posição de consenso.

Aliás, é possível identificar-se, mesmo que de forma muito incipiente, algumas tentativas do antigo Direito Romano<sup>162</sup> de alcançar este grau de organização. É verdade que os romanos não utilizaram o termo, e, na verdade, baseavam suas decisões sempre no direito do caso, que apresentava uma constância de ano, tempo e atividade do juiz. Um novo juiz, com novas convicções, representava praticamente um novo Direito.<sup>163</sup>

Contudo, por influência direta do pensamento grego, alguns juristas romanos tentaram organizar, mesmo apelando à classificação dos institutos a partir de grandes grupos, toda sua produção legislativa. Cícero, por exemplo, teve algumas iniciativas no sentido de organizar a produção legislativa.<sup>164</sup>

Ademais, quando estuda-se os sistemas, verifica-se que a palavra sistema é polissêmica e interdisciplinar<sup>165</sup>, sendo que, o estudo da palavra dessas diferentes aplicações serviu como instrumento de compreensão da evolução do conceito de sistema no Direito.

Sistema ou systema (syn-istemi) para os gregos apresenta como significado a idéia de algo formado por vários elementos, algo composto, ou construído.<sup>166</sup> Ampliando este significado, chega-se à idéia de todo, como decorrência da união de várias partes. Porém, aqui ainda se está trabalhando na desordem. O uso que consagrou o termo sistema preserva a idéia de todo, depende este todo de uma

---

fato, a necessidade de conseguir uma figuração racionalmente sistemática do mundo da experiência. Em Homero, o homem racional, com Ulisses, é objeto de grandes elogios, enquanto que nas grandes tragédias existe como que um elemento de atividade detetivesca no desejo de encontrar uma explicação satisfatória para as vicissitudes em que se envolvem seus heróis. Op. cit., p.18.

<sup>161</sup> Segundo o sistema autopoietico, o direito é um sistema de comunicação, o que significa: *uma tecnologia que consiste em produção de mensagens imperativas, com o fim de motivar condutas intersubjetivas, em direção à consecução de valores consagrados pelo próprio direito.* CARVALHO, op. cit., p.130.

<sup>162</sup> Quando se fala em antigo Direito Romano compreende-se o século IV até a metade final do século V, aproximadamente.

<sup>163</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo.* Op. cit., p.39.

<sup>164</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de Sistema no Direito.* Op. cit., p.8.

<sup>165</sup> Luhmann distingue três tipos fundamentais de sistemas auto-referentes: a) sistemas vivos referentes às operações vitais; b) sistemas psíquicos que dizem respeito à consciência e ao modo de operação; e c) sistemas sociais cujo traço característico é a comunicação. NEVES, Clarissa Eckert Baeta. *Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas*, Org. por Clarissa Eckert Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997. p.16.

<sup>166</sup> FERRAZ JÚNIOR, op. cit., p.9.

organização, uma ordem. Como concluíram os estóicos<sup>167</sup>, uma totalidade bem ordenada, uma ação planejada e racional.<sup>168</sup> Já Platão<sup>169</sup> e Aristóteles<sup>170</sup> entendiam sistema como algo organizado.<sup>171</sup> A palavra sistema, no entanto, só voltou a ser utilizada por volta do século XVI e XVII com a Teoria da Música e da Teologia.<sup>172</sup>

A partir da metade do século XVII, o termo se generaliza e aproxima-se bastante, na essência, da idéia que hoje se tem sobre sistema<sup>173</sup>, muito embora enfatize muito mais o sistema enquanto classificação<sup>174</sup>.

Assim, no século XVIII a idéia de sistema alcança grande projeção invadindo o século XX, chegando até o presente século, se inserindo no processo globalizador<sup>175</sup>, conforme se verificará no capítulo posterior.

O fato é que a construção da noção de sistema no ordenamento jurídico exige também um estudo histórico aprofundado para permitir a identificação dos diversos momentos vividos pelo direito, mesmo antes da adoção de conceitos que hoje são ineludivelmente inseparáveis do mesmo e que com ele se confundem.

Neste sentido o professor Abelardo Levaggi ministra que:

El derecho, salvo en tiempos muy antiguos, se presenta como un cuerpo, o sistema de normas; un sistema formado, segun las épocas, con criterios diferentes. Dada esta naturaleza sistemática del Derecho, su estudio histórico debe hacerse con respeto por ella, e dicer, sistemáticamente.<sup>176</sup>

<sup>167</sup> Filósofos gregos do período de 300 a 500 a.c.. No dizer dos estóicos, a tarefa essencial da filosofia é a solução do problema da vida, em outras palavras, a filosofia é cultivada exclusivamente em vista da moral, para firmar a virtude e, logo, para assegurar ao homem felicidade. REALE, Miguel. *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

<sup>168</sup> FERRAZ JÚNIOR, op. cit., p.9.

<sup>169</sup> Platão. *A República de Platão*. Trd. Enrico Corvisieri., São Paulo: Nova Cultural, 1997.

<sup>170</sup> Aristóteles. *A Política*.

<sup>171</sup> GUTHRIE, op. cit., p.90.

<sup>172</sup> Ibid., p.91.

<sup>173</sup> O conceito de sistema designa agora não mais um objeto, mas um conceito teórico-diferencial, ou seja, um sistema é a forma de uma diferença, possuindo dois lados: o sistema (como o lado interno da forma) e o ambiente (como o lado externo da forma). Somente ambos os lados constituem a diferenciação, a forma, o conceito. NEVES, op. cit., p.24-25.

<sup>174</sup> Rever classificação formulada por Luhmann, nota de rodapé nº. 164.

<sup>175</sup> A vulgarmente denominada "globalização" trata-se de um dos mais fascinantes fenômenos comunicacionais da história humana. O mundo está se tornando, parafraseando a célebre expressão de Marshall McLuhan, uma "Aldeia Global". Os sistemas sociais que até então eram parciais e separados, devido à impossibilidade tecnológica da comunicação humana em larga escala, passaram a fundir-se em um mega sistema mundial. CARVALHO, Cristiano. *Teoria do Sistema Jurídico*, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p.301.

<sup>176</sup> LEVAGGI, Abelardo. *Manual de Historia Del Derecho Argentino*, 2.ed., Buenos Aires: Ed. Depalma, 1998. p.8.

Assim, segundo se conhece no Sistema de Direito Romano-Germânico, na época de seu surgimento, nos séculos XII e XIII, existiam elementos com a ajuda dos quais o sistema seria constituído. Um primeiro período começa, no século XIII, com o renascimento dos estudos de direito romano nas universidades: fenômeno essencial<sup>177</sup>. Durante cinco séculos o sistema vai ser dominado pela doutrina, sob a principal influência da qual a própria prática do direito evoluirá nos diferentes Estados. A doutrina preparará, com a Escola do Direito Natural, o despertar do período seguinte, aquele em que ainda atualmente se vive – período no qual o Sistema será dominado pela legislação.<sup>178 179</sup>

O fato é que com a evolução do Direito e da Sociedade<sup>180</sup>, esta passa a admitir a possibilidade de elaborar o Direito, enquanto que um todo ordenado, um saber racional, se constrói logicamente<sup>181</sup>.

A existência do Direito assenta-se, assim, numa série de fenômenos que se concretizam com regularidade. Sem essa regularidade, o Direito não teria qualquer consistência, ideal ou real: ininteligível, imperceptível e ineficaz, ele deveria ser afastado das categorias existentes.<sup>182</sup>

Pode-se, então, dizer que a existência do Direito, em qualquer sociedade, mesmo a mais primitiva, inspira confiança aos homens quando ele oferece respostas esperadas.

Tudo decorre de um conjunto de estruturas que formem o todo, que o compactuem, que o concretizem, que lhe emprestem credibilidade, enfim, constrói-se o Direito a partir da delimitação de seu universo e explicação do seu conteúdo.

---

<sup>177</sup> Rever no Capítulo 1 a evolução do Direito Romano-Germânico e o surgimento das universidades.

<sup>178</sup> GUTHRIE, op. cit., p.91.

<sup>179</sup> Uma explicação mais detalhada sobre Doutrina, encontra-se posta no 1º capítulo deste trabalho.

<sup>180</sup> Os sistemas sociais têm por combustível um processo constante de intercâmbio de comunicação. Não apenas comunicações internas, entre seus diversos subsistemas, mas também com outros sistemas sociais. (...) O subsistema jurídico tem a finalidade de manter o equilíbrio interno desses sistemas sociais. CARVALHO, Cristiano. Op. cit., p.241-242.

<sup>181</sup> O direito é um dos sistemas, interiormente compondo-se de relações, e exteriormente funcionando como sistema relacionador do sistema social em seu todo. Um dos subsistemas que interliga os demais subsistemas do sistema social global é o subsistema do direito. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p.66.

<sup>182</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, citando Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p.LXIII (introdução à edição portuguesa).

A compreensão desse universo pressupõe a aprendizagem dos fenômenos jurídicos que se repetem, e que merecem toda a atenção da sociedade. Alcançado tal objetivo, tem-se um sistema, definido como *concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito de uma grande unidade* como concebia Savigny<sup>183</sup>, *ordenação de conhecimento segundo um ponto de vista unitário*<sup>184</sup>.

Note-se que entre as diversas definições possíveis e entre as elencadas é possível identificar, em especial, elementos comuns entre esses conceitos, nesse caso, ordem e unidade<sup>185</sup>.

Em vista disto, deve-se analisar os conceitos, o desenvolvimento e segurança jurídica de sistema a fim de construir um pensamento de idéias de ordem e de coerência dentro de um ordenamento jurídico.

## 2.2 A CONCEPÇÃO SISTÊMICA DE ORDENAMENTO JURÍDICO

O conceito de sistema jurídico deve-se desenvolver a partir da função do pensamento sistemático. Por isso, todos os conceitos de sistema que não sejam capazes de exprimir a adequação valorativa<sup>186</sup> e a unidade interior da ordem jurídica<sup>187</sup> são inutilizáveis, ou pelo menos, de utilização limitada.

Segundo Norberto Bobbio, no uso histórico da Filosofia do Direito e da Teoria Geral do Direito emergem três diferentes significados de sistema.<sup>188</sup> Um primeiro significado é o mais próximo ao significado de “sistema” na expressão

<sup>183</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema do Direito Atual*. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. Vol.3.

<sup>184</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. p.10-11.

<sup>185</sup> O conceito de unidade e ordem será visto no item 2.2.3 deste trabalho.

<sup>186</sup> Na base de todos os sistemas normativos, incluído nessa classe o sistema jurídico, sempre há valores. Pode-se dizer que os valores formam o núcleo base de um sistema normativo, (...). CARVALHO, op. cit., p.173.

<sup>187</sup> Ordem jurídica caracteriza-se necessariamente por sua homogeneidade e sua unidade lógica, isso significa que nenhuma lei, e, de modo geral, nenhuma regra de direito, pode ser definida em si e para si, isto é, isoladamente: ela pertence à organização institucional do espaço estatal. GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.115-116.

<sup>188</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 3.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. p.77.

“sistema dedutivo”, ou, mais exatamente, foi baseado nele.<sup>189</sup> Em tal acepção, diz-se que um dado ordenamento é um sistema enquanto todas as normas jurídicas daquele ordenamento são deriváveis de alguns princípios gerais – ditos princípios gerais do Direito, considerados da mesma maneira que os postulados de um sistema científico. Essa acepção muito trabalhada no termo “sistema” foi referida historicamente somente ao ordenamento do Direito natural.<sup>190</sup>

Uma das mais constantes pretensões dos *jusnaturalistas*<sup>191</sup> modernos, pertencentes à escola racionalista<sup>192</sup>, foi a de construir o Direito natural como um sistema dedutivo. E, uma vez que o exemplo clássico do sistema dedutivo era a geometria de Euclides, a pretensão dos jusnaturalistas resolvia-se na tentativa de elaborar um sistema jurídico geometricamente demonstrável.<sup>193</sup> A teoria do Direito, portanto, faria parte daquelas que não dependem de experiências, mas de definições: não do que mostram os sentidos, mas do que demonstra a razão.<sup>194</sup>

O segundo significado de sistema, apresentado por Bobbio, é encontrado na ciência do Direito moderno, que nasce, pelo menos no Continente, da pandectista alemã, e vem de Savigny, que é o autor, não por acaso, do célebre *Sistema do Direito Romano Atual*. Neste segundo significado, o termo “sistema” possui caráter indutivo, ou seja, parte-se do conteúdo das simples normas com a finalidade de

---

<sup>189</sup> Ibid., p.78.

<sup>190</sup> Ibid.

<sup>191</sup> A concepção dos *jusnaturalistas* admitia a existência de um estado de natureza, isto é, uma sociedade em que existiam apenas relações intersubjetivas entre os homens, sem um poder político organizado. Nesse estado, que teria precedido a instauração da sociedade política (ou Estado), admitiam a existência de um direito que era, exatamente, o direito natural. Segundo os jusnaturalistas a intervenção do estado limita-se a tornar estáveis tais relações jurídicas. Por exemplo, segundo Kant, o direito privado já existe no estado de natureza e a constituição do Estado determina apenas o surgimento o direito público; contrapõe o modo de ser do direito privado no estado de natureza àquele característico do mesmo direito da sociedade política, afirmando que no primeiro momento tem-se um “direito provisório” e no segundo momento um “direito peremptório”. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico* – lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone Editora, 1995. p.29.

<sup>192</sup> Para a escola racionalista (Spinoza), a razão, o puro raciocínio é a principal fonte do conhecimento, e a experiência real pouco nos revela sobre a realidade das coisas, *Aristóteles em Nova Perspectiva*: Introdução à teoria dos Quatro Discursos. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

<sup>193</sup> BOBBIO, op. cit., p.79.

<sup>194</sup> A falha das concepções jusnaturalistas é não conseguir compreender essa objetividade por uma questão de puro pré-conceito axiológico a respeito da (in)justiça de determinados sistemas jurídicos, o que os impede de ir adiante do direito. É a conhecida falácia do jusnaturalista, que ao deparar-se com uma ordem jurídica que não se adequou aos seus valores, não a considera como “direito”; a sua capacidade de análise acaba nesse momento, pois o seu erro fundamental é confundir o direito como ele é, *hic et nunc*, com o que o direito “deveria ser”, consoante as suas preferências ideológicas. CARVALHO, op. cit., p.176.

construir conceitos sempre mais gerais, e classificações ou divisões da matéria inteira.<sup>195</sup>

Assim, tem-se que na expressão “jurisprudência sistemática” usa-se a palavra “sistema” não no sentido das ciências dedutivas, como no primeiro significado de sistema, mas no das ciências empíricas ou naturais, como ordenamento desde baixo, de modo indutivo. O procedimento típico dessa forma de sistema não é a dedução, mas a classificação.<sup>196</sup>

A sua finalidade não é mais a de desenvolver analiticamente, mediante regras preestabelecidas, alguns postulados iniciais, mas a de reunir os dados fornecidos pela experiência, com base nas semelhanças, para formar conceitos generalíssimos que permitam unificar todo o material dado.

Por fim, o terceiro significado de sistema jurídico, para Bobbio, é aquele segundo o qual o ordenamento jurídico constituiu um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis. Aqui, sistema equivale à validade do princípio que exclui a *incompatibilidade* das normas.<sup>197</sup>

Então, para se considerar o enquadramento de uma norma no sistema, não bastará mostrar a sua derivação de uma das fontes autorizadas, mas será também necessário mostrar que ela não é incompatível com outras normas.<sup>198</sup> Nesse sentido, nem todas as normas produzidas pelas fontes autorizadas seriam normas válidas<sup>199</sup>, mas somente aquelas compatíveis umas com as outras.<sup>200</sup>

A partir desta concepção sistêmica de ordenamento jurídico ensinado por Norberto Bobbio, deve-se analisar como o sistema se concebe quanto a sua

<sup>195</sup> CARVALHO, Cristiano. *Teoria do Sistema Jurídico*. p.79.

<sup>196</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>198</sup> Assim, não há norma jurídica fora de sistema; no momento em que não mais pertence a um sistema jurídico, perde a identidade de norma. “Norma” significa elemento pertinente a dado sistema. (...). De um ponto de vista material, não apenas lógico, o sistema jurídico é um plexo intrincado de disposições normativas, interdependentes; a aplicação, eficácia e coercibilidade de uma norma dependem de disposições contidas em outras normas (competência, sanções, procedimento, etc.), daí a impossibilidade de existência de norma independente de um ordenamento. CARVALHO, *op. cit.*, p.159-160.

<sup>199</sup> A validade é uma relação sintática entre o elemento e o sistema. Dessa forma, a validade não é uma propriedade da norma jurídica, mas sim sua relação de pertinência com o sistema. A norma é norma porque pertence a um sistema jurídico, e, portanto, é válida. A validade equivale à existência da norma jurídica, e essa existência pressupõe pertinência a um dado sistema. CARVALHO, *op. cit.*, p.159.

<sup>200</sup> *Ibid.*, p.81.

natureza valorativa, de forma axiológica ou teleológica, a fim de evitar-se contradições ao surgirem novos valores, e também como ordem de princípios gerais do Direito, podendo ser um sistema definido como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito.

### **2.2.1 O Sistema como ordem axiológica ou teleológica e como ordem de princípios gerais do Direito**

O ordenamento jurídico, de acordo com a sua derivação e a partir da regra da justiça, é de natureza valorativa; assim, também o sistema a ele correspondente só pode ser uma ordenação *axiológica* ou *teleológica*, na qual, aqui, teleológico não é utilizado no sentido estrito da pura conexão de meios aos fins.<sup>201</sup>

Quando se fala da adequação dos valores, especialmente, de valores de dois grandes sistemas existentes – *Common Law* e *Civil Law*, pretende-se exatamente significar o valor axiológico do ordenamento jurídico que os separa. Não se trata, portanto, da “justeza” material, mas apenas da “adequação” formal de uma valoração – na qual “formal” não se deve, evidentemente, entender no sentido “lógico-formal”, mas no sentido em que se fala também do caráter “formal” do princípio da igualdade<sup>202 203</sup>

Assim, não é tarefa do pensamento teleológico, tanto quanto vem agora a propósito, encontrar uma regulação “justa” qualquer, *a priori* no seu conteúdo – por exemplo, no sentido do Direito Natural ou da doutrina do “Direito justo”–. Mas deve-se tão-somente, uma vez legislado um valor (primário), pensar todas as suas conseqüências até o fim, transpô-lo para casos comparáveis, solucionar

---

<sup>201</sup> Ibid., p.101.

<sup>202</sup> Trata-se do princípio da igualdade, de valor puro e, como tal, não pode ter um sentido objetivo. (...). A igualdade legal, ou isonomia, é um critério a ser seguido na criação do direito pelo próprio direito. Divide-se em igualdade formal ou sintática e igualdade material ou semântica. A primeira refere-se à própria pertinência da norma ao sistema jurídico, irradiando-se para todo o sistema social que esteja sobre o seu âmbito de validade. A última refere-se ao conteúdo da norma, que não pode discriminar indivíduos sem que haja uma justificação lógica razoável para tanto. CARVALHO, op. cit., p.338.

<sup>203</sup> Contrariamente, para Canaris, hoje não mais pode se pôr em dúvida que um sistema lógico-formal não sirva, de alguma maneira, nem a essência do direito, nem as tarefas específicas do jurista. A recusa de um sistema lógico-formal, portanto, conduz, conseqüentemente, também à recusa de um sistema axiomático-dedutivo. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. p.37-38.

contradições com outros valores já legislados e evitar contradições derivadas do aparecimento de novos valores.<sup>204</sup>

Neste sentido, é a idéia de unidade, elaborada no item posterior, que se caracteriza pela recondução da multiplicidade do singular a alguns princípios constitutivos.

Mas isso significa que, na descoberta do sistema teleológico, não se pode optar pelas “decisões de conflitos” e pelos valores singulares. Deve-se antes avançar até os valores fundamentais mais profundos, portanto, aos *princípios gerais* da ordem jurídica: trata-se, assim, de apurar, por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio júris* determinante. Pois só assim os valores singulares podem libertar-se do seu isolamento aparente e reconduzir-se à procurada conexão “orgânica”, obtendo-se assim o grau de generalização sobre o qual a *unidade* da ordem jurídica, no sentido acima caracterizado, se torna perceptível.<sup>205</sup>

O sistema pode ser, assim, definido como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais.<sup>206</sup>

Na sua função sistematizadora, os princípios<sup>207</sup> apresentam quatro características: não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou em contradições; eles não têm a pretensão da exclusividade; eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição

---

<sup>204</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Op. cit., p.13.

<sup>205</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Op. cit., p.39.

<sup>206</sup> Para Eros Grau, cada sistema apresenta duas faces, pode ser visualizado desde dois prismas: o dos conhecimentos e o dos objetos do conhecimento. Assim, cogita-se do sistema científico (sistema de conhecimento) e do sistema objetivo (sistema de objetos do conhecimento). A definição de sistema jurídico (cada sistema jurídico) para Eros Grau, seria como uma ordem teleológica de princípios gerais de direito. Não se trata de ordem de normas, conceitos, institutos, valores ou axiomas, mas de ordem de princípios gerais. GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 4.ed. São Paulo: Nalheiros Editores LTDA, 2002. p.22.

<sup>207</sup> Porém, para Cristiano Carvalho, princípios são enunciados que denotam valores consagrados pelo sistema jurídico, e têm a função de diretivos axiológicos de todo o ordenamento (...). Os princípios são enunciados que formam a estrutura fundamental do ordenamento, orientando não apenas o legislador, na sua tarefa de construir o ordenamento, como também o próprio hermeneuta, entendido não apenas como o jurista, mas principalmente os operadores jurídicos em geral. CARVALHO, op. cit., p.146.

recíprocas; e eles precisam, para a sua realização, de uma concretização através de subprincípios e valor singular, com conteúdo material próprio.<sup>208</sup>

Portanto, o sistema jurídico, enquanto ordem axiológica de princípios gerais de Direito, não é fechado, mas antes aberto. Isto vale tanto para o sistema de proposições doutrinárias ou “sistema científico”, como para o próprio sistema da ordem jurídica, “o sistema objetivo”. A propósito do primeiro, a abertura significa a incompletude do conhecimento científico, e a propósito do último, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais.

### 2.2.2 A abertura do Sistema

A abertura do sistema jurídico não se opõe à aplicabilidade do pensamento sistemático na Ciência do Direito<sup>209</sup>. Ela partilha a abertura do “sistema científico” com todas as outras Ciências, pois, enquanto no domínio respectivo ainda for possível um progresso no conhecimento, e, portanto, o trabalho científico fizer sentido, nenhum desses sistemas pode ser mais do que um projeto transitório.<sup>210</sup>

A abertura do “sistema objetivo” é, pelo contrário, possivelmente, uma especificidade da Ciência do Direito, pois ela resulta do seu objeto, designadamente, da essência do Direito como um fenômeno situado no processo da História e, por isso, mutável.<sup>211</sup>

Assim, as questões da completude e da mutabilidade ou não do sistema não são vistas como seus elementos constitutivos, mas apenas como qualidades suas.

No entanto, deve-se mencionar, que na complexidade<sup>212</sup> da concepção de autopoiese<sup>213</sup>, concebida por H. Maturana, em 1982, e posteriormente, transportada

<sup>208</sup> GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

<sup>209</sup> Luhmann afirma que, nesse ponto de coexistência, no sistema autopoietico do direito, entre o “normativamente fechado” e o “cognitivamente aberto”, efetua a transposição de uma idéia que toma da cibernética, e segundo a qual um sistema “aberto para a energia” é fechado para a informação e para o controle”. NEVES, Clarissa Baeta. *Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas*. Op. cit., p.24.

<sup>210</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de Sistema no Direito*. p.22.

<sup>211</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de Sistema no Direito*. p.22.

<sup>212</sup> Sobre a complexidade dessa concepção, H. Willke, in *Controverses...*, p. 166, escreve: Basta observar que a teoria poietica dos sistemas sociais se situa num espectro de conceitos conectados pela idéia de modo de operação auto-referencial dos sistemas complexos, ou seja: a cibernética de segundo grau ou *second order cybernetics* (Maryuama, v. Foerster), a epistemologia do

para o campo jurídico por N. Luhmann e G. Teubner, a qual é mais sociológica que filosófica, aflora uma idéia clara, que afeta a teoria do direito: compreender o que é o direito é compreender que apenas o direito define o direito.<sup>214</sup>

Não há dúvida que essa visão do direito participa da ‘fascinação da auto-organização’<sup>215</sup> que, substituindo as categorias tradicionais de objeto, de sujeito e de causalidade por ‘conceitos operacionais’, contribuiria com uma nova *episteme* ‘realmente pós-cartesiana’. Na verdade, um sistema autopoietico é um conjunto de processos cuja unidade dinâmica interna, comparável a ‘um programa que se autoprograma’, é tal que estamos diante da autogeração do dito sistema. No terreno jurídico, isso significa não só que há autonomização do direito (que então não necessita nem de transcendência moral ou religiosa, nem de causalidade natural ou sociopolítica), mas o direito baseia-se unicamente no princípio de auto-referência: ele é um *sistema normativo fechado*, uma vez que apenas o direito determina o caráter jurídico dos elementos do sistema (mesmo que, do ponto de vista cognitivo, ele possa ser *aberto* e levar em consideração, a título puramente informativo, as modificações do ambiente). ‘Cada elemento’, diz N. Luhmann, ‘recebe sua qualidade normativa de um outro elemento que ele determina por sua vez, sem que se possa detectar, nesse circuito auto-referencial, qualquer prioridade ou primazia’.<sup>216</sup>

Assim, após um breve esboço sobre a origem da concepção de sistema, sua abertura jurídica e, conseqüente aplicação no campo da Ciência do Direito, é necessário mencionar a questão da idéia de sistema no Ordenamento Jurídico, que constitui o principal objeto de estudo deste capítulo, uma vez que serão analisados dois dos principais elementos que compõem inúmeras definições gerais e jurídicas de sistema: ordenação e unidade.

---

construtivismo (v. Glaserfeld), a teoria da comunicação de Gregory Bateson, a teoria dos *black boxes* (Glanville), a lógica (Morin, Spencer-Brown), a teoria do *hyper cycle* (Manfred Eigen) ou a teoria dos sistemas sociais (Luhmann)”. Apud GOYARD-FABRE, op. cit., p.221.

<sup>213</sup> A concepção de sistemas no campo das ciências naturais, desenvolvida por Maturana, pode ser encontrada no item 2.1.1 deste capítulo.

<sup>214</sup> GOYARD-FABRE, loc. cit., p.221.

<sup>215</sup> A capacidade de auto-organização é a propriedade dos sistemas complexos que lhes permite desenvolver ou alterar a sua estrutura interna espontaneamente e de forma adaptativa, a fim de se ajustar ao seu ambiente. CARVALHO, op. cit., p.97.

<sup>216</sup> GOYARD-FABRE, op. cit., p.221-222.

## 2.3 A IDÉIA DE SISTEMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A questão da idéia de sistema no Ordenamento Jurídico é um dos temas mais discutidos da metodologia jurídica. Em poucas controvérsias estão, ainda hoje, as opiniões tão divididas. Enquanto, por exemplo, SAUER<sup>217</sup> exclama com ênfase: “Apenas no sistema é possível verdadeiro conhecimento, verdadeiro saber”, EMGE<sup>218</sup> opina, com discrição cética: “Um sistema é sempre um empreendimento da razão com um conteúdo exagerado”<sup>219</sup>.

Com efeito, em tal discussão subjazem questões centrais da Metodologia e da Filosofia do Direito. Trata-se, afinal, dos fundamentos da Ciência do Direito, em especial de seu auto-entendimento como ciência e da especificidade do pensamento e da argumentação jurídicos.

Sobre o conceito central de sistema, é ainda determinante a definição clássica de KANT<sup>220</sup>, que caracterizou o sistema como “a unidade, sob uma idéia, de conhecimentos variados”, ou, também, como “um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios.”<sup>221</sup>

Assim, dois elementos emergem das inúmeras definições gerais ou jurídicas de sistema: *ordenação e unidade*. Eles estão, um para com o outro, na mais estreita relação de intercâmbio, mas são, no fundo, de separar. *Ordenação* exprime um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade, ou seja a conexão das partes integrantes do todo. Já a *unidade* modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais.<sup>222</sup>

---

<sup>217</sup> SAUER, Wilhelm. *Juristische Methodenlehre, Zugleich eine Einleitung in die Methodik der Geisteswissenschaften*. Stuttgart, 1940. Citado por CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Op. cit., p.20

<sup>218</sup> EMGE, Carl August. *Einführung in die Rechtsphilosophie*. Frankfurt-Wien, 1955. Citado por CANARIS, op. cit., p.37

<sup>219</sup> *Ibid.*, p.5.

<sup>220</sup> KANT, Immanuel. *A Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

<sup>221</sup> CANARIS, op. cit., p.10.

<sup>222</sup> FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

A propósito, revela distinguir sempre dois prismas do sistema: um, o sistema de conhecimentos<sup>223</sup>, ou sistema científico, e o outro o sistema dos objetos do conhecimento, ou sistema objetivo ou real. Ambos estão em conexão estreita, devendo o primeiro ser o correspondente, o mais fiel possível do último, de modo a que a elaboração científica de um objeto não desvirtue este, falseando, com isto, a sua finalidade. Segue-se daí, para a formação jurídica do sistema, que esta só seria possível quando o seu objeto, isto é, o Direito, aparente tal sistema objetivo. Qualquer outra precisão sobre o significado da idéia de sistema na Ciência do Direito e sobre o correspondente conceito de sistema pressupõe, por isso, o esclarecimento da questão sobre se e até onde possui o Direito aquelas ordenações e unidade, indispensáveis como fundamento do sistema.<sup>224</sup> Assim, os elementos do conceito geral do sistema (ordem e unidade) encontram a sua correspondência jurídica nas idéias da *adequação valorativa* e da *unidade interior* do Direito.

Sob o prisma metodológico, parece existir uma ligação inseparável entre a natureza científica do Direito e a idéia de sistema. A hipótese fundamental de toda a Ciência é a de que uma estrutura racional, acessível ao pensamento, domine o mundo material e espiritual. Por conseqüência, também a metodologia jurídica parte, nos seus postulados, da existência fundamental da unidade do Direito. Ela o faz com a regra da “interpretação sistemática” ou através da pesquisa de “princípios gerais de Direito”, no campo da chamada analogia de Direito, colocando-se, com isso, em consonância com as doutrinas da hermenêutica geral; de fato, pertence a estas o chamado “cânion da unidade” ou da “globalidade”, segundo o qual o intérprete deve pressupor e entender o seu objeto como um todo em si significativo, de existência assegurada.<sup>225</sup>

---

<sup>223</sup> Quando se aceita que a teoria dos sistemas é para ser praticada como diferenciação, é preciso que haja, logicamente, um quadro teórico de referência mais geral que seja capaz de mostrar que tudo depende desta (ou de outra) diferenciação. Aqui poder-se-ia pensar na necessidade de fundamentar toda pesquisa científica em termos de uma teoria do conhecimento. Mas não se deve, então, abordar a teoria do conhecimento da ciência de forma dogmática, como parte de axiomas indispensáveis, necessariamente verdadeiros, como condição da possibilidade de conhecimento, válida a partir de si mesma. Já que a pesquisa se opõe a si própria em funcionamento, como sistemas, só pode ser levada em conta uma fundamentação circular. A teoria do conhecimento que se exige aqui é, então, simultaneamente premissa e resultado da pesquisa teórica – sistêmica. Ela resulta do fato de que, na pesquisa sobre sistemas, aprende-se também algo a respeito da própria pesquisa e de que, não se pode afirmar outra coisa, a teoria dos sistemas é teoria universal, ou seja, aplicável também a si próprio. NEVES, op. cit., p.54-55.

<sup>224</sup> CANARIS, op. cit., p.13.

<sup>225</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Op. cit., p.14-15.

Assim, a adequação (ou ordem) e a unidade do Direito são bens mais pressupostos da natureza da ciência jurídica do que postulados da metodologia; elas pertencem, antes, às exigências ético-jurídicas mais fundamentais e radicam, por fim na própria idéia do Direito, ou seja, na própria estrutura do objeto da Ciência.<sup>226</sup>

Por sua vez, a adequação valorativa resulta do postulado da justiça, na concretização do princípio da igualdade, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença: tanto o legislador como o juiz está adstrito a retomar “conseqüentemente” os valores encontrados, “pensando-os até o fim”, em todas as conseqüências singulares e afastando-os apenas justificadamente, ou seja, por razões materiais: estão adstritos a proceder com adequação, garantindo a ausência de contradições da ordem jurídica.<sup>227</sup>

Dessa forma, vê-se que a unidade representa a realização da “tendência generalizadora” da justiça, que exige a superação dos numerosos aspectos possivelmente relevantes no caso concreto, em favor de uns poucos princípios, abstratos e gerais. Através desse componente positivo da unidade, garante-se que a ordem do direito não se dispersa numa multiplicidade de valores singulares desconexos, antes se deixando reconduzir a critérios gerais relativamente pouco numerosos.<sup>228, 229</sup>

Então, o pensamento sistemático radica-se, de fato, na idéia de Direito imediatamente. Ele é, em conseqüência, imanente a cada Direito positivo porque e na medida em que este represente sua concretização (na forma historicamente determinada) e não permanece, por isso, como mero postulado, antes sendo, desde sempre também, pressuposição de todo o Direito e de todo o pensamento jurídico e ainda que a adequação e a unidade também possam com freqüência realizar-se de modo fragmentado.<sup>230</sup> Portanto, a função do conceito de sistema, no Direito, e principalmente, quando se fala em famílias jurídicas é a de: *traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica.*<sup>231</sup>

---

<sup>226</sup> Ibid., p.18.

<sup>227</sup> Ibid.

<sup>228</sup> Ibid., p.21.

<sup>229</sup> Cumpre ressaltar, que as escolas hermenêuticas (dogmáticas e zetéticas) discordam com o pensamento de unidade, uma vez que pensam em um conceito jurídico universal, racionalmente inferido das normas positivas de toda espécie. FREITAS, op. cit., p.43

<sup>230</sup> Ibid., p.23.

<sup>231</sup> Ibid.

Nesse sentido, a idéia de sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do *princípio da justiça* e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência à generalização. Acontece ainda que outro valor supremo, a *segurança jurídica*<sup>232</sup>, aponta na mesma direção.<sup>233</sup>

### 2.3.1 A Segurança Jurídica<sup>234</sup> no Pensamento Sistemático

Também a segurança jurídica pressiona, em todas as suas manifestações – seja como determinabilidade e previsibilidade do Direito<sup>235</sup>, como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou simplesmente como praticabilidade da aplicação do Direito – para a formação de um sistema. Isso porque todos esses postulados podem ser mais bem perseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e com princípios democráticos, portanto um Direito ordenado em sistema, do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas e em fácil contradição com as outras<sup>236</sup>.

A segurança jurídica, que em outras palavras significa estabilidade da ordem normativa, subentende diversos fatores que devem estar presentes no sistema, tais como formulação de normas gerais e abstratas criadoras de direitos e obrigações (e normas individuais e concretas que as apliquem), da máxima objetividade e clareza

<sup>232</sup> A segurança jurídica, conforme CARVALHO (CARVALHO, Paulo de Barros. *Sobre os princípios constitucionais tributários*. RDT 55, p.150), é um “sobre princípio”, produto da presença simultânea dos cânones que o realizam. A segurança jurídica em sua magnitude de “sobre princípio”, talvez seja uma das características principais que apartam os Estados democráticos de direito dos Estados totalitários. CARVALHO, op. cit., p.342.

<sup>233</sup> FREITAS, op. cit., p.48

<sup>234</sup> A Segurança jurídica, enquanto referida à certeza do direito, visando a respectiva cognoscibilidade e previsibilidade, supõe não só o conhecimento dos princípios e normas aplicáveis em termos gerais e abstratos, mas ainda o conhecimento dos previsíveis efeitos da respectiva aplicação concreta. GOMES, Nuno Sá. *Estudos sobre a segurança jurídica na tributação e as garantias dos contribuintes*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1993. p.18.

<sup>235</sup> Essa previsibilidade leva à idéia da certeza do direito, que, como conceitua Tercio Sampaio Ferraz Junior (*Segurança jurídica e normas gerais tributárias*. RDT n.º 17/18, p.51), é “a determinação permanente dos efeitos que o ordenamento jurídico atribui a um dado comportamento, de modo que o cidadão saiba ou possa saber de antemão a consequência de sua próprias ações. CARVALHO, op. cit., p.341.

<sup>236</sup> CANARIS, op. cit., p.22.

possível dos textos legais, da existência de normas de produção, publicação e entrada em vigor das leis, da adoção de regras de interpretação, dentre outras.<sup>237</sup>

Por outro lado, a segurança jurídica não pode valer de tal modo que emperre a dinamicidade do sistema jurídico. Se tal princípio restringir sobretudo a auto-produção do direito, este pode vir a estagnar-se. O direito, enquanto sistema complexo, precisa guardar a sua capacidade de se auto-regular e, às vezes, isso significa passar para outros níveis homeostáticos, como ocorreu na passagem da Constituição Brasileira anterior para a atual. Na homeostase<sup>238</sup> do sistema jurídico deve haver um delicado equilíbrio entre capacidade de inovação e a garantia das regras do jogo, que é outro termo para a segurança jurídica.<sup>239 240</sup>

A partir, deste ponto, deve-se ingressar nas contradições do sistema, especialmente à contradição valorativa da idéia de sistema, o que acarretaria um aperfeiçoamento do Direito, e uma conseqüente evolução para a supranacionalidade.

### **2.3.2 As Contradições Sistêmicas. Evolução do Direito rumo à supranacionalidade**

O sistema cumpre, em particular, duas tarefas na criação do Direito: contribui para a plena composição do conteúdo teleológico<sup>241</sup> de uma norma ou de um instituto jurídico, o que conduz a interpretá-los como parte do conjunto da ordem jurídica e sobre o pano de fundo das conexões relevantes, e ele serve para a

<sup>237</sup> CARVALHO, op. cit., p.341.

<sup>238</sup> De um modo geral, este conceito é importante sempre que os fenômenos estudados passam a ser analisados sob uma ótica sistêmica, principalmente quando se trata de sistemas complexos, ou extremamente complexos, e que são auto-reguláveis. EPSTEIN, Isaac. *Cibernética*. São Paulo: **Ática**, 1986.

<sup>239</sup> Ibid., p.342.

<sup>240</sup> Um exemplo disso é que se considerássemos segurança jurídica como um valor absoluto, não se poderia ter abolido a escravatura no século XIX, pois certamente os proprietários de escravos tinham, no sistema então vigente, direito adquirido proveniente do ato jurídico perfeito que foi a aquisição dos seus servos. Ibid., p.342.

<sup>241</sup> Para CANARIS, quando se ordena sistematicamente, de certa forma, um fenômeno jurídico, está-se, em regra, com isso, a fazer uma afirmação sobre o seu conteúdo teleológico. E, com isso, solicitam-se de imediato os valores e, em especial, os princípios gerais da ordem jurídica que estejam por detrás das normas questionadas. Uma querela sobre uma ordenação sistemática é, por isso, em regra, também uma querela sobre a essência de um fenômeno jurídico, isto é, predominantemente acerca do seu conteúdo valorativo dentro do Direito vigente. CANARIS, op. cit., p.154.

garantia e a realização da adequação valorativa e de unidade interior do Direito, porquanto mostra as inconseqüências valorativas, proporcionando, com isso, o aperfeiçoamento do Direito, tanto pela delimitação de ameaçadoras contradições de valores como pela determinação de lacunas.<sup>242</sup>

Assim, o sistema desempenha papel fundamental, seja na hermenêutica jurídica em geral, seja no aspecto particular das antinomias, seja na integração das lacunas. Em relação à hermenêutica, a interpretação sistemática ocupa um lugar firme entre os “cânones da interpretação jurídica”.<sup>243</sup>

No que respeita a antinomias<sup>244</sup>, vale dizer que, consistem naquela situação em que são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe (*contrariedade*), ou uma obriga e a outra permite (*contraditoriedade*), ou uma proíbe e a outra permite (*contraditoriedade*) o mesmo comportamento<sup>245</sup>.

Porém, para que possa ocorrer uma antinomia são necessárias duas condições: 01) as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento; e, 02) as duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade (temporal, espacial, pessoal e material).<sup>246</sup>

E, para a solução das antinomias são três as regras fundamentais: o critério cronológico (*lex posterior derogat priori*), o critério hierárquico (*lex superior derogat inferior*) e o critério da especialidade (*lex specialis generalis*).<sup>247</sup>

O critério cronológico serve quando duas normas incompatíveis são sucessivas; o critério hierárquico serve quando duas normas incompatíveis estão em nível diverso; o critério de especialidade serve no choque de uma norma geral com uma norma especial. Quando tais critérios resolvem as incompatibilidades entre as normas, afirma-se que se tratavam de *antinomias aparentes*.<sup>248</sup>

<sup>242</sup> Ibid., p.157.

<sup>243</sup> A ponto de Juarez Freitas ter sustentado que é, pois, a interpretação sistemática o processo hermenêutico, por essência, do Direito, de tal maneira que se pode asseverar que ou se compreende o enunciado jurídico no plexo de suas relações com o conjunto dos demais enunciados, ou não se pode compreendê-lo adequadamente. Nesse sentido, é de se afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação. FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. p. 55-56.

<sup>244</sup> Antinomias, para Norberto Bobbio, são definidas como uma situação de incompatibilidade entre normas. BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. p.86.

<sup>245</sup> Ibid.

<sup>246</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. p.86.

<sup>247</sup> Ibid., p.87.

<sup>248</sup> Ibid., p.87.

Mas pode ocorrer antinomia entre duas normas contemporâneas, do mesmo nível e ambas gerais. Nesse caso, estar-se-á diante da hipótese de impossibilidade de aplicação dos critérios de solução das antinomias ou diante da aplicabilidade de dois ou mais critérios *conflitantes* (*antinomias de segundo grau*), ou seja, diante das chamadas antinomias insolúveis ou reais.<sup>249</sup> No caso de impossibilidade de aplicação de critérios, o intérprete estará diante das alternativas de eliminar uma, eliminar as duas ou conservar as duas normas incompatíveis.<sup>250</sup>

No caso de conflito entre critérios de solução de antinomias, pode-se afirmar, de modo geral, que os critérios hierárquicos e de especialidade prevalecem sobre o cronológico, enquanto no caso de conflito entre os critérios fortes, ou seja, o hierárquico e o de especialidade, não existe regra apriorística de solução.<sup>251</sup>

Finalmente, observa-se que, uma vez reconhecido um princípio como “geral”, ou seja, uma vez determinado o seu peso ético-jurídico e a sua hierarquia jurídico-positiva, ele pode conduzir, em ligação com a regra da adequação valorativa, a um aperfeiçoamento inesperado do Direito: não é outra coisa o que sucede com a *determinação de uma lacuna* com recurso a um princípio geral.<sup>252</sup>

Em conseqüência, a elaboração do sistema tem, também neste ponto, influência na complementação de uma ordem jurídica. Pois quando um princípio “geral” é elaborado, o princípio da igualdade conduz, em muitos casos, ao reconhecimento de normas não escritas, e assim, não é de admirar que, muitas vezes, a partir de previsões singulares, aparentemente limitadas, tenham-se elaborado novos institutos para o sistema: os valores corporizados naqueles preceitos são “gerais” segundo o seu peso interior, não se podendo pois concluir que eles tenham influenciado mais ou menos o sistema e o conteúdo do Direito vigente.<sup>253</sup>

---

<sup>249</sup> Ibid., p.88.

<sup>250</sup> Ibid., p.88.

<sup>251</sup> Ibid., p.89.

<sup>252</sup> CANARIS, op. cit., p.176.

<sup>253</sup> Ibid., p.176.

Por isso é altamente contestável que se censure à jurisprudência, principal fonte do Sistema de Direito da *Common Law*, uma vez que a mesma procura ‘apoios’ na lei, principal fonte do Sistema de Direito da *Civil Law*, para o aperfeiçoamento criativo do Direito. Isso não deveria ser considerado como um “resquício positivista”, nem a aspiração de fidelidade à lei, daí resultante, criticada como fundamentação aparente, antes se reconhecendo que, sob esse procedimento, existe um conhecimento metodológico e filosófico correto: é designadamente mais fácil demonstrar a mera adequação “formal” de um valor do que comprovar a sua justiça e adstringibilidade “material” (de lege lata).<sup>254 255</sup>

Daí surgem, as primeiras bases para pensar-se os sistemas pelos juízes que os irão aplicar, sejam eles legicêntricos ou ligados a teoria dos *precedents*.<sup>256</sup>

Assim, também, surge junto à primeira e de algum modo negativa função do sistema de prevenir o aparecimento de contradições de normas, a função, em certa medida positiva, de desenvolver o Direito de acordo com o peso interior dos seus princípios constitutivos ou “gerais”; em ambos os casos, tratam-se da defesa da unidade valorativa, que constata, também, numa lacuna não integrada contra a regra da igualdade, uma contradição de valor, em sentido amplo.

A formação de um sistema completo numa determinada ordem jurídica permanece sempre um objetivo não totalmente alcançado pela quase totalidade dos países do mundo.

Para aqueles que não conseguiram ainda colocá-los em prática, opõe-se-lhe invencivelmente a natureza do Direito e isso a dois títulos. Por um lado, uma determinada ordem jurídica positiva não é uma “*ratio scripta*”, mas sim, um conjunto historicamente formado, criado por pessoas. Como tal apresenta, de modo necessário, contradições e incompletudes, inconciliáveis com o ideal da unidade interior e da adequação e, assim, como o pensamento sistemático.<sup>257</sup>

Mas por outro, há na própria idéia de Direito um elemento imanente contrário ao sistema é a chamada tendência individualizadora da justiça que, contracenando

<sup>254</sup> Ibid., p.177.

<sup>255</sup> Porém, é mister ressaltar que, a diferença fundamental entre esses dois tipos de sistemas jurídicos é centralizado na sua capacidade de calibração homeostática. O sistema do direito codificado (*Civil Law*) é um sistema com menor eficiência homeostática, portanto com menor capacidade de corrigir desvios. Já a *common law* é nitidamente um sistema com grande superioridade nesse aspecto. CARVALHO, Cristiano. *Teoria do Sistema Jurídico*. p.213.

<sup>256</sup> Ibid., p.178.

<sup>257</sup> CARVALHO, Cristiano. *Teoria do Sistema Jurídico*. p.199.

com o pensamento sistemático – assente na tendência generalizadora – tem como consequência o surgimento de normas que *a priori* se opõem à determinação sistemática. “Quebras no sistema” e “lacunas no sistema” são, por isso, inevitáveis.<sup>258</sup>

As quebras no sistema, como contradições de valores e de princípios, que não podem ser sanadas através da interpretação sistemática, embora pouco numerosas, representam um fato “perturbador” para a “unidade” do sistema, mas não o impossibilitam.<sup>259</sup>

Assim, enquanto um sistema lógico-axiomático logo se torna inutilizável perante uma única contradição entre os seus axiomas, porque toda proposição é derivável dele, a contradição deixa-se “isolar” no sistema axiológico ou teleológico: a formação do sistema é, na verdade, impossível nesse ponto – e, conseqüentemente, também a obtenção do Direito a partir do sistema – mas todos os restantes domínios não são, ao contrário, perturbados por isso.<sup>260</sup>

Ainda quando uma formação plena do sistema permanece inalcançável, essa discrepância entre o ideal de um sistema e a sua realização não implica nada de decisivo contra significado de sistema para a Ciência do Direito.<sup>261</sup>

As quebras irremediáveis no sistema *strictu sensu* impedem de fato uma formação cabal do sistema *latu sensu* pensado pelas famílias da *civil law* e da *common law* quando surgem blocos econômicos, mas deixam-no intocado nos demais âmbitos não diretamente atingidos pela quebra; assim sendo, nada de decisivo depõe contra aplicabilidade da idéia de união de sistemas no Direito<sup>262</sup>.

O mesmo vale, fundamentalmente, para as lacunas do sistema que são essencialmente mais freqüentes do que as quebras sistemáticas. Elas se deixam integrar em parte no sistema através da realização de valorações adequadas, mas,

---

<sup>258</sup> Ibid., p.200.

<sup>259</sup> Ibid., p.200.

<sup>260</sup> Ibid., p.200

<sup>261</sup> FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. p.61.

<sup>262</sup> Na tradição jurídica brasileira, o devido processo legal (muito utilizado pelos Estados Unidos) sempre teve uma feição nitidamente processual. Todavia a partir dos últimos anos, já na vigência da Constituição de 1988, principalmente por influência da doutrina americana e alemã, o *substantive due process of law* começou paulatinamente a penetrar na cultura jurídica. A nossa Suprema Corte vem adotando essa linha de aplicação do referido princípio, em julgados recentes (V.g., Ação Direta de Inconstitucionalidade 1511/DF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 1817/DF). CARVALHO, Cristiano. *Teoria do Sistema Jurídico*. p.218.

por outro lado, subtraem-se, em largos traços, a qualquer sistematização, em especial onde as lacunas de valorações subjacentes respeitam à erupção da “tendência individualizadora” da justiça.<sup>263</sup>

Neste ponto, abre-se espaço para a integração e formação de um sistema de Direito que englobe as duas famílias de Direito mais utilizadas no mundo – *Civil Law* e *Common Law*, tendo como exemplo o sistema de Direito utilizado pelos juízes pertencentes à União Européia em específico e do Mercosul no geral, conforme se verificará no capítulo posterior, bem como o utilizado pelos árbitros dos diversos Tribunais de Solução de Controvérsias existentes.

---

<sup>263</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. p.241.

### 3 A POSSIBILIDADE DO NASCER DE UM NOVO SISTEMA DE DIREITO

#### 3.1 A IMPORTÂNCIA DO PROCESSO GLOBALIZADOR NA FORMAÇÃO DO NOVO JURISTA

Quando o sistema social mundial se põe em movimento e se moderniza, o mundo começa então a parecer uma espécie de aldeia global<sup>264</sup>. Aos poucos, ou de repente, conforme o caso, tudo se articula em um vasto e complexo todo moderno. E o signo por excelência da modernização parece ser a comunicação<sup>265</sup>, a proliferação e generalização dos meios impressos e eletrônicos de comunicação, articulados em teias multimídia alcançado por todo o mundo<sup>266</sup>.

Assim, o processo globalizador, embora ainda detestado por alguns<sup>267</sup>, é reconhecido por quase todos. Isso porque o mundo se tornou menor em virtude das

---

<sup>264</sup> A expressão Aldeia Global, celebrizada por Marshall Macluhann, foi retirada do livro Teorias da Globalização, de Octavio Ianni, que afirma que a noção de aldeia global é uma expressão da globalidade das idéias, padrões e valores sócio-culturais, imaginários. Pode ser vista como uma teoria da cultura mundial, entendida como cultura de massa, mercado de bens culturais, universo de signos e símbolos, linguagens e significados que povoam o modo pelo qual uns e outros situam-se no mundo, ou pensam, imaginam, sentem e agem. IANNI, Octavio. *Teorias da Globalização*. 10.ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2002. p.119.

<sup>265</sup> Dentro dos domínios da globalização, as comunicações permitem a eliminação das distâncias, os indivíduos e comunidades organizam-se em rede; a cultura é massificada, com a tendência ao desaparecimento das singularidades nacionais. SEITENFUS, Ricardo. *Relações Internacionais*. Barueri: Manole, 2004. p.174.

<sup>266</sup> IANNI, op. cit., p.119.

<sup>267</sup> Segundo o Ministro Eros Grau, a globalização é, essencialmente, *globalização financeira*; é isso que a distingue da característica internacionalizante do capitalismo. E, continua, o modo de produção social globalizado dominante, além de conduzir não apenas à perda de importância dos conceitos de

comunicações imediatas, que disseminaram a informação e padronizaram certas condutas, tal qual uma aldeia global.<sup>268</sup>

Os efeitos dessa aldeia global, dessa globalização de idéias refletem em todas as áreas. A formação de blocos econômicos<sup>269</sup>, sociais e políticos, a eliminação de fronteiras e a debilitação das ideologias. Tudo isso é sentido como resultado de uma nova conformação de mundo e, repercute no tratamento jurídico tanto das antigas questões como das atuais<sup>270</sup>.

Trata-se, então, de um processo que se toma consciência na medida em que ele começa a atingir as pessoas próximas ao ambiente social em que se vive hoje, e que irá modificar totalmente o cotidiano das pessoas do século XXI. O jurista não pode, portanto, ignorá-lo<sup>271</sup>.<sup>272</sup>

---

“país” e “nação”, mas também ao compromisso da noção de Estado, nos coloca diante do desafio, enunciado por Dahrendorf, da quadratura do círculo entre crescimento econômico (criação de riqueza), sociedade civil (coesão social) e liberdade política: como harmonizar esses valores no clima do mercado global? E mais: a *globalização* ameaça a sociedade civil, na medida em que: (i) está associada a novos tipos de exclusão social, gerando um subproletariado (*underclass*), em parte constituído por marginalizados em função da raça, nacionalidade, religião ou outro sinal distintivo; (ii) instala uma contínua e crescente competição entre os indivíduos; (iii) conduz a destruição do serviço público (= destruição do espaço público e declínio dos valores do serviço por ele veiculados). Enfim, a *globalização*, na fusão de competição global e de desintegração social, compromete a liberdade. Por fim, a alusão às esperanças de um *globalismo* no sentido de uso eficiente dos recursos mundiais é de uma hipocrisia monumental. O nosso futuro mais imediato pode lastimavelmente ter sido antevisto por Pierre Salama, na afirmação de que, nos países como a Argentina, o México e o Brasil, as modalidades de integração ao comércio mundial supõem uma volta aos antigos modelos baseados na exportação de recursos naturais, ainda que esses países, em maior ou menor tamanho, sejam economias industriais já quase totalmente urbanizadas; isso conduzirá à quebra do aparato industrial e à geração de alto grau de desemprego. GRAU, Eros Roberto. *A ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.40-41.

<sup>268</sup> O intercâmbio, crescente a cada minuto, entre sujeitos de diferentes nacionalidades, pressiona juristas do mundo inteiro para que produzam os instrumentos legais necessários para alicerçar, garantir e balizar os contatos que se vão formando. E, mais, o papel central das palavras, já tão visceralmente relevante dentro de uma única ordem jurídica nacional, vê-se agora extraordinariamente multiplicado pelo fenômeno, mais freqüentemente citado do que compreendido, da globalização. GHIRARDI, José Garcez (Coord.); SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p.307.

<sup>269</sup> Não seria possível falar em globalização sem falar, por exemplo, em liberalização das economias nacionais. Na base de uma tendência de redução da soberania nacional, de mercados mundiais, está a transformação do papel do Estado, no sentido de perda das atribuições anteriormente detidas e modificação das funções desempenhadas. Assim, a globalização e a liberalização dos mercados que lhe é pressuposta, têm colocado o acento sobre a liberdade de empreender, a liberdade de iniciativa. AGUILLAR, Fernando Herren (Coord.); SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. cit., p.270-274.

<sup>270</sup> Quanto se menciona qual o resultado do processo globalizador no tratamento jurídico de antigas e das atuais questões, refere-se como os vários Sistemas de Direito tratavam a economia, a cultura, valores e padrões e o próprio jurista no século XIX até a metade do século XX e como eles são vistos nos dias atuais, século XXI.

<sup>271</sup> ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre a Modernidade e Globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Uma vez que ocorre a expansão da “aldeia global”, o novo jurista, terá de entrar em cena, para ser o artífice da paz no terceiro milênio, regulando o processo globalizador, no caso, formador de blocos, ou amenizando a angústia, a insegurança e a incerteza gerados por ela. O novo jurista deverá, então, intervir não só como um assessor, para ajudar a empresa a avaliar os custos de submissão e os custos de compromisso, mas também como defensor para obter o melhor compromisso.<sup>273 274</sup>

Então, os grandes problemas do atual momento passam a ser, prioritariamente, o da transformação do modo de produção do direito, do modo de tratamento dos litígios e o da proteção aos indivíduos – assegurada até aqui pelo Estado – contra a opressão de grupos sociais ligada ao processo de transnacionalização econômica, social e política<sup>275</sup>.

Sob este enfoque, os Estados, baseados em certas homogeneidades, procuram a integração através da formação de blocos seja ela econômica, social ou cultural<sup>276</sup>. Buscam também uma forma de solução dos problemas da massa globalizada.<sup>277</sup>

Mas é patente que se vive num mundo em que coabitam, e muitas vezes se confundem, duas tendências principais de organização da sociedade: uma, evidente, é a da globalização; outra, difusa, é a da fragmentação<sup>278 279</sup>.

<sup>272</sup> Apesar disto, nas Faculdades de Direito, continua-se imperturbavelmente a formar, ou quem sabe, deformar os estudantes, na idéia de que o direito é a emanção de um poder soberano único, absoluto, inteiro, exclusivo: o Estado. Op. cit., p.3.

<sup>273</sup> Op. cit., p.22.

<sup>274</sup> E, ainda, segundo Arnaud, as ações judiciais, na medida do possível, ficariam excluídas ante o novo compromisso do jurista na solução de problemas jurídicos. Op. cit., p.22.

<sup>275</sup> Op. cit., p.22.

<sup>276</sup> A globalização, tal como se apresenta na atualidade, manifesta-se por seus aspectos financeiros, comerciais, culturais e de comunicações. SEITENFUS, Ricardo. Op. cit., p.177.

<sup>277</sup> O fenômeno da globalização é particularmente visível nos mercados financeiros mundiais, como atestam as recentes transformações e eventos que marcaram a economia em 1997 e 1998. A análise das causas das crises financeiras de outubro de 1997 na Ásia e de agosto de 1998 na Rússia, a rapidez da propagação de seus efeitos pelas outras economias emergentes e seu potencial devastador nos países desenvolvidos não deixam dúvidas sobre a integração de fato dos diversos mercados financeiros nacionais e regionais. Essa integração tem sua origem em diversos fatores, entre os quais o desenvolvimento da tecnologia, notadamente pela redução dos custos de comunicação, a criação de blocos regionais de comércio (Mercado Comum Europeu, NAFTA, Mercosul e outros). CADIER, Christophe Yvan François (Coord.); SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. cit., p.279.

<sup>278</sup> SARAMAGO, José. *Cadernos de Lanzarote*. Diário III. Lisboa: Editorial Caminho S/A, 1996. p.30.

<sup>279</sup> André-Jean Arnaud diz que, “o primeiro efeito da globalização é portanto o de dividir o mundo entre aqueles que se dobram à sua lei ou que, bem ou mal, se conformam e se acomodam a ela, e aqueles que a recusam e são tachados de cegos, de reacionários e de irresponsáveis”. ARNAUD, André-Jean. Op. cit., p.25.

A tendência do processo globalizador, do agrupamento entre as nações, se contrapõe à exacerbação dos nacionalismos<sup>280</sup>. A realidade, no entanto, é que o processo globalizador, formador de blocos, não é somente o novo dogma dos economistas, mas é, principalmente, a nova racionalidade das instituições internacionais<sup>281</sup> e multilaterais e dos Estados nacionais<sup>282</sup>.

Sob este aspecto, o surgimento do sistema multilateral de comércio coincide com a tentativa de se estabelecer um equilíbrio entre as concepções extremadas (Estado Liberal<sup>283</sup> – Intervencionismo Estatal<sup>284</sup>) das funções que deveriam ser desempenhadas pelos Estados no âmbito econômico.<sup>285</sup>

<sup>280</sup> Exemplo típico de exacerbação nacionalista encontra-se na dificuldade de aprovação pela Comunidade Européia de sua Constituição.

<sup>281</sup> Pelo termo instituição internacional designam-se os organismos que compõem a sociedade internacional – Estados e organizações internacionais (sujeitos de direito) e as regras de direito que regem o seu comportamento (o direito internacional). Conceito mais voltado para o aspecto jurídico, mas, em verdade, o termo instituição pode ainda abarcar outros entes que não são previstos pela estrutura jurídica internacional ou têm seu *status* indefinido. CARVALHO, Evandro Menezes. *Organização Mundial do Comércio – Cultura Jurídica, Tradução e Interpretação*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 45.

<sup>282</sup> A globalização e os avanços tecnológicos resultam de uma intensificação da concorrência entre as empresas. Desconhecendo fronteiras, esta se manifesta pelo crescimento da mobilidade de alguns fatores de produção, especialmente o capital. O fator trabalho, ao contrário, é impregnado de absoluta imobilidade. O tempo das grandes migrações constitui página virada na história da humanidade. O homem pode deslocar-se somente de forma temporária – os trabalhadores sazonais e os turistas -, já que os sistemas nacional e internacional impõem severas restrições à sua mobilidade (passaportes, vistos de entrada e permanência, comprovação de subsistência, vínculo de residência e bens de raiz no país de origem). SEITENFUS, Ricardo. Op. cit., p.186.

<sup>283</sup> O Estado Liberal nasce no momento em que a soberania externa é limitada e a soberania interna se liberta, fenômeno que se vislumbra na Europa na metade do século XIX à metade do século XX. Sob este enfoque, o princípio de legalidade nos novos sistemas parlamentares modifica a estrutura do sujeito soberano, vinculando-o não apenas à observância da lei, mas também ao princípio de maioria e aos direitos fundamentais – logo, ao povo e aos indivíduos -, e transformando os poderes públicos de poderes absolutos em poderes funcionais. Sob esse aspecto, o modelo do estado de direito, por força do qual todos os poderes ficam subordinados à lei, equivale à negação da soberania, de forma que dele resultam excluídos os sujeitos ou os poderes *legibus soluti*; assim como a doutrina liberal do estado de direito e dos limites de sua atividade equivale a uma doutrina de negação da soberania. É, porém, sobretudo o pensamento jurídico que, no século XIX, chega a atribuir um caráter científico à imagem antropomórfica do Estado soberano e a assumi-la como fundamento da nova ciência do direito público. Graças a essa operação, o paradigma hobbesiano do Leviatã e a metáfora antropomórfica da soberania estatal deixam de ser uma ficção e são levadas a sério, abrindo espaço para uma metafísica de cunho idealista e autoritário, que reconhece o Estado como única fonte de direito. FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.28-29.

<sup>284</sup> Já quanto ao Estado, até o momento neoconcorrencial ou intervencionista – qualquer que seja o vocábulo ou expressão que se adote para designar a mudança de regime que marca, no sistema capitalista, a passagem do século – estava atribuída, fundamentalmente, à função de produção do direito e segurança. A afirmação, todavia, de que até o momento neo-concorrencial ou intervencionista estava atribuída ao Estado à função de produção do direito e segurança – bem assim a de que o direito deixa de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder, passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas – não deve ser tomada em termos absolutos. Atuação no campo econômico, o Estado sempre desenvolveu. Apenas, no entanto, agora o faz sob e a partir de renovadas motivações e mediante a dinamização

Assim, em uma economia em que os governantes nacionais muito bem percebem que não mais a dominam, o recurso ao termo “globalização” constitui um processo retórico, destinado a “dourar a pílula” para os trabalhadores<sup>286</sup>, cada vez mais maltratados pelas leis do “mercado”.<sup>287</sup> Seria tudo muito simples se, na verdade, o desenvolvimento do global não acarretasse, na sua luta com o nacional, em um desenvolvimento do local<sup>288</sup> como contraponto.<sup>289</sup>

A globalização aparece, segundo esta tipologia, como uma rede de globalismos localizados e de localismos globalizados<sup>290</sup>, o que faria surgir, a partir de então, o cosmopolitismo<sup>291</sup>. O homem cosmopolita, não podendo mais fugir do convívio e da parceria estabelecida entre as nações globalizadas, contrapondo-se ao convívio local, tornou inevitável a produção de um direito comunitário, mas, antes disso, apresentou-se necessário à adoção de um método comunitário de estudo desse novo Direito.

O Direito Comunitário, hoje, uma disciplina jurídica, não é originariamente constituída por um sistema de normas jurídico-positivas oriundas de uma única fonte de produção normativa, como se elas decorressem, desde sempre e exclusivamente, dos órgãos da própria comunidade. Ele é, na sua origem e formação, ponto de intercessão entre normas de direito nacional (intra-estatal),

---

de instrumentos mais efetivos, o que confere substância a essas políticas. De resto, ainda ao tempo do liberalismo era o Estado, seguidas vezes, no interesse do capital, chamado a “intervir” na economia. GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p.14-15.

<sup>285</sup> NASSER, Rabih Ali. *A Liberalização do Comércio Internacional nas Normas do Gatt-OMC*. São Paulo: LTr, 1999.

<sup>286</sup> A globalização coloca em concorrência direta os assalariados do mundo inteiro, com duas conseqüências principais: por um lado, as condições de remuneração, de emprego e de proteção social degradam-se nos países de antiga industrialização. A ameaça ou o deslocamento de empresas enfraquece o poder de negociação dos trabalhadores e a concorrência incita os empresários a diminuir seus custos automatizando a cadeia produtiva, incrementando o desemprego e comprimindo os salários. SEITENFUS, op. cit., p.187.

<sup>287</sup> ARNAUD, André-Jean. Op. cit., p.3.

<sup>288</sup> Segundo André-Jean Arnaud, o termo local teria o seguinte significado: “O termo “local” sendo empregado em contraposição a “global”, os Estados-Nações, eles próprios, se tornam de alguma forma referências “locais” em um contexto “globalizado”. É dessa maneira que entendemos as coisas quando se sugere que as nações devem agir “localmente” para tentar proteger os seus próprios cidadãos contra uma desestabilização decorrente daquilo que está ocorrendo economicamente em escala planetária, “global””. Op. cit., p.5

<sup>289</sup> Ibid., p.23.

<sup>290</sup> Ibid., p.27.

<sup>291</sup> A significação do caráter cosmopolita do homem, advém de sua característica de não viver segregado ou isolado de seus semelhantes; ao contrário, a humanidade sempre revelou como tendência espontânea a necessidade de constituir comunidades. Assim, o considerável intercâmbio que, em todas as ordens da vida, estabeleceu-se entre todos os homens que formam a rudimentária sociedade internacional fez surgir regras jurídicas que a regulam. STRENGER, Irneu. Op. cit., p.27-28.

normas fundadas no direito internacional e normas de direito internacional privado comum, não-estatais, mas convencionais.<sup>292</sup>

Desse modo, com o surgimento do Direito Comunitário no mundo globalizado, a concepção jurídica deixa de ser exclusiva de cada Estado, para ser o instrumento comum de solução de controvérsias entre os distintos Estados, entre Estados e cidadãos de outro Estado e entre cidadãos de Estados diversos.

A expressão jurídica da globalização é, portanto, um dos elementos componentes do próprio direito comunitário, sendo que seu ordenamento abriga certo consenso entre concepções não uniformes de direito, ou seja, é o núcleo a vincular as normatividades autônomas do direito.

Pode-se dizer então que o processo de globalização, formador do direito global, uma vez nascido da interconexão entre os sistemas econômico, social e político dos diferentes Estados nacionais, não pode mais ser visto somente como uma simples abertura de fronteiras e geração de espaço mundial comum, mas sim, como uma nova forma de ser do direito, envolvendo os mais diferentes setores, atingidos pela internacionalização dos direitos humanos, pela integração regional<sup>293</sup> e pela globalização econômica.<sup>294</sup>

Voltando-se um pouco no passado, verifica-se que com o fim da Guerra Fria testemunha-se um aumento das ambições normativas da sociedade internacional.

---

<sup>292</sup> Ibid., p.XXXII.

<sup>293</sup> Os processos de integração são de natureza econômica e, em um primeiro momento, essencialmente comerciais. Contudo, eles podem atingir amplo leque de assuntos redimensionando, inclusive, alguns elementos estruturais e dogmáticos da organização do Estado. SEITENFUS, Ricardo. Op. cit., p.194.

<sup>294</sup> A globalização e as interconexões econômicas e humanas cada vez mais intensas entre as sociedades; a crescente gravidade das questões ecológicas; a democratização e as novas noções de legitimidade política; o aumento contínuo da quantidade de agentes econômicos transnacionais e o surgimento de uma sociedade transnacional civil densa e crescentemente ativa; o declínio do uso da força militar em larga escala entre os principais Estados, concomitantemente à expansão paralela de várias outras formas de violência social; e a extensão do desafio que o Estado enfrenta para ser um alicerce legítimo e efetivo na construção da ordem internacional – todos esses processos inexoravelmente levaram a crer que a ordem internacional havia sido recriada e reconceitualizada. Assim, cada vez mais, considera-se que a ordem envolve a criação de normas internacionais que afetam profundamente as estruturas e a organização domésticas dos Estados, investem indivíduos e grupos de Estados de direitos e deveres, além de buscarem incorporar alguma noção de bem comum global. HURRELL, Andrew. *Sociedade Internacional e Governança Global*. n.46. São Paulo: Lua Nova, 1999.

Essa convivência entre diferentes sistemas é o experimento concreto do pluralismo<sup>295</sup> e não é apenas no campo da cultura, da informática ou da tecnologia que se deve buscar o pluralismo, mas deverá estar presente também na esfera jurídica.

A Europa, por exemplo, possui um direito policêntrico: de um lado, o direito comunitário e, de outro, o que é praticado nos quadros das Organizações Europeias. Nesse sentido, todos os países europeus têm seu direito interno próprio, além do direito que emana das relações internacionais<sup>296</sup> nas quais uns e outros estão engajados.<sup>297</sup>

Assim, o processo de integração europeia vem apresentando um cenário de transformações substanciais junto à nova ordem mundial, inobstante constituir no início do século XIX, um fenômeno muito mais amplo e complexo que se possa imaginar.<sup>298</sup> Tais transformações, ao lado de outras variáveis, ocasionaram o surgimento de uma realidade mundializada e heterogênea, criando especificidades que condicionam os interesses e o poder soberano dos Estados nacionais, identificadas nos movimentos da globalização e regionalização. Esses fenômenos são característicos da sociedade internacional contemporânea, refletindo o impasse estatal frente à impossibilidade de realizar adequadamente suas funções, a menos que se integre a outros Estados mediante mecanismos de organização de interesse comum e estrutura diferenciada, como são os modelos de organizações internacionais surgidos intensamente após os grandes conflitos mundiais.<sup>299</sup>

Sem significar uma ruptura com o sistema interestatal, tais organizações traduzem a participação dos Estados em blocos regionais de maior complexidade, como é o caso da Comunidade Europeia.<sup>300</sup>

---

<sup>295</sup> O pluralismo que os sociólogos tendem a identificar na época contemporânea apresenta inúmeras “semelhanças” com o pluralismo pré-moderno. Nele encontra-se, ao mesmo tempo, o multiculturalismo, um grande número de lugares de produção do direito e uma remodelagem das soberanias. ARNAUD, op. cit., p.67.

<sup>296</sup> As relações internacionais surgem quando dois ou mais grupos socialmente organizados intercambiam bens, valores e pessoas, tanto num contexto juridicamente definido quanto de maneira circunstancial e pragmática. SEITENFUS, op. cit., p.2.

<sup>297</sup> ARNAUD, André-Jean. Op. cit., p.68.

<sup>298</sup> OLIVEIRA, Odete Maria. *União Europeia: Processos de integração e mutação*. Curitiba: Juruá, 2001. p.29.

<sup>299</sup> OLIVEIRA, op. cit., p.29.

<sup>300</sup> Ibid.

Já, na América do Sul, a assinatura do Tratado de Assunção, em 1991, pelos governos da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, configurou o primeiro passo rumo ao irreversível processo mundial de globalização da Economia.<sup>301</sup> <sup>302</sup> Nesse novo contexto de integração, o Mercosul, encontra-se, desde 1995, na segunda fase de um atribulado processo integracionista, retratado numa união aduaneira imperfeita, almejando a consolidação de um mercado comum, o segundo do mundo.<sup>303</sup>

Porém, na complexa sociedade<sup>304</sup> contemporânea, as relações internacionais, frente à globalização, ganham maior protagonismo diante das relações internas de cada país. Isso porém questiona o Direito do Estado moderno que, sob vários aspectos, entra em crise. Como Howard Perlmutter já observou,

*[...] for the first time in human history and with the help of major political and technological changes, we have the possibility of a real time, simultaneously-experienced global civilization with almost daily global events, where global cooperation is in a more horizontal than vertical mode. This is why we now see the possibility of the emergence of one single world civilization with great diversity in its constituent cultures and interdependence among poles. In fact, it would be a civilization whose distinctiveness comes from the attitudes toward and acceptance of diversity along with some shared values which act as a glue for the civilization*<sup>305</sup> <sup>306</sup>.

<sup>301</sup> LUPATELLI JR., Alfredo. Mercosul: O Direito Empresarial e os Efeitos da Globalização. In: *Revista de Direito Internacional e Econômico*, Editora Síntese, ano II, n.5, 2003.

<sup>302</sup> Sobre o Mercosul e os seus Tratados constitutivos falar-se-á com mais propriedade no ponto 3.3 adiante.

<sup>303</sup> LUPATELLI JR., op. cit., p.71.

<sup>304</sup> A vida cotidiana complexa foi apreendida e descrita pelo romance do século XIX e do início do século XX. Quando nessa época a ciência tenta eliminar o que é individual e singular, para só reter leis gerais e identidades simples e fechadas, quando afasta mesmo o tempo da sua visão do mundo, o romance, pelo contrário, mostra seres singulares nos seus contextos e no seu tempo. Mostra que a vida mais quotidiana é, de fato, uma vida onde cada um representa vários papéis sociais, segundo o que é na sua casa, no seu trabalho, com amigos ou com desconhecidos. Vê-se que cada ser tem uma multiplicidade de identidades, uma multiplicidade de personalidades nele próprio, um mundo de fantasmas e de sonhos que acompanham a sua vida. MORIN, Edgar. Op. cit., p.83-84.

<sup>305</sup> PERLMUTTER, Howard V. *Modernity and its Futures* – Polity Press. Cambridge: England, 1992. p.103.

<sup>306</sup> Pela primeira vez na história da humanidade, e com o auxílio de mudanças importantes na política e na tecnologia, nós temos a possibilidade de a civilização experimentar, simultaneamente, em tempo real, quase diariamente eventos de ordem global, onde a cooperação mundial encontra-se mais num sentido horizontal do que vertical. Esse é o motivo pelo qual nós agora vemos a possibilidade emergente de uma única civilização global com grande diversidade de culturas e pólos interdependentes. De fato, seria uma civilização cuja característica viria das atitudes na direção de acertar a diversidade com alguns valores comuns, que funcionariam como um fator de união para a civilização.

Enfim, o fenômeno da globalização, que envolve e semanticamente denota a formação de blocos regionais de Estados num espaço comunitário, e que tende à expansão das organizações comunitárias<sup>307</sup>, implica repensar as relações entre soberania estatal e comunidade.

Assim, nas relações interestatais comunitárias, a globalização se manifesta circunstancialmente pela regionalização; não alcança ainda um nível de expansão planetária. Nesse sentido, o Mercosul é um bloco regional, como também a União Européia compõe um espaço de integração (= bloco regional de Estados-membros)<sup>308</sup>, conforme se verificará no decorrer deste capítulo.

Analisando estes dois blocos econômicos, União Européia e Mercosul, pretende-se chegar à possibilidade da formação de um novo sistema de direito. Em especial quanto à União Européia, uma vez que já realiza esta nova formação, mesmo que veladamente, quando traz em seu bojo países como a Inglaterra (essencialmente *common law*) e a França (essencialmente *civil law*) unidos em um mesmo fim.

### 3.2 A UNIÃO EUROPÉIA<sup>309</sup> E O DIREITO COMUNITÁRIO

A Europa Ocidental, desde a década de 1950, conduz um processo de integração econômica complexo<sup>310</sup>, que engendrou um novo ramo do direito: o das

---

<sup>307</sup> Tem-se, neste ponto, como exemplo de expansão comunitária, a adesão de novos países-membros à União Européia.

<sup>308</sup> BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005. p.188.

<sup>309</sup> Dependente dos Estados Unidos para sua segurança e defesa, acuada economicamente pelo processo de globalização, a Europa pouco a pouco adquire a consciência de seu destino, sendo que a única via para recuperar um possível quinhão de sua antiga importância, passa necessariamente por uma política de reconciliação e de cooperação continental. Nestas difíceis circunstâncias, nascerá a *Europa comunitária*. SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

<sup>310</sup> Há integração entre diferentes Estados quando, de forma duradoura, são adotadas políticas econômicas comuns, mormente comerciais, com o objetivo de diminuir os entraves ao intercâmbio intrazona e diferenciá-lo dos vínculos estabelecidos com os Estados que se situam extrazona, SEITENFUS, Ricardo. *Relações ...*. Op. cit., p.194.

Comunidades Européias<sup>311</sup>, ou seja, o direito comunitário. Trata-se de um ramo do direito complexo, na medida em que as matérias sob sua mira atinem tanto ao direito público como ao direito privado. Não se trata ainda de mero direito interno dos Estados-membros, mas está longe de constituir uma simples ramificação do direito internacional, seja este público ou privado.<sup>312</sup>

O tratado mais importante do período 1950-65 para a formação deste novo direito e do mercado comum europeu (Comunidade Econômica Européia – CEE), embrião da atual União Européia, foi o Tratado de Roma de 25 de março de 1957<sup>313</sup>.

Mas, o processo evolutivo da construção europeia somente foi aprimorado após a adoção de mecanismos jurídicos e a introdução de normas relativas à união econômica e monetária, o que deu origem ao Tratado da União Européia, TUE, assinado em Maastrich em 7 de fevereiro de 1992. O texto deste tratado foi ratificado pelos Estados-Membros após muitos deles terem modificado suas Constituições Federais, a fim de garantir a adequação destas ao ordenamento comunitário, distinto e superior às ordens jurídicas internas.<sup>314</sup>

Também na década de 90, mais especificamente, em 1997, foi celebrado em Amsterdã, um novo tratado, o qual visava responder a um novo desafio para a União Européia, ou seja, o alargamento da União em direção aos países do Leste Europeu. Em virtude deste fato, o Tratado de Amsterdã traz diversas alterações nos procedimentos decisórios da Comunidade Européia implicando em transferência de competência entre os três pilares<sup>315</sup> da U.E.<sup>316</sup>

---

<sup>311</sup> O termo “Comunidades Européias” foi substituído por “Comunidade Européia” pelo Tratado da União Européia assinado em Maastrich, em 7 de fevereiro de 1992. O título II prevê: “Disposições que alteram o Tratado que institui a Comunidade Econômica Européia tendo em vista a instituição da Comunidade Européia”, art. G, item A, nº. 1. Em todo o Tratado: A expressão “Comunidade Econômica Européia” foi substituída pela expressão “Comunidade Européia”. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação Jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.19.

<sup>312</sup> SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. Op. cit., p.187.

<sup>313</sup> Não se pode esquecer ainda que, a primeira das Comunidades foi a Comunidade Européia do Carvão e do Aço, CEECA, resultante da iniciativa francesa, e pode ser tida como o primeiro passo dado ao desenvolvimento e aperfeiçoamento posterior da atual União europeia. Assim, a idéia foi aceita pela Alemanha, Bélgica, França, Holanda, Itália e Luxemburgo, e o Tratado de Paris, que a criou, foi assinado em 18 de abril de 1951 e entrou em vigor em 25 de julho de 1952. SALDANHA, op. cit., p.19-20.

<sup>314</sup> *Ibid.*, p.20-21.

<sup>315</sup> O quadro institucional da Comunidade Européia combina órgãos do tipo intergovernamental e do tipo supranacional. Os poderes típicos do Estado, consagrados pela teoria de Montesquieu, não estão refletidos na repartição de funções da Comunidade. Além da repartição de atribuições entre os órgãos comunitários, há uma constante tensão no exercício das competências que são comuns à Comunidade e aos Estados-membros. SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. Op. cit., p.189.

Entretanto, apenas em 2001, quase dez anos depois do Tratado de Maastricht, os países membros da União Européia, instituem, através do Tratado de Nice, a Comunidade Européia, a qual tem como missão promover em toda a Comunidade o desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável das atividades econômicas, um elevado nível de emprego e de proteção social, a igualdade entre os homens e mulheres, um crescimento sustentável e não inflacionista, um alto grau de competitividade e de convergência dos comportamentos das economias, um elevado nível de proteção e de melhoria da qualidade do ambiente, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão econômica e social e a solidariedade entre os Estados-Membros (art. 2º do Tratado de Nice).<sup>317</sup>

Assim, ainda hoje, a estrutura das instituições da Comunidade Européia encontra-se assentada em conceitos e métodos desconhecidos das esferas nacionais, e do campo das relações internacionais até a evolução dos Tratados das Comunidades, em especial dos três últimos, Tratado de Maastricht, Amsterdã e Nice. Isso porque cada instituição representa um princípio determinado e uma base político-sociológica diferente, expressando legitimidade própria.<sup>318</sup>

Desse modo, percebe-se que o sistema de organização das instituições comunitárias sempre ocupou um lugar de destaque entre os objetivos das Comunidades. Prova disso é que a União Européia se materializa através de um conjunto complexo de instituições<sup>319</sup> e procedimentos, cujo fundamento político e social transcende os âmbitos internos e aos interesses individualizados dos Estados-Membros.<sup>320</sup> Portanto, a estrutura da União Européia se encontra notadamente

---

<sup>316</sup> *Ibid.*, p.187.

<sup>317</sup> Porém, tanto o Tratado de Amsterdã como o Tratado de Nice foram duramente criticados por não promoverem a reforma institucional profunda que o próximo alargamento exige. Na verdade, o Tratado de Nice limita-se a adaptar a atual estrutura à chegada de novos parceiros. SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Op. cit.*, p.187.

<sup>318</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p.127.

<sup>319</sup> Neste prisma, a Comissão Européia representa o interesse próprio da Comunidade; o Conselho, o interesse dos Estados-Membros; o Parlamento Europeu, o interesse dos povos desses Estados; o Tribunal de Justiça, o princípio do Estado de Direito e o Tribunal de Contas, o poder de controle financeiro. As funções das quatro primeiras instituições, entretanto, não correspondem ao sistema apresentado por Montesquieu, no qual o Parlamento é o legislador, o Conselho e a Comissão, o governo e o executivo; e os juízes exercem o poder jurisdicional. Na Comunidade, o poder legislativo corresponde ao Conselho, o poder orçamentário encontra-se dividido, o Parlamento Europeu pode derrocar a Comissão, mas não o Conselho. Ademais, se a Comissão, em princípio, é o executivo, o Conselho acumula as funções legislativas, executivas e governamentais. *Op. cit.*, p.127.

<sup>320</sup> *Ibid.*, p.128.

fundada naquilo que os europeus chamam de “triângulo institucional” – o Parlamento, o Conselho e a Comissão.

Estes três órgãos constituem, efetivamente, a coluna vertebral da União porque cabe-lhes, segundo o art. 189 do Tratado de Maastricht, o julgamento dos regulamentos e das diretrizes, a tomada de decisões e a formulação das recomendações ou dos pareceres. A imbricação das tarefas entre essas três instâncias, e a inexistência de qualquer distinção, entre a lei e o regulamento, fazem com que esse “governo” europeu seja marcado por uma ausência de separação dos poderes, traço que, apesar da variação de sua intensidade, pontua a estrutura do Estado-nação.<sup>321</sup>

Entretanto, além desse “triângulo institucional”, não se deve esquecer o papel de impulsão e de arbítrio desempenhado pelo Conselho europeu. De fato, foi nas reuniões dos Chefes de Estado e de Governo, organizadas no quadro desse Conselho, que várias iniciativas foram tomadas a fim de fazer progredir a construção europeia.<sup>322</sup>

O modelo político da União Europeia, corolário de sua gênese calcada ora sobre a cooperação política de origem confederal, ora sobre a integração econômica de inspiração federal, torna-se, dessa maneira, um modelo *ad hoc*, cujo funcionamento não é fácil de auscultar.<sup>323</sup>

Por tudo isto, verifica-se que, em tese, há uma primazia do direito comunitário sobre o direito nacional<sup>324</sup>.

Neste contexto, um Estado-membro não pode invocar a legislação nacional, seja ela qual for, para impedir a aplicação do direito comunitário em vigor, o que se aplica ao conjunto de suas fontes. O principal acórdão atinente à matéria, conhecido como a decisão *Simmenthal*, de 9 de março de 1978, autoriza o juiz nacional a não aplicar a lei nacional, de qualquer hierarquia, se ela contrariar o direito comunitário. Pode inclusive ignorar as regras nacionais que limitam a sua própria competência.<sup>325</sup>

---

<sup>321</sup> MEDEIROS, Marcelo de Almeida. Estratégias, Atores e Estrutura Institucional da União Europeia. In: DANTAS, Ivo (Org.); MEDEIROS, Marcelo de Almeida; LIMA, Marcos Costa. *Processos de Integração Regional*. Curitiba: Juruá, 1999. p.148.

<sup>322</sup> *Ibid.*, p.148.

<sup>323</sup> *Ibid.*, p.149.

<sup>324</sup> Mais adiante serão mencionadas algumas jurisprudências do Tribunal de Justiça europeu que dispõem sobre a primazia, na prática, do direito comunitário sobre o direito nacional.

<sup>325</sup> SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. Op. cit., p.191.

Assim, a primazia da regra comunitária garantiria, apenas em tese, a aplicação da ordem jurídica comunitária<sup>326</sup>, caso a vigência de suas normas dependesse de incorporação, pelo procedimento tradicional do direito internacional público, às ordens nacionais.<sup>327</sup>

Vê-se, então, que o sistema jurídico comunitário possui a qualidade de uma ordem jurídica, isto é, de um conjunto organizado e estruturado de normas jurídicas com fontes próprias, dotado de órgãos e de processos aptos a emití-las, a interpretá-las e, eventualmente, a verificar e sancionar as suas violações<sup>328</sup>.

Neste sentido, uma ordem jurídica não é um grupo fortuito de normas: ela deve ser concebida pela ciência do direito como um sistema de normas que mantém relações recíprocas, no qual umas são subordinadas às outras.<sup>329</sup>

No caso da União Européia, a ordem jurídica de cada um dos Estados europeus continua a funcionar segundo sua própria lógica, sendo que, ainda não é pacífico em teoria (na prática já o é, conforme anteriormente salientado) que a primazia seja concebida nas ordens internas, sobretudo que o direito constitucional de cada país defenda a autonomia irrestrita do direito comunitário.<sup>330</sup>

Dessa forma, as normas relativas à atividade econômica, na União Européia, ultrapassaram a fronteira do Direito Nacional, instalando-se no âmbito comunitário.<sup>331</sup>

---

<sup>326</sup> A posição do Tribunal, ainda que tenha sido sedimentada finalmente no ano de 1976, no julgamento do processo *Simmenthal*, reconhecendo finalmente a aplicabilidade direta e a primazia do direito comunitário, tinha primeiramente, endereço e sujeitos certos: os juizes nacionais, a quem compete afastar qualquer norma nacional incompatível com os regramentos comunitários, ainda que posteriores, não estando jungidos a esperar que os mecanismos jurídicos e legislativos internos retirassem do mundo jurídico a norma nacional colidente. SALDANHA, op. cit., p. 91-92.

<sup>327</sup> SEITENFUS; VENTURA, op. cit., p.191.

<sup>328</sup> ISAAC G. *Droit Communautaire General*. Paris: Masson, 1983. p.111. Apud: LOUIS, Jean-Victor. *A Ordem Jurídica Comunitária*. Comissão Européia-Perspectivas Européias. 5.ed. Bruzelas, 1995. p.11.

<sup>329</sup> KELSEN, Hans. Apud: VENTURA, Deisy. *As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia*. São Paulo: Manole, 2003. p.127.

<sup>330</sup> Op. cit., p.134.

<sup>331</sup> LUPATELLI JR., op. cit., p.72.

Um direito comunitário, produzido por um legislativo comum a um grupo de Estados, relativiza a noção de soberania. O conceito clássico de soberania como poder absoluto do Estado-nação ou como definida por Panayotis Soldatos, em termos operativos: “posse plena da plenitude de competências e do poder público e de seu exercício no interior de um território, de forma total, exclusiva e isenta de qualquer intervenção exterior e superior a propósito destas mesmas competências”, encontra-se alterado pela natureza de várias circunstâncias, entre outras, a globalização da economia, interdependência, defesa do meio ambiente, supranacionalidade e que limitam a pretensão da capacidade de autodeterminação estatal, ficção formal de um poder soberano e absoluto.<sup>332</sup>

A polêmica em torno de tão complexo problema apresenta-se, conforme mencionado anteriormente, relativizada, dividindo a doutrina entre adeptos da corrente da soberania única<sup>333</sup> e da corrente da divisibilidade da soberania.<sup>334 335</sup>

Conseqüentemente, perante a ordem mundial, o Estado-Membro conserva sua soberania<sup>336</sup> mesmo tendo transferido parte de suas atribuições a uma organização internacional comunitária supranacional, que, apesar de revestida de competências amplas, não consubstancia a concretização de um conceito absoluto e supremo de soberania. Por outro lado, o Estado-Membro, conserva também seu poder de jurisdição interna, doméstica e de garantia da continuidade de sua atuação

<sup>332</sup> OLIVEIRA, Odete Maria. *União Européia: ...*. Op. cit., p.64.

<sup>333</sup> Os que preferem esta corrente aderem à tese de que o ponto de partida deve ser pautado no reconhecimento de que a Comunidade Européia constitui um fenômeno que supera as categorias ordinárias, utilizadas pelo direito internacional e que, assim, não se prende ao conceito clássico de soberania como poder absoluto e intangível. OLIVEIRA, op. cit., p.65.

<sup>334</sup> Ao contrário, a teoria da divisibilidade do instituto da soberania apresenta-se mais adequada à realidade comunitária, por entender que o Estado-Membro continua a exercer sua competência soberana, tanto de seu poder coercitivo e execução interna como de seu poder externo de manifestação. Vista a questão neste contexto, observa-se que a problemática não se relaciona na fragmentação da soberania como um todo, ou na perda e abandono. Trata-se de analisar as circunstâncias que produzem alterações no âmbito de seu alcance e modificam as condições de seu exercício de poder e competência, visando a satisfação do interesse coletivo e comunitário. Op. cit., p.65.

<sup>335</sup> *Ibid.*, p.65.

<sup>336</sup> Atributo fundamental do Estado, a soberania torna-o titular de competências porque, precisamente existe uma ordem jurídica internacional, ou seja, não são ilimitadas; mas nenhuma outra entidade as possui superiores. Ademais, a soberania não é apenas uma idéia doutrinária fundada na observação da realidade internacional existente desde quando os governos monárquicos da Europa, pelo século XVI, escaparam ao controle centralizante do Papa e do Sacro Império romano-germânico. Ela é hoje uma afirmação do direito internacional positivo, no mais alto nível de seus textos convencionais. A Carta da ONU diz, em seu art. 2, §1, que a organização “é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros”. A Carta da OEA estatui, no art. 3, f, que “a ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados”. De seu lado, toda a jurisprudência internacional, aí compreendida a da Corte de Haia, é carregada de afirmações relativas à soberania dos Estados e à igualdade soberana que rege sua convivência. REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.224-225.

como titular de poder político, onde a soberania permanece como atributo estatal, porém, com limitação de sua competência.<sup>337 338</sup>

É certo, porém, que a União Européia inovou o cenário jurídico internacional ao abandonar o arcaico conceito de soberania. Instituiu o Direito Comunitário, estabelecendo um quadro jurídico único, sendo que tais normas passam a estar sujeitas ao Tribunal de Justiça Supranacional<sup>339</sup>, assegurando a uniformidade de aplicação e implementação.<sup>340</sup>

Neste íterim, há que se estabelecer distinção entre a ordem jurídica internacional clássica e a ordem jurídica comunitária. A ordem jurídica internacional comunitária advém de tratados internacionais, que ocasionaram subordinação do Direito Interno ao Direito Comunitário. Neste ponto, é preciso distinguir, portanto, o modelo comunitário vigente na União Européia da comunidade internacional clássica vigente no Mercosul. É aqui, pois, que se destaca a grande diferença entre Mercosul e União Européia.<sup>341</sup>

Conforme o Direito Internacional Clássico, tratados são acordos de vontade que criam direitos e obrigações recíprocas entre Estados. Os tratados não criam direitos que possam ser invocados por indivíduos. Só os Estados são os sujeitos por excelência do Direito Internacional em sua formulação tradicional.<sup>342 343</sup>

Verifica-se, então, que o Direito Comunitário nasceu nesse modelo. Dessa forma, vinculou os Estados-membros e as pessoas físicas ou jurídicas diretamente

<sup>337</sup> Sobre seu território o Estado exerce jurisdição (termo preferido em doutrina anglo-saxônica) o que vale dizer que detém uma série de competências para atuar com autoridade (expressão mais ao gosto dos autores da escola francesa). Assim, sobre o território, o Estado soberano tem jurisdição geral (significa que, o Estado exerce no seu domínio territorial todas as competências de ordem legislativa, administrativa e jurisdicional) e exclusiva (significa que, no exercício de tais competências, o Estado local não enfrenta a concorrência de qualquer outra soberania). REZEK, op. cit., p.161-162.

<sup>338</sup> OLIVEIRA, op. cit., p.65.

<sup>339</sup> O Tribunal de Justiça, em razão da missão que lhe foi atribuída pelos Tratados constitutivos da Comunidade Européia, é responsável pelo respeito da legalidade do Direito Comunitário, desde que foi criado, na década de 50, mas apesar de ser considerado o seu guardião, não é ele o único responsável pela sua aplicação. Importante também é a atividade exercida pelo Tribunal de primeira Instância. Não se deve esquecer, porém, que os tribunais e juízes de cada Estado-Membro são os aplicadores natos do direito comunitário, já que cabe ao Poder Judiciário de cada Estado garantir a aplicação de preceitos que criam direitos e deveres para os cidadãos. SALDANHA, op. cit., p 47-48.

<sup>340</sup> LUPATELLI JR., op. cit., p.73.

<sup>341</sup> Ibid.

<sup>342</sup> MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.); Ventura, DEISY. *Direito Comunitário do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.171.

<sup>343</sup> Porém, no modelo comunitário, a relação soberana se assenta em bases verticais, ou seja, os Estados têm sua soberania limitada e esse partilhamento é que assegura o processo de integração e a ordem jurídica internacional comunitária. LUPATELLI JR., Alfredo. *Mercosul: ...*. Op. cit., p.73.

no âmbito interno de cada Estado, como consequência da primazia<sup>344</sup> do Direito Comunitário, na União Européia, sobre o Direito Interno de cada Estado-Membro do bloco.

Desse forma, assim como se fala em Estado de Direito, hoje também pode-se afirmar a existência de uma Comunidade de Direito. A Comunidade de Direito não teria o poder de coação, nem exército e nem poder de polícia; possui infra-estrutura administrativa limitada e se apóia sobre os Estados que a formam. Assim, em suas relações com o Direito Nacional, o Direito Comunitário tem efeito direto<sup>345</sup> e reveste o atributo de primado ante as normas locais.

Tendo em vista a breve análise sobre a União Européia e o Direito Comunitário, conclui-se que a fonte de um direito comunitário tem sua origem na palavra igualdade entre os Estados-membros, apesar das nítidas diferenças entre eles. A igualdade fundamental num processo de integração regional, porém, será obtida somente através de uma aplicação uniforme das regras de direito comunitário.<sup>346</sup>

Percebe-se, pois, que embora a União Européia possa estar distanciada de qualquer modelo sul-americano, de alguma forma interessa a essas realidades, uma vez que aquela conseguiu unir dois sistemas de direito em seu bojo – *civil law* e *common law*, e com eles formar um modelo consistente de integração.

Porém, é preciso ressaltar o traço distintivo do Mercosul para com a União Européia; no Mercosul, as instituições jurídicas são de caráter intergovernamental<sup>347</sup>;

---

<sup>344</sup> Além do julgamento no processo *Simmenthal*, em outros dois julgamentos importantes, a jurisprudência do Tribunal reconheceu aos cidadãos europeus o que se poderia denominar de direito a um juiz, como o fez no julgamento do processo *Johnston*, bem como afirmou que os cidadãos poderiam exigir um controle jurisdicional efetivo sobre a aplicação das normas comunitárias, direito este que adviria de um princípio geral do Direito Comunitário derivado das tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros. Isto é, o direito processual interno não poderia privar os indivíduos da possibilidade de fazer valer, na via jurisdicional, direitos outorgados pela ordem comunitária, como foi preconizado no processo *Heylens*. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação ...*. Op. cit., p.92.

<sup>345</sup> Por efeito direto se entende a possibilidade de os nacionais invocarem o direito comunitário perante as respectivas jurisdições nacionais (com a doutrina do efeito direto, o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia reforçou a eficácia do direito comunitário). VENTURA, Deisy. *As assimetrias ...* Op. cit., p.174.

<sup>346</sup> COSTA, Ligia Maura (Org.); Ventura, Deisy. *Direito Comunitário do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.179.

<sup>347</sup> Organismos intergovernamentais tratam-se de fóruns destinados a cotejar interesses individuais e, se for o caso, harmonizá-los. São marcadamente espaços de negociação, cujas decisões, caso existam, serão aplicadas por iniciativa dos Estados-membros. SEITENFUS; VENTURA, op. cit., p.66.

já, na União Européia, as instituições são caráter supranacional<sup>348</sup>. O traço em comum é que consistem em dois processos integracionistas entre Estados.<sup>349</sup>

E, além disso, conforme verificar-se-á na seção a seguir, hoje, quando se fala em caso de conflito de normas nos países componentes do Mercosul, os juízes nacionais, são obrigados a procurar soluções nos tratados constitutivos do Mercosul e nas Constituições nacionais: eles não dispõem de instrumentos semelhantes ao reenvio prejudicial<sup>350</sup>, que permitiria o estabelecimento de princípios aplicáveis uniformemente nos territórios dos Estados-Membros.<sup>351</sup>

Assim, no item a seguir, tentar-se-á discutir e analisar o Mercosul a partir da visão brasileira de formação deste bloco econômico, nitidamente o bloco econômico mais importante, criado pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, componentes da América do Sul.

### 3.3 O BRASIL E O MERCOSUL<sup>352</sup>

A América Latina não ignorou o processo de integração econômico iniciado na Europa na década de 1950. Durante a década de 1960, tendências integracionistas emergiram na América Central e do Sul. Foram sumariamente apresentadas as iniciativas do subcontinente americano, ancestrais do Mercosul, a saber, o Pacto Andino, hoje Comunidade Andina (CAN), o Sistema Latino-Americano

---

<sup>348</sup> Entidades supranacionais pressupõem a negociação em outro nível, para definir o interesse coletivo, através de processo decisório próprio, a serviço do qual elas colocarão em funcionamento um estrutura independente. Op. cit., p.66.

<sup>349</sup> SALDANHA, op. cit., p.109-110.

<sup>350</sup> Segundo SALDANHA, op. cit., p.29: "O reenvio prejudicial é uma figura de direito processual comunitário, responsável pelo intercâmbio cooperativo existente entre as jurisdições nacionais e o Tribunal de Justiça". E, complementando, segundo VENTURA, op. cit., p.134: "O reenvio prejudicial é um instrumento de cooperação judiciária entre o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias e as jurisdições nacionais, instituído pelo artigo 234 TCE."

<sup>351</sup> VENTURA, op. cit., p.135.

<sup>352</sup> No seio da iniciativa regional da Associação Latino-Americana de Desenvolvimento e Integração (ALADI), surge o bloco "sub-regional" denominado Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), formulado por quatro países do Cone Sul das Américas: Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela, com o propósito da criação de um mercado comum entre tais países. CORRÊA, Luís Fernando Nigro. *O Mercosul e a OMC: Regionalismo e Multilateralismo*. São Paulo: Editora LTr, 2001. p.15.

(SELA), a Associação Latino-Americana de Livre-Comércio (ALALC) e a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI).<sup>353</sup>

É sob essa tendência integracionista<sup>354</sup> que o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, celebrado em 1988, entre Argentina e Brasil, inicia um processo gradual para a formação de um mercado comum desses dois países; dentro do prazo de dez anos, preconizou-se a harmonização e coordenação das políticas monetária, fiscal, cambial, agrícola e industrial. O Ato de Buenos Aires de 1990 adaptou os objetivos propostos no Tratado de 1988 às políticas de abertura econômica e reforma aduaneira, defendidas pelos presidentes Carlos Ménen e Fernando Collor de Mello, e reduziu o prazo de 10 anos para quatro anos, ou seja, até dezembro de 1994, para alcançar o mercado comum.<sup>355</sup>

Assim, a partir da Ata de Buenos Aires, Argentina e Brasil aceleraram o ritmo de liberalização comercial, com o que o Uruguai e o Paraguai perderam as condições de acesso preferencial, levando-os a somar-se ao esforço de construção do espaço econômico comum aos países da Bacia do Prata.<sup>356</sup>

O Tratado de Assunção, que a Argentina, o Brasil, Paraguai e Uruguai assinaram em março de 1991, consolidou, ao criar o Mercosul<sup>357</sup>, as diretrizes básicas do Tratado de 1988 e da Ata de 1990, prevendo a livre circulação de fatores produtivos e tarifas externas comuns, a partir de janeiro de 1995.<sup>358</sup>

---

<sup>353</sup> VENTURA, op. cit., p.561.

<sup>354</sup> A integração trata de processo evolutivo, cuja dinâmica, em constante mutação, exige, ao mesmo tempo, a flexibilidade para assegurar a correção de rumos e a correspondente adaptação de meios, combinada com a firmeza da vontade política e maturidade institucional, que possa assegurar a estabilidade e durabilidade. Justamente a tarefa que se coloca para o MERCOSUL é a determinação de sua estrutura institucional definitiva, combinada com sua plena implementação, onde se possa alcançar o necessário equilíbrio entre a institucionalização do processo de integração e consolidação de espaço economicamente integrado. CASELLA, Paulo Borba. *MERCOSUL: Exigências e Perspectivas: integração e consolidação de espaço econômico*. São Paulo: Editora LTr, 1996. p. 279-287.

<sup>355</sup> RAPAPORT, Mário; CERVO, Amado Luiz. *História do Cone Sul*. Rio de Janeiro: Editora UnB e Revan, 1998. p.333.

<sup>356</sup> Op. cit., p.333.

<sup>357</sup> O MERCOSUL pode e deve ser o caminho e preparação para a globalização em escala mais ampla, para os países que o integram, países estes antes excessivamente fechados, se não em si mesmos, certamente uns em relação aos outros. Além de seu uso interno, serve também de ferramenta de negociação na integração entre blocos regionais, seja na linha da ALCA, a área de livre comércio das Américas, como de possível futuro acordo entre o MERCOSUL e a União Européia, acordo esse revestido de conteúdo mais consistente que o declamatório de boas intenções alcançado até agora, no Acordo quadro inter-regional UE-MERCOSUL, assinado em Madri (15 de dezembro de 1995). CORRÊA, op. cit., p.6.

<sup>358</sup> RAPAPORT; CERVO, op. cit., p.335.

Assim, a preocupação inicial de formação de um bloco de mercado comum latino-americano a fim de eliminar barreiras alfandegárias e propiciar a atuação conjunta diante de outros blocos semelhantes em todo o planeta, não poderia deixar de prever certa homogeneização normativa.<sup>359</sup>

O Tratado de Assunção delineou duas etapas para o processo de integração: a provisória, também chamada de “período de transição”, que vai da assinatura do Tratado até 31 de dezembro de 1994 e a definitiva, após essa data, com a vigência do Mercado Comum. No seu próprio corpo, o Tratado de Assunção já previa a estrutura institucional dos órgãos de administração, assim como as atribuições específicas de cada um deles seriam revistas com o término da etapa de transição.<sup>360</sup>

Então, a estrutura institucional criada pelo Tratado de Assunção<sup>361</sup> – e, posteriormente, redefinida pelo Protocolo de Ouro Preto<sup>362</sup> – tem natureza intergovernamental, onde a tomada de decisão supõe o consenso entre todos os Estados Partes, em contraste com a estrutura burocrática construída ao longo da experiência integracionista européia. Como se sabe, essa experiência européia contemplou desde o início a existência de órgãos supranacionais – até como forma de superar as divergências entre seus membros.<sup>363</sup>

---

<sup>359</sup> Quanto ao objetivo da homogeneização normativa, pode ser deduzida do artigo primeiro do Tratado de Assunção, conforme bem salienta a Prof.<sup>a</sup> Dra. Deisy Ventura, op. cit., p.35, quando menciona: “o último objetivo do Mercosul pode ser deduzido do artigo primeiro, segundo o qual o mercado comum implica o “compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração”.”

<sup>360</sup> CORRÊA, op. cit., p.25.

<sup>361</sup> Os instrumentos utilizados no sentido de se atingir um Mercado Comum durante o período de transição foram basicamente: (a) um programa de liberação comercial, consistente em reduções tarifárias progressivas, lineares e automáticas, com o intuito de se chegar à tarifa alfandegária zero, a ser aplicada entre os Países-Membros do MERCOSUL, ao fim do período de transição; (b) adoção de uma Tarifa Externa Comum; e (c) adoção de acordos setoriais. Op. cit., p.26.

<sup>362</sup> Em 1994 o processo de integração completou seu primeiro ciclo, com a assinatura do Protocolo de Ouro Preto (POP), através do qual foi institucionalizado o MERCOSUL, dando fim ao período de transição. Essa institucionalização não significou, concretamente, a implantação de um mercado comum, como pode parecer devido ao uso explícito dessa denominação. O próprio preâmbulo do protocolo de Ouro Preto deixa isso evidente, ao declarar, entre os pressupostos do acordo, a consciência “da importância dos avanços alcançados e da implementação da união aduaneira como etapa para a construção do mercado comum ...”. Com o Protocolo de Ouro Preto, o que ocorreu efetivamente, é que o MERCOSUL se institucionaliza e ingressa na sua segunda etapa, a definitiva, que inicia pela implementação progressiva de uma união aduaneira. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Interpretação e Aplicação das Normas do MERCOSUL*. In: DANTAS, Ivo (Org.); MEDEIROS, Marcelo de Almeida; LIMA, Marcos Costa. *Processos de ...* Op. cit., p.44.

<sup>363</sup> Porém, não se pode esquecer que se reconhece da processualística dos atos internacionais que o conjunto normativo do MERCOSUL não pode, em sentido técnico, ser denominado de Direito Comunitário como o foi a União Européia. Faltam-lhe a superioridade hierárquica, a recepção

Apesar de se ter certeza da existência de uma estrutura institucional simples, não há unanimidade quanto à natureza jurídica do Tratado de Assunção de 1991 – o qual originou o Mercosul, nem da entidade que ele criou – Mercado Comum<sup>364</sup>.

Neste ponto, deve-se mencionar as numerosas classificações dos tratados internacionais feitas pelos internacionalistas, sendo que é indispensável analisar-se tão-somente aquelas que são mais freqüentemente associadas ao Tratado de Assunção. Trata-se, então, de um simples “acordo-quadro” adaptado à integração econômica ou de um acordo constitutivo de uma nova organização internacional ?<sup>365</sup>

Quando se fala na qualidade de “tratado-constituição”, percebe-se que a denominação do bloco levou certos autores a crer que o Mercosul existiria apenas no momento em que se concretizasse o mercado comum. Segundo esses autores, o Tratado de Assunção<sup>366</sup> não seria a carta constitutiva de uma organização, mas um

---

automática pelos ordenamentos jurídicos nacionais (independentemente de qualquer processo de aprovação interna) e a auto-aplicabilidade. Nesse sentido, melhor parece a utilização da expressão Direito da Cooperação. Diferencia-se ele do denominado Direito Comunitário, já analisado no item anterior, que regula as relações derivadas da integração, através de normas comunitárias, de caráter supranacional, determinando competências e estipulando direitos e obrigações, como na União Européia (UE). Esse pressupõe o estabelecimento de interesses comuns a partir de relações interestatais baseadas na solidariedade, predominando os interesses comuns sobre os nacionais. É composto pelos tratados constitutivos e convenções internacionais (das quais emanam normas jurídicas vinculativas para a comunidade) firmadas pelos Estados-Membros entre si ou pela comunidade com terceiros Estados (direito originário, de natureza convencional) e, também, pelo direito emergente dos conjuntos normativos emitidos pelas instituições comunitárias, portanto, de caráter derivado. O Direito Comunitário tem aplicação direta e automática em todos os Estados da comunidade, independentemente de mecanismos internos de recepção e se aplica em detrimento do direito interno. Manifestação dessa diferença de natureza entre a ordem comunitária e a ordem do MERCOSUL é o papel que desempenha o Tribunal de Justiça da União Européia, cujas decisões têm eficácia geral e vinculante em relação a todos os Estados que a compõem, sem necessidade de qualquer mecanismo de absorção, da mesma forma que a legislação oriunda de seus órgãos competentes. Op. cit., p.48-49.

<sup>364</sup> O Mercado Comum representa uma versão mais ambiciosa da integração, pois à livre circulação de mercadorias acrescenta a dos demais fatores de produção. Engloba, entre outras medidas, alcançar as cinco liberdades (livre circulação, liberdade de estabelecimento, livre circulação de trabalhadores, de circulação de capitais e liberdade de concorrência), nelas não se esgotando, pois é imprescindível a coordenação ou até mesmo a unificação das políticas nacionais e das respectivas legislações em grande número de aspectos. O Tratado de Assunção, nos seus artigos 1º a 5º desenha de modo vago o conceito de Mercado Comum almejado para a região. BAPTISTA, Luiz Olavo. *O Mercosul: suas Instituições e Ordenamento Jurídico*. São Paulo: LTr, 1998. p.46-52.

<sup>365</sup> VENTURA, *As assimetrias ...* Op. cit., p.9.

<sup>366</sup> O objeto manifesto do Tratado de Assunção (TAs) é a integração econômica entre os signatários. Extrai-se do texto, porém, uma finalidade ainda mais precisa: atingir um modelo determinado de integração, ou seja, o mercado comum, que deveria ser estabelecido em 31 de dezembro de 1994. Assim, um período de transição, já mencionado anteriormente, iniciou-se com a entrada em vigor do TAs, em 29 de novembro de 1991. Os quatro parceiros pretenderam, portanto, atingir um mercado comum em pouco mais de três anos. Op. cit., p.9

simples acordo entre os signatários, que futuramente visava criar uma organização.<sup>367</sup>

O Tratado de Assunção, assim, criou uma entidade distinta dos Estados Partes, encarregada de realizar o Mercado Comum, cuja existência mostra-se inegavelmente desde a entrada em vigor do tratado, tanto para seus Estados-membros quanto no âmbito de suas relações internacionais. De fato, em 26 de março de 1993, dois anos depois da assinatura do tratado e quase dois anos antes do Protocolo de Ouro Preto atribuir uma personalidade jurídica ao Mercosul, as instituições criadas pelo Tratado de Assunção já estavam em pleno funcionamento e haviam adotado mais de uma centena de normas de direito derivado, entre as quais um sistema autônomo de solução de controvérsias<sup>368</sup>.<sup>369</sup> Além disso, o Mercosul já havia concluído dois acordos internacionais.<sup>370</sup>

O Tratado de Assunção apresenta-se nitidamente, portanto, como a carta constitutiva de um novo sujeito de direito, na medida em que o Mercosul existe desde a entrada em vigor do Tratado de Assunção e que ele deve formalmente a sua existência a esse ato constitutivo.<sup>371</sup>

Contudo, quando se emprega a expressão “acordo-quadro”, tanto na doutrina<sup>372</sup> como em documentos oficiais, é muito difícil defini-la exatamente. Em princípio, os “acordos-quadros” são aqueles que estabelecem orientações, princípios, enunciados programáticos ou objetivos precisos, que as partes se comprometem a atingir por meio de acordos posteriores formulados no âmbito da

---

<sup>367</sup> Ibid.

<sup>368</sup> O sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL é disciplinado pelo Protocolo de Brasília, originalmente criado para vigorar somente durante o período de transição, e pelo Protocolo de Ouro Preto e seu Anexo, que atribuíram competência à Comissão de Comércio para conhecer as reclamações apresentadas pelas Seções Nacionais da Comissão de Comércio, originadas pelos Estados-Partes ou por demandas de particulares, que foram relacionadas com as situações previstas nos artigos 1º ou 25 do protocolo de Brasília. CORRÊA, *O Mercosul e a ...* Op. cit., p.32.

<sup>369</sup> A doutrina que contesta o caráter constitutivo do TAs não pode ser referendada, já que provoca uma confusão entre a entidade criada, cujas instituições já garantem o funcionamento cotidiano, e o objetivo que foi fixado para ela, ou seja a organização de um certo modelo futuro de integração. Nada impede que os meios dos quais esse novo projeto dotou-se sofram uma evolução progressiva para estar à altura de sua missão. VENTURA, op. cit., p.12.

<sup>370</sup> Ibid.

<sup>371</sup> Ibid.

<sup>372</sup> Com o escopo de melhor precisar a doutrina a esse respeito, nota-se que a diferença entre o “acordo-quadro” e os demais tratados é precisamente a preponderância das cláusulas programáticas. Logo, o cerne do tratado é o fato de constituir um quadro de entendimento e cooperação entre os parceiros. Assim, os objetivos e ações projetados devem ser concretizados no futuro por diversos meios, sempre no âmbito e sob a égide desse tratado. VENTURA, op. cit., p.18.

estrutura da organização ou segundo os mecanismos estabelecidos pelo acordo original.<sup>373</sup>

Sob este enfoque, o Tratado de Assunção ultrapassa os limites de um acordo-quadro pois também contém normas auto-executáveis. Classificar o Tratado de Assunção como um acordo-quadro parece não estar conforme com o seu conteúdo, não apenas quanto ao seu texto principal mas também com seus anexos, de sorte que só resta atribuir-lhe um caráter complexo.<sup>374</sup>

Assim fica bastante evidente que, após ser superada a discussão de como se deveria determinar onde se enquadraria o Tratado de Assunção, o Mercosul é um processo que evolui em etapas conforme as necessidades que vão surgindo e as situações específicas de Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

Pode-se dizer, também, que o funcionamento das instituições de integração apóia-se numa dinâmica diferente da que caracteriza as instituições de um Estado. É o caso do sistema institucional europeu, em que há uma dissociação marcante entre o órgão e a função: nenhum órgão possui uma função exclusiva, nenhuma função é exercida por um só órgão<sup>375</sup>. É isso que explica a necessidade de analisar sucessivamente sua estrutura orgânica e sua organização funcional.<sup>376</sup>

O Tratado de Assunção, na sua origem, já continha o compromisso dos Estados-membros de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração. Neste sentido, os operadores jurídicos estão sendo convocados para essa atuação, ou seja, o equilíbrio das legislações<sup>377</sup>. Portanto, não se fala apenas de um Legislativo Comum, mas de uma união verdadeira dos três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário dentro do bloco.

---

<sup>373</sup> Ibid., p.17.

<sup>374</sup> Ibid., p.21.

<sup>375</sup> Ao contrário da Europa, a dinâmica institucional do Mercosul também se distancia do modelo do Estado, ela está calcada na dinâmica de seus próprios Estados. VENTURA, op. cit., p.75.

<sup>376</sup> Ibid.

<sup>377</sup> No Mercosul, uma estrutura institucional permanente foi construída preservando contudo o estrito respeito a intergovernamentalidade, no momento da "repartição de poderes" entre os Estados-membros e as instituições comuns. Op. cit., p.76.

Assim, a congregação regional de Estados, com finalidades comuns, confirma o fenômeno globalizante<sup>378</sup>. O Mercosul é um organismo regional aberto e potencialmente apto a atrair novos parceiros. Quando os blocos não são fechados, não colidem com a tendência de planetarização do mundo e, a força do Mercosul já foi evidenciada, quando atraiu para si países associados como Bolívia, Chile e Venezuela<sup>379</sup>

Em um processo dinâmico de integração, como é o caso do Mercosul, a segurança jurídica<sup>380 381</sup> é extremamente importante, tanto para auxiliar como para outorgar as partes à norma prevalecente, através dos órgãos responsáveis. No caso do Mercosul os órgãos responsáveis são predominantemente deliberativos. Frente

<sup>378</sup> Neste ponto, há a necessidade de conceituação do que seria a congregação regional de Estados, ou melhor dizendo, o regionalismo. Define-se regionalismo como a redução preferencial de barreiras ao comércio entre um “subconjunto” de países que podem ser, mas não necessariamente sejam, contíguos. Fica evidente a ênfase ao fato de que as preferências outorgadas sejam restritas a um “subconjunto” de países e não se estendam a todos os países que formam o “conjunto” no sistema mundial de comércio. CORRÊA, op. cit., p.66.

<sup>379</sup> Porém, nem todos os doutrinadores pensam desta forma, alguns acham que os blocos regionais seriam uma ameaça a organizações internacionais, como por exemplo, a OMC, conforme disserta Luís Fernando Nigro Corrêa: Os blocos regionais, não obstante visarem à redução das barreiras ao livre comércio, objetivo comum àquele buscado pela iniciativa multilateral, podem suscitar alguns temores quanto à possibilidade de que tais blocos acabem por representar um obstáculo ao livre comércio multilateral perseguido pela OMC. Isso porque a redução das barreiras comerciais, nos blocos regionais, só beneficia os países participantes dessas iniciativas, o que causa uma discriminação entre esses países e os demais do sistema multilateral do comércio. CORRÊA, op. cit., p.77.

<sup>380</sup> O MERCOSUL (Mercado Comum do Sul) é uma organização internacional com personalidade jurídica própria, órgãos, sede própria, objetivos específicos e integrada por Estados soberanos. RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.325-326.

<sup>381</sup> Como punto de partida es menester precisar que entedemos por seguridad jurídica. Numerosos conceptos han sido elaborados para definir este principio que se relaciona directamente con la previsibilidad y predictibilidad de las normas; su respeto permite a los sujetos prever o predecir las consecuencias jurídicas que se producirán de acuerdo a um determinado marco normativo. El concepto de seguridad jurídica es um elemento clave para penetrar em la naturaleza Del derecho que se une tanto a la idea de justicia como a la de orden social. Descubre dos perspectivas básicas: uma objetiva, definida como el resultado que se logra al aplicar el derecho o como um efecto del orden, y outra subjetiva que consiste em el convencimiento de que los derechos son respetados y que las relaciones jurídicas están siempre reguladas por la ley. Frente a iguales circunstancias se producirán iguales resultados y em este factor es donde la interpretación uniforme del derecho adquiere singular importancia. Em el ámbito del Mercosur se genera um ordenamiento normativo complejo y asistemático cuya vigencia es inherente a la voluntad política de los Estados dependiendo del nivel de compromiso que pervive entre ellos. Las características institucionales y jurídicas del modelo asociativo establecidas en las fuentes originarias – en orden a la solución de conflictos – han llevado a optar por los llamados métodos alternativos, a saber: las negociaciones directas, la mediación y el arbitraje. KFOR, Adriana Dreyzin de. El Protocolo de Olivos, presentado en el “*Fórum Brasil-Europa*” organizado por la Fundación Konrad Adenauer y la Universidad Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 22-24 de noviembre de 2002. p.11-12.

aos Estados-membros, seus poderes administrativos e normativo limitam-se, em geral, à própria organização.<sup>382</sup>

O Mercosul, hoje, dispõe de órgãos com funções de representação, administração, normativa e de solução de disputas, além de ter instituições econômicas.<sup>383</sup>

A característica fundamental do subsistema normativo, administrativo e de controle interno, criado pelo Tratado de Assunção, é a regra da unanimidade.<sup>384</sup> Com efeito, se não há desejo das partes de criar uma instituição supranacional, mas sim internacional, a regra da unanimidade permite-lhes exprimir a vontade comum<sup>385</sup>. Esta coincide com a nacional, pois como as normas devem ser introduzidas nos Estados pela via da ratificação e aprovação legislativa, os respectivos parlamentos têm a oportunidade de manifestar-se em nome dos cidadãos que representam.<sup>386</sup>

A opção por um sistema de solução de divergências<sup>387</sup> <sup>388</sup> implica na determinação prévia de dois aspectos: o do alcance do sistema e o de sua função. Cada situação, pública ou privada impõe o recurso a um sistema próprio.<sup>389</sup>

---

<sup>382</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. *O Mercosul: ... Op. cit.*, p.72.

<sup>383</sup> *Ibid.*, p.72.

<sup>384</sup> *Ibid.*, p.73.

<sup>385</sup> Não se tem no Mercosul, nenhuma devolução de poderes a um órgão internacional. Houve, apenas, a criação de mais uma atribuição administrativa dos Ministros, originada na ordem interna e que se exerce, concomitantemente, na ordem internacional, num processo deliberativo que pode criar obrigações, dentro das matérias de sua competência nacional e daquela que os tratados constitutivos lhes designa. *Op. cit.*, p.73.

<sup>386</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. *O Mercosul: ... Op. cit.*, p.73.

<sup>387</sup> O Tratado de Assunção não contempla um Tribunal supranacional como órgão institucional do Mercosul para a solução de controvérsias e não contém nenhuma regra sobre sua possível criação. O Protocolo de Ouro Preto, que ampliou a estrutura institucional do Mercosul, não estabeleceu a criação de um Tribunal supranacional para solver as contendas oriundas da aplicação das regras dos Tratado constitutivo e seus Protocolos e sequer do direito derivado. O artigo 43 do Protocolo de Ouro Preto remete à solução de controvérsias que surgirem entre os Estados-partes ao sistema previsto no Protocolo de Brasília. Neste, a solução jurisdicional das controvérsias entre os Estados-membros, entre estes e os particulares através de um Tribunal supranacional, também está ausente. Da mesma forma, nenhuma referência há sobre o sistema de solução de controvérsias entre particulares em decorrência da aplicação das normas comuns do Mercosul. SALDANHA, *op. cit.*, p.115-116.

<sup>388</sup> Quanto ao surgimento do Protocolo de Olivos, tem-se que El "Protocolo de Olivos para la Solución de Controvérsias en el Mercosur" (PO) fue aprobado por el Consejo Mercado Común (CMC) en la Reunión celebrada em la ciudad que da nombre al documento, localizada en la Provincia de Buenos Aires, Argentina, el 18 de febrero de 2002. El proceso de integración subregional viene padeciendo una crisis que en gran medida, se debe a las circunstancias particulares que atraviesa cada uno de los Estados Parte (EP) en sus ámbitos interno y externo, especialmente desde fines de la década pasada. Entre las causas que obraron como detonante de esta crítica situación regional agravada en los últimos tiempos, la devaluación del Real no fue un hecho menor. Una serie de desequilibrios se produjeron desde entonces tornando muy dificultosa la operatoria comercial intrazona, pese a las

Ao surgir uma oposição de interesses, as partes procuram negociar. Podem recorrer – e isso tem sido socialmente bem visto – a um terceiro que tem a função de facilitador – mediador, conciliador, prestador de bons ofícios, leva-e-traz, intermediário. Se fracassam, então, resta-lhes a via de delegar a solução do conflito a um terceiro, árbitro, juiz, perito, etc. A alternativa é o conflito.<sup>390</sup>

No caso dos mecanismos de solução de disputas nos mecanismos de cooperação e integração, estes dependem, evidentemente, do grau e do modo de integração desejados.<sup>391</sup>

O que distingue o sistema de solução de controvérsias do Mercosul daquele tradicional do Direito Internacional, é justamente a sua especificidade, isto é, o acesso ao sistema de solução de controvérsias é exclusivo dos Membros da organização<sup>392</sup>.

O âmbito de aplicação de um sistema de solução de controvérsias durante a fase de implantação do Mercosul foi limitado justamente pelo caráter transitório que teve. Mas, suas restrições não eram apenas no campo temporal. Há outra, que decorre do fato que a opção por um processo de integração pela via consensual

---

declaraciones de las máximas autoridades gubernamentales de los país involucrados en el sentido de considerar al Mercosur “una alianza estratégica que como tal, trasciende los inconvenientes coyunturales que enfrentan los Estados Partes” individualmente considerados. De cara a estas circunstancias, no sorprendió que el CMC proceda al “Relanzamiento del Mercosur” en aras de fortalecer el bloque afectado por el deterioro de las relaciones entre los socios. Ante el marcado sentimiento de escepticismo imperante en la zona, que llevó incluso a dudar sobre la supervivencia del proceso y las bondades de la integración, inyectar cierta cuota de optimismo aparecía como una necesidad vital. Para su tratamiento en la nueva etapa, el CMC estableció una serie de prioridades temáticas que se plasmaron en un paquete de Decisiones entre las cuales se incluye la revisión del sistema de solución de controversias. La iniciativa, en orden a la materia que nos ocupa, fue sumamente oportuna; no es novedoso señalar que uno de los factores claves para el desarrollo exitoso de un fenómeno de integración es adoptar un mecanismo de solución de conflictos eficiente que asegure el imperio del ordenamiento normativo y garantice la seguridad jurídica y los derechos de los particulares que operan en el esquema. La inexistencia de controles jurisdiccionales atenta contra este principio y perjudica la confiabilidad y el ejercicio de los derechos de los ciudadanos. Bien se afirma que no hay derechos sin instituciones adecuadas y controles eficaces, de allí que la reformulación del sistema actual es una tarea que aparecía cada vez con mayor insistencia, como parte de la gran asignatura pendiente. La importancia de contar con un órgano supranacional permanente, que ejerza el control de legalidad, que revista facultades para unificar la interpretación de sus fuentes jurídicas y actúe como órgano jurisdiccional con las competencias necesarias para dotar al proceso de garantías reales de justicia, se ha puesto de relieve en innumerables oportunidades. KFOR, Adriana Dreyzin de. *El Protocolo de...* Op. cit., p.1-2.

<sup>389</sup> BAPTISTA, op. cit. p.78.

<sup>390</sup> BAPTISTA, op. cit., p.78.

<sup>391</sup> Ibid., p.79.

<sup>392</sup> Porém, não se pode esquecer que quando o processo de integração econômica avança na construção de um sistema político estruturado, este impõe, para seu sucesso, a existência de um subsistema judicial que lhe é próprio. Op. cit., p.80.

limita a possibilidade das divergências àquelas que surjam entre os Estados, já que os particulares não têm relação com os órgãos do Mercosul.<sup>393</sup>

Assim, além dos órgãos de caráter político, com funções normativas e de controle interno, inclusive para solução de controvérsias, o Mercosul tem instituições com funções de caráter econômico-fiscal<sup>394</sup>.

Para isso, o processo de redução linear, gradual e automático das tarifas constitui um 'tratamento de choque aduaneiro'. Esse processo rompe a tradição dos grandes programas de integração da América Latina e tem como objetivo único alcançar uma zona aduaneira com tarifa única comum, sendo que os efeitos negativos percebidos desse processo são atenuados pelo recurso às listas de exceções<sup>395</sup>, também sujeitas ao processo de redução linear, gradual e automática.<sup>396</sup>

A tendência verificável dentro do bloco Mercosul é a intensificação do processo integrativo para abranger todos os setores, para além da livre circulação de bens e serviços, para reclamar-se o livre intercâmbio de pessoas, experiência e idéias, o que já é uma realidade da Comunidade Européia<sup>397</sup>. A integração latino-americana que o constituinte pretende e que foi acolhida como princípio fundamental da República Federativa do Brasil não é apenas econômica: é também política, social e cultural e, em relação aos povos, não a uma sociedade de Estados<sup>398</sup>.

---

<sup>393</sup> Ibid., p.83.

<sup>394</sup> Quando se fala do caráter econômico-fiscal do Mercosul, o processo de redução linear, gradual e automática das tarifas, a tarifa única comum e as políticas macroeconômicas coordenadas, os princípios da gradualidade e da reciprocidade, estão entre as instituições mais importantes neste campo. Op. cit., p.85.

<sup>395</sup> Os produtos considerados mais delicados ou sensíveis em cada um dos países membros do Mercosul ficaram protegidos por mais tempo, amparados desta forma por *listas de exceções*, que seriam reduzidas anualmente em 20%, para que não mais subsistissem a partir do primeiro dia de 1995. Op. cit., p.85.

<sup>396</sup> BAPTISTA, op. cit., p.86.

<sup>397</sup> A posição sustentada pelo Brasil em relação ao Mercosul pode ser resumida pela seguinte fórmula: "a forma segue a função, e não o contrário". Esse "funcionalismo" não tem nenhuma relação com o dos "países fundadores" das Comunidades Européias. Ao contrário, ele supõe que o grau de comprometimento dos Estados, através das instituições comuns, deve ser a expressão fiel do estágio atual da integração. Assim, não se pode criar instituições na esperança de que sejam capazes de gerar as condições favoráveis ao progresso da integração: é o avanço concreto e real da integração que deve engendrar instituições mais sólidas. VENTURA, op. cit., p.83.

<sup>398</sup> Como fica demonstrado no capítulo IV do Protocolo de Ouro Preto, há o compromisso dos países que compõem o MERCOSUL de tornar efetivas as normas do Mercado Comum. Isso implica em privilegiá-las, quando em conflito com outras normas de mesma hierarquia, o que parece bastante claro no texto do art. 38: "*Os Estados-Partes comprometem-se a adotar todas as medidas necessárias para assegurar, em seus respectivos territórios, o cumprimento das normas emanadas*

O Brasil nunca deixou de esconder o pluralismo de sua política exterior, mais precisamente de sua política comercial, muito diversificada, da qual o Mercosul é apenas uma ramificação. Se a importância do bloco no plano retórico é verdadeiramente notável, o Brasil demonstra, no entanto, um pequeno engajamento para com ele, sobretudo no plano econômico. Eis que o Mercosul não deve representar um obstáculo às vocações do *global trader* brasileiro.<sup>399</sup>

O certo é que, a estabilidade de um sistema de integração, como no caso o Mercosul, se baseia, principalmente, na confiança mútua entre seus componentes, bem na cooperação internacional<sup>400</sup>, nunca esquecendo que ao amparar o interesse regional, se está protegendo simultaneamente o interesse de cada um dos participantes da comunidade do Mercosul. E, por fim, destaca-se que não haveria lógica ou sentido em se aceitar a constituição de um sujeito de direito internacional, com personalidade jurídica e normas próprias, e ao mesmo tempo acreditar-se que os seus membros não quisessem dar-lhe efetividade. É isso que ocorreria ao se atribuir, em caso de antinomia, prevalência a outra norma que não a do MERCOSUL. A lógica e o bom senso são elementos fundamentais a serem sempre considerados pelo intérprete e pelo aplicador do direito.<sup>401</sup>

A partir desta afirmação, há que se analisar a forma de aplicação e interpretação das normas internacionais pelo novo jurista, seja ele nacional ou aquele atuante nos Tribunais dos blocos econômicos, em especial, Mercosul e União

---

*dos órgãos do MERCOSUL...*”. No que se refere especificadamente ao Brasil, é importante destacar o que dispõe o parágrafo único do art. 4º da Constituição Federal: “*A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações*”. Esse dispositivo, integrante do título que traz os princípios fundamentais da ordem constitucional brasileira, em especial no que se refere às suas relações internacionais, deve ser visto como diretiva no sentido de, nos conflitos entre normas do MERCOSUL, quando já internalizadas pelo Brasil, e outras normas internas, impor a aplicação das primeiras. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Interpretação e Aplicação das Normas do MERCOSUL*. In: DANTAS, Ivo (Org.); MEDEIROS, Marcelo de Almeida; LIMA, Marcos Costa. *Processos de ...* Op. cit. p.52.

<sup>399</sup> VENTURA, op. cit., p.84.

<sup>400</sup> Vê-se que, o art. 4º da Constituição Federal Pátria, analisado anteriormente, quando dispõe no inciso IX “Cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”, não se trata de qualquer cooperação, mas a que tenha por escopo *o progresso da humanidade*, o que exigirá dos que tomam decisões em nome da comunidade nacional – e, em particular, do Judiciário, em seu processo interpretativo da norma jurídica – clarividência e compreensão dos fatos sobre os quais deve decidir e dos princípios maiores eleitos pela comunidade nacional. MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.25-26.

<sup>401</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Op. cit., p.53.

Européia, bem como, a forma de acolhida do novo jurista à aproximação de fontes de dois dos grandes sistemas de direito existente, a *civil law* e a *common law*.

### 3.4 A FORMAÇÃO DO NOVO JURISTA

Após analisar os dois grandes Sistemas de Direito existente – *Civil Law* e a *Common Law*<sup>402</sup> – e a aproximação existente hoje entre eles, não há como não se estudar a função do novo jurista. Conforme, já analisado no presente trabalho, esta aproximação dos dois sistemas de direito, acontece em grande parte devido ao fenômeno chamado globalização, pois trouxe consigo maior comunicação entre os povos facilitando a formação de Comunidades Internacionais; e, muito, também, em virtude da necessidade interna dos juristas nacionais de adotarem fontes primárias de um ou outro sistema na tentativa de não deixar insolucionáveis os problemas corriqueiros de sua população. Esses problemas são levados aos Tribunais para serem sanados, muitas vezes, criando novos ditames para não deixar o caso na mais absoluta lacuna<sup>403</sup>.

Enfim, esse novo jurista deve estar preparado para localizar mecanismos lógicos de solução das controvérsias que surgem das disputas propostas não apenas entre os cidadãos de um mesmo País, mas também talvez de disputas entre diferentes Comunidades Mundiais, diferentes Nações, ou conflitos entre pessoas de diferentes países<sup>404</sup>.

---

<sup>402</sup> *Common Law* e *Civil Law* foram analisadas no primeiro capítulo do presente trabalho.

<sup>403</sup> O direito está em constante processo de desenvolvimento e, embora boa parte desse desenvolvimento se deva a atos promulgados pelo legislativo, os juízes e os tribunais têm um papel essencial a desempenhar no desenvolvimento da lei e em sua adaptação às necessidades da sociedade. LLOYD, Dennis. *A Idéia de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.XIII.

<sup>404</sup> Porém, esta posição nem sempre foi assim. A aplicação de normas de direito internacional pelos juízes revela, de maneira geral, desconhecimento desse ramo do Direito e, mais do que isso, incompreensão sobre sua eficácia. No passado, era considerado por muitos verdadeira “perfumaria jurídica”, razão por que, no Brasil, chegou a ser retirado do *currículum* obrigatório das escolas de Direito, e poucas foram as faculdades do país que mantiveram o ensino do Direito Internacional, a despeito da imprudência dos responsáveis pela formulação do programa mínimo do ensino superior. Muitos profissionais do Direito formaram-se com a idéia de que aquele ramo nada significa, senão mero exercício poético sobre o Direito ideal que poderia, com o aprimoramento das relações

O novo profissional do Direito será um artífice da paz, eis que não há lugar para meros postulados de direitos, fundados ou infundados, ou a singela resistência procedimental às pretensões legítimas, na certeza de que o opositor será bem sucedido em seu pleito. A visão moderna da ferramenta jurídica faz de todos os protagonistas, atores judiciais e não somente atores jurídicos, e, quando chamado a fazer incidir a norma no mundo real, deve ser fruto de uma formação consistente<sup>405</sup>.

Assim, hoje, quando se falar da função do juiz – como novo operador do Direito e, tendo em vista o seu grande poder de apreciação das matérias a ele trazidas, ninguém ousaria mais sustentar que ele é apenas “a boca da lei”.<sup>406</sup>

Não obstante, persistem opiniões divergentes sobre a necessidade e, portanto, sobre a extensão do poder de apreciação dos juízes. As explicações precedentes sugerem que a aplicação do direito não se reduz a um puro mecanismo, nem sequer a uma série de operações exclusivamente lógicas. Entre os conceitos que descrevem uma situação de fato e os que formulam a hipótese de uma regra de direito, não existe a harmonia preestabelecida que um simples silogismo, ou mesmo o que um encadeamento de silogismos, permitiria constatar. Não somente o fato não é facilmente verificável e o direito é freqüentemente

---

internacionais, em futuro distante, regular o convívio das nações. Como juízes dotados dessa visão, tornaram-se responsáveis pela formação de jurisprudência sobre matérias de repercussão internacional. MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal ...* Op. cit., p.13.

<sup>405</sup> A separação do judiciário das outras formas de poder constitucional repousa maciçamente, pois, na necessidade de preservar a independência judicial. Havia, entretanto, um outro princípio que pesou, sem dúvida, no espírito de Montesquieu, quando propôs a rígida demarcação entre poder judiciário e poder legislativo. Foi a crença em que o papel judicial não é, na realidade, propriamente legislativo, mas consiste apenas em enunciar o que a lei vigente realmente é e em interpretar com autoridade os pontos duvidosos que possam surgir. Essa atitude em relação à função judicial estava em harmonia com o enfoque tradicional do direito consuetudinário, o qual insistia em que os juízes não tinham poder de espécie alguma para fazer a lei, mas simplesmente a “declaravam” como ela sempre tinha sido. Tal atitude promanava de duas concepções estreitamente ligada sobre a natureza do direito que derivava de uma ordem há muito ultrapassada da sociedade. Por um lado, havia a concepção do direito como uma espécie de mistério sagrado nas mãos de um sacerdote, um mistério que não era para ser revelado a olhos profanos. Essa concepção, particularmente associada a uma ordem aristocrática de sociedade, não era inteiramente estranha à mais antiga lei comum. Os juízes, como expoentes de uma lei não escrita e como representantes da fonte real da justiça, erma considerados, num sentido peculiar, os “depositários dos oráculos vivos da lei”, na frase de Blackstone. Essa lei era, de modo quase místico, tratada como depositada no regaço dos juizes e, portanto, só por eles revelável, pouco a pouco, ao conhecimento do profano, na medida em que isso lhes parecesse conveniente e, mesmo assim, numa linguagem de hierofante apenas inteligível para os iniciados. Se tal descrição tem algo de exagero, ainda resta a segunda concepção da antiga lei comum como um repertório de regras consuetudinárias estabelecidas para todo o reino e das quais os juízes régios eram apenas seus expoentes especialmente qualificados e não os criadores. LLOYD, op. cit., p.327-328.

<sup>406</sup> RIGAUX, François. *A Lei ...* Op. cit., p.71.

obsкуро, antinômico ou incompleto, mas também é o ajuste mútuo deles que confere ao juiz uma função propriamente criadora.<sup>407</sup>

Assim, entre o legislador e o juiz ata-se uma relação dinâmica que não tem mão única. Permitindo, então, extrair uma imagem da física dos corpos gasosos ou das partículas elementares, tanto o aparelho normativo quanto o poder jurisdicional são compostos de moléculas que sofrem atrações e repulsões recíprocas, capazes de modificar-lhes o seu próprio comportamento. Sem que as duas funções sejam intercambiáveis, a flexibilidade é maior do lado do poder jurisdicional: em um Estado de direito, as leis individuais têm uma conotação pejorativa pois apresentam o risco de acarretar uma imissão do ramo político do Estado no julgamento de situações particulares.<sup>408</sup>

Em compensação, quanto mais se eleva na hierarquia judiciária, mais o juiz se aproxima do exercício de uma função quase legislativa.<sup>409</sup>

O método de ponderação categórica dos interesses é uma ilustração pertinente disso. Quando o juiz constitucional ou o juiz internacional assume a tarefa de deduzir das penumbras constitucionais um direito, uma liberdade que não é mencionada ali em termos explícitos ou então quando deve dirimir um conflito entre duas normas de categoria igual, ele supre o silêncio do legislador. Alguns dirão que preenche uma lacuna do aparelho normativo, expressão enganosa pois, o mais das vezes, é o próprio juiz que cria a pretensa lacuna identificando uma necessidade nova ao mesmo tempo que se esforça por satisfazê-la.<sup>410</sup>

A dinâmica da relação entre o juiz e o legislador é impregnada de uma tensão entre a aptidão do primeiro para empregar uma jurisprudência inventiva ou construtiva e as restrições que impõe a si mesmo. As mais variadas opiniões se aperfeiçoaram sobre esse ponto, mas não se poderia dizer que são contraditórias.

---

<sup>407</sup> Ibid.

<sup>408</sup> RIGAUX, op. cit., p.322.

<sup>409</sup> Os juízes, como outros seres humanos, não podem se divorciar dos padrões de valor que estão implícitos na sociedade ou grupo a que pertencem, e nenhuma soma de imparcialidade conscienciosamente aplicada ou ausência judicial de passionalismo conseguirá eliminar a influência de fatores desse gênero. Se, por exemplo, consideramos como, em tempos modernos, vários campos do direito foram gradualmente moldados por legislação judicial, num esforço de adaptá-los às necessidades sentidas num novo tipo de sociedade industrial, voltada para o bem-estar social, poderemos perceber como pode avançar de decisão em decisão, numa lenta e gradual progressão no sentido de pôr em vigor um padrão alterado de valores. LLOYD, op. cit., p. 331-332.

<sup>410</sup> RIGAUX, op. cit., p.333.

Todas se resumem na idéia de que o próprio juiz estipula seus limites, sendo que não se deixa delinear de maneira precisa.<sup>411</sup>

Exercendo então sua função em uma jurisdição internacional, uma corte constitucional ou um tribunal ordinário, o juiz tornou-se o árbitro de todos os conflitos de leis que os legisladores não puderam ou quiseram resolver<sup>412</sup>. Esta evolução resulta em parte da modificação das técnicas legislativas: o recurso crescente a conceitos indeterminados, as regulamentações circunstanciadas tiveram o efeito de multiplicar os conflitos de leis e as lacunas. Por outro lado, a internacionalização, ou melhor, a transnacionalização das relações jurídicas, assim como a preponderâncias de normas protetoras das liberdades fundamentais criaram conflitos específicos, que são governados ora pelo princípio da hierarquia, ora pela ponderação de normas de categoria igual.<sup>413</sup>

Situá-lo, então, nesse processo como um cooperador da Justiça exige uma inversão das concepções atuais, e a estrutura cooperatória prevê uma nova postura. O juiz dinâmico, mais administrador de situações conflituosas do que a voz que proclama o direito, tem, também, a responsabilidade ética potencializada em relação aos outros profissionais.

As próprias profissões jurídicas tendem a se transformar profundamente. Os grandes escritórios americanos já entenderam isto perfeitamente; neles é tratado

---

<sup>411</sup> *Ibid.*, p.324.

<sup>412</sup> Apesar disto, os tribunais procuram muitas vezes minimizar ou esconder o elemento de escolha consciente que envolva juízos de valor em suas decisões. O motivo dessa atitude não é um desejo de mistificação ou uma tentativa de aparentar que o direito é uma ciência completamente racional e concreta, capaz de resolver todos os problemas mediante pura interferência lógica. O que é sentido com razoável vigor pela maioria das profissões jurídicas criadas nas tradições do racionalismo ocidental é que existem – e devem existir – limites muitos definidos para a amplitude em que juízes e tribunais devem ser tratados como livres para alterar a lei, direta ou indiretamente, sob o disfarce de a desenvolver ou redefinir. A existência nos países ocidentais de legislativos regularmente constituídos faz com que a divisão entre o ato de legislar e a interpretação judicial da lei pareça inteligível e justificável, e pensa-se que o exercício da circunspeção judicial é conducente à preservação da independência do judiciário. Por conseguinte, mesmo quando os tribunais estão manifestamente fazendo lei por suas decisões, eles tendem a furtar-se a confessar abertamente demais o que estão fazendo, no temor de serem acusados de usurpar as funções do legislativo. Daí uma tendência por parte dos tribunais de minimizar o elemento de escolha consciente em suas decisões e a expor seu raciocínio e argumentação na forma de deduções lógicas com base em regras já estabelecidas. De qualquer modo, a forma inexorável como a legislação de origem judicial mudou e se desenvolveu de geração em geração revela que isso constitui, em grande parte, uma fachada de continuidade. Contudo, também contém uma importante verdade, a saber, que por sua própria natureza, lidando com litígios esporádicos à medida que eles surgem, a legislação feita pelos juízes é, necessariamente, um processo muito gradual e que funciona, não mediante reformas amplas e de grande alcance, mas realizando pequenas inserções aqui e ali, de tempos em tempos, no vasto e intrincado edifício do sistema jurídico. LLOYD, *op. cit.*, p.342-343.

<sup>413</sup> RIGAUX, *op. cit.*, p.337.

tudo aquilo que diz respeito à vida econômica, e eles evoluem com ela, modelando-se às necessidades de aconselhamento e de transação manifestados por seus clientes, a começar pelos próprios agentes econômicos.<sup>414</sup>

Assim como o Juiz, o novo advogado do Direito<sup>415</sup> deverá enfrentar o processo globalizador, atento a cada fato da realidade, consciente da necessidade de enfrentar questões que não são explicadas pelos códigos, chamado a ouvir, a conciliar, a aproximar partes antagônicas, a cooperar com a realização concreta do justo. Se não dispuser de talento para descobrir-se protagonista de uma nova cena jurídica, deve ser-lhe propiciada a habilitação para enfrentar o desafio.

O respeito aos direitos fundamentais do homem é um dos elementos componentes do sentido do Direito, e é esse o projeto axiológico essencial, para que a sociedade se exteriorize como comunidade ética.

O novo profissional do direito deve ter consciência da importância de suas decisões, as quais nunca foram tão oportunas como hoje. Atualmente o Direito é eminentemente um fenômeno judicial, não apenas um fenômeno jurídico. Nisso não deve ser visto a exclusão dos demais profissionais do Direito, para realçar o juiz<sup>416</sup>. É verdade que ele<sup>417</sup> continua a ser a última palavra na definição do direito, mas é algo mais abrangente e que interessa a todos – as soluções fundadas na ciência jurídica são soluções judiciais, exercidas por qualquer agente.

<sup>414</sup> ARNAUD, André-Jean. *O Direito ...* Op. cit., p.19.

<sup>415</sup> O modo como os advogados argumentam seus casos obedece a um padrão semelhante ao da vida cotidiana, e isso não pode causar surpresa, pois o direito é uma ciência prática que lida com problemas cotidianos e é argumentada na linguagem comum. É certo que os advogados, como outros profissionais ou grupos especializados, tendem a criar no interior dessa linguagem um certo jargão esotérico próprio. Essa criação de um jargão especialista é uma ferramenta necessária de qualquer ciência que queira alcançar um maior grau de precisão e definição do que a vida corrente exige, embora possa também produzir conseqüências perniciosas, sobretudo na esfera que se ocupa dos problemas cotidianos. LLOYD, op. cit., p.340.

<sup>416</sup> NALINI, José Renato. *Recrutamento e Preparo de Magistrados*. São Paulo: Ed. RT, 1992.

<sup>417</sup> A consciência dos magistrados, independentemente da escola ou sistema a que pertençam, seja o da *common law* ou o *romano-germânico*, é de que o sistema de normas e precedentes de seus Estados, formaria o manancial suficiente à resolução dos litígios levados ao Poder Judiciário. É como se o sistema jurídico nacional hermeticamente fechado, bastasse por si só. Além disto, restringir-se ao seu próprio sistema é forte ponto de apoio à manutenção do clássico dogma do respeito “à soberania estatal”, porque o reconhecimento de que o magistrado interpretou ou aplicou mal a lei só acontece pela via recursal, inexistindo qualquer outro mecanismo conhecido. A tradição e a crença na soberania como expressão intocável do poder do Estado não resistiram, a partir do momento em que os magistrados nacionais dos países integrantes da hoje União Européia, passaram a ser os primeiros aplicadores do Direito Comunitário e tiveram de recorrer a um órgão superior e autônomo a jurisdições nacionais para resolver suas dúvidas nesta matéria, extraída que foi esta competência dos tribunais nacionais para interpretar e apreciar a validade daquele Direito, já que o mesmo não poderia ficar atrelado às vicissitudes das posições díspares das jurisdições nacionais, em prejuízo da sua própria integridade e inteireza. SALDANHA, op. cit., p.98-99.

O advogado quando aconselha as partes e atua na prevenção do litígio, está exercendo uma atividade judicial, pois a orientação e a conciliação nela estão compreendidas<sup>418</sup>. Já o professor, quando impõe disciplina à classe, quando avalia o rendimento dos alunos, quando fixa o seu programa, não estaria atuando, uma vez que avaliar não é julgar o mérito da coisa avaliada?

Sabe-se que o mundo globalizado se caracteriza pela disseminação rápida de suas mazelas. A violência pela violência desconhece as classes sociais. A arremetida contra os valores não é privativa dos agnósticos, nem dos incultos.

Além disso, os regimes jurídicos transnacionais irão – como já começa a acontecer – penetrar em espaços nacionais até então fechados<sup>419</sup>. Os profissionais do direito serão chamados a participar ativamente – muitas vezes fora do controle estatal – na construção de regimes transnacionais e supranacionais. Em determinadas ocasiões, essas ações afetarão o poder e a própria legitimidade dos estados nacionais e de seus campos jurídicos.<sup>420</sup>

Portanto, todos estão igualmente comprometidos em fazer justiça, o que decorre a exigência de uma postura cooperatória no processo<sup>421</sup>.

Ademais, com o surgimento dos blocos econômicos, os Estados passaram a assumir diversas obrigações e benefícios, sendo que quando há o descumprimento de alguma obrigação, decorrente da aplicação ou interpretação defeituosa das

---

<sup>418</sup> O advogado aplica à solução de seus problemas uma terminologia especializada que freqüentemente o habilita a examinar com mais precisão o processo de diferenciação e escolha que funciona geralmente na tomada de decisão. Mas o advogado também domina outros e igualmente valiosos auxiliares para chegar a decisões. Ele possui um procedimento elaborado que é regido por regras estritas, por meio das quais as decisões finais num caso podem ser rigorosamente definidas, e as matérias irrelevantes excluídas, todos os argumentos pertinentes pró e contra uma certa decisão podem ser ordenados de forma sistemática, e todos os pontos de vista diferentes podem ser apresentados, se for necessário ou desejado, por representantes legais peritos na arte de reunir argumentos e apresentá-los da maneira mais persuasiva. LLOYD, op. cit., p.340-341.

<sup>419</sup> Tornou-se comum nos dias de hoje distinguir dois tipos de sociedade, as “abertas” e as “fechadas”. No primeiro tipo, afirma-se existir um vasto campo favorável à decisão pessoal, em que o indivíduo assume a responsabilidade pelos seus próprios atos, ao passo que na sociedade “fechada” existe um modelo tribal ou coletivista, em que a comunidade é completamente dominante e o indivíduo conta pouco ou nada. Op. cit., p.166-167.

<sup>420</sup> ARNAUD, André-Jean. Op. cit., p.21.

<sup>421</sup> A idéia de cooperação além de implicar um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Mundo Jurídico*. Disponível em: [www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)

normas, esses novos profissionais do direito são chamados para solucionar a controvérsia.

A importância dos mecanismos de solução de disputas no seio da comunidade internacional aumentou ao longo deste século. Essa se acentua no caso de um mercado comum e em outras formas de intensa integração, em razão da maior penetração desse ramo do direito internacional que cuida de certos mecanismos de integração regional.<sup>422</sup>

Enfim, a nova postura do novo jurista não é mais uma quimera. Ela está alicerçada na realidade das normas existentes, incumbindo-lhes a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

### 3.5 TRIBUNAL DE LUXEMBURGO E O TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO, NA FORMAÇÃO DE UM NOVO SISTEMA DE DIREITO

A criação de blocos econômicos, em especial do Mercosul<sup>423</sup> e da União Européia, vem contribuindo para a construção de um novo sistema de direito. Isto porque, na medida em que dois ou mais Estados, com políticas internas diferentes, são postos lado a lado dentro de um processo de integração, podem surgir problemas sob óticas diversas, os quais deverão ser resolvidos não mais no âmbito interno de cada um deles, mas através de órgãos superiores, denominados Tribunais de Solução de Controvérsia.

No entanto, a nocividade e atipia da integração de estados soberanos para construir blocos econômicos geram, de fato, grandes perplexidades, com a subversão de convicções jurídicas seculares.<sup>424</sup> Neste sentido, tanto o Tribunal de

---

<sup>422</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. Op. cit., p.146.

<sup>423</sup> As relações entre os países que forma o Mercosul têm sido tratadas cuidadosamente para não ferir a susceptibilidade da autodeterminação, *O Poder Judiciário no Novo Milênio e as Questões do Mercosul*, extraído do site [www.stj.gov.br/discursos](http://www.stj.gov.br/discursos).

<sup>424</sup> FONTOURA, Jorge. *A Jurisprudência Comunitária Européia*. Disponível em: [www.neofito.com.br/artigos/art01/inter13.htm](http://www.neofito.com.br/artigos/art01/inter13.htm).

Luxemburgo<sup>425</sup> – já consolidado, para a União Européia, como o Tribunal Arbitral de Revisão<sup>426</sup> – que inicia uma construção jurídica, para o Mercosul, são os responsáveis pela certeza de aplicação uniforme do direito<sup>427</sup>, bem como pela segurança jurídica de suas decisões.<sup>428</sup>

O Direito moderno que surge com o processo de integração, não é aquele Direito puro, com fontes definidas, aplicado pelos países seguidores dos sistemas da *Civil Law* ou da *Common Law*, mas sim, um Direito novo, com uma construção não-estatal, com poder de interpretação “pré-judicial”, que uniformize e conduza os

---

<sup>425</sup> O Tribunal de Justiça, também chamado de Tribunal de Luxemburgo, tem por finalidade assegurar o respeito ao ordenamento jurídico comunitário na interpretação e aplicação dos Tratados constitutivos das Comunidades, bem como o atendimento das normas adotadas pelas instituições comunitárias no exercício de suas competências específicas, entendimento que se extrai do teor do artigo 220 do Tratado da Comunidade Européia. SALDANHA, op. cit., p.27.

<sup>426</sup> El TPR (Tribunal Permanente de Revisão) tiene competencia para confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos y los laudos del TAHM (Tribunal *ad hoc* do Mercosul). Contra sus pronunciamientos solo procede un recurso de aclaratoria respecto a la forma de cumplimiento del laudo; empleo el pronunciamiento emanado de este Tribunal es definitivo y prevalece sobre el laudo dictado por el TAHM. También asume competencia per saltum, o sea que se admite el acceso directo de las Partes una vez que fracasaron las negociaciones directas. Las ventajas de esta opción radican en evitar dilaciones y disminuir los gastos que insume someterse al TAHM como una primera instancia jurisdiccional. El inconveniente, es el alcance de la decisión en el sentido que ésta no queda sujeta a ningún recurso de revisión y tiene fuerza de cosa juzgada para las Partes. KLOR, Adriana Dreysin de. El Protocolo de Olivos, Presentado en el “*Forum Brasil-Europa*” organizado por la Fundación Konrad Adenauer y la Universidad Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 22-24 de noviembre de 2002, p.16.

<sup>427</sup> La interpretación uniforme del ordenamiento de la integración va de la mano de su unidad extrínseca e intrínseca, esto es la adecuación de la conducta de los Estados y los particulares com esa normativa. Em tanto su cumplimiento y aplicación se produce em Estados distintos, bajo autoridades nacionales com criterios interpretativos divergentes fruto de idiosincrasias, historias y realidades jurídicas disímiles, la falta de uniformidad interpretativa da cauce a violentar principios sustentadores Del proceso, particularmente la igualdad de los Estados Partes. Los países involucrados son los destinatários de este acervo jurídico, o sea los gobiernos y los particulares – personas físicas y jurídicas – que negocian en el marco de la ley vigente, por lo que esa diversidad interpretativa de los jueces nacionales o de los árbitros designados para solucionar el conflicto, pone em peligro la unidad Del ordenamiento de la integración. Em este punto resulta inevitable acudir nuevamente al modelo de la Unión Europea que refleja em forma palmaria la importancia que ha tenido la interpretación uniforme de la normativa comunitária realizada por el TJCE em el desenvolvimiento de esse proceso. KLOR, op. cit., p.13.

<sup>428</sup> La aseveración efectuada conduce directamente a recalcar en el modo que la EU há encarado la materia. El principio de seguridad jurídica en ese modelo de integración, ha sido relacionado con varios aspectos cuyo punto de inflexión es la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, entre ellos: la seguridad jurídica em la integración del derecho comunitario; la seguridad jurídica y la incompatibilidad entre derecho comunitario y derecho interno; la seguridad jurídica y la forma de ejecución del derecho comunitario. Sobre cada una de estas cuestiones se há pronunciado el TJCE eliminando la incertidumbre en las situaciones conflictivas y estableciendo axiomas que se erigen como garantías sobre las que se construye el esquema europeo. Op. cit., p.12.

países da América do Sul integrantes do Mercosul<sup>429</sup>, e, principalmente os países Europeus da União Européia.<sup>430</sup>

Na Europa, especialmente, a construção de um Direito não-estatal, gerado além das instâncias internas de Municipal Law e não proveniente da negociação estatal soberana e expressa, pelo tratado, ou pelo consentimento tácito com *opinio juris*, pelo costume, conforme se vem construindo o Direito Comunitário Europeu, é prática extravagante sob ponto de vista da dogmática jurídica, por excelência “estatólatra e soberanófila”. O ineditismo e atipia do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias têm recebido, de fato, críticas de considerável densidade doutrinária<sup>431</sup>, com seu trabalho de interpretação construtiva à aplicação interativa das normativas comunitárias, sendo considerado colapso branco da velha democracia iluminista, com a imprecação de estar a União Européia se construído à revelia dos parlamentos nacionais, sob a égide ilegítima da “Europe das juges”.<sup>432</sup>

Porém, não há como negar a metamorfose pela qual passou o sistema de direito dos países componentes da União Européia e, pela qual vem passando os do Mercosul – maioria dos países-membros baseado no sistema de direito da *civil law*, rumo à construção de uma nova forma de entendimento jurídico, tendo como fonte primordial a Jurisprudência, raiz do sistema de direito da *common law*.<sup>433</sup>

<sup>429</sup> Optou-se neste trabalho por fazer-se uma análise doutrinária do tema, ainda que um estudo da jurisprudência Argentina e Brasileira poderiam trazer significativa contribuição.

<sup>430</sup> O Direito Comunitário Europeu, memorável exemplo de construção jurídica de nosso final de milênio, tem, pelo viés jurisprudencial, apresentado suas mais surpreendentes manifestações. Em verdade, assente não só em tratados e normativas comunitárias supranacionais, o moderno Direito das Comunidades Européias tem se dinamizado na efetividade e realismo das decisões da Corte de Luxemburgo, o emblemático tribunal criado pelo Tratado de Roma, que, com seu imenso poder de interpretação “pré-judicial”, uniformiza, conduz e conforme a Europa de instituições comuns, Jorge FONTOURA, *A Jurisprudência Comunitária Européia*, O Neófito – Informativo Jurídico, [www.neofito.com.br/artigos/art01/inter13.htm](http://www.neofito.com.br/artigos/art01/inter13.htm).

<sup>431</sup> A doutrina e os estudiosos costumam dizer que o desejável teria sido uma “constitucionalização” dos direitos individuais, idêntica ou similar à do Projeto de 1984, pois “uma norma geral como a descrita teria afastado de uma vez por todas as dúvidas que ainda paracem sacurdir algumas jurisdições constitucionais internas. SANCHO, Angel G. Chueca. *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europe*. n.9 Barcelona: Bosch, 1989. p.23.

<sup>432</sup> FONTOURA, Jorge. *A Jurisprudência Comunitária Européia*, O Neófito – Informativo Jurídico. [www.neofito.com.br/artigos/art01/inter13.htm](http://www.neofito.com.br/artigos/art01/inter13.htm), p.1.

<sup>433</sup> A Jurisprudência, como metamorfose substantiva do corpus jurídico-comunitário, vem se construindo em julgamentos dos quais defluem princípios considerados essenciais, como o efeito direto, a primazia (primeira geração) e a responsabilidade do Estado de indenizar por violação do Direito Comunitário (segunda geração). Op. cit., p.2.

Neste sentido, a jurisprudência<sup>434</sup> exarada do Tribunal de Luxemburgo, nos anos setenta em diante, buscou um traço de conexão suficiente entre o direito dito violado e o ordenamento comunitário encontrando-o numa fonte não escrita do Direito: os princípios gerais<sup>435</sup>.

Já com a criação de um Tribunal Permanente de Revisão<sup>436</sup>, pelo Protocolo de Olivos, no Mercosul, nos moldes do existente na Europa (o Tribunal de Luxemburgo), os conflitos comerciais seriam especialmente resolvidos nos tribunais nacionais. No entanto, os juízes de cada país teriam à sua disposição, um tribunal supranacional, que agiria como órgão de consulta em caso de dúvida<sup>437</sup>.

Todas estas demandas inovadoras representam a emergência de um hipotético sistema de direito de terceira geração, exercido pelos Tribunais Europeu – Luxemburgo, e da América do Sul – Permanente de Revisão.

Enfim, a constante renovação derivada da construção jurisprudencial, especialmente, do Direito Comunitário praticado na União Européia pelo Tribunal de Luxemburgo, com uma insuspeita aura de *common law*, com sua influência junto ao

<sup>434</sup> Em 1963, o Tribunal de Luxemburgo prolatou acórdão no sentido de que normas comunitárias dispensam incorporação pelos parlamentos nacionais, não se prestando à ratificação, portanto, e sendo desde sempre exigíveis. Tratou-se de rumoroso “Caso Van Gend e Loos”, proveniente da Holanda e conformador do princípio do efeito direto. No ano seguinte, voltava-se a decidir historicamente no “Caso Costa/Enel”, originário na Itália, que estipulou a primazia da norma comunitária sobre os ordenamentos jurídicos internos, definindo a rumorosa questão da hierarquia das normas em conflito. Em 1967, o “Caso Simeon”, também da Itália, dava contornos mais bem acabados à primazia e ao efeito direto, este corolário daquele, mas anteriormente decidido por curioso caprichoso cronológico. Em 1991 decide o Tribunal de Justiça europeu que incumbe aos Estados comunitários indenizar por violação do direito comunitário, ainda que por inação de não tê-lo implementado internamente. Tratou-se do “Caso Francovich”, originário do Tribunal de Vicenza, Itália, e que vem se projetando como o mais importante aperfeiçoamento instrumental do Direito Comunitário, já de “segunda geração”. Tal dinâmica parece não cessar e reiterados casos inovadores estão sempre em pauta, confirmando princípios enunciados ou mesmo antecipando novos aperfeiçoamentos, como a necessidades da aplicação do Direito Comunitário de ofício pelos juízes nacionais, independentemente da inovação das partes, conforme se decidiu nos recentes acórdãos “Pterbroeck” e “Jeroen Van Schijndel”, prolatados em 1995, ou do polêmico “efeito direto invertido”, discutido no “Caso Arcaro”, de 1996, em que o Estado, de forma inovadora, invoca uma diretiva comunitária contra um particular, ainda em fase de intelecção doutrinária diante da novidade do tema. Op. cit., p.2.

<sup>435</sup> SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Direitos Humanos nas Cortes Comunitárias Européias: Modelo de Criação Jurisprudencial*.

[www.academus.pro.br/professor/carlosaurelio/artigos\\_direitoshumanos.htm](http://www.academus.pro.br/professor/carlosaurelio/artigos_direitoshumanos.htm) .

<sup>436</sup> O Tribunal Permanente de Revisão (TPR) do Mercosul emitiu, pouco antes do fim de 2005, dezembro de 2005, seu primeiro laudo acerca de um recurso apresentado pelo Uruguai contra o Laudo Arbitral *ad hoc*, de 25 de outubro de 2005, na controvérsia “Proibição de Importação de Pneumáticos Remodelados Procedentes do Uruguai”. Extraído do *site* [www.mercosul.gov.br](http://www.mercosul.gov.br) .

<sup>437</sup> La importancia de contar con un órgano supranacional permanente, que ejerza el control de legalidad, que revista facultades para unificar la interpretación de sus fuentes jurídicas y actúe como órgano jurisdiccional con las competencias necesarias para dotar al proceso de garantías reales de justicia, se ha puesto de relieve en innumerables oportunidades. KFOR, op. cit., p.2.

Mercado Comum do Sul, permite-nos afirmar o surgimento de um novo Direito, que contraria o legado jurídico dos séculos de que o Direito sempre nasce velho, projeta-se como uma proposta atualizada, sempre apta, pela hegemonia das idéias, ao confronto.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito, produto cultural, é sempre fruto de uma determinada cultura: por isso, não pode ser concebido como um fenômeno universal e atemporal.<sup>438</sup> Como parte do direito que visa à concretização formal da prestação jurisprudencial do Estado, o direito processual não escapa de modo algum à necessária contextualização.

Ao ser avaliado hodiernamente, fica claro que o direito processual sofrerá uma mutação profunda: ou os juristas perceberão a necessidade de mudança e forjarão eles mesmos novos ditames para a matéria, ou a realidade fará com que os procedimentos entrem em desuso e descrédito por sua própria inadequação e inoperância.

Com efeito, num mundo de globalização caracterizado, entre outros fatores, pela crescente complexidade das relações interpessoais, em particular as jurídicas, a comunidade jurista deve se voltar ao delineamento de um “processo” apto a servir ao mundo globalizado como o atual.<sup>439</sup>

Diante dessa evidência, cabe reconhecer, com Edgar Morin, que quando se almeja um conhecimento segmentário, reduzido a um objeto, com o fim exclusivo de manipulá-lo, pode-se eliminar toda a preocupação de traçar vínculos, contextualizar e globalizar. Mas quando se quer um conhecimento pertinente, é indispensável

---

<sup>438</sup> GRAU, Eros. *O direito posto e direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1998. p.17.

<sup>439</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. “Processo Civil e Globalização: Notas de uma Primeira Reflexão”. In: SUNDFELDT, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p.217

perceber liames, contextualizar, globalizar informações e saberes, buscando assim um conhecimento complexo. E é óbvio que o modo clássico de pensar torna impossível a contextualização do conhecimento, pois divide o saber em compartimentos e transforma os especialistas em “idiotas culturais”, ignotos para tudo que se refere aos problemas globais e gerais, que são, na verdade, muito concretos. Assim, o mais surpreendente é que num mundo hiper-especializado, tenta-se negar a necessidade de ter conhecimentos gerais.<sup>440</sup>

O intercâmbio crescente a cada instante entre sujeitos de diferentes nacionalidades pressiona juristas do mundo inteiro para que produzam os instrumentos legais necessários para alicerçar, garantir e balizar os contratos que se vão formando. É nesse sentido que o embate de concepções jurídicas historicamente diversas, como o são as duas grandes famílias do direito, acirrado pela premência da solução de conflitos muitas vezes pioneiros, impõe urgência na criação de regulamentações internacionalmente respeitadas.

Essa regulamentação jurídica necessária entre atores de diferentes caracteres, de culturas e interesses está, ainda uma vez, sujeita à mediação inescapável das palavras e terá como veículo privilegiado nesse final de século a língua inglesa.<sup>441</sup> Por essa preponderância, da cultura anglo-saxônica, que reflete na própria natureza do processo de globalização, o estudo do direito inglês, que está na origem de diversos outros sistemas jurídicos, torna-se fundamental, assim como a sua integração dentro dos demais sistemas existentes. Isto porque a tendência é que não somente a língua se imponha, mas igualmente a cultura que a sustenta.

Portanto, com aumento dos processos cujos elementos de conexão remetem à necessidade de conhecer os dispositivos daquele sistema jurídico e, de outro lado, a necessidade de forjar uma nova cultura jurídica comum visa a responder à crescente complexidade do mundo contemporâneo, especialmente através do direito internacional, incluídas aí as formas extrajudiciais de solução de litígios que é base da própria cultura jurídica inglesa.

Não há como negar, então, que a aproximação dos dois grandes sistemas de direito existentes (*civil law* e *common law*), devido à influência decisiva do

---

<sup>440</sup> MORIN, Edgar. “Les défis de la complexité”. In: MORIN, Edgar (Org.). *Relier les Connaissances*. Paris: Seuil, 1999. p.456-457.

<sup>441</sup> GHIRARDI, José Garcez. Op. cit., p.307.

processo de globalização, fez surgir uma nova visão de como o direito deve ser estudado e colocado em prática.

Assim a contribuição dada ao Direito com a formação dos blocos econômicos fornece uma visão de como diferentes sistemas podem, através de formulação de regras novas, conviver harmoniosamente, alcançando, inclusive, um sistema de integração, futuro de um novo sistema de direito, o qual já começou com a formação de um direito comunitário.

## REFERÊNCIAS

AFTALION, Enrique; VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 2002.

ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre a Modernidade e Globalização*. São Paulo: Renovar, 1999.

AURÉLIO, Diogo Pires. *A vontade de sistema: estudos sobre filosofia e política*. Lisboa: Cosmos, 1998.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *O Mercosul: suas Instituições e Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Editora LTr, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 3.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

\_\_\_\_\_. *O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Diccionario de Política*. 7.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BUENO, Cássio Scarpinella. Processo Civil e Globalização: Notas de uma Primeira Reflexão. In: SUNSFELDT, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

CALVES, Gwénaële. Droit et politique: une victoire du modèle américain ?, Le droit français s'américanise-t-il ? *Revue des Deux Mondes*, vol. 6, junho de 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CAPITANT, Henri. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*. 7.ed., Paris: Dalloz, 2001.

CARACCIOLLO, 1994, p. 49, referindo Amadeo Conte, "Ordenamento Giuridico", em *Novissimo Digesto Italiano*.

CARVALHO, Cristiano. *Teoria do Sistema Jurídico*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.

CARVALHO, Evandro Menezes. *Organização Mundial do Comércio – Cultura Jurídica, Tradução e Interpretação*. Curitiba: Juruá, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Sobre os princípios constitucionais tributários*. RDT 55.

CASELLA, Paulo Borba. *MERCOSUL: Exigências e Perspectivas: integração e consolidação de espaço econômico*. São Paulo: Editora LTr, 1996.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de Direito Comparado*. Madrid: Tecnos, 1981.

CORRÊA, Luís Fernando Nigro. *O Mercosul e a OMC: Regionalismo e Multilateralismo*. São Paulo: Editora LTr, 2001.

CORNET, Teresita Saracho; KLOR, Adriana Dreyzin. *Derecho Internacional Privado – Uma visión actualizada de las fuentes*. Córdoba: Advocatus, 2003.

COSTA, Ligia Maura (Org.); VENTURA, Deisy. *Direito Comunitário do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 1996.

DANTAS, Ivo; MEDEIROS, Marcelo de Almeida; LIMA, Marcos Costa. *Processos de Integração Regional*. Curitiba: Juruá, 1999.

DAVID, René. *O Direito Inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

EDWARDS, Martin. *Dismissal Law: a practical guide for management*. Londres: British Library, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de Sistema no Direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3.ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GHIRARDI, José Garcez. O Inglês como Idioma da Globalização. In: SUNDFELDT, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

GOMES, Nuno Sá. *Estudos sobre a segurança jurídica na tributação e as garantias dos contribuintes*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1993.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é Democracia?*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *A ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8.ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à ciência do Direito*. Rio-São Paulo: Forense, 1976.

HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional*, São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HURREL, Andrew. *Sociedade Internacional e Governança Global*. São Paulo: Lua Nova, 1999. n.46.

IANNI, Octavio. *Teorias da Globalização*. 10.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Humberto; LOSANO, Mario G. (Org.). *Directo Intencional e Estado Soberano*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KLOR, Adriana Dreyzin de. El Protocolo de Olivos, presentado en el "Fórum Brasil-Europa". Florianópolis: organizado por la Fundación Konrad Adenauer y la Universidad Federal de Santa Catarina, 22-24 de noviembre de 2002.

LEGRAND, Pierre. *Le droit compare*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

LE GOFF, Jacques. *A Civilização do ocidente Medieval*. 2.ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1995. V.I.

LEVAGGI, Abelardo. *Manual de Historia Del Derecho Argentino*. 2.ed. Buenos Aires: Editora Depalma, 1998.

LLOYD, Dennis. *A Idéia de Lei*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, José Reinaldo Lima. *O Direito na História*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LOUIS, Jean-Victor. *A Ordem Jurídica Comunitária*. 5.ed. Bruzelas: Comissão Européia-Perspectivas Européias, 1995. Op. cit. ISAAC G., "Droit Communautaire general". Paris: Masson, 1983.

LUPATELLI JR., Alfredo. Mercosul: O Direito Empresarial e os Efeitos da Globalização. *Revista de Direito Internacional e Econômico*, São Paulo: Editora Síntese, ano II, n. 5, 2003.

MACIEL, Marco. Mercosul-integração cultural e educacional. *Jornal O Estado de São Paulo*, 21-11-1996.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; RAMOS FILHO, Wilson; CARMAGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves; FACHIN, Luiz Edson. *Direito e Neoliberalismo – Elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Editora do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos, 1996.

MARTINS-COSTA, Judith. *As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 680:47-58.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.); VENTURA, Deisy. *Direito Comunitário do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MORRALL, John B. *Aristóteles*. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

MORIN, Edgar. Les défis de la complexité. In: MORIN, Edgar (Org.). *Relier les Connaissances*. Paris: Seuil, 1999.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Pensamento Complexo*. 4.ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

MORIN, Edgar; LÊ MOIGNE, Jean-Louis. *A Inteligência da Complexidade*. 2.ed. São Paulo: Peirópolis, 2000.

NASSER, Rabih Ali. *A Liberalização do Comércio Internacional nas Normas do Gatt-OMC*. São Paulo: LTr, 1999.

NALINI, José Renato. *Recrutamento e Preparo de Magistrados*. São Paulo: Ed. RT, 1992.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Clarissa Eckert Baeta (Org.); SAMIOS, Eva Machado Barbosa. *Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Mundo Jurídico*. Disponível em: [www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)

OLIVEIRA, Odete Maria. *União Européia: Processos de integração e mutação*. Curitiba: Juruá, 2001,

PANIAGUA, José Maria R. *Historia Del Pensamiento Jurídico*. Madrid: Universidade Complutense – Facultad de Derecho – Seccion de Publicaciones, 1988.

PERLMUTTER, Howard V.. *Modernity and its Futures*, Cambridge. England: Polity Press, 1992.

RAPAPORT, Mário; CERVO, Amado Luiz. *História do Cone Sul*. Rio de Janeiro: UnB e Revan, 1998.

REALE, Miguel. *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIGAUX, François. *A Lei dos Juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Interpretação e Aplicação das Normas do MERCOSUL. In: DANTAS, Ivo; MEDEIROS, Marcelo de Almeida; LIMA, Marcos Costa (Org.). *Processos de Integração Regional*. Curitiba: Editora Juruá, 1999.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação Jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARAMAGO, José. *Cadernos de Lanzarote*. Diário III. Lisboa: Editorial Caminho S/A, 1996.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema do Direito Atual*. Ijuí: Editora Unijuí. v.3, 2004.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. *Relações Internacionais*. Barueri: Manole, 2004.

SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao Direito Internacional Público*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1999.

SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. São Paulo: Landy Editora, 2001.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law – Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2003.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

W.K.C., Guthrie. *Os Filósofos Gregos – de Tales a Aristóteles*. Lisboa: Editorial Presença, 1987.

VENTURA, Deisy. *As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia*. Barueri: Manole, 2003.