

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO MERCOSUL E NA UNIÃO EUROPÉIA

Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais (Linha de Pesquisa sobre Integração Regional) do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (PPGD/UFBA), em associação com o GERCIE (Grupo de Estudo e Pesquisa sobre a Cooperação Internacional e Européia) da Universidade François-Rabelais, Tours/França.

COORDENADOR:

SAULO JOSÉ CASALI BAHIA

Juiz Federal (SJBA) e Professor Adjunto (UFBA). Doutor em Direito (PUC-SP).

Líder do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais

– Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO MERCOSUL E NA UNIÃO EUROPÉIA

Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais (Linha de Pesquisa sobre Integração Regional) do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (PPGD/UFBA), em associação com o GERCIE (Grupo de Estudo e Pesquisa sobre a Cooperação Internacional e Européia) da Universidade François-Rabelais, Tours/França.

 **Paginae**
EDITORA

2010

Salvador – Bahia



PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – UFBA

Coordenadora: Mônica Neves Aguiar da Silva

Vice-coordenador: Paulo Roberto Lyrio Pimenta

Corpo docente:

- Ana Paula Costa e Silva. Doutora – Universidade de Lisboa (Professora Colaboradora)
- Alessandra Rapassi M. Prado (Doutora, PUC/SP)
- Celso Luiz Braga de Castro (Doutor, UFPE/PE)
- David Nathan Cassuto. (Doutor)
- Dirley da Cunha Junior. (Doutor, PUC/SP)
- Edilton Meireles de O. Santos (Doutor, PUC/SP)
- Edvaldo Pereira de Brito (Doutor, USP/SP)
- Fredie Souza Didier Júnior (Doutor, PUC/SP)
- Heron José de Santana Gordilho (Doutor, UFPE)
- Geisa de Assis Rodrigues (Doutora, UERJ/RJ)
- Luiz de Pinho P. da Silva (Livre Docente, UFBA)
- Maria Auxiliadora Minahim (Doutora, UFRJ)
- Marília Muricy Machado Pinto (Doutora, PUC/SP)
- Manoel Jorge e Silva Neto (Doutor, PUC/SP)
- Mônica Neves Aguiar da Silva (Doutora, PUC/SP)
- Nelson Cerqueira (Doutor, Indiana University/EUA)
- Paulo Roberto Lyrio Pimenta (Doutor, PUC/SP)
- Paulo César Santos Bezerra (Pós-Doutor, U. Coimbra – Portugal)
- Ricardo Maurício Freire Soares (Doutor, UFBA)
- Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho (Doutor, PUC/SP)
- Roxana Cardoso Brasileiro Borges (Doutora, PUC/SP)
- Saulo José Casali Bahia (Doutor, PUC/SP)
- Sebastian Borges de Albuquerque Mello (Doctor., UFBA)
- Selma Pereira de Santana (Doctora, U. Coimbra/ Portugal)
- Washington Luiz da Trindade (Livre Docente, UFBA)
- Wilson Alves de Souza (Doutor e Pós-Doutor, U. Coimbra/Portugal)

Endereço: FACULDADE DE DIREITO UFBA (Sala do PPGD, 2º andar – Rua da paz, s/n, Graça, Salvador, Bahia – CEP 40.150-140 – E-mail: ppgd@ufba.br • Telefax (71) 3017-2814)

O presente trabalho foi realizado com o apoio da CAPES, entidade do Governo Brasileiro voltada para a formação de recursos humanos.

Publicação do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (PPGD/UFBA).

Editoração eletrônica e produção gráfica:

Editora Paginae – E-mail: editorapaginae@yahoo.com.br

SUMÁRIO

Apresentação.....	7
I. La démocratie participative: un processus permanent pour mieux respecter les Droits Humains (Le cas du Venezuela).....	9
– A democracia participativa: um processo permanente para melhor respeitar os direitos humanos (o caso da Venezuela) <i>Andrés Bansart</i>	
II. Circulação de pessoas e convalidação de diplomas de nível superior no Mercosul.....	27
<i>Bárbara Araujo Medeiros e Roberta Pires Alvim</i>	
III. Banco Central e moeda única no Mercosul: sopesando as vantagens e as desvantagens da integração econômica	49
<i>Bethânia Amaro e Pedro Leal Fonseca</i>	
IV. Efetividade do direito fundamental à saúde no Mercosul (preliminar)	63
<i>Bouzid Izerrougene</i>	
V. A evolução do tratamento da matéria ambiental no Mercosul.....	73
<i>Carlos Alberto Almeida Cerqueira Junior</i>	
VI. Controvérsias relativas à regulação, por meio de tratados, de matéria tributária ordinariamente de competência exclusiva dos estados brasileiros: aplicação do princípio do “tratamento nacional” ao Mercosul.....	95
<i>Christiane Andrade Alves</i>	
VII. O sistema de solução de controvérsia no Mercosul: evolução histórica e perspectivas atuais.....	117
<i>Clarissa Ramalho</i>	
VIII. O papel do juiz para a efetivação da integração sul-americana: a solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul pelo Supremo Tribunal Federal	141
<i>Cláudio Azevêdo da Cruz Oliveira</i>	
IX. L’effectivite des droits fondamentaux dans le secteur de la sante, sous le prisme de l’Union Europeenne.....	165
– A efetividade dos direitos fundamentais no setor da saúde, sob o prisma da União Européia <i>Diane Roman</i>	

X. A importância do Parlasul na concretização dos direitos humanos e da cidadania no Mercosul.....	201
<i>Efson Batista LimaMax Bandeira</i>	
XI. Caminhos rumo à regulação da livre concorrência no âmbito do Mercosul.....	227
<i>Felipe Barroco Fontes Cunha</i>	
XII. Anotações sobre o acesso a justiça das demandas individuais e coletivas no Mercosul.....	253
<i>Geisa de Assis Rodrigues</i>	
XIII. Regard d'un economiste sur l'effectivite des droits fondamentaux en Europe	281
– Visão de um economista sobre a efetividade dos direitos fundamentais na Europa	
<i>Gervasio Semedo</i>	
XIV. L'effectivite des droits culturels en Europe.....	311
– A efetividade dos direitos culturais na Europa	
<i>Isabelle Hannequart</i>	
XV. L'effectivite des droits fondamentaux dans l'union Europeenne.....	367
– A efetividade dos Direitos Fundamentais na União Européia	
<i>Jean Rossetto</i>	
XVI. Livre circulação de bens, serviços e fatores de produção no Mercosul	383
<i>Ligia Rocha</i>	
XVII. Alca & Mercosul	415
<i>Rafael Barros Barbosa</i>	
XVIII. Derechos sociales en el Mercosur (análisis de la declaración sociolaboral del Mercosur como proyecto regional para el trabajo decente)	449
– Direitos sociais no Mercosul (análise da declaração sociolaboral do Mercosul como projeto regional para o trabalho condigno)	
<i>Rodolfo Capón Filas</i>	
XIX. O Mercosul e seus projetos institucionais	529
<i>Saulo José Casali Bahia</i>	
XX. O Mercosul e suas relações com a ALCA e a União Européia	539
<i>Saulo José Casali Bahia</i>	
XXI. Protocolos de cooperação jurídica no Mercosul	547
<i>Yves West Behrens</i>	

APRESENTAÇÃO

O presente livro reúne artigos de renomados professores brasileiros e estrangeiros, participantes em abril/2008 do colóquio internacional *A Efetividade dos Direitos Fundamentais no Mercosul e na União Européia*, organizado pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (PPGD/UFBA), em associação com o GERCIE (Groupe d'Étude et de Recherche sur la Coopération Internationale et Européenne/Grupo de Estudo e Pesquisa sobre a Cooperação Internacional e Européia) da Universidade François-Rabelais, Tours/França.

Reúne ainda artigos produzidos por diversos membros do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais (Linha de Pesquisa sobre Integração Regional) do PPGD/UFBA, registrado no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPQ desde 2002, tendo sido aquele colóquio uma de suas atividades planejadas.

O PPGD/UFBA e o GERCIE/Tours vem consolidando forte cooperação acadêmica internacional, e desde 2006 implementam uma política de simpósios bianuais, alternadamente no Brasil e na França.

O relacionamento entre o PPGD/UFBA e o GERCIE/Tours foi iniciado no ano de 2000. A iniciativa deve-se a Isabelle Hannequart, então vice-presidente da Universidade François-Rabelais de Tours, responsável pelo setor de relações internacionais, com o apoio do escritório de cooperação da França em Salvador (SCAC). Um acordo-quadro inicial (2000-2005) foi firmado com a UFBA para intercâmbio em diferentes áreas, como literatura e direito. Seguiu-se uma primeira missão de um membro do GERCIE em Salvador, consistente em três semanas de atividades na Faculdade de Direito/UFBA, com várias intervenções sobre a questão dos direitos humanos e sobre direito das minorias. Esta iniciativa, secundada pela vice-presidência, iniciou um relacionamento agora permanente de desenvolvimento da atividade científica. O GERCIE é coordenado pelo professor Jean Rossetto, e hoje reúne uma equipe de 43 membros, entre juristas de direito público (direito europeu e direito internacional) e economistas.

O primeiro simpósio foi realizado em Tours, em abril de 2006 com o título «UE-Mercosul – entre a concorrência e a solidariedade». Este simpósio contou com abordagens jurídicas e econômicas, e permitiu a comparação das experiências de integração e das relações institucionais entre as duas organizações regionais, a partir do Acordo-Quadro de Cooperação Econômica e

Comercial, de dezembro de 1995, que liga as duas entidades. Os anais foram publicados pela Editora L'Harmattan (Paris) sob a direção de Isabelle Hannequart em abril de 2008 (376 páginas).

O segundo simpósio foi realizado em Salvador em abril de 2008. O colóquio elegeu o tema «A eficácia dos direitos fundamentais no Mercosul e na União Européia», e buscou analisar os aspectos gerais da efetividade dos direitos fundamentais, nos prismas jurídico e econômico, na União Européia e no Mercosul, com ênfase nos direitos à representação democrática, à liberdade, à igualdade, à saúde, ao meio ambiente, ao trabalho, à educação, à cultura e ao acesso à Justiça. Este evento teve apoio da Fundação Faculdade de Direito da Bahia, da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), da Associação dos Procuradores do Estado da Bahia, da ANPR (Associação Nacional dos Procuradores da República) e da Faculdade Baiana de Direito.

Colocou-se os direitos humanos no centro de duas integrações regionais, que ainda são banhadas pela jurisprudência produzida por instituições judiciárias regionais específicas (Corte Européia dos Direitos do Homem, Tribunal de Justiça da União Européia e Corte Interamericana de Direitos Humanos), elas próprias que interagem com um ambiente internacional no sentido da globalização econômica e jurídica.

Estes colóquios permitiram em paralelo reuniões de trabalho entre os dois lados, abrindo perspectivas mais amplas para a pesquisa e o intercâmbio estudantil e acadêmico.

Um terceiro simpósio está previsto para Tours, em outubro/2010, prosseguindo-se as discussões ocorridas nos simpósios anteriores, que destacaram o impacto das injunções legais internacionais e da dinâmica econômica das duas integrações, e as especificidades das duas integrações no contexto global. Ele irá analisar a forma como as duas organizações comportam-se, quer como retransmissores de normas globais ou refúgios para perturbações internacionais, ou ainda como fontes da ordem mundial.

Através destas colaborações, os laços entre as duas equipes são reforçados até ao ponto de considerar um espaço comum de investigação dedicada ao trabalho conjunto, com base na experiência adquirida e consolidada por já uma década de intercâmbios regulares.

Setembro/2010.

Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia
Coordenador

I.

LA DÉMOCRATIE PARTICIPATIVE: UN PROCESSUS PERMANENT POUR MIEUX RESPECTER LES DROITS HUMAINS (LE CAS DU VENEZUELA)

*Andrés Bansart**

SOMMAIRE: Introduction – 1. Droit à l'identité – 2. Droit à la mémoire – 3. Droit à la diversité – 4. Droit à l'éducation mutuelle – 5. Droit à l'éco-développement et au développement endogène – 6. Droit à un environnement naturel et humain sains – 7. Droit à la terre et à l'eau – 8. Droit à la santé physique, mentale et sociale – 9. Droit à un travail utile, reconnu et rémunéré de manière équitable – 10. Droit à l'information et la communication – 11. Droit à une culture autochtone et à la culture universelle – 12. Perspectives.

INTRODUCTION

Lorsque j'ai reçu le programme de ce colloque, je me suis réjoui de voir que celui-ci allait être interdisciplinaire, en plus de son caractère interuniversitaire et international. Toutes ces dynamiques d'échange nous permettront de cerner différents problèmes, de les comparer et de trouver des pistes nouvelles pour avancer.

Une autre chose que j'ai immédiatement appréciée, c'est la locution qui est utilisée ici au Brésil ou par les organisateurs du colloque pour désigner les Droits Humains. On a d'abord parlé des Droits de l'Homme (cela dès 1789). Au début, il était fait référence aux droits de gens du sexe masculin; et les droits de la femme n'étaient pas assurés. Puis, le mot Homme a désigné tout le genre humain. Mais la locution «Droits fondamentaux» me semble meilleure parce qu'il s'agit des fondements même de nos sociétés.

Dans certains documents en relation avec les Droits Humains dans le Mercosur, j'ai lu aussi le terme «Droits essentiels». Celui-ci me plaît aussi beaucoup. Il s'agit de l'essence même de l'être humain. Sans ces Droits, l'être n'existe pas, il deviendrait un «sous-être».

* Vénézuélien, Directeur de l'Institut des Hautes Etudes d'Amérique Latine et de la Caraïbe (Universidad Latinoamericana y del Caribe, Parlement Latino-américain), Professeur titulaire de la Universidad Simón Bolívar (Caracas), Professeur émérite de l'Université François Rabelais (Tours).

Pour ma part, j'analyserai ces droits fondamentaux à partir de la réalité concrète du Venezuela, et des propositions qui y sont faites actuellement. Volontairement donc, je vais me situer dans le contexte d'une démarche politique bien précise. Il ne s'agit pas, bien sûr, de faire du prosélytisme, mais de réfléchir sur ce que voudraient être ces Droits dans le processus de transformation en marche au Venezuela.

Je me baserai sur la Constitution de 1999, qui est actuellement en vigueur, mais aussi sur les propositions qui furent faites par l'exécutif national pour amender cette même constitution. Comme vous le savez sans doute, le référendum constitutionnel du 6 décembre 2007 a été remporté par l'opposition avec moins de 1% d'avantage. La démocratie a été respectée. Nous continuons donc à fonctionner avec cette Constitution qui, pour beaucoup, semble incomplète ou imparfaite; mais nous n'abandonnons pas les idées émises pour la transformation désirée par presque la moitié de l'électorat.

J'interprète les propositions de la révolution bolivarienne et du socialisme du XXIème siècle comme celles d'un *écosocialisme*. Il s'agit ici d'une interprétation personnelle. Celle-ci devrait me permettre de mener au plus loin, d'un point de vue théorique, ce que l'on pourrait entendre comme les Droits fondamentaux dans ce contexte précis.

Un des points, qu'il me semble important de relever, c'est qu'à tout Droit correspond un Devoir. Souvent, il s'agit du devoir de celui-là même qui est bénéficiaire du Droit. Puis, évidemment, au Devoir qu'ont l'Etat, les gouvernements et autres institutions chargées de les faire respecter et de donner les moyens pour qu'ils soient respectés.

Un nombre important des articles de la Constitution se réfèrent directement aux Droits Humains: cent dix articles neuf réunis dans neuf chapitres. Dans le dixième chapitre de cette partie de la Constitution, six articles sont consacrés aux Devoirs. Personnellement, mais sans porter de jugement de valeur, je ferais un équilibre plus grand entre les Obligations et les Droits.

La *démocratie participative*, qui est un des fondements du socialisme du XXIème siècle prôné par le mouvement chaviste, me semble un bon exemple de cette relation entre Droit et Devoir. Les citoyens ont le Droit non seulement de recevoir les bénéfices d'une certaine démocratie dite «représentative» (très relative et fort éloignée des citoyens), mais ils ont le **Droit de participer directement** à la *res publica*, à la chose publique, à la conduction de la République. A ce Droit correspond un **Devoir de participation**. Si on ne fait jouer que le Droit, le risque est grand de vite se retrouver dans un système populiste qui serait précisément l'opposé de la démocratie participative.

Le degré de participation sera, dans les années qui viennent, un bon test pour mesurer l'évolution du projet socialiste ou son échec. Dans une première phase, il y a bien sûr un leader qui incarne les besoins du peuple, ses désirs encore mal exprimés, sa volonté titubante. Il exprime les intuitions du peuple, son désir de participer qui n'est pas encore une volonté. Il parle au nom des couches populaires pour préciser quels sont les Droits de celles-ci; il propose aussi des mesures pour que les citoyens puissent eux-mêmes préciser et exiger leurs Droits et soient capables de comprendre leurs Devoirs.

Petit à petit, on devrait aller vers la **démocratie directe** et un **socialisme d'autogestion** réellement endogène où les communautés de base soient capables de définir leurs Droits et ceux des autres, défendre ceux-ci et assumer leurs propres obligations.

Ce dont je vais parler aujourd'hui au sujet des Droits fondamentaux vus à partir du processus vénézuélien, ce n'est donc pas la réalité vraie d'aujourd'hui, sinon les dynamiques engagées à partir de 1998 et surtout de 2002 vers une définition de ces Droits et vers un engagement populaire pour assumer les Devoirs dans ce que j'aime appeler un *écosocialisme*.

Quels sont ces Droits fondamentaux dans l'optique de la démocratie participative qu'on tente de mettre en route au Venezuela? Je vais me permettre d'énumérer un certain nombre de Droits, qui nous semblent fondamentaux, aller le plus loin possible dans l'exigence, qui nous paraît être de mise, et identifier les Devoirs qui leur correspondent.

Comme nous parlons du projet d'une société socialiste, lorsque nous parlons de l'être humain, nous nous référons à l'être collectif aussi bien qu'aux êtres individuels qui le conforment. Souvent, nous mettrons plutôt l'accent sur le premier plutôt que sur le second.

Nous allons nous référer à certains Droits acceptés par la plupart des sociétés de la planète (au moins en théorie), mais nous allons interpréter ceux-ci dans l'optique du socialisme du XXI^{ème} siècle proposé au Venezuela et voir jusqu'où il nous semble nécessaire d'aller avec chacun d'eux pour atteindre le seuil des objectifs qu'il poursuit. Nous allons nous référer aussi à des Droits dont on parle sans doute moins et qui nous paraissent indispensables de prendre en compte *hic* et *nunc*, ici dans ces Amériques, qui tentent de se refaire, et maintenant au XXI^{ème} siècle.

1. DROIT À L'IDENTITÉ

Si l'être collectif ou l'être individuel ne peut se nommer, s'identifier, dire à l'Autre qui il est, la société restera fragmentée. Or, c'est ce qui s'est passé et continue à se passer dans beaucoup de pays dans nos Amériques.

De nombreux être collectifs sont restés en marge de nos sociétés durant plusieurs siècles: les communautés originaires d'abord, celles-là même dont les Droits furent bafoués dès l'arrivée des Européens sur le continent qui allait s'appeler *Amérique*; puis, les communautés des afro-descendants, des descendants des esclaves amenés d'Afrique par la force et qui, après l'abolition de l'esclavage, se sont retrouvés avec des bribes et morceaux d'identités confuses et face au racisme des sociétés qui avaient l'Europe et les Blancs comme modèles.

Dans les préambules de la Constitution de la République Bolivarienne du Venezuela, le pays se définit *«dans le but d'établir une société démocratique, participative et protagonique, multiethnique et pluriculturelle»*. Je souligne les adjectifs *«multiethnique»* et *«pluriculturelle»*. Ensuite, l'article 9 précise *«La langue officielle est le castillan. Les langues indigènes sont également utilisées comme langues officielles pour les indigènes et doivent être respectées sur l'ensemble du territoire de la République par le fait de constituer un patrimoine culturel de la Nation et de l'Humanité»*.

Plusieurs autres pays de nos Amériques ont incorporé des articles semblables dans leur propre constitution, à la fin du XXème siècle ou au début du XXI. Et les constituantes poursuivent actuellement leurs travaux dans plusieurs pays spécialement multiethniques comme la Bolivie et l'Equateur pour permettre à tous les êtres collectifs à jouir du **Droit à l'identité**.

Quant aux individus, nombre d'entre eux n'avaient jamais eu, au Venezuela, de *carte d'identité*. Ils étaient ainsi exclus de la société. Pour la société, ils n'existaient pas et ne pouvaient donc exercer aucun de leurs Droits. Des opérations massives ont eu lieu pour donner voix et vote à tous ces citoyens.

2. DROIT À LA MÉMOIRE

Il n'y a pas d'identité possible et, partant, pas de participation ni de projets possibles sans mémoire. Dans des pays, comme le Venezuela, où l'Histoire a été écrite par le colonisateur d'abord, puis par une classe sociale privilégiée, il y a une distorsion de l'Histoire.

Où est l'Histoire des peuples originaires, l'Histoire des esclaves, l'Histoire des paysans pauvres, l'Histoire des femmes battues, violées et délaissées? Où est l'Histoire des marrons poursuivis, des sans-terres, des sans-papiers? Où est l'Histoire de la souffrance, de la douleur, de l'abandon? Où est l'Histoire des muets de l'Histoire?

Même lorsqu'on célèbre les grands faits de nos indépendances, on se souvient de quelques noms, mais se souvient-on de ces milliers et milliers de gens

qui ont donné leur vie pour que nous puissions devenir ce que nous voudrions être.

Qui a écrit l'Histoire de nos Amériques durant plus de cinq siècles? Qui a écrit l'Histoire indoaméricaine, l'Histoire afroaméricaine, l'Histoire des Amériques délaissées, des Amériques agenouillées, des Amériques humiliées?

Que peut devenir un arbre sans racines? Il est primordial de réécrire l'Histoire, de donner la voix aux muets de l'Histoire. C'est un Droit qu'ont chaque être collectif, chaque peuple, chaque nation. Il faut rompre le silence; c'est un Devoir.

3. DROIT À LA DIVERSITÉ

La richesse de nos Amériques, c'est son immense diversité. Sa **biodiversité** (nous parlerons ici du Droit des peuples à défendre cette biodiversité) et de son **ethnodiversité**. Cette dernière fait face aux projets machiavéliques de la Pensée Unique; elle fait front à tous les impérialismes.

Les peuples des Amériques ont le Droit d'être eux-mêmes et de devenir ce qu'ils veulent être. Ils ont le Droit à la différence. Or, ce Droit a été bafoué durant plusieurs siècles et continue à l'être tant à l'intérieur de nos pays qu'au niveau international. La multiethnicité, le plurilinguisme et la diversité culturelle, dont nous avons déjà parlé, font partie de ce Droit fondamental. Le respect actif de celui-ci est la seule manière de nous enrichir nous-mêmes spirituellement et socialement.

Dans la Constitution vénézuélienne de 1999, c'est, à mon avis, l'article 100 un de ceux qui exprime le mieux ce Droit à la diversité. Il commence ainsi: *«Les cultures populaires constitutives de la vénézolanité jouissent d'une attention spéciale grâce à la reconnaissance et au respect de l'interculturalité sous le principe de l'égalité des cultures.»*

Dans la proposition de la réforme constitutionnelle, le Président Chávez suggérerait d'aller plus loin en disant que *«La République Bolivarienne du Vénézuëla est le produit historique de la confluence des plusieurs cultures; pour cela, l'Etat reconnaît la diversité de ses expressions et valorise les racines indigènes, européennes et afrodescendantes (...).»*

Plus loin, dans le même article, il proposait ce qui suit: *«Les cultures populaires, celle des peuples indigènes et celle des afrodescendants, constitutives de la vénézolanité jouissent d'une attention spéciale grâce à la reconnaissance et au respect de l'interculturalité sous le principe de l'égalité des cultures.»*

4. DROIT À L'ÉDUCATION MUTUELLE

Partout, tout le monde accepte que l'enseignement est un Droit fondamental. Je dis bien: l'enseignement, car enseignement n'est pas synonyme d'éducation. L'enseignement est dispensé à l'école. Des professeurs enseignent aux élèves à lire, à écrire et à compter. On parle aussi d'instruction et de personnes instruites. Cet instruction se donne à l'école, dans les lycées ou les universités.

Mais ce n'est pas de cela que je veux parler. L'éducation n'est pas instruction. Si on peut instruire quelqu'un ou lui enseigner certaines choses, personne ne peut éduquer une autre personne. Le verbe devrait être *s'éduquer*. Il s'agit d'un processus réflexif. Depuis longtemps d'ailleurs, on parle d'*éducation permanente*: l'être individuel peut ou devrait pouvoir s'éduquer tout au long de sa vie, depuis sa naissance jusqu'au moment de sa mort. C'est de ce Droit-là que je veux parler.

Si on est instruit par des maîtres, on doit s'éduquer soi-même. Mais on ne peut pas le faire seul. On a besoin des autres pour le faire. L'être individuel s'éduque de manière coopérative au sein de l'être collectif. Il s'agit d'échanges. La diversité, dont on vient de parler, est importante à ce propos, non comme Droit seulement, mais comme richesse; non seulement d'un être collectif à l'autre, mais au sein même de l'être collectif.

L'être collectif (surtout dans les communautés de base) et les individus qui le conforment, ont Droit à avoir le temps et les moyens pour cette éducation réflexive, cette éducation communautaire, cette éducation mutuelle. Elle se fait dès le plus jeune âge. L'enfant est instruit par ses parents, mais il permet à ceux-ci de s'éduquer (*ex-ducere*) de sortir d'eux-mêmes et de croître.

Chaque instant de la vie, chaque circonstance, chaque rencontre permettent à l'être humain de s'éduquer dans ses dimensions individuelle et collective. Mais cela ne se fait pas de manière inconsciente. Il faut un souhait, un désir, une volonté de se faire, de se développer, de se réaliser, grâce à soi-même, à ses effort, et grâce aux autres.

Ainsi, la *alfabetización concientizadora* (je ne sais comment cela se dit en français), cette alphabétisation qui permet à l'individu de prendre conscience de sa propre réalité et qui a été inventée par le Brésilien Paulo Freire, ce processus d'alphabétisation, au cours duquel l'adulte apprend à lire, à écrire et à compter, est un processus d'apprentissage, certes, mais il est en même temps un processus d'*éducation mutuelle*. Les femmes et les hommes qui y prennent part n'apprennent pas seulement, mais se forment entre eux, grâce à

leurs réflexions, leurs expériences et leurs actions, à *prendre conscience* des mécanismes de la société

L'important, ce n'est pas le texte qu'ils apprennent à lire ou à écrire, c'est le contexte qu'ils apprennent à déchiffrer, à comprendre et à transformer.

On pourrait donner des centaines d'exemples à ce propos pour montrer et démontrer ce Droit à l'*éducation mutuelle* qui va beaucoup plus loin que le *Droit à l'instruction* et qui est en relation directe avec les processus de changements que nous vivons actuellement dans nos Amériques.

Avec respect, c'est une des critiques que je formulerais tant vis-à-vis de la Constitution de 99 que vis-à-vis de la proposition de réforme. Je vois personnellement, dans les articles qui vont du 102 au 107, une confusion entre les concepts d'*éducation* et d'*enseignement*. En plus, on souligne plus l'aspect individuel de ce Droit que l'aspect de mutualité qu'à mon avis il faudrait lui donner.

Un article -le 79- va d'une certaine manière dans le sens de l'éducation plus que dans celui plus limité de l'enseignement. Il dit: «*Les jeunes gens et les jeunes filles ont le droit et le devoir d'être des sujets actifs du processus de développement.*» (C'est moi qui souligne). Cet article se trouve dans le Chapitre V consacré aux Droits Sociaux.

Les articles suivants -le 80 et le 81- parlent des vieillards et des handicapés. Mais il s'agit plus de droits à la protection individuelle qu'au protagonisme social et à l'éducation mutuelle qui devrait, à mon avis, être assurés pour toute la vie.

5. DROIT À L'ÉCO-DÉVELOPPEMENT ET AU DÉVELOPPEMENT ENDOGÈNE

Puisque nous venons de mentionner la biodiversité, le Droit et le Devoir de protéger l'environnement pour nous-mêmes et pour les générations futures, puis au Droit d'entreprendre de manière coopérative des processus d'éducation mutuelle, il me semble indispensable de souligner le Droit des peuples et le Devoir des responsables des secteurs publics et privés d'assurer un développement qui soit, en même temps, soutenable, endogène et, bien sûr, participatif.

Je crois qu'il faut sans cesse définir le terme *développement* pour savoir clairement de quoi nous parlons. Le mot *développement* n'est pas synonyme de *croissance économique*. Parfois même, les deux concepts s'affrontent. Une forte croissance économique peut être en porte-à-faux vis-à-vis du développement si, par exemple, il y a accumulation de richesses avec un coût

environnemental élevé. Il s'agirait là d'une hypothèque sur le futur et donc une erreur profonde et grave.

Une forte croissance économique peut être aussi en porte-à-faux vis-à-vis du développement s'il y a accumulation de richesses et une mauvaise répartition de ces richesses. Il s'agirait là d'un faux développement.

Le développement est une dynamique holistique de toute une société vers l'harmonie, l'équité et le bonheur. Il s'agit de conjuguer une économie saine avec une écologie active, d'une avancée sociale de tous les êtres collectifs et individuels qui la composent, d'un mieux-être pour tous et surtout pour les plus démunis. Le développement ne peut que se faire s'il apporte des bénéfices spirituels, matériels et sociaux à l'ensemble de la communauté (locale, provinciale, nationale ou internationale).

Aucun être collectif ne peut se développer si les autres, en même temps que lui ne se développe également. C'est pourquoi les pays qui se disent développés se trompent doublement. Premièrement, parce que si de développement il s'agit, cela suppose non un état, mais une dynamique. Un pays ne peut «être développé»; il se développe, se paralyse ou régresse. Deuxièmement, parce qu'un pays ne peut se développer s'il le fait au détriment d'autres pays ou de l'écologie planétaire. Les pays riches -qui sont riches parce qu'ils ont exploité d'autres pays, les peuples de ces pays et mis à sac la nature de ces pays- les pays riches ne sont pas des pays développés.

Dans le terme «développement» (*desenvolvimiento*), il y a le mot «enveloppement» (*envolvimiento*). Les pays de nos Amériques ont été ou sont encore des pays enveloppés. Ils ont été ou sont encore ceinturés, enserrés, ficelés, exploités de l'intérieur par des intérêts individualistes et de l'extérieur par des intérêts d'autres nations ou transnationaux.

C'est pour cela qu'il faut parler de *développement endogène*. Il ne faudrait même pas utiliser cet adjectif, mais, comme beaucoup se refusent à comprendre, il est nécessaire de le placer à côté du substantif «développement». Le développement doit être endogène ou il n'existe pas.

Le développement doit aussi être soutenable ou il n'existe pas. Un soit disant développement qui ne respecterait pas l'environnement est inconcevable. Or, tout ce qu'on a présenté jusqu'il y a peu, s'est fait contre l'être humain, contre la nature et contre le futur.

Un développement exogène et non-soutenable est le contraire même du développement.

L'être collectif (local, provincial, national, régional ou planétaire) a Droit au développement. Il a Droit à s'engager dans cette évolution endogène, auto-gérée, écologique, économique, sociale, culturelle, politique, équitable et solidaire). Il a Droit à recevoir des compensations lorsqu'il a été exploité. Il ne s'agit pas d'aide au développement, comme on le dit souvent. Il s'agit d'un Droit.

Combien de Devoirs correspondent alors à ce Droit? Je ne vais pas parler ici du problème épineux de la dette, mais tout le monde me comprend. On sait très bien quels pays, quelles entreprises transnationales, quels groupes d'intérêts nationaux ou quelles classes sociales ont des dettes à payer parce qu'ils se sont enrichis au détriment des autres et de l'environnement.

Les pays dits (faussement) sous-développés ou en voie de développement n'ont pas besoin de modèles importés ou imposés. Ils ont le Droit à réclamer la justice, simplement, et à recevoir les moyens de se développer.

L'être collectif quel que soit sa taille (du local au planétaire) a des Droits et des Devoirs vis-à-vis de l'Humanité d'aujourd'hui et de demain, vis-à-vis de son environnement et de celui des générations futures.

De nouveau comme une observation tout à fait personnelle et respectueuse, j'estime qu'autant dans la constitution de 1999 que dans la proposition du Président, il faudrait préciser ce que l'on entend par *développement*. Cependant, il faut souligner le fait que le Président lui-même a répété sans cesse dans de très nombreuses circonstances l'importance de ce que le développement fût *endogène*.

Il est juste aussi de faire noter qu'au sujet de l'article 112, qui se réfère aux droits économiques, le Président proposait quelques modifications qui allaient dans le sens que nous voudrions donner au style et au modèle de développement.

Mais dans une perspective d'*éco-développement*, qui pourrait être celle du socialisme du XXIème siècle, ces concepts devraient être mis beaucoup plus en valeur.

6. DROIT À UN ENVIRONNEMENT NATUREL ET HUMAIN SAINS

Puisque nous parlons d'*éco-développement* et du Droit à l'*endogénéité* du développement, il me semble nécessaire de dire un mot de plus sur l'environnement ainsi que des Droits fondamentaux qui sont liés à celui-ci.

Personnellement, je ne limite pas l'environnement à la nature, mais divise celui-ci en trois: l'environnement physique naturel, l'environnement physique

transformé par l'être humain et l'environnement humain, c.à.d. les groupes humain qui environnent un être collectif déterminé.

Bien sûr à l'époque actuelle, les trois sont étroitement liés entre eux. C'est pourquoi leur protection est aussi importante, comme nous l'avons déjà remarqué dans le paragraphe précédent.

La nature a ses Droits et, si ceux-ci sont bafoués, ceux des êtres humains présents et futurs le sont et le seront aussi. Or, la situation est dramatique sur toute la planète et elle empire chaque jour. Je ne vais pas m'étendre sur ce problème car ici, tout le monde est sans doute d'accord sur ce point. Cependant, je veux souligner le fait que les gouvernements et les organisations internationales ne prennent pas les mesures nécessaires pour défendre ce Droit fondamental. Tellement fondamental qu'il en va de l'avenir même de l'humanité et de la planète.

Dans l'article 107 de la Constitution, on affirme que «*L'éducation environnementale est obligatoire dans les niveaux et modalités du système éducatif aussi bien que dans l'éducation non-formelle.*»

Il est également juste de noter qu'un chapitre complet de la Constitution -le neuvième- consacre trois longs articles aux droits environnementaux (les articles 127, 128 et 129). Dans le 128, on fait mention du *développement soutenable* et, dans le 129, on met en relation les impacts *environnementaux* et les impacts *socio-culturels*.

Mais, à mon avis, il aurait fallu aller plus loin et situer ce problème dans tout ce qui se réfère aux concepts d'*éco-développement*, de *développement endogène*, de *souveraineté nationale* et d'*éducation permanente et mutuelle*.

Certaines entreprises transnationales mettent en place des programmes qu'on pourrait qualifier de crime contre l'humanité et contre la planète sans que la plupart des gouvernements ne s'émeuvent ou ne prennent des mesures draconiennes à leur encontre. Plus même, certains couvrent ces entreprises criminelles et donc se font complices de leurs méfaits.

Je ne m'étendrai pas outre mesure sur ce problème, mais ne peux pas non plus l'esquiver. Prenons, par exemple, un phénomène extrêmement choquant comme la privatisation de l'eau. Qui a Droit à privatiser l'eau, à vendre l'eau, à empêcher les pauvres d'obtenir ce service qui est vital pour notre vie ou pour notre survie? Or, des compagnies européennes, par exemple, se sont mises à faire du commerce avec l'eau. C'est le cas, entre autres, d'une compagnie française qui s'est installée en Bolivie. On sait ce que cette ingérence étrangère a provoqué dans le quartier El Alto de La Paz et ses conséquences.

Il a d'autres exemples à ce propos, malheureusement beaucoup trop d'exemples. L'un d'entre eux a été fortement dénoncé il y a quelques semaines. Il s'agit de l'entreprise *Monsantos*, qui, depuis de très nombreuses décennies, réalise de multiples expériences de manipulations génétiques et produisent des Organismes Génétiquement Modifiés (OGM) en passant au-dessus des lois, trompant les consommateurs et réalisant de fausses expériences de laboratoires. Là, c'est la planète toute entière et l'humanité complète qui est en danger.

Certains pays comme l'Argentine, le Brésil et le Paraguay, précisément, trois pays du Mercosud sont particulièrement touchés par les agissements de cette entreprise. Quant au Mexique, tout le monde connaît les manœuvres de son associé nord-américain au sein de l'Alena au sujet de la production du maïs.

Nos pays, particulièrement les communautés paysannes de nos pays et les consommateurs, ont le Droit à la transparence au sujet de ce qu'ils mangent, ce qu'ils boivent, ce qu'ils respirent. Ils ont Droit à l'eau et à la nourriture. Ils ont Droit à un environnement sain, une nourriture saine et au contrôle de leurs ressources.

7. DROIT À LA TERRE ET À L'EAU

Il n'est pas inutile de relancer ici un slogan mille et une fois répété et mille et une fois piétiné: «La terre à ceux qui la cultivent». C'est un Droit fondamental. Que de réformes agraires a-t-on vues et vécues durant le XXème siècle et que d'échecs n'a-t-on pas observés et soufferts.

Dans une première instance, jusqu'à présent, le gouvernement vénézuélien récupère les grandes propriétés rurales ou parties des propriétés qui sont laissées à l'abandon et ne produisent rien.

Le XXIème siècle doit voir non pas des réformes agraires, mais des révolutions, sinon c'est une fois encore l'humanité toute entière et la planète qui vont souffrir et peuvent mourir de par l'égoïsme et l'âpreté au gain de quelques pays, de quelques entreprises ou de quelques individus.

Toutes les collectivités humaines ont Droit à la terre et à l'eau. Personne n'a le Droit de monopoliser ces biens essentiels. C'est un crime contre l'humanité et contre la planète d'empêcher des peuples entiers la propriété de la terre et l'accès à l'eau.

On sait comment l'économie de plantation sucrière a provoqué l'érosion, l'assèchement et la désertification d'un pays comme Haïti. Au XVIIIème

siècle, c'était la colonie la plus riche du monde; aujourd'hui, c'est le pays le plus pauvre, le plus misérable de nos Amériques.

On sait comment beaucoup de nos pays ont été déboisés, saccagés, appauvris par les pays qui se disent maintenant «développés».

On sait comment les entreprises transnationales continuent à déboiser les Guyanes, l'Amazone et d'autres forêts, comment les paysans restent sans terre, comment la flore et la faune disparaissent chaque jour par manque de terre, par manque d'eau et par manque d'oxygène.

On sait tout cela. Et on sait qu'il existe un Droit à l'air, à l'eau et à la terre. N'y a-t-il pas d'organisations nationales ou internationales pour faire respecter ce Droit?

Dans le monde, 2.600 millions d'êtres humains n'ont pas accès à des eaux saines. Les eaux non assainies provoquent dix fois plus de morts que les guerres, bien que celles-ci détruisent des millions de vies. Des maladies, comme le choléra, sont capables de s'étendre en quelques jours dans une ville entière et tuer de manière impitoyable. Tout cela, à cause des eaux polluées.

Tout cela pourrait être évité. Cinq mille enfants meurent *chaque jour* par manque d'eau saine ou potable. Est-il possible de voir des chiffres pareils au XXIème siècle. L'argent des guerres ne pourrait-il permettre à ces millions d'êtres humains de recevoir ce Droit fondamental.

Et ce peut-il que, dans nos pays d'Amérique du Sur si bien pourvus en eau, dans des pays comme le Venezuela et le Brésil, ce Droit n'est encore qu'un souhait?

8. DROIT À LA SANTÉ PHYSIQUE, MENTALE ET SOCIALE

Avec ce *Droit à l'eau*, avec le *Droit à l'enseignement*, le *Droit à l'alimentation* et d'autres Droits fondamentaux, on cite toujours le *Droit à la santé*. Mais de quoi parle-t-on au juste?

La santé est un état de bien-être physique, social et mental de l'être individuel en harmonie avec son environnement. Comme on le voit, de nombreux autres Droits fondamentaux sont impliqués dans ce Droit particulier. Il ne s'agit pas seulement de l'absence d'affections ou de maladies, mais d'assurer un équilibre qui n'est pas uniquement celui de l'individu, mais aussi de son environnement naturel et social, donc de l'être collectif auquel il appartient et du milieu dans lequel il se développe.

En-dehors des mesures d'hygiène, de prévention et d'autres, on pourrait parler du *Droit à une médecine intégrale et communautaire*.

En fait, au Venezuela, comme dans beaucoup d'autres pays, il y a plusieurs classes dans la médecine. Les gens très riches vont en première classe dans des cliniques nord-américaines pour se faire soigner. Les classes moyennes -quelques 20% de la population- se rendent dans des cliniques privées où il faut présenter sa carte de crédit pour y être admis. Le reste, les grandes majorités doivent se contenter d'une médecine de troisième classe qu'on leur donne dans des hôpitaux où, souvent, il faut faire la queue et où il manque de tout.

Ce qu'il faut, c'est une même médecine pour tout le monde. Ou y aurait-il des citoyens de première, de deuxième et de troisième classe? Non seulement une bonne médecine curative, mais aussi une médecine préventive et un enseignement relatif à la santé.

Si on accepte la définition faite de la santé, celle-ci a un double caractère individuel et social. Non seulement parce que les causes et les conséquences de la santé ou du manque de santé affecte le corps et l'esprit de l'individu et de ceux qui l'entourent, mais aussi parce que c'est l'ensemble de l'Être qui, dans toutes ses dimensions, qui s'épanouit ou souffre. C'est pour cette raison que nous parlons d'une *médecine intégrale et communautaire*.

Un énorme effort a été fait par l'actuel gouvernement vénézuélien dans ce domaine. Ce qu'on appelle les *missions* représentent d'immenses mobilisations surtout locales mais aussi provinciales et nationales pour faire face aux problèmes de la santé et permettre aux populations de se prendre en main afin d'augmenter leur qualité de vie.

9. DROIT À UN TRAVAIL UTILE, RECONNU ET RÉMUNÉRÉ DE MANIÈRE ÉQUITABLE

Pour s'intégrer dans l'être collectif et être reconnu par celui-ci, l'être individuel a besoin de participer à la construction, à la vie, au développement de la communauté dont il fait partie. Il ne s'agit pas seulement du juste salaire dont il a Droit et dont il a besoin pour vivre et faire vivre sa famille, mais du sens même du travail au sein de l'être collectif.

La personne qui n'a pas de travail, se trouve non seulement dans l'embaras, mais elle se trouve en marge de la société. L'aspect matériel est donc important, mais tout aussi importants sont les aspects sociaux et psychologiques.

Puis, il y a le sens à donner au travail. Il ne s'agit pas uniquement de participer à la production d'un bien ou d'un service, mais de savoir l'utilité de ce bien ou ce service dans la société. Dans la société de consommation, la production de biens et services souvent superflus conjugués au délire de posséder

sans besoin réel rend le travail souvent absurde. Il faut produire pour vendre et travailler pour acheter.

Dans une société éco-socialiste et humaniste, le travail serait une contribution à créer des richesses et satisfaire non seulement les besoins individuels sinon les nécessités collectives.

Dans cette optique, il faut prendre en compte l'organisation du travail. C'est un Droit pour chacun d'avoir un travail, mais de pouvoir donner un sens à ce travail. Le travailleur doit pouvoir situer son unité de production dans le contexte général de l'économie, dans les dynamiques écologiques et sociales. A quoi sert le travail collectif auquel il participe? D'autre part, il doit pouvoir se situer, comme individu, au sein même de cette unité de production de biens ou de services. Il a le Droit à savoir son travail reconnu et valoriser, quelles que soient ses fonction dans l'entreprise ou l'institution qui l'emploie.

Bien sûr à tous ces Droits liés au travail, correspondent des Devoirs. Travailler est une obligation morale vis-à-vis de la société dans laquelle on vit, travailler bien, donner un sens à son travail, se former de manière permanente non pas tellement pour augmenter le rendement, mais pour qu'à l'efficacité de l'individu corresponde une satisfaction de l'ensemble de l'être collectif.

Dans une société socialiste et humaniste, les Droits et les Devoirs qui correspondent au travail devraient être un des moteurs d'un développement endogène, écologique et équitable, un des moteurs aussi de la démocratie participative. Je mets cette phrase au conditionnel, car c'est là une de mes préoccupations vis-à-vis du processus vénézuélien actuel.

Grâce aux entrées gigantesques du pétrole ou, plutôt, à cause de cette pluie de pétrodollars (surtout au cours de ces dernières années), nous nous trouvons dans la tourmente d'une société de consommation outrancière et c'est, précisément, dans ce pays et à ce moment, que surgit un mouvement qui prétend transformer cette société en société socialiste. Cela semble parfois absurde, utopique et impossible. C'est là, je crois, l'immense défi qui se pose.

Dans la proposition du référendum constitutionnel, le Président voulut modifier l'article 112 relatif au système économique. Une partie de cet article modifié proposait que l'Etat, je cite: « *encouragera et développera diverses formes d'entreprises et d'unités économiques de propriété sociale, aussi bien directe ou communale qu'indirecte et de l'Etat, ainsi que des unités économiques de production et/ou de distribution sociale pouvant être de propriété mixte entre l'Etat, le secteur privé et le pouvoir communal, créant les meilleures conditions pour la construction collective et coopérative d'une Economie Socialiste.* »

Cette proposition d'amendement fut peut-être un de ceux qui ont provoqué la réticence d'une partie de la population et qui fit perdre à moins d'1% le *Oui* à la réforme constitutionnelle.

La société de consommation et la rente pétrolière sont trop ancrées dans les modes de vie et les mentalités. La peur du socialisme est plus forte que la volonté de justice, d'équité et d'harmonie sociale. Le Président répètera sans doute sa fameuse expression «*Por ahora*» (*Pour l'instant*); le futur nous le dira.

10. DROIT À L'INFORMATION ET LA COMMUNICATION

L'être humain -que ce soit comme collectivité ou comme individualité- a Droit à l'information. Ce Droit est intimement lié à la démocratie. Dans une démocratie représentative, pour que les collectivités et les individus puissent élire leurs représentants, évaluer leurs actions et pouvoir exiger leur efficacité, ils doivent être informés non seulement des agissements de leurs représentants ou possibles représentants, mais aussi de la situation économique, écologique, sociale et politique dans laquelle ils se trouvent (au niveaux local, provincial, national et international).

Si l'information n'est pas digne de confiance, la démocratie simplement n'existe pas. Or, les moyens d'information sont de plus en plus nombreux et de moins en moins crédibles. Ils se présentent même souvent comme acteurs extrêmement importants des luttes pour le pouvoir. Le Droit à l'information est ainsi piétiné partout dans le monde.

Certaines institutions qui prétendent défendre les Droits de l'Homme, sont souvent elles-mêmes empêtrées dans les pires combines et ne font que confondre une opinion publique qui finit par ne plus croire en rien: ni en la démocratie, ni dans les moyens qui sont sensés les informer.

Si on parle, comme au Venezuela, de la démocratie participative, le Droit à l'information se fait encore plus pressant. Il se transforme d'ailleurs en Droit à la communication. Il ne s'agit plus de recevoir passivement les informations, mais de les recevoir de manière critique (et donc d'avoir les capacités d'analyser et de critiquer) et de les produire, de produire des informations et de participer à un vaste processus d'échange.

On mentionne partout les moyens de communication sociale. En fait, la plupart des chaînes de télévision et de radio, les journaux et autres périodiques ne sont absolument pas des moyens de communication. Ce sont des instruments aux mains de minorités qui distribuent des informations et n'ont aucunement l'intention de provoquer quelque communication qui soit.

La communication avant tout horizontale. Elle permet aux êtres collectifs et individuels de s'exprimer, d'exprimer leurs besoins, leurs souhaits et leurs expériences, d'exprimer leur manière de concevoir la société et elle leur permet d'écouter les autres, d'analyser leurs problèmes et de comprendre leurs suggestions pour résoudre ensemble ces problèmes.

Nous nous trouvons ainsi au cœur même de la *démocratie participative*. Il s'agit d'information mutuelle, d'échange d'informations, de mise en commun d'information pour que tout le monde puisse être informé de la même manière avec la capacité d'étudier, de comparer, d'évaluer les informations, de les mettre en relation et de les utiliser à bon escient.

La communication doit être aussi verticale. Il faut pouvoir recevoir des informations fiables des instances supérieures de l'organisation sociale et politique; il faut aussi pouvoir, avec autant de facilité, pouvoir envoyer des informations à ces instances. De nouveau, nous le répétons, nous nous trouvons ici au cœur de la *démocratie participative*.

En relation avec le Droit de recevoir, d'envoyer et d'échanger des informations, au Droit d'établir les communications jugées nécessaires et d'avoir la maîtrise de celles-ci, il existe un autre Droit: celui d'apprendre, de manière permanente -de la petite enfance jusqu'à la vieillesse-, à recevoir la formation nécessaire pour pouvoir utiliser les canaux d'information et les instruments de communication.

Nous ne donnerons ici qu'un seul exemple fort simple. Donne-t-on, dans les écoles des cours pour lire le journal de manière active, des cours pour décoder les messages transmis par la télévision, des cours pour utiliser internet comme un outil pour assumer la citoyenneté dans une *démocratie participative*?

Il existe donc un Droit à l'information partagée, à la communication horizontale et verticale, à la formation à vivre en réseau.

Quant au Devoir qui correspond à ces Droits, il me semble inutile de faire ici un discours sur l'éthique. Ceux qui veulent comprendre, comprennent très bien.

Curieusement pour moi, dans la proposition présidentielle de réforme de la Constitution, les articles 58 et 108 n'ont pas été mentionnés. Il me semble que ceux-ci laissent trop de pouvoir aux entreprises privées et aux intérêts financiers qui manipulent l'information et empêchent une véritable communication. Le Président a peut-être évité d'aborder cette question qui avait provoqué de nombreuses polémiques au cours des mois précédents au sujet de la non-rénovation d'une licence à une chaîne privée de télévision.

11. DROIT À UNE CULTURE AUTOCHTONE ET À LA CULTURE UNIVERSELLE

Je place ce Droit à la fin de cette communication non pas parce qu'il serait moindre que les autres, mais, au contraire, parce qu'il me semble synthétiser tous les autres. Parler de culture, c'est parler de l'Être, de l'existence, du fait d'exister, de la conscience d'exister, de la liberté d'assumer sa propre vie, de la possibilité de croître, de se développer, de donner un sens à son existence.

Tous les Droits sont rassemblés dans ce Droit, ce qui le rend complexe. Il ne s'agit bien sûr pas d'être cultivé, de posséder de nombreuses connaissances, d'accumuler des diplômes, mais de donner un sens à la vie, à l'Être, à l'existence. Il s'agit d'une connaissance de soi-même et de son environnement dans le but d'un plus-être et d'un mieux-être de soi-même et des autres.

L'être -qu'il soit individuel ou collectif- se fait grâce à la rencontre avec d'autres êtres. Il se modèle en fonction de son passé, qu'il doit assumer, et de son futur, qu'il doit modeler selon ses désirs et ses possibilités. Il se modèle aussi en fonction de son environnement physique et humain, selon le milieu dans lequel il s'inscrit et des autres êtres qui l'entourent.

L'être humain a le Droit de s'assumer dans ses dimensions collective et individuelle, de s'identifier, de se connaître et d'être reconnu avec toutes ses spécificités.

Nous revenons là au Droit à l'identité dont nous avons parlé au début de cette communication,

au Droit à la mémoire, au Droit de connaître le passé, son passé, de se reconnaître dans ses racines,

au Droit à la diversité culturelle, au Droit d'être différent de l'Autre et au Devoir de s'ouvrir à l'Autre,

le Droit de s'éduquer avec les autres dans une dynamique d'échange et de don,

le Droit de se développer à partir de lui-même et de son environnement, un environnement naturel et humain fragile, mais riche et divers, riche de par sa diversité,

le Droit à la terre, à sa terre, aux racines ancestrales enfouies au fond de la terre, au Droit aux sources, au rivière et à la pluie,

le Droit à la santé, à la vie, à l'échange,

le Droit au travail, à la participation à la construction du monde,

le Droit à la communication, au partage et à l'amour.

Le Droit à la culture, c'est le Droit à tout cela. C'est la ramification de tous ces Droits entre eux. C'est le Droit à sa propre culture -à la conserver, à en jouir, à la transformer, à la transmettre à ses enfants- et le Droit à la culture universelle, le Droit à connaître l'Autre et à s'enrichir ensemble.

12. PERSPECTIVES

Ce ne sont pas les actions d'individus isolés, ni celles de groupes isolés, ni même celles de pays isolés qui vont faire changer les choses. C'est une véritable révolution dans l'ensemble de nos Amériques qui permettra de faire régner *hic et nunc* le Droit, la justice et l'harmonie.

Le Venezuela ne prétend pas imposer un modèle, mais il propose une intégration interne et internationale pour unir les efforts et se libérer enfin de tous les colonialismes. Il voit le Mercosud comme un excellent instrument d'intégration. Mais il est convaincu que celui-ci ne peut être centré sur le marché. *Mercado del Sur, Marché du Sud, Mercado do Sul.*

Les Droits fondamentaux ne sont pas ceux de pouvoir se débrouiller et survivre dans un marché. Pour que les Droits fondamentaux soient respectés, il nous faut une intégration de tous les Droits fondamentaux pour l'ensemble des êtres collectifs et tous les individus qui en font partie. Le respect croissant des Droits Fondamentaux est étroitement lié avec le développement, l'intégration et la paix de Notre Amérique.

Ce sont des Droits Essentiels. Ils nous permettent d'être, d'exister et de nous réaliser comme peuples et comme personnes. Nous ne pouvons exister comme des peuples mutilés, comme des pays mutilés, comme des individus mutilés dans nos Droits. Nous ne voulons pas être des pays invalides et isolés, mais un ensemble de pays sains et forts.

N.B.: La traduction des articles de la Constitution et des propositions de réforme faite par le Président de la République, monsieur Hugo Chávez Frías, a été réalisée par l'auteur du présent travail. Article: 31 mars 2008.

II. CIRCULAÇÃO DE PESSOAS E CONVALIDAÇÃO DE DIPLOMAS DE NÍVEL SUPERIOR NO MERCOSUL

*Bárbara Araujo Medeiros e Roberta Pires Alvim**

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Aspectos gerais da circulação de pessoas – 3. A circulação de pessoas na União Européia – 4. A Circulação de pessoas no Mercosul: 4.1 Aspectos sociolaborais; 4.2 Simples trânsito, Migração e Residência – 5. Convalidação de diplomas de nível superior – 6. Conclusão – 7. Referências

RESUMO: Com a globalização, faz-se mister a compreensão do princípio da circulação de pessoas a nível internacional. Contudo, deve-se entender esse fenômeno também pela ótica da regionalização experimentada por muitos países do mundo, no qual a União Européia é vanguardista. Suas fronteiras internas são imperceptíveis aos cidadãos europeus.

Diversa é a percepção desse princípio no Mercado Comum do Sul – Mercosul. Desde a sua criação, por meio do Tratado de Assunção de 26 de março de 1991, o bloco americano somente é sentido em seu viés econômico e político, pouco se discute a influência do bloco em matérias como trânsito de pessoas, migração ou residência. Entretanto, o próprio Tratado de Assunção define como objetivo final do bloco a criação de um mercado comum, que somente será alcançado por meio da livre circulação de fatores produtivos, na qual o homem deve ser considerado como fator.

Por esse motivo, existem diversos protocolos, tratados e acordos (a exemplo do Acordo de Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercosul, Bolívia e Chile) regulando a livre circulação de pessoas, além de outros que tratam dos efeitos reflexos desse movimento, como a necessidade de harmonização das normas de seguridade social e trabalhistas.

Outro aspecto de extrema importância para a livre circulação de pessoas é a convalidação de diplomas de nível superior. O Mercosul já conta com decisões que objetivam o aproveitamento dos estudos superiores. A convalidação, contudo, está restrita somente para a área acadêmica.

PALAVRAS-CHAVES: circulação de pessoas; convalidação de diplomas; Mercosul.

RESUMEN: Con la globalización, se hace imprescindible la comprensión del principio de la circulación de personas a nivel internacional. Sin embargo, este fenómeno debe ser entendido también bajo la óptica de la regionalización experimentada por

* Membros do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais – Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA.

muchos países del mundo, proceso en el que la Unión Europea es vanguardista. Sus fronteras internas son imperceptibles a los ciudadanos europeos.

Diferente es la percepción de ese principio en el Mercado Común del Sur – Mercosur. Desde su creación, por medio del Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991, el bloque americano solamente es sentido en su vertiente económica y política, se discute poco la influencia del bloque en asuntos como tránsito de personas, migración o residencia. No obstante, el propio Tratado de Asunción define como objetivo final del bloque la creación de un mercado común, que solo será alcanzado por medio de la libre circulación de factores productivos, en la cual el hombre debe ser considerado como factor.

Por esa razón, existen diversos protocolos, tratados y acuerdos (a ejemplo del Acuerdo de Residencia para nacionales de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia e Chile) regulando la libre circulación de personas, además de otros que cuidan de los efectos reflejos de ese movimiento, como la necesidad de armonización de las reglas de seguridad social y laboral.

Otro aspecto de extrema importancia para la libre circulación de personas es la convalidación de diplomas de nivel superior. El Mercosur ya cuenta con decisiones que objetivan el aprovechamiento de los estudios. Sin embargo, la convalidación sirve solamente para el área académica.

PALAVRAS-CLAVE: circulación de personas; convalidación de diplomas; Mercosur.

1. INTRODUÇÃO

O Mercado Comum do Sul – Mercosul já é uma realidade. Desde a sua criação, com o Tratado de Assunção de 1991, é possível sentir seus efeitos, principalmente nas esferas econômica e política. Sem embargo, para que o objetivo primordial instituído no artigo primeiro do referido tratado, ou seja, a criação de um mercado comum, seja alcançado, é essencial a consolidação da livre circulação de pessoas dentro do bloco.

O artigo ora exposto objetiva estudar e, por conseguinte, divulgar, este aspecto do Mercosul – a circulação de pessoas –, importante, porém, pouco explorado pela comunidade acadêmica.

Como será demonstrado no trabalho, a circulação de pessoas no Mercosul encontra-se em fase de desenvolvimento, uma vez que seus Estados Membros priorizaram o viés econômico da Organização. Para que esta se concretize muitos são os fatores necessários, dentre eles destaca-se a essencialidade da convalidação de diplomas de nível superior.

Analisa-se, portanto, os documentos internacionais já existentes no que se referem tanto à circulação de pessoas como a convalidação de diplomas de nível superior no Mercosul, e o seu processo de ratificação pelos Estados Membros. A União Européia é utilizada como referencial visto que seu processo de integração através da circulação internacional de pessoas logrou êxito, sendo exemplo para o Mercosul.

2. ASPECTOS GERAIS DA CIRCULAÇÃO DE PESSOAS

A globalização experimentada na atualidade faz com que as distâncias pareçam reduzir-se e os seres humanos possam se locomover mais facilmente pelo planeta. Entretanto, a circulação de pessoas existe desde tempos imemoriais. Sempre existiram indivíduos saindo do ambiente em que viviam para outro mais distante, em busca de melhores condições socioeconômicas, no intuito de reencontrar pessoas, fugir de perseguições ou até mesmo pela simples curiosidade de conhecer lugares novos e distintos dos que sempre conviveu.

Esse movimento de circulação de pessoas denomina-se migração. Se dentro do território do Estado o que se observa é a migração interior; para fora dele o movimento migratório é exterior ou internacional.

Dentro do conceito internacional surgem mais dois institutos: a imigração e emigração. Imigrar é a ação de vir estabelecer-se num país estrangeiro, o contrário de emigração, que é a saída da pátria mãe em grupo ou individualmente.

Os movimentos, tanto de imigração quanto de emigração, são frequentes e, como já explicitado, necessários ao homem. Surgiu, então, um direito, o de ir e vir dos indivíduos. Como consequência desse direito adveio também o princípio da livre circulação internacional de pessoas. A importância desse princípio é tamanha que o Direito Internacional reconhece e declara o direito de migrar em diversos institutos, exemplificados abaixo.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (Resolução nº 217 – Assembleia Geral da ONU), em seu artigo 13, parágrafo 1º, proclama que: “Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada estado”, reconhecendo assim o direito a livre circulação. Por conseguinte, o parágrafo 2º vai além, afirmando que: “Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o seu próprio, e a este regressar”. De acordo com a professora Thelma Thais Cavarzere¹, essa menção ao parágrafo segundo é o estabelecimento solene do princípio da livre circulação internacional de pessoas.

Ademais da declaração supracitada, o princípio foi consolidado pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que prevê no artigo 12 que:

1. CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito Internacional da Pessoa Humana**: A circulação internacional de pessoas. Rio de Janeiro: Renovar, 1995

Artigo 12.

12 (1). Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado terá o direito de nele livremente circular e escolher sua residência;

12 (2). Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país;

12 (4). Ninguém poderá ser privado do direito de entrar em seu próprio país.

Na esfera do continente americano, foco deste trabalho, por ser onde se localizam geograficamente os Estados que integram o Mercosul, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) expressamente prevê o direito de circulação e residência no artigo 22, muito similar ao explicitado nos documentos anteriores, a ver:

Artigo 22.

22 (1). Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais; 22 (2). Toda pessoa tem o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio;

22 (5) Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional nem ser privado do direito de nele entrar.

E no âmbito do Mercosul os cinco países membros prevêem o direito a livre circulação em suas Constituições Nacionais, nos capítulos referentes aos direitos e garantias fundamentais. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estatui a livre circulação de pessoas no art. 5º, inciso XV²; na Argentina, a previsão está no art. 14³; no Uruguai no art. 37⁴; no Paraguai no art. 41⁵; e na Venezuela no art. 50⁶.

-
2. “É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer, ou dele sair com seus bens”.
 3. “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: [...] de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino [...]”.
 4. “Es libre la entrada de toda persona en el territorio de la República, su permanencia en él y su salida con sus bienes, observando las leyes y salvo perjuicios de terceros”.
 5. “Todo paraguayo tienen derecho a residir en su Patria. Los habitantes pueden transitar libremente por el territorio nacional, cambiar de domicilio o de residencia, ausentarse de la República o volver a ella y, de acuerdo con la ley, incorporar sus bienes al país o sacarlos de él. Las migraciones serán reglamentadas por la ley, con observancia de estos derechos”.
 6. “Toda persona puede transitar libremente y por cualquier medio por el territorio nacional, cambiar de domicilio y residencia, ausentarse de la República y volver, trasladar sus bienes y pertenencias en el país, traer sus bienes al país o sacarlos, sin más limitaciones que las establecidas por la ley”.

Da mesma maneira, os Países Associados, Bolívia e Chile, prevêem o princípio da livre circulação nos artigos 7º 7 8 de cada uma de suas Constituições⁹.

Entretanto, como qualquer outro direito, o direito de ir e vir, regulado pelo princípio da livre circulação internacional de pessoas, apesar de previsto na Constituição de grande parte dos países democráticos, e em instrumentos internacionais ratificados pela maioria dos Estados do mundo, não é absoluto.

Os Estados são soberanos no controle de suas fronteiras. Esta é uma prerrogativa reconhecida pelo Direito Internacional e que entra em conflito com o direito à livre circulação internacional de pessoas. Logo, um determinado país pode denegar a entrada de estrangeiros em seu território. Contudo, essa decisão não pode ser arbitrária. O pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos prevê os motivos no mesmo artigo 12:

Artigo 12.

12 (3) Os direitos supracitados não poderão constituir objeto de restrição, a menos que estejam previstas em lei e no intuito de proteger a segurança nacional e a ordem, a saúde ou a moral públicas, bem como os direitos e liberdades das demais pessoas, e que sejam compatíveis com os outros direitos reconhecidos no presente pacto.

Estas seriam as causas legítimas e, por conseguinte, legais. O que ocorre é que muitas vezes os Estados mascaram os reais motivos da denegação do imigrante, alegando um motivo de ordem ou de saúde pública, quando na verdade o que se quer evitar é, em sua grande maioria, a entrada maciça de imigrantes advindos de países mais pobres, que pode gerar aumento nos índices de criminalidade e desemprego.

O controle fronteiriço é exercido através da exigência de passaporte e visto. O professor italiano Egidio Reale¹⁰, citado por Thelma Thais Cavarzere, define passaporte como: “o documento emitido pelas autoridades públicas competentes que certifica a identidade e a nacionalidade do titular, permitindo-lhe viajar sobre o território do Estado que o concedeu, ou dirigir-se a ou-

-
7. “Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: A ingresar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional”.
 8. “Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros”.
 9. A Constituição Boliviana a que se refere o texto é a de 1967, pois o país encontra-se em processo de elaboração de uma nova Constituição.
 10. REALE, Egidio. **Le problème des passeports**. “Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye”. Paris, 63 (I), 1938.

tro Estado”. A emissão de passaportes é competência exclusiva dos Estados. Sem o documento, é impossível entrar no território da maioria dos países do mundo (exceção feita a entrada em países parte de regiões de livre trânsito como a União Européia e o Mercado Comum do Sul – Mercosul, quando já dentro delas).

Já o visto é uma anotação feita pelas autoridades diplomáticas, consulares ou administrativas, no passaporte do viajante. Seria uma espécie de pré-aprovação de sua entrada no país emissor do visto. Entretanto, apesar de designar autorização dada pelo Estado ao estrangeiro, domiciliado ou não, de entrada em seu território (visto de entrada), ou ao nacional ou estrangeiro residente de sair (visto de saída), algumas vezes o possuidor do passaporte com visto não consegue a entrada ou saída do país.

As formalidades exigidas, tanto para a emissão do passaporte quanto para a obtenção do visto são, em alguns países, extremamente desgastantes e onerosas, visando dificultar e até mesmo desestimular o direito internacional a livre circulação internacional de pessoas de maneira indireta. Não se proíbe a entrada ou saída do país, mas os procedimentos para esse fim se tornam tão burocráticos que, na prática, a proibição acaba acontecendo.

3. A CIRCULAÇÃO DE PESSOAS NA UNIÃO EUROPÉIA

O maior exemplo de mudança nas formalidades impostas pelos Estados para o livre trânsito de pessoas encontra-se no mais integrado bloco econômico do mundo: a União Européia. Nascido com o Tratado de Roma, que foi assinado em 25 de março de 1957, possuía o nome inicial de Comunidade Econômica Européia (CEE). Apenas no início da década de 90 passou a ter o nome atual. Os objetivos iniciais da União Européia eram de recuperar a economia dos países membros, enfraquecidos tanto econômica, quanto social e politicamente após a Segunda Guerra Mundial; enfrentar o avanço do comunismo; e por fim, deter a crescente influência dos Estados Unidos da América.

Posteriormente, o objetivo primordial era o alcance das chamadas “Quatro liberdades”. A livre circulação de mercadorias, serviços, capitais e pessoas visavam efetivar uma real integração regional. Contudo, apenas as três primeiras liberdades foram alcançadas na prática até 1993, quando começou o Mercado Comum Europeu. Quanto à circulação de pessoas, esta somente foi implementada quando o Acordo de Schengen foi incorporado à legislação comunitária, com a assinatura do Tratado de Amsterdam em 1997.

A questão da livre circulação de pessoas na União Européia advém de uma discussão econômica. Primeiro, visou-se a uma circulação de pessoas

como sujeitos econômicos, ou seja, aqueles que exerçam alguma atividade econômica (trabalhadores assalariados ou prestadores de serviços). O Tratado de Roma, de 1957, em seu artigo 48, trata da livre circulação de trabalhadores nos seguintes termos:

Artigo 48

48 (2) A livre circulação dos trabalhadores implica a abolição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho.

48 (3) A livre circulação dos trabalhadores compreende, sem prejuízo das limitações justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública, o direito de:

- a) Responder a ofertas de emprego efetivamente feitas;
- b) Deslocar-se livremente, para o efeito, no território dos Estados-membros;
- c) Residir num dos Estados-membros a fim de nele exercer uma atividade laboral, em conformidade com as disposições legislativas regulamentares e administrativas que regem o emprego dos trabalhadores nacionais;
- d) Permanecer no território de um Estado-membro depois de nele ter exercido uma atividade laboral, nas condições que serão objetivo de regulamentos de execução a estabelecer pela Comissão.

Portanto, nota-se a preocupação do Tratado em fornecer o suporte conceitual acerca da atividade laboral para uma maior integração econômica. Desse modo, os trabalhadores poderiam desenvolver suas atividades em qualquer lugar do Mercado Comum.

Em 1992, foi assinado o Tratado de Maastricht, que criou a chamada “Cidadania Européia”. Por meio deste Tratado a idéia de circulação de pessoas perde a essência estritamente econômica de circulação de agentes laborais, para obter um caráter relacionado à idéia de cidadania. O cidadão passa a obter uma dupla nacionalidade, a nacionalidade do país no qual nasceu e a européia. Desse modo, passa a desfrutar de certos direitos e privilégios, como o direito à igualdade de oportunidades, à não-discriminação por razão da nacionalidade, ao de circular e residir livremente e sem limitação de tempo no território de outro Estado-membro, entre outros.

Antes da implementação da “Cidadania Européia”, foram realizados vários acordos intergovernamentais com o propósito de facilitar e alcançar a livre circulação de pessoas dentro das fronteiras dos estados signatários. Pode-se afirmar que o mais importante deles foi o Acordo *Schengen* de 14 de junho de 1985, que entrou em vigor no ano de 1995. Este previa a supressão gradativa de mecanismos de controle fronteiriço entre os países inicialmente participantes (Alemanha, França, Bélgica, Holanda e Luxemburgo). Criou-se

o Espaço *Schengen*, no qual haveria a transferência dos controles das fronteiras comuns para as fronteiras externas do espaço.

Com a assinatura do Tratado de Amsterdam no ano de 1997, o Acordo de *Schengen* foi incorporado à legislação comunitária, passando a abranger treze Estados Membros. Desse modo, as decisões realizadas, bem como as estruturas de trabalho do Acordo foram integradas à União Européia em 01 de maio de 1999. Os países signatários se comprometeram a abolir o controle nas fronteiras internas e criar uma fronteira externa única, onde são efetuados os controles de acesso ao Espaço *Schengen*, segundo procedimentos idênticos. Ademais, foram adotadas regras comuns a exemplo das relacionadas a vistos e direito de asilo, a fim de possibilitar a livre circulação das pessoas nos países signatários sem perturbar a ordem pública.

Para um eficiente funcionamento da dinâmica do Espaço *Schengen* foi criado o Sistema de Informação *Schengen* (SIS), que se constitui numa base de dados sofisticada que permite às autoridades responsáveis dos Estados *Schengen* realizarem o intercâmbio de dados relativos a certas categorias de pessoas e de bens. Por meio deste, é possível uma colaboração e coordenação entre os serviços de policias e as autoridades judiciais, além de um maior controle da entrada de cidadãos originários de países estranhos ao tratado.

Em dezembro de 2007, esse Espaço foi ampliado, passando a abranger vinte e quatro países. Dentre os Estados da União Européia, a Inglaterra e a Irlanda não participam dessa área. Por outro lado, existem países que não integram a UE que participam do Espaço, como a Noruega e a Islândia. Agora, mais de quatrocentos milhões de pessoas podem transladar-se sem a necessidade de apresentação de passaporte. Com a ajuda financeira e técnica da UE, os novos países foram obrigados a reforçar a vigilância, os controles nas fronteiras e as condições de entrega de vistos. E por fim, tiveram que participar do SIS.

No âmbito da União Européia, os direitos inerentes à livre circulação de pessoas somente poderão ser limitados se justificados com base em razões de segurança, ordem e saúde pública.

4. A CIRCULAÇÃO DE PESSOAS NO MERCOSUL

Os processos de integração, em geral, surgem com objetivos econômicos, uma vez que estão inseridos em uma estrutura internacional que os incentiva. Com o Mercosul não foi diferente.

Dentre as etapas de integração regional, a Zona de Livre Comércio é o estágio inicial, caracterizada pela livre circulação de bens. Posteriormente, há

a União Aduaneira, caracterizada pelo acréscimo da Tarifa Externa Comum – TEC – às relações econômicas internacionais dos países signatários. A próxima etapa, o Mercado Comum, adiciona a este quadro a livre movimentação de fatores.

O Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, que instituiu o Mercosul, tem como objetivo final o alcance do Mercado Comum, a ser consolidado no ano de 1994. Todavia, no panorama atual, o Mercosul se posiciona em fase híbrida, uma vez que ainda não completou a União Aduaneira, mas já apresenta características de Mercado Comum.

Para que se alcance o objetivo consagrado pelo Tratado, ou seja, o Mercado Comum, primeiro se faz necessário o término das exceções a TEC, que possibilitará o alcance pleno do status de União Aduaneira. Posteriormente, e com vista à consecução do Mercado Comum, é fundamental consolidar a livre movimentação de fatores ao quadro atual, processo que consiste nas já citadas “Quatro liberdades”: livre circulação de mercadorias, serviços, capitais e pessoas.

O Tratado de Assunção menciona a circulação de pessoas em seu artigo 1º:

Artigo 1

Os Estados Partes decidem constituir um Mercado Comum, que deverá estar estabelecido a 31 de dezembro de 1994, e que se denominará “Mercado Comum do Sul” (MERCOSUL).

Este Mercado Comum implica:

A livre circulação de bens serviços e **fatores produtivos** entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não-tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente. (grifos nossos)

Segundo Faria¹¹ citado por Augusto Jaeger Júnior, “A expressão ‘fatores produtivos’, empregada no artigo 1º, do Tratado, compreende logicamente dois grandes elementos: trabalho e capital. De ambos deriva um terceiro, que é o estabelecimento, como unidade de fusão orgânica de um e de outro. Pode-se também falar em livre circulação de pessoas, como englobando trabalhadores e empresas, e livre circulação de capitais, referente apenas aos investimentos materiais”. Ruiz Díaz Labrano¹², também citado pelo autor, ressalva que o Tratado de Assunção “Não faz, portanto, uma menção

-
11. FARIA, Werter R. Experiências latino-americanas de integração. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**. Brasília, v. 1, n. 1. maio/ago. 1997.
 12. RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. **El Mercosur, marco jurídico institucional, analisis y perspectivas de sus normas derivadas**. Asunción: Intercontinental, 1993.

senão indireta à livre circulação de pessoas salvo pelo fato de que hoje se interpreta e considera o homem como fator produtivo”. Revela-se, desse modo, o caráter periférico da dimensão social no Mercosul.

4.1 Aspectos sociolaborais

Devido a essa carência de abordagem social, os Ministros do Trabalho e as instituições sociais dos países membros se articularam em um movimento que culminou, em 9 de maio de 1991, na Declaração de Montevideu. Por meio dessa declaração conjunta, eles objetivavam chamar atenção para os aspectos sociais e laborais da integração, e para a criação de um órgão responsável pela discussão e pelo desenvolvimento de políticas relacionadas a estas temáticas. A principal consequência de tal movimento foi o surgimento do Subgrupo de Trabalho nº 11 (SGT 11), cujo tema era “Assuntos Laborais” (Resolução nº 11/91 do GMC). O SGT 11 era um dos órgãos de auxílio do GMC (Grupo Mercado Comum). Entretanto, não conseguiu alcançar resultados concretos.

O tema social passou a ser pauta do Mercosul a partir da assinatura do Protocolo de Ouro Preto, em 1994, uma vez que este criou diversos foros negociadores que discutiam os aspectos laborais e sociais. Esses foros sociolaborais possuem a competência de estudar esses temas, bem como de propor políticas e projetos para a melhoria das condições dos cidadãos e trabalhadores do Mercosul perante o Grupo Mercado Comum (GMC) ou, conforme o caso, o Conselho Mercado Comum (CMC). Dentre eles destacam-se:

- 1) Reunião de Ministros do Trabalho: foi instituída antes do Protocolo de Ouro Preto (POP) pela Decisão do CMC nº 5/91. A Reunião visa a discussão dos componentes sociolaborais do Mercosul no processo de integração do bloco, enfatizando a questão do trabalho e estabelecendo diretrizes para sua adequada abordagem. Eles se articulam para, além do processo de integração econômica e comercial, avançar em acordos nas áreas das relações trabalhistas, de seguridade social e migrações. Ademais, buscam garantir a igualdade de tratamento e proteção aos trabalhadores migrantes.
- 2) Subgrupo de Trabalho nº 10 (SGT 10): com o insucesso do SGT 11, depois da assinatura do POP e seu redimensionamento promovido na estrutura do Mercosul, o GMC adota a Resolução nº 20/95 que criou o SGT 10. Este é constituído por três Comissões Temáticas (CT): CT I “Relações de Trabalho”; CT II “Emprego, Migrações e Formação Profissional”, que conta também com o grupo *Ad Hoc* de Migrações laborais; e a CT III “Saúde e Segurança no Trabalho, Inspeção do Trabalho e Seguridade Social”. O SGT 10 é organizado de forma tripartite, servindo de amplo

espaço de diálogo entre os governos, empregadores e trabalhadores em torno dos componentes sociolaborais da integração. Este grupo foi o responsável por importantes conquistas como: a Declaração Sociolaboral do Mercosul, o Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercosul e seu Regulamento Administrativo, os Nomencladores Nacionais (documentos que compendiam as legislações trabalhistas dos países membros e servem de base aos estudos comparados), o Observatório do Mercado de Trabalho do Mercosul, o Documento Mercosul Saúde e Segurança no Trabalho, o Repertório de Recomendações Práticas sobre a Formação Profissional e o Glossário de Formação Profissional, entre outras.

- 3) Comissão Sociolaboral do Mercosul: foi instituída pela Declaração Sociolaboral do Mercosul que segundo afirma em seu artigo 20, é um “ (...) órgão tripartite, auxiliar do Grupo Mercado Comum, que terá um caráter promocional e não sancionador, dotado de instâncias nacionais e regionais, com o objetivo de fomentar e acompanhar a aplicação do instrumento. (...)”. Esse ato reúne os direitos e compromissos fundamentais do trabalhador, que são reconhecidos pelos Estados signatários.
- 4) Foro Consultivo Econômico e Social (FCES): o Protocolo de Ouro Preto estabelece em seu artigo 28 que “o Foro Consultivo Econômico Social é o órgão de representação dos setores econômicos e sociais e será integrado por igual número de representantes de cada Estado Parte” e em seu artigo 29 definiu que “o Foro Consultivo Econômico Social terá função consultiva e manifestar-se-á mediante Recomendações ao Grupo Mercado Comum”. É da competência do FCES acompanhar, analisar e avaliar o impacto econômico e social derivado das políticas destinadas ao processo de integração e as diversas fases de sua implementação, seja a nível setorial, nacional ou regional. O Foro pode propor normas e políticas econômicas e sociais em matéria de integração e contribuir para uma maior participação da sociedade no processo de integração regional. Promove-se, desse modo, a integração do Mercosul, ampliando sua dimensão econômica e social. É a porta de acesso possível da sociedade civil aos membros do GMC. Contudo, este é um instrumento pouco utilizado, uma vez que não existe a cultura do cidadão “mercosulino” interessado nas questões da integração regional.
- 5) Projeto “Dimensão Sociolaboral do Mercosul”: surge a partir de uma solicitação feita pelo Mercosul junto à Comunidade Européia em 1999. Em 2000, a Comunidade Européia incumbiu ao Comitê Econômico Social Europeu (CES) a missão de elaborar uma proposta de identificação com a finalidade de concretizar as ações de cooperação e de definir o quadro orçamentário do Projeto. Mas, apenas em 07 de julho de 2004 foi firmado o Convênio de Financiamento Mercosul/União Européia para o Projeto

“Dimensão Social”, com o período de vinte e quatro meses para a execução. Esse Projeto objetiva contribuir para o desenvolvimento da dimensão sociolaboral do Mercosul, por meio do fortalecimento das instâncias envolvidas no diálogo socioeconômico entre os diferentes atores políticos (SGT 10 e GMC), os setores socioeconômicos representados pelo FCES e a instância tripartite (CSL).

Apesar de toda discussão sobre a temática social, o que existe em matéria concreta sobre circulação de pessoas dentro do espaço dos países membros do Mercosul ainda é um movimento tímido, comparando-se às conquistas nas matérias econômicas.

4.2 Simples trânsito, Migração e Residência

Atualmente, foram instituídas algumas medidas de facilitação do trânsito de pessoas entre os países signatários. Para transladar-se de um país para outro, apenas o documento de identidade ou passaporte vigente é suficiente, conforme Resolução do GMC nº 75/96 (Documentos de cada Estado Parte que habilitam o trânsito de pessoas no Mercosul), que lista os tipos de identidade que podem servir para este fim.

Os passaportes dos cidadãos do Mercosul começaram a ser impressos de forma padronizada, com a adoção da cor azul escuro e a expressão “Mercosul” carimbada no topo da capa, na língua oficial do país emissor. Este passaporte começou a ser emitido no Brasil a partir de 2006, primeiramente, em Brasília (DF) e Goiânia (GO). Os novos documentos seguem as normas da Organização de Aviação Civil Internacional e possuem dezesseis itens de segurança, em contraposição ao passaporte antigo que possuía sete. Essa nova medida facilitou o intercâmbio de informações entre os consulados dos países membros do Mercosul.

A Decisão nº 35/00, “Mecanismos de Cooperação Consular entre os Países do Mercosul, Bolívia e Chile” permite, por exemplo, que um cidadão brasileiro receba atendimento consular em postos dos países nos lugares onde o Itamaraty não estiver representado.

Existem outros acordos que abordam a temática da livre circulação de pessoas. A Decisão nº 37/04 dispõe sobre “Acordo contra o Tráfico Ilícito de Migrantes entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile” que, contudo, encontra-se pendente de ratificação pelos Estados signatários. E a Decisão Nº 17/05, que acorda sobre o “Protocolo de Assunção sobre o Compromisso com a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos no Mercosul”, documento ratificado apenas pela Argentina e Paraguai, encontrando-se pendente de ratificação no Brasil e no Uruguai.

Contudo, nenhum acordo pode ser considerado mais importante para o avanço da circulação de pessoas e o combate à migração clandestina nos países do Cone Sul, que o “Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercosul, Bolívia e Chile”, celebrado na XXIII Reunião do Conselho do Mercado Comum, realizada em Brasília, no dia 6 de dezembro de 2002. No dia 20 de maio de 2004, o Congresso Nacional Brasileiro ratificou o acordo, Decreto Legislativo nº 925/2005, concedendo, deste modo, o direito à residência e ao trabalho para os cidadãos de todos os Estados Partes, sem outro requisito além da nacionalidade, como é expresso no artigo 1º, que trata do objetivo:

Artigo 1º

Os nacionais de um Estado Parte que desejem residir no território de outro Estado Parte poderão obter residência legal neste último, conforme os termos deste Acordo, mediante a comprovação de sua nacionalidade e apresentação dos requisitos previsto no artigo 4º do presente.

Por meio desse acordo, pessoas natas ou naturalizadas há pelo menos cinco anos (artigo 3º) possuem o processo simplificado na obtenção de “residência temporária” de dois anos. É exigido passaporte válido, certidão de nascimento, certidão negativa de antecedentes judiciais e/ou penais e/ou policiais, declaração de ausência de antecedentes internacionais penais ou policiais e dependendo do país, certificado médico de autoridade migratória (artigo 4º).

O artigo 5º prevê o processo de transformação da “residência temporária” em “residência permanente”, mediante a apresentação, perante a autoridade migratória do país de recepção, da mera “comprovação de meios de vida lícitos que permitam a subsistência do peticionante e de seu grupo familiar de convívio”, noventa dias antes do decurso do prazo da primeira concessão.

Os países signatários se comprometem, também, por meio do acordo, a fornecer suas respectivas regulamentações sobre imigração, “assim como, no caso de elaboração, suas últimas modificações garantirão aos cidadãos de outros Estados Partes que tiverem obtido sua residência, um tratamento igualitário quanto a direitos civis, de acordo com as respectivas legislações internas” (artigo 7º).

É importante destacar, que o artigo 8º garante aos imigrantes o direito de exercer qualquer atividade, tanto por conta própria, como por conta de terceiros, nas mesmas condições em que os nacionais do país de recepção, de acordo com as normas legais de cada país.

O instrumento consagra em seu artigo 9º o direito dos imigrantes e dos membros de suas famílias. É de fundamental relevância a descrição do artigo sobre a igualdade de direitos civis:

Artigo 9º.

Gozação dos mesmos direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicas dos nacionais do país de recepção, em particular o direito a trabalhar e exercer toda atividade lícita, nas condições que dispõem as leis; peticionar às autoridades; entrar, permanecer, transitar e sair do território das Partes; associar-se para fins lícitos e professar livremente seu culto, conforme as leis que regulamentam seu exercício.

Observa-se uma preocupação em garantir uma igualdade de tratamento com os nacionais, que alcança o campo de aplicação da legislação trabalhista especialmente em matéria de remuneração, condições de trabalho e seguro social. Esse artigo destaca, ainda, temas como a reunião familiar; o compromisso em matéria previdenciária; o direito de transferir recursos livremente ao seu país de origem em conformidade com as normas e legislação interna de cada uma das Partes; e o direito dos filhos dos imigrantes a ter um nome, ao registro de seu nascimento e a ter uma nacionalidade, bem como ao acesso à educação em condições de igualdade com os nacionais.

O Acordo de Residência dispõe, ainda, sobre mecanismos de cooperação envolvendo organismos de inspeção migratória e trabalhista dos países signatários e outras medidas de controle (artigo 10º). Envolve-se, desse modo, de uma forma mais completa, a temática da livre circulação de pessoas em todos seus âmbitos. E se, por ventura, haja conflitos, a interpretação e a aplicação acontecerão de forma mais benéfica aos imigrantes (artigo 11º). Atualmente, para o Brasil, o Acordo sobre Residência encontra-se em vigor somente com o Uruguai e Argentina, consoante afirma o Ministério de Relações Exteriores brasileiro¹³.

Essa decisão possui uma íntima ligação com o “Acordo sobre regularização migratória interna de cidadãos do Mercosul, Bolívia e Chile”, decreto legislativo nº 928/2005. Este último trata da simplificação da tramitação migratória de nacionais que se encontrem em um território de outro Estado Parte, no sentido de permitir sua regularização sem a necessidade de regressar a seu país de origem. Este acordo ainda depende de ratificação dos governos da Argentina, do Paraguai e da Bolívia.

Esses instrumentos abrem uma nova expectativa para o bloco, uma vez que buscam uma cooperação nas áreas política, social e laboral, além dos aspectos econômicos já explorados. Ademais, simplificam o processo migratório para o Brasil de imigrantes provenientes dos países signatários. O Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6815 de 19 de agosto de 1980), diversamente, impõe

13. Dados atualizados até fevereiro de 2008.

uma série de exigências para a entrada de imigrantes. Impõe-se, primeiramente, a apresentação de visto, que não é necessário para os cidadãos nacionais dos países do Mercosul. O visto pode ser temporário ou permanente. O temporário é dado para estrangeiros que obtenham algumas das pretensões elencadas no artigo 13º, e possui a duração de até um ano ou o tempo correspondente à duração da missão, do contrato, ou da prestação de serviços, comprovada perante a autoridade consular (redação dada pela Lei nº 6964, de 09/12/81). Este visto pode se tornar permanente para aquele que pretenda se fixar definitivamente no Brasil (artigo 16º), com concessão condicionada ao exercício de atividade certa e à fixação em região determinada do território nacional, por prazo não-superior a cinco anos (artigo 18º).

De outro modo, se o Acordo de Residência, em seus artigos 8º e 9º, defende o direito de exercer qualquer atividade remunerada, tanto por conta própria, como por conta de terceiros (nas mesmas condições dos nacionais do país de recepção, de acordo com as normas legais de cada país), o Estatuto dos Estrangeiros veda, no Título X “Dos Direitos e Deveres do Estrangeiro”, a partir do artigo 97, o exercício de atividade remunerada sem o visto que a permite. O artigo 98 do mencionado Estatuto, ainda estabelece que:

Artigo 98.

Ao estrangeiro que se encontra no Brasil ao amparo de visto de turista, de trânsito ou temporário de que trata o artigo 13, item IV, bem como aos dependentes de titulares de quaisquer vistos temporários é vedado o exercício de atividade remunerada. Ao titular de visto temporário de que trata o artigo 13, item VI, é vedado o exercício de atividade remunerada por fonte brasileira.

É permitido o trabalho, nos casos em que o estrangeiro é admitido na condição de temporário, sob regime de contrato, só podendo exercer atividade junto à entidade pela qual foi contratado, na oportunidade da concessão do visto – salvo autorização expressa do Ministério da Justiça e ouvido o Ministério do Trabalho (artigo 100). O Estatuto também configura como objetivo primordial da imigração, de acordo com o artigo 16, “propiciar mão-de-obra especializada aos vários setores da economia nacional, visando à Política Nacional de Desenvolvimento em todos os aspectos e, em especial, ao aumento da produtividade, à assimilação de tecnologia e à captação de recursos para setores específicos”.

Existem outros impedimentos ao livre direito de circular dos estrangeiros como determinam os artigos 51 e 52:

Artigo 51.

O estrangeiro registrado como permanente, que se ausentar do Brasil, poderá regressar independentemente de visto se o fizer dentro de dois anos;

Artigo 52.

O estrangeiro registrado como temporário, que se ausentar do Brasil, poderá regressar independentemente de novo visto, se o fizer dentro do prazo de validade de sua estada no território nacional.

Outra questão de fundamental importância para uma real implementação da área de livre circulação é a seguridade social. Primeiro, foi celebrado o “Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercosul”, Decisão nº 35/04. Este acordo começou a vigorar no dia 01 de junho de 2005, permitindo que os trabalhadores do Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai pudessem se beneficiar dos acordos internacionais de Previdência Social. A Secretaria de Políticas de Previdência Social estima que cerca de setecentos e trinta mil brasileiros sejam beneficiados com esse acordo. Outrossim, um trabalhador brasileiro que tenha contribuído com o sistema previdenciário paraguaio, por exemplo, ao se aposentar, poderá requerer os benefícios, naquele país, relativos ao tempo em que colaborou com o seu sistema previdenciário. Em síntese, os beneficiários têm aposentadoria paga pelos dois países proporcionalmente ao tempo contribuído: um período pelo tempo do país de origem e o outro pelo do país em que a pessoa exerceu alguma atividade profissional. Caso o trabalhador se desloque para outro país a trabalho, por tempo determinado, é concedido o Certificado de Deslocamento Temporário, que permite ao cidadão continuar contribuindo para a previdência do país de origem.

O Ministério da Previdência Social do Brasil noticiou, em 01 de junho de 2006, que “No dia em que o Acordo de Previdência Social do Mercosul completou um ano, foi concedido o primeiro benefício previdenciário, oriundo de um acordo com os países membros do Mercado Comum do Sul, para um paraguaio. Sebastian Leyte, sessenta e oito anos, conseguiu sua aposentadoria porque o Acordo permitiu que ele somasse os onze anos de contribuição previdenciária feitos na Argentina, com os vinte e dois anos de contribuição no Paraguai. Se o Acordo não existisse ele teria que continuar a contribuir por mais alguns anos para algum dos dois sistemas previdenciários. Antes da entrada em vigor do Acordo do Mercosul, o Paraguai não possuía nenhum acordo de seguridade social com Brasil, Argentina e Uruguai.”

Segundo o site oficial do Mercosul, o Acordo de Previdência Social do Mercosul foi derogado pela Decisão nº 16/06 (Acordo de Cooperação em Matéria de Seguridade Social entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia, a República do Chile, a República da Colômbia, a República do Equador, a República do Peru, a República Bolivariana da Venezuela). Este acordo ainda está pendente de ratificação por todos os países signatários.

5. CONVALIDAÇÃO DE DIPLOMAS DE NÍVEL SUPERIOR

Para que as previsões dos acordos que visam à livre circulação internacional de pessoas no Mercosul – a exemplo do Acordo de Residência – venham a ser realmente eficazes, ao menos para o intercâmbio de mão de obra qualificada dentro do Mercosul, mister a regulamentação da convalidação de diplomas de nível superior dentro do bloco.

Alguns acordos e protocolos sobre o tema já foram assinados, a exemplo do Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Parte do Mercosul. DEC nº 04/99. O Brasil ratificou o acordo através do decreto legislativo nº 800/03. Porém este acordo está em vigor, desde 20 de junho de 2004, somente entre Brasil e Argentina.

De mesmo conteúdo, e realizado no mesmo dia, é a DEC nº 05/99, que prevê o Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do Mercosul, na República da Bolívia e na República do Chile. A única diferença entre esses acordos é que este inclui os Estados associados da Bolívia e Chile, o que não se verifica naquele. Ademais, este acordo somente foi ratificado pelo Paraguai, e por esse motivo não está vigente, enquanto que se verifica a vigência daquele desde o ano de 2004.

Nos dois documentos supracitados, os Estados membros e associados do Mercosul admitem os títulos de graduação, devidamente validados pela legislação vigente nos Estados Partes, obtidos em cursos com duração mínima de 4 (quatro) anos e 2700 horas cursadas, e de pós graduação (tanto em cursos de especialização com carga horária presencial não inferior a 360 horas, quanto em graus de mestrado e doutorado). Limita-se, contudo, ao exercício de atividades de docência e pesquisa nas instituições de ensino superior. O artigo 5º menciona que o reconhecimento de títulos para qualquer outro efeito que não os estabelecidos será regido pelas normas específicas dos Estados Partes.

Ademais do exposto, o Protocolo de Integração Educacional para o Prosseguimento de Estudos de Pós-graduação nas Universidades dos Países Membros do Mercosul e da República da Bolívia, DEC nº 26/02, não está vigente, ainda que já ratificado pelo Brasil através do decreto legislativo nº 62/04. Contudo, o Protocolo de Integração Educativa sobre Reconhecimento de Títulos Universitários para o Prosseguimento de Estudos de Pós-Graduação nas Universidades dos Países do Mercosul, que não inclui a Bolívia e data da DEC nº 04/95, logo mais antiga que a anterior, está em vigor desde 07 de outubro de 1999 no Brasil, Paraguai, Argentina e Uruguai.

Os protocolos prevêm o reconhecimento de títulos de graduação, devidamente validados pela legislação vigente nos Estados Partes, obtidos em cursos com duração mínima de quatro anos e duas mil e setecentas horas cursadas, mas, nesse caso, unicamente para ingresso em cursos de pós-graduação nos países signatários.

À primeira vista, analisando o conteúdo dos instrumentos citados, percebe-se que a intenção dos países é de reconhecer os títulos universitários dos cidadãos somente para atividades acadêmicas, a exemplo da docência e pesquisa, e do prosseguimento dos estudos em nível de pós-graduação. Esta é uma fase denominada pelo Ministério da Educação do Brasil de “equivalência de diplomas”, o que não assegura o exercício profissional e não deve ser confundida com reconhecimento ou convalidação de diplomas.

Para o reconhecimento se realizar e surtir plenos efeitos no país em que se deseja atuar profissionalmente, as entidades de classe podem exigir a revalidação do diploma por uma instituição de ensino superior do país de destino do migrante.

A única exceção onde se permite a convalidação do diploma após a avaliação por uma entidade de classe do país que recebe o imigrante para o exercício profissional é no caso dos trabalhadores temporários. Essa previsão está na DEC nº 25/03 do CMC, baseada no artigo 11 do Protocolo de Montevidéu sobre o Comércio de Serviços do Mercosul. Nesses casos, o título universitário do trabalhador temporário é convalidado para algumas classes profissionais, a exemplo de executivos, artistas, entre outros, e por um período máximo de dois anos, prorrogável por igual período e vinculado a uma prorrogação do contrato.

Por advento desses entraves ao exercício profissional, há quem acredite que o processo para a convalidação de diplomas de nível superior está aquém das expectativas para que se logre o objetivo previsto no artigo primeiro do Tratado de Assunção. Analisaremos enfim como está este processo na União Européia, modelo para o Mercosul na busca da consecução do Mercado Comum.

O que se observa na União Européia é que a convalidação de diplomas não é automática para todas as carreiras. Existe, sim, um reconhecimento automático de diplomas para algumas profissões, a exemplo das que dependem essencialmente do domínio médico e da profissão de arquiteto. Nas outras profissões regulamentadas, a Comissão das Comunidades Européias adotou duas diretivas: a 89/48 CEE e 92/51 CEE, onde se estabelece um sistema geral de reconhecimento dos diplomas da maioria das profissões regulamentadas, que permite que uma pessoa obtenha o reconhecimento de suas qualificações profissionais adquiridas em um estado membro, em outro Estado membro, a fim de exercer a sua profissão neste.

Para fazê-lo, o profissional deve pedir o reconhecimento do seu título às autoridades competentes de cada país. Estas têm um prazo de quatro meses para dar a resposta. Sendo alguma profissão da área médica ou da arquitetura, como já demonstrado, o profissional se beneficia do reconhecimento automático do seu diploma. Já no caso de profissões em que se detectem diferenças consideráveis, seja em termos de duração seja de conteúdo, entre a sua formação original e a ministrada no país de acolhimento, as autoridades podem solicitar tanto uma experiência profissional que complete a sua formação, como a frequência do profissional em um estágio de adaptação ou que ele se habilite através de um exame de aptidão. É importante ressaltar que só poderá ser imposto ao profissional uma destas medidas complementares, na maioria dos casos de sua livre escolha, salvo exceções propostas e motivadas pelo Estado Membro. Por fim, se a sua profissão não se encontra regulamentada no país onde deseja trabalhar, o reconhecimento dos diplomas não é necessário, não existindo qualquer obstáculo jurídico ligado à sua formação ou qualificação que possa ser invocado para impedir o exercício profissional.

O que se conclui é que as duas diretivas não estabelecem o reconhecimento automático de diplomas de nível superior em todas as profissões. O profissional poderá ser submetido a “medidas compensatórias” caso existam diferenças substanciais entre a formação que ele recebeu e a que é exigida no país de acolhimento para o exercício da profissão.

Entretanto, as diferenças no ensino superior de cada país europeu também estão em discussão. Em uma tentativa de harmonização do espaço de ensino superior europeu se redigiu a Declaração de Bolonha de 1999. Esta declaração, que desencadeou o Plano Bolonha, visa à criação de um espaço europeu de ensino superior, onde os vinte e nove estados signatários – dentre os quais alguns não fazem parte da União Européia, a exemplo da Noruega – pretendem harmonizar o ensino superior europeu, visando à maior competitividade internacional. Com a aproximação das qualificações oferecidas pelas universidades e politécnicas no espaço europeu, se facilitará, de maneira indireta, o exercício profissional em outro estado membro que não o da graduação, consolidando ainda mais a livre circulação internacional de pessoas no âmbito europeu, apesar de não ser este um dos objetivos da declaração.

6. CONCLUSÃO

O Mercosul, com os documentos demonstrados anteriormente, a exemplo do Acordo de Residência, tem demonstrado que não possui somente um viés econômico, mas também social, ainda que incipiente. Logo, a consolidação da circulação internacional de pessoas no bloco ainda se faz necessária para eliminar diversos problemas, como o tráfico de mão-de-obra ilegal boliviana

para a indústria têxtil brasileira, especialmente para confecções localizadas no estado de São Paulo.

Por conseguinte, e de extrema importância, é a ratificação, para vigência mais breve possível, dos protocolos e acordos sociais já firmados. Também se percebe a urgência da propositura de novos acordos, a exemplo de um que permita a convalidação de diplomas de nível superior para fins de exercício profissional, através da criação de um sistema geral de reconhecimento de diplomas, como ocorre na União Européia.

Por fim, realizando-se essas medidas, haverá uma real efetivação do princípio da livre circulação de pessoas no Mercosul. A partir daí, os cidadãos dos países do Cone Sul poderão, finalmente, sentir que possuem uma identidade não somente nacional, mas também “mercosulina”, imprescindível para o posterior logro do objetivo previsto no artigo 1º do Tratado de Assunção, o Mercado Comum.

7. REFERÊNCIAS

- AWAD, Juliana Machado. **A circulação de trabalhadores na União Européia**. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/revistaelectronica/artigos/A%20LIVRE%20CIRCULA%C7%C3%20DE%20TRABALHADORES%20NA%20UNI%C3%20EUROP%C9IA%20Juliana%20Awad.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2008.
- BORGES, Agnes Pinto; KUZNIETZ, Gabriel R.. **Mercosul em debate: a livre circulação de pessoas entre diferentes países**. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/6533,1>>. Acesso em: 20 fev. 2008.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Sobre Foro Consultivo Econômico-Social**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/mercosul/Forum_Consultivo/apresentacao_foro.htm>. Acesso em: 20 fev. 2008.
- CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito Internacional da Pessoa Humana: A circulação internacional de pessoas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- CENTRE INTERNATIONAL D'ÉTUDES PÉDAGOGIQUES. **Directivas europeias relativas ao reconhecimento de qualificações**. Disponível em: <<http://www.ciep.fr/pt/enic-nari-cfr/rediplue.php>>. Acesso em: 20 fev. 2008.
- COMISSÃO DE RELAÇÕES EXTERIORES E DE DEFESA NACIONAL. **Relatório do Deputado Vadão Gomes ao Poder Executivo**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/174466.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2008.
- CONFEDERATION OF EU RECTORS. **The Bologna Declaration on the European space for higher education: an explanation**. Disponível em: <<http://www.crue.org/eurec/bolognaExplanation.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2008.
- DANTAS, Iuri. **Passaporte azul facilitará atendimento**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u108808.shtml>>. Acesso em: 28 fev. 2008.
- GODOY, Dagoberto Lima. **Direitos fundamentais no trabalho no Mercosul e nos acordos de integração regional nas Américas**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10902>>. Acesso em: 28 fev. 2008.

- JAEGER JUNIOR, Augusto. **Mercosul e a livre circulação de pessoas**. Disponível em: <[http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/mercosul%20e%20a%20livre%20circula %E7%E3%20de%20pessoas.pdf](http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/mercosul%20e%20a%20livre%20circula%20de%20pessoas.pdf)>. Acesso em: 18 jan. 2008.
- LABRANO, Roberto Ruiz Diaz. **Livre circulação de pessoas e direito de estabelecimento**. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero2/artigo6.htm>>. Acesso em: 26 fev. 2008.
- MERCOSUL. **Declaração Sociolaboral do Mercosul**. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/msweb/Normas/Tratado%20e%20Protocolos/sociolaboralPT.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2008.
- MINISTÉRIODAJUSTIÇA. **Sobre o Acordo de Residência**. Disponível em: <www.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B48F26A4F-1F76-49ED-9FB4-2>. Acesso em: 27 fev. 2008.
- PATARRA, Neide. **Migrações Internacionais e integração econômica no Cone Sul**: notas para discussão. Disponível em: <www.eclac.cl/Celade/proyectos/migracion/Patarra.doc>. Acesso em: 26 fev. 2008.
- PORTAL COESIS. **Guia**: Trabalhar noutro país da União Europeia. Disponível em: <<http://www.coesis.org/articles.php?frmArticleID=16319&PHPSESSID=05381fec98f068067bc4dacc55c8d45e>>. Acesso em: 20 fev. 2008.
- REDAÇÃO DO IDG NOW. **Novo passaporte com 16 itens de segurança estréia em Brasília e Goiânia**. Disponível em: <<http://idgnow.uol.com.br/seguranca/2006/12/18/idgnoticia.2006-12-18.2027471160/>>. Acesso em: 28 fev. 2008.
- SANT'ANA, Marcílio Ribeiro. **Diálogo social e harmonização de políticas públicas de trabalho na América Latina e no Caribe**: as experiências do Mercosul e da Conferência Interamericana de Ministros do Trabalho da Organização do Estados Americanos (OEA)1. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/brasil/flacso/ribe.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2008.
- SANTOS, João Paulo. **O Brasil firma compromisso pela integração humana no MERCOSUL**. Disponível em: <www.migrante.org.br/brasilfirmacompromisso_jun2004.doc>. Acesso em: 15 fev. 2008.
- UNIÃO EUROPÉIA. **O espaço e a cooperação Schengen**. Disponível em: <<http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/l33020.htm>>. Acesso em: 01 mar. 2008.

III.

BANCO CENTRAL E MOEDA ÚNICA NO MERCOSUL: SOPESANDO AS VANTAGENS E AS DESVANTAGENS DA INTEGRAÇÃO ECONÔMICA

*Bethânia Amaro e Pedro Leal Fonseca**

SUMÁRIO: I. Introdução – II. Moeda comum e Banco Central – III. Benefícios de uma União Monetária – IV. A questão da Soberania Monetária – V. Obstáculos e desvantagens da união monetária – V. Conclusão

I. INTRODUÇÃO

O Mercosul foi criado pelo Tratado de Assunção em 26 de março de 1991, tendo como países membros a Argentina, o Brasil, o Uruguai e o Paraguai. Os objetivos formalmente explicitados no tratado são criar um mercado comum, adotar uma política externa comum, coordenar políticas e harmonizar legislações visando a uma maior integração. Embora o Tratado de Assunção se refira à construção de um Mercado Comum, o Mercosul é considerado uma União Aduaneira incompleta, dados os problemas existentes em sua Tarifa Externa Comum, vigente desde 1º de janeiro de 1995.

Conforme explica José Carlos de Assis¹, em 1998, na reunião em Ushuaia, Argentina, os quatro presidentes do Mercosul firmaram um acordo no sentido de estabelecer uma moeda comum no bloco, o que seria possível através da convergência de políticas fiscais e monetárias entre os países-membros. Esta moeda seria o ponto de partida para uma possível moeda comum sul-americana. No entanto, as crises econômicas e financeiras que abalaram tanto o Brasil como a Argentina, em 1998/1999, constituíram um grande obstáculo para que o projeto se realizasse – já não havia mais as condições econômicas e políticas para implantação do plano, embora as discussões estivessem particularmente adiantadas.

Somente a partir de 2004 os países do Mercosul começaram a ter melhor desempenho fiscal e no comércio exterior. As discussões sobre a instalação de uma moeda única ressurgiram e, em 2006, na Reunião dos Ministros de Economia e da Fazenda e Presidentes dos Bancos Centrais do Mercosul e Estados Associados, em Brasília, Brasil e Argentina assinaram um protocolo de

* Membros do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais – Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA.

1. ASSIS, José Carlos de. Disponível na Internet via: www.desempregozero.org.br/artigos/moeda_unica_como_instrumento.php. Arquivo capturado em 20 de agosto de 2008.

intenções para criar e adotar um sistema de pagamentos bilateral em moedas locais. Este protocolo levaria a uma redução dos custos de operação entre os dois países, já que o comércio seria realizado em pesos ou reais, sem a conversão em dólares. O sistema beneficiaria particularmente pequenos e médios exportadores por não impor custos desnecessários às transações comerciais e seria, inicialmente, facultativo. A previsão é de que seja implantado em setembro de 2008 para seus primeiros testes de operacionalidade.

Logicamente, a realização de comércio em moedas locais entre Brasil e Argentina, inicialmente, deverá ser limitada. O que se propõe é que o dólar tenha como sócios operacionais o real e o peso, gerando um conjunto de vantagens². A mais importante delas, será o corte de custos nas transações entre os dois países, estimada em até 2,5%. Isso facilitaria a exportação e importação para pequenas e médias empresas brasileiras e argentinas. Os demais países do Mercosul, especialmente Paraguai e Uruguai e mesmo Venezuela, ainda em processo de integração, mantêm interesse na proposta e pretendem adotar o sistema num segundo momento, utilizando suas próprias moedas. Tecnicamente, os bancos centrais dos integrantes do bloco farão ajustes diários para acertar o fluxo financeiro. Recente estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)³, realizado pelos economistas Fábio Giambiagi e Igor Barenboim, propõe plano estratégico para consolidar o Mercosul através da plena integração entre Brasil e Argentina, incluindo a unificação das moedas dos dois países a partir de 2017. Os economistas sugerem que é necessário recuperar a flexibilidade do Tratado de Buenos Aires, que previa o mercado comum apenas entre Argentina e Brasil. A exemplo do que ocorreu com a União Européia, que se formou a partir da evolução dos acordos entre França e Alemanha, é preciso criar “velocidades e geometrias variáveis” para o bloco, acelerando, primeiro, a integração financeira dos países maiores.

II. MOEDA COMUM E BANCO CENTRAL

É inegável que uma moeda sul-americana traria grande avanço para os países integrantes do Mercosul, tanto do ponto de vista econômico-financeiro como social. Porém, conforme afirma Fábio Giambiagi, “trata-se de um passo muito além do processo de integração comercial em curso, com conseqüências mais amplas que as vivenciadas até o momento pelo bloco”⁴.

-
2. GIAMBIAGI, Fábio. Disponível na Internet via: <http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=350971>. Arquivo capturado em 20 de agosto de 2008.
 3. GIAMBIAGI, Fábio. Disponível na Internet via: <http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=350971>. Arquivo capturado em 20 de agosto de 2008.
 4. GIAMBIAGI, Fábio. Disponível na Internet via: http://64.233.169.104/search?q=cache:eQvf-Ek-w3AJ:www.stn.fazenda.gov.br/premio_TN/IXPremio/mercosul/1mercosulIXPTN/

De acordo com definição de Leonardo Chagas e Renato Baumann⁵, uma união monetária é “composta de uma política cambial conjunta (fixando as paridades entre as moedas), da integração do mercado de capitais (livre movimentação de capitais entre os países participantes), da coordenação das políticas monetárias (com o objetivo de ter taxas de inflação iguais dentro do bloco), da adoção de uma moeda comum e da criação de um banco central comum (que disciplinaria o processo de emissão da moeda comum)”.

Em seu trabalho sobre as perspectivas econômicas de uma moeda sul-americana, José Carlos de Assis afirma⁶:

A moeda única pode vir a ser um instrumento central de integração e de desenvolvimento regional da América do Sul, a partir do Mercosul. Ela funcionaria, inicialmente, como moeda contábil, para estimular o comércio e o financiamento do desenvolvimento da infra-estrutura comum. Seria operada por um Banco Central desenvolvimentista, articulado a um Banco de Investimento Regional. O arranjo monetário deveria ser de tal ordem que os investimentos de infraestrutura na região poderiam ser financiados por emissão da moeda comum, na proporção dos gastos em moeda local. Apenas o saldo resultante de importações de fora do bloco seria financiado em divisas fortes, principalmente dólar e euro.

Nesse sentido, a criação de um Banco Central para os países-membros do Mercosul teria importância fundamental para a implantação da moeda única. Em 2007, Brasil, Argentina, Bolívia, Venezuela, Equador, Paraguai e Uruguai fundaram o Banco do Sul, com objetivos de financiar projetos de desenvolvimento e a integração dos países da América do Sul. O Banco do Sul, porém, ainda não está em funcionamento, e precisaria de uma série de ajustes e grande expansão de seus fins e capitais para configurar uma espécie de projeto para um futuro Banco Central que, a exemplo do que ocorre na Europa, impulsionasse a criação de uma moeda sul-americana e fosse responsável por sua emissão e administração das reservas internacionais que o financiam.

Explica José Carlos de Assis que “o caráter desenvolvimentista do Banco Central da América do Sul seria derivado de suas relações com os tesouros dos países integrantes do bloco, na medida em que se preparasse o terreno para

1 premio_mercosul.pdf+processo+de+integra%C3%A7%C3%A3+comercial+em+curso,+com+conseq%C3%BC%C3%AAncias+mais+amplas+que+as+vivienciadas+at%C3%A9+o+momento+pelo+bloco&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=2&gl=br&lr=lang_eslang_pt. Arquivo capturado em 18 de agosto de 2008.

5. CHAGAS, Leonardo e BAUMANN, Renato. Disponível na Internet via: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-80502007000100005&script=sci_arttext. Arquivo capturado em 15 de agosto de 2008.

6. ASSIS, José Carlos de. Disponível na Internet via http://www.desempregozero.org.br/artigos/moeda_unica_como_instrumento.php. Arquivo capturado em 20 de agosto de 2008.

a conversão da moeda contábil em moeda plena”. Com a criação de projetos comuns de investimentos em infra-estrutura e indústria, usando-se as receitas advindas do comércio e empréstimos intra-bloco, surgiria um mercado financeiro e monetário da moeda comum.. Conclui o mesmo autor:

O Banco Central comum estabelecerá uma taxa básica de juros para regular o nível de liquidez da economia regional de forma a assegurar o crescimento auto-sustentável da produção e a favorecer o pleno emprego. O mercado monetário seria dissociado do mercado financeiro, de forma a dar eficácia à taxa básica de juros no controle da liquidez. Já a taxa de colocação dos títulos públicos, para financiamento do orçamento comum, seria resultante de ação coordenada entre os tesouros regionais, modulando a política tributária, e o Banco Central, que interviria no mercado em defesa de sua taxa básica de juros mediante emissão e enxugamento de moeda no mercado aberto. A política monetária como instrumento de promoção do pleno emprego opera sobretudo no sentido de viabilizar investimentos produtivos em moeda interna e de assegurar um nível adequado de liquidez da economia, mediante manipulação do poder emissor e da taxa básica de juros, de forma a assegurar condições de crescimento econômico auto-sustentável de acordo com a capacidade máxima da economia. No Brasil, a política monetária é embaraçada pela figura da moeda financeira, que distorce a relação entre poupança e meio de pagamento, entre taxa de juros, liquidez e crescimento, e deturpa o sentido da dívida pública no tempo, tornando a sua maior parte virtualmente à vista.

Os projetos de investimentos também deverão ser capazes de incentivar o desenvolvimento sem aumentar a inflação, forçando em excesso a produção e levando à uma elevação de custos. Conforme enfatiza José Carlos de Assis, “por um lado, em situação de alto desemprego, tendência à baixa da renda do trabalho e ociosidade no parque produtivo, a instância de planejamento regional aceitará o aumento do déficit público como instrumento anti-cíclico de promoção da retomada do crescimento, sem risco de inflação, tendo em vista a situação da demanda agregada. Na situação oposta, quando amplos setores da economia estiverem próximos do pleno emprego, com a demanda aquecida e a capacidade ociosa esgotada, será eliminado o déficit e implementado o equilíbrio orçamentário”.

Nesse sentido, Fábio Giambiagi⁷:

Para que esse projeto seja concretizado, entretanto, será necessário, além naturalmente de uma convergência macroeconômica – baseada, por exemplo, em tetos de inflação e déficit público –, ter uma autoridade monetária unifica-

7. GIAMBIAGI, Fábio. Disponível em: http://64.233.169.104/search?q=cache:_uzjlnfU39gJ:www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev1902.pdf+moeda+%C3%BAnica+no+mercosul+aspectos+fiscais+f%C3%A1bio&hl=pt-R&ct=clnk&cd=3&gl=br&lr=lang_es|lang_pt. Arquivo capturado em 18 de agosto de 2008.

da, um mesmo regime cambial e uma condução harmonizada das políticas de regulação e supervisão do sistema financeiro dos países-membros.

Além de um Banco Central, a instalação da moeda única exigiria outras medidas essenciais, apontadas pelo mesmo autor como sendo:

Um banco central unificado que emita a nova moeda e seja o único administrador das reservas internacionais que lhe dêem respaldo; uma única legislação para o funcionamento das instituições financeiras; um regime cambial unificado; uma política monetária única sob a responsabilidade da citada autoridade monetária comum; um mesmo regime contábil; um sistema de pagamentos unificado; um marco regulatório para ambos os países no que se refere às normas que regem o sistema financeiro; um sistema comum de supervisão prudencial e de prevenção e castigo de delitos bancários e financeiros, incluindo a lavagem de dinheiro; um emprestador de última instância para todos os sócios do “clube” da nova moeda; normas idênticas em todos os países acerca dos movimentos de capitais; e normas comuns referentes ao regime de instituições financeiras e de intermediários financeiros não bancários – cooperativas de crédito ou *leasing*.

III. BENEFÍCIOS DE UMA UNIÃO MONETÁRIA

Existem diversos custos e benefícios previsíveis para os países e/ou regiões que formarem uma união monetária. A literatura a respeito enfatiza os seguintes benefícios potenciais:

1. *Redução dos custos de transação*

A redução dos custos de transação é apontada como uma das principais vantagens da adoção de uma moeda única. Quando se negocia diretamente do real para o peso, e vice-versa, já não é preciso pagar as taxas e comissões relativas à conversão em dólares, que passará a ser desnecessária, ou realizar operações de *hedge* cambial. Conseqüentemente, a medida beneficiará as relações comerciais entre os países integrantes e permitirá maior eficiência produtiva.

2. *Aumento de comércio devido à estabilidade cambial, alocação mais eficiente de recursos, ganhos de escala e competitividade no exterior*

A redução dos custos de transação e proteção (operações de *hedge* cambial) deverá impulsionar o comércio entre os países dentro da área monetária. Como aumento do volume de negócios e redução dos controles da circulação de capitais, haveria uma maior movimentação da moeda, bens e serviços, levando à melhor distribuição de recursos entre os países-membros. O aumento na produção das empresas, particularmente pequenas e médias, e a redução nos custos, tornariam seus produtos mais competitivos no mercado internacional.

3. *Menor Variabilidade de Preços Relativos / Maior credibilidade no combate à inflação*

A maior estabilidade cambial levaria à menor variabilidade dos preços, uma vez que a taxa de câmbio influencia o índice de preços através do *pass-through*. O *pass-through* se refere ao aumento dos preços internos do país, que ocorre quando o dólar se valoriza frente à moeda nacional. Dessa forma, aumentam os preços dos produtos importados, possibilitando aos produtores domésticos aumentar a margem dos seus produtos sem com isso perder competitividade de mercado. Além disso, o preço dos produtos que utilizam matéria prima importada também tende a subir.

Afirma Fábio Giambiagi, em análise dos efetivos benefícios de uma União Monetária:

Alguns autores, como De Grauwe (1994), vão além e defendem que uma união monetária daria maior credibilidade no combate à inflação. A questão da **credibilidade da política monetária** é então também muito importante (tendo sido estudada inicialmente por Kydland e Prescott (1977)).

Mas, um problema, para o caso dos países em desenvolvimento, é que os países perdem flexibilidade para utilizar a inflação como mecanismo para reduzir a dívida. Segundo Minford (2002) outro argumento em prol da união monetária é o alegado benefício de facilitar comparações de preços, o que teria como conseqüências uma redução de um tipo de custo de transação e o aumento da competição, levando a uma convergência nos preços. Conforme Giambiagi (2002), citando o caso da Argentina, uma unificação monetária que disponha de instituições supranacionais e um sistema de metas inflacionárias permitiria o controle sobre a inflação, ao mesmo tempo que daria condições flexíveis de adaptação a choques externos. Referindo-se ao Brasil o mesmo autor defende que o aumento da credibilidade da moeda teria como conseqüência uma possível queda das taxas de juros.

4. Maior união política e ganhos estratégicos

A unificação entre as moedas necessitaria de uma série de acordos financeiros e econômicos entre os países, levando a uma maior união política entre eles. Uma conseqüência direta disso seria o fortalecimento do bloco e a melhor capacidade dos países integrantes da área monetário para negociar com países externos. O poder de barganha do grupo seria maior que o de cada nação individualmente, e, no caso do Mercosul, aumentaria o seu poder de negociação frente a instituições financeiras e organizações internacionais, como o Fundo Monetário Internacional (FMI), O Banco Mundial e a Organização Mundial de Comércio. Além disso, conforme aponta Fábio Giambiagi:

Uma moeda única pode ser mais forte (em termos de negociações comerciais e *financeiras*) que o conjunto das moedas em separado, gerando benefícios de caráter político e estratégico. Segundo Hawkins e Masson (2003), a adoção de uma mesma moeda por um conjunto de países permite uma maior colaboração política e facilita a execução de reformas estruturais (onde grupos de interesse nacionais antes tornavam o processo mais difícil). Quanto à união política, esta pode assumir diversas formas: pode ser uma maior coordenação

entre os países, uma confederação, uma federação ou até uma mistura desses modelos.

5. *Redução do risco-país e das taxas de juros, maior estabilidade econômica e menor necessidade de reservas cambiais.*

A idéia seria proporcionar uma união política que fortalecesse a ligação entre os países da área monetária. Com a diminuição do risco cambial, possivelmente haveria a redução do risco-país e das taxas de juros, tanto nominais quanto reais. Além disso, haveria menor necessidade de reservas para correção de desequilíbrios entre parceiros comerciais.

Segundo Fábio Giambiagi⁸, a maior integração dos mercados financeiros também reduziria as taxas de juros, uma vez que proporcionaria ganhos de escala ao setor, que poderiam então ser repassados para menores taxas de crédito. Mais ainda, o mesmo autor ainda defende que esta integração permitiria um aumento da formação de capital fixo, já que a queda nos juros proporcionaria um aumento também no crescimento.

No entanto, o fato dos países do MERCOSUL serem unicamente economias em desenvolvimento certamente oporia dificuldades, dentre as quais destaca-se a grande dependência financeira por conta do histórico endividamento, cujas perspectivas de pagamento são bastante improváveis.

Conforme explica Fábio Giambiagi:

Para Emerson et al (1992), os países com maiores taxas de juros se beneficiarão de uma convergência para os níveis verificados nos países menos inflacionários. Apesar de grande parte dessa redução ser em termos nominais as taxas reais também podem ser reduzidas caso a percepção de depreciação e risco cambial sejam melhoradas. O prêmio de risco que essas margens carregam seriam maiores que as perdas possíveis de senhorlagem, no caso da Comunidade Européia. A unificação monetária também levaria a uma maior estabilidade econômica ao impedir a ocorrência de *overshootings* cambiais intra-área, mas não eliminam sua ocorrência porque as taxas de câmbio extra-área continuam flutuantes.

6. *Estímulo a investimentos e crescimento*

A adoção da moeda única levaria ao aumento de comércio entre países, tanto pela redução de custos como pela maior integração dentro da área monetária comum. O aumento dos negócios levaria ao aumento das taxas de crescimento e da produtividade para os países-membros.

8. GIAMBIAGI, Fábio. Disponível em: http://64.233.169.104/search?q=cache:_uzjlnfU39gJ:www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev1902.pdf+moeda+%C3%BAnica+no+mercosul+aspectos+fiscais+f%C3%A1bio&hl=ptBR&ct=clnk&cd=3&gl=br&lr=lang_es|lang_pt. Arquivo capturado em 18 de agosto de 2008.

Adiciona Fabio Giambiagi:

Este benefício refere-se aos estímulos a novos investimentos internos e atração de mais Investimento Estrangeiro Direto – IED. De acordo com o BID (2002), a relação entre acordos de integração em geral e variações no investimento estrangeiro direto apresenta duas tendências antagônicas: a) a integração, ao reduzir as barreiras entre os países, pode fazer com que algumas empresas decidam não estender suas produções para outros países do bloco, pois não haveria mais a necessidade de produção local para escapar de barreiras comerciais; b) por outro lado, um bloco integrado comercialmente pode significar uma redução dos custos de produção de uma empresa que invista na região, pois durante seu processo produtivo poderá deslocar seus insumos e produtos através das fronteiras dos países membros sem maiores custos alfandegários.

IV. A QUESTÃO DA SOBERANIA MONETÁRIA

Trataremos, a partir deste ponto, dos custos e obstáculos ao estabelecimento da moeda única no âmbito do MERCOSUL. Antes disso, contudo, consideramos pertinentes algumas observações acerca do conceito de “soberania monetária”.

A adoção de uma moeda única implicaria aos membros do bloco a renúncia da soberania monetária individual, e sua transferência para órgãos supranacionais. Na hipótese de concretização do projeto, a estes órgãos competirá o manejo de importantes mecanismos de política econômico-financeira, e não mais aos bancos centrais ou órgãos equivalentes de cada estado membro.

Afirmou Charles Loyseau que “a soberania é que faz o estado existir”⁹. Indubitável, portanto, que a soberania monetária é cara aos estados e governos, e a sua renúncia é, ao menos *a priori*, refutada. Tanto assim que no seio da União Européia, há membros que ainda hoje se negam a adotar o Euro.

Para melhor compreensão do que vem a ser a soberania monetária recorreremos à lição de Mundell, que afirma que esta pode ser dividida em três partes, a saber:

- 1) o direito de determinar a unidade contábil;
- 2) o direito de determinar os meios de pagamento que terão curso legal;
- 3) e o direito de produzir dinheiro, ou em que condições pode o dinheiro ser produzido por outros¹⁰.

9. Tradução livre para “la souveraineté est la forme qui donne l’être à l’Etat”.

10. RUBINI e GAMBAGI (2003) reproduzem a divisão de MUNDELL, mas, ao que nos parece por fins didáticos, estabelecem 4 repercussões. Para os autores brasileiros, o direito de produzir dinheiro e a faculdade de determinar a sua produção por outrem são efeitos diferentes.

Dito isto, passaremos agora à análise particular dos empecilhos à adoção de uma moeda única no MERCOSUL. Ao nosso ver, contudo, tais obstáculos defluem do apego – justificável – dos estados-membros à soberania monetária, ou ao localismo monetário, como prefere Olivier Menard¹¹.

V. OBSTÁCULOS E DESVANTAGENS DA UNIÃO MONETÁRIA

Conforme se afirmou acima, a literatura especializada identifica alguns obstáculos à adoção da moeda única pelos países membros do Mercosul, também denominados de “custos”, que devem, pois, ser cotejados com os benefícios listados anteriormente. São eles¹²:

1. *Custos de assimetria*

É uma conseqüência direta da perda da independência da política monetária. Trata-se, portanto, da necessidade de uma resposta única dos países membros do bloco a uma crise externa.

Cada país – exercendo a sua soberania monetária – tem a liberdade de alterar as taxas de juros e de câmbio de maneira independente, em decorrência da sua análise particular dos fenômenos econômicos. Ou seja, nos dias atuais, numa crise externa (ou mesmo interna), Brasil e Argentina – por exemplo – podem utilizar-se destes instrumentos de interferência macroeconômica de maneira autônoma. É possível, por exemplo, que, numa dada conjuntura, ao tempo que seja vantajoso para Brasil elevar a taxa de juros, os dirigentes argentinos julguem mais apropriado mantê-los num patamar inferior.

Esta prerrogativa, contudo, cessa caso se adote a moeda única. Isso porque, nesta hipótese, os países terão que responder de forma uniforme a uma crise externa, por exemplo. O manejo das taxas de juros e câmbios ocorrerá no âmbito do bloco, e não de cada país individualmente, ainda que a crise atinja diferentemente cada país membro.

Convém notar que o Mercosul não constitui (ainda) uma AMO – Área Monetária Ótima. Este conceito, elaborado pelo economista canadense Robert Mundell na década de 60 do século passado, é de grande importância quando se analisa a possibilidade de uma união monetária entre diferentes países. Uma AMO, na definição de Michael Kouparitsas, é uma “área na qual

11. MENARD, Olivier. **La souveraineté monétaire, un mythe face au localisme monétaire.**

12. Deve-se a maioria desta seção aos artigos do economista brasileiro Fábio Gambiagi, que, sem dúvida, é quem mais e melhor escreveu sobre o tema da união monetária no âmbito do Mercosul.

um choque monetária tem efeito relativamente simétrico entre suas regiões componentes”¹³.

O mesmo autor afirma que, para se identificar uma AMO, deve-se observar quatro critérios: (i) as regiões devem ser expostas a fontes similares de distúrbios econômicos; (ii) estes choques devem apresentar representatividade similar; (iii) as regiões respondem da mesma forma aos choques; (iv) na hipótese de choques específicos, cada região se ajusta rapidamente.

O fato de o Mercosul ainda não constituir uma AMO é identificado por parte da doutrina como um obstáculo *per se* à adoção da união monetária. Note-se, contudo, que também não o era a União Européia quando se adotou o Euro (e continua não sendo, aliás).

Nas palavras de Fábio Gambiagi, “a existência da *Optimum Currency Area* é meio caminho andado para a unificação monetária dos países. E a recíproca também é verdadeira”.

2. *Risco de perda de credibilidade em caso de falha de algum país membro*

Trata-se da possibilidade de um dos países-membro entrar em “default”, não honrando títulos emitidos atrelados à moeda comum. Caso isto ocorra, os outros países do bloco podem ver-se atingidos em sua credibilidade no mercado financeiro internacional, pois se pode pensar que a crise atinge todo o bloco, e não apenas um país específico.

3. *Perda de eventuais ganhos com imposto inflacionário*

Também denominado de “senhoriagem nominal”, o imposto inflacionário constitui, especialmente para países com economia no modelo adotado pela Argentina e pelo Brasil, importante mecanismo de obtenção de receitas. No caso do ingresso em uma união monetária, os países não mais podem manejar individualmente este mecanismo.

Conforme alerta Gambiagi¹⁴, uma alternativa viável à substituição desta fonte de receita é a criação de novos tributos. Entretanto, a criação de impostos “visíveis” é medida impopular, e que gera uma série de outras consequências sociais.

4. *Questões de política cambial*

13. TELES, Vladimir; MIRANDA, Mauro. *Política monetária e ciclos regionais no Brasil: uma investigação das condições para uma área monetária ótima*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612006000200004&lng=&nrm=iso&tlng=>>. Acesso em 10 jan 2008.

14. GAMBIAIGI, F. **Moeda única no Mercosul: aspectos fiscais**. Op cit.

Como é sabido, a política cambial é largamente utilizada como forma de interferir no comércio internacional. Assim, podem os governos dos diversos países manejar as taxas de câmbio de sorte a proteger o seu mercado produtor interno, ou estimular exportações.

No âmbito de uma união monetária, contudo, tal possibilidade não mais reside nas mãos dos governantes dos países-membros.

Para Gambiagi, esta questão pode ser entendida não só como um custo, mas também como um benefício da adoção da união monetária e da moeda única. Para ele, “podemos considerar que este custo pode ser considerado de fato como um benefício no longo prazo, ao substituir desvalorizações competitivas por medidas mais eficientes de melhoria de saldo comercial”.

5. Concentração de recursos

Com a consecução da união monetária, a mobilidade dos fatores de produção é consideravelmente ampliada. Isso significa que as riquezas podem se movimentar mais rápido e mais facilmente. Com isso, advém o risco da concentração dos fatores em áreas mais desenvolvidas, o que poderia aumentar a pobreza e o subdesenvolvimento em outras regiões do bloco.

Para parte da doutrina, contudo, este risco não é efetivo, e tal concentração no ocorreu no âmbito da União Monetária, uma vez que as áreas menos desenvolvidas apresentam atrativos particulares, como, por exemplo, salários mais baixos. De toda sorte, tais distorções podem ser corrigidas por uma política pública eficiente no âmbito da união monetária.

6. Custos de transição

O processo de transição para uma efetiva união monetária gera custos em duas esferas: a harmonização das legislações locais e a criação de órgãos e instrumentos centrais. A legislação tributária e econômica de todos os países membros devem estar alinhadas, e, além dos custos inerentes ao processo legislativo, a aplicação desta novel legislação também demanda investimentos. A criação de órgãos centrais – por seu turno – é também essencial para o sucesso de uma união monetária. Um banco central único deve ser estruturado, e a emissão de uma moeda única é, do mesmo modo, custosa.

V. CONCLUSÃO

Os obstáculos à implementação do projeto de um banco central e de uma moeda única no seio do Mercosul são inúmeros. Pode-se pensar, numa análise apressada, que as perspectivas são muito mais vantajosas aos outros países do bloco (sobretudo à Argentina) do que ao Brasil. Deve-se, contudo, considerar que a integração econômica representa um passo essencial à efetiva integração dos países-membros, como ocorreu na Europa.

De fato, transferir a soberania monetária dos governos locais para um governo central é uma atitude complexa. Prova disso é que, na União Européia, a implementação do EURO foi objeto de longas discussões, e alguns países, até a presente data, não aderiram à moeda única (como Inglaterra e Dinamarca). Outros, porém, anseiam pela aprovação do seu ingresso na efetiva integração econômica, prova de que a moeda única trouxe grandes vantagens às economias locais.

Voltando-se à realidade européia, que, sem dúvida, há de ser tomada como modelo para os outros blocos de países que surgiram com os movimentos de globalização e regionalização, pode-se perceber que o euro acelerou a idéia de “cidadania européia”, tão em voga naqueles países. O câmbio é um empecilho ao aumento de trocas econômicas entre os países latino-americanos, e a utilização do dólar demonstra que a economia do Mercosul ainda carece de fortalecimento, vinculando-se à moeda estrangeira para efetivação das trocas comerciais.

Um passo importante nesta escalada já foi dado: conforme se viu acima, Brasil e Argentina já acordaram a utilização do real e do peso como moeda de troca para operações comerciais entre estes dois países. A probabilidade é que Uruguai e Paraguai, para não terem a sua participação na economia regional enfraquecida, adiram ao acordo. Esta, sem dúvida, é uma tendência do bloco: a integração em “duas velocidades”, ou seja, Brasil e Argentina tomando a frente por meio de acordos bilaterais, para posterior adesão dos outros membros do bloco.

Os atuais governos latino-americanos já demonstraram clara intenção de aprofundar a integração econômica como forma de opor-se à hegemonia norte-americana. A desaceleração do projeto ALCA oferece uma oportunidade importante a estes países para efetivação de projetos que há muito vem sendo discutidos entre os países. A integração econômica é um deles.

Outro ponto interessante nesse debate é a criação da UNASUL (União de Nações Sul-Americanas), que reúne os membros do MERCOSUL e do Pacto Andino. Em maio de 2008, foi criado, no seio desta instituição, o Banco do Sul, que servirá como um banco de fomento para os países-membros. A criação de uma moeda única também é um projeto da UNASUL.

É fundamental, todavia, que se observe que a integração econômica está em ritmo acelerado no MERCOSUL, especialmente depois que os presidentes Luiz Inácio Lula da Silva e Nestor Kirchner assumiram o poder em seus respectivos países. Aguardar, portanto, que a integração ocorra com mais nações parece utópico, principalmente a se considerar que este novo

bloco enfrenta grandes dificuldades, como as divergências políticas entre a Colômbia e os aliados Venezuela e Bolívia, ou a política econômica chilena, mais alinhado à proposta norte-americana de criação da ALCA.

É, portanto, o MERCOSUL que oferece mais chances para integração econômica dos seus membros. A adoção de uma moeda única entre Brasil e Argentina (com o ingresso posterior dos outros países-membros) pode representar uma aceleração da integração econômica em todo o continente, uma vez que duas economias importantes mostrar-se-iam dispostas ao progresso do projeto.

Se é óbvio que é essencial que se analise todas as vantagens e desvantagens da criação de uma moeda única, sobretudo à vista da fragilidade das economias dos países em questão, também não se pode adiar indefinidamente a implementação do projeto, que há mais de 10 anos é discutido por especialistas dos países-membros. Ao argumento de não ser a região uma “área monetária ótima”, não se pode responder de outra maneira, se não com a proposta de manejo de um instrumento econômico importante, qual seja, a criação de um banco central único, para uniformizar-se às economias dos países-membros. E, assim, um dia, poderemos ter, como já têm os europeus, orgulho de uma moeda única, e sentimento de efetiva integração política, econômica e cidadã.

No caso de documentos online, apresentar a URL entre os sinais < > precedido das expressão “Disponível em”: finalizando com a data de acesso como mostra o exemplo abaixo. ENCICLOPÉDIA da música brasileira. São Paulo, 1998. Disponível em: <<http://www.uol.com.br/encmusical/>> . Acesso em: 16 ago. 2001

IV.

EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO MERCOSUL (PRELIMINAR)

*Bouzid Izerrougene**

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Imprescindível intervenção pública – 3. Integração em saúde-MS – 4. Desafios – Considerações finais – Referências Bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que a integração regional do MERCOSUL (MS) obedece a uma lógica predominantemente comercial e nela prevalece a regra do consenso intergovernamental. Contudo, a dimensão social da integração e o fortalecimento institucional do bloco são preocupações fundamentais que se impõem cada vez mais nas agendas de negociações. A unificação das políticas sociais e, de modo mais ambicioso, a criação de uma cidadania social comunitária, apoiada em direitos e sistemas comuns de proteção social básica a todos os cidadãos da região, têm sido crescentemente propostas como metas do MS social.

Como será possível então unir esforços para garantir o acesso universal e equânime a direitos humanos básicos como o da saúde, consideradas as dificuldades orçamentárias, a pobreza das populações e as diversidades de políticas sociais e de sistemas de seguridade entre os países parceiros? Quais são os possíveis efeitos da integração sobre os benefícios sociais nos países do MS e como reestruturar os sistemas e serviços nacionais de saúde no contexto da integração? Tais são as prioridades que envolvem as discussões sobre a saúde no MS e cuja abordagem implica necessariamente a intervenção pública.

2. IMPRESCINDÍVEL INTERVENÇÃO PÚBLICA

A exclusão social no âmbito da saúde é marcante nos países do MS, como é o caso de toda a América Latina. Com uma população de cerca de 300 milhões de habitantes no MS ampliado¹, mais de um terço dela não está coberta por mecanismos de proteção social e mais de 70 milhões de pessoas não têm acesso aos serviços de saúde, e nem mesmo à água potável ou saneamento básico. Neste contexto, os desafios que se apresentam para os sistemas e serviços de saúde, na tentativa de assegurar o acesso aos cuidados médicos essenciais,

* Pós-doutor em economia pela Universidade Paris-Dauphine, professor associado da UFBA.
1. Argentina, Brasil, Bolívia, Chile, Paraguai, Uruguai e Venezuela.

confrontam-se com um padrão de forte iniquidade, resultante de desequilíbrios acumulados ao longo de séculos e que transformaram a região numa área de extrema concentração de renda e flagrantes desequilíbrios.

Tabela 1 – Mercosul: Indicadores sociais.

	Argentina	Brasil	Paraguai	Uruguai	Bolívia	Chile	Venezuela
População (milhão)	38.747	186.405	6.158	3.463	9.182	16.295	26.749
% Urbana	90,6	84,2	58,3	93,0	64,4	87,7	88,1
Expectativa de vida	74,9	71,3	71,5	75,9	64,9	78,3	73,4
% alfabetizada	97,2	88,9	94,4	98,0	88,3	96,5	94,0
Pib/capita (US\$ mil)	11.410	7.510	4.690	7.980	2.490	9.810	4.750
% população abaixo da linha de pobreza	3,3	8,2	16,4	2,0	14,4	2,0	14,3
IDH	0,863	0,792	0,755	0,840	0,687	0,854	0,772

Fonte: Organización Panamericana de la Salud, 2005.

Os persistentes desequilíbrios nas dimensões econômicas em termos de mercado, investimento e tecnologia se revelam como fortes obstáculos à integração, mostrando a necessidade de uma vontade política baseada nas concessões recíprocas e no interesse em promover e estender as oportunidades de desenvolvimento para os parceiros menos competitivos. A experiência da União Européia (UE) constitui-se numa prova de que a redução das disparidades regionais é uma condição necessária ao êxito da integração. Ela mostra que a expansão do comércio e a subscrição dos acordos de cooperação são dois movimentos complementares.

Ficou evidente com as experiências de integração econômica em diferentes regiões do mundo que o caráter meramente comercial de certas formas de regionalização permite apenas uma cooperação relativamente limitada, sobretudo quando os parceiros possuem níveis desiguais de desenvolvimento econômico e social. Esses casos sugerem a aplicação de acordos voluntários e formais para aprofundar a integração e aumentar a sua eficiência. O êxito da integração exige esforços públicos que devem promover processos de convergência produtiva, institucional e social entre os comunitários.

Tabela 2 – Mercosul restrito: Macrodados Econômicos, US\$ milhões, preços constantes, 2005.

Indicadores	Argentina	Brasil	Paraguai	Uruguai	Total
Produto Interno Bruto	129.735	491.857	6.040	11.182	638.814
Participação (%)	20,31	77,00	0,94	1,75	100
Valor Agregado Industrial	50.239	135.092	1.138	3.412	189.881
Participação (%)	26,46	71,15	0,67	1,78	100
Formação Bruta do Capital Fixo	49.742	151.833	2.668	2.402	206.645
Participação (%)	24,07	73,47	1,29	1,16	100
Exportações	37.564	99.006	3.007	4.199	143.776
Participação (%)	26,12	68,86	2,09	2,92	100
Importações	27.133	73.078	3.354	3.778	107.343
Participação (%)	25,27	68,07	3,12	3,51	100

Fonte: Elaboração do autor, a partir dos dados do Banco Mundial, (Relatório 2005, do FMI (World Economic Outlook, 2005) e da Cepal (Estadístico Anuário da América latina e Caribe, 2005).

No contexto neoliberal das últimas décadas, a força da competição monopolista entre os capitais e países impulsiona a convergência dos benefícios sociais para um nível mínimo (próximo aos níveis dos países mais atrasados). O ajustamento “para cima”, segundo o nível de proteção social dos países mais desenvolvidos, está muito distante da realidade do momento, em razão de inúmeros obstáculos, como a escassez do emprego, a instabilidade dos negócios, a crise dos sistemas de seguridade social. Enquanto isso, a estratégia da “convergência por baixo” impede que as diferenças dos custos de mão-de-obra joguem a favor dos países e regiões menos desenvolvidos, de modo que os prometidos investimentos estrangeiros não chegam e, conseqüentemente, não há emprego e renda adicionais suficientes para reduzir o *gap* dos sistemas de proteção social.

Paradoxalmente, no mesmo contexto de generalização das leis de mercado, a agenda social, especificamente, exige um alargamento da mesma natureza. Em primeiro lugar, porque o tema do emprego excede os limites da sua mera proteção contra os efeitos negativos da integração, exigindo um tratamento mais amplo que possa levar em consideração as realidades atuais dos mercados nacionais de trabalho, tão fortemente afetados pela precariedade, a baixa qualificação e as pressões de competitividade internacional. Em segundo lugar, porque a pobreza e a exclusão social têm aumentado expressivamente, contrastando com o projeto neoliberal de aumentar a cobertura médica privada da população em geral. Finalmente, devido ao fato de que a política social não opera apenas como sistema de proteção e estabilidade social, mas também o faz como fator produtivo, isto é, como alavanca

do próprio crescimento econômico via sustentação da demanda e qualidade da mão de obra. No campo da integração social pode-se, portanto, encontrar a proposição de modelos de desenvolvimento econômico que pudessem sustentar, mais adequadamente, um efetivo processo de constituição de uma “cidadania social”. No contexto atual em que a acumulação do capital tende a abranger a totalidade do campo social, é importante pensar na inversão da relação tradicional: progresso econômico à progresso social, numa relação: progresso social à progresso econômico. O setor da saúde, particularmente, é reconhecido, junto com a educação, como forte indutor desenvolvimentista e fator de crescimento econômico e de avanço científico e tecnológico, por suas relações intersetoriais nas áreas de serviços, indústria e agricultura. O seu fortalecimento é imprescindível ao desenvolvimento social, em razão, sobretudo, das suas contribuições à formação e preservação do capital humano.

3. INTEGRAÇÃO EM SAÚDE-MS

Impulso importante à ampliação do entendimento e valorização da agenda social real do MS foi dado a partir dos meados da década de noventa, quando foram considerados alguns dos direitos fundamentais na agenda de discussões: o compromisso dos países parceiros em garantir os valores do Estado de Direito e, mais amplamente, da democracia; o interesse expresso em zelar, também, pelos direitos humanos no quadro mais amplo de um modelo de desenvolvimento econômico regional pautado pela justiça e pela equidade.

Tal movimento se desenvolveu através de dois eixos principais. De um lado, ocorreu um processo de fortalecimento institucional na esfera social do MS, por meio da criação de novas e diversificadas instituições especificamente dedicadas à dimensão social. De outro, ampliaram-se os conceitos intelectuais e estratégicos no tratamento dos temas sociais no contexto da integração.

Principais marcos legais e instituições relacionados à integração social no MERCOSUL.

- 1995 – Fórum Consultivo Econômico e Social (FCES);
- 1995 – Rede Mercocidades;
- 1996 – Sistema de Informação em Educação no MS;
- 1996 – Criação do SGT 11 *Saúde (Resolução GMC no. 151/1996)*;
- 1997 – Tratado Multilateral de Seguridade Social;
- 1997 – Observatório do Mercado de Trabalho;
- 1998 – Declaração Sócio-Laboral do MS (SGT 10);

- 1999 – Comissão Sócio-Laboral (órgão auxiliar do Grupo MS – GMC);
- 2000 – Carta Social do MS;
- 2000 – Proposição da elaboração da agenda social da integração (*Declaração de Rosário*);
- 2001 – Sistema Estatístico de Indicadores Sociais (SEIS);
- 2002 – Grupo *ad hoc* de Integração Fronteira;
- 2004 – Primeira Conferência Regional de Emprego;
- 2005 – Fundo Social Especial.

O tema da saúde começou a ser tratado no MS em 1992, numa inevitável discussão sobre as normas sanitárias para a livre circulação das mercadorias. Em 1995 teve a primeira reunião dos ministros da saúde do MS e dos países associados, que determinou o grupo ministerial como instância suprema para as decisões de políticas e estratégias de saúde no bloco. Em 1996 foi criado um Sub Grupo de Trabalho (SGT-11-Saúde), com a finalidade de harmonizar as legislações e coordenar as ações nas áreas de serviços, insumos e produtos de saúde, como também na vigilância sanitária e epidemiológica. Diversas comissões intergovernamentais foram constituídas depois para cuidar de inúmeros assuntos, como: políticas de medicamentos, saúde sexual e reprodutiva, gestão de riscos e redução de vulnerabilidades, saúde ambiental e do trabalhador, controle do sarampo, cólera, dengue e febre amarela, sistema de informação e comunicação em saúde, banco de preços de medicamentos, etc.

Dada a lógica ainda predominantemente comercial do MS, os avanços mais significativos em direção a uma integração na área da saúde estão na harmonização das regras de vigilância sanitária para a circulação dos produtos, na regulamentação da vigilância epidemiológica e sistema de informações em saúde. São ações comuns que se tornam importantes à medida que aumente a circulação das pessoas.

A partir do momento em que existe o livre transito das pessoas que podem migrar indistintamente de um país para outro, se coloca necessariamente a questão de saber que país será responsável pelos cuidados de saúde das populações migrantes. Essa responsabilidade é avaliada através da comparação entre os direitos e benefícios dos países de origem com os dos países hospedeiros. Se as prestações de saúde e de seguridade social em geral são distintas, então de que sistema poderia beneficiar o migrante? Como conciliar realidades sociais, econômicas e jurídicas tão distintas?

Até o momento, todavia, os direitos dos cidadãos do MS em matéria de saúde ainda se limitam aos territórios nacionais e não podem ser usufruídos nos países vizinhos, embora cidadãos paraguaios, uruguaios e bolivianos das áreas fronteiriças buscassem atendimento no Brasil, aproveitando a cobertura pública mínima neste país. Municípios brasileiros arcam com o atendimento da demanda da população fronteiriça sem terem condições financeiras e recursos humanos adicionais.

A urgência da organização conjunta da atenção à saúde nas fronteiras mostra-se incompatível com a morosidade característica do processo de harmonização. Na prática, os sistemas de saúde nestas regiões se comunicam através de práticas informais diversas, ocasionando efeitos colaterais indesejáveis. Enquanto isso, os ministérios da saúde não conseguem encontrar soluções consensuais, mesmo que o problema esteja no centro de suas atenções. Uma solução possível é a criação de um sistema integrado de saúde (SIS) para os fronteiriços.

A realidade das fronteiras traz determinações complexas no que se refere ao acesso à saúde na região, uma vez que os sistemas nacionais de saúde são diferenciados em termos de universalidade, equidade, modelos de cobertura e atenção, modalidades de oferta e financiamento. Enquanto o Brasil conta com o descentralizado e público Sistema Único de Saúde (SUS), os demais parceiros do MS possuem sistemas mistos público-privado, centralizados e com baixos e variados graus de cobertura.

As zonas de fronteira são espaços privilegiados e obrigatórios para iniciar o processo de integração e harmonização dos sistemas de saúde, dado que permitem observar os dilemas concretos do atendimento, avaliar localmente o uso formal e informal dos serviços, conhecer a demanda real e as condições de acesso, assim como as possibilidades de construir estratégias cotidianas de cooperação e complementação.

4. DESAFIOS

O desafio à integração do sistema da saúde no MS se inscreve no marco dos direitos fundamentais do homem e, portanto, leva em consideração os princípios de equidade, universalidade, participação, e descentralização. Concretamente, a atuação em saúde deve abranger as medidas de promoção, prevenção, recuperação e reabilitação.

No MS, os problemas atuais de atenção à saúde se associam às condições econômicas, à baixa qualidade de vida, às condições ambientais, à deficiência do saneamento básico, à escassez de recursos humanos e à exclusão social,

em geral. Outras dificuldades se devem a fatores sócio-demográficos que caracterizam a região, como a alta dispersão geográfica nas zonas rurais, que se traduz, diante da precariedade dos meios de transporte, pela inacessibilidade aos serviços de saúde. Na tabela abaixo se pode observar uma certa correlação entre a pobreza e o percentual gasto em saúde, de um lado, e a expectativa de vida e a taxa de mortalidade infanto-juvenil, de outro. Ela mostra a disparidade que existe nestes indicadores entre os países do MS e alguns países da Europa.

Tabela 3: Dados comparativos, 2005.

Indicadores	Pib per capita (US\$)	Gasto em saúde (% do Pib)	Expectativa de vida ao nascimento (média: Homem-mulher)	Mortalidade infanto-juvenil (por mil)
Argentina	13.920 (2005)	9,6 (2004)	74,9*	16 (2005)
Brasil	8.230	8,8 (2004)	71	33 (2004)
Bolívia	2.740	6,8 (2002)	65*	65 (2004)
Chile	11.470	6,1 (2004)	78	10
Espanha	25.820	8,1	80	5
Etiópia	1.000	5,3	52	164
França	30.540	10,5	82	5
Hungria	16.940	7,9	73	8
Irlanda	34.720	7,2	79	5
Paraguai	4.970	7,7 (2004)	71*	23
Uruguai	9.810	8,2 (2004)	75	15
Venezuela	6.440	4,7 (2004)	75	21

Fonte: OMS, World Health Statistics, 2007. * Organización Panamericana de la Salud, 2005.

Quanto mais distintos forem os indicadores de saúde dos países associados maior será a dificuldade de harmonizar os sistemas e serviços de atendimento e generalizar o seu uso. Ora, no MS há uma marcada diferença nos indicadores², tanto no que diz respeito às doenças e às taxas de mortalidade, como no que se refere aos recursos alocados. Essas diferenças são o resultado de uma longa história de políticas públicas distintas que, por sua vez, determinam formas singulares de organização coletiva para atender ou não atender a realidades diversas.

2. Indicadores nacionais que ocultam as diferenças regionais internas.

Tabela 4 – Mercosul: Indicadores de Mortalidade

	Argentina	Brasil	Paraguai	Uruguai	Bolívia
Mortalidade infantil por mil	16,5 (2005)	33,0 (2005)	23,0 (2005)	15,0 (2003)	65,2 (2004)
Mortalidade materna por 100 mil	43,6 (2003)	73,1 (2002)	174,1 (2003)	23 (2002)	230 (99-03)

Fonte: OPS Health Situation in Americas. Basic Indicators, 2005 e OMS, 2007.

Tabela 5 – Recursos destinados à saúde % PIB (2005)

	Argentina	Brasil	Paraguai	Uruguai	Bolívia	Chile	Venezuela
Saúde Pública	5,0	3,6	2,9	2,0	4,3	2,9	1,4
Saúde Privada	3,9	3,6	4,1	10,4	2,9	3,8	2,7

Fonte: OPS Health Situation in Americas. Basic Indicators, 2005

Tabela 6 – Médicos por 10 mil habitantes (2001)

Argentina	Brasil	Paraguai	Uruguai	Bolívia	Chile	Venezuela
32,1	20,6	5,6	39,0	7,6	11,5	20,0

Fonte: OPS Health Situation in Americas. Basic Indicators, 2005.

As diferenças nos indicadores estão relacionadas, também, aos sistemas de saúde vigente em cada país e aos respectivos padrões de financiamento. O sistema brasileiro é de natureza pública, financiado por impostos e contribuições, que remuneram ações e serviços de saúde nos níveis públicos e privados e pagam os medicamentos básicos e emergenciais. Os demais sistemas nacionais se organizam essencialmente em seguros privados, e as ações do setor público são muito limitadas. Os valores mais reduzidos de cobertura em toda a América Latina se encontram nos parceiros do Brasil no MS: Bolívia (35%), Paraguai (46%), Argentina (48%) e Uruguai (53%)³.

Quando as fronteiras se ampliam e os fluxos migratórios se expandem, os antigos sistemas nacionais podem passar à categoria de subsistemas de um sistema supranacional maior e mais complexo, e as relações que se estabelecerão entre os sistemas implicarão num maior planejamento e maiores competências de gestão. No mesmo tempo a formação de profissionais para

3. Dados da CEPAL – SERIE Políticas sociales, 2005.

atuar na nova realidade, tanto para administrar o sistema, como para assegurar um atendimento mínimo, se esbarram com a escassez dos recursos humanos e a sua concentração nas zonas urbanas e nas áreas de maior desenvolvimento econômico. A unificação dos atendimentos em saúde iria sofrer então de muitas dificuldades, como a precariedade do trabalho, a fuga dos recursos humanos para as regiões mais ricas, o deslocamento dos usuários e a conseqüente desigualdade no acesso aos cuidados médicos. As desigualdades socioeconômicas e sanitárias têm forte expressão territorial e evidenciam a importância de políticas regionais de intervenção pública.

O processo de construção da União Européia (EU) mostra, com abundantes evidências, que se a convergência constituiu-se em processos bastante factíveis e viáveis nos âmbitos das políticas econômicas, comerciais e financeiras, ela se revela muito complexa no campo das políticas sociais. Os avanços de integração social que se realizaram na Europa só foram possíveis na área da seguridade social depois que se abriu mão da estratégia de convergência pelo alto; quando a idéia do modelo unificado de proteção foi substituída por políticas pontuais de reconhecimento e compensação de direitos nacionais, de equivalências e de transferências orçamentárias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na UE, as limitações das políticas sociais parecem quase infranqueáveis. Expressões como unificação ou convergência desapareceram do discurso oficial e são substituídas pelo projeto minimalista de harmonização de políticas nacionais, que são profundamente enraizadas em fortes tradições culturais e históricas.

No MS a situação é todavia diferente e o projeto de unificação do sistema de saúde é mais factível por haver uma situação em que praticamente só o Brasil oferece realmente uma cobertura social universal, integral, pública e descentralizada com seu SUS. Nos demais países, como já foi dito, a cobertura do sistema público é bastante limitada. Como o Brasil representa mais de 80% da população do MS restrito, o SUS pode ser facilmente estendido para os parceiros.

O SUS, apesar de suas dificuldades, como as filas de espera, os hospitais lotados e mal equipados, o mau atendimento em certos setores, a falta de remédios e outros problemas, mostra ser um sistema viável em geral. Hoje ele faz muito com poucos recursos, tendo um orçamento que conta com menos de vinte reais mensais por pessoa. Com isso, realiza 2,4 consultas para cada brasileiro, em média por ano; efetua 200 milhões de exames laboratoriais e 6 milhões de ultra-sonografias; garante mais de um milhão de internações por mês. Dá assistência integral para a população de portadores do HIV e doentes de Aids, renais

crônicos e pacientes com câncer; realiza 85% de todos os procedimentos de alta complexidade do país⁴. Além de ser econômico, ele é democrático porque promove a participação popular no controle das prestações e do financiamento. A sua gestão flexível e descentralizada inclui o setor privado, admite queda de recursos nos momentos de crise econômica e facilita adaptações às diferenças regionais e nacionais. Resta aumentar seus recursos e impedir o desvio destes para outros fins (como é praxe no Brasil). A adoção do SUS para o conjunto do MS passa obviamente pela definição prévia, por acordos multilaterais, das fontes de recursos, das modalidades de remuneração, de reembolso e de complementaridade, preservando e estimulando as possibilidades de implementar modelos mistos de financiamento e operacionalização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Di Pietro Paolo, L.J. La dimensión social del MERCOSUR: Recorrido institucional y perspectivas. <http://www.iadb.org/intal/> (acessado em 16/12/2007).
- Cepal – SERIE Políticas sociales, 2005
- Draibe, Sônia Miriam, Coesão social e integração regional: a agenda social do MERCOSUL e os grandes desafios. <http://www.scielo.br/pdf/csp/v23s2/06.pdf> (acessado em 14/02/2008)
- Fundação Oswaldo Cruz, <http://www.fiocruz.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?tpl=home>. (acesso 23/03/2008)
- Holanda E.G.M. A saúde no MERCOSUL e integração regional. <http://www.ensp.fiocruz.br/parcerias/redsaulud> (acessado em 24/02/2008).
- Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor http://www.saude.sc.gov.br/cidadao/cartilha_SUS.doc (acessado em 14/02/2008)
- Lucchese G, Políticas Sociais Integradas. Questões estratégicas da integração regional para as políticas e sistemas de saúde no MERCOSUL. <http://www.ensp.fiocruz.br/parcerias/redsaulud> (acessado em 24/02/2008).
- Galo E., Costa L., (Org.) *Sistema Integrado de Saúde do Mercosul: SIS-Mercosul Uma Agenda para Integração*. Ministério da Saúde Brasil & Organização Pan-Americana da Saúde, 2004.
- Organización Panamericana de la Salud. <http://www.paho.org/spanish/dd/ais/coredata.htm>. (acesso 15/03/2008)
- Sistemas de Informação em Saúde do MERCOSUL. <http://www.mercosulsalud.org/portugues/sgt/rosgt11/index.htm> (acessado em 24/03/2008).
- OMS – Organização Mundial de Saúde, <http://www.who.int/countries/chl/fr/> (acessado em 26/03/2008).

4. Dados do Ministério da Saúde e da Fundação Oswaldo Cruz.

V.

A EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO DA MATÉRIA AMBIENTAL NO MERCOSUL

*Carlos Alberto Almeida Cerqueira Junior**

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O direito ambiental internacional – 3. Início do tratamento ambiental no Mercosul: 3.1 O Tratado de Assunção e suas diretrizes básicas – 4. Evolução do tratamento da matéria ambiental no Mercosul: 4.1. Declaração de Canela/92; 4.2 Reunião em Las Leñas/Argentina em 92: 4.2.1 Reunião Especializada em Meio Ambiente – REMA – 5. O grupo mercado comum e o subgrupo de trabalho nº 6: 5.1 O Grupo Mercado Comum; 5.2 O Sub-grupo de Trabalho nº 6 – 6. O Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre meio ambiente – 7. Acordo-quadro sobre meio ambiente do Mercosul – acordo de Florianópolis/2001 – 8. Direito ambiental do Mercosul: 8.1 As Normas ambientais do Mercosul e sua incorporação nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros – 9. Conclusão – 10. Referências

RESUMO: Nos últimos anos o meio ambiente deixou de ser encarado como uma fonte inesgotável de recursos e desvinculado da vida humana, e passou a ser relacionado com a própria qualidade de vida, integrando os direitos fundamentais do homem. O continente sul-americano em especial possui um grande patrimônio ambiental, com uma rica biodiversidade. E por estar inserido nesse contexto, nesse espaço físico cobra-se do MERCOSUL uma efetiva tutela destes bens vitais. O Presente artigo busca fazer uma análise evolutiva sobre o tratamento da questão ambiental no âmbito do MERCOSUL, suas origens, as formas de abordagem, os Tratados, Declarações, Protocolos e Acordos firmados sobre a matéria, bem como a estrutura institucional, para o trato das questões de planejamento, normativas, e executivas.

PALAVRAS CHAVES: Meio Ambiente. MERCOSUL. Acordo Quadro. Subgrupo de trabalho nº 6

RESUMEN: En los últimos años el medio ambiente dejó de ser encarado como una fuente inagotable de recursos y desvinculado de la vida humana, y pasó a ser relacionado con la propia calidad de vida, integrando los derechos fundamentales del hombre. El continente suramericano en especial posee un gran patrimonio ambiental, con una preciosa biodiversidad. Y por estar inserido en este contexto, en este espacio físico cobrase del MERCOSUR una efectiva tutela de estos bienes vitales. El presente artículo se propone a hacer una análisis evolutiva sobre el trato de las cuestiones ambientales en el ámbito del Mercosur, sus orígenes, sus formas de abordaje, los Tratados, Declaraciones, Protocolos y Acuerdos firmados sobre la materia, bien como la estructura institucional, para el trato de las cuestiones de planeamiento, normativas, e ejecutivas.

PALABRAS LLAVES: Medio Ambiente. MERCOSUR. Acuerdo Marco. Subgrupo de trabajo nº 6

* Membro do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais – Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA.

1. INTRODUÇÃO

A Terra e seus ecossistemas sempre estiveram em constante mudança. As observações e estudos científicos nos remontam à época em que supostamente existia apenas um único continente conhecido como “Pangéia”, oceanos ácidos, e uma atmosfera formada por gases tóxicos. Com a deriva continental e as mudanças climáticas, aos poucos a Terra foi tomando a forma atual, e proporcionando as condições propícias para o mitológico, ou evolutivo surgimento da raça humana.

A ocupação do espaço terrestre pelo homem e o seu domínio sobre os recursos naturais, representam um importante marco nesse processo de constante mutação terrestre. Agora não somente os fatores naturais influiriam diretamente nesse processo, mas a atuação do homem ganharia cada vez mais destaque, na alteração do “ciclo natural” das coisas.

Principalmente a partir do período da Revolução Industrial no século XVIII, o homem começou sua busca obsessiva pelo máximo aproveitamento dos recursos naturais como fonte de renda e fortalecimento dos Estados Nacionais recém formados. Pouca ou nenhuma importância foi dada para as conseqüências futuras dessa exploração e muito menos na dosagem de sustentabilidade, premissa esta, embasada nas medidas praticamente destrutivas dos ecossistemas e paisagens naturais. O professor Guido Soares relata que:

Em seu início, o século XX tinha herdado dos séculos anteriores, em especial do final do século XIX, a idéia de que o desenvolvimento material das sociedades, tal como potencializado pela Revolução Industrial, era o valor supremo a ser almejado, sem contudo, atentar-se para o fato de que as atividades industriais tem um subproduto altamente nocivo para a natureza e, em conseqüência para o próprio homem.

O aparecimento de tais conseqüências já se faz presente assim como também a preocupação do homem em frear o processo de “destruição” ambiental que ele mesmo começou. Desde meados do século XX têm acontecido, cada vez com mais intensidade e expressão, discussões cuja temática central é a relação do homem com o meio ambiente, ou seja, como promover a harmonia da parte com o todo.

Quando o homem reconhece seu papel de agente nocivo na relação com o meio ambiente, tem início um complexo processo de reflexão sobre suas ações e reações, refletindo sobre as conseqüências de seus atos, para o meio em que vive e para si próprio. Na medida em que desenvolve essa capacidade de refletir sobre o assunto, percebe-se a indissociabilidade da natureza, ou seja, o meio ambiente entendido como a junção de uma série de elementos interligados entre si, cuja relação de dependência faz de cada elemento uma parte importante do conjunto que por sua vez torna-se indissolúvel.

A responsabilidade por todos os problemas ambientais é de toda a sociedade, tendo em vista que todos praticam algum tipo de ato que acarreta numa disfunção para o meio ambiente. Somando isso aos novos conhecimentos científicos que concluem que o homem faz parte da natureza, como vemos por exemplo, na teoria evolucionista de Darwin, pela qual a raça humana tem origem no mesmo ancestral dos grandes macacos e evoluiu como todos os demais seres vivos, e ainda a Teoria de Gaia de Lovelock¹, para a qual a Terra, Gaia, é um ser vivo que pulsa em vida plena com todos os seus seres, incluindo o homem, em igualdade de condições, surgiu a necessidade do ser humano rever a sua ação predatória e conseqüentemente seu comportamento integral, fazendo com que a visão antropocêntrica que rege a conduta humana, tendo o homem como o centro do universo, começasse a perder força.²

Em meio a esta “Nova Ordem Mundial” sobre a abordagem e tratamento ambiental os atuais países membros de pleno direito do MERCOSUL (a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai, a República Oriental do Uruguai e a República Argentina) levando em conta que a questão ambiental ultrapassa fronteiras geopolíticas, estão desenvolvendo conjuntamente, projetos e planos de atuação visando proteger o meio em que vivem. É esse o objetivo deste trabalho: analisar a evolução do tratamento ambiental que vem sendo adotado pelos países do MERCOSUL, apresentando os princípios e normas comunitárias como tentativa de harmonização da legislação ambiental, e as razões para o estabelecimento de uma política comum de proteção ao meio ambiente dentro deste processo de integração regional.

2. O DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL

O direito ambiental internacional é o conjunto de princípios e regras com a finalidade de proteger o meio ambiente global e de controlar as atividades que, dentro das jurisdições nacionais, podem afetar o meio ambiente de outros Estados, ou áreas além da jurisdição nacional.³

Com lastro nessa noção de unidade ambiental, e na “filosofia” do “agir localmente, pensando globalmente” consolidou-se no Direito Internacional o “princípio do poluidor pagador” que, obriga quem poluiu a pagar pela poluição causada ou que pode ser causada, e o Princípio da Responsabilidade pelo

-
1. LOVELOCK, James E. *Gaia: um novo olhar sobre a vida*. Rio de Janeiro: Edições 70, 1987.
 2. *Direito Ambiental: O que é?* Disponível em: <http://www.aultimaarcadenoe.com.br>, no dia 18 de outubro de 2009.
 3. BIRNIE, Patricia W.; BOYLE, Alan E. *International law and the environment* New York: Oxford University Press, 1992., p. 8.

qual o poluidor, pessoa física ou jurídica, responde por suas ações ou omissões em prejuízo do meio ambiente, ficando sujeito a sanções estabelecidas. Logo, a responsabilidade por danos ambientais é objetiva.

Como consequência lógica, os Estados passaram a ser responsáveis por atos poluidores de particulares que ultrapassem a fronteira do nacional. Assim, quando a atividade econômica exercida em um país gerar danos ambientais em país diverso, o Estado onde tal atividade econômica é exercida deve ser responsabilizado por tais danos.

Esses princípios ganharam expressão no Direito Internacional a partir da Declaração de Estocolmo/72 (Adotada pela Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente), Conferência na qual foi dado o alerta para a gravidade desses riscos e danos causados. Na ocasião foi acordado que os Estados, em pleno gozo de sua soberania, têm o direito de explorar seus recursos ambientais, no entanto, a esse direito corresponde o dever de agir para que as atividades não causem prejuízo ao meio-ambiente de outros países. Trata-se, como se vê, de uma liberdade relativa ou controlada para a exploração dos recursos naturais. Por isso é de se afirmar que a soberania cria obrigações que são consequências de seus direitos. Para Valério Mazzuoli a responsabilização do Estado causador do dano:

“Trata-se de um corolário ou consequência lógica do princípio da igualdade jurídica, posto que, existe única e exclusivamente em função dela. Significa, ademais, que os Estados têm limites de atuação no plano internacional, não podendo agir de forma leviana, a seu alvedrio e a seu talante, prejudicando terceiros e trazendo desequilíbrio para as relações pacíficas entre os Estados”⁴.

Para exemplificar essa situação, um exemplo bem contextualizado é o caso de países do MERCOSUL que criaram acordos bilaterais a respeito da responsabilidade pelos danos ambientais transfronteiriços. Nesse sentido, portanto, o Acordo celebrado entre Brasil e Uruguai em 1992, cujos objetivos são: estabelecer métodos de monitoramento e de avaliação de impacto ambiental e promover a solução coordenada das questões relacionadas aos impactos ambientais. Segundo esse Acordo, ratificado pelo Congresso Nacional em 4 de maio de 1995 e promulgado pelo Decreto nº 224, de 2.6.97 DOU 3.6.1997, no caso de impacto ambiental, “cada parte Contratante será responsável pelos danos causados à outra Parte Contratante em decorrência de suas próprias atividades ou de atividades efetuadas por pessoas físicas ou jurídicas que se encontrem em território de sua jurisdição”

4. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 460.

3. INÍCIO DO TRATAMENTO AMBIENTAL NO MERCOSUL

O Mercado Comum do Sul representa, o mais importante acordo político e econômico alcançado na região latino-americana. Foi constituído em 1991, com a assinatura do Tratado de Assunção pelo Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, com o objetivo de incrementar a competitividade de seus membros instituindo uma união aduaneira a partir de 1995, e abarcando outros muitos âmbitos como a política fiscal, monetária, industrial, agrária e ambiental.

Este processo de integração gerou um nível de interdependência tal, que o jogo de interesses cruzados leva progressivamente os atores públicos e privados a atuarem num cenário político comum, que excede os aparatos políticos nacionais. Hoje o MERCOSUL conta com quatro Estados Parte: Brasil (1991), Argentina (1991), Paraguai (1991) y Uruguai (1991); e cinco Estados associados: Bolívia (1996), Chile (1996), Peru (2003), Colômbia (2004) e Equador (2004). Em especial há a situação da Venezuela.

No dia 23 de maio de 2006, os países do MERCOSUL adotaram o Protocolo de adesão da Venezuela. Mediante este Protocolo, a República Bolivariana da Venezuela aderiu ao Protocolo de Ouro Preto de 1994. Depois de sua ratificação pelos quatro membros e sua entrada em vigor, a Venezuela será membro de pleno direito do MERCOSUL.

Entre os países do MERCOSUL, o direito ambiental é tratado como questão de soberania nacional, nas Constituições de todos os seus integrantes originários (Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai). Ademais, extrai-se de suas Cartas políticas, que a exploração dos recursos ambientais deve ser acompanhada de efetivo controle a fim de se garantir um meio-ambiente saudável às gerações futuras.

Em virtude de ter como membros os dois maiores países da América do Sul, o território mercosulino compreende aproximadamente 56% do ecossistema sul-americano, que além de apresentar uma grande biodiversidade e recursos minerais, abrange importantes bacias hidrográficas, florestas, zonas costeiras, cerrados, o pampa, o chaco, o pantanal, regiões semi-desérticas e montanhas andinas.

Visando dar um maior alcance à proteção ambiental, já que o Tratado de Assunção não possui essa natureza, inseriu-se logo no Preâmbulo o entendimento do aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis e a preservação do meio ambiente, a fim de, coordenar as políticas macroeconômicas nos diversos setores da economia com a observância dos princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio.

Tendo em vista o estabelecido no Tratado de Assunção no segundo e sexto parágrafos da introdução e no artigo 5º, letra “d”, a Resolução 03/91 do Conselho do Mercado Comum (CMC) estabeleceu, a necessidade dos Acordos Setoriais contemplarem a preservação e o melhoramento do meio ambiente.

3.1 O Tratado de Assunção e suas diretrizes básicas

Para os doutrinadores do Direito Internacional, do Art. 1º do Tratado de Assunção, certidão de nascimento do MERCOSUL, extraem-se seis diretrizes básicas, que podem ser sintetizadas no objetivo da integração comercial e econômica e facilitação das relações econômicas entre os países do grupo. Tais diretrizes são: livre circulação de bens; estabelecimento de tarifa externa comum; política comercial comum em relação a Estados terceiros; coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais; políticas macroeconômicas e setoriais visando assegurar condições de concorrência entre os Estados parte; obrigação de harmonização das legislações nas áreas pertinentes.

Como é de se notar, não há normas de proteção ambiental no texto articulado do Tratado de Assunção. Mesmo assim, consideramos que o substrato jurídico para a adoção de normas ambientais encontra-se nos artigos 1º e 5º do Tratado, quando se trata da necessidade de coordenação das políticas macroeconômicas e setoriais que garantam condições de concorrência entre os Estados-Membros, no marco do compromisso pactuado por estes para harmonizar as respectivas legislações nacionais naquelas áreas pertinentes, para fortalecer o processo de integração e assegurar condições de real concorrência entre eles. Por fim, há de se considerar que o problema ambiental deve ser sempre encarado, para que sejam efetivados os princípios do Tratado, quais sejam: gradualidade, flexibilidade e equilíbrio.⁵

A fim de esclarecer o alcance de cada principio faz-se necessário explicitar o que se entende de cada um deles, em apertada síntese: Gradualidade: não criar distorções econômicas graves, ir adaptando interesses econômicos com os interesses sociais; Flexibilidade: admitir retrocessos nos ritmos impostos por situações excepcionais; Equilíbrio: impossibilidade de haver prejuízo para uma parte e benefício desmedido para outra.

5. ALBUQUEQUE, Fabíola Santos. O meio ambiente como objeto de direito no MERCOSUL. Disponível em http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_148/r148-18.pdf, no dia 18 de outubro de 2009.

4. EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO DA MATÉRIA AMBIENTAL NO MERCOSUL

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, mais conhecida como ECO-92, foi celebrada no Rio de Janeiro havia sido a maior conferência realizada pela ONU, até aquele momento histórico. Além da adoção de convenções e fixação de normas forenses, no âmbito regional, um dos seus grandes resultados foi motivar os países do Cone Sul a estabelecerem uma posição conjunta a respeito do meio ambiente, já que a partir desta os países do MERCOSUL assinaram uma série de documentos em que a questão ambiental é tratada direta e especificamente. Este posicionamento em bloco inclui a proteção da atmosfera, da diversidade biológica, a degradação dos solos, a desertificação, os bosques, os recursos hídricos, os assentamentos humanos, os recursos financeiros, o comércio internacional, o meio ambiente marinho, os resíduos perigosos e o fortalecimento institucional para o desenvolvimento sustentável. De tais diplomas produzidos abordaremos os principais logo adiante.

4.1. Declaração de Canela/92

Assinada em 21 de fevereiro de 1992 pelos quatro Estados Parte juntamente com o Chile, a Declaração de Canela, pode ser considerada como o primeiro documento acerca da matéria ambiental posterior ao Tratado de Assunção.

Ficou estabelecido que: As operações comerciais devem incluir os custos ambientais causados nas etapas produtivas sem transferi-los às gerações futuras. Desta forma, o ônus ambiental refletiria nos intercâmbios comerciais, objetivando não somente o “lucro econômico”, como também o “lucro” ou “não prejuízo” ambiental nas transações. O posicionamento adotado está intimamente ligado à finalidade de proteção do meio ambiente, não tendo nenhuma pretensão de se constituir como barreira ou entrave comercial.

Ficou acordado que haverá o respeito às soberanias, mas simultaneamente também, a previsão de responsabilidades por danos ambientais eventualmente ocorridos. Nesse aspecto, estabeleceu-se que será resguardada a soberania da diversidade biológica e das florestas, na medida em que se afirma que os recursos biológicos são inequivocamente recursos naturais de cada país e, portanto, sobre eles é exercida a soberania nacional.

Até este momento, não havia nenhum Sub-grupos de Trabalho do Grupo Mercado Comum (GMC), órgão executivo do MERCOSUL, encarregado de tratar especificamente da matéria ambiental, que era tratada de forma secundária à temática de cada um. Por exemplo: O sub-grupo de trabalho nº 8 que

trata da política agrícola tratava dos temas ambientais relacionados com a agricultura, e assim acontecia com cada sub-grupo.

Como indicador da evolução e destaque da matéria ambiental no âmbito do Bloco, na II Reunião de Presidentes do MERCOSUL, celebrada em Las Leñas, Argentina, em de junho de 1992, decidiu-se pela criação da Reunião Especializada em Meio Ambiente – REMA, através da Resolução nº 22/92.

4.2 Reunião em Las Leñas/Argentina em 92

A reunião em Las Leñas representou um marco na valorização da temática ambiental no âmbito mercosulino, principalmente devido a criação do Subgrupo de Trabalho n. 6, órgão cuja competência é exclusiva para tratar do meio-ambiente; e também pelo fato de na ocasião, terem sido lançadas metas para o MERCOSUL, muitas das quais versavam sobre temas ambientais.

As inquietações com o meio ambiente fez surgir, no final de 1992, as Reuniões Especiais do Meio Ambiente (REMA) teleologicamente criadas com o fito de analisar as legislações vigentes nos Estados parte e propor recomendações ao GMC, órgão executivo, a fim de transformá-las em resoluções. A REMA encontrou-se apenas em poucas ocasiões no período de um ano (novembro de 93 a novembro de 94) e dentre as recomendações produzidas destaca-se aquela que se tornou a Resolução 10/94 que indica as “Diretrizes Básicas em Matéria de Política Ambiental” que viria a ser a semente do Protocolo Adicional sobre o Meio Ambiente.

4.2.1 Reunião Especializada em Meio Ambiente – REMA

A professora Leila Devia, parafraseada por Antonio de Jesus da Rocha Freitas Junior, delimita os objetivos gerais e específicos da Reunião Especializada em Meio Ambiente:

“Los objetivos generales de la REMA consistieron en la formulación de recomendaciones al Grupo Mercado Común (GMC), tendientes a asegurar una adecuada protección del medio ambiente en El marco del proceso de integración. Los objetivos específicos fueron: contribuir a establecer en materia ambiental condiciones adecuadas de competitividad entre los Estados parte y adecuada competitividad externa de los productos originarios del MERCOSUR.”⁶

Apesar da grande expectativa, a mítica Reunião Especializada em Meio Ambiente – REMA se reuniu apenas cinco vezes. O primeiro encontro foi sediado em Montevidéu, Uruguai, em 1993, quando foi proposta a identifica-

6. FREITAS JUNIOR, Antonio de Jesus da Rocha. *Globalização, integração regional e meio ambiente do MERCOSUL* in FERRAZ, Daniel Amin (Coord.). *Manual de integração regional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.379.

ção e avaliação das legislações-marco de caráter instrumental ou de alcance geral, a identificação de temas prioritários em matéria de legislação ambiental e a recopilação e avaliação de normas nacionais, provinciais ou locais nas áreas limítrofes. Na segunda reunião, celebrada em Buenos Aires, em 1994, foi apresentada pela República Argentina um plano de Diretrizes Básicas em Matéria de Política Ambiental, e proposta a análise das legislações dos Estados-Membros sobre resíduos no Marco do Convenio de Basiléia de 1989, sobre transporte trans-fronteiriço de resíduos perigosos e a sua eliminação, com o objetivo de estabelecer soluções comuns em nível de bloco. Ainda durante esse segundo encontro, foi elaborada uma Recomendação sobre a necessidade de concretizar instrumentos legais para as atividades com possibilidade de gerar impacto ambiental negativo nos ecossistemas compartilhados.⁷

Celebrada em Brasília, em 1994, a terceira Reunião, teve como pauta a aprovação das Diretrizes Básicas em matéria de Política Ambiental, através da Resolução nº 10/94 do Grupo Mercado Comum. Em apertada síntese, Antonio de Jesus⁸ relata os indicadores fixados para a política ambiental do MERCOSUL, que recomendam:

- a) A harmonização das legislações ambientais dos países membros;
- b) Assegurar as condições equânimes de competitividade entre os membros do bloco através da inclusão do custo ambiental;
- c) Garantir a adoção de praticas degradantes;
- d) Adotar o manejo sustentável no aproveitamento dos recursos naturais renováveis;
- e) Assegurar a obrigatoriedade da avaliação de impacto ambiental;
- f) Assegurar a minimização e/ou a eliminação de contaminantes a partir da adoção e desenvolvimento de tecnologias apropriadas, limpas e de reciclagem, ademais de tratar adequadamente os resíduos sólidos, líquidos e gasosos;
- g) Assegurar o menor grau de deteriorização ambiental nos processos produtivos regionais e nos produtos de intercambio;
- h) Harmonizar os procedimentos legais e/ou institucionais para o licenciamento / habilitação ambiental, e monitorizar as atividades que possam gerar impactos ambientais em ecossistemas compartilhados;
- i) Coordenar os critérios ambientais comuns tanto na negociação como na implementação dos atos internacionais de incidência do MERCOSUL;
- j) Fortalecer as instituições para a gestão ambientalmente sustentável, através do aumento da informação ambiental para a tomada de decisões;
- l) Desenvolver o turismo interno do MERCOSUL com equilíbrio ambiental.”

7. FREITAS JUNIOR, Antonio de Jesus da Rocha. Op. cit., p.379-380.

8. FREITAS JUNIOR, Antonio de Jesus da Rocha. *Ibidem*. p.380-381.

Do exposto resta claro que as Diretrizes Básicas em Matéria de Política Ambiental, além da promoção da adoção de normas que garantam as condições equânimes de competitividade, enfatizam a necessidade de harmonizar sem igualar, isto é, harmonizar a legislação ambiental dos Estados-Membros sem padronizá-las, considerando as peculiaridades de cada um e de seus respectivos ecossistemas.

Em seu trabalho: “*O estabelecimento de uma política comum de proteção do meio ambiente: sua necessidade num mercado comum.*” a professora Martha Lucia Olivar Jiménez destaca diversas justificativas para fundamentar o estabelecimento de uma política comum de proteção ambiental dentro de um processo de integração regional, dentre as quais merecem destaque:

- “a) o fato de que a poluição não respeita os limites nacionais,
- b) que a livre circulação de mercadorias e a livre concorrência empresarial, princípios básicos para a constituição de um mercado comum, podem ser alteradas pela adoção de políticas divergentes em matéria ambiental,
- c) no caso específico do MERCOSUL, o Tratado de Assunção possui como um dos seus objetivos a melhora das condições de vida de suas populações, e para isso é necessário um ambiente saudável,
- d) e por fim, a coordenação de uma política comum de bloco nos diversos foros internacionais, resultará em um fortalecimento de sua posição na comunidade internacional.”⁹

No mesmo ano, a capital paraguaia foi anfitriã da quarta reunião. Na ocasião foram propostas mudanças no Código Aduaneiro do MERCOSUL, referentes a mercadorias que expõem a perigo a segurança pública e a saúde ou a vida de pessoas, animais ou plantas, para propor que nestes casos intervenha a autoridade ambiental competente. No mesmo evento, a República Argentina comunicou oficialmente sua reforma constitucional, que incorporou de maneira expressa a tutela ambiental, e reduziu as diferenças com relação ao Brasil, que desde 1988 possui a tutela constitucional do ambiente.

Com a entrada em vigor do Protocolo de Ouro Preto o MERCOSUL passou a funcionar com uma nova estrutura institucional, agora dotado de personalidade jurídica internacional. Neste contexto, a continuidade, ou não, da REMA tornou-se um dilema.

Logo em junho de 1995 na reunião de Ministros do Meio Ambiente do MERCOSUL em Montevidéu, foi aprovada a Declaração de Taranco. Os signatários reconheciam a necessidade de reforçar o marco institucional para o

9. JIMENEZ, Martha Lucia Olivar Jiménez *O estabelecimento de uma política comum de proteção do meio ambiente: sua necessidade num mercado comum.* Brasília: ABEI, 1994.

tratamento da temática ambiental no MERCOSUL; dando ênfase a dinamização do processo de articulação interna dos respectivos países. Para alcançar tal meta, restou imprescindível a inclusão da temática ambiental no mais alto nível de discussão, com o entendimento que harmonizar não implica na criação de uma legislação única, mas sim na eliminação eventuais assimetrias e redução das possíveis divergências. Neste sentido, foi considerado conveniente transformar a REMA em um subgrupo de Trabalho do GMC.

5. O GRUPO MERCADO COMUM E O SUBGRUPO DE TRABALHO Nº 6

5.1 O Grupo Mercado Comum

O Grupo Mercado Comum (GMC) foi criado através do Tratado de Assunção (artigos 13-15), mas só adotou sua atual estrutura e funções com o Protocolo de Ouro Preto (artigos 10-15). O GMC é responsável por fixar os programas de trabalho, e de negociar acordos com terceiros em nome do MERCOSUL, por delegação expressa do Conselho do Mercado Comum (CMC). Como órgão decisório executivo do MERCOSUL, se pronuncia através de Resoluções, e está integrado por representantes dos Ministérios de Relações Exteriores e de Economia, e dos Bancos Centrais dos Estados Parte.

É o GMC que executa as decisões do CMC. Em seu âmbito se desenvolvem os Subgrupos de Trabalho (SGT), organismos dependentes do mesmo, encarregados de analisar e propor decisões sobre todas as questões relacionadas com a integração, com exceção dos temas alfandegários que correspondem à Comissão de Comercio do MERCOSUL (CCM). Suas normas se denominam Resoluções e são de aplicação obrigatória em todos os países membros.

O Grupo Mercado Comum instituiu dentro do MERCOSUL, o Subgrupo de Trabalho nº 6 de Meio Ambiente, o qual sustenta os já mencionados princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio definidos no Tratado constitutivo (de Assunção), os princípios emanados da “Declaração de Canela” e a necessidade de promover o desenvolvimento sustentável.

No período de transição existiu uma Comissão de Meio Ambiente no Subgrupo de Trabalho nº 7 “Política Industrial y Tecnológica” criada pela Resolução nº 5/93. Esta Comissão elaborou a matriz comparativa das legislações, o Projeto de Assistência Técnica para Meio Ambiente e por sua Recomendação nº 20/93 instou ao CCT a aprovação de um Projeto de Cooperação para Meio Ambiente.

5.2 O Sub-grupo de Trabalho nº 6

Lastreado nos princípios da gradualidade, flexibilidade e equilíbrio instituídos no Tratado de Assunção e demais acordos, celebrados no âmbito do

MERCOSUL, instituiu-se o Subgrupo nº 6 do Meio Ambiente com o fito de continuar a harmonização das legislações ambientais dos Estados parte.

A partir da Resolução 38/95¹⁰, foram estabelecidas as metas e prazos desse grupo, e aprovada a inserção na agenda de discussão da elaboração de um Protocolo Adicional de Meio Ambiente. Tais metas são:

“a) Restrições não-tarifárias: análise das medidas não-tarifárias relacionadas ao Meio Ambiente e determinação do seu tratamento.

b) Competitividade e meio ambiente: contribuir para estabelecer em matéria ambiental condições de adequada competitividade entre os Estados-Partes e entre estes e terceiros países e/ou esquemas de integração regional. Promover estudos que atendam à valoração do custo ambiental no custo total do processo produtivo, de modo que permita condições equânimes de proteção ambiental e competitividade

c) Normas Internacionais – ISO 14.000: elaboração e implementação da série como fator favorável para a competitividade dos produtos oriundos do MERCOSUL no mercado internacional.

d) Temas Setoriais: analisar as propostas levantadas pelos demais Subgrupos em reuniões especializadas.

e) Instrumento Jurídico de meio ambiente no MERCOSUL: elaboração de um documento que tomará como referencia os ordenamentos legais nacionais, temas específicos de gestão ambiental, tendo como objetivo a otimização dos níveis de qualidade ambiental nos Estados-Partes;

f) Criação de um sistema de informação ambiental: implementação de um sistema de informação ambiental substantiva entre os Estados-partes. (Na Reunião de 6 a 8 de agosto de 1996, o Sub-grupo de Trabalho nº 6 – Meio Ambiente criou um Grupo Ad-Hoc, responsável pelo Sistema de Informação Ambiental do MERCOSUL).

g) Selo verde MERCOSUL: desenvolvimento e formalização de um sistema de certificação ambiental comum.”¹¹

No âmbito nacional, os organismos locais responsáveis pela coordenação e atividades do Subgrupo são: na *Argentina*, o Ministerio de Desarrollo Social – Secretaria de Ambiente y Desarrollo Sustentable – SayDS; no *Brasil*, Ministério do Meio Ambiente – Secretaria de Qualidade Ambiental nos Assentamentos Humanos; no *Paraguai*, a Secretaría Del Ambiente – SEAM; no *Uruguai*, o Ministerio de Vivienda, Ordenamento Territorial y Medio Ambiente – MVOTMA.

10. Disponível em <http://www.mercosur.int> no dia 18/10/2009

11. FREITAS JUNIOR, Antonio de Jesus da Rocha. Op. cit., p.385-386.

6. O PROTOCOLO ADICIONAL AO TRATADO DE ASSUNÇÃO SOBRE MEIO AMBIENTE

Devido a suas, mundialmente conhecidas, riquezas naturais e grande biodiversidade, o MERCOSUL sempre careceu de um documento único, para amenizar as divergências e harmonizar as legislações nacionais. Tal Instrumento daria um novo impulso ao Direito Ambiental dos Estados Partes, otimizando os níveis de qualidade ambiental e servindo como modelo para o ordenamento jurídico local. Resta portanto, plenamente justificada a prioridade de criação de um “Instrumento Jurídico de Meio Ambiente no MERCOSUL” dentre as tarefas do 6º Subgrupo de Trabalho.

Dito instrumento tem como fundamento as diretrizes básicas em matéria de política ambiental listadas na Resolução 10/94¹² do GMC. De um modo geral traz as diretrizes em seu conteúdo: a harmonização das legislações; a aplicação do desenvolvimento sustentável no MERCOSUL; adoção de políticas de fiscalização de atividades potencialmente causadores de impacto ambiental; incentivo a estudos e tecnologias para a diminuição da emissão de poluentes; o fortalecimento das instituições que garantem a gestão ambiental e a aplicação desses princípios também na área turística.

O Subgrupo nº 6 só foi elaborar o “Projeto de Decisão relativo ao Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre Meio Ambiente” três anos após a adoção das diretrizes básicas, em junho de 1997. Esse projeto foi apresentado ao GMC através da Recomendação 4/97, porém, devido a sua má formulação, acabou por não ser votado, apesar de ter sido levado para discussão em várias reuniões.

Dada sua rigidez, este protocolo poderia criar situações e barreiras não-alfandegárias que iriam contra o espírito e objetivos do Tratado constitutivo. As principais críticas dirigidas ao projeto foram: a) a imprecisão na terminologia utilizada; b) a desordem na estruturação dos temas; c) e a carência a respeito de temas importantes.

- a) A imprecisão era uma forte característica do projeto, que como no exemplo abaixo, deixou em aberto e omitiu informações imprescindíveis. Uma primeira falha aparente é a referência a utilização das definições elencadas nos Tratados assinados pelos países membros, porém não referia especificadamente se seriam os ratificados em comum ou separadamente pelos Estados Partes. A segunda diz respeito à falta de definições. O rol de definições

12. Disponível em <http://www.mercosur.int> no dia 18/10/2009

utilizado era muito escasso em relação ao número de termos empregados. Essas deficiências acabavam por restringir a eficácia do próprio documento, ao dificultar seu manejo e aplicação por técnicos e cidadãos.

- b) A ordenação dos artigos, capítulos e títulos não era apropriada. Como por exemplo, o caso encontrado no Título II, no qual os Capítulos II e III poderiam estar em ordem inversa, já que os objetivos (Capítulo III) deveriam preceder os princípios (Capítulo II), pois estes se baseiam no campo daqueles.
- c) As carências relativas a temas de extrema importância foram analisadas pelo Subgrupo de Trabalho Meio Ambiente do Foro Consultivo Econômico e Social (FCES – Seção Uruguai). O trabalho indicou a necessidade de inclusão do tratamento jurídico das atividades nucleares em suas diversas aplicações, o zelo pela saúde ambiental (saúde, higiene e segurança nos processos produtivos), o controle ambiental das práticas e exercícios militares e a instituição de contas patrimoniais.

Mesmo com todas as críticas e imperfeições técnicas, o Projeto Adicional do Meio Ambiente, foi muito ousado, pois, nos seus mais de oitenta artigos, estabelecia definições de dano ambiental, emergência ambiental e avaliação de impacto ambiental que, direta e indiretamente, abarcam toda a área do Direito Ambiental.

Como já mencionado, o Protocolo Adicional do Meio Ambiente não foi aprovado. Conforme explanado por especialistas, o referido Protocolo, apesar de discutido em vários episódios pelos representantes dos governos, era carente e impreciso, tanto na terminologia quanto na estruturação e no conteúdo. Destarte, como pode se observar, existiu, o persistente incentivo de adoção do Protocolo pelo Brasil em contraposição da resistência de outros países. Como a legislação brasileira é muito avançada em questões ambientais, deveria ser observado se este não resultaria em um retrocesso da política ambiental brasileira.

Porém, mesmo diante das falhas apresentadas e da tentativa frustrada de implementação, o Protocolo serviu de incentivo aos governos dos Estados Partes do bloco, conquanto que as diversas discussões a este respeito resultaram no atual Acordo Quadro sobre o Meio ambiente, que busca implementar princípios e instrumentos ambientais.

7. ACORDO-QUADRO SOBRE MEIO AMBIENTE DO MERCOSUL – ACORDO DE FLORIANÓPOLIS/2001

Assinado em março de 2001 na IV Reunião Extraordinária do SGT nº 6, ocorrida em Florianópolis e ratificado em 2004, o Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente do MERCOSUL é até então o documento mais relevante sobre o

tema ambiental no âmbito comunitário. Este importante Acordo foi o resultado da união das propostas de um Anteprojeto da Delegação argentina e da brasileira para a criação de um instrumento jurídico ambiental para o MERCOSUL, que sintetizasse as definições e princípios sobre os quais acredita ser consenso entre as Delegações, deixando para o futuro a discussão de temas setoriais e acordos específicos que ficariam subordinados ao Acordo.

No Preâmbulo do presente Acordo, as Repúblicas argentina, brasileira, paraguaia e uruguaia, reafirmam a necessidade de proteger o meio ambiente e a utilização sustentável dos recursos naturais, procurando melhorar a qualidade de vida e o desenvolvimento econômico, social e ambiental sustentável e a importância da cooperação entre os países membros do bloco.

Importante destacar que os Estados Partes reafirmam os preceitos do desenvolvimento sustentável, ou seja, aquele desenvolvimento que atende as necessidades do momento sem comprometer a habilidade das futuras gerações atenderem suas necessidades,¹³ preconizados na Agenda 21, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, analisando a possibilidade de instrumentalizar a aplicação dos princípios da Declaração do Rio de Janeiro, de 1992.

Os signatários reconheceram a imprescindibilidade das políticas comerciais conterem o intuito de preservar o meio ambiente com adoção de políticas comuns e a participação da sociedade civil. A preocupação ambiental também atinge âmbitos comerciais, ultrapassando questões meramente sociais, pois “a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: *a qualidade da vida*”¹⁴.

Apesar do inquestionável avanço, o Acordo de Florianópolis incorre novamente em erro ao instituir antecipadamente os princípios ao objetivo, o qual é “a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável mediante a articulação entre as dimensões econômica, social e ambiental, contribuindo para uma melhor qualidade do meio ambiente e de vida das populações”.

Por meio deste Acordo, elaborou-se uma verdadeira política ambiental para o grupo. Estabeleceram-se seis princípios gerais, são eles:

- a) promoção da proteção do meio ambiente e aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis mediante a coordenação de políticas setoriais, com base nos princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio;

13. SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

14. SILVA, José Afonso da. Op. cit.

- b) incorporação da componente ambiental nas políticas setoriais e inclusão das considerações ambientais na tomada de decisões que se adotem no âmbito do MERCOSUL para fortalecimento da integração;
- c) promoção do desenvolvimento sustentável por meio do apoio recíproco entre os setores ambientais e econômicos, evitando a adoção de medidas que restrinjam ou distorçam de maneira arbitrária ou injustificável a livre circulação de bens e serviços no âmbito do MERCOSUL;
- d) tratamento prioritário e integral às causas e fontes dos problemas ambientais;
- e) promoção da efetiva participação da sociedade civil no tratamento das questões ambientais;
- f) fomento à internalização dos custos ambientais por meio do uso de instrumentos econômicos e regulatórios de gestão.

O objeto deste Acordo é o desenvolvimento sustentável e a proteção ambiental, mediante a articulação das dimensões econômica, social e ambiental, contribuindo a uma melhor qualidade do ambiente e de vida da população. (art. 4º).

O desenvolvimento sustentável passou a ser tratado como diretriz de planejamento público e privado. Tal tratamento fica muito claro no Capítulo III onde é feito um direcionamento das ações que devem ser implementadas, para maior integração econômico-normativa das quais destacamos: o intercâmbio de informações sobre leis, regulamentos, procedimentos, políticas e práticas ambientais, assim como seus aspectos sociais, culturais, econômicos e de saúde, em particular aqueles que possam afetar o comércio ou as condições de competitividade no âmbito do MERCOSUL; identificação de fontes de financiamento para o desenvolvimento das capacidades dos Estados Partes, visando a contribuir com a implementação do presente Acordo; promover a educação ambiental formal e não formal e fomentar conhecimentos, hábitos de conduta e a integração de valores orientados às transformações necessárias ao alcance do desenvolvimento sustentável no âmbito do MERCOSUL; contribuição para promover ambientes de trabalho salubres; incentivo de pesquisa e geração de tecnologias limpas.

Além disso, no acordo, a prevenção integral dos danos tem prioridade sobre a reparação. Vê-se, também, que os princípios devem ser fiscalizados pela sociedade, tendo as comunidades envolvidas papel primordial no tratamento das questões ambientais. E, o desenvolvimento sustentável do MERCOSUL deve ser alcançado com a cooperação dos países-membros e com a participação da sociedade civil, associações ou grupos sociais (art. 4º e 5º). Destarte, nota-se uma convergência dos princípios firmados na Declaração do Rio em

92, manifestada sobretudo na preocupação de o MERCOSUL não simplesmente se desenvolver economicamente, mas de forma sustentável, preservando o meio-ambiente.

Para a resolução de controvérsias e dúvidas quanto à aplicação, interpretação ou descumprimento das disposições contempladas no presente Acordo, o mesmo confere competência para ao Sistema de Solução de Controvérsias vigente no MERCOSUL, diferentemente do previsto no Protocolo Adicional de Meio Ambiente que apontava somente a negociação diplomática direta.

A ausência de cláusulas auto-executivas, não significa que o Acordo seja um avanço pequeno, pois transcende dele mesmo o fato de regionalizar direitos ambientais, outorgando direitos de proteção ambiental a qualquer cidadão do bloco.

Em Julho de 2004 foi criada a Reunião especializada de Ministros do Meio Ambiente com o objetivo de aplicar o Acordo Florianópolis e de dar a direção política ao Programa em matéria de meio ambiente do MERCOSUL. Também em 2004 o Conselho do Mercado Comum adotou a Decisão 14/04 relativa ao Protocolo Adicional ao Acordo Marco do Meio Ambiente em matéria de Cooperação e Assistência diante de Emergências Ambientais. O Protocolo aspira assegurar que os Estados Partes, através de seus Pontos de foco, prestem-se cooperação recíproca e assistência quando se produza uma emergência que tenha conseqüências efetivas ou potenciais no meio ambiente ou na população de seu próprio território ou de outro Estado Parte.

8. DIREITO AMBIENTAL DO MERCOSUL

Antes da adoção do Protocolo de Ouro Preto, em 17 de dezembro de 1994, a efetividade nas normas do MERCOSUL eram muito incertas, não havia muita segurança quanto a validade ou a obrigatoriedade das normas emanadas dos seus órgãos. De fato, apesar do Tratado constitutivo ser o de Assunção, só vamos encontrar, com mais clareza, as fontes jurídicas do MERCOSUL, no artigo 41 do Protocolo de Ouro Preto, que estabelece:

Artigo 41 – As fontes jurídicas do MERCOSUL são:

- I. O Tratado de Assunção, seus protocolos e os instrumentos adicionais ou complementares;
- II. Os acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção e seus protocolos;
- III. As Decisões do Conselho do Mercado Comum, as Resoluções do Grupo Mercado Comum e as Diretrizes da Comissão de Comércio do MERCOSUL, adotadas desde a entrada em vigor do Tratado de Assunção.

Deste modo, com a entrada em vigor do Tratado de Assunção e com o aprimoramento feito pelo Protocolo de Ouro Preto, cria-se o sistema de

normas supranacionais do MERCOSUL. Através de seus órgãos resolutivos, por consenso e presença dos Estados-Membros, o MERCOSUL produz o seu direito: O Conselho do Mercado Comum – CMC adota Decisões, o Grupo Mercado Comum – GMC adota Resoluções e a Comissão de Comercio do MERCOSUL – CCM adota Diretivas. Assim nos encontramos com as fontes do direito regional e seu corpo jurídico.¹⁵

De acordo com o artigo 42 do Protocolo de Ouro Preto, as normas jurídicas adotadas pelos três órgãos resolutivos são de natureza obrigatória para cada Estado-Membro do MERCOSUL:

Artigo 42 – As normas emanadas dos órgãos do MERCOSUL previstos no Artigo 2º deste Protocolo terão caráter obrigatório e deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada país.

Apesar do reconhecimento e autoridade dos seus órgãos comunitários, as normas do MERCOSUL não são de aplicação direta nos Estados-Membros. Para que possam ter eficácia para os cidadãos no âmbito nacional, elas passam por um procedimento de incorporação aos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais. De maneira que estas normas não são obrigatórias para os habitantes, senão para os Estados, que devem aplicar essa obrigatoriedade a seus cidadãos, através da incorporação destas a seus respectivos ordenamentos jurídicos.

8.1 As Normas ambientais do MERCOSUL e sua incorporação nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros

Conforme dispõe o Protocolo de Ouro Preto/94, o processo de vigência simultânea das normas do MERCOSUL nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Parte deve respeitar a seguinte tramitação:

Artigo 40 – A fim de garantir a vigência simultânea nos Estados Partes das normas emanadas dos órgãos do MERCOSUL previstos no Artigo 2 deste Protocolo, deverá ser observado o seguinte procedimento:

- i) Uma vez aprovada a norma, os Estados Partes adotarão as medidas necessárias para a sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional e comunicarão as mesmas à Secretaria Administrativa do MERCOSUL;
- ii) Quando todos os Estados Partes tiverem informado sua incorporação aos respectivos ordenamentos jurídicos internos, a Secretaria Administrativa do MERCOSUL comunicará o fato a cada Estado Parte;
- iii) As normas entrarão em vigor simultaneamente nos Estados Partes 30 dias após a data da comunicação efetuada pela Secretaria Administrativa do

15. FREITAS JUNIOR, Antonio de Jesus da Rocha. Op. cit.. p.391.

Mercosul, nos termos do item anterior. Com esse objetivo, os Estados Partes, dentro do prazo acima, darão publicidade do início da vigência das referidas normas por intermédio de seus respectivos diários oficiais.

No atual estágio do MERCOSUL, encontram-se Decisões e Resoluções que foram adotadas principalmente pela necessidade de harmonizar as distintas legislações ambientais dos Estados-membros, e pela necessidade de se coordenar as políticas setoriais. Porém, não se verifica a existência de um Direito Ambiental do MERCOSUL, porquanto, nada obstante os princípios básicos já assentados pelo Acordo-Quadro, o acervo normativo ambiental do bloco é ainda tímido.

9. CONCLUSÃO

A necessidade de uma regulamentação da matéria ambiental vem ganhando cada vez mais espaço graças a visível degradação ambiental e à projeção de uma sombrio futuro planetário. A adoção de políticas “verdes” no âmbito supranacional vem surgindo como uma forma de abrandar as conseqüências de séculos de exploração desenfreada dos recursos naturais. A superação do antagonismo entre crescimento econômico e meio ambiente abre espaço ao novo conceito de desenvolvimento sustentável, como aquele que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras satisfazerem as suas, estabelecendo-se um dever moral e legal, para que as gerações atuais possam transferir esse “patrimônio” ambiental às gerações que nos sucederem, e nas melhores condições, no sentido de se proteger o meio ambiente, como se assumissem uma obrigação, para que possa existir um futuro sadio e equilibrado para todo o planeta.

A questão ambiental merece um tratamento, também no contexto dos processos de integração econômica. A fim de não criar situações de distorção da concorrência entre os países, é imprescindível harmonizar a regulamentação ambiental nos membros de um esquema de integração regional buscando eliminar as assimetrias que possam existir.

O MERCOSUL, por compreender uma imensurável biodiversidade, tem o dever de assumir o papel de protagonista no trato da questão ambiental na região, não só pensando no interesse das presentes gerações, como igualmente nas futuras. Neste aspecto *animus* de preservar o meio ambiente apresenta-se expresso no preâmbulo do Tratado de Assunção. No decorrer do processo de integração, os trabalhos da REMA e, posteriormente, do Subgrupo nº 6, demonstraram a necessidade de regulamentação específica de matéria ambiental, o que gerou o Protocolo Adicional do Meio Ambiente. Entretanto, sua ousadia e falhas na disposição do texto, fizeram com que o mesmo não fosse aprovado.

Os debates acerca do Protocolo Adicional culminaram no atual Acordo Quadro Sobre Meio Ambiente, o qual veio inaugurar uma nova fase do tratamento do meio ambiente, objetivando uma implementação gradativa e setorial de princípios e instrumentos ambientais, abandonando o imponderado ideal do Protocolo pretérito. Nas últimas reuniões do MERCOSUL a extensão das discussões sobre meio ambiente para toda esfera econômica e social, já é um sinal dessa mudança de paradigma, a medida na qual promove a conscientização da sociedade, proporcionada com a implementação da educação ambiental e divulgação de informações ambientais.

A legislação ambiental gerada a partir da estrutura institucional do MERCOSUL, na verdade são Decisões e Resoluções que foram adotadas principalmente pela necessidade de harmonizar as distintas legislações ambientais dos Estados-membros, e pela necessidade de coordenar as políticas setoriais.

A omissão e o desprezo dos governantes e a não conscientização da própria sociedade acerca da urgência da tutela ambiental, não nos permite constatar a existência de um Direito Ambiental no MERCOSUL, haja vista a existência de divergências, imprecisões e assimetrias nas legislações ambientais dos Estados Partes.

O arcabouço jurídico-normativo para o tratamento da questão ambiental no bloco é tímido, mas já permite uma progressiva visualização da incidência da matéria, através do trabalho regulador dos seus institutos. As lacunas e antinomias existentes entre as legislações nacionais devem ser preenchidas e solucionadas, respectivamente, pela norma comunitária, através de suas Decisões e Resoluções, que gradativamente vão solidificando as bases para um Direito Ambiental do MERCOSUL.

Pela própria natureza de mercado comum, os principais objetivos do MERCOSUL são eminentemente econômicos. Porém, em virtude de compromisso assumido no preâmbulo do Tratado de Assunção, e em sede de tratados bilaterais e convenções internacionais, tais objetivos devem ser alcançados com a observância de políticas de sustentabilidade. A busca pelo crescimento econômico da região da lugar a noção de desenvolvimento gradual e equilibrado, abrangendo aspectos sociológicos, políticos e evidentemente ambientais, simbioticamente.

A implementação de normas regionais de proteção ambiental, aprovadas por consenso por todos os Estados-membros do bloco, será fruto das posturas adotadas por cada um para o aprimoramento no trato da matéria. O compartilhamento a nível comunitário, de avanços e conquistas nos âmbitos nacionais, através de políticas de cooperação conseqüentemente gerará uma efetiva integração regional, uma regulamentação legítima, viva e eficaz.

10. REFERÊNCIAS

- ACORDO-QUADRO SOBRE MEIO AMBIENTE DO MERCOSUL Disponível em <<http://www.mercosur.int>> no dia 18/10/2009
- ALBUQUEQUE, Fabiola Santos. *O meio ambiente como objeto de direito no MERCOSUL*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/riil/Pdf/pdf_148/r148-18.pdf>, Acesso em 18/10/2009.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005
- BIRNIE, Patricia W.; BOYLE, Alan E. *International law and the environment* New York: Oxford University Press, 1992., p. 8.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em <<http://www.mma.gov.br>> Acesso em 18/10/2009
- DECLARAÇÃO DE CANELA 1992 Disponível em <<http://www.mercosur.int>> no dia 18/10/2009
- FREITAS JUNIOR, Antonio de Jesus da Rocha. *Globalização, integração regional e meio ambiente do MERCOSUL* in FERRAZ, Daniel Amin (Coord.). *Manual de integração regional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- JIMENEZ, Martha Lucia Olivar Jiménez *O estabelecimento de uma política comum de proteção do meio ambiente: sua necessidade num mercado comum*. Brasília: ABEI, 1994.
- LOPES, Fernando Augusto Montai Y; BELINCANTA, Fernando César. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3305>>. Acesso em: 12/10/2009.
- LOVELOCK, James E., *Gaia: um novo olhar sobre a vida*. Rio de Janeiro: Edições 70, 1987.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MERCOSUL. Disponível em: <[mercosur.int](http://www.mercosur.int)> Acesso em 18/10/09.
- MERCOSUL. *Sistema de Informação Ambiental do MERCOSUL*. Disponível em: <siam.mma.gov.br> Acesso em 18/10/09.
- MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente, doutrina, jurisprudência, glossário*. 4ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*. São Paulo, Fiuza, ano 1.
- PROTOCOLO DE OLIVOS 2002 Disponível em <<http://www.mercosur.int>> no dia 18/10/2009
- PROTOCOLO DE OURO PRETO 1994 Disponível em <<http://www.mercosur.int>> no dia 18/10/2009
- SANTOS, Antonio Silveira dos. *DIREITO Ambiental: O que é?* Disponível em: <<http://www.ultimaarcadenoe.com.br>> Acesso em: 18/10/2009.
- SCHEIBE, Virginia Amaral da Cunha. *O Direito Ambiental no Mercosul*. In: *Revista de Direito Ambiental*, ano 6, nº 23, pg 125 a 162. São Paulo: editora RT, julho/set/2001.
- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2001.

TRATADO DE ASUNCIÓN 1991 Disponível em <<http://www.mercosur.int>> no dia 18/10/2009

UNIAO EUROPEIA. Documento Estratégico Regional 2007-2013. Disponível em <ec.europa.eu/external_relations/mercosur/rsp/07_13_pt.pdf> Acesso 01/10/09

VI.

CONTROVÉRSIAS RELATIVAS À REGULAÇÃO, POR MEIO DE TRATADOS, DE MATÉRIA TRIBUTÁRIA ORDINARIAMENTE DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DOS ESTADOS BRASILEIROS: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO “TRATAMENTO NACIONAL” AO MERCOSUL

*Christiane Andrade Alves**

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A circulação de mercadorias intra-bloco. Princípio do “tratamento nacional” no Mercosul (art. 7º, Tratado de Assunção) – 3. Implicações decorrentes da aplicação do princípio do “Tratamento Nacional” no Brasil relativamente à circulação de mercadorias: 3.1 O federalismo fiscal brasileiro; 3.2 A competência tributária dos Estados; 3.3 Tratados firmados no âmbito do Mercosul e ICMS: 3.3.1 Arts. 151, III e 155, II da Constituição Federal e o art. 98 do Código Tributário Nacional: 3.3.1.1 O dissenso doutrinário; 3.3.1.2 O entendimento do STF e do STJ – 4. Harmonização tributária no Mercosul: 4.1 Considerações necessárias acerca da PEC (Proposta de Emenda Constitucional) tributária (nº. 233/2008) e ICMS: o que muda: 4.1.1 Reflexos no Mercosul; 4.1.2 Críticas e ponderações – 5. Conclusão – Referências

RESUMO: O Mercado Comum do Sul (Mercosul), bloco regional com fulcro à integração econômica de seus Estados-partes, o qual o Brasil compõe, ao passo dos benefícios que proporciona, leva a inafastáveis desafios, já que exige a redefinição de inúmeros paradigmas. A tradicional conformação do Estado federal brasileiro seria uma das conceituações a sofrer forte impacto deste inédito fenômeno, porquanto há quem diga ser impossível observar os princípios erigidos à luz da lógica regional concomitantemente às peculiaridades do sistema federativo brasileiro. O presente artigo visa ao enfrentamento desta última questão, particularmente no que diz respeito à possibilidade, ou não, de ingerência dos tratados firmados no âmbito do Mercosul em matéria tributária de competência ordinária dos Estados federados brasileiros, com vistas a contemplar o princípio do “Tratamento Nacional” preconizado pelo bloco.

PALAVRAS-CHAVE: Mercosul. “Tratamento Nacional”. Tratados e limites de sua capacidade de ingerência na normativa nacional. Competência tributária dos Estados brasileiros. ICMS. Harmonização tributária. PEC tributária nº. 233/08.

1. INTRODUÇÃO

Fenômeno político forjado em meio a profundas transformações nas relações internacionais, evidenciadas desde meados do século passado, “em especial a consolidação de grandes espaços econômicos”¹, o Mercado Comum

* Membro do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais – Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA

1. Trecho constante no preâmbulo do Tratado de Assunção.

do Sul (Mercosul) – composto, inicialmente, pelo Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai – vem arriscando tímidos passos desde 1991, tendo em mira a integração econômica das nações participantes.

Para a plena configuração da aludida integração, foram traçados determinados objetivos a serem perseguidos pelos quatro países. Dentre eles, logo no artigo primeiro do tratado constitutivo do bloco econômico sob análise – o Tratado de Assunção² –, lê-se “a livre circulação de bens [...] entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercado de qualquer outra medida de efeito equivalente.” Entretanto, malgrado este seja um dos propósitos ao qual visa o Mercosul, inúmeros obstáculos de ordem jurídica e política se interpõem à sua satisfação.

Aponta-se como óbices ao pleno atendimento deste intento mercosulino, ademais a ausência de órgão supranacional que obrigue os países que compõem o bloco a observarem a normativa desenvolvida em seu âmbito, as disposições pertinentes às legislações internas dos países participantes, em geral reticentes a qualquer desígnio que venha a mitigar os rígidos contornos de suas soberanias. Isto, por sua vez, torna remota a possibilidade de harmonização das aludidas legislações para contemplação do fim buscado pelo Mercosul, outra implicação decorrente ainda do artigo primeiro do Tratado de Assunção, *in verbis*:

“Artigo 1º.

(...)

Este Mercado Comum implica:

(...)

O compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração”.

Entende-se que a harmonização das legislações internas dos Estados participantes do bloco, *supra* abordada, seria capaz de sanar os desequilíbrios insurgentes em meio à tentativa de integração de países que guardam enormes dessemelhanças no que diz respeito a seus respectivos “pesos econômicos”, uns em relação aos outros, já que “a simples coordenação entre os Estados-partes, que implica apenas reciprocidade, é insuficiente, [sendo necessário] haver cooperação, especialmente em matéria tributário-fiscal, para que ocorra e se aprofunde a integração econômica.”³

2. O Tratado de Assunção foi firmado em 26 de março de 1991, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº. 197, de 25 de setembro de 1991, e promulgado pelo Decreto nº. 350, de 21 de novembro do mesmo ano.

3. MARTINS FILHO, Luiz Dias. **O federalismo fiscal brasileiro sob a ótica da integração econômica internacional**. Disponível em: http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/publicacoes-esaf/caderno-financas/CFP8/CFP_n8_art2.pdf. Acesso em: 30 jun. 2008.

Neste diapasão, despontam diversos desafios a serem enfrentados, de maneira particular, pelo Brasil no que diz respeito à realização do propósito acima mencionado, o de livre circulação de bens intra-bloco, tendo em vista as peculiaridades de sua legislação tributária.

No presente artigo, defronta-se importante questão que emerge em meio a esta esfera de integração referente à possibilidade, ou não, de os tratados firmados no âmbito do Mercosul, com vistas à adoção de medidas tributárias comuns, tratem de matéria ordinariamente de competência exclusiva dos Estados federados brasileiros. Isto porque, no Brasil, diferentemente do que ocorre nos outros países componentes do bloco, incide sobre circulação de mercadorias imposto indireto com conteúdo regulado por cada um dos seus Estados-membros – o ICMS –, assim determinado a Constituição Federal.

Desta maneira, para que se vejam satisfatoriamente atendidos os princípios norteadores da integração destes Estados soberanos, e, neste particular, o princípio do “Tratamento Nacional” (artigo 7º), logo à frente examinado, com vistas ao atendimento dos objetivos implicados pelo Mercosul, põe-se, neste trabalho, em discussão o tema, e, por fim, propõe-se solução que se acredita ser tanto jurídica quanto socialmente mais adequada.

2. A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS INTRA-BLOCO. PRINCÍPIO DO “TRATAMENTO NACIONAL” NO MERCOSUL (ART. 7º, TRATADO DE ASSUNÇÃO)

Guarda o artigo 7º do Tratado de Assunção a seguinte dicção:

Artigo 7º

Em matéria de impostos, taxas e outros gravames internos, os produtos originários do território de um Estado Parte gozarão, nos outros Estados Partes, do mesmo tratamento que se aplique ao produto nacional.

Depreende-se da leitura do dispositivo que quaisquer produtos provenientes dos países componentes do bloco não poderão sofrer discriminação tributária ou fiscal pelo país no qual venham a ingressar, devendo gozar do mesmo tratamento dispensado aos produtos nacionais.

O princípio exarado, dito “Tratamento Nacional”, pertence à categoria dos preceitos orientadores do processo de integração econômica mercosulina. Objetiva o mesmo que se evite a adoção de medidas de cunho discriminatório protecionista pelo Estado que recebe os produtos provenientes de outros Estados-Partes, o que, decerto, contrariaria a lógica de integração.

Tendo em vista que não se acentua a pertinência de enfrentamento de certas discussões, largamente abordadas na doutrina, acerca do apontado artigo 7º no que atine a sua falta de precisão no estabelecimento de parâmetros de

comparação entre o produto nacional e importado, ou mesmo pela indevida limitação que foi dada a seu campo de atuação – aos impostos indiretos –, mas em face de dúvidas suscitadas em relação à observância deste artigo, necessário trazer-se à tona algumas conclusões arbitrais obtidas em controvérsia travada entre Uruguai e Paraguai⁴, respeitantes ao tema.

No mencionado laudo do Tribunal Arbitral “Ad Hoc” do Mercosul decidiu-se a controvérsia entre a República do Paraguai, doravante Paraguai, e a República Oriental do Uruguai, doravante Uruguai, sobre a aplicação do “Imesi” (Imposto Específico Interno) à comercialização de cigarros. A discussão entre os dois países girava, então, em torno, dentre outras questões, da desatenção praticada pelo Uruguai ao artigo 7º do Tratado de Assunção, já que o apontado imposto estabeleceria base de cálculo diferenciada para os produtos oriundos dos Estados-Partes, o que denotaria a discriminação tributária à qual o artigo 7ª visa a impedir.

Lastreados na tese de que o artigo expressaria norma de conteúdo programático, portanto não vinculando os Estados à sua obrigatória obediência, ademais ainda estar tal preceito sujeito aos princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio, o Uruguai teve seus argumentos refutados pela decisão arbitral que se seguiu. Definiu o Tribunal *ad hoc* que o Uruguai, ao passo que aderiu ao Mercosul, aceitou o compromisso de adequar sua legislação às normas ditadas nos tratados constitutivos da integração e observar seus propósitos, de nada importando se o regime tributário uruguaio era anterior ao tratado. E segue:

“Dita obrigação deriva do princípio do direito internacional da “boa fé”, princípio orientador das relações internacionais. Ademais, quando da adoção do Tratado de Assunção, instaurou-se uma antinomia entre a forma de aplicação do IMESI e aquele acordo internacional.”⁵

Além disso, no que atine à auto-executoriedade, ou não, do artigo 7º do Tratado de Assunção, imperou dizer que, apesar de não denotar necessidade de modificações imediatas nas legislações internas dos países participantes do bloco, exige-se a mudança de suas leis com vistas à apresentarem congruência com os objetivos da integração. E tal exigência não importaria afirmar desatenção aos princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio.

No que se refere ao Brasil, vem ganhando foros jurisprudenciais o conflito referente à questão da observância pelo país de medidas tributárias instituídas

4. Reclamação do Paraguai c. Uruguai: “Aplicação do Imposto Específico Interno (‘Imesi’) à Comercialização de Cigarros Oriundos do Paraguai” (8º laudo arbitral, de 21/05/2002.)

5. Op. cit.

no âmbito do Mercosul diante da peculiaridade que possui a normativa tributária brasileira. Erige a Constituição Federal brasileira, em seu artigo 155, II, que competirá aos Estados e ao Distrito Federal a instituição de imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, dentre outros fatos geradores deste tributo.

Ora, se é competência exclusiva dos Estados e Distrito Federal a regulação deste imposto, de evidente importância para que se dê a adequada dinâmica da integração, como deverão ser atendidas, pelo Brasil, as determinações constantes de tratados subscritos pelos componentes do bloco que venham a traçar diretrizes comuns atinentes à referida circulação de mercadorias? Poder-se-á obrigar o Brasil a observar o princípio do “Tratamento Nacional”, traduzido pelo artigo 7º do Tratado de Assunção, apesar de este guardar, como entendem alguns doutrinadores, incongruência com seu ordenamento interno?

3. IMPLICAÇÕES DECORRENTES DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO “TRATAMENTO NACIONAL” NO BRASIL RELATIVAMENTE À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS

Por assumir o Brasil a forma estatal de federação, não se pode desvincular as consequências trazidas pela integração econômica entre os Estados-partes do Mercosul para o país da feição própria de seu sistema federativo. Urge, portanto, a abordagem acerca do federalismo fiscal brasileiro, seguindo-se para o estudo da competência tributária dos Estados, ambos à luz do princípio do “Tratamento Nacional”, um dos principais norteadores do processo regional.

3.1 O federalismo fiscal brasileiro

Definição proposta por Jellinek, ainda na segunda metade de século XIX, em seu contorno tradicional trata-se o Estado Federal de “Estado soberano, formado por uma pluralidade de Estados, no qual o poder do Estado emana dos Estados-membros, ligados numa unidade estatal”.⁶ Malgrado aparente ser simples a aceção da conceituação proposta por este expoente do pensamento científico jurídico, necessário atentar-se ao fato de que as federações de que se têm notícia se conformam de variadas formas, o que, em muitas oportunidades, leva a que se discuta sobre serem as mesmas Estados Unitários, ou ainda, Confederações.

No que tange aos principais traços jurídicos da aludida forma de Estado, estes, para serem definidos, demandam do estudioso do tema a contemplação

6. Apud BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

de distintos prismas. Assim, propõe Paulo Bonavides (2003), renomado cientista político, a compreensão do Estado federal como Federação, assim entendido como união de direito constitucional – contrapondo-se às uniões de direito internacional –, ademais, não se confundindo com a Confederação. O traço distintivo entre estas duas formas de Estado seria a existência de legislação unitária na primeira, o que não ocorre na segunda. Isto porque, no Estado federal associam-se vários Estados que visam à integração harmônica de seus destinos, não se falando, portanto, em soberania externa dos mesmos, e com soberania interna limitada pelo poder federal, observado o diploma constitucional, ordenador de suas competências.

Neste contexto, imprescindível atentar-se aos dois princípios-chave do sistema federativo, propostos por Georges Scelle, quais sejam, a lei da participação e a lei da autonomia.

Pela lei da participação, diz-se que os Estados-membros participam do processo de elaboração da vontade política da organização federal à qual pertencem, intervindo ativamente em suas deliberações de conjunto, podendo ser ditos a substância mesma da soberania. Já mediante a lei da autonomia, desponta o caráter estatal das entidades federativas, pois capazes para estatuir ordem constitucional própria, definir as competências dos três poderes hodiernamente integrantes do Estado – executivo, legislativo e judiciário –, além de exercer quaisquer poderes emanados do sistema federativo que não lhes sejam vedados constitucionalmente.

Tais princípios regentes das dinâmicas internas dos entes federativos, no particular, e do próprio Estado federal, no geral, sob a égide do ordenamento constitucional superior, nem sempre se configuraram de forma equilibrada, obedecendo a peculiaridades de cada Estado federal, e mesmo aos movimentos perpetrados pelo sistema internacional, atualmente podendo-se relevar o fenômeno da globalização.

Propõe também Paulo Bonavides a compreensão do Estado federal em si mesmo frente aos Estados-membros, definindo que o primeiro goza de soberania, podendo ser dito sujeito de direito internacional, único representante legítimo da vontade nacional; diferentemente dos Estados-membros que possuíam autonomia, nos termos supra traçados; não soberania. Neste ponto, atenta o ilustre doutrinador para o “lado unitário” da organização federal, pois capaz de mover-se externamente com absoluta independência.

Nenhum dos conceitos e entendimentos aqui enfrentados possui contornos estáticos. O desafio atual, tendo em vista as profundas modificações no cenário externo, de enorme impacto nos cenários internos dos Estados federais, reside exatamente no estabelecimento do ponto limitador da flexibilização

dessas definições, sem recair, neste processo, nas suas descaracterizações. Já se fala, há algum tempo, na crise do federalismo, donde apontam os doutrinadores mais tradicionalistas para o fim deste sistema.

A dita crise do federalismo se justifica na crise do Estado contemporâneo, “cuja concentração de poder tende cada vez mais a anular o que ainda resta de autonomia nas coletividades políticas participantes da composição federativa, mal permitindo distingui-las das unidades que integram o Estado unitário descentralizado.”⁷

Paulo Bonavides, contrariamente aos estudiosos do tema mais apegados às conceituações clássicas, acredita que neste contexto caberia falar mais num “neofederalismo” que propriamente na extinção do federalismo. Neste novo federalismo, forjado em meio à ocorrência de inéditos fenômenos sociais, de ordem nacional e internacional, visando ao funcionamento dos poderes públicos com fins de contemplar o bem-estar de seus nacionais, a lei de participação encontra-se em absoluta evidência, em detrimento da lei de autonomia, em franco declínio.⁸

Tendo em vista o panorama atual apresentado, segue-se para a contemplação da questão do federalismo fiscal no Brasil.

Como visto, pela Constituição federal, lei maior do Estado brasileiro, foi outorgado aos Estados federados determinadas competências. Dentre as mesmas, como se sabe, encontra-se a competência tributária. Todavia, como também já evidenciado ao longo do presente artigo, comprometeu-se o Brasil com o processo de integração econômica, nomeado Mercosul. Tal processo regional implica na observância de novos regramentos, estes guardando princípios norteadores nem sempre obedientes aos rígidos contornos dos Estados federais.

Como uma das hipóteses de configuração deste que pode vir a ser um problema, tem-se que Constituição federal brasileira delega aos Estados federados a regulação em matéria de imposto incidente sobre as operações relativas à circulação de mercadorias – o ICMS (art. 155, II). Desta feita, caso tratado firmado intra-bloco venha a exercer ingerência sobre esta

7. Op. cit.

8. Ainda sobre o “neofederalismo” proposto por Bonavides: “[...] Dessas transformações resultou um federalismo novo, elástico, quase irreconhecível àqueles que ainda sustentam com entorno as máximas do federalismo clássico, e se recusam terminantemente a aceitar o que ocorreu como a variação necessária, decorrente do desenvolvimento das práticas federativas, segundo novos tempos e novas circunstâncias. Bem ao contrário, cuidam essas vozes defrontar-se em definitivo com a ruína da idéia federalista, tal a extensão e profundidade das mudanças já verificadas.” Op. cit.

matéria, observados os artigos 49, I e 84, VIII da Constituição, este tratado se superporia à legislação estadual? Ou o mesmo restaria automaticamente inapreciável porquanto inconstitucional, tendo em mira ser o Brasil um Estado Federal?

Encontra-se na doutrina os mais diversos posicionamentos referentes a este tema, oferecendo os mesmos grande número de resoluções formalmente razoáveis, contudo, nem sempre devidamente atentas à lógica das relações internacionais, em contínua e rápida mudança. Como já apontado, as conceituações clássica elaboradas ainda no século XIX, em suas molduras rígidas, muitas vezes, não se adequam à realidade atual. Faz-se necessária a apreensão dos contornos presentes do Estado federal, sem contudo deixar-se esvaziar seu conceito, como unidade integrante de sistema internacional permeado por uma globalização em estágio absolutamente diferenciado do que ocorria há mais de um século e meio. Atente-se para que também o entendimento do que seria a soberania, elemento componente do Estado federal, vem sendo alvo de acaloradas discussões porquanto seus antigos contornos encontram-se incongruentes com os fatos.

Por todo o dito, encontra-se atualmente o federalismo fiscal brasileiro carente de reformulação, a fim de apresentar-se capaz de efetivar os compromissos assumidos perante o bloco regional ao qual pertence desde 1991, bem como a outros desafios de ordem internacional. Como se verá mais a frente, vem-se discutindo no país, há algum tempo, projeto de emenda constitucional em matéria tributária que viria a modificar, dentre outros pontos, a competência dos Estados-membros no que diz respeito à regulação do ICMS. Isso, a fim de resolver questões internas, como a dita “guerra fiscal” entre os Estados, mas igualmente com miras a avançar na busca da harmonização tributária preconizada pelo artigo primeiro do Tratado de Assunção, bem como na sanação de discussões como a supra erigida – sobreposição de tratados firmados pelo Brasil às legislações estaduais em matérias de suas competências – o que, dentre outras implicações, atenderia ao que preceitua o artigo sétimo – que trata do “Tratamento Nacional” –, do mesmo tratado.

3.2 A competência tributária dos Estados

Sob a égide da Constituição, brilhantemente caracterizada por Paulo Bonavides (2003, p. 181) como “cimento de todo o sistema federativo”, definem-se as competências das unidades federativas. Pertinente ao estudo a que se propõe este artigo, parte-se para a análise da competência dos Estados-membros na instituição dos impostos.

Define o artigo 155 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I – transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos;

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

III – propriedade de veículos automotores.

(...)

Necessário neste ponto realizar novos recortes temáticos.

Ocorre que, apesar de competir aos Estados a instituição dos três impostos elencados no explicitado artigo 155, o presente trabalho presta-se a apenas a tratar daquele constante no inciso II.

Deixe-se claro que os tratados celebrados no seio mercosulino poderiam, por óbvio, vir também a tocar a regulação do impostos determinados pelos artigos I e III, gerando a controvérsia que ao longo deste artigo girou em torno do ICMS (Art. 155, II). Igualmente, a harmonização tributária a qual pretende o Mercosul refere-se a todo o elenco de tributos dos países participantes. No entanto, quando se fala num processo de integração, por sua própria natureza complexo, tal harmonização deve dar-se de forma gradual; cuidadosamente. Sobre este tema trata, sabiamente, Hércio Kronberg (2003, p. 75):

É de se aceitar que num processo de integração econômica a harmonização tributária prioritária é de tributos aduaneiros, num primeiro momento, depois da circulação e do consumo, de incentivos fiscais; etapa seguinte de encargos sociais, e, em sua etapa derradeira, sobre patrimônio e renda.

Ora, os impostos constantes dos incisos I e III (de siglas ITCMD e IPVA, respectivamente) recaem sobre o patrimônio. Assim, em se observando o raciocínio apresentado pelo aludido estudioso, entende-se que seu tratamento caberia a derradeira etapa na busca da harmonização tributária no Mercosul. Não se pode ainda nem mesmo falar numa perfeita harmonização aduaneira – etapa inicial –, ademais as inúmeras questões insurgentes quanto ao tema da harmonização dos impostos sobre a circulação de mercadorias – etapa seguinte. E é neste ponto que se insere a discussão proposta pelo presente trabalho, referente à ingerência dos tratados em matéria de ICMS.

Deduzido pelo inciso II do artigo 155, como visto, o ICMS terá sua regulação feita pelos Estados. Este poder lhe outorgou a Constituição Federal, lei maior do Estado brasileiro. Obedecidos igualmente os limites principiológicos da mesma norma, supostamente, deveriam os Estados exercer sua competência sem qualquer interferência externa, já que, num primeiro olhar, isto seria inconstitucional. Contudo o Estado federal brasileiro, ao passo que se comprometeu com o processo de integração econômica almejada pelo Mercosul,

obrigou-se a observar os preceitos erigidos pelos tratados firmados por seus Estados-Partes. Tais preceitos nem sempre conviverão harmonicamente com os princípios da ordem interna brasileira, o que abrirá espaço para inúmeras discussões.

Feitas as necessárias ponderações, parte-se para a análise mais detida da questão.

3.3 Tratados firmados no âmbito do Mercosul e ICMS

Consoante já contemplado nos tópicos antecedentes, a Constituição Federal defere aos Estados a competência na instituição do ICMS. Todavia, o Estado brasileiro compõe o bloco regional Mercosul, este munido de princípios próprios, nem sempre conformes ao tradicional formato do sistema federal de Estado. A controvérsia gerada quanto ao princípio regional do “Tratamento Nacional” frente a competência estatal na regulação do ICMS ilustra a apontada situação.

Desta feita, adentra-se a este tema apontando as soluções possíveis.

3.3.1 Arts. 151, III e 155, II da Constituição Federal e o art. 98 do Código Tributário Nacional

Como já devidamente elucidado, cuida o artigo 155, II da Constituição Federal da competência estadual na instituição do ICMS. Já o artigo 151, III tem a seguinte dicção:

Art. 151. É vedado à União:

(...)

III – instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Imprescindíveis para a compreensão da análise que se seguirá, aponta-se também outros dois artigos constitucionais, a saber, 49, I e 84, VIII, *in verbis*:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

(...)

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

(...)

Fato notório, o Presidente da República e o Congresso Nacional são componentes do aparato político da União. Desta maneira, em atenção aos artigos transcritos 49, I e 84, VIII é da competência da União a instituição de tratados, celebrando-os e, em momento posterior, internalizando-os. Em contrapartida, define o artigo 151, III que a União não poderá determinar a isenção de impostos de competência dos Estados.

A nível infraconstitucional, também gerando polêmica quanto a aplicação dos tratados ao âmbito de competência que seria restrito aos Estados, encontra-se o artigo 98 do Código Tributário Nacional (CTN). O dispositivo em tela possui a seguinte redação:

Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhe sobrevinha.

Em suma, ao passo que define o artigo 155, II da Constituição que competirá aos Estados a instituição do ICMS unidamente ao artigo 151, III, da mesma norma, que determina que à União não compete interferir nas matérias reguladas pelos Estados, prolata o artigo 98 do Código Tributário que os tratados revogam legislação interna posterior.

Observadas as dicções dos apontados artigos, revela-se a discussão sob análise. A harmonização tributária mercosulina pressupõe a interferência de seus tratados também em matéria de ICMS. Imposto incidente na circulação de mercadorias que é, não poderia ser excluído deste processo, por sua evidente relevância. Ademais, veja-se, se o Estado brasileiro comprometeu-se, mediante a assinatura e internalização do Tratado de Assunção, a integrar-se economicamente, devendo observar os preceitos do bloco, particularmente, o do “Tratamento Nacional”. Ao lado desta consigna, como já apreciado, assume forma estatal federal a República brasileira, o que pressupõe o respeito à autonomia dos Estados-membros no exercício das competências que lhes são asseguradas pela Constituição. Neste diapasão, surge o questionamento: qual o ponto de equilíbrio entre o respeito à forma federal de Estado brasileiro e a observância dos princípios mercosulinos?

3.3.1.1 O dissenso doutrinário

Como já se poderia esperar, a discussão em tela leva os que dela se ocupam a perpetrarem as mais variadas abordagens em busca da solução mais adequada. A bibliografia acerca do tema é vasta. Tratar-se-á presentemente de alguns dos aludidos estudos que se entendeu dos mais relevantes, sem, contudo, ter-se a pretensão de exauri-los.

Inicialmente, cabe tecer alguns comentários relativamente à posição da União na Federação brasileira. Contrariamente ao que muitos entendem,

malgrado pertença ao rol de componentes da organização político-administrativa do Estado brasileiro (artigo 18, *caput* da Constituição), a União, por vezes, representará a Federação brasileira internacionalmente. Composta pelos Estados-membros, titulares de autonomia, o Estado Federal é o único a possuir soberania, e portanto, capacidade internacional na celebração de tratados. E quem lhe atribui “voz” para tanto é a União.

Também a União possuirá interesses próprios, podendo os mesmos, inclusive, contraporem-se à vontade do Estado Federal. No entanto, fará as vezes da Federação na expressão do interesse nacional. Trata com clareza sobre este tema Saulo José Casali Bahia (2000, p. 27):

(...)

A verdade é que a República Federativa do Brasil, por sempre agir através da União, com esta freqüentemente se confunde. Quando a União edita lei nacional ou celebra tratado internacional, age em nome da República Federativa do Brasil. Mas quando edita lei federal, restrita ao seu âmbito, pode refletir vontade exclusiva, discrepante da enunciada, por exemplo, em lei nacional ou na Constituição. Pode haver, assim, choque entre a vontade da União e a vontade nacional (embora um só ente seja o emissor dessas vontades). E, nesse momento, é uma entidade federada, e não federativa. E união, assim, tanto pode ser uma entidade federativa quanto uma entidade federada.

Neste contexto se insere a discussão atinente à possibilidade de os tratados tratarem de matéria de competência dos Estados federados. Malgrado fale-se que na celebração de uma tratado atenda-se à vontade nacional, e não da União como entidade federada, não se pode dizer, sem realizar uma análise mais profunda do tema, que em todos os casos valerá o definido naquele instrumento normativo indiscutivelmente.

Elenca-se dentre as cláusulas pétreas a forma federativa de Estado, determinando o artigo 60, § 4º, I da Constituição Federal que a mesma não será mesmo objeto de deliberação quanto à sua abolição. Resta que se discuta se a ingerência dos tratados em matéria tributária estadual poderia ser vetada porquanto desobediente a este ditame.

De acordo com Luciano Amaro (2005), a discussão girou durante certo período acerca apenas da possibilidade, ou não, de a União instituir *isenções* de tributos de competência dos Estados (artigo 151, III da Constituição). No entanto, o problema não se resume exclusivamente à definição de *isenções*, mas à ingerência de qualquer ordem. Além disso, aponta o mesmo doutrinador que a referida proibição dirigir-se-ia às famigeradas *isenções heterônomas*, ilegalidade perpetrada pela União, na qualidade de ente federado, regulando matéria tributária alheia a sua competência. Na seara dos tratados internacionais, estaria a União celebrando-os pelo Estado federal, como visto. Nesse sentido, a proibição inscrita no artigo 151, III não se referiria aos tratados

internacionais, sendo eficácia natural dos mesmos se sobrepossem às legislações dos Estados federados. Seriam os tratados, logo, “único modelo legislativo idôneo para firmar normas de conduta (e, portanto, também para revogá-las) entre o Estado brasileiro e outros Estados soberanos.”⁹

Quanto ao artigo 98 do CTN, afirma o mesmo autor que este não deve ser invocado a fim de justificar a possibilidade de os tratados ingerirem em matéria tributária de regulação ordinariamente concernente aos Estados federados. Isso porque se se entendesse pela impossibilidade de os tratados tratarem tais matérias, consubstanciado no artigo 151, III da Constituição, não seria este artigo, de cunho infraconstitucional, que afastaria tal proibição. *Data venia* o respeitável posicionamento deste brilhante doutrinador, entendeu-se sua abordagem, neste ponto, um tanto quanto evasiva, não trazendo maior esclarecimento sobre o tema em discussão.

Finalmente, atente-se para o fato de que Luciano Amaro não faz distinção entre os tratados firmados livremente pelo Brasil com outros Estados e os tratados firmados no âmbito comunitário, como no Mercosul. Ademais, este autor não se refere à possibilidade de tais considerações virem a ser apontadas como inconstitucionais por não respeitarem a forma federativa brasileira (artigo 60, § 4º, I da Constituição).

Saulo José Casali Bahia, em sua obra *Tratados Internacionais no Direito Brasileiro*, faz o enfrentamento da questão, chegando à mesma conclusão, por via diversa, no que se refere aos tratados firmados no seio mercosulino. Antecedendo à sua análise, o doutrinador distingue, na atuação internacional da União, as estipulações de direito internacional das de direito comunitário. Se se fala de estipulações de direito internacional, de forma resumida, ele entende que os tratados não poderiam interferir nas legislações estaduais, porquanto inconstitucional, dada a inobservância do artigo 151, III.

Diversamente ocorrerá em se referindo às estipulações de direito comunitário. Determina o artigo 4º da Constituição Federal, em seu parágrafo único:

Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

Parágrafo único. 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.

9. AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Tendo em vista o acréscimo desta locução legal ao parágrafo único do artigo 4º da Constituição, o que foi feito pelo mesmo decreto promulgador do Tratado de Assunção, não restam dúvidas quanto ao comprometimento assumido pelo Brasil na busca da aludida integração econômica. Natural que a mesma pressuponha a aplicação de seus tratados em detrimento da legislação pátria (obedecido seus princípios de ordem pública). Finalmente elucida Casali que, independentemente da adição deste parágrafo a este artigo seguem os contornos do arranjo federativo carentes de reformulação, “pois se esta não ocorrer, toda a perspectiva de união regional jamais ganhará concreção, e todo o princípio e objetivo do constituinte originário (...) deverá ser tido como letra-morta no texto constitucional (...)”¹⁰

Ainda sobre o artigo 98 do CTN, na opinião deste autor o dispositivo não poderia ser suscitado a fim de possibilitar a aplicação de quaisquer tratados no âmbito de competência dos Estados. Quando permitindo a revogação ou modificação da legislação tributária interna, inclusive, pelas que lhe sobrevenham o artigo 98 referiu-se aos ditos “tratados-contrato” e não sobre os “tratados-lei”. Estes últimos, como já elucidado acima, de acordo com Casali, só poderiam revogar ou modificar a legislação estadual se lastreados em direito comunitário.

Em atenção às brilhantes opiniões dos dois autores apontados, percebe-se que no contexto do Mercosul os tratados far-se-iam aplicar em detrimento das legislações estaduais em matéria tributária de sua competência, particularmente quanto ao ICMS. Imposto que recai sobre a circulação de mercadorias, de regulação sob o jugo dos Estados federados, poderia vir a ser sua legislação veículo de discriminação protecionista em relação aos produtos estrangeiros, de países do bloco, a qual visa a evitar o artigo 7º do Tratado de Assunção, que contempla o princípio do “Tratamento Nacional”. Ademais, com vistas à buscada integração econômica, inafastável falar-se na adoção de políticas comuns entre os Estados-Partes quanto a tributos que incidem sobre a circulação de mercadorias na tentativa de, mais uma vez, evitar quaisquer formas de desobediência ao aludido princípio, por via transversa.

Neste contexto, por certo, cabe dizer que os tratados internacionais firmados no âmbito do Mercosul, independentemente da matéria regulada, devem ser observados ao passo que não atentem à ordem pública brasileira. Ainda que se sustentasse a tese da desobediência à forma federativa do Estado brasileiro como impeditiva da observância da regulação dos tratados em matéria

10. BAHIA, Saulo José Casali. Op. cit.

de ICMS, a mesma não se sustentaria por entender-se ser o sistema federativo capaz da flexibilização que lhe exige a participação no fenômeno regional.

3.3.1.2 O entendimento do STF e do STJ

Malgrado seja polêmica a apontada questão, ainda não se pode encontrar decisão do Supremo Tribunal que a tenha apreciado especificamente no que se refere ao Mercosul.

No julgamento do RE 229096/RS pelo Tribunal Pleno do e. STF firmou-se entendimento no sentido de que as isenções concedidas às mercadorias de origem nacional serão gozadas pelas mercadorias ingressantes do país, independentemente da legislação tributária do Estado-membro ao qual é destinada, isto no que se refere aos produtos provenientes de outro Estado que faça parte no GATT (General Agreement on Tariffs and Trade, atual Organização Mundial de Comércio – OMC). Observe-se que, como ocorre no Mercosul, um dos princípios orientadores do GATT seria o do “Tratamento Nacional”, aí lastreada a presente decisão. E seguiu, afirmando que tratados subscritos pelo Presidente da República expressam a vontade nacional, porquanto este o faz na qualidade de Chefe de Estado, e não Chefe de Governo, descaracterizada a possibilidade de falar-se em isenção heterônoma:

(...)

No direito internacional apenas a República Federativa do Brasil tem competência para firmar tratados (art. 52, § 2º, da Constituição da República), dela não dispondo a União, os Estados-membros ou os Municípios. O Presidente da República não subscreve tratados como Chefe de Governo, mas como Chefe de Estado, o que descaracteriza a existência de uma isenção heterônoma, vedada pelo art. 151, inc. III, da Constituição.¹¹

Diferentemente posicionava-se a Suprema Corte acerca de dez anos no que diz respeito aos tratados firmados pelo Estado brasileiro se superporem à vontade dos Estados federados. Na apreciação do RE 113150/SP pela 2ª Turma afirmou não reconhecer a prevalência de tratado sobre a lei nacional, somente aplicando-se as disposições constantes em tratados firmados no âmbito do GATT aos ditos “tratados contratuais”¹²

No que se refere aos e. STJ, há assunção de postura atual coincidente com a do STF, concernente aos tratados firmados no âmbito do GATT. Na decisão do REsp 309769/RJ pela 2ª Turma entendeu-se que deveria ser o tratamento tributário entre produto nacional e seu respectivo ou similar estrangeiro ser

11. Relator Ministro Ilmar Galvão, in *DJe* de 11.04.2008.

12. Relator Carlos Madeira, in *DJ* de 28.08.1987.

isonômico em relação às operações internas – aplicando-se o princípio do “Tratamento Nacional”. E ainda, no mesmo sentido do STJ, afirmou que “embora o ICMS seja tributo de competência dos Estados e do Distrito Federal, é lícito à União, por tratado ou convenção internacional, garantir que o produto estrangeiro tenha a mesma tributação do similar nacional.”¹³

Atente-se para o fato de que quando se refere a tratados firmados no âmbito do GATT, tanto o Pretório Excelso quanto o e. STJ não se reportam a estipulações de direito comunitário, mas de direito internacional. Ainda assim, numa postura mais atual, entendem que as regulações trazidas no bojo desses tratados se sobreponem às estaduais.¹⁴ Nem mesmo referem-se os Superiores Tribunais à possibilidade de tal orientação negar mesmo a forma federativa de Estado, entendendo que, ao passo que participante do GATT, deverá o Brasil observar os princípios que o norteiam. Se quanto ao GATT entende-se desta maneira, tanto mais terá validade esta postura quanto ao Mercosul, bloco com fins de integração econômica entre os Estados que o compõem, ademais a determinação constante no parágrafo único do artigo 4º da Constituição Federal.

Coadunando com este ponto de vista, decidiu a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 480563 / RS. Por sua evidente relevância para o presente estudo, transcreve-se o mesmo *in literis*:

TRIBUTÁRIO. ICMS. ISENÇÃO. IMPORTAÇÃO DE LEITE DE PAÍS MEMBRO DE TRATADO FIRMADO COM O MERCOSUL. POSSIBILIDADE. LEI ESTADUAL ISENCIONAL.

1. Pacto de tratamento paritário de produto oriundo do país alienígena em confronto com o produto nacional, com “isenção de impostos, taxas e outros gravames internos” (art. 7º, do Decreto n.º 350/91, que deu validade ao Tratado do Mercosul).
2. Pretensão de isenção de ICMS concedida ao leite pelo Estado com competência tributária para fazê-la.
3. A exegese do tratado, considerado lei interna, à luz do art. 98, do CTN, ao estabelecer que a isenção deve ser obedecida quanto aos gravames internos, confirma a jurisprudência do E. STJ, no sentido de que “Embora o ICMS seja tributo de competência dos Estados e do Distrito Federal, é lícito à União, por tratado ou convenção internacional, garantir que o produto estrangeiro tenha a mesma tributação do similar nacional. Como os tratados internacionais têm força de lei federal, nem os regulamentos do ICMS nem os convênios interestaduais têm poder para revogá-los. Colocadas essas premissas, verifica-se que a Súmula 575 do Supremo Tribunal Federal, bem como as Súmulas 20 e 71 do Superior Tribunal de Justiça continuam com plena força.” (AgRg no AG n.º 438.449/RJ, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 07.04.2003).

13. Relator Franciulli Netto, *in DJ* de 02.09.2004, p. 193.

14. O que destoa do posicionamento assumido pos Saulo Casali, como visto *supra* (3.3.1.1).

4. O Tratado do Mercosul, consoante o disposto no art. 7º, do Decreto n.º 350/91, estabelece o mesmo tratamento tributário quanto aos produtos oriundos dos Estados-Membros em matéria tributária e não limita que referido tratamento igualitário ocorra somente quanto aos impostos federais, de competência da União.
5. Deveras, a Súmula n.º 71/STJ (“O bacalhau importado de país signatário do GATT é isento do ICM”) confirma a possibilidade de, em sede de Tratado Internacional, operar-se o benefício fiscal concedido por qualquer Estado da federação, desde que ocorrente o fato isentivo em unidade federada na qual se encarte a hipótese prevista no diploma multinacional.
6. A Lei n.º 8.820/89 do Estado do Rio Grande do Sul, com a redação conferida pela Lei n.º 10.908/96, isenta do ICMS o leite fluido, pasteurizado ou não, esterilizado ou reidratado, por isso que se estende o mesmo benefício ao leite importado do Uruguai e comercializado nesta unidade da federação.
7. Decisão em consonância com a doutrina do tema encontrada em “Tributação no Mercosul”, RT, págs. 67/69.
8. Recurso Especial provido.¹⁵

Como se lê do acórdão transcrito, pugna o mesmo pela obediência ao artigo 7º do Decreto n.º 350/91, que promulgou o Tratado de Assunção. Erige o artigo 7º o já analisado princípio do “Tratamento Nacional”, garantindo que os produtos originários dos Estados componentes do Mercosul tenham o mesmo tratamento que os nacionais do país aonde venham a ingressar. Desta forma, a isenção da cobrança de ICMS atribuída ao leite não deveria limitar-se ao de origem brasileira, mas também ao proveniente dos Estados-Partes do Mercosul.

4. HARMONIZAÇÃO TRIBUTÁRIA NO MERCOSUL

Compondo o rol de compromissos assumidos pelos Estados signatários do Tratado de Assunção, que instituiu o Mercosul, encontra-se a harmonização de suas legislações a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-Partes. Neste sentido, propugna com clareza Antonio do Amaral (2002, p. 483):

Dado que tanto os impostos gerais ao consumo como os seletivos ou específicos se desenham de forma que se transportem de forma direta aos preços [pelo método da imposição do valor agregado], com o fim de assinalar a carga tributária que suportam os consumidores finais, resulta evidente que as diferenças que se registre na modalidade técnica adotada por aqueles países para estrutura-los, assim como os critérios e níveis de imposição aplicados, podem distorcer as condições de concorrência que devem imperar no mercado ampliado, ao afetar de forma direta a formação de custos e preços dos bens suscetíveis de intercâmbio.

15. Relator Luiz Fux, *in DJ* de 03.10.2005, p. 121.

(...)

Na medida em que os países passam a estar comprometidos com o processo de integração, tais distorções se tornam mais evidentes, urgindo eliminá-las – ou, ao menos restringir substancialmente o seu impacto nas operações de comércio exterior – a fim de se atingir o necessário mínimo grau de harmonização, de forma a propiciar o desejado incremento das operações intrabloco.

Note-se que, diferentemente dos outros três países atuais componentes do Mercosul, no Brasil o imposto incidente sobre a circulação de mercadorias tem sua instituição atribuída aos seus entes federados.¹⁶ Neste contexto, despontam inúmeros desafios para a efetivação da harmonização das legislações tributárias destes Estados, cabendo aos mesmo a impressão de todos os esforços necessários para tanto. Entende-se que este seria um dos motivos que norteou a Proposta de Emenda Constitucional n.º. 233/2008 que hoje tramita na Câmara dos Deputados. Pelas profundas transformações que propõe no que se refere à regulação do sistema tributário nacional, ela vem sendo igualmente apontada como proposta de reforma tributária.

Analisar-se-á a seguir as modificações que a PEC tributária propõe quanto ao ICMS à luz harmonização tributária à qual visa o Mercosul.

4.1 Considerações necessárias acerca da PEC (Proposta de Emenda Constitucional) tributária (n.º. 233/2008) e ICMS: o que muda

A PEC n.º. 233/2008 propõe notáveis mudanças no que se refere à tributação das operações de circulação de mercadorias. Ao artigo 153 – de *caput* original “compete privativamente à União instituir impostos sobre (...)” –, acrescentaria o inciso VIII, que conteria a redação: “operações com bens e prestações de serviços, ainda que as operações e prestações se iniciem no exterior.” Com isso propõe a criação do que vem sendo chamado popularmente de Imposto sobre o Valor Agregado Federal (IVA-F), sendo instituído o novo imposto por lei complementar.

Quanto ao período de adaptação – e transição – do ICMS aplicado nos formatos atuais para o IVA-F define o artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias proposto que o ICMS vigeria até o dia 31 de dezembro

16. A Argentina, Uruguai e Paraguai, malgrado adotem – como o Brasil – a técnica de imposição do valor agregado para a regulação de seus impostos incidentes sobre a circulação de mercadorias, a competência para sua regulação é atribuída a seus governos centrais; sendo igualmente nomeados pelos três países *Impuesto al Valor Agregado* (Imposto sobre o Valor Agregado – IVA)

do sétimo ano subsequente ao da promulgação da emenda, sendo-lhe reduzidas as alíquotas praticadas presentemente de forma gradual, até o patamar de dois por cento.

Propondo a criação da Seção “IV-A”, a PEC alvitra o estabelecimento do artigo 155-A, que determina a criação de imposto de competência conjunta dos Estados e do Distrito Federal. Num sistema um tanto quanto complexo, propõe a PEC que resolução do Senado Federal defina as alíquotas do imposto, além de alíquota padrão aplicada às situações não enquadradas pelas primeiras. As propostas para as alíquotas diferentes da padrão partiriam de órgão colegiado, a ser criado, presidido por representante da União, sem direito a voto, e integrado por representante de cada Estado e do Distrito Federal. Além da propositura de alíquotas, seria deferido a este órgão algumas outras competências, dentre elas o poder de reduzir e restabelecer as alíquotas que lhe facultasse a lei complementar reguladora do IVA-F.

Pelo parágrafo 5º do artigo 155-A seria vedada a adoção de norma estadual relativamente ao ICMS, ressalvadas as hipóteses definidas na lei completar do IVA-F, a ser elaborada após a aprovação da Emenda. Também de acordo com a PEC, o ICMS seria cobrado do destino e não mais na origem, como atualmente ocorre.

4.1.1 Reflexos no Mercosul

Por tornar a instituição do imposto incidente sobre a circulação de mercadorias de competência federal, ficam claros os importantes reflexos que a aprovação da PEC nº. 233/2008 trará para o avanço na busca da harmonização tributária no Mercosul. Em se falando de imposto federal, não há mais o que se discutir quanto a ingerência dos tratados no âmbito de competência das unidades federadas; afasta-se a possibilidade de contestação do conteúdo dos tratados em face deste argumento.

Superada a questão referente ao ICMS, ainda propõe a PEC o acréscimo do parágrafo único ao artigo 151 da Magna Carta. Este parágrafo determinaria que a vedação constante do inciso III deste artigo não se aplicaria aos tratados internacionais aprovados na forma do artigo 49.I.¹⁷ Acredita-se que com esta locução visa a reforma tributária instrumentalizar a observância ao princípio do “Tratamento Nacional”, tanto no que se refere ao Mercosul quanto a quaisquer outros tratados firmados fora da esfera regional.

17. O inciso III do artigo 151 refere-se à vedação da União na instituição de isenções de tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

4.1.2 Críticas e ponderações.

Como visto, o novo ICMS a que se propõe criar a PEC nº. 233/2008 teria a definição de suas principais balizas deixada para momento posterior, quando da elaboração da lei complementar instituidora. Isto gera desconfortável incerteza, ao passo que prorroga infundadamente o enfrentamento de questões essenciais, a exemplo dos limites da não-cumulatividade do imposto¹⁸, bem como impossibilita a seus contribuintes saber se a carga tributária será majorada ou reduzida. Como se sabe, as mencionadas incertezas trazem impactos para os planejamentos tributários de empresas ou mesmo para as políticas fiscais praticadas pelos Estados-membros.

Por outro lado, instituído o novo ICMS no formato proposto pela PEC nº. 233/2008 a discussão tratada ao longo do presente artigo restaria obsoleta, porquanto a instituição deste imposto caberia a lei complementar. Ainda que a questão não se referisse, exclusivamente, ao ICMS, o texto do parágrafo único do artigo 151 proposto afastaria a possibilidade de contestação da regulação por tratados de matéria tributária anteriormente de competência exclusiva do Estado e Municípios.

Atente-se para o fato de que, ainda que aprovada a PEC, a questão também suscitada ao longo deste trabalho atinente à necessidade de redefinição dos contornos do Estado Federal persiste. Isto porque, como se nota, está sendo retirado dos Estados um importante instrumento no exercício da autonomia que lhe defere a própria forma federativa de Estado, isto, não só no que atine à criação do IVA-F, mas também no que se refere ao proposto parágrafo único, a ser adicionado ao artigo 151.

5. CONCLUSÃO

A questão enfrentada pelo presente artigo, como se pôde notar, encontra seu núcleo na busca do equilíbrio entre a manutenção da forma federativa do Estado brasileiro, erigida como cláusula pétrea à luz do artigo 60, §4º, I da Constituição Federal e um dos princípios norteadores do Mercosul, o “Tratamento Nacional”.

Árdua tarefa, ao passo que o aludido princípio parece não se conformar a algumas peculiaridades de sistema federativo brasileiro sem forçá-lo, de alguma maneira, a desapegar-se dos contornos por ele assumidos tradicionalmente.

18. No artigo 155-A, § 1º, I da PEC define-se que o imposto será não-cumulativo “nos termos da lei complementar”.

Tornar a regulação do imposto incidente sobre a circulação de mercadorias de competência da União tornaria mais simples evitar a distorção das condições de concorrência entre os componentes do Mercosul, o que contribuiria para a harmonização tributária objetivada pelo bloco, no entanto, a seu passo, enfatizaria a descaracterização do Estado Federal pela perda, pelos estados, de uma de suas competências.

Com advertências feitas não se objetiva o retrocesso, a paralização ou mesmo o sacrifício do processo de integração econômica perpetrado pelo Mercosul. Defende-se o seu aprofundamento, em busca da harmonização tributária bem como no sentido dos seus outros objetivos, todavia não se deve olvidar das importantes questões internas que surgem concomitantemente a este processo, e que atualmente encontram-se carentes de apreciação.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 184-188.
- BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 19-34.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 179-191.
- KRONBERG, Hécio. *A livre circulação de capitais no Mercosul*. 1. ed. São Paulo: Hemus, 2003.
- MARTINS FILHO, Luiz Dias. *O federalismo fiscal brasileiro sob a ótica da integração econômica internacional*. Disponível em: http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/publicacoes-esaf/caderno-financas/CFP8/CFP_n8_art2.pdf. Acesso em: 30 jun. 2008.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenador). *Pesquisas tributárias, Tributação no Mercosul*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. *Impostos federais, estaduais e municipais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 207-235.
- PEREIRA, Ana Cristina Paulo. *Direito institucional e material do Mercosul*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2ª ed. 2004

VII.

O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIA NO MERCOSUL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PERSPECTIVAS ATUAIS

*Clarissa Ramalho**

SUMÁRIO: Introdução – 1. Breve Histórico da formação do Mercosul – 2. O Protocolo de Brasília: 2.1 Fases; 2.2 Reclamações de Estados; 2.3 Reclamação de Particulares – 3. Protocolo de Ouro Preto; 3.1 Comissão de Comércio Mercosul e reclamações de particulares – 4. Protocolo de Olivos: 4.1 Principais Mudanças; 4.2 Criação do Tribunal Permanente de Revisão: 4.2.1 Atribuições; 4.2.2 Funcionamento; 4.3. Reclamações de Particulares – 5. Procedimentos arbitrais já realizados – 6. Perspectivas atuais para a solução de controvérsias – Considerações Finais – Referências

INTRODUÇÃO

É notório que o fenômeno mundial da Globalização Econômica favoreceu a aproximação de nações, de culturas e de povos até então separados pelas suas diferenças. Entretanto, não se pode dizer que o processo de integração econômica entre Países é um fenômeno recente. Muito antes de se falar em globalização, algumas nações já buscavam celebrar tratados entre si, visando crescer e se fortalecer, num ambiente de acirradas disputas pela superioridade econômica. Na época das Colonizações, acordos bilaterais como os celebrados entre os reinos de Portugal e Espanha, favoreceram o destaque de tais nações como potências econômicas daquela era.

O surgimento da globalização econômica fez com que esse sentimento de integração fosse incentivado, o que favoreceu de fato, a criação de alguns blocos econômicos, sobretudo, após as duas grandes Guerras Mundiais que abalaram profundamente as estruturas de muitos países europeus, arrasados com as conseqüências trazidas pela Guerra. Do surgimento da Benelux¹ até a consolidação da União Européia como bloco econômico, com moeda única e parlamento próprio, em muito evoluiu o processo de integração dos países europeus. A América Latina, embora com um pouco de atraso, também buscou formas de integração que culminaram com o surgimento do Mercosul, que ainda carece de muitas reformas para alcançar o nível da União Européia.

* Membro do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais – Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA.

1. Área de livre comércio formada pelos Países Baixos, Bélgica e Luxemburgo em 1958, considerado o precursor da União Européia.

Ocorre que todo processo de integração passa por obstáculos e os conflitos entre os membros são quase sempre inevitáveis, sobretudo nos países sul-americanos em que a integração ocorreu concomitantemente ao desenvolvimento destes, diferentemente do ocorrido com outros blocos. O Mercosul desde a sua formação passa por dificuldades, e conflitos surgem com frequência entre empresas, países e cidadãos, já que as diferenças entre os membros do bloco existem e é difícil manter a harmonização de interesses num ambiente de tantas disparidades. O surgimento de tais conflitos e divergências, impõe o desenvolvimento de mecanismos de solução de Controvérsias, que visem regulamentar a resolução dessas questões dando maior estabilidade e força ao bloco.

O presente estudo tem como fim estudar justamente os instrumentos de solução de controvérsia adotados no âmbito do Mercosul, fazendo uma análise de todos os Protocolos referentes ao tema já assinados pelos membros do Mercosul, explicando o funcionamento dos órgãos consultivos, dos tribunais arbitrais e destacando as vantagens e desvantagens do processo de solução de controvérsias mercosulino.

1. BREVE HISTÓRICO DA FORMAÇÃO DO MERCOSUL

As idéias de integração na América Latina remontam à primeira metade do século XX, mas o embrião do que hoje vem a ser o Mercosul foi a criação em 1960 da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC). Tal associação foi criada por meio do Tratado de Montevidéu celebrado por Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguai, Peru e Uruguai que tinha como objetivo principal a formação num período de doze anos de uma área de Livre Comércio entre tais países.

Durante alguns anos a ALALC favoreceu o crescimento das relações comerciais entre seus estados membros, por meio da celebração de alguns acordos de desagramento tarifário. Entretanto, a ALALC não foi capaz de atingir seus objetivos. *Antônio Marcos Nohmi*² explica os motivos:

Quando, porém, as negociações referentes às concessões tarifárias chegaram ao seu limite, o intercâmbio comercial se estagnou. Para agravar ainda mais a situação, o Brasil e a Argentina passaram a privilegiar seus respectivos mercados internos em detrimento da integração regional.

Até que em 1980 os membros da ALALC voltaram a se aproximar celebrando o segundo Tratado de Montevidéu, com a nova idéia de criação de zonas de preferências econômicas que terminariam por formar um Mercado

2. NOHMI, Antônio Marcos. *Arbitragem Internacional- Mecanismos de solução de conflitos entre Estados*. Belo Horizonte. 2005. Del Rey. p 31.

comum de forma gradual e progressiva sem prazo definido. Assim foi criada a Associação Latino Americana de Integração (ALADI), que substituiu a ALALC.³

A ALADI também enfrentou algumas crises, causadas principalmente pelo endividamento externo de seus membros, e o Tratado de Montevideu foi perdendo força, com o surgimento de outras alianças sub-regionais, a exemplo do Pacto Andino⁴ e do NAFTA⁵, e também de acordos bilaterais.

Em 1985 o Brasil e a Argentina voltam a se aproximar (ambos vivenciando um processo de redemocratização após o período da ditadura militar), ao assinarem a Declaração do Iguacu e se comprometerem a criar uma integração bilateral. Tal intento foi obtido em 1987 com a criação do Programa de Integração e Cooperação Econômica (PICE), que um ano mais tarde, gerou a assinatura do Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento (TICD) firmado entre Argentina e Brasil com o intuito de implantar uma União Aduaneira⁶ que possibilitasse a eliminação de barreiras tarifárias e não-tarifárias. Tal tratado ainda tinha como objetivo a criação futura de um Mercado Comum, a harmonização legislativa e a abertura à participação de demais países latino-americanos.

Em 1990, Argentina e Brasil, voltam a se reunir para firmar a “Ata de Buenos Aires”, estipulando o prazo de quatro anos (menor que o previsto no tratado anterior) para concretizar a criação do mercado comum bilateral.

Um ano mais tarde, no dia 26 de março de 1991, os dois países, juntamente com Uruguai e Paraguai, firmaram o Tratado de Assunção, que instituiu formalmente o Mercosul. Os países partes deveriam então, nesse período de transição, tomar as medidas internas para que o Tratado fosse adotado, o que de fato, só veio a ocorrer em 1994 com o Protocolo de Ouro Preto. A integração pretendida pelo Mercosul não era política mas sim, econômica, visando através do livre comércio, acelerar o processo de desenvolvimento econômico e social dos países membros.

3. A ALADI possuía onze Estados-membros, os que sete que já faziam parte da ALALC e mais Bolívia, Colômbia, Equador e Venezuela.

4. Atualmente denominada Comunidade Andina e composta por Bolívia, Colômbia, Equador, Uruguai e Venezuela.

5. Área de Livre Comércio da América do Norte, formada por EUA, Canadá e México.

6. Fase da integração, em que além da livre circulação de mercadorias, há uma política comercial comum em relação a Estados não-membros, pelo estabelecimento de uma Tarifa Externa Comum (TEC).

Por meio da celebração do Acordo de Complementação Econômica nº 34, firmado entre os Estados-parte do Mercosul e a Bolívia em 1995, esta passou a integrar o bloco como membro associado. Outro país que ingressou no Mercosul na mesma categoria de associado foi o Chile em 1996 por meio do Acordo de Complementação Econômica nº 35.

O Tratado de Assunção, dentre outros objetivos, estabeleceu: a) a criação de uma tarifa externa comum; b) instituição de uma política comercial comum em relação a estados estrangeiros ao grupo; c) livre circulação de bens, serviços e fatores de produção entre os países-membros; d) eliminações de direitos alfandegários e de restrições não-tarifárias; e e) busca pela harmonização das legislações internas.

Como toda mudança demanda tempo, o próprio Tratado estabeleceu uma fase de transição que duraria até 1994, por isso a maioria de suas disposições teve natureza temporária, buscando fornecer mecanismos programáticos para a futura integração. Para tal período, o Tratado previu em seu artigo 3º um Sistema de Solução de Controvérsias, constante do anexo III do Tratado.

Como órgãos componentes do Mercosul o Tratado de Assunção trouxe o Conselho do Mercado Comum(CMC) e o Grupo do Mercado Comum(GMC). O primeiro é o órgão superior do Mercosul e responsável pela sua condução política e por tomadas de decisões. Já o segundo tem uma competência executiva, sendo responsável pela implementação e execução das decisões tomadas pelo Conselho, fixando programas e propondo medidas tendentes a consecução dos fins do grupo.

O Tratado de Assunção foi o instrumento que estabeleceu as bases do Mercosul, dando início ao processo de integração regional entre os países Sul Americanos, a pedra fundamental de para a construção de um Mercado Comum do Sul. Por isso mesmo, foram previstas duas fases para implementação do Bloco, e primeira delas se encerrou em 1994 com o Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção, denominado Protocolo de Ouro Preto, por ter sido assinado nesta cidade ao dia 17 de dezembro de 1994.

O novo instrumento reiterou o quanto já havia sido disposto pelo tratado inicial, mas trouxe também alguns acréscimos, ampliando a estrutura interna do bloco. Manteve os órgãos já existentes e acrescentou ainda quatro novos órgãos: a Comissão de Comércio Mercosul (CCM), a Comissão Parlamentar Conjunta(CPC), o Foro Consultivo Econômico-Social(FCES) e a Secretaria Administrativa do Mercosul(SAM).

O Conselho Mercado Comum permaneceu como órgão superior do grupo, se manifestando através de Decisões. A capacidade decisória também foi

fornecida ao Grupo Mercado Comum por meio de Resoluções e à Comissão de Comércio Mercosul, mediante Diretrizes ou Propostas.

2. O PROTOCOLO DE BRASÍLIA

2.1 Fases

No sistema de solução de controvérsias previsto inicialmente pelo Tratado de Assunção⁷, as controvérsias deveriam ser resolvidas primeiramente por meio de negociações diretas. Se tais negociações não lograssem êxito, a questão deveria ser levada ao Grupo Mercado Comum, que num prazo de 60 dias formularia recomendações, podendo para tanto contar com o assessoramento técnico. Se ainda assim não fosse alcançada uma solução, o caso seria levado ao Conselho Mercado Comum que adotaria as recomendações pertinentes.⁸

Percebe-se que o Tratado de Assunção não previu nesse primeiro momento a arbitragem como mecanismo a ser utilizado na solução de conflitos. O sistema precisava ser melhorado e consolidado. Foi quando em 17 de dezembro de 1991 em Brasília, os representantes de Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, assinaram o Protocolo para a Solução de Controvérsias no Mercosul, cumprindo a determinação prevista no artigo 3º do anexo III do Tratado de Assunção. Tal protocolo ficou conhecido como Protocolo de Brasília e instituiu um sistema de solução de controvérsias provisório que deveria vigorar enquanto durasse a fase de transição.

O Protocolo de Brasília incorporou a arbitragem como procedimento obrigatório a ser adotado após as fase de negociações diretas e de Intervenção do grupo Mercado Comum por meio de formulação de recomendações.⁹ De acordo com o art. 8º, a jurisdição do Tribunal Arbitral deveria ser reconhecida como obrigatória *ipso facto* pelos Estados Partes.

2.2 Reclamações de Estados

O procedimento arbitral poderia ser iniciado, após esgotadas as fases diplomáticas, pelo Estado interessado que deveria comunicar o fato à Secretaria Administrativa do Mercosul, devendo esta fazer a notificação da outra parte envolvida e do Grupo Mercado Comum.¹⁰ O próximo passo é a formação do

7. Anexo III do Tratado de Assunção

8. O Anexo III do Tratado de Assunção previa a adoção de um sistema permanente de resolução de controvérsia até o dia 31 de dezembro de 1994.

9. O artigo 5 do Protocolo de Brasília previa que tal procedimento não deveria durar mais de 30 dias contados da comunicação da Controvérsia ao GMC.

10. Art. 7 do Protocolo de Brasília.

tribunal arbitral *ad hoc* composto por três árbitros de notório saber jurídico e oriundos de listas elaboradas pelos países membros¹¹. Para a formação do tribunal, cada estado parte na controvérsia designaria um árbitro, e o terceiro árbitro iria presidir o tribunal e deveria ser designado de comum acordo, não podendo este ser nacional de nenhum dos países envolvidos na questão¹². Se não houvesse acordo na designação do terceiro árbitro, este seria designado pela Secretaria Administrativa mediante sorteio de uma lista de 16 árbitros elaborada pelo Grupo Mercado Comum.

As partes podem designar representantes e assessores para atuar perante o Tribunal Arbitral, além de requerer medidas provisórias¹³ que se determinadas devem ser cumpridas no prazo determinado pelo Tribunal. O Tribunal designará sua sede em cada caso, devendo ser no território de um dos Estados-Partes.¹⁴ A decisão do tribunal deverá ser orientada pelas disposições do Tratado de Assunção, dos demais acordos, das decisões do Conselho Mercado Comum e nos princípios de direito internacional, não se excluindo a possibilidade de decidir *ex aequo et bono*¹⁵ se as partes assim convierem.

A decisão a ser tomada por maioria dos árbitros deveria ser dada num prazo de dois meses prorrogáveis por mais 30 dias contados a partir da designação do árbitro presidente. As decisões são inapeláveis e obrigatórias para os Estados-Partes devendo ser cumpridas imediatamente, a não ser que haja um prazo fixado pelo Tribunal. Embora não haja recurso contra a decisão proferida pelo Tribunal, é possível solicitar seu esclarecimento ou sua interpretação, devendo o Tribunal se manifestar quanto a esse pedido num prazo de 15 dias.

Existe a previsão de medidas compensatórias como forma de penalização para o caso de não cumprimento dentro de 30 dias da decisão emanada do Tribunal Arbitral. Tais medidas poderão ser adotadas pelo Estado favorecido com a decisão e deverão ter caráter temporário.

Por fim, quanto aos custos com o procedimento, estabelece o Protocolo que cada Estado-Parte custeará o seu árbitro, sendo os custos com o terceiro árbitro e demais despesas, divididas em partes iguais, a não ser que de outra forma determine o Tribunal.

11. Cada país elaboraria uma lista com 10 árbitros conforme art. 10 do Protocolo.

12. Art. 9 do Protocolo de Brasília.

13. À semelhança das medidas cautelares do Processo Civil.

14. Aqui o Protocolo não foi claro quanto à escolha da sede do Tribunal Arbitral

15. Decisão com base na equidade, com base no bom e no justo.

2.3 Reclamação de Particulares

O Protocolo de Brasília também prevê a hipótese de reclamação de particulares, que podem ser pessoas físicas ou jurídicas. Tal reclamação deve ser encaminhada à Seção Nacional do Grupo Mercado comum do país de residência habitual ou de sede de negócios do particular lesado. A parte lesada deverá apresentar sua reclamação fundamentada com provas da veracidade das alegações que demonstrem o prejuízo sofrido ou a ameaça de prejuízo. *Alice Pires, Amanda Fonseca e Indira Croshere*¹⁶ explicam:

Havendo tais provas, a reclamação terá prosseguimento; caso contrário, não terá. As provas devem ser de natureza incontestável. O limite da discricionariedade da Seção Nacional reside na apreciação da confiabilidade e eficácia das provas. A recusa ao acolhimento da reclamação só pode decorrer da inveracidade ou inadequação da provas.

Admitida a reclamação do particular pela Seção Nacional, esta, em consulta com o particular afetado, poderá tomar duas decisões:

- 1) estabelecer negociações diretas com a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado ao qual é atribuída a infração, buscando mediante consultas, uma solução imediata para a questão;
- 2) submeter a questão diretamente à apreciação do GMC.

De qualquer modo, a segunda opção poderá ser realizada a pedido do particular se, após 15 dias, contados da comunicação da reclamação, a questão não tiver sido resolvida.

Recebida a reclamação pelo Grupo Mercado Comum, este na primeira reunião subsequente ao recebimento, procederá ao exame dos fundamentos que basearam a admissão do pleito, podendo denegar-lhe sem maiores tramites, se concluir pela ausência de requisitos necessários.

Não sendo caso de rejeição da reclamação, o GMC deverá convocar imediatamente um grupo de oito peritos especialistas que deverá, num prazo improrrogável de 30 dias a partir de sua designação, emitir decisão acerca da procedência ou não do pleito. Dentro desse prazo, deveram ser ouvidos para que apresentem seus argumentos, o particular reclamante e o Estado contra o qual se deu a reclamação.

Para fins de composição de uma lista de peritos, cada Estado Membro no tratado designará uma lista de seis pessoas de reconhecida competência nas

16. PIRES, Alice; FONSECA, Amanda; CROSHERE, Indira. *Soluções de Controvérsias no Mercosul*. São Paulo, 1998. LTr. p 62.

questões que possam ser alvo de controvérsias, tal lista ficará registrada na Secretaria Administrativa. O grupo de peritos que analisará a reclamação será formado por três membros designados pelo Grupo Mercado Comum, e na falta de acordo serão sorteados dentro da lista de 24 peritos formulada pelos Estados Membros. Nesse último caso, a não ser que decidido de outra forma pelo GMC, um dos peritos designados não poderá ser de nacionalidade do Estado do particular reclamante nem do estado contra o qual a reclamação foi formulada.

As despesas resultantes da atuação do grupo de peritos serão custeadas nas proporções determinadas pelo GMC, ou na falta de acordo, divididas igualmente entre as partes envolvidas na controvérsia.

Caso o parecer dos especialistas seja favorável ao reclamante, dando procedência à sua reclamação contra um Estado- parte, qualquer outro Estado- parte poderá requerer do vencido a adoção de medidas corretivas ou a anulação das medidas questionadas. Bem ressaltam *Pires, Fonseca e Croshere*¹⁷, ao explicar que o particular necessita do patrocínio de um Estado- membro para tornar efetivo o parecer dos peritos, sendo que assim não deveria ser, pois o laudo deveria ser suficiente para constituição em mora do vencido.

Por fim, não sendo adotadas as medidas corretivas, ou anuladas as medidas questionadas, pelo Estado vencido, o Estado requerente poderá recorrer diretamente ao Tribunal Arbitral nas condições estabelecidas no Capítulo IV do Protocolo, aqui já estudadas.

Percebe-se que o Protocolo de Brasília, nesse aspecto da reclamação de particulares, não foi bem sucedido, ao não dar ao parecer dos peritos a força necessária a um laudo arbitral. Isso porque, a decisão dos especialistas fica enfraquecida, não se operando a força da coisa julgada, já que em caso de não cumprimento da decisão, a parte interessada poderá realizar um novo procedimento, para ver solucionada uma mesma questão. Tal falha talvez fosse solucionada se houvesse a previsão de medidas compensatórias (multas, suspensão de benefícios) para o caso de descumprimento do parecer formulado pelos especialistas.

3. PROTOCOLO DE OURO PRETO

Como já foi anteriormente dito, o Protocolo de Ouro Preto assinado em dezembro de 1994, foi o protocolo adicional ao Tratado de Assunção, que veio para complementar as diretrizes estabelecidas pelo tratado que inaugurou o

17. PIRES, Alice; FONSECA, Amanda; CROSHERE, Indira. *Soluções de Controvérsias no Mercosul*. São Paulo, 1998. LTr. p 63.

Mercosul. Trouxe uma mudança institucional para o Mercosul ao criar quatro novos órgãos além de facultar a criação de outros órgãos auxiliares.¹⁸

Quanto ao sistema de solução de controvérsias, o Protocolo Adicional não trouxe muitas inovações. Em seu artigo 43, o Protocolo remeteu a solução de controvérsias surgidas entre os Estados Partes aos procedimentos estabelecidos no Protocolo de Brasília. Tais controvérsias poderiam se dar em relação a interpretação, aplicação ou não-aplicação do Tratado de Assunção e acordos realizados dentro do seu âmbito, bem como em relação aos atos normativos oriundos dos seus órgãos auxiliares (CMC, GMC e CCM).

3.1 Comissão de Comércio Mercosul e reclamações de particulares

Ainda em relação à solução de controvérsias o Protocolo de Ouro Preto, trouxe ao menos uma mudança em relação ao Protocolo de Brasília. Foi atribuída à Comissão de Comércio Mercosul uma competência específica: a recepção de reclamações apresentadas pelas Secções Nacionais da Comissão de Comércio Mercosul formuladas por particulares ou Estados-partes relacionadas aos casos dos artigos 1 a 25 do Protocolo de Brasília.

Tal atribuição não exclui as regras de solução de controvérsias estabelecidas pelo Protocolo de Brasília, trata-se sim, conforme bem assevera *Pires, Fonseca e Croshere*¹⁹ de “um sistema paralelo, utilizado para questões relativas ao comércio entre os integrantes do Mercosul, e destes com terceiros(...)”. No mesmo sentido disciplina o parágrafo primeiro do art. 21 do Protocolo ao estabelecer que o exame de tais reclamações pela CCM não obstará a ação do Estado-parte que efetuou a reclamação ao amparo do Protocolo de Brasília.

O procedimento a ser adotado pela CCM ao apreciar tais reclamações está estabelecido no anexo ao Protocolo de Ouro Preto. As reclamações deverão ser apresentadas perante a Presidência *Pro Tempore* da CMC que deverá realizar a apreciação na primeira reunião subsequente ao seu recebimento. Se a Comissão não chegar a nenhuma decisão nessa reunião, remeterá o caso, sem outro procedimento, a um Comitê Técnico²⁰.

O Comitê Técnico deverá encaminhar à CCM, num prazo máximo de 30 dias corridos, um parecer conjunto sobre a questão. Tal parecer, ou as conclusões dos especialistas integrantes do Comitê (quando não houver parecer),

18. Vide pág. 4 do presente artigo.

19. PIRES, Alice; FONSECA, Amanda; CROSHERE, Indira. *Soluções de Controvérsias no Mercosul*. São Paulo, 1998. LTr. p 67.

20. O Protocolo não deixou claro como se dará a composição de tal Comitê.

será considerado pela CCM quando esta decidir sobre a reclamação. A CCM decidirá sobre a questão na primeira reunião ordinária após o recebimento do parecer ou das conclusões dos especialistas, podendo também ser convocada uma reunião extraordinária para tal fim. Não sendo alcançado o consenso em tal reunião, a CCM encaminhará ao Grupo Mercado Comum as diferentes soluções propostas, bem como, o parecer ou as conclusões do Comitê Técnico, para que seja decidida a matéria, num prazo de 30 dias pelo GMC. Também se faz necessário o consenso para a decisão emitida pelo GMC.

Em caso de a reclamação ser considerada procedente por consenso, o Estado reclamado deverá tomar as medidas aprovadas pela CCM no GMC, no prazo razoável determinado por um desses dois órgãos para a implementação da medida. Decorrido tal prazo sem que a medida seja implementada, o Estado reclamante poderá recorrer diretamente ao procedimento previsto no Protocolo de Brasília. O mesmo ocorre em casos em que não seja alcançado o consenso nem na CMC e nem no GMC. Em ambos os casos em que o Estado reclamante resolve recorrer ao sistema do Protocolo de Brasília, tal fato deverá ser comunicado à Secretaria Administrativa do Mercosul.

Por fim, o Protocolo de Ouro Preto em seu anexo estabelece que poderá o Estado reclamante, antes da emissão do Laudo Arbitral, se manifestar, no prazo de até 15 dias após a composição do Tribunal Arbitral, sobre as medidas provisórias que julgue apropriadas.

4. PROTOCOLO DE OLIVOS

Concluído na cidade de Olivos na Argentina em 2002 e tendo entrado em vigor em 2004, sem dúvidas, o Protocolo de Olivos é o mais completo e aperfeiçoado instrumento voltado à solução de controvérsias no Mercosul. Tal Protocolo representa mais uma tentativa de consolidação dos instrumentos de solução de controvérsias, substituindo o sistema precário do Protocolo de Brasília²¹, por um mais elaborado e tendente a constituição de um sistema permanente²², sistema este que atualmente vigora no Mercosul.

4.1. Principais Mudanças

A primeira mudança trazida pelo Protocolo de Olivos foi a possibilidade de submeter a solução de conflitos ao sistema da Organização Mundial de Comércio ou outros esquemas preferenciais de comércio de que sejam partes

21. O Protocolo de Olivos derogou, a partir de sua entrada em vigência, o Protocolo de Brasília.

22. Muito embora o sistema previsto no Protocolo de Olivos continue a ser provisório, devendo ser modificado assim que se conclua o processo de convergência da Tarifa Externa Comum.

os membros do Mercosul. Neste caso, uma vez optado por esse caminho, nenhuma das partes poderá recorrer a outros mecanismos de solução de controvérsias em relação ao mesmo objeto. Outra alteração foi a possibilidade de o Conselho Mercado Comum solicitar opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão, instância nova criada pelo Protocolo de Olivos.

Assim como no estabelecido anteriormente no Protocolo de Brasília, o Protocolo de Olivos coloca as negociações diretas entre os Estados-partes envolvidos no conflito, como instância inicial, anterior ao início do procedimento arbitral. Tais negociações, salvo acordo entre as partes, não poderão exceder o prazo de 15 dias, devendo os Estados-partes informar ao Grupo Mercado Comum por meio da Secretaria Administrativa do Mercosul, os trâmites e os resultados das mesmas.

Após superadas as negociações entre as partes em que se tenha alcançado um acordo, poderá qualquer um dos Estados-partes iniciar, de pronto, o procedimento arbitral. Esta também é uma inovação do Protocolo de Olivos, uma das duas alterações destacadas por *Antônio Marcos Nohmi*²³:

Duas foram as alterações trazidas pelo novo Protocolo quanto ao início do procedimento arbitral. A primeira possibilita às partes remeter a controvérsia à arbitragem tão logo estejam superadas as negociações diretas, independentemente da submissão da mesma ao Grupo Mercado Comum. A segunda transfere, a competência da gestão dos procedimentos da arbitragem do Grupo Mercado Comum para a Secretaria Administrativa do Mercosul.

Sem prejuízo da possibilidade de recorrer ao Tribunal arbitral, os Estados-partes na controvérsia poderão de comum acordo levar a questão à consideração do Grupo Mercado Comum. Nessa hipótese, o GMC avaliará a questão dando oportunidade, para que as partes exponham suas posições, podendo ainda requerer ao assessoramento de especialistas²⁴. A questão também poderá ser levada à consideração do GMC por um Estado estranho à controvérsia após as negociações diretas, mas tal fato não interromperá o procedimento arbitral já instaurado, salvo acordo entre os Estados-partes.

No caso em que a controvérsia seja levada ao GMC pelos Estados-partes, este formulará recomendações que deverão ser expressas e detalhadas. Caso tenha sido levada ao GMC por um Estado que não seja parte da controvérsia, poderão ser formulados comentários ou recomendações sobre o caso. Em

23. NOHMI, Marcos Antônio. Arbitragem Internacional- Mecanismos de solução de conflitos entre Estados. Belo Horizonte, 2005. Del Rey. P. 103.

24. O grupo de especialistas será formado de acordo com o que disciplina o art. 43 do Protocolo.

qualquer das hipóteses, o procedimento não poderá durar mais de 30 dias contados da data em que a controvérsia foi levada ao GMC.

Quanto à fase arbitral, persiste a figura do Tribunal *Ad hoc*, composto por três árbitros, entretanto houve algumas pequenas alterações em relação ao Protocolo anterior. Agora cada Estado designa doze, e não mais dez árbitros para compor a lista que ficará registrada na Secretaria Administrativa do Mercosul, podendo os Estados membros solicitarem esclarecimentos sobre os árbitros designados, num prazo de 30 dias contados da notificação. Cada Estado deverá ainda indicar quatro candidatos para integrar a lista de terceiros-árbitros e, pelo menos um desses indicados, não deverá ser nacional de nenhum dos Estados membros do Mercosul. Sobre tais indicações também poderão recair impugnações num prazo de 30 dias contados da tomada de ciência. Se sobre tal impugnação não se chegar a um acordo, prevalecerá a opinião do Estado impugnante devendo o estado impugnado indicar outro nome para a lista.

Outra mudança na composição do Tribunal *Ad hoc*, é a possibilidade de, em não havendo indicação de árbitro por uma das partes no prazo estipulado (15 dias), a Secretaria Administrativa designá-lo em um prazo de dois dias contados do vencimento do prazo estabelecido para o Estado-Parte, por sorteio dentro da lista geral de árbitros.²⁵ Outro acréscimo foi o dever de o Estado- parte nomear um árbitro suplente, para substituir o árbitro titular em caso de escusa ou incapacidade deste. Também deverá ser nomeado um árbitro suplente para exercer a função de árbitro presidente (terceiro árbitro). A nomeação do terceiro árbitro deverá ser de comum acordo, ou em caso em que isso não ocorra, por sorteio feito pela Secretaria Administrativa. Nem o árbitro-presidente nem seu suplente poderão ser nacionais dos Estados-Partes na controvérsia. Há ainda a possibilidade de os terceiros-árbitros, dizerem se aceitam ou não atuar na controvérsia. Tal manifestação deverá ocorrer no prazo Máximo de três dias a contar da notificação acerca da designação.

Ainda no campo das mudanças, está a obrigatoriedade de determinação do objeto da controvérsia que não poderá ser ampliado posteriormente, e a obrigatoriedade de cumprimento dos laudos arbitrais que terão força de coisa julgada. Persiste ainda a possibilidade de adoção de medidas compensatórias, o que não exime o Estado-Parte descumpridor da obrigação de cumprimento do Laudo Arbitral. Diferentemente do estabelecido pelo protocolo de Brasília,

25. No sistema anterior, a Secretaria tinha o prazo de 15 dias para designação do árbitro que não seria escolhido por sorteio, mas pela ordem que constasse da lista de árbitros indicada pelo Estado inadimplente.

agora há a possibilidade de questionamento das medidas compensatórias pelo Estado Parte obrigado, por considerá-las desnecessárias ou excessivas.²⁶

4.2. Criação do Tribunal Permanente de Revisão

Apesar da importância das mudanças até aqui apresentadas, que contribuíram para aprimorar o sistema de solução de controvérsias, sem dúvidas a maior inovação trazida pelo Protocolo de Olivos foi a criação do Tribunal Permanente de Revisão, o primeiro tribunal de caráter permanente do Mercosul. Essa nova instância veio para permitir que os laudos arbitrais emitidos pelos tribunais *ad hoc*, antes irrecorríveis, pudessem ser objeto de recurso. *Welber Barral*²⁷ entende que: “Esta inovação pretende claramente obter maior coerência entre as decisões adotadas pelos tribunais *ad hoc* que já adotaram interpretações divergentes nos casos que até agora lhe foram submetidos.”

Tal Tribunal será composto por cinco árbitros designados da seguinte forma²⁸: Cada Estado-Parte designa um árbitro e seu suplente, e o quinto árbitro será escolhido por unanimidade dos Estados-Partes, ou por sorteio a ser realizado pela Secretaria Administrativa do Mercosul. O quinto árbitro será escolhido de uma lista formada por oito integrantes, sendo que cada Estado-Parte designará dois nomes que deverão ser nacionais dos países do Mercosul. Há ainda a possibilidade de adoção de outros critérios para escolha do quinto árbitro, desde que de comum acordo entre os Estados membros do Mercosul. O mandato do quinto árbitro será de três anos não renováveis, e o dos demais árbitros de dois anos renováveis por no máximo dois períodos consecutivos. Uma vez tendo aceitado a designação, os árbitros do TPR deverão estar permanentemente disponíveis para atuar quando necessário.

4.2.1. Atribuições

O Tribunal Permanente de Revisão terá competência para atuar nas seguintes hipóteses: a) Emissão de opiniões consultivas quando solicitado, consoante o disposto no art. 3º; b) Pronunciar-se sobre o Recurso de Esclarecimento

26. Consoante o art. 32 do Protocolo de Olivos, o prazo para questionar é de 15 dias e o tribunal *Ad hoc* e o Tribunal Permanente de Revisão deverão se pronunciar a respeito num prazo de 30 dias. Terá competência para decidir sobre o assunto o tribunal que por último conheceu da controvérsia.

27. BARRAL, Welber. *O novo sistema de solução de controvérsias do Mercosul*. In: Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, Universidade de Barsília- Faculdade de Direito. Ed Grupos de Pesquisa, 2003. p. 42.

28. A composição do Tribunal Permanente de Revisão está disciplinada no art. 18 do Protocolo de Olivos.

do laudo arbitral²⁹; c) Julgar os Recursos de revisão interpostos diante dos laudos arbitrais emitidos pelos tribunais *ad hoc*³⁰; d) Atuar como instância única na solução de controvérsias³¹; e) Dirimir as divergências que surgirem quanto ao cumprimento do laudo³²; e f) Pronunciar-se acerca das medidas compensatórias quando estas forem alvos de questionamento.

Exceto as funções estabelecidas nos itens “a”, “c” e “d” do parágrafo anterior, as demais atribuições são comuns ao Tribunal *Ad hoc*, só atuando o TPR quando foi este Tribunal quem por último se manifestou na controvérsia.

4.2.2. Funcionamento

O Tribunal Permanente de Revisão terá sua sede na cidade de Assunção, podendo excepcionalmente, se reunir em outras cidades do Mercosul. O Tribunal Revisor funcionará com três ou cinco árbitros a depender do número de países envolvidos na controvérsia. Se a controvérsia envolver dois Estados-Partes, o Tribunal será integrado por três árbitros, sendo dois nacionais de cada Estado-Parte do conflito, e o terceiro que será o árbitro presidente, designado mediante sorteio realizado pelo Diretor da Secretaria Administrativa, dentre os árbitros restantes que não sejam nacionais dos Estados envolvidos na controvérsia. Quando a controvérsia envolver mais de dois Estados-Partes, o TPR terá sua composição plena, ou seja, cinco árbitros.

O tramite do recurso de revisão é simples. Qualquer das partes na controvérsia poderá interpor o recurso no prazo de 15 dias após a notificação do laudo arbitral do Tribunal *Ad hoc*. O objeto do recurso deverá se limitar a questões de direito tratadas na controvérsia e às interpretações jurídicas desenvolvidas no laudo. Cabe a Secretaria Administrativa do Mercosul manter a gestão dos tramites do procedimento recursal mantendo informados os Estados-Partes na controvérsia e o Grupo Mercado Comum. Interposto o recurso, a parte recorrida terá o prazo de 15 dias para oferecer suas contra-razões. O Tribunal deverá se manifestar no prazo máximo de 30 dias contados da apresentação das contra-razões ou do fim do prazo para apresentação. A decisão do Tribunal Revisor poderá modificar, confirmar ou revogar a decisão do

29. Conforme art. 28 do Protocolo de Olivos, tal recurso poderá ser direcionado ao Tribunal *Ad Hoc* ou ao Tribunal Permanente de revisão a depender de quem por último se pronunciou sobre a controvérsia. Em qualquer dos casos a manifestação sobre o recurso deverá se dar num prazo de 15 dias da apresentação do recurso.

30. Esta é, de fato, a principal atribuição do TPR, embora as demais não sejam menos importantes.

31. Nesse caso, o TPR terá as mesmas competências do tribunal *Ad hoc* e os seus laudos não estarão sujeitos a recurso de revisão, tendo força de coisa julgada para as partes.

32. Consoante art. 30 do Protocolo de Olivos.

Tribunal *Ad hoc*. O recurso de revisão suspende o prazo para cumprimento do laudo arbitral emitido pelo Tribunal *Ad hoc*. Por fim, ressalte-se que os laudos emitidos com base na equidade- *ex aequo et bono*- não poderão ser alvo de recurso de revisão³³, sendo irrecorríveis, portanto.

Os custos com a atividade do Tribunal Permanente de Revisão serão custeados igualmente entre os Estados-Partes na controvérsia a menos que diferentemente seja estabelecido pelo Tribunal. Os pagamentos poderão ser efetuados no momento de iniciado o Procedimento Arbitral ou por meio de um fundo criado para receber as contribuições relativas ao funcionamento da Secretaria Administrativa do Mercosul.

4.3. Reclamações de Particulares

O Protocolo de Olivos também trata das reclamações efetuadas por particulares (pessoas físicas ou jurídicas) diante da sanção ou aplicação de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo ou discriminatórias ou de concorrência desleal por qualquer Estado-Parte em violação ao Tratado de Assunção e demais normas editadas no âmbito do Mercosul.

É necessário que o particular demonstre a veracidade da violação e a existência ou ameaça de um prejuízo, para que seja recebida e admitida a sua reclamação que deverá ser formalizada perante a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado Parte em que tenha sua residência habitual ou a sede do negócio.

Recebida a reclamação deverá se buscar mediante consultas à Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado a quem se atribui a violação a solução imediata para a questão. Concluídas as consultas sem que se chegue a uma solução, a questão será levada ao Grupo Mercado Comum, que poderá rejeitar por ausência de requisitos necessários³⁴, ou aceitá-la caso em que convocará o grupo de especialistas para emissão de um parecer. Observe-se que não cabe recurso da decisão do GMC que negue o recebimento da reclamação, não tendo a parte que propôs a reclamação nenhum meio com o qual possa contar, nesse caso. O único requisito para a rejeição é o consenso, nada se falando sobre a fundamentação de tal decisão que rejeita a reclamação. Tal artigo merece crítica na medida em que pode gerar margens para se questionar a arbitrariedade de tal decisão já que não se exige a fundamentação.

33. Conforme o item 3 do art. 17 do Protocolo de Olivos.

34. Trata-se de um novo juízo de admissibilidade que avaliará os pressupostos de recebimento e validade da Reclamação. Nesse caso (rejeição da reclamação), o GMC deverá se pronunciar por consenso.

O grupo de especialistas deverá emitir o parecer no prazo improrrogável de 30 dias contados da sua designação, devendo tal parecer ser levado ao GMC. Se a reclamação for declarada procedente, poderá qualquer Estado-Parte requerer a adoção de medidas corretivas ou anulação das medidas questionadas, não logrando êxito o estado poderá recorrer diretamente ao procedimento arbitral. Note-se que mesmo que o particular tenha obtido a procedência de sua reclamação, ele estará sujeito a atuação de um Estado-Parte, já que não poderá requerer sozinho as medidas necessárias, bem como recorrer ao procedimento arbitral. Perde-se todo o sentido a participação de um particular, se ao final do procedimento ele será dependente de um Estado-Parte para ver satisfeitas suas pretensões.

Em caso de parecer que declare a improcedência da reclamação, o GMC concluirá imediatamente a mesma. Ressalte-se a exigência de unanimidade na decisão emanada do grupo de especialistas. Não sendo possível tal unanimidade, o grupo de especialistas elevará suas conclusões ao GMC que dará por encerrada a reclamação, o que não obstará o início do procedimento arbitral.

O grupo de especialistas será formado por três membros designados pelo GMC, ou na falta de acordo, mediante votação realizada entre os Estados-Partes que escolherão dentro de uma lista de 24 especialistas (formada pela indicação de seis nomes por cada Estado-Parte), caso em que um dos especialistas não poderá ser nacional do Estado do particular que fez a reclamação e nem do Estado contra o qual ela foi formulada. Os custos com a atuação do grupo de especialistas serão pagos na proporção em que determinar o GMC, ou na falta de acordo, dividido igualmente entre a partes envolvidas na reclamação. Crítica se faz ao artigo, pois dificilmente o particular, poderá arcar com os custos oriundos da reclamação. Isso acaba por restringir as demandas de particulares.

5. PROCEDIMENTOS ARBITRAIS JÁ REALIZADOS

O início da utilização do procedimento arbitral para solução de controvérsias entre os Estados-Membros do Mercosul se deu em 1999, ainda sob o regime do Protocolo de Brasília. Desde então, muitos laudos arbitrais foram emitidos pelos tribunais *ad hoc* e alguns pelo Tribunal Permanente de Revisão, já sob a égide do Protocolo de Olivos.

O primeiro procedimento arbitral realizado pelo Tribunal *Ad hoc* ocorreu na cidade de Montevideu em 1999 e teve como partes a República Argentina (parte reclamante) e a República Federativa do Brasil (parte reclamada) e versou sobre os “Comunicados nº 37 de 17 de dezembro de 1997 e nº 7 de 20 de fevereiro de 1998 do departamento de Operações de Comércio Exterior

(DECEX) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX): Aplicação de Medidas Restritivas ao Comércio Recíproco”. O laudo julgou a questão parcialmente procedente para a Argentina em 28 de abril de 1999.

O segundo procedimento arbitral foi sediado na cidade de Assunção e teve novamente como partes reclamante e reclamada, respectivamente, a Argentina e o Brasil. O objeto da controvérsia foram os subsídios brasileiros à produção e exportação da carne de porco. A Argentina em sua reclamação questionava a existência de tais subsídios que afetariam negativamente a competitividade de seus produtos, o que seria uma violação aos compromissos assumidos com o Tratado de Assunção. Em 27 de setembro de 1999, o Tribunal *Ad hoc* julgou a reclamação improcedente em dois aspectos e procedente em outro, considerando que os prejuízos alegados não foram suficientemente provados. Tal decisão foi objeto de recurso de esclarecimento proposto pela Argentina.

O terceiro Tribunal *Ad hoc* ocorreu na cidade de Colônia (Uruguai) e envolveu o Brasil (reclamante) e a Argentina (reclamado) na controvérsia referente à “Aplicação de medidas de salvaguarda sobre produtos têxteis (RES 861/99) do Ministério de Economia e Obras e Serviços Públicos.” O laudo arbitral expedido em março de 2000 foi favorável ao Brasil por considerar os atos administrativos praticados pela Argentina incompatíveis com o anexo IV³⁵ do Tratado de Assunção. Novamente a Argentina interpôs recurso de esclarecimento sobre o qual se pronunciou o Tribunal *Ad Hoc* em abril do mesmo ano.

O quarto Tribunal Arbitral julgou a controvérsia envolvendo o Brasil (reclamante) a Argentina (reclamada) em torno da “Aplicação de medidas antidumping contra a exportação de frangos inteiros, provenientes do Brasil”. O laudo julgou a reclamação improcedente em maio de 2001 não acatando o pedido brasileiro de revogação da resolução impugnada. O laudo contrariou também o pedido da Argentina que solicitava ao Tribunal a confirmação de que a sua legislação interna era plena e exclusivamente aplicável à situação. Novamente houve pedido de esclarecimento da decisão, só que desta vez, solicitado pelo Brasil.

O quinto Tribunal *Ad hoc* sediado na cidade de Assunção cuidou da controvérsia entre a República Oriental do Uruguai (reclamante) e a República

35. Tal anexo trata das cláusulas de salvaguarda à importação dos produtos que se beneficiem do Programa de Liberação Comercial estabelecido no Tratado. Tal regime só poderia ser aplicado pelos Estados-Partes até 31 de dezembro de 1994 e em casos excepcionais.

Argentina (reclamada) sobre as “restrições de acesso ao mercado argentino de bicicletas de origem uruguaia”. O pedido foi julgado procedente em setembro de 2001, determinando que a Argentina desse livre acesso em seu mercado interno dos produtos alvos da controvérsia exportados pelo Uruguai.

O sexto Tribunal Arbitral do Mercosul sediado na cidade de Montevidéu teve como reclamante a República Oriental do Uruguai e como reclamada a República Federativa do Brasil. O objeto da controvérsia foi a “proibição de pneumáticos remodelados procedentes do Uruguai.” O laudo considerou a reclamação procedente, declarando a portaria expedida pela Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) incompatível com as normas do Mercosul e determinando que o Brasil adaptasse a sua legislação interna em função dessa incompatibilidade.

O sétimo laudo arbitral foi emitido na controvérsia que envolveu a República Argentina (reclamante) e a República Federativa do Brasil (reclamada) na questão dos “obstáculos ao ingresso de produtos fitossanitários argentinos no mercado brasileiro decorrentes da não-incorporação das Resoluções GMC n° 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 e 71/98, impedindo sua entrada em vigor.” O Tribunal *Ad hoc*, proferiu em maio de 2002, decisão favorável à Argentina determinando que o Brasil incorporasse num prazo de 120 dias as Resoluções alvos da controvérsia ao seu ordenamento jurídico interno.

O oitavo Tribunal Arbitral foi sediado na cidade de São Paulo e resolveu a controvérsia entre a República do Paraguai (reclamante) e a República Oriental do Uruguai (reclamada) sobre “a aplicação do IMESI (Imposto Específico Interno) à comercialização de cigarros.” A decisão proferida pelo tribunal em maio foi favorável ao Paraguai determinando que o Uruguai cessasse os efeitos discriminatórios com relação aos cigarros paraguaios. Paraguai e Uruguai interpuseram recurso de esclarecimento.

O nono Tribunal Arbitral foi sediado em Montevidéu e teve como partes a República Argentina (reclamante) e a República Oriental do Uruguai (reclamada) na controvérsia sobre a “Incompatibilidade do regime de estímulo à industrialização de lã outorgado pelo Uruguai, estabelecido pela Lei. n° 13695/68 e Decretos Complementares, com a Normativa Mercosul que regula a aplicação e a utilização de incentivos no comércio intrazona.” O pedido foi julgado procedente em abril de 2003, obrigando o Uruguai a eliminar a bonificação estabelecida pela Lei. n° 13695/68 e por seus Complementares no prazo de 15 dias seguintes a emissão do Laudo.

O décimo do Tribunal Arbitral foi realizado em Montevidéu na controvérsia envolvendo a República Oriental do Uruguai (reclamante) e a República Federativa do Brasil (reclamada) acerca das “medidas discriminatórias e restritivas ao comércio de tabaco e produtos derivados do tabaco.” A controvérsia perdeu o seu objeto por revogação das normas brasileiras que ensejaram a reclamação. Desta forma o Tribunal *Ad hoc* em agosto de 2005 declarou terminada a controvérsia por ter o Brasil satisfeito às reclamações do Uruguai consideradas como objeto da controvérsia.

Os dez procedimentos arbitrais analisados foram realizados com base nas normas do Protocolo de Brasília. Após a entrada em vigor do Protocolo de Olivos, em 2004, dois laudos foram emitidos pelo Tribunal *Ad hoc* e quatro laudos emitidos pelo Tribunal Permanente de Revisão. Dos dois laudos emitidos pelo TAH, um foi revogado pela decisão do TPR em recurso de revisão na controvérsia envolvendo a “proibição da importação de pneumáticos remodelados” entre Uruguai e Argentina.

O primeiro Laudo do Tribunal *Ad hoc* realizado com base no sistema de Olivos foi emitido em setembro de 2006 na cidade de Montevidéu. A controvérsia envolveu o Uruguai (reclamante) e a Argentina (reclamado) tendo por objeto a **“Omissão do Estado Argentino em Adotar Medidas Adequadas para Prevenir e/ou Fazer Parar os Impedimentos Impostos à Livre Circulação pelas Barreiras em Território Argentino de Vias de Acesso às Pontes Internacionais Gal San Martín e Gal Artigas que unem a República Argentina com a República Oriental do Uruguai.”** A decisão acolheu parcialmente o pedido da parte reclamante.

Após essa controvérsia o Tribunal *Ad hoc* **julgou ainda o conflito envolvendo o Uruguai (reclamante) e a Argentina (reclamada) sobre a “proibição de importação de pneumáticos remodelados.”** A reclamação foi julgada improcedente em outubro de 2006, pois o Tribunal *Ad hoc* considerou a “Lei nº 25.626, promulgada pela República Argentina em 08 de agosto de 2002 e publicada no Boletín Oficial, em 09 de agosto de 2002, é compatível com o disposto no Tratado de Assunção e seu Anexo I, com as normas derivadas de tal Tratado, bem como com as disposições de Direito Internacional aplicáveis à matéria³⁶.”

Tal decisão como já foi dito, foi revogada pelo Laudo nº 1/2005 do Tribunal Permanente de Revisão. O Recurso de Revisão foi apresentado pelo Uruguai em novembro de 2005. A decisão do TPR foi pela revogação do Laudo do TAH considerando a incompatibilidade da lei argentina com a normativa do

36. Texto reproduzido na íntegra da decisão do Tribunal *Ad hoc*, disponível em www.mercosur.int

Mercosul e determinou a derrogação ou modificação da lei num prazo de 20 dias, tendo sido vedada à Argentina a adoção de qualquer medida contrária a tal pronunciamento. A Argentina ainda propôs um recurso de esclarecimento de tal decisão que foi julgado pelo TPR pelo Laudo complementar de nº 1/2006.

O segundo laudo a ser emitido pelo TPR foi o de nº 2/2006 que julgou o Recurso de Revisão apresentado pela Argentina contra decisão do TAH na controvérsia envolvendo a “os impedimentos Impostos à Livre Circulação pelas Barreiras em Território Argentino de Vias de Acesso às Pontes Internacionais Gal San Martin e Gal Artigas.” O recurso interposto foi inadmitido liminarmente por não se tratar de recurso proferido contra um Laudo Arbitral do TAH, mas sim de uma Decisão do órgão.

O terceiro laudo do TPR foi o de nº 1/2007 e foi emitido para atender a solicitação da Argentina de pronunciamento sobre o excesso na aplicação de medidas compensatórias na controvérsia entre Uruguai e Argentina acerca da proibição de importação de pneumáticos remodelados provenientes do Uruguai. A decisão do TPR foi pela proporcionalidade da medida compensatória adotada pelo Uruguai.

O quarto e mais recente Laudo do TPR foi o de nº 1/2008 acerca da “divergência sobre o cumprimento do Laudo nº 1/2005 iniciada pela República Oriental do Uruguai (art. 30 Protocolo de Olivos).” A decisão emanada foi a de que a Lei nº 26.329 editada pela Argentina, não cumpria o disposto no Laudo nº 1/2005, devendo a Argentina revogá-la ou modificá-la. Foi determinado ainda que o Uruguai mantivesse as medidas compensatórias adotadas até o cumprimento do Laudo em questão.

6. PERSPECTIVAS ATUAIS PARA A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Após seis anos da assinatura do Protocolo de Olivos e dois anos do início da sua vigência, podemos considerar que o sistema de solução de controvérsias mercosulino foi incrementado visando a sua maior especialização. O sistema atual é mais completo que o anterior, já que houve algumas inovações em relação ao Protocolo de Brasília, que contribuíram para dar uma maior estruturação ao procedimento arbitral. As alterações vieram no sentido de criar um sistema permanente de solução de conflitos, sobretudo com a inovação que foi o Tribunal Permanente de Revisão. Entretanto, não se pode falar ainda que o sistema de solução de controvérsias vigente no Mercosul não careça de mais alterações para se tornar, de fato, permanente. O procedimento atual ainda não goza de estabilidade, tendo em vista que não há uma única modalidade de resolução de conflitos. O sistema ainda é híbrido, pois mistura as vias diplomáticas (negociações) com as vias arbitrais e ainda possibilita que

as questões possam ser submetidas a sistemas de outros organismos internacionais de comércio.

Esta ausência de estabilidade se confirma ainda, quando se leva em consideração que os tribunais arbitrais de primeira instância, por serem *Ad hoc*, **possuem composições diferentes em cada controvérsia, o que leva a possibilidade de soluções diferenciadas para conflitos semelhantes. Ou seja, a unificação jurisprudencial não é obtida pelo sistema vigente, o que ainda gera muita insegurança entre os usuários do sistema. Provavelmente, a substituição desses tribunais provisórios, por um tribunal permanente, com quadro fixo de árbitros, ainda que para isso seja preciso elevar o número componentes³⁷, resolveria essa situação, dando maior segurança jurídica e uniformidade às decisões arbitrais.**

Há ainda uma posição que vê como perspectiva futura a criação de um Tribunal de Justiça supranacional no Mercosul, nos moldes do que existe hoje na União Européia. De fato, tal sistema é o que mais garantiria uma uniformização das decisões garantindo a interpretação inequívoca das normas comunitárias. Entretanto, tal sistema não se adequaria à situação atual em que se encontra o Mercosul, em que ainda não se alcançou uma integração plena. O que funciona bem na União Européia poderia não se adaptar bem ao Cone Sul, tendo em vista as realidades distantes em que se encontram os dois Blocos. O Mercosul precisa evoluir, se fortalecer e consolidar, sobretudo no aspecto da harmonização legislativa, deixando de ser um “Mercosul Invisível³⁸”, **para que, só então, se possa pensar na instituição de uma instância supranacional de jurisdição.**

Entendemos que cada vez mais os procedimentos arbitrais devam ser buscados pelos países membros do Mercosul, bem como por suas empresas, visando a aplicação e o respeito das normas de comércio estabelecidas em decorrência do Tratado de Assunção. Os procedimentos arbitrais têm a vantagem de serem céleres na solução dos conflitos o que em si, já é um grande atrativo. Além disso, o sistema permite a adoção de medidas compensatórias, o que garante que se as decisões não forem cumpridas, o Estado Reclamante não sairá prejudicado.

37. Para permitir a participação de árbitros nacionais de todos os Estados-Membros do Mercosul, buscando não causar influências da nacionalidade dos árbitros sobre as decisões. Como todas as decisões são tomadas por consenso, o número par de árbitros não seria um empecilho.

38. Expressão muito bem empregada pelo Prof. Dr. Saulo Casali Bahia no artigo “O Mercosul e seus projetos institucionais” e que demonstra a situação atual do Mercosul, uma zona de livre comércio ainda não finalizada e um mercado comum ainda em formação.

Com a vigência do Protocolo de Olivos, o Mercosul dá mais um passo rumo a sua institucionalização, e os mecanismos de solução de controvérsias se tornam mais eficazes, aumentando a credibilidade do procedimento arbitral, e incentivando o cumprimento das normas comunitárias.

Alguns detalhes ainda precisam ser revisados no Protocolo de Olivos, como por exemplo, a forma de acesso de particulares, às vaís arbitrais. O sistema atual ainda tem altos custos de manutenção e custeio que impedem a realização de reclamações por particulares, tanto que até hoje não se tenha registro dessa modalidade. Novas regras sobre o custeio de tais demandas particulares devem ser pensadas, visando simplificar o processo, tornando-o não só atrativo para grandes empresas como também para pequenos e médios empresários que são os maiores responsáveis pelo desenvolvimento comercial e pela geração de renda dos países emergentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo pretendeu traçar uma evolução histórica do sistema de solução de controvérsias adotado no Mercosul desde a sua origem até os dias atuais. Para tanto, foi realizada a descrição de cada fase dos procedimentos, estabelecidas em Protocolos específicos como o Protocolo de Brasília e o de Olivos que é o que vige atualmente. As mudanças positivas de cada fase foram elucidadas, bem como também foram trazidas críticas ao sistema, que ainda não é o ideal. Percebemos que ao menos no âmbito da solução de controvérsias, o Mercosul evoluiu, substituindo um sistema que inicialmente era precário, por um mais elaborado. A criação de um Tribunal Permanente de Revisão foi uma grande inovação, que trouxe para as partes numa controvérsia a possibilidade de recorrer das decisões emanadas dos Tribunais *Ad hoc*. Os mais de dez laudos arbitrais já emitidos comprovam a utilidade do sistema arbitral, que tende a ser cada vez mais utilizado pelas instituições comerciais atuantes no Mercosul.

Foi demonstrado também, que apesar de sua utilidade, o sistema apresenta ainda algumas imperfeições que tendem a ser revisadas, sobretudo para acompanhar a própria evolução do Bloco, que ainda caminha a passos lentos. Os principais erros a serem corrigidos giram em torno da falta de uniformização da jurisprudência e aos altos custos do procedimento para os particulares, que até hoje não se sentem atraídos pelo sistema de Reclamações proposto pelo Protocolo de Olivos. Outro grave problema, é que as atuações dos particulares ainda estão condicionadas ao apoio dos Estados, já que somente este poderá requerer a adoção das medidas corretivas, ou recorrer às vaís arbitrais, se necessário.

Entendemos que o aperfeiçoamento do sistema de solução de controvérsias deve se dar simultaneamente à formalização da integração prevista para o Mercosul. No futuro poderemos ter um sistema definitivo, de cunho supranacional, mas para tanto é necessário uma maior institucionalização do Bloco que deve começar pela atuação de cada Estado-Membro. A concretização do Mercosul deve ser vista como meta entre os Estados Sulamericanos. E a “consciência mercosulina” deve se introduzir no cotidiano dos cidadãos para que o bloco ganhe maior projeção e publicidade. É preciso que façamos o Mercosul acontecer.

REFERÊNCIAS

- BAHIA, Saulo José Casali. *O Mercosul e seus projetos institucionais*.
- BARRAL, Welber. *O novo sistema de solução de controvérsias do Mercosul*. In: Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, Universidade de Barsília- Faculdade de Direito, 2003. Ed Grupos de Pesquisa.
- BRANCO, Luizella Giardino B. *Sistema de Solução de Controvérsias no Mercosul-Perspectivas para a criação de um modelo institucional permanente*. São Paulo. 1997. LTr
- NOHMI, Marcos Antônio. *Arbitragem Internacional- Mecanismos de solução de conflitos entre Estados*. Belo Horizonte, 2005. Del Rey.
- PIRES, Alice; FONSECA, Amanda; CROSHERE, Indira. *Soluções de Controvérsias no Mercosul*. São Paulo, 1998. LTr.
- SANTOS, Jonábio Barbosa dos; QURINO FILHO, João de Deus; PEREIRA, Guerrison de Araújo. *Os mecanismos de solução de controvérsias no Mercosul: uma análise sobre o Protocolo de Olivos*. Brasília, 2008 Revista Jurídica. V. 9. disponível em www.presidencia.gov.br/revistajuridica WWW.MERCOSUR.INT- Portal Oficial do Mercosul.

VIII.
O PAPEL DO JUIZ PARA A EFETIVAÇÃO
DA INTEGRAÇÃO SUL-AMERICANA:
A SOLICITAÇÃO DE OPINIÕES CONSULTIVAS
AO TRIBUNAL PERMANENTE
DE REVISÃO DO MERCOSUL
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*Cláudio Azevêdo da Cruz Oliveira**

SUMÁRIO: Introdução – 1. O Protocolo de Olivos e o processo internacional da integração sul-americana – 2. Questões processuais atinentes às opiniões consultivas: 2.1. Princípios do processo consultivo no âmbito do TPR: 2.1.1. Devido processo legal; 2.1.2. Harmonização da interpretação; 2.1.3. Motivação; 2.1.4. Publicidade; 2.1.5. Cooperação; 2.2. Competência; 2.3. Jurisdição; 2.4. Não-obrigatoriedade/vinculação das opiniões consultivas; 2.5. Pressupostos processuais: 2.5.1. Legitimidade para agir; 2.5.2. Existência de causa em tramitação nos órgãos judiciários brasileiros e restrição à matéria normativa do Mercosul; 2.5.3. Ausência de prévia provocação sobre a mesma questão em outro meio de solução de controvérsias; 2.5.4. Elementos formais da solicitação de opinião consultiva; 2.6. A participação do Ministério Público brasileiro; 2.7. A participação dos coordenadores nacionais do Grupo de Mercado Comum; 2.8. Procedimentos da emissão de opiniões consultivas: 2.8.1. Requisitos essenciais de validade; 2.9. Prazo para emissão; 2.10. Conclusão do procedimento consultivo; 2.11. Custas processuais – 3. Obstáculos à efetivação da integração sul-americana no âmbito do procedimento das opiniões consultivas do TPR: 3.1. Solicitação indireta dos juízes de primeiro grau; 3.2. A não obrigatoriedade/vinculação; 3.3. Impossibilidade de consultas em abstrato – 4. Conclusão – Referências.

RESUMO: Análise da dinâmica de integração da América do Sul, sob o enfoque do processo internacional no âmbito do Mercosul, especificamente no que tange a solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão (TPR) pelo Supremo Tribunal Federal (STF). O estudo propõe o instrumento consultivo como ferramenta do juiz nacional para o aprofundamento integratório do continente e para a harmonização da interpretação do ordenamento jurídico mercosulino, analisando os princípios processuais concernentes à prática opinativa no TPR, bem como o procedimento de solicitação de opiniões consultivas pelo STF ou por magistrado de primeira instância – por via indireta. Por fim, se buscará estudar a importância dos pareceres do TPR para a criação de um corpo normativo mais robusto

* Advogado e Membro do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais – Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA.

e que possa levar à sociedade maior segurança jurídica na aplicação e interpretação das normas da esfera do Mercosul.

PALAVRAS CHAVES: Direito da Integração; Mercosul; Opinião consultiva; Tribunal Permanente de Revisão.

RESUMEN: Análisis de la dinámica de la integración de Sudamérica, bajo el enfoque del proceso internacional en el ámbito del Mercosur, específicamente en lo que dice respecto a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión (TPR) por el Supremo Tribunal Federal (STF). El estudio propone el instrumento consultivo como herramienta del juez nacional para la profundización unificadora del continente y para la armonía de la interpretación del ordenamiento jurídico “mercosulino”, analizando los principios procesales concernientes a la práctica de emisión de opiniones del TPR, así como el procedimiento de solicitud de opiniones consultivas por el STF o por el juez de primera instancia – por vía indirecta. En conclusión, se buscará estudiar la importancia de los pareceres del TPR para la creación de un cuerpo normativo más sólido y que pueda llevar a la sociedad mayor seguridad jurídica en la aplicación e interpretación de las normas de la esfera del Mercosur.

PALABRAS CLAVES: Derecho de la Integración; Mercosur; Opinión consultiva; Tribunal Permanente de Revisión.

INTRODUÇÃO

Atualmente, quando se aborda o tema integração da América do Sul, diversas questões políticas, econômicas, jurídicas e sociais são levantadas como necessárias para a construção de uma comunidade sul-americana. Sabe-se da ausência de políticas públicas de formação de uma cultura sul-americana; sabe-se da timidez no desenvolvimento de alguns processos integratórios; sabe-se da necessidade de maior compartilhamento da soberania estatal. Todos estes pontos são exaustivamente trabalhados e estudados pela doutrina do Direito da Integração sul-americana.

No presente ensaio, dentre todos estes espectros, vamos buscar nos ater em um ponto fundamental da seara jurídica comunitária: o papel dos aplicadores do direito para a efetivação da integração sul-americana, de modo a propiciar garantias à consecução de um verdadeiro acesso à justiça dentro do âmbito dos sistemas de solução de controvérsias do Mercosul. Para esta tarefa, analisaremos, como ponto principal de foco, as opiniões consultivas emitidas pelo Tribunal Permanente de Revisão (TPR).

Pontualmente, trataremos da experiência da justiça brasileira à luz do quanto posto como princípio fundamental no parágrafo único do art. 4º. da Constituição brasileira de 1988: “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”.

Nitidamente, o processo de integração da América do Sul é construído sobre bases eminentemente distintas de outras experiências integratórias mundiais, principalmente por nossas típicas e originais raízes histórico-culturais. Logo, revela-se simplista e irresponsável basear o processo de integração de nosso continente nos mesmos fundamentos de outras comunidades, como o que se costuma fazer por parte da doutrina do Direito da Integração que copia marcos da União Européia à realidade do Mercosul de maneira acrítica. Contudo, não por isso iremos deixar de aprender com as experiências parecidas ocorridas em outras nações e uniões entre países. Não valer-se de tais informações seria escolher tomar um caminho mais longo quando não se pode perder tempo.

Assim, vamos constatar que a existência de um sólido mecanismo de resolução de controvérsias no âmbito do Direito da Integração, que seja formulado e utilizado adequadamente pelas partes e pelos órgãos judiciais de direito interno, resultará em segurança jurídica, elemento que se mostra fundamental no avançar do processo de integração entre países soberanos e integrados.

Na verdade, o que observamos hoje em nosso continente é a total falta de acesso das pessoas e das empresas a um sistema de solução de conflitos célere e eficaz e o conseqüente entrave de questões fulcrais para o avançar do processo integratório. A falta do acesso às instâncias existentes repercute automaticamente na falta de harmonia jurisprudencial dentro dos países-membros do Mercosul, já que poucos são os juízes que julgam conflitos sejam em cortes arbitrais, sejam em cortes judiciais com base nas orientações do Tribunal Permanente de Revisão do bloco.

Para isso, teremos que visualizar brevemente o procedimento de solução de conflitos fixado no marco do Protocolo de Olivos (PO) para que possamos, posteriormente, entender de que forma o precedente poderá/deverá ser usado no direito interno dos países-membros, bem como compreender a importância das opiniões consultivas para a harmonização das interpretações acerca do ordenamento normativo mercosulino.

1. O PROTOCOLO DE OLIVOS E O PROCESSO INTERNACIONAL DA INTEGRAÇÃO SUL-AMERICANA

Inicialmente, se este ensaio busca a efetivação da integração sul-americana e se nosso recorte foi delimitado pelas opiniões consultivas do TPR, imprescindível se faz estudar o processo internacional da integração disposto dentro dos marcos normativos fixados no âmbito do Mercosul.

Como se sabe, são as jurisdições dos Estados-partes as que possuem competência para, no caso concreto a elas levado, optar ou não pela adoção de norma da integração não internalizada, bem como de interpretação do TPR sobre a normativa mercosulina em discussão. Neste ponto, o panorama presente

entre os Estados Partes do Mercosul é de total discrepância entre Argentina/Paraguai e Brasil/Uruguai. Os textos constitucionais argentino e paraguaio “sofreram modificações para reconhecer prevalência às normas resultantes do processo de integração sobre o ordenamento interno” (LEHMEN, 2008, p. 11). Contudo, por outro lado, as Constituições de Brasil e Paraguai seguem com o procedimento para incorporação do direito de fonte internacional ao ordenamento jurídico pátrio, sem a presença de qualquer enunciado normativo que disponha a prevalência do Direito da Integração sobre o direito interno.

[...] inobstante surtam as normas regionais efeitos no âmbito *internacional* tão logo cumprido os procedimentos próprios de ratificação e subsequente notificação, quando o caso, para que as mesmas sejam efetivamente introduzidas no ordenamento jurídico *interno* – o que releva, e muito, para a adequada e efetiva aplicação das normas comunitárias – há de se observar as peculiaridades constitucionais de cada um dos Estados Partes [...] a não ser que os Estados Partes consagrem de forma clara, em suas leis fundamentais, o primado do direito internacional se confrontado com norma de direito interno [...] (LEHMEN, 2008, p. 10)

Logo, se a responsabilidade de aplicação do Direito de Integração não é de um órgão supranacional, se faz imperioso um procedimento hábil que logre harmonizar tal aplicação jurídica no âmbito interno dos países membros do bloco. Tal preocupação com disparidades, na verdade, provém da assinatura do marco constitutivo do Mercosul: o Tratado de Assunção. O Tribunal Permanente de Revisão e a possibilidade de emissão de opiniões consultivas surgem, por meio do Protocolo de Olivos, como vias para sanar aquela falta de harmonização do processo de integração de maneira efetiva (POZZATI JUNIOR E SALDANHA, 2008).

O Protocolo de Olivos, que passa a regular as soluções de controvérsias no Mercosul de maneira também provisória, ressalte-se, fora introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 4.982, de 9 de fevereiro de 2003 – pouco mais de um mês após sua entrada em vigor no âmbito internacional –, substituindo o Protocolo de Brasília que, emendado por enunciação previstos no Protocolo de Ouro Preto, regulava o antigo sistema de resolução de conflitos intra-bloco. No sistema antigo estavam previstas basicamente duas modalidades de procedimentos: o diplomático e o jurídico.

Com o advento do novo Protocolo, firmado na cidade Olivos, na Argentina, fora criado o Tribunal Permanente de Revisão, sanando antiga crítica ao sistema jurídico de resolução de controvérsias do âmbito do Mercosul, já que a previsão exclusiva de Tribunais *ad hoc* não permitia a criação de um corpo jurisprudencial interpretativo dos conflitos. Assim, foi iniciado um processo de atribuição de maior segurança jurídica às relações jurídicas, que se funda no duplo grau de jurisdição – Tribunal *ad hoc* e TPR – e nas interpretações, opiniões e precedentes emanados do Tribunal harmonizador.

Como mostra desta evolução, fora incluído no âmbito da solução de conflitos, a possibilidade de emissão de opiniões consultivas pelo TPR, delegando ao Conselho do Mercado Comum (CMC) estabelecer os mecanismos para a realização de tais consultas, bem como de definir seu procedimento e alcance eficaz, como prevê o art. 3 do PO.

Assim, posteriormente, a partir da prolação da Decisão CMC 37/03, o ordenamento processual mercosulino sofreu forte incremento, por meio da estipulação da competência, legitimidade para agir, bem como pressupostos processuais e procedimentos para a realização de solicitações de opiniões consultivas ao TPR.

Como nosso objetivo neste trabalho é estudar especificamente as opiniões consultivas como via de efetivação da integração sul-americana, não iremos analisar todos os aspectos processuais da supracitada Decisão CMC 37/03, mas sim o que nos interessa para o quanto aqui discutido: o procedimento para solicitação de opiniões consultivas pelos Tribunais Superiores dos Estados Partes.

2. QUESTÕES PROCESSUAIS ATINENTES ÀS OPINIÕES CONSULTIVAS

2.1. Princípios do processo consultivo no âmbito do TPR

Apesar de não ter um corpo normativo sistematizado, o processo internacional mercosulino conta, indiscutivelmente, com princípios próprios e oriundos de enunciados normativos fixados no marco do ordenamento jurídico do bloco, provenientes, entre outras fontes, de tratados, decisões, resoluções, laudos arbitrais e opiniões consultivas.

Como ponto de partida, optamos por abordar um princípio fulcral para a plena vigência das instituições do Mercosul, bem como para a evolução do processo de integração entre os países da América do Sul: o princípio do Estado de Direito Democrático (*Demokratisches Staatsrechts*). São diversos os textos legais que lastram suporte normativo para a afirmação da existência deste princípio, tendo, dentre eles, grande relevância o Protocolo de Ushuaia – que trata do compromisso democrático no Mercosul, Bolívia e Chile –, a Declaração Presidencial de Las Leñas de 1992 e a Decisão CMC 17/05 – que aprova o Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul.

Desta forma, sabendo que princípios atuam como a luz do farol que orienta todo o ordenamento jurídico, deve-se caminhar sempre na direção deles, na direção da orientação dada pela luz do farol. Podemos encontrar e usar os

mais variados tipos de mapas, entretanto a luz do farol continuará lá, guiando a navegação (CORNELL, 1992). Logo, não se pode pensar em processo mercosulino que contradiga o espectro valorativo emanado pelo princípio do Estado Democrático, base das instituições do Mercosul e da própria integração do continente sul-americano.

2.1.1. Devido processo legal

Não é sem propósito, então, que começaremos justamente pelo devido processo legal (*due process of law*). Tal princípio se mostra como fundamental para o processo democrático, já que ao mesmo que fixa o respeito às normas processuais estabelecidas da ordem jurídica (acepção formal), impõe que a decisão-opinião seja substancialmente devida, proporcional e plausível (acepção material).

Assim, o devido processo legal obriga que o TPR siga as regras e princípios processuais concernentes ao ordenamento jurídico mercosulino em caráter formal, mas imputa-lhe, ainda, como dever a prestação de decisões arbitrais e opiniões consultivas de maneira devida, abdicando do mero uso do argumento de autoridade na formulação da deliberação, caminhando em direção a argumentos de plausibilidade e de busca da verdade real e, principalmente, da harmonização da aplicação e da interpretação da normativa do Mercosul.

2.1.2. Harmonização da interpretação

Outro princípio fulcral do processo mercosulino é a harmonização da interpretação do ordenamento jurídico do bloco. É importante lembrar que o processo é mero caminho para que sejam efetivados dispositivos normativos presentes no âmbito jurídico de um ordenamento. Desta forma, se o corpo normativo do Mercosul existe com o objetivo de efetivar e aprofundar a dinâmica de integração entre os Estados Partes, esdrúxulo seria pensar que o processo mercosulino não estivesse submetido a este princípio.

Desta forma, é de fundamental importância a interpretação das regras processuais com a orientação do princípio da harmonização, o que dá à aplicação do procedimento maior segurança jurídica, previsibilidade e coesão normativa, sintonizando o direito material e o direito processual.

2.1.3. Motivação

Além de típica garantia do suscitante da consulta ao TPR, o princípio da motivação revela à efetivação da integração sul-americana uma verdadeira função política, já que vai, diretamente, servir à consecução do princípio da harmonização da interpretação do ordenamento mercosulino. Isto quer dizer

que os argumentos utilizados e fundamentados na opinião consultiva, mais do que garantia ao Tribunal Superior ou juiz suscitante de plausibilidade do discurso dos árbitros do TPR, são de fundamental importância para todos aqueles cidadãos dos Estados Partes do Mercosul, visto que são estes quem vivem as normas da integração, por meio da interpretação que dão aos enunciados normativos presentes no marco legal do bloco.

Assim, o princípio da motivação da opinião consultiva emitida pelo TPR ajuda a ampliar a legitimidade de tal parecer, levando à sociedade e às comunidades vivenciadoras da norma segurança de como devem proceder para estar em harmonia com o quanto prescrito nos marcos legais do Mercosul, quase sempre distantes da realidade dos cidadãos sul-americanos. Será assim que se construirá a legitimidade da opinião consultiva, se difundirá a interpretação das normas do ordenamento jurídico do sul, bem como se efetivará a imparcialidade dos árbitros.

2.1.4. Publicidade

Outro princípio do processo consultivo no âmbito do TPR é a publicidade que vai, juntamente com o princípio da motivação, auxiliar o compromisso no caso concreto exercido pela harmonização da interpretação. Assim, apesar dos documentos apresentados pelo STF ao TPR terem o caráter de confidencialidade, conforme dispõe o art. 46. 1 do PO, os laudos arbitrais e opiniões consultivas emitidos são públicos.

Desta forma, tal característica permite o que pontuamos acima: o auxílio na efetivação da harmonização do quanto interpretado da ordem jurídica mercosulina, não apenas entre os magistrado, mas, sobretudo, no seio social dos países membros, bem como a garantia da imparcialidade dos árbitros emissores da opinião consultiva que, por meio da publicização de seus atos e decisões, sofrem controle de legitimidade social externo.

2.1.5. Cooperação

Sintonizado com os fundamentos do processo democrático pós-moderno, o processo mercosulino se mostra baseado em um procedimento de caráter dialético que incentiva a colaboração entre o TPR e os Tribunais Superiores do Estados Partes para a mais rápida solução da questão, efetivando, assim, o objetivo do processo de pacificador de conflitos, bem como o escopo do Tribunal de Revisão de harmonizador das interpretações da normativa mercosulina.

Ainda que tímida na ampliação da participação de todos os atores interessados na interpretação do ordenamento do sul, a normativa processual do Mercosul prevê dispositivos que contribuem para a busca da verdade real, por

meio de argumentos de plausibilidade, visto que estimula a solicitação, pelo TPR, de esclarecimentos ao Estado Parte suscitante da opinião consultiva.

Tal previsão, presente no art. 8 da Decisão CMC 37/03, incentiva o diálogo entre os árbitros e o peticionante da solicitação de opinião consultiva. Assim, por um lado, há uma verdadeira cooperação no sentido a harmonizar a interpretação do ordenamento mercosulino, promovendo segurança jurídica cada vez maior às relações entre os Estados Partes e, por outro, TPR e Tribunal Superior – ou juiz, por via indireta – suscitante da opinião consultiva cooperam para chegar a uma opinião e a uma posterior decisão, em que ambas sejam banhadas de plausibilidade e que pacifiquem a controvérsia do caso concreto litigioso.

É justamente este direito-dever do árbitro de perguntar e esclarecer a base do princípio da cooperação (*das Fragerecht*), sendo possível interposição de recurso em face seu descumprimento ou não-aplicação. A partir deste fundamento básico desenvolvem-se outras acepções da aplicação do princípio da cooperação, com grande contribuição da doutrina alemã e portuguesa. Assim, tal mandado de otimização (*Optimierungsgebot*)¹ obriga o TPR a solicitar esclarecimentos de pontos ambíguos ou incompletos e fixar conceitos de direito utilizados na opinião consultiva, bem como do suscitante em alegar todos os fatos relevantes com interesse para a questão a ser estudada pelo Tribunal harmonizador.

Como fizemos questão de explicitar no parágrafo acima, a cooperação é um direito do árbitro, podendo este, baseando-se na correlação necessária entre direitos e deveres, exigir que o suscitante esclareça fatos e questões, isto é que coopere com a chegada à uma decisão consultiva plausível e coadunante com os demais princípios da integração sul-americana.

Contudo, cabe ressaltar que ao mesmo tempo em que a cooperação é direito, mostra ao árbitro outra faceta: o dever de cooperar. Logo, deste ator é exigido o dever de esclarecimento, prestando efetiva informação ao suscitante sobre o andamento da solicitação da consulta, bem como informando com clareza todos os esclarecimentos ou informações necessárias para que a opinião consultiva vingue e o processo de harmonização possa efetivar-se.

2.2. Competência

O Protocolo de Olivos em seu art. 3 e o anexo da Decisão CMC 37/03 em seu art. 2 dispõem que é de competência exclusiva do TPR a emissão de quaisquer tipos de opiniões consultivas que deverão obrigatoriamente ser fundamentadas no ordenamento jurídico mercosulino: Tratado de Assunção,

1. Os princípios são compromissos que vinculam o aplicador no caso concreto (ALEXY, 2002).

Protocolo de Ouro Preto, protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, decisões do CMC, resoluções do Grupo de Mercado Comum (GMC), diretivas da Comissão de Comércio do Mercosul, além dos princípios e disposições de Direito Internacional aplicáveis à matéria da consulta.

Como se nota, o PO restringiu a competência para emissão de opiniões consultivas apenas ao TPR, deixando a cargo do Tribunal *ad hoc* apenas o papel de resolução de controvérsias pela via arbitral como antes já previsto. Este fato se fundamenta na imensa necessidade de um início de harmonização da interpretação da aplicação do ordenamento jurídico do Mercosul, papel que passou, com a assinatura do Protocolo supracitado, a ser exercido pelo TPR.

2.3. Jurisdição

Como dito acima, são unicamente os Estados Partes os que possuem competência para aplicar, no caso concreto interno, a normativa mercosulina. Isto se deve à opção feita até então por um modelo de integração baseado na intergovernabilidade, a despeito de um modelo comunitário baseado na supranacionalidade. Desta forma, é defeso aos Tribunais do Mercosul impor a aplicação do ordenamento jurídico do bloco em casos concretos suscitados no âmbito do Direito Interno dos países membros.

Além disso, com o advento do PO, ratificado por todos os Estados Partes, fora reconhecida a jurisdição dos Tribunais mercosulinos (TPR e *Ad hoc*) como obrigatória, *ipso facto* e sem necessidade de acordo especial. Isto é, os procedimentos de solução de controvérsias executados pelos Tribunais ventilados culminarão em uma decisão que, por sua vez, seguindo o devido processo legal, se cristalizará em coisa julgada para as partes, sob o condão da obrigatoriedade de cumprimento (art. 33 do PO), sob pena de aplicação de medidas compensatórias (art. 31 do PO).

Contudo, cabe ressaltar de logo que as características da jurisdição dos Tribunais mercosulinos expostas acima são aplicáveis apenas aos procedimentos de solução de controvérsias, não se aplicando às opiniões consultivas que, como o próprio nome diz, são meras expressões opinativas fixadas pelo TPR. Não poderia ser diferente, já que todo mecanismo de resolução de conflitos será espelho do modelo de integração escolhido pelos países membros. Se o Mercosul ainda está na fase da intergovernabilidade, seria ilógico – ainda que louvável – que dentro deste marco a opinião do TPR fosse vinculante à parte que a solicitou.

2.4. Não-obrigatoriedade/vinculação das opiniões consultivas

O enunciado normativo presente no art. 11 do anexo da Decisão CMC 37/03 dá suporte ao princípio da não-obrigatoriedade/vinculação das opiniões

consultivas. Desta forma, os pareceres emitidos pelo TPR não obrigarão, tampouco serão vinculantes ao STF ou ao juiz de primeira instância que formulou a solicitação por via indireta, não estando estes, então, comprometidos com a aplicação da interpretação dada pelo TPR sobre a questão suscitada.

No âmbito do Mercosul, o procedimento atinente às opiniões consultivas, por meio deste princípio, se mostra como meio meramente consultivo do Tribunal Superior ou juiz nacional sobre a interpretação do ordenamento jurídico mercosulino.

Tal princípio coaduna com o modelo escolhido pelo bloco: a intergovernamentalidade, que, a despeito da supranacionalidade, limita a cessão de soberania, conservando-a para cada Estado Parte que decidirá, por meio de seu Poder Judiciário, a adoção ou não da interpretação proposta pelo TPR.

2.5. Pressupostos processuais

2.5.1. Legitimidade para agir

Com base do PO, o anexo da Decisão CMC 37/03 fixou em seu art. 2 a legitimidade para solicitar ao TPR opiniões consultivas. São três os legitimados, a saber: a) os Estados Partes do Mercosul; b) os órgãos com capacidade decisória do bloco; e c) os Tribunais Superiores dos Estados Partes com jurisdição nacional.

A solicitação de opinião consultiva pelos países membros deverá ser realizada de forma conjunta para que possa ser aceita pelo TPR (art. 3, 1. do anexo da Decisão CMC 37/03). Assim, como dispõe o art. 3, 1 do anexo desta Decisão, o Estado ou os Estados Partes que desejarem solicitar uma opinião consultiva apresentarão um projeto aos demais Estados com objetivo de lograr consenso sobre o objeto e o conteúdo da solicitação. Após a aprovação por todos os Estados do projeto supracitado, a Presidência *Pro Tempore* preparará o texto da solicitação e o apresentará ao TPR através de sua Secretaria.

Da mesma forma, como vimos, os órgãos com capacidade decisória do Mercosul são legitimados para solicitar opinião consultiva. São eles: o Conselho de Mercado Comum, o Grupo de Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul. Como no caso da solicitação conjunta dos países membros, a iniciativa consultiva destes órgãos decisórios está restringida a questões jurídicas presentes dentro dos limites dos marcos regulatórios acima definidos.

Com pesar de deixar tais questões relativas à provocação do TPR pelos Estados Partes conjuntamente, bem como pelos órgãos decisórios do Mercosul, cumpre-nos, para sucesso metodológico, aprofundar nossa abordagem

nos Tribunais Superiores nacionais como legitimados para solicitar opiniões consultivas ao TPR, visto que será esta a via que permitirá ao juiz a efetivação da integração sul-americana – como proposto por nós no título do presente ensaio.

O procedimento para solicitação de opiniões consultivas ao TPR pelos Tribunais Superiores de Justiça dos Estados Partes do Mercosul foi regulado pela Decisão CMC 02/07. Assim, cada Tribunal Superior fora incumbido de estabelecer regras internas de procedimento para a solicitação de opiniões consultivas, sendo, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) o competente para tanto. Contudo, observe-se que os Tribunais nacionais poderão, ainda, delegar sua competência a outra Corte, desde que esta preencha da mesma forma o requisito de Tribunal Superior com jurisdição nacional.

Desta forma, observe-se que o CMC, por meio da Decisão 37/03 decidiu concentrar apenas nos Tribunais Superiores a possibilidade de formular consultas ao TPR, excluindo os juízos de primeiro grau do rol de legitimados. Assim, o magistrado de primeira instância dos Estados Partes, aquele responsável por aplicar primeiramente o direito interno e o direito de integração no caso concreto, terá que encaminhar sua consulta ao TPR por via oblíqua, isto é, deverá enviar pedido para o STF – no caso brasileiro – que, admitindo a solicitação, a encaminhará ao TPR.

A opinião consultiva se forma então como procedimento de consulta composto basicamente por quatro etapas: a) o juiz nacional que, no julgamento de um caso concreto, possui dúvidas sobre a aplicação/interpretação do ordenamento jurídico do Mercosul envia ao STF um requerimento de opinião consultiva direcionado ao TPR; b) o Supremo Tribunal Federal, por sua vez, encaminha a solicitação ao TPR; c) o TPR analisa os pressupostos de admissibilidade da consulta e se estes de fizeram presentes emite um parecer, devolvendo, por meio de sua Secretaria, a consulta ao STF; e d) a Corte Constitucional devolve, por fim, a decisão da opinião consultiva ao juiz nacional suscitante. O procedimento de envio das solicitações do STF ao TPR será coordenado pela Secretaria daquele que deverá enviar, conforme o art. 5 da Decisão CMC 02/07, cópia para a Secretaria do Mercosul e para os demais Tribunais Superiores dos Estados Partes – mais uma manifestação do princípio da publicidade e da harmonização da interpretação do direito mercosulino.

Além disto, nada impede que árbitro de um Tribunal Arbitral brasileiro faça o mesmo requerimento ao STF. O art. 18 da Lei de arbitragem brasileira (Lei 9307/96) deixa absolutamente claro que o árbitro exerce função jurisdicional e que é juiz de fato e de direito. Desta forma, seria, no mínimo,

esdrúxulo retirar dos árbitros de Cortes arbitrais com sede no Brasil a possibilidade de requerer ao STF uma solicitação de opinião consultiva ao TPR.

Sem dúvidas, tal disposição incute nas mentes dos estudiosos do tema sérias dúvidas acerca da efetivação da integração por meio de um efetivo acesso à justiça e harmonização jurisprudencial na matéria mercosulina, sem olvidar da morosidade que ganha o procedimento consultivo (POZZATI JUNIOR E SALDANHA, 2008). Contudo, deixaremos tais reflexões para as linhas finais deste ensaio.

2.5.2. Existência de causa em tramitação nos órgãos judiciários brasileiros e restrição à matéria normativa do Mercosul

Primeiro requisito traçado para que uma solicitação de opinião consultiva seja aceita pelo TPR é que esta esteja vinculada com causa que estejam em tramitação no Poder Judiciário ou em instâncias jurisdicionais administrativas ou arbitrais do Estado Parte que solicitou a consulta, se referindo, ainda, exclusivamente à interpretação jurídica do ordenamento mercosulino.

Assim, o art. 4. 1 do anexo da Decisão 37/03 do CMC veda dois tipos de condutas: consultas em abstrato e baseadas em normativas que não seja a presente dentro do marco do Direito de Integração do Mercosul. Tal dispositivo reafirma a competência do TPR como harmonizador e Tribunal responsável pela interpretação do ordenamento jurídico mercosulino, bem como realça a função pacificadora de conflitos reputada a todo Tribunal que auxilia a resolução de conflitos concretos iniciados no âmbito do direito interno de cada país membro.

2.5.3. Ausência de prévia provocação sobre a mesma questão em outro meio de solução de controvérsias

Através do disposto na alínea c do art. 10 do anexo da Decisão CMC 37/03 e na mesma alínea do art. 7 da Decisão CMC 02/07, o ordenamento jurídico do Mercosul deixa claro a intenção de vedar absolutamente tumultos processuais provocados decisões dispares que poderiam ser prolatadas por distintas Cortes de resolução de controvérsias internacionais.

Assim, é verdadeiro pressuposto processual da opinião consultiva a ausência de prévia provocação sobre a mesma questão submetida à consulta perante o TPR em outro sistema de solução de controvérsias². Tal medida deixa clara a intenção de serem evitadas situações como o pretérito conflito entre Brasil e Argentina, envolvendo uma problemática de frangos viscerados. Na

2. O art 1.4 do anexo da Decisão CMC 37/03 faz, inclusive, menção expressa à Organização Mundial do Comércio e seu sistema de resolução de conflitos.

ocasião, o Tribunal *ad hoc* do Mercosul deu ganho de causa a Argentina. O Brasil, insatisfeito, recorreu ao sistema de controvérsias da Organização Mundial do Comércio³ (LEHMEM, 2004).

2.5.4. Elementos formais da solicitação de opinião consultiva

São quatro os elementos formais que necessitam estar presentes na apresentação de uma solicitação de opinião consultiva ao TPR, como dispõe o art. 4 da Decisão CMC 02/07: a) apresentação da solicitação por escrito; b) exposição dos fatos e do objeto da solicitação; c) descrição das razões que motivaram a solicitação; e d) indicação precisa da normativa mercosulina em causa.

Desta forma, podemos concluir que tal dispositivo elenca requisitos necessários para a admissibilidade de tais solicitações ao TPR que devem, portanto, ser necessariamente cumpridos.

Primeiramente, a solicitação de opinião consultiva deve ser formulada por escrito ao TPR. Apesar de relativamente óbvia tal exigência, já que reforça o princípio da segurança jurídica – fulcral no âmbito jurisdicional da integração entre países –, achamos pertinente incluí-la entre os elementos formais do pedido visto que, diferentemente do processo brasileiro, o processo mercosulino permite o uso de dois idiomas para a comunicação com os órgãos institucionais do bloco: espanhol e português (art. 56 do PO). Assim, ambos deverão ser usados no procedimento consultivo, como forma de garantir a efetiva publicidade dos atos processuais em curso aos cidadãos de todos os países membros, já que todos são diretamente interessados no movimento de harmonização aplicado pelo TPR – manifestação da função política do princípio da publicidade.

Além disso, o pedido de opinião consultiva deve expor de maneira clara os fatos do caso concreto, bem como o objeto daquela, de forma a propiciar ao Tribunal harmonizador sólidas bases fáticas da questão, bem como o que está sendo discutido e ponderado.

Não basta a descrição fática e do objeto da consulta. O Tribunal Superior nacional ou o juiz de primeiro grau – por via indireta – devem demonstrar que tal consulta ao TPR se faz necessária, explicitando o motivo da formulação desta. Assim, o Tribunal mercosulino analisará se os motivos que ensejam a consulta são pertinentes à resolução do caso concreto ou se a mobilização do

3. Controvérsia sobre a “Aplicação de Medidas Antidumping contra a exportação de frangos inteiros, provenientes do Brasil, Resolução n. 574/200 do Ministério da Economia da República Argentina”; laudo emitido em 21/05/01.

aparato harmonizador não contribuirá para a resolução da controvérsia julgada pela jurisdição nacional.

Exige, por último, o dispositivo supracitado que seja indicada na solicitação a norma do ordenamento jurídico mercosulino que se relaciona com o quanto discutido na questão que fora objeto da opinião consultiva. Tal exigência revela, uma vez mais, a função harmonizadora do TPR que irá interpretar dito enunciado normativo, delimitando seus efeitos no caso concreto.

2.6. A participação do Ministério Público brasileiro

Ao Ministério Público – legitimado universal em abstrato⁴ para a defesa dos direitos e interesses grupo – também é concedido o direito de opinar na solicitação da opinião consultiva que é emanada do STF. Poderá o MP, então, emitir opinião acerca da questão objeto da consulta formulada ao TPR de modo a auxiliar nas fundamentações e razões da solicitação.

2.7. A participação dos coordenadores nacionais do Grupo de Mercado Comum

O art. 9 da Decisão CMC 02/07 dispõe a possibilidade dada aos coordenadores nacionais do GMC em enviar ao TPR, apenas para fins informativos, suas eventuais considerações sobre o tema objeto da solicitação de opinião consultiva.

2.8. Procedimentos da emissão de opiniões consultivas

Presentes os pressupostos de conhecimento da solicitação de opinião consultiva ao TPR esta é admitida. O art. 18 do PO determina que para emitir tais opiniões o Tribunal deverá estar integrado por todos os seus cinco membros. Assim, caberá ao Presidente do TPR coordenar com os demais integrantes do Tribunal a escolha de um árbitro-redator que ficará responsável por redatar a resposta à consulta formulada, conforme disposto no art. 6. 3 do anexo da Decisão CMC 37/03 e no art. 8 da Decisão CMC 02/07. Em caso de falta de consenso será efetuado um sorteio do árbitro que desempenhará a tarefa.

Grande avanço no âmbito processual é a previsão no art. 7. 2. do anexo da Decisão CMC 37/03 que dispõe que o TPR terá seu funcionamento

4. Dizemos que o Ministério Público é legitimado universal “em abstrato” não por acaso, visto que há hipóteses em que, ainda que legitimado abstrato, não se mostrará como legitimado adequado para determinada demanda ou questão. Para uma análise aprofundada do tema, ver nosso trabalho: OLIVEIRA, Cláudio; MELO, Pedro; FERREIRA, Rafael. A intervenção do juiz na adequação do autor coletivo: um passo rumo à efetivação dos direitos fundamentais. In: **Tutela Jurisdicional Coletiva**. Salvador: JusPodivm, 2009.

ordinário baseado em intercâmbio de comunicações à distância. Desta forma, o procedimento opinativo ganha em celeridade e usa a tecnologia, como fax e correio eletrônico, para possibilitar uma maior efetividade processual à consecução do quanto consultado. Tal previsão é de fundamental importância, visto que, como vimos, todas as consultas levadas ao TPR são necessariamente oriundas de controvérsias presentes no âmbito do direito interno do Estado Parte suscitante⁵.

Ainda assim, o mesmo dispositivo prevê a tomada de decisão opinativa em reunião plena do Tribunal, situação que irá ocorrer quando os árbitros do Tribunal julguem necessário, para um melhor conhecimento do caso e para a chegada a uma resposta mais apropriada ao quanto perguntado, reunir-se pessoalmente. Neste caso, o TPR deverá informar previamente da realização da reunião aos Estados Partes para que estes possam prever os fundos necessários para assegurar a realização da reunião plena.

Finalizada a emissão de opinião consultiva, a Secretaria do TPR encaminhará o parecer ao STF, com cópia, como já pontuamos, para a Secretaria do Mercosul e para todos os outros Tribunais Superiores dos demais Estados Partes.

2.8.1. Requisitos essenciais de validade

O art. 9. 1. do anexo da Decisão CMC 37/03 dispõe que quando da prolação de uma opinião consultiva os árbitros deverão necessariamente preencher três requisitos essenciais que darão validade processual ao parecer: a) uma relação das questões submetidas à consulta; b) um resumo dos esclarecimentos dos solicitantes, se o Tribunal os tiver pedido; e c) o parecer do TPR com a opinião da maioria e as opiniões em dissidência dos demais árbitros, se for o caso.

Além disso, observe-se que a emissão da opinião consultiva se submete ao princípio do devido processo legal, no sentido de que todos os pareceres deverão ser devidamente fundamentados e firmados por todos os árbitros intervenientes.

2.9. Prazo para emissão

O art. 7.1. do anexo da Decisão CMC 37/03 dispõe que o TPR deverá se pronunciar dentro do prazo de quarenta e cinco dias, a contar da recepção pelo Tribunal da solicitação da opinião consultiva.

5. “[...] capacidade gera demanda. Se houvesse um Tribunal de Justiça com juízes dedicados exclusivamente às atividades do Mercosul, certamente, questões seriam trazidas com maior frequência ao órgão. Uma estrutura permanente seria o ideal” (BÖHLKE, 2007, p. 172)

2.10. Conclusão do procedimento consultivo

Dispõe o art. 10 da Decisão CMC 37/03 três formas de finalização do procedimento consultivo do TPR: a) emissão das opiniões consultivas; b) a não-decisão consultiva por alguma causa fundamentada, como a falta de elementos necessários para a formulação do parecer; e c) o início de um procedimento de solução de controvérsias sobre a mesma questão cerne da consulta.

A maneira típica de conclusão do procedimento consultivo do TPR é a própria emissão de uma opinião consultiva. É quando o Tribunal cumpre sua função harmonizadora de interpretação, auxiliando o Tribunal nacional a pacificar o conflito suscitado no âmbito do direito interno, efetivando a busca por uma resposta mais próxima a uma resposta correta.

Contudo, como vimos acima, o procedimento consultivo pode ser finalizado ainda pelo não cumprimento de requisitos necessários para que o TPR pudesse formular sua opinião consultiva. Neste caso, vislumbramos a não atenção aos requisitos de admissibilidade da solicitação de opinião do Tribunal apontados em linhas passadas deste ensaio: a) apresentação da solicitação por escrito; b) exposição dos fatos e do objeto da solicitação; c) descrição das razões que motivaram a solicitação; e d) indicação precisa da normativa mercosulina em causa.

Obviamente, tal escolha pela não emissão da opinião consultiva deve ser fundamentada e deve ser tomada apenas se não houver mais formas de levar o procedimento opinativo adiante. Logo, cumpre ressaltar que tal decisão só poderá ser tomada após esgotadas as tentativas de comunicação com o Estado requerente, já que o procedimento de solicitação de opinião consultiva ao TPR está submetido ao princípio da cooperação. Assim, deverá o árbitro tentar corrigir, junto ao suscitante, as causas de invalidade processual, orientando-o a sanar tais vícios complementando ou esclarecendo informações obscuras, incompletas ou imprecisas.

Por fim, como terceira forma de conclusão do procedimento consultivo, observamos o início de um procedimento de resolução de controvérsias sobre a mesma questão cerne da consulta ao TPR. O ordenamento jurídico mercosulino tem como base principiológica a harmonização da interpretação da normativa do bloco. Desta forma, tal proibição de uma opinião ser emitida pelo Tribunal harmonizador ao mesmo tempo a mesma questão está sendo decidida em sede de Corte arbitral pode resultar em um desconforto de duas decisões contraditórias sobre a mesma controvérsia. Mais que desconforto, tal situação geraria um cenário grave e contrário aos princípios regentes da integração sul-americana: a desestabilização da segurança jurídica.

2.11. Custas processuais

Por meio do art. 11 da Decisão CMC 02/07 ficou estabelecido que os gastos derivados da emissão de opiniões consultivas solicitadas pelo STF tais como os honorários, os gastos de traslado, diárias dos integrantes do TPR e os demais gastos que possam derivar de sua tramitação, serão custeados pelo Brasil.

Esta regra de sustentação das custas pelo Estado de qual faz parte o Tribunal Superior solicitante da consulta se opõe àquela que regula o procedimento de solicitação de opinião consultiva por provocação conjunta dos Estados Partes, bem como dos órgãos decisórios do Mercosul, já que o art. 12 da Decisão CMC 02/07 estipulou que nestes últimos casos as custas processuais serão suportadas por intermédio da Conta Especial para Opiniões Consultivas por partes iguais pelos Estados Partes.

Aqui, cabe fazer uma observação no sentido de que uma opinião consultiva não interessa apenas a um único país, mas sim a todos os Estados Partes do Mercosul, já que o sistema consultivo ao TPR é um dos mecanismos mais desenvolvidos para efetivar a tão buscada harmonização interpretativa do ordenamento jurídico mercosulino. Isto é, os pareceres do TPR cooperam para o processo de efetivação da integração sul-americana e para construção de um direito da integração sólido e com maior corpo de segurança jurídica. Desta forma, todos os países são beneficiados neste processo, motivo pelo qual todos deveriam sustentar conjuntamente as custas processuais pertinentes. Não é outro o entendimento da jurisprudência mercosulina⁶.

3. OBSTÁCULOS À EFETIVAÇÃO DA INTEGRAÇÃO SUL-AMERICANA NO ÂMBITO DO PROCEDIMENTO DAS OPINIÕES CONSULTIVAS DO TPR

3.1. Solicitação indireta dos juízes de primeiro grau

Dentre muitos pontos críticos sobre os quais o Protocolo de Olivos e as Decisões CMC aqui estudadas silenciaram, compromete de maneira mais visível a efetividade da dinâmica integratória da América do Sul, no âmbito jurídico, a impossibilidade do juiz de primeira instância solicitar informações diretamente ao TPR.

Como estudamos no ponto 2.5.1 deste ensaio, fora regulado pelo art. 2 do anexo da Decisão CMC 37/03 que os únicos três legitimados diretos para

6. A jurisprudência do TPR questiona também esta regra construída pelo CMC no âmbito da Decisão 02/07, como se observa na Opinião Consultiva TPR n. 01/2007 de 03 de abril de 2007.

suscitar consulta ao TPR são a) os Estados Partes do Mercosul; b) os órgãos com capacidade decisória do bloco; e c) os Tribunais Superiores dos Estados Partes com jurisdição nacional.

Desta forma, o acesso do juiz nacional de primeiro grau, bem como do juiz arbitral brasileiro ficou restrito a uma solicitação realizada por este ao STF, que, por sua vez, irá avaliar a pertinência ou não da solicitação. Entendendo pertinente a petição, aí sim o Supremo Tribunal Federal encaminha ao TPR a solicitação do juiz de primeiro grau. O caminho de retorno é o mesmo com vetor trocado quando da emissão da opinião consultiva pelo TPR.

Nitidamente, tal caminho indireto onera o processo de integração, já que impregna o procedimento consultivo de morosidade e de insegurança sobre o encaminhamento ou não da solicitação do juiz de primeiro grau ou juiz arbitral ao TPR. Por outro lado, muito se argumenta, dentro do próprio Tribunal Permanente de Revisão, de que a possibilidade de acesso consultivo direto dos juízes de primeiro grau acarretaria na criação de um meio para a postergação desnecessária dos processos, em que poderiam ser solicitadas opiniões consultivas para adiar a decisão do juiz⁷. Assim, o papel dos Tribunais Superiores seria atuar filtrando tais desvirtuamentos de objetivo do instrumento consultivo.

Todavia, não podemos olvidar que quem aplica o ordenamento jurídico mercosulino no dia-a-dia são os milhares de magistrados em juízos de distintos estados. Assim, a absoluta maioria das divergências relativas à aplicação de normas internacionais é julgada por juízes nacionais, o que não garante a uniformidade da interpretação, já que, devido a vastidão territorial do território mercosulino e a pluralidade cultural dos atores que aplicam o direito da integração, cada um daqueles pode interpretar de uma maneira diferente o corpo jurídico do marco Mercosul, contribuindo para agravar o panorama de ausência de previsibilidade e harmonia das interpretações adotadas no âmbito do sistema de resolução de controvérsias.

Assim, a nosso sentir, um caminho muito mais seguro à efetivação do princípio da harmonização seria possibilitar a consulta direta dos juízes de primeiro grau ao TPR. Ressalte-se que as opiniões consultivas, como disposto na Decisão CMC 02/07, são formuladas pelos Tribunais Superiores, ou seja, pelos atores do Poder Judiciário e não pelas partes do processo nacional, origem

7. Pronunciamento do árbitro do Tribunal Permanente de Revisão, José Antônio Moreno Ruffinelli, no II Encontro de Cortes Supremas dos Estados Partes e Associados do Mercosul, em 28/11/2004. Disponível em: http://www.stf.jus.br/encontro2/imagens/pdf/degravacao_mercosul.pdf.

da controvérsia. Desta forma, não compartilhamos da mesma preocupação de José Ruffinelli, árbitro integrante do TPR, no sentido à proliferação de consultas protelatórias com a adoção de suscitação diretas dos juizes de primeiro grau, visto que esta solicitação é direito-dever do juiz-Tribunal Superior e não das partes.

Assim, será o magistrado que decidirá, no caso concreto, se solicita ou não opinião consultiva ao TPR. As partes teriam direito sim de influenciar argumentativamente a decisão do magistrado: usando precedentes internos e do Direito da Integração, bem como pedindo que fosse solicitada ao TPR uma opinião consultiva, mas a decisão última de se esta é ou não necessária é do próprio juiz. Logo, o desempenho do papel de filtro de desvirtuações do procedimento se deslocaria para o próprio juiz nacional de primeiro grau, dando à solicitação de opiniões consultivas celeridade e eficácia.

Sem dúvidas, a chave da efetivação do ordenamento jurídico mercosulino está no fato de que se consiga manter essa harmonização de interpretação normativa, desde a fase de sua produção até a de sua efetiva aplicabilidade aos cidadãos. Logo, imprescindível seria permitir o acesso direto ou, ao menos, mais célere da solicitação de opinião consultiva do juiz de primeiro grau ao TPR, pois são nas opiniões consultivas que se pode encontrar o meio mais democrático e efetivo para a harmonização das jurisprudências nacional e mercosulina-regional.

Atualmente, grande fator de falta de aplicação do procedimento de solicitação de opinião consultiva do juiz de primeiro grau ao TPR, por meio do STF é a ausência de regulamentação interna deste sobre o disposto no art. 1 da Decisão CMC 02/07. Tal enunciado normativo dispõe que caberá a cada Tribunal Superior nacional estabelecer as regras internas de procedimento para a solicitação de opiniões consultivas ao TPR.

Lamentavelmente, até o presente momento, o STF é a única Corte Suprema de todos os Estados Partes do Mercosul que ainda não definiu o procedimento para pedidos de opiniões consultivas dos juizes nacionais ao TPR. Recentemente, a *Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay* regulamentou o procedimento consultivo interno, ao qual estão já submetidos os juizes nacionais que desejem peticionar ao TPR, sendo a terceira a fazê-lo, após de Argentina e Uruguai.

Nota-se, claramente, que este importante avanço para a integração jurídica na América do Sul depende única e exclusivamente da vontade política do Supremo Tribunal Federal em, simplesmente, terminar a regulamentação do procedimento supracitado que fora iniciado há mais de dois anos. Cumpre ressaltar, ainda, que tal regulamentação trata de regras de mero procedimento

que servirão para orientar o juiz como proceder querendo suscitar a opinião do TPR que, seguramente, não demandam extremo esforço jurídico para que se chegue a uma conclusão. Obviamente, tal ausência de regulamentação limita a eficácia da norma mercosulina e atravanca sobremaneira o processo de integração do continente sul.

3.2. A não obrigatoriedade/vinculação

Outro fator que torna mais moroso e inseguro o processo de integração do sul é a característica das opiniões consultivas de não serem vinculantes e obrigatórias ao Tribunal que a requereu. Isto é, suscitando uma opinião consultiva do TPR, o STF pode livremente optar por adotar ou não aquela interpretação do ordenamento jurídico mercosulino.

Obviamente, tal incerteza mina mais uma vez a segurança jurídica tão bem quista em um processo de integração entre países, visto que o fato do TPR ter uma visão jurisprudencial consolidada e pacífica sobre determinado tema não implica que o STF irá adotar tal visão na aplicação do direito regional nos conflitos internos do Brasil.

Sem dúvidas, todo este problema passa pelo tema do modelo de integração adotado até o presente momento: a intergovernamentalidade. A maioria dos estudiosos da área admitem a supranacionalidade como um catalisador da dinâmica integratória do Mercosul, com o estabelecimento de normas e instituições supranacionais. Contudo, a cessão de soberania ainda é vista com extrema reserva pelos Estados Partes do bloco.

Em nosso contexto, a reticência com que os Estados sul-americanos tratam de questões ligadas à soberania é explicada pelo extremo apego à doutrina americana da não-intervenção e o receio, consciente ou não, de que experiências integrativas moldadas sobre uma base de supranacionalidade possam retirar desses mesmos Estados sua autodeterminação (ROSA, 1997, p. 122).

Assim, como o TPR carece daquela supranacionalidade, inexistente aplicação imediata dos laudos exarados pelo Tribunal harmonizador, bem como vinculação da opinião consultiva emitida, sendo indispensável a adoção desta pelo Tribunal Superior suscitante – no caso brasileiro, o STF – para que tenha eficácia no âmbito jurídico interno. Contudo, entendemos que mesmo ausente a supranacionalidade do TPR, sua criação se mostrou como um importante e sólido passo do procedimento de solução de controvérsias do Mercosul em direção a uma menor politização dos conflitos presentes nesta dinâmica.

[...] quanto menor a distância institucional entre o foco da controvérsia e um órgão judicial, maior é a legalização no processo. Além disso, podem-se verificar, com essa mudança, a relativa diminuição do peso do órgão político na solução de controvérsias, como também, a institucionalização de um procedimento, por meio da criação de regras mais claras e a instalação de um Tribunal Permanente de Revisão (MORAES, 2002, p. 39).

Paralelamente a este cenário, existe uma forte corrente política⁸ e jurídica que defende a criação de uma Corte de Justiça supranacional, possibilitando um sólido alicerce jurídico único que seria obrigatório a todos os Estados Partes. Assim, os cidadãos sul-americanos alcançariam um maior nível de integração, baseado na segurança jurídica e em um corpo normativo comunitário sólido, através de decisões compulsórias. Assim, todas as vezes que o TPR fosse consultado seria a título prejudicial, ao menos em decisões de única ou última instância.

3.3. Impossibilidade de consultas em abstrato

Outro fator que nos parece extremamente limitador da efetividade da harmonização da interpretação do ordenamento jurídico do sul é a impossibilidade de solicitação de opiniões consultivas ao TPR de caráter abstrato. Como vimos no ponto 2.5.2. deste ensaio, a existência de causa em tramitação nos órgãos judiciários brasileiros é pressuposto processual para a opinião consultiva. Logo, não é permitida qualquer tipo de consulta em abstrato ao TPR, já que a dúvida deve ser proveniente do Poder Judiciário, com o objetivo de resolver o conflito concreto atual no foco da harmonização interpretativa.

Parece-nos que se perdeu grande oportunidade de incluir diretamente o Poder Legislativo nacional como legitimado para suscitar opinião consultiva do TPR. Feito isto, teria aquelas condições de submeter leis e medidas administrativas em abstrato a apreciação prévia do Tribunal harmonizador, procedimento que, sem dúvidas, reduziria substancialmente os conflitos que observamos entre as normativas interna e mercosulina e aumentaria sobremaneira a segurança jurídica sobre as normas mercosulinas aplicadas à realidade interna do Estado Parte.

4. CONCLUSÃO

Sem dúvidas, a difusão da prática das opiniões consultivas e o aperfeiçoamento do procedimento consultivo mercosulino, bem como o de solicitação indireta, com origem nos juízos de primeiro grau e por meio do STF acarretarão em um aprofundamento da dinâmica de integração da América do Sul.

8. Na XV Sessão Plenária do Parlamento do Mercosul, realizada no dia 28 de novembro de 2008, fora aprovada proposta parlamentar argentino Rodriguez Saá que manifesta apoio a criação desta que seria a primeira instituição supranacional do Mercosul: uma Corte de Justiça. Todos os parlamentares se manifestaram a favor da proposta argentina, condicionando, até, o efetivo funcionamento do bloco à existência de uma jurisdição única e obrigatória para todos os Estados Partes.

As opiniões consultivas se revelam como a coluna de sustentação do Direito Comunitário, onde esperamos que se chegue brevemente, já que delas surge uma interpretação comum de normas do direito mercosulino, dando a ele coesão. Logo, é preciso que juízes e cidadãos extraíam o máximo possível desta ferramenta de harmonização, aproveitando a oportunidade jurídica que é dada a todos de superar o caos presente quando existiam apenas os Tribunais *Ad Hoc*, os quais poderiam, sobre um mesmo assunto, ter opiniões diferentes. A efetividade dos mecanismos propiciados aos magistrados frente ao TPR busca, justamente, superar tais problemas que foram crônicos da união por anos.

Todavia, para o fortalecimento do sistema de resolução de controvérsias do Mercosul é imprescindível a formação de um corpo humano sintonizado com a jurisprudência do TPR, bem como especializado e familiarizado com a aplicação de normas regionais do Direito da Integração e de *soft law*⁹ – estas que, por sua vez, conseguem contornar exitosamente o conflito do direito internacional com o direito interno de cada Estado Parte que tratamos em linhas passadas. Logo, é de suma importância para o estágio atual da união.

A despeito das opiniões consultivas se revelarem ao Direito da Integração como um instrumento fundamental para o futuro, infelizmente, no Brasil, o número de juízes nacionais que sabem que é possível fazer uma consulta ao TPR, através de envio da solicitação pelo STF, é irrisório. Isto é, a ferramenta existe, mas não é usada por puro desconhecimento, perdendo-se primorosa chance de contribuir para a interpretação uniforme do Direito do Mercosul. Assim, se mostra extremamente necessário um maior cuidado na formação dos juízes nacionais, a fim de que se possa propiciar um conhecimento pormenorizado do instrumento das opiniões consultivas, meio que vai auxiliar aqueles aplicadores sobremaneira na interpretação de um direito novo e ainda pouco estudado no âmbito jurídico nacional.

9. As normas de *soft law* material ou substancial dizem respeito às características substanciais das normas de direito internacional, especialmente as contidas nos tratados internacionais, quando possuem uma ou várias das seguintes características: “disposições genéricas de modo a criar princípios e não propriamente obrigações jurídicas; linguagem ambígua ou incerta impossibilitando a identificação precisa de seu alcance; conteúdo não exigível, como simples exortações e recomendações; ausência de responsabilização e de mecanismos de coercibilidade (tribunais)”. Além disso, existem as normas de *soft law* que estão mais conectadas com a transformação dos modos de produzir direito internacional. Estas possibilitam a criação “de direito internacional através de mecanismos *soft*. Isso implica, no fundo, a revolução no campo das fontes desse direito. Esses mecanismos consistem em instrumentos concertados que não são, *a priori*, obrigatórios. Desses instrumentos, o exemplo histórico mais marcante, e talvez o mais relevante até hoje, é o das resoluções da Assembléia Geral da ONU” (NASSER, 2008b, p. 15-16)

Assim, buscando utilizar e solidificar o procedimento de resolução de controvérsias, como as opiniões consultivas – objeto deste ensaio –, bem como formando juristas com vocação integracionista seguramente estaremos colaborando para o incremento da dinâmica de efetivação da integração sul-americana e coadunando com o objetivo já expressado no Protocolo de Olivos, qual seja: a busca pela melhor aplicação e interpretação possíveis dos tratados e normas que compõe o Mercosul, criando um corpo jurisprudencial relevante que aumente cada vez mais a carga de segurança jurídica no processo de integração regional. Seguramente, um sistema de solução de controvérsias previsível e célere resultará no fortalecimento do processo de integração da América do Sul.

Em tempos de crise econômica e incertezas mundiais a prudência e paciência são qualidades que se mostram extremamente relevantes. Contudo, em momentos como estes, um ensinamento de José Saramago mostra-se ainda mais valioso, principalmente dentro do âmbito da integração sul-americana: devemos avançar sem pressa, mas sem perder tempo. Estamos convencidos que as opiniões consultivas são verdadeiras sementes de supranacionalidade e verdadeiras e efetivas armas para o alcance de uma harmonização da interpretação do ordenamento jurídico do Mercosul.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BÖHLKE, Marcelo. *Integração regional & autonomia do seu ordenamento jurídico*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007.
- CORNELL, Drucilla. *The Philosophy of the limit*. New York: Routledge, 1992.
- LEHMEN, Alessandra. **O Protocolo de Olivos para a solução de controvérsias no Mercosul: um avanço institucional?** Porto Alegre: 2004. Disponível em: www.cbsg.com.br/pdf_publicacoes/olivos_final.pdf. Acesso em: 14 dez. 2008a.
- MORAES, Henrique Choer. O novo sistema jurisdicional do Mercosul – um primeiro olhar sobre o Protocolo de Olivos. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 39. São Paulo: IBDC, 2002.
- NASSER, Salem Hikmat. **Desenvolvimento, Costume Internacional e Soft law**. Disponível em: <http://www.direitovg.com.br/AppData/Publication/DesenvolvimentoCostumeInternacionalOfLawAlemNasser.pdf> Acesso em: 14 dez. 2008b.
- POZZATTI JUNIOR, Ademar; SALDANHA, Jânia. **Uma experiência discreta: o Mercosul e as opiniões consultivas**. Santa Maria. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/18170/2/Uma_experiência_Discreta_o_Mercosul.pdf. Acesso em: 14 dez. 2008c.
- ROSA, Luis Fernando Franceschini da. **Mercosul e função judicial – Realidade e superação**. São Paulo: LTr, 1997.

IX.

L'EFFECTIVITE DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LE SECTEUR DE LA SANTE, SOUS LE PRISME DE L'UNION EUROPEENNE

*Diane Roman**

SOMMAIRE: I. Ontologie de l'effectivité des «droits sanitaires» en droit européen: A. La validité des droits sanitaires: 1) Droit à la protection de la santé: Prévention; Egal accès et non discrimination; 2) Respect de la personne malade; B- L'opposabilité des droits sanitaires: 1) Opposabilité des droits et politiques publiques; 2) Opposabilité des droits et garanties judiciaires: théorie des obligations positives et effectivité des droits; – II. Phénoménologie de l'effectivité des «droits sanitaires» en droit européen: A. L'efficience des droits sanitaires: 1. L'efficience de la protection de la santé en droit communautaire: Réserve de santé publique et ordre public; Réserve de santé publique et libre circulation des prestations de soins; 2. L'efficience de la protection de la santé en droit de la convention européenne des droits de l'homme; B. L'efficacité des droits sanitaires: 1. L'efficacité comme justification de l'intervention du droit européen; 2. L'efficacité comme étalon de la performance du droit européen; L'effectivité par l'efficacité; L'efficacité au risque de l'effectivité.

L'effectivité des droits fondamentaux dans le secteur de la santé, sous le prisme de l'Union Européenne. Ainsi posé, l'intitulé précis de la communication suscite une triple question, dont le sérieux et la difficulté vont croissant...

L'Europe? La délimitation du champ d'étude est moins une question qu'une précision. Il sera question d'Europe, certes, ce qui inclut le droit communautaire et, au sens large, le droit de l'Union européenne. Mais cela ne saurait exclure l'autre Europe, celle du Conseil de l'Europe, tant les imbrications sont certaines. La Convention européenne des droits de l'homme et les autres traités négociés dans le cadre de la grande Europe et notamment celui d'Oviedo¹ ou la Charte sociale européenne seront ainsi visés.

Les droits? La question est ici plus sérieuse. L'intitulé proposé (*«droits fondamentaux dans le domaine de la santé»*) est suffisamment large pour plonger l'auteur dans les affres de la perplexité; il est suffisamment vague pour lui donner le confort du choix... L'option retenue est de retourner au

* Professora de Direito Público, Universidade François-Rabelais (Tours, França).
Professeure de droit public, Université François-Rabelais (Tours, France).

1. Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, du 4 avril 1997.

clivage communément utilisé en matière de droit de l'homme –même si sa pertinence est très contestable- et de distinguer entre droits-libertés et droits créances, autrement dits «droits de» et «droits à», droits civils d'un côté, droits économiques et sociaux de l'autre. Une conception large sera ainsi retenue, qui conduira à analyser aussi bien «le droit à la protection de la santé» et l'égal accès aux soins à travers l'étude des politiques publiques qui en sont le support et les droits civils de la personne dans le cadre de la relation médicale: respect de l'intégrité corporelle, protection du consentement, garantie du secret médical et de la vie privée... L'ensemble de ces droits pouvant se regrouper sous l'étiquette générique, au prix d'un néologisme, de «droits sanitaires».

Reste la troisième question, d'une difficulté redoutable: celle de la définition de l'«effectivité»...

Longtemps occultée par la réflexion sur les qualités intrinsèques de la règle (conformité à la Justice sociale ou à l'ordre naturel) ou les procédures d'adoption de la norme (compétence des auteurs de l'acte, légalité et validité de la norme), la question de l'effectivité du droit et de l'action publique est désormais centrale². Faut-il y voir la trace d'une américanisation du droit ou d'un souci de pragmatisme? Désormais, note J. Commaille, «le droit et l'action publique (comme nouvelle forme de politique publique) ne se justifient plus que par leurs résultats»³.

Actuelle, la question de l'effectivité du droit et des droits est aussi complexe. Comme le remarque Véronique Champeil-Desplats⁴, «quelle que soit la définition précise que l'on adopte de l'effectivité, on peut conventionnellement s'accorder sur le fait que cette notion renvoie à la question générale du passage du devoir être à l'être ou, en d'autres termes, de l'énoncé de la norme juridique à sa concrétisation ou à sa mise en œuvre dans le monde». La notion d'effectivité des droits fondamentaux renvoie ainsi à l'idée d'observation et de respect de la norme énonciatrice du droit. C'est toucher du doigt la difficulté de l'analyse de l'effectivité des droits fondamentaux, difficulté résultant de l'objet même de l'étude mais aussi de ses instruments, nécessairement interdisciplinaires: si l'effectivité des droits porte sur le décalage éventuel entre l'énoncé de la norme

2. F. Rouvillois, L'efficacité des normes, réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique, Fondation pour l'innovation politique, Paris, novembre 2006.

3. J. Commaille, «Effectivité», in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, 2003, p. 584.

4. V. Champeil-Desplats, «Propos introductifs», *L'effectivité des droits fondamentaux*, Presses de Paris X, 2008, à paraître.

et son respect, l'étude de la tension entre «l'être» et le «devoir être» oblige nécessairement le juriste à convoquer le secours d'autres disciplines de sciences sociales comme l'histoire, l'économie ou la sociologie. Elle peut emmener sur des terrains plus exotiques encore pour le juriste normativiste, en s'associant à l'anthropologie⁵ ou à la psychologie⁶. La gageure consiste ainsi à mobiliser des disciplines tierces sans en avoir nécessairement les compétences scientifiques et sans perdre de vue la spécificité du raisonnement juridique.

Dans le sillage de différents travaux doctrinaux⁷, il nous semble que l'étude de l'effectivité des droits fondamentaux peut résulter d'une utilisation combinée et comparée de différents concepts juridiques ou utilisables dans une analyse juridique. Plus précisément, l'analyse de l'effectivité des droits fondamentaux conduit à s'interroger sur quatre questions. Celle, premièrement, de la **validité** des droits: des droits fondamentaux sont-ils proclamés? quelles conséquences tirer de cette proclamation, ou absence de proclamation, de droits? Celle, deuxièmement, de l'**opposabilité** de ces droits. L'opposabilité des droits fondamentaux est un concept à la mode en France depuis 2007, qui renvoie à leur mise en œuvre: selon quels vecteurs ces droits sont-ils mis en œuvre? et bénéficient-ils de voie de droit permettant d'en obtenir le respect? en d'autres termes, la question de l'opposabilité rejoint celle de la justiciabilité des droits. Celle, troisièmement, de l'**efficience** des droits fondamentaux. «*Efficience*» est à prendre ici dans son acception stricte, attestée par les différents dictionnaires comme d'une qualité attachée à une action «qui produit un effet». En d'autres termes, il s'agit de s'intéresser ici aux effets produits par les droits fondamentaux et leur irruption dans la hiérarchie des normes. Enfin, quatrième question: celle de l'**efficacité** des droits. L'efficacité se dit d'une chose qui produit l'effet attendu, qui exerce une action proportionnée à son rôle. La question portera ici sur l'évaluation des résultats et tentera d'effectuer un bilan de l'objectif recherché par rapport aux objectifs attendus. La mesure de l'effectivité des droits résulte ainsi de l'analyse combinée de quatre critères, qui, s'ils n'en demeurent pas moins distincts, peuvent se ramener à une double grille d'analyse.

-
5. V. par exemple les travaux de N. Rouland, *Anthropologie juridique*, PUF, 1988; *Droit des minorités et des peuples autochtones* (avec J. Poumarede et S. Pierré Caps), PUF, 1996.
 6. V. par exemple les travaux sur la socialisation juridique menés par C. Kourilsky-Augevin, *Images et usages du droit chez les gens ordinaires: Etats-Unis, Europe, Russie*, L'Harmattan, Droit et Cultures, n° 43, 2002; *Socialisation juridique et conscience du droit: attitudes individuelles, modèles culturels et changement social*, LGDJ, Collection MSH & REDS n° 2, 1997; Isabelle Carles-Berkowitz, *Le droit et les jeunes d'origine étrangère, Une approche par genre des phénomènes de socialisation juridique*, L'harmattan, 2007.
 7. F. Rangeon, «Réflexions sur l'effectivité du droit», in CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, 1989, pp. 126-149; V. Champeil-Desplats, précit.

Une première perspective se rapporte à l'étude de la norme. Dans cette perspective normative, qui regroupe analyse de la validité et de l'opposabilité des droits, la réflexion porte sur l'effectivité de la norme en elle-même, sur les conditions prévues par l'ordre juridique pour la proclamation et la réalisation du droit. Il s'agit, en somme et pour emprunter au vocabulaire de la philosophie, d'une analyse «**ontologique**» de l'effectivité (*Première partie*). Basculant du champ de la prescription à celui de la réalisation, de l'énoncé normatif à la réalisation sociale, une seconde analyse est ensuite possible. L'étude s'inscrit alors dans une perspective socio-économique et porte sur les conséquences de la mise en œuvre de la norme. Efficacité et efficacité des droits se conjuguent pour tenter une analyse «**phénoménologique**» de l'effectivité des droits (*Seconde partie*)

I. ONTOLOGIE DE L'EFFECTIVITÉ DES «DROITS SANITAIRES» EN DROIT EUROPÉEN

La validité de la norme est le premier moment de l'effectivité: pour qu'un droit soit appliqué effectivement, encore faut-il qu'il soit effectivement posé. Repérer les conditions de l'énonciation de droits fondamentaux dans le domaine de la santé et voir en quoi cette énonciation produit *ipse* des effets juridiques constitue donc un préalable indispensable (A)

Mais, comme le remarque justement un auteur, «on peut douter de la capacité de seuls énoncés à produire des effets et, donc, à assurer leur propre effectivité comme celle d'autres énoncés juridiques. L'énoncé d'une peine d'amende, d'emprisonnement, d'une aide financière ne produit des effets qu'à la condition que les destinataires ont des raisons de croire à son exécution par des mécanismes ancrés dans le monde. Certes, l'existence et l'institution de ces mécanismes sont liées à l'énoncé de la sanction, et justifiées par celui-ci, mais ils en sont matériellement distincts. Plus prosaïquement, il n'existe pas d'emprisonnement sans prison, ni d'aides financières sans agent la distribuant, et ce quelle que soit la clarté des textes juridiques». Et c'est vers l'analyse de **l'opposabilité** des droits fondamentaux dans le domaine de la santé que nous conduira la recherche sur leur effectivité (B).

A. La validité des droits sanitaires

La double construction européenne, aussi bien la communauté puis l'Union européenne ou le Conseil de l'Europe, a multiplié les proclamations de droits fondamentaux en matière sanitaire. Schématiquement, deux catégories de droits se dessinent: le droit à la protection de la santé (1) et le respect de l'utilisateur du système de santé (2).

1) Droit à la protection de la santé

Le droit à la protection de la santé est, en tant que droit fondamental, proclamé par différents textes, émanant de l'Union européenne comme du Conseil de l'Europe. Sous les feux de l'actualité, la Charte européenne des droits fondamentaux a ainsi fait de la protection de la santé un droit consacré à plusieurs reprises. Son article 35 énonce, sous l'intitulé «Protection de la santé», que «toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales. Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union». La stipulation doit se lire à la lumière de l'article 34, qui développe la question des moyens, en reconnaissant et respectant «le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux assurant une protection dans des cas tels que la maternité, la maladie, les accidents du travail, la dépendance ou la vieillesse (...) selon les modalités établies par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales». Par ailleurs, en complément de ces dispositions générales, différentes dispositions catégorielles protègent la santé de l'enfant (art. 24) du travailleur (art. 31), du jeune au travail (art. 32) et implicitement le consommateur (art. 38).

Moins médiatique, le droit à la protection de la santé a été énoncé de façon plus détaillée par la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe que la Charte révisée. Dans sa dernière version, la Charte révisée prévoit, dans son article 11, qu'«en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection de la santé, les Parties s'engagent à prendre, soit directement, soit en coopération avec les organisations publiques et privées, des mesures appropriées tendant notamment: à éliminer, dans la mesure du possible, les causes d'une santé déficiente; à prévoir des services de consultation et d'éducation pour ce qui concerne l'amélioration de la santé et le développement du sens de la responsabilité individuelle en matière de santé; à prévenir, dans la mesure du possible, les maladies épidémiques, endémiques et autres, ainsi que les accidents». Symétriquement, l'article 12 entend «assurer l'exercice effectif du droit à la sécurité sociale» et l'article 13 affirme qu'«en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à l'assistance sociale et médicale, les Parties s'engagent: à veiller à ce que toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes et qui n'est pas en mesure de se procurer celles-ci par ses propres moyens ou de les recevoir d'une autre source, notamment par des prestations résultant d'un régime de sécurité sociale, puisse obtenir une assistance appropriée et, en cas de maladie, les soins nécessités par son état; à veiller à ce que les personnes bénéficiant d'une telle assistance ne souffrent pas, pour cette raison, d'une diminution de leurs droits politiques ou sociaux; à prévoir que chacun puisse

obtenir, par des services compétents de caractère public ou privé, tous conseils et toute aide personnelle nécessaires pour prévenir, abolir ou alléger l'état de besoin d'ordre personnel et d'ordre familial».

Les différents instruments européens intègrent l'objectif posé par la Charte de l'Organisation mondiale de la santé du 27 juillet 1946, selon laquelle « la possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain, quelles que soient sa race, sa religion, ses opinions politiques, sa conduite économique ». L'obligation de moyen que cette disposition fait peser sur les Etats suppose la réunion de deux types d'actions publiques, à la fois préventives et curatives, dont la conjonction s'avère nécessaire à la protection de la santé.

Prévention

La prévention constitue, à tous égards, le premier niveau d'action en matière de protection de la santé. Elle suppose la protection de l'environnement et la transparence sur les enjeux sanitaires, ce que le droit européen s'efforce de garantir. Or, ces deux thèmes, droit à vivre dans un environnement qui ne mette pas en danger la vie humaine et droit à une information sanitaire offrent des exemples pertinents de ce processus de création de normes visant à proclamer un droit afin de garantir l'effectivité d'un autre.

A l'origine non mentionné dans les déclarations de droits, le droit à un environnement sain a été progressivement déduit de la Charte sociale comme de la Convention européenne des droits de l'homme, sur la base d'une interprétation en phase avec la pression montante des préoccupations écologistes⁸. D'une part, différents instruments incitatifs élaborés dans le cadre du Conseil de l'Europe ont proclamé le droit de l'homme «à un environnement sain et écologiquement équilibré dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être»⁹. D'autre part, l'interprétation faite des textes conventionnels par les organes chargés de leur application a contribué à établir un lien

8. Les préoccupations environnementales en matière de santé publique résultent de l'invocation de l'article 8 (vie privée). V. par ex. CEDH, 19 févr. 1998, *Guerra c/ Italie*, 14967/89, Rec. CEDH 1998, I (émissions toxiques d'une usine). Mais elles peuvent aussi résulter des articles 2 (droit à la vie) et 3 (interdiction des traitements inhumains et dégradants). Comme le remarque J.-F. RENUCCI, «compte tenu de la nature des droits protégés par ces deux articles, la protection de l'environnement par le biais de ces deux garanties est qualitativement importante. Toutefois, son importance quantitative est moindre car les affaires impliquant le droit à la vie ou l'interdiction des mauvais traitements en matière environnementale sont tout à fait exceptionnelles (*in* «Convention européenne des droits de l'homme et environnement», *Juris-classeur Europe*, Fasc. 6527, § 5).

9. Cons. Europe, Comité min., Recomm. n° R (91)8, juin 1991; Voir également la recommandation n° 1614/2003 de l'Assemblée parlementaire du 27 juin 2003, «considérant que le temps

entre protection de la santé et question environnementale. Ainsi, par exemple, le Comité européen des droits sociaux, dans une décision de 2006, s'est fondé sur «le lien croissant qui est fait aujourd'hui (...) entre la protection de la santé et la garantie d'un environnement sain pour interpréter l'article 11 de la Charte (droit à la protection de la santé) comme garantissant le droit à un environnement sain»¹⁰. Constatant, au cas d'espèce, que l'exploitation de lignite, bien que dangereux pour la santé humaine, est nécessaire à l'approvisionnement national en électricité, le comité rappelle que «la maîtrise de la pollution est certes un objectif auquel il ne peut être que progressivement atteint. Les Etats partie doivent néanmoins s'efforcer d'y atteindre à une échéance raisonnable, au prix de progrès mesurables, et en utilisant au mieux les ressources qu'ils peuvent mobiliser (...). Le Comité apprécie les diligences des Etats en tenant compte de leur législation et de leur réglementation nationales, des engagements pris par eux au niveau de l'Union européenne et des Nations Unies (...), et des conditions concrètes de mise en œuvre du droit applicable»¹¹. Au terme d'un examen précis, le Comité considère que «même en tenant compte de la marge d'appréciation reconnue aux autorités nationales en la matière, (l'Etat) n'a pas su ménager un juste équilibre entre les intérêts des personnes vivant dans les régions d'exploitation du lignite et l'intérêt général» et retient la violation de l'article 11. La position du Comité européen des droits sociaux complète celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans différentes affaires, la juridiction européenne a établi un lien très net entre les enjeux sanitaires et environnementaux. Ainsi, par exemple, l'affaire «Lopez Ostra»¹² a permis à la Cour de qualifier des conditions de vie particulièrement pénibles, dans un milieu très pollué, à proximité d'un égout, avec toutes les conséquences que cela entraîne sur le plan de la santé¹³, de situations constitutives d'une violation de l'article 8.

Le développement de l'information sur l'exposition aux risques sanitaires constitue un autre levier d'action pour assurer l'effectivité du droit à la protection de la santé. Les traités européens attribuent en la matière une compétence aux instances de l'Union pour développer une action complémentaire pour

est venu d'envisager les modalités juridiques qui permettront au système de protection des droits de l'homme de contribuer à la protection de l'environnement».

10. V. CEDS, recl. coll. n° 30/2005 Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme (FMDH) c. Grèce, 6 décembre 2006, § 195.

11. Id., § 204.

12. CEDH, 9 déc. 1994, G. Lopez Ostra c/ Espagne, n°16798/90, *Série A n° 303-C*.

13. En l'espèce, la Cour n'exige pas nécessairement la preuve de conséquences graves pour la santé mais retient parmi les éléments probatoires les certificats médicaux fournis par la requérante.

«l'amélioration de la santé publique et la prévention des maladies et des affections physiques et mentales et des causes de danger pour la santé humaine. Cette action comprend également la lutte contre les grands fléaux, en favorisant la recherche sur leurs causes, leur transmission et leur prévention ainsi que l'information et l'éducation en matière de santé, ainsi que la surveillance de menaces transfrontières graves sur la santé, l'alerte en cas de telles menaces et la lutte contre celles-ci. L'Union complète l'action menée par les Etats membres en vue de réduire les effets nocifs de la drogue sur la santé, y compris par l'information et la prévention»¹⁴. Le Conseil de l'Europe, de son côté, a servi de matrice à la formulation d'un droit d'accès à l'information médicale: d'une part, la Cour européenne a considéré que dès lors qu'un Etat s'engage dans des activités dangereuses susceptibles d'avoir des conséquences néfastes cachées sur la santé des personnes qui y participent, l'article 8 exige la mise en place d'une procédure effective et accessible permettant à semblables personnes de demander la communication de l'ensemble des informations pertinentes et appropriées¹⁵. D'autre part, la Convention d'Oviedo du 4 avril 1997 pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine consacre le droit de toute personne de connaître toute information recueillie sur sa santé¹⁶.

L'effectivité du droit à la protection de la santé est indiscutablement l'objectif visé par la proclamation, en amont, de préoccupations écologiques et le développement de l'obligation d'information en matière de risques sanitaires. Elle est renforcée, en aval, par l'affirmation d'un principe d'égal accès aux soins.

Egal accès et non discrimination

Le principe général de non discrimination reçoit, en ce qui concerne l'égal accès aux soins, différentes traductions. Deux seront tout particulièrement retenues, l'une empruntée au droit communautaire, l'autre au droit du Conseil de l'Europe. En premier lieu, la recommandation du Conseil européen concernant la convergence des objectifs politiques de la protection sociale invite les Etats à prendre les mesures nécessaires pour assurer l'accès aux soins

14. Art. 168 TFUE issu du Traité de Lisbonne (2007) remplaçant en le complétant l'article 152 TCE. Les références à suivre aux traités communautaires se feront principalement par renvoi au Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne destiné, après la ratification du Traité de Lisbonne, à se substituer au Traité instituant la Communauté européenne. Ce dernier texte, ayant valeur de droit positif au jour où cette communication est écrite, est également systématiquement référencé.

15. CEDH, 9 juin 1998, McGinley et Egan c. RU, n° 21825/93; 23414/94, Rec. 1998-III.

16. Convention dite d'Oviedo, art. 10-2.

nécessaires de santé ainsi qu'aux mesures visant la prévention des maladies et de veiller au maintien et, si nécessaire, au développement d'un système de soins de qualité, adapté à l'évolution des besoins de la population, et notamment à ceux qui découlent de la dépendance des personnes âgées, à l'évolution des pathologies et des thérapeutiques et à la nécessaire intensification de la prévention¹⁷. En second lieu, l'égal accès aux soins a été particulièrement renforcé par une décision du Comité des droits sociaux, à propos du dispositif français restreignant l'accès à une assistance médicale pour les étrangers en situation irrégulière¹⁸. L'avis du Comité est particulièrement intéressant, aussi bien par le raisonnement suivi que par la conclusion à laquelle il aboutit. Après avoir rappelé que la Charte sociale est un instrument vivant, voué à certaines valeurs qui l'inspirent comme la dignité, l'autonomie, l'égalité et la solidarité et que les droits qu'elle garantit ne constituent pas une fin en soi mais complètent les droits de la Convention européenne des Droits de l'Homme, le Comité se déclare autorisé à procéder à une interprétation extensive destinée à «donner vie et sens aux droits sociaux fondamentaux». «Or, la dignité humaine représente la valeur fondamentale qui est au cœur du droit européen positif en matière de droits de l'homme – que ce soit la Charte sociale européenne ou la Convention européenne des Droits de l'Homme – et les soins de santé constituent un préalable essentiel à la préservation de la dignité humaine.» (§31). En conséquence, le Comité estime qu'une législation ou une pratique qui nie le droit à l'assistance médicale aux ressortissants étrangers, fussent-ils en situation irrégulière, est contraire à la Charte. Etablissant une différence, dictée par les textes, entre la situation réservée aux enfants et celles des adultes, le comité considère que la législation française sur l'aide médicale d'État ne méconnaît pas l'article 13, en ce qu'elle ménage un accès à une forme d'aide médicale, mais est en revanche contraire à l'article 17, protecteur des enfants.

La mise en œuvre européenne du principe d'égal accès aux soins est révélatrice d'un phénomène de proclamation des droits en cascade: pour renforcer l'effectivité du droit à la protection de la santé, des «droits-ricochets» sont consacrés: ici égal accès aux soins, là droit à un environnement sain, là droit à une aide médicale gratuite ou droit à une information sur les risques sanitaires. Un constat identique peut être fait à l'observation des droits reconnus à la personne dans le cadre de la relation médicale.

17. Recommandation du Conseil 92/442/CEE du 27 juillet 1992, J.O., 1992, L 245/49.

18. Recl. coll. n° 14/2003 Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) c. France, 8 septembre 2004.

2) *Respect de la personne malade*

La rédaction résolument moderne de la Charte des droits fondamentaux lui confère une signification particulière: pour la première fois un texte à portée générale consacre les droits fondamentaux dans le domaine de la bioéthique. Son article 3 affirme que «toute personne a droit à son intégrité physique et mentale» et ajoute que «dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés: le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi, l'interdiction des pratiques eugéniques, notamment celles qui ont pour but la sélection des personnes, l'interdiction de faire du corps humain et de ses parties, en tant que tels, une source de profit, l'interdiction du clonage reproductif des êtres humains». On comprend aisément à sa lecture l'affirmation de M. G. Braibant, qualifiant cet article de «l'un des plus riches et des plus neufs de la charte»¹⁹. Car la proclamation de la charte vient tout à la fois combler un manque et rectifier une orientation.

Le manque comblé vient du silence des textes antérieurs proclamant des droits fondamentaux. Aucun droit des patients et usagers du système de santé n'était reconnu en tant que tel. Certes, la Convention européenne des droits de l'homme consacre bien de longue date le droit à la vie (art. 2), l'interdiction des traitements inhumains et dégradants (art. 3) ou encore le droit au respect de la vie privée (art. 8). Certes encore, ces stipulations ont trouvé application dans le champ médical²⁰. Certes, enfin, des dispositions ponctuelles se trouvaient ci et là consacrées²¹. Mais aucun texte n'avait jusqu'ici rangé globalement les droits du malade ou de l'usager du service de santé dans le corpus générique des droits fondamentaux. Le choix avait été autre, et c'est cette orientation que vient rectifier la Charte européenne: celui de multiplier les consécration catégorielles, en faisant de la bioéthique un droit spécifique réglementé par des dispositions parcellaires: convention d'Oviedo de 1997²², déclarations de l'Unesco sur le

19. Cité par S. Hennette Vauchez, «Article II-63», in L. Burgorgue-Larsen, A. Levade, F. Picod, *Traité établissant une constitution pour l'Europe, commentaire article par article*, Bruylant, 2005, p. 53.

20. V. infra.

21. V. par exemple, l'article 7 du Pacte international sur les droits civils et politiques de 1966, qui proscriit la torture et les des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et ajoute «en particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique».

22. Cette convention, bien que non encore ratifiée par tous les Etats membres du Conseil, fait l'objet de différentes propositions de protocoles additionnels: v. notamment le projet de protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif aux tests génétiques à des fins médicales, transmis en 2007 au comité des ministres.

génome ou la bioéthique²³, directives communautaires²⁴ et recommandations du Conseil de l'Europe²⁵, etc. En somme, la Charte des droits fondamentaux contribue à faire admettre que la bioéthique constitue l'une des dimensions contemporaines de la problématique des droits fondamentaux²⁶.

Pour le reste, la protection des droits civils dans le domaine de la santé fait l'objet, dans son principe même, d'une affirmation assez consensuelle en Europe. Le consensus ne se retrouve pas nécessairement dans la mise en œuvre desdits droits, le diable étant dans les détails, selon la formule connue. Mais dans l'ensemble, deux propositions peuvent résumer les droits reconnus dans le domaine de la santé: d'une part, le respect de la liberté et de la dignité, d'autre part le respect de l'intimité de la personne. En Europe, ces droits ont particulièrement été développés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Respect de la liberté et de la dignité, tout d'abord. La protection du malade contre tout traitement inhumain et dégradant, fondée sur l'article 3 de la Convention européenne, impose le respect de la volonté du malade, y compris dans le cadre de la médecine psychiatrique²⁷ ou de la médecine carcérale²⁸. De même, les standards du droit européen interdisent l'exploitation de la personne, qu'elle s'inscrive dans le cadre d'expérimentations bio médicales ou aboutissent à une réification du corps et de ses éléments. Le droit communautaire, sur ce point, est à l'origine de rapprochement de législations dans le domaine des premiers²⁹ comme pour les seconds³⁰.

23. UNESCO, Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, 11 novembre 1997, Déclaration internationale sur les données génétiques humaines, 16 octobre 2003; déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, 19 octobre 2005.

24. Par ex., directive 2004/23/CE du 31 mars 2004 relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains.

25. Par ex. Rec.(2006)4 du Comité des ministres aux Etats membres sur la recherche utilisant du matériel biologique d'origine humaine, 15 mars 2006.

26. S. Hennette Vauchez, id., p. 54.

27. CEDH, *Herczegfalvy c. Autriche*, 24 sept. 1992, 10533/83, série A, n° 244; maîtrise physique des internés en hôpital psychiatrique contraires à l'article 3.

28. CEDH, *Jalloh c. Allemagne*, 11 juill. 2006, Gde ch., req. 54810/00: vomitifs administrés, dans un cadre hospitalier et sous contrôle médical, à un trafiquant de drogue présumé, pratique qualifiée par la cour de traitement inhumain et dégradant.

29. Directive européenne n° 2001/20/CE du 4 avril 2001 relative au rapprochement des législations applicables aux bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais de médicaments à usage humain (JOCE n° L. 21, 1er Mai 2001): «les principes de base reconnus pour la conduite d'essais clinique chez l'homme sont fondés sur la protection des droits de l'homme et de la dignité humaine à l'égard des applications de la biologie et de la médecine» (cons. n° 2).

30. V., par exemple, à propos de la brevetabilité du vivant: directive 98/44 du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologique; JOCE n° L. 213, 30 juillet;

Respect de l'intimité de la personne, ensuite. Là encore, et quoique les textes fondateurs n'aient pas explicitement affirmé de telles prérogatives, le droit au respect de l'intimité corporelle et des choix de vie de la personne a été déduit par la Cour européenne de l'article 8 sur le fondement du droit à l'autodétermination et au développement personnels. La notion d'«autonomie personnelle» conduit ainsi à reconnaître la capacité de la personne à effectuer des choix engageant sa santé, voire sa vie. Ainsi, note la Cour, à propos de la fin de vie, «la dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention. (...) A une époque où l'on assiste à une sophistication médicale croissante et à une augmentation de l'espérance de vie, de nombreuses personnes redoutent qu'on ne les force à se maintenir en vie jusqu'à un âge très avancé ou dans un état de grave délabrement physique ou mental aux antipodes de la perception aiguë qu'elles ont d'elles-mêmes et de leur identité personnelle (...) La requérante en l'espèce est empêchée par la loi d'exercer son choix d'éviter ce qui, à ses yeux, constituera une fin de vie indigne et pénible. La Cour ne peut exclure que cela représente une atteinte au droit de l'intéressée au respect de sa vie privée, au sens de l'article 8 § 1 de la Convention»³¹. De même, en ce qui concerne la possibilité pour la femme de décider d'une interruption volontaire de grossesse, la Cour a affirmé qu'elle «devait avant tout tenir compte des droits de la mère, puisque c'est elle qui est essentiellement concernée par la grossesse, sa poursuite ou son interruption»³². Enfin, quels que soient les choix effectués par le malade, le respect de la vie privée impose l'obligation de garantir le secret médical. La Cour Européenne a souligné combien «le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les parties contractantes à la Convention. Il est capital non seulement pour protéger la vie privée des malades mais également pour préserver leur confiance dans le corps médical et les services de santé en général»³³.

saisie des dispositions de la directive, la Cour de justice a considéré que, «s'agissant de la matière vivante d'origine humaine, la directive encadre le droit des brevets de façon suffisamment rigoureuse pour que le corps humain demeure effectivement indisponible et inaliénable et qu'ainsi la dignité humaine soit sauvegardée» (CJCE, 9 octobre 2001 Pays Bas c. commission, C-377/98, § 77).

31. CEDH, *Pretty c. RU*, 29 avril 2002, req. n° 2346/02, A 2002-III, § 65 et 66 (la Cour considérant néanmoins comme justifié le refus des autorités britanniques d'autoriser l'euthanasie, dans une but de protection des vulnérables -art. 8§2-).
32. CEDH, *Boso c. Italie*, 5 sept. 2002, 50490/99 (irrecevabilité); v. aussi CEDH, *Tysiack c. Pologne*, 18 mars 2007, n° 5410/03: analyse de l'interruption médicale de grossesse sous l'angle des obligations positives.
33. CEDH, *Z c. Finlande*, 25 février 1997, n 22009/93, Rec. 1997-I.

Une première conclusion peut à ce stade être tentée: l'effectivité des droits sanitaires passe, en Europe, par la proclamation de droits connexes et d'une interprétation juridictionnelle ou «proto-juridictionnelle» – cas du Comité des droits sociaux –, qui viennent en renforcer le socle juridique. Le simple énoncé normatif est une première étape de l'effectivité. Le régime juridique de mise en œuvre du droit, c'est-à-dire son opposabilité, en constitue un deuxième étage.

B. L'opposabilité des droits sanitaires

L'emploi du concept d'opposabilité des droits est à replacer dans le contexte français. La réflexion sur l'opposabilité des droits, notamment sociaux, a été relancée début 2007, avec le vote, dans une certaine précipitation, d'une loi instaurant le «droit au logement opposable»³⁴. Puis, les débats de l'élection présidentielle ont fait émerger la revendication d'un droit opposable à la scolarisation des enfants handicapés et de la garde d'enfant des nourrissons. Parfois sans ménagement pour les définitions juridiques et doctrinales bien établies, la question de l'opposabilité des droits fondamentaux est entrée dans le vocabulaire du grand public. C'est dans le sillage de cette préoccupation que cet intitulé entend s'inscrire, en analysant les garanties, notamment juridictionnelles, attachées aux droits fondamentaux dans le secteur de la santé. Selon quels procédés sont-ils mis en œuvre par le droit européen? Bénéficient-ils de voies de droit permettant d'en obtenir le respect? Ainsi circonscrite, la question de l'opposabilité des droits sanitaires est en lien étroit avec la notion de droit subjectif³⁵. Elle s'en démarque en revanche en ce qu'il ne s'agit pas de réduire ici l'effectivité des droits sanitaires à leur seule justiciabilité mais bien d'inclure, par exemple, une réflexion sur les procédés de mise en œuvre du droit à travers des politiques sociales. Deux exemples, tirés du droit communautaire (1) et européen (2) permettent dans ce cadre de prendre la mesure du rapport existant entre opposabilité et effectivité des droits sanitaires

1) Opposabilité des droits et politiques publiques

L'effectivité des droits fondamentaux exige des moyens matériels. La critique marxiste des droits formels l'a ancré dans l'évidence et a convaincu jusqu'aux auteurs les plus éloignés du socialisme. Ainsi, l'affirmation – restée célèbre – de R. Capitant n'est pas démentie: «sans un niveau de vie suffisant,

34. Loi (française) du 5 mars 2007 instituant un droit au logement opposable; v. C. Wolmark, «L'opposabilité du droit au logement», *D.* 2008, p. 104 -108.

35. J. Duclos, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, LGDJ 1984, p. 157 et s.; C. Kouchner, *De l'opposabilité en droit privé*, thèse Paris X, 2004.

sans le moyen de soigner sa santé, sans le moyen d'acquérir l'éducation, sans la sécurité d'allocations en cas de chômage, de maladie ou de vieillesse, que serait (...) une liberté purement abstraite reconnue à l'individu et même garantie par la loi? La liberté a besoin, pour être effective, que l'Etat organise ces grands services publics, ces grandes institutions sociales qui sont (...) le moyen de remplir les obligations nouvelles qu'il contracte envers l'individu et de distribuer à chacun les soins, l'éducation, les secours à défaut desquels il n'y a pas de sécurité sociale et, par conséquent, pas de liberté véritable»³⁶. Or, note à juste titre Véronique Champeil-Desplats, si «l'effectivité des droits exige souvent des moyens matériels et humains concrets de passage de l'énoncé juridique au monde, (...) il reste, bien évidemment, que la capacité des services publics à assurer l'effectivité des droits et libertés repose sur la suffisance des moyens mis à leur disposition et sur l'adaptation de leurs organisations et de leurs actions aux fins visées»³⁷.

Sur ces prémisses, force est de s'interroger sur l'effectivité des droits relatifs à la santé telle que le droit européen en aménage la mise en œuvre. En effet, constate L. Dubouis, «l'Union n'a pas une véritable politique de santé comparable aux «vraies» politiques telles que la concurrence, la politique agricole ou la politique de l'énergie»³⁸. Et l'éclatement de la protection de la santé entre les différentes politiques de l'Union risque de poser des problèmes de cohérence, dans la mesure où les questions de santé relèvent d'une compétence partagée entre l'Union et les États membres dans certains domaines³⁹, doublée d'une compétence de l'Union pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres en matière de protection et l'amélioration de la santé humaine dans leur finalité européenne⁴⁰. L'Union encourage ainsi la coopération entre les États membres et l'article 168 TFUE⁴¹, après avoir affirmé, de façon liminaire qu'«un niveau élevé de protection de la santé humaine est

36. R. Capitant, séance du 8 mars 1946, JO ANC, p. 645.

37. V. Champeil-Desplats, *ibid.*

38. L. Dubouis, «art. II-95, protection de la santé», in L. Burguorgue, A. Levade, F. Picod, précit. p. 470.

39. TFUE (TCE modifié par le traité de Lisbonne), art. 4 k: compétence partagée pour «les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique, pour les aspects définis dans le présent traité».

40. TFUE (TCE modifié par le traité de Lisbonne), art. 6: L'Union dispose d'une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres. Les domaines de ces actions sont, dans leur finalité européenne (...) a) la protection et l'amélioration de la santé humaine».

41. L'article 168 TFUE a vocation à remplacer, sans le modifier profondément, l'article 152 TCE.

assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de la Communauté», détaille les initiatives que la Commission européenne peut prendre en la matière, notamment «en vue d'établir des orientations et des indicateurs, d'organiser l'échange des meilleures pratiques et de préparer les éléments nécessaires à la surveillance et à l'évaluation périodiques». Le relais européen se fait ici très nettement dans un souci d'effectivité des politiques de santé.

Toutefois, ainsi que le rappelle l'article 168-7 TFUE⁴², «L'action de l'Union est menée dans le respect des responsabilités des Etats membres en ce qui concerne la définition de leur politique de santé, ainsi que l'organisation et la fourniture de services de santé et de soins médicaux. Les responsabilités des Etats membres incluent la gestion de services de santé et de soins médicaux, ainsi que l'allocation des ressources qui leur sont affectées». Dès lors, le débiteur premier en matière de santé reste, conformément au principe de subsidiarité, les autorités nationales. Ce partage des compétences posés par les traités fondateurs reçoit une traduction nuancée. La compétence des Etats en matière de services de soins relègue l'action européenne à un rang second, sans toutefois méconnaître l'apport réel de la politique de cohésion économique et sociale, qui a diminué l'écart de richesse entre pays membres et bénéficié aux systèmes hospitaliers des Etats les plus pauvres⁴³. Le rôle réel quoique complémentaire assigné à l'Europe apparaît ainsi dans recadré dans la stratégie communautaire définie en 2000 par la Commission⁴⁴. Les systèmes de soins de santé font l'objet d'une attention particulière, leur développement étant considéré comme un facteur déterminant de l'état de santé des populations. En conséquence, la Commission a proposé de mettre en place un système d'information sur les systèmes de santé, leur financement, la méthode d'allocation des ressources, le rôle des assurances publiques et privées, etc. Cette information est censée permettre aux citoyens européens une comparaison critique entre les systèmes de soins des États membres et aménager une plus grande transparence. De surcroît, ce rôle complémentaire doit s'apprécier au regard de l'évolution caractérisant l'encadrement juridique des activités potentiellement dangereuses pour la santé humaine: au fil d'une jurisprudence constante,

42. L'article 152-5 TCE, que cette disposition remplace, affirmait que «l'action de la Communauté dans le domaine de la santé publique respecte pleinement les responsabilités des États membres en matière d'organisation et de fourniture de services de santé et de soins médicaux».

43. L. Dubouis, précit.

44. Communication de la Commission européenne sur la stratégie de santé de la Communauté européenne, Proposition d'un programme d'action pour l'action communautaire dans le domaine de la santé publique (2001-2006), COM (2000) 285 du 16 mai 2000.

la CJCE a interprété le TCE en affirmant le rôle subsidiaire des États: ce n'est que si la réglementation communautaire n'assure pas la protection de la santé que l'Etat a le droit d'édicter des mesures nationales protectrices de la santé. Dès lors, une répartition se dessine. A l'Europe la réglementation préventive, aux États les prestations de soins. A l'Europe la police, aux États les institutions de soins. L'Europe gendarme et les États providence, en somme...

2) *Opposabilité des droits et garanties judiciaires: théorie des obligations positives et effectivité des droits*

L'exigence d'effectivité des droits commande la démarche interprétative du juge européen⁴⁵. «*La Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs*»⁴⁶ affirme la Cour européenne, qui entend ainsi fournir à l'individu les conditions matérielles à l'exercice effectif de ses droits. Loin de se satisfaire d'une seule abstention de l'Etat, la réalisation des droits énoncés par la Convention est susceptible de réclamer «des mesures positives de l'État» (...) En pareil cas, celui-ci ne saurait se borner à demeurer passif et il n'y a (...) pas lieu de distinguer entre actes et omissions»⁴⁷. L'Etat doit «adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits» que l'individu tient de la Convention⁴⁸. Bien qu'elle se refuse à «élaborer une théorie générale des obligations positives de nature à découler de la Convention»⁴⁹, la cour de Strasbourg a déduit de façon prétorienne de l'article 2 une obligation générale de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie. Si celle-ci excède largement la sphère sanitaire⁵⁰, elle a également des implications en matière de protection de la santé. Pour la Cour, et selon ses propres termes «on ne saurait exclure que les actes et omissions des autorités dans le cadre des politiques de santé publique peuvent, dans certaines circonstances, engager leur responsabilité sous l'angle du volet matériel de l'article 2»⁵¹.

Dans le domaine de la santé publique, les obligations positives de l'État impliquent la mise en place «d'un cadre réglementaire imposant aux hôpi-

45. F. Sudre, «Convention européenne des droits de l'homme, Caractères généraux», Fasc. 6500, *Jurisclasseur Europe*, 2007, § 58.

46. CEDH, 9 oct. 1979, Airey c/ Irlande, n° 6289/73, § 24.

47. Id., § 25.

48. CEDH, 9 déc. 1994, Lopez Ostra c/ Espagne, précit., § 51.

49. CEDH, 21 juin 1988, Plattform Ärzte für das Leben c/ Autriche, série A, n° 139.

50. P. Wachsmann, «Convention européenne des droits de l'homme – Droits garantis – Libertés de la personne physique, *Jurisclasseur Europe*, fasc. 6520, 2006, § 31 et s.

51. Powell c. Royaume-Uni (déc.) n° 45305/99, 4 mai 2000, Gheorghie c. Roumanie n° 19215/04, 22 septembre 2005.

taux, qu'ils soient publics ou privés, l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie de leurs malades", ainsi que "l'obligation d'instaurer un système judiciaire efficace et indépendant permettant d'établir la cause du décès d'un individu se trouvant sous la responsabilité de professionnels de la santé (...) et le cas échéant d'obliger ceux-ci à répondre de leurs actes"⁵². Par exemple, le retard pris à dispenser à une personne blessée ou malade les soins médicaux qu'appelle sa santé est constitutif, lorsqu'il a contribué de manière décisive à l'issue fatale, d'un manquement de l'État à ses obligations au titre de l'article 2⁵³. De même, les États parties peuvent se voir imputer une obligation positive de surveillance de la santé des populations exposées aux radiations provenant d'essais militaires⁵⁴. De façon générale, la Cour n'a pas hésité à appliquer cette doctrine des obligations positives à la question de la protection de la santé publique face aux risques environnementaux⁵⁵. Ainsi, à propos d'activités à caractère industriel, «dangereuses par nature, telle que l'exploitation de sites de stockage de déchets», la Cour a rappelé que l'État avait le devoir de mettre en place un cadre réglementaire propre à parer le risque que de telles activités font courir à la vie humaine, d'en faire respecter les exigences et d'assurer une information adéquate du public. Il a été jugé que la passivité des autorités face à l'ampleur des risques encourus par les personnes vivant dans un bidonville situé à proximité d'une décharge d'ordures ménagères révélait un manquement à l'obligation de protection ainsi énoncée: les autorités n'ont «pas fait tout ce qui était en leur pouvoir pour protéger» les

52. CEDH, n° 32967/96, 17 janv. 2002, *Calvelli et Ciglio c/ Italie*, § 49.

53. CEDH, n° 38361/97, 13 juin 2002, *Anguelova c/ Bulgarie*, § 125-131. La question de l'obligation de soins des détenus a fait l'objet de fréquentes affirmations jurisprudentielles: La Cour a précisé que les détenus avaient droit à faire l'objet d'un suivi médical et des soins que requiert leur état de santé, et aussi à être assurés de recevoir les soins appropriés en cas d'urgence (V. ainsi, pour un constat de violation, CEDH, 5 avr. 2005, *Nevmerzhitsky c/ Ukraine*, 54825/00, § 102-106; CEDH, 4 oct. 2005, *Sarban c/ Moldova*, n° 3456/05, § 82-87; et CEDH, 28 mars 2006, *Melnik c/ Ukraine*, n° 72286/01, § 104-106; Pour un constat de non-violation, CEDH, 21 juill. 2005, *Rohde c/ Danemark*, n° 69332/01, § 100-110).

54. Saisie par une requérante atteinte d'une leucémie imputée à une exposition paternelle aux radiations nucléaires, la Cour, tout en retenant le principe de l'existence d'une obligation positive de l'État de surveiller les populations exposées, a estimé que la mise en place d'un tel dispositif n'aurait été exigée que «s'il était apparu à l'époque comme vraisemblable que pareille irradiation de son père était susceptible d'entraîner des risques réels pour la santé de la requérante», condition non remplie en l'espèce (CEDH, 9 juin 1998, *L.C.B. c/ Royaume-Uni*, n° 23413/94).

55. J.-F. Renucci, «Convention européenne des droits de l'homme et environnement», *Jurisclasseur Europe*, Fasc. 6527.

proches du requérant “contre les dangers imminents et connus auxquels ils étaient exposés”⁵⁶.

La théorie des obligations positives, qui répond au souci de garantir des droits effectifs et non illusoires renforce ainsi l’opposabilité des droits sanitaires. Toutefois, elle présente dans l’ensemble une limite de taille, dans la mesure où les droits ainsi garantis ne vont pas jusqu’à conférer au titulaire de droits un pouvoir d’exiger leur réalisation. Ni l’accès aux soins, ni le bénéfice d’une prestation médicale ne peuvent être exigés par le malade. Deux exemples en attestent:

Le premier exemple porte sur l’absence de droit «opposable» aux soins et résulte d’une affaire *Pentiacova et autres c. Moldavie*⁵⁷. La Cour européenne était saisie par des malades sous dialyse se plaignant d’une insuffisante prise en charge financière de leur traitement. Après avoir admis l’applicabilité de l’article 8 de la Convention, bien que ce texte ne garantisse pas en tant que tel un droit à la gratuité des soins médicaux, la Cour a souligné l’importante marge d’appréciation dévolue aux États: «la marge d’appréciation (...) est plus large encore lorsque, comme en l’espèce, les questions en litige impliquent de fixer des priorités pour ce qui est de l’affectation des ressources limitées de l’État. Au fait des sollicitations dont est l’objet le régime de santé ainsi que des fonds disponibles pour répondre à ces demandes, les autorités nationales sont mieux placées qu’une juridiction internationale pour procéder à cette évaluation (...) S’il est à l’évidence souhaitable que quiconque ait accès à une gamme complète de traitement médical, dont des techniques médicales et des médicaments pouvant sauver la vie, les États contractants comptent malheureusement, faute de ressources, de nombreux individus qui ne peuvent en bénéficier, surtout lorsqu’il s’agit de traitements permanents et onéreux. » En substance donc, la Cour considère que, dès lors que des soins minimaux ont été fournis, il n’y a pas manquement de l’État aux obligations positives qui découlent pour lui de l’article 8 de la Convention. Certes, la Cour prétend «n’entend(re) en rien minimiser les difficultés que les requérants semblent rencontrer et a bien conscience de l’amélioration très réelle qu’une série totale d’hémodialyses entraînerait pour leur vie privée et familiale. Elle juge néanmoins que, dans les circonstances de la présente affaire, on ne peut dire que l’État défendeur n’a pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts concurrents des requérants et

56. CEDH, GC, 30 nov. 2004, *Öneryildiz c/ Turquie*, n° 48939/99, 2004/XII, § 71 et (§ 109).

57. CEDH, *Pentiacova et autres c. Moldavie*, 4 janvier 2005, n° 14462/03.

de la société dans son ensemble»⁵⁸. Le choix d'un contrôle restreint par la Cour et le renvoi à la marge nationale d'appréciation peut s'expliquer par un argument démocratique: c'est au Parlement d'effectuer des choix budgétaires et le juge n'a pas la légitimité pour trancher des questions générales d'ordre économique ou social. Pour la Cour, constitue une question politique et non juridique celle de savoir quelle part du budget étatique doit être affectée au service public de la santé.

La crainte de devenir un «super-législateur, apte à évaluer la sagesse de la législation» selon le mot célèbre du juge américain Black⁵⁹ peut certes inciter le juge à la prudence. Mais l'argument ne convainc pas absolument. D'autres raisonnements peuvent être tenus, à l'image de la désormais célèbre décision *Grootboom*, prononcée par la Cour constitutionnelle sud africaine⁶⁰. L'affaire, relative à des habitants d'un township de la banlieue du Cap expulsés, a permis à la Cour africaine de concrétiser le droit au logement et le droit de l'enfant à un développement harmonieux, tous deux énoncés dans la Constitution arc-en-ciel, en imposant aux pouvoirs publics une obligation d'agir dans des situations graves. La Cour a notamment souligné l'interdépendance entre les droits de l'homme, en déduisant de cette interrelation une obligation des pouvoirs publics à prendre en considération les droits sociaux lorsque leur non-réalisation menace d'autres droits, comme la dignité humaine ou l'égalité. Insistant sur la situation des plus démunis, la Cour a souligné la nécessité pour l'État de prendre les mesures d'urgence, en s'appuyant sur trois considérations. D'abord, la réalisation progressive des droits économiques et sociaux est pour l'État une obligation indérogeable⁶¹; ensuite, la réalisation progressive des droits économiques et

58. V. également, CEDH, 22 septembre 2005, *Gheorghe c. Roumanie*, n° 19215/04: à propos des difficultés d'accès à un traitement médical rencontrées par un hémophile roumain: «La Cour est consciente de la gravité, ainsi que du caractère irréversible de la maladie du requérant. Dès lors, elle ne peut que déplorer l'absence d'un traitement médical permanent qui aurait pu au moins contenir l'évolution de la maladie. Toutefois, les choix à faire en termes de priorités et de ressources, surtout quand ces dernières sont limitées, reviennent aux autorités nationales» (irrecevabilité sur ce point); v. aussi *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, Rec. 1998-VIII, p. 1359, § 116.

59. *Ferguson v. Skrupa*, 372 US 731-732 [1963].

60. *Aff. Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and others* 2001 (1) SA 46 [CC]

61. «Cette affaire montre la désolation de centaines de milliers de gens qui vivent dans des conditions déplorables dans tout le pays. La Constitution oblige l'État à agir positivement pour améliorer ces conditions. L'obligation est de fournir un accès au logement, aux soins de santé, à une nourriture et une eau suffisante, et à la sécurité sociale pour ceux qui ne parviennent pas à assurer leurs conditions d'existence et celles des personnes qui dépendent d'eux. (...) Je suis

sociaux ne signifie pas qu'il y ait des bénéfices minimum immédiatement exigibles mais impose par contre à l'État d'avoir, au minimum, mis en place un programme cohérent et adapté⁶². Enfin, les mesures prises par l'État ne peuvent pas être considérées comme adéquates ou raisonnables si elles ne bénéficient pas aux plus démunis⁶³. Pourrait également être cité le raisonnement «proto-juridictionnel» du Comité Européen des droits sociaux, lequel n'a pas hésité à affirmer, à propos de la consécration par l'article 13 de la charte sociale européenne d'un droit à l'assistance sociale et médicale pour toute personne démunie de ressources: «il ne s'agit plus pour les [Etats] d'une simple faculté d'accorder l'assistance, dont elles pourraient faire usage de manière discrétionnaire, mais d'une obligation dont le respect peut être réclamé devant les tribunaux»⁶⁴...

La revendication d'un droit à disposer de son corps et à choisir le moment de sa mort peut offrir une seconde illustration des hésitations jurisprudentielles à consacrer l'opposabilité des droits sanitaires. Comme l'a affirmé avec éclat la Cour européenne des droits de l'homme, il est impossible d'interpréter l'article 2 comme «conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir»⁶⁵. Ce qui permet à un auteur de souligner, à rebours d'«une littérature juridique très prompte à évoquer un «droit à la mort», comme s'il était consacré, très rares sont les pays dans lesquels l'euthanasie dispose d'un statut en propre qui en fait un cas non sanctionnable d'infliction de la mort (il n'y a guère que les Pays-Bas où un système semblable est en vigueur) (...) Autrement dit, le droit à la vie a beau être applicable entre personnes privées, il l'est en tant qu'il confère des droits de protection, mais non de

conscient qu'il est extrêmement difficile pour l'État de remplir ces obligations étant donné les conditions prévalant dans notre pays. Ceci est reconnu par la Constitution qui dispose expressément que l'État n'est pas obligé d'aller au-delà de ses ressources disponibles ni de réaliser ces droits immédiatement. J'insiste cependant, malgré toutes ces précisions, sur le fait que ce sont là des droits, et que la Constitution oblige à leur donner effet. Ceci est une obligation que les tribunaux peuvent, et dans les circonstances adéquates, doivent exécuter».

62. «Ni l'article 26 ni l'article 28 (de la Constitution) ne donne aux plaignants le droit de réclamer un abri ou un logement immédiatement, sur simple demande (...) Néanmoins, l'article 26 oblige bien l'État à concevoir et mettre en œuvre un programme cohérent et coordonné destiné à remplir les obligations qui lui incombent».
63. «Le programme (d'habitat) qui a été adopté et qui était en vigueur dans la zone métropolitaine du Cap au moment du dépôt de cette plainte ne répondait pas pleinement (aux obligations découlant de l'article 26) (...) il échouait en effet à fournir quelque sorte de secours que ce soit à ceux qui avaient désespérément besoin d'accès au logement».
64. Conclusions I, Observation interprétative de l'article 13, p. 64-65.
65. CEDH, *Pretty c. RU*, 29 avril 2002, préc., §39.

disposition»⁶⁶. Constat qui permet de relever l'incertaine justiciabilité de ce droit à disposer de soi.

Une conclusion partielle peut s'esquisser: les droits sanitaires bénéficient indiscutablement d'une proclamation textuelle ou prétorienne diversifiée, toutes affichant une même préoccupation d'effectivité. Mais les possibilités de sanction et, pour leur titulaires, la faculté d'agir en justice pour obtenir le respect de leurs droits, sont atténuées. En soi, l'effectivité est un objectif de la norme, cette dernière n'étant toutefois pas toujours dotée des instruments nécessaires à son application. Constat partiel, qui conduit à rendre indispensable l'analyse des procédés de réception de la norme.

II- PHÉNOMÉNOLOGIE DE L'EFFECTIVITÉ DES «DROITS SANITAIRES» EN DROIT EUROPÉEN

Poser la question de l'effectivité du droit revient à s'inscrire dans le registre des conséquences de la norme, à «se préoccuper de son adéquation avec les comportements sociaux et des écarts éventuels (comme autant de manifestations d'ineffectivité) entre les normes juridiques et la réalité qu'elles sont censées régir, entre le droit et l'expérience»⁶⁷. En d'autres termes, la notion d'effectivité désigne, «d'une part, «un fait» vérifiable, voire mesurable, celui de l'application, susceptible de degrés (car l'effectivité n'est jamais totale), d'une règle de droit, d'autre part, les effets réels de la règle sur les comportements sociaux»⁶⁸. Ainsi délimitée, l'interrogation sur l'effectivité des droits conduit à s'interroger sur les effets produits par la norme et la concordance entre ces résultats et l'objectif poursuivi par la norme: autrement dit, l'effectivité des droits requiert leur *efficience* (A) et leur *efficacité* (B).

A. L'efficience des droits sanitaires

L'efficience se dit à propos de ce qui produit un effet⁶⁹. Elle peut rejoindre la notion d'«impact», qui, en sociologie du droit, désigne toute action qui

66. S. Hennette-Vaucher, Fascicule «Dignité, droit à la vie», Jurisclasseur libertés, 2008.

67. J. Commaille, précit, p. 583.

68. F. Rangeon, précit, p. 126.

69. Certes, une telle définition qui n'est pas unanime (V. notamment en sens contraire, F. Rangeon, pour qui l'efficience consiste à vérifier que les objectifs assignés à la règle de droit ont été atteints au meilleurs coût (précit, p. 127) ou T. Gründler, in CREDOF, *L'effectivité des droits fondamentaux*, précit.). Toutefois, l'acception que nous retenons est attestée par le dictionnaire (V. notamment Larousse, V° Effectivité: «qui produit réellement un effet, dont l'action aboutit à un résultat») et est utilisée en doctrine (v. par ex. M. A. Frison-Roche, «L'efficacité des décisions en matière de concurrence: notions, critères, typologie», *Les Petites Affiches*, n° 259, 2000, p. 5).

montre l'influence d'une norme⁷⁰. Rapportée à la question sanitaire, l'analyse de l'efficacité conduit à observer les effets que l'invocation de la protection de la santé humaine peut produire. Elle invite à se pencher sur le contenu de ce qui s'apparente, en droit européen, à une «réserve de santé publique». La réserve ici évoquée renvoie non pas au sens précis que cette notion joue en droit international, mais sert à exprimer l'idée que le droit européen admet des dérogations à l'application de ses normes dans le but d'une protection effective de la santé publique. Cette réserve de santé publique se remarque aussi bien en droit communautaire (1) qu'en droit de la convention européenne (2)⁷¹.

1. L'efficacité de la protection de la santé en droit communautaire

La réserve de santé publique joue au moins sur deux niveaux: celui de la police et celui des services, en ce qu'elle intègre aussi bien la protection de l'ordre public que celle du bon fonctionnement des institutions nationales médico-hospitalières.

Réserve de santé publique et ordre public

A différents endroits, les traités institutifs de la communauté européenne mentionnent la protection de la santé publique comme un facteur de limitation de la liberté de circulation des personnes⁷², des services ou des marchandises⁷³. Pour cette dernière, la CJCE préserve la latitude des États à invoquer la réserve de santé publique, et cette souveraineté est facilitée par l'absence de définition communautaire de l'ordre public; peuvent ainsi être décidées des mesures nationales d'interdiction d'importation⁷⁴, d'utili-

70. L. M. Friedman, «La sociologie du droit est-elle vraiment une science? », *Droit et société*, n° 2, 1986, p. 99.

71. A ce stade, une précision s'impose: seul le droit européen est ici envisagé, et les règles issues de l'OMC pour encadrer les mesures à finalité sanitaire susceptibles d'être prises par les États au détriment de la liberté des échanges commerciaux (notamment l'accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires, SPS, de 1994) ne seront pas étudiées, en dépit de leur importance et de leur éventuelle concurrence avec le droit européen. De même, la dimension internationale de la réglementation sanitaire – principalement celle résultant de l'action de l'OMS – sera volontairement occultée.

72. Art. 45 al. 3 TFUE reprenant l'39 al. 3 TCE; ; V. Directive 2004/38 CE du 29 avril 2004, JOCE 30 avril, p. 77, dressant la liste des maladies pouvant s'opposer à l'entrée d'un étranger sur le territoire d'un État et reprenant la liste du règlement sanitaire international de l'OMS (maladies potentiellement épidémiques, maladies infectieuses ou parasitaires contagieuses si elles font l'objet, dans le pays d'accueil, de mesures de protection à l'égard des nationaux).

73. Art. 36 TFUE, reprenant l'art. 30 TCE; La libre circulation des capitaux n'est pas affectée par la réserve de santé publique.

74. CJCE, 2 février 1989, Commission c. RFA, aff. 274/87, Rec. p. 229.

sation de certains produits⁷⁵ ou encore d'interdiction ou de réglementation de publicité en faveur d'autres produits⁷⁶. «L'affaire de la vache folle» et la revendication d'une meilleure sécurité sanitaire qui s'en est suivie a illustré l'accent mis par la CJCE sur la protection de la santé humaine, qu'elle s'impose aux Etats⁷⁷ comme à aux institutions communautaires⁷⁸. Toutefois, si l'impératif de santé publique peut justifier des entraves aux échanges, encore faut il que deux conditions soient remplies⁷⁹: d'une part, l'Etat à l'origine de la restriction doit démontrer l'existence d'un intérêt de santé publique effectivement menacé, ce que la Cour n'accepte qu'au prix d'une vérification de la finalité de la mesure⁸⁰; d'autre part, la mesure prise dans un but de santé publique doit être proportionnée au risque qu'elle entend parer. La jurisprudence européenne a précisé le contenu et la portée de cette seconde condition. Selon la Cour, «le principe de proportionnalité, qui fait

-
75. CJCE, 5 février 1981, Eyssen, aff. 53/80, Rec. p. 409: interdiction d'un additif à une spécialité fromagère.
76. CJCE, 25 juillet 1991, Aragonesa, aff. jointes C-1-176/90, Rec. I, p. 4151; CJCE, 8 mars 2001, aff. C-405/98, Konsumentombudsmannen (KO) et Gourmet International Products, Rec. CJCE 2001, I, p. 1795. La loi française interdisant la publicité télévisée pour les boissons alcooliques, malgré ses répercussions sur les diffusions d'événements sportifs qui se déroulent à l'étranger, a été déclarée compatible avec la libre prestation des services (CJCE, 13 juill. 2004, aff. C-262/02, Comm. CE c/ France; CJCE, 13 juill. 2004, aff. C-429/02, Baccardi, *Europe* 2004, n° 293, note L. Idot).
77. CJCE, 13 décembre 2001, Commission c. France, C-1/00, Rec. I 9989; la possibilité vaut également malgré l'absence d'une totale certitude scientifique (v. CJCE, 14 juillet 1983, Sandoz BV, aff. 174/82, Rec. p. 2445, points 16 et 17; CJCE, 11 juillet 2000, Kemikalieinspektionen c. Toolex Alpha AB, aff. C-473/98, Rec. I, p. 5681, point 40).
78. CJCE, 5 mai 1998, Royaume Uni c. Commission, C-180/96, Rec. I 2265.
79. V., pour une analyse, T. Grundler, *La santé publique face aux droits fondamentaux*, Thèse doctorat Paris X, 2006, p. 410-423.
80. CJCE, 2 février 1989, Commission c. RFA, aff. 274/87, Rec. I, 229: rejet de l'argument invoqué par le gouvernement allemand pour interdire la commercialisation d'un produit au motif qu'il présentait une valeur nutritive inférieure à celle d'un produit déjà commercialisé, le souci de garantir à la population allemande un apport suffisant en protéines n'étant pas corroboré par une nécessité sanitaire. En effet, selon la Cour, «un Etat membre ne saurait invoquer des raisons de santé publique pour interdire l'importation d'un produit au motif que celui-ci aurait une valeur nutritive inférieure à celle d'un autre produit qui se trouve déjà sur le marché concerné car il est évident que le choix alimentaire des consommateurs dans la communauté est tel que la seule circonstance qu'un produit importé soit d'une qualité nutritive inférieure n'entraîne pas un danger réel pour la santé humaine» (point 10). V. aussi CJCE, 14 juillet 1994, Van der Velt, aff. C-17/93, Rec. I, p. 3537, point 18 (à propos d'une interdiction de produits de boulangerie dont la teneur en sel dépassait 2%): «faute d'avoir avancé des données scientifiques sur lesquelles le législateur belge se serait fondé pour prendre les mesures en cause et qui pourraient justifier leur maintien, les autorités belges n'ont pas démontré le danger que représente une teneur en sel supérieure à 2% pour la santé publique».

partie des principes généraux du droit communautaire, exige que les actes des institutions communautaires ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés⁸¹. Ce qui permet à des auteurs de soumettre la condition de proportionnalité à deux tests⁸²: celui d'efficacité et celui d'interchangeabilité. En d'autres termes, la restriction doit être nécessaire et la plus limitée possible⁸³. La réserve de santé publique est donc efficiente, quoique de façon limitée.

Réserve de santé publique et libre circulation des prestations de soins

La jurisprudence européenne a de longue date admis que les prestations médicales relèvent du champ d'application de la libre prestation des services⁸⁴, même pour les soins pratiqués dans un établissement hospitalier public⁸⁵. Toutefois, la Cour de justice admet, au titre des raisons de santé publique, la possibilité pour les États membres de restreindre la libre prestation des services médicaux et hospitaliers. La réserve de santé publique a été précisée par différents arrêts⁸⁶, tant pour son contenu que sa portée. Ainsi,

-
81. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise, ex parte: National Farmers' Union, 5 mai 1998, C-157/96, Rec. I 2211, point 60.
82. T. Gründler, thèse précit., p. 415.
83. Konsumentombudsmannen (KO) et Gourmet International Products AB (GIP), précit., point 34: « les articles 30 et 36 du traité ne s'opposent pas à une interdiction des annonces publicitaires pour les boissons alcooliques (...), sauf s'il apparaît que, dans les circonstances de droit et de fait qui caractérisent la situation dans l'État membre concerné, la protection de la santé publique contre les méfaits de l'alcool peut être assurée par des mesures affectant de manière moindre le commerce intracommunautaire » (CJCE, 8 mars 2001, aff. C-405/98, Gourmet International: Rec. CJCE 2001, I, p. 1795).
84. CJCE, 4 oct. 1991, aff. C-159/90, Grogan, Rec. CJCE 1991, I, p. 4685; CJCE, 13 mai 2003, aff. C-385/99, Müller-Fauré, Rec. CJCE 2003, I, p. 4509.
85. CJCE, 12 juill. 2001, aff. C-368/98 Vanbraekel, Rec. CJCE 2001, I, p. 5363; CJCE, 12 juill. 2001, aff. C-157/99, Smits et Peerbooms, Rec. CJCE 2001, I, p. 5473; CJCE, 13 mai 2003, Müller-Fauré, préc.; CJCE, 23 oct. 2003, aff. C-56/01, Inizan, Rec. CJCE 2003, I, p. 12403.
86. CJCE, 28 avr. 1998, Kohll et Union des caisses de maladie, C-158/96, rec. I-1931, point 51; CJCE, 12 juill. 2001, Vanbraekel, préc.; CJCE, 12 juill. 2001, Smits et Peerbooms, préc.; CJCE, 13 mai 2003, Müller-Fauré, préc.; CJCE, 23 oct. 2003, Inizan, préc.; V. J.-G. Huglo, «Droit d'établissement et libre prestation de services», *RTDE* 1998, p. 584; «Droit d'établissement et libre prestation de services», *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 710, 2005, § 75; P. Mavridis, *Libéralisation des soins de santé en Europe, un premier diagnostic*, *RMCUE* 1998, n° 3, p. 145; C. Prieto, *Liberté d'établissement et de prestation de services*, *RTDE* 2003, chron. p. 489; S. Van Raepenbusch,

le risque d'une atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une entrave au principe de la libre prestation des services⁸⁷; de même, la nécessité de maintenir un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous peut également relever des dérogations prévues au titre de l'article 46 CE, «dans la mesure où un tel objectif contribue à la réalisation d'un niveau élevé de protection de la santé»⁸⁸. Plus largement, la Cour a encore précisé que l'article 46 CE permet aux États membres de restreindre la libre prestation des services médicaux et hospitaliers, dans la mesure où le maintien d'une capacité de soins ou d'une compétence médicale sur le territoire national est essentiel pour la santé publique, voire même pour la survie de sa population⁸⁹.

Toutefois, là encore, le juge européen n'admet le principe d'une «réserve de santé publique», qu'après en avoir vérifié le contenu et la portée: encore faut-il, pour qu'elle soit efficiente, que les conditions requises soient conformes au principe de proportionnalité. Si les États membres se voient reconnaître la possibilité d'invoquer des exigences impérieuses d'intérêt général, c'est à la condition d'offrir la démonstration que la restriction est fondée sur des critères objectifs, non discriminatoires, connus à l'avance et appliqués dans un système procédural répondant aux garanties habituelles de délai raisonnable et de recours juridictionnel. La Cour de justice vérifie alors si la restriction en cause peut effectivement être justifiée au regard de telles raisons impérieuses, si elle n'excède pas ce qui est objectivement nécessaire à cette fin⁹⁰ et si ce résultat ne peut être obtenu par des règles moins contraignantes⁹¹.

Le libre choix par les citoyens européens des produits médicaux et des prestations de soins, conséquence sociale du marché intérieur; Cah. dr. eur. 1998, n° 5-6, p. 683.

87. Arrêts précités Kohll, point 41; Smits et Peerbooms, point 72, ainsi que Müller-Fauré et van Riet, point 73.
88. Arrêts précités Kohll, point 50; Smits et Peerbooms, point 73, ainsi que Müller-Fauré et van Riet, point 67; add. CJCE, 16 mai 2006, aff. C-372/04, Watts, Rec. CJCE 2006, I, p. 4325, pt 106; *Europe* n° 7, Juillet 2006, comm. 212, L. IDOT, point 104.
89. Arrêts précités Kohll, point 51; Smits et Peerbooms, point 74, ainsi que Müller-Fauré et van Riet, point 67; Watts, point 105.
90. CJCE, 19 avr. 2007, aff. C-444/05, Aikaterini Stamatelaki c/ NPDD Organismos Asfaliseos Eleftheron Epangelmaton: un régime national excluant toute possibilité de remboursement de soins médicaux effectués dans un autre État membre est contraire à l'article 49 CE et est disproportionné au regard de l'intérêt général poursuivi du fait de son caractère absolu; v. *Europe* n° 6, Juin 2007, comm. 164.
91. V. arrêt Smits et Peerbooms, précité, point 75, Watts, précité, pt 106.

2. L'efficience de la protection de la santé en droit de la convention européenne des droits de l'homme

La Convention européenne prévoit un dispositif similaire de «réserve de santé publique» pour un certain nombre de droits qu'elle garantit. Ainsi, le droit au respect de la vie privée, la liberté religieuse, la liberté d'expression ou de réunion peuvent se voir limités au nom de la protection de la santé, objectif supérieur mentionné parmi d'autres par le texte⁹².

La santé qu'il s'agit de protéger peut aussi bien concerner un tiers identifié que la collectivité. Différents arrêts sont ainsi relatifs à des mesures de placement d'enfants exposés à un danger au sein de leur famille, en raison des choix de vie des parents⁹³ ou de troubles psychiatriques de la mère⁹⁴. Quel que soit le droit invoqué, qu'il porte sur la liberté religieuse ou le respect de la vie familiale, la Cour rappelle que «d'un côté, il est certain que garantir aux enfants une évolution dans un environnement sain relève de cet intérêt (de protection de la santé) et que l'article 8 ne saurait en aucune manière autoriser un parent à voir prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de ses enfants, de l'autre côté, il est clair qu'il est tout autant dans l'intérêt de l'enfant que les liens entre lui et sa famille soient maintenus, sauf dans les cas où celle-ci s'est montrée particulièrement indigne: briser ce lien revient à couper l'enfant de ses racines. Il en résulte que l'intérêt de l'enfant commande que seules des circonstances tout à fait exceptionnelles puissent conduire à une rupture du lien familial, et que tout soit mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et, le cas échéant, le moment venu, «reconstituer» la famille»⁹⁵. La Cour impose aux autorités étatiques de ménager un juste équilibre entre les intérêts de l'enfant et la protection de sa santé et les droits reconnus par la Convention. Elle insiste sur le fait que les mesures ne doivent pas compromettre définitivement

92. Outre ces dispositions, il convient de mentionner le cas particulier de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui permet une restriction à la liberté individuelle et valide l'enfermement «d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond». La mise en quarantaine d'une personne en raison de risques épidémiologiques ne semble pas, à ce jour, avoir été soumise à la Cour. En revanche, plus fréquentes sont les affaires illustrant l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée ou de la liberté de conscience au nom de la protection de la santé.

93. CEDH, *Schmidt c. France*, 26 juillet 2007, n° 35109/02, § 84: Parents membre d'une secte religieuse s'étant vus retiré la garde de l'enfant au motif des risques que leur comportement faisait courir à leur enfant.

94. CEDH, *E.P. c. Italie*, 16 novembre 1999, n° 31127/96, CEDH, aff. P., C et S., 16 juillet 2002, n° 56547/00, Rec. 2002-VI.

95. CEDH, *Schmidt c. France*, précit., § 84.

les chances de renouer une relation entre parents et enfants et doivent être strictement proportionnées aux risques encourus.

La même condition tirée de la proportionnalité de la mesure est avancée lorsque sont en cause des mesures fondées sur la protection de la santé publique. Qu'il s'agisse de vaccinations obligatoires⁹⁶ ou d'organisation de l'abattage rituel⁹⁷, la Convention admet que la vie privée et la liberté religieuse soient limitées au nom de la santé collective. A condition, là encore, que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi. Ainsi, l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme a pu estimer «qu'une campagne de vaccination, telle que mise en place dans la plupart des pays, obligeant l'individu à s'incliner devant l'intérêt général et à ne pas mettre en péril la santé de ses semblables, lorsque sa vie n'est pas en péril, ne dépasse pas la marge d'appréciation laissée à l'Etat»⁹⁸.

Le dialogue des juges apparaît ainsi de façon certaine: tant à Bruxelles qu'à Strasbourg, les juges européens admettent que la protection de la santé soit un motif de mise à l'écart du droit européen. A condition toutefois que les mesures dérogoratoires fondées sur la protection de la santé soient proportionnées à l'objectif poursuivi. Or, par le truchement de la condition de proportionnalité, est apparue la notion «d'efficacité». Pour que la santé publique soit une condition efficiente, il faut qu'elle fonde une mesure efficace. Ce qui amène à en étudier le contour et le contenu.

B. L'efficacité des droits sanitaires

Notion d'origine économique, l'efficacité mesure un résultat «en fonction d'un objectif et dans des conditions données»⁹⁹. L'efficacité se dit d'une chose qui produit l'effet attendu, qui exerce une action proportionnée à son rôle. Elle vise ainsi une évaluation des résultats, un bilan de l'objectif recherché par rapport aux objectifs attendus. Or, cette question économique est devenue juridique. A en croire même certains auteurs, la mesure de l'efficacité de la norme juridique est désormais cruciale, l'efficacité tendant à devenir, pour diverses raisons, la qualité primordiale que l'on exige du droit¹⁰⁰. «L'efficacité est devenue *la* condition fondamentale à laquelle doit satisfaire la règle de droit – conformément à un modèle nouveau de rationalité juridique fondé

96. CEDH, Boffa c. Saint Marin, 15 janvier 1998, req. ° 26536/95.

97. CEDH, Cha'are shalom ve Tsedek c. France, 27 juin 2000, n° 27417/95.

98. CEDH, Boffa c. Saint Marin, précit.

99. F. Rangeon, précit., p. 130.

100. F. Rouvillois, précit., p. 4.

sur une conception instrumentale, voire utilitariste, du droit: un droit qui tend ainsi à être conçu, élaboré, agencé mais aussi apprécié en considération des effets qu'on veut lui faire produire»¹⁰¹.

Si l'efficacité est «le caractère d'un acte ou d'une décision qui produit l'effet recherché par son auteur»¹⁰² ou encore la propriété qu'à la norme de produire, non pas seulement *des* effets, mais bien «les effets que l'on attendait d'elle»¹⁰³, se profilent alors les critères de son évaluation. La notion d'efficacité implique, tout à la fois, la réalisation des effets voulus par l'auteur de la norme et l'application des règles énoncées par celle-ci. Or, l'appréciation concrète de ces conditions suppose nécessairement une explicitation des buts recherchés de la norme¹⁰⁴.

Pour le sujet qui est le nôtre, ces buts sont énoncés soit de façon précise, comme l'illustre le catalogue détaillé des objectifs assignés par l'article 11 de la Charte sociale européenne révisée, soit sous forme d'un standard général, tel que fixé par l'article 168 TFUE, celui visant à assurer «un niveau élevé de protection de la santé humaine (...) dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de la Communauté». Il ne s'agit pas ici de dresser un bilan complet de l'efficacité de la réglementation européenne au regard de ces objectifs de protection de la santé, envisagée dans une perspective individuelle ou collective. Le propos dépasserait à la fois et notre compétence et les exigences de volume qui circonscrivent cette analyse. Mais, plus modestement, de tenter de mesurer l'importance, en droit européen, de l'argument de l'efficacité des mesures prises pour la protection de la santé. A cet égard, on relève que l'intérêt marqué par le droit communautaire pour l'efficacité des normes sanitaires joue à un double niveau: d'une part, comme justification de l'intervention du droit européen (1); d'autre part, comme étalon de la «performance» du droit européen pour la protection de la santé humaine (2).

1. L'efficacité comme justification de l'intervention du droit européen

La recherche d'efficacité de la norme juridique est si consubstantielle au droit communautaire qu'elle en conditionne l'intervention même. En effet, le principe de subsidiarité, qui structure la compétence communautaire, se justifie par un souci d'efficacité¹⁰⁵: Comme l'explique Monique Chemillier-Gendreau, la

101. Id., p. 13.

102. F. Rangeon, précit., p. 13.

103. D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit?*, Odile Jacob, 1997, p. 10.

104. F. Rouvillois, p. 15

105. Id., pp. 8 à 10

subsidiarité signifie en effet que «l'échelon le plus bas n'abandonne à l'échelon supérieur que ce qui est strictement nécessaire, et *a contrario* la compétence de la collectivité supérieure s'étend aux fonctions qu'elle peut remplir de manière plus efficace que les communautés de base. Il s'agit donc d'un principe de répartition mobile des compétences. Rien n'y serait préfixé. C'est le principe d'efficacité qui, à un moment donné, entraîne telle ligne de répartition»¹⁰⁶.

En matière de politiques sanitaires, cette démarche se confirme, puisque le droit européen reconnaît une compétence directe de l'Union destinée à «faire face aux enjeux communs de sécurité»¹⁰⁷. L'article 168-4 TFUE permet ainsi au Conseil, depuis le traité de Maastricht¹⁰⁸ et sans que le traité de Lisbonne n'ait apporté de modifications majeures, d'adopter des mesures fixant des «normes élevées» de qualité et de sécurité des organes et substances d'origine humaine, des médicaments et des dispositifs à usage médical; de fixer des mesures dans les domaines vétérinaire et phytosanitaire ayant directement pour objectif la protection de la santé publique. Toutefois, cette énumération n'épuise pas la liste des interventions communautaires dans le domaine de la santé, puisqu'aussi bien la protection des consommateurs¹⁰⁹ ou celle de l'environnement¹¹⁰ se réfèrent à l'objectif de protection de la santé humaine. Par ailleurs, selon le nouvel article 168-5 TFUE issu du traité de Lisbonne, le Parlement européen et le Conseil peuvent également adopter des mesures d'encouragement visant à protéger et à améliorer la santé humaine, et notamment à lutter contre les grands fléaux transfrontières, des mesures concernant la surveillance des menaces transfrontières graves sur la santé, l'alerte en cas de telles menaces et la lutte contre celles-ci, ainsi que des mesures ayant directement pour objectif la protection de la santé publique en ce qui concerne le tabac et l'abus d'alcool, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres.

L'efficacité de l'intervention européenne en matière de protection de la santé est ainsi ambiguë: elle peut de prime abord apparaître assez modeste,

106. «Maastricht entre le refus et la fuite en avant. Le principe de subsidiarité: enjeu majeur, débat confus», *Le Monde diplomatique*, Juillet 1992, p. 13.

107. Article 168-4 TFUE.

108. Art. 152-4 TCE.

109. Art. 169 TFUE, remplaçant l'art. 153 TCE: «Afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, l'Union contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs (...)».

110. Art. 191 TFUE, remplaçant l'art. 174 TCE: «La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement contribue à la poursuite des objectifs suivants (...) – la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement, – la protection de la santé des personnes»

l'accent étant mis par le droit communautaire sur la liberté de circulation des praticiens de santé, des médicaments ou des services médicaux¹¹¹; mais elle peut aussi apparaître comme singulièrement efficace au regard de la faible portée de l'habilitation à intervenir prévue par les traités institutifs. Comme le souligne un auteur, «tout en restant largement un domaine technique de coordination des législations nationales, la santé semble de plus en plus, au niveau communautaire, être comprise comme un droit fondamental de l'homme»¹¹². La recherche sur les maladies orphelines¹¹³, la lutte contre le tabagisme¹¹⁴ ou les fléaux épidémiques¹¹⁵ offrent autant d'exemples de l'efficacité réelle de l'action européenne en matière de protection de la santé. Constatation qui permet d'ouvrir la voie à une réflexion sur l'appréciation de l'efficacité du droit communautaire dans la protection de la santé et des droits afférents.

2. L'efficacité comme étalon de la performance du droit européen

L'efficacité du droit européen dans la garantie de l'effectivité des droits sanitaire est susceptible d'une évaluation à l'aune de différents critères, aussi bien économiques que sociaux. Le souci de garantir l'effectivité des droits sociaux européens, parmi lesquels les droits sanitaires, est mis en avant par différents travaux, qui détaillent les obstacles opposés à l'accès aux droits, en vue de permettre leur suppression et de favoriser l'insertion sociale¹¹⁶. Or, si l'efficacité du droit européen permet souvent de renforcer cette effectivité, le lien n'est pas systématique et la première peut se dresser contre la seconde.

111. M. Belanger n'hésite pas à qualifier le droit communautaire de «droit de la libre circulation en matière de santé», (*Le droit international de la santé*, PUF, QSJ, n° 3204, p. 115).

112. M. Belanger, *Les communautés européennes et la santé*, PUB, 1985, p. 14

113. Règlement CE n° 141/2000, 16 décembre 1999 concernant les médicaments orphelins, JOCE L.18 du 22 janvier 2000.

114. V. les directives 2001/37/CE du 5 juin 2001 et 2003/33/CE du 26 mai 2003 adoptées pour rapprocher les législations nationales en matière de présentation et de vente de cigarettes ou de publicité en faveur du tabac; v. aussi la recommandation du Conseil du 2 décembre 2002 relative à la prévention du tabac.

115. La menace épidémiologique à la suite de l'apparition du SRAS a ainsi entraîné une prise de conscience européenne de la nécessité de renouveler les outils de surveillance et d'information et permis la création en 2005 d'un Centre européen de prévention et de surveillance des maladies, à l'image du NCDC américain.

116. M. Daly, *Access to social rights in Europe*, Ed. du Conseil de l'Europe, 2002; http://www.coe.int/t/dg3/socialpolicies/SocialRights/source/MaryDaly_en.pdf; ce rapport est présenté de façon significative par le site Internet du Conseil de l'Europe comme «le document de référence sur l'accès aux droits sociaux». En 2003 et sur son fondement, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté la recommandation Rec(2003)19 pour la promotion de l'accès aux droits sociaux.

L'effectivité par l'efficacité

L'efficacité du droit européen est très souvent un gage de l'effectivité des droits sanitaires. Deux exemples attestent de cette conjonction, l'un en amont, relatif à l'efficacité des mesures de protection préventive de la santé humaine, l'autre en aval, relatif à l'efficacité des dispositifs garantissant un égal accès aux soins.

Primum non nocere. Ce principe de base de la médecine a une traduction juridique, à travers le droit à un environnement sain, déduit de l'article 11 de la Charte sociale européenne par le Comité des droits sociaux. Ce dernier exige que les Etats mettent au point un cadre législatif suffisamment développé et précis et consacrent une part raisonnable de leur budget à la protection de l'environnement¹¹⁷. Outre cette obligation générale, les Etats doivent édicter une réglementation et prendre des mesures de prévention adaptées contre des risques et dangers particuliers¹¹⁸. Par exemple, pour ce qui concerne la pollution de l'air, des objectifs de qualité de l'air dans les villes et des valeurs-limites de concentration des principaux polluants responsables de la dégradation de l'air doivent être fixés. Des dispositifs de mesure et d'information de la population doivent être mis en place¹¹⁹. Les résultats sont appréciés en termes de maîtrise des émissions de ces polluants¹²⁰. Pour ce qui concerne la pollution à l'échelle planétaire, l'action des pouvoirs publics est appréciée à la lumière de la Convention de Rio sur les changements climatiques et des objectifs fixés pour la mise en oeuvre du Protocole de Kyoto¹²¹. Enfin, en ce qui concerne les risques sanitaires liés à des comportements individuels (tabac, alcool, substances psychotropes), le Comité décline toute une série d'obligations d'information et de dissuasion mises à la charge des autorités publiques et vérifie l'efficacité de cette politique sur la base des données statistiques relative à l'évolution de ces comportements addictifs¹²². L'exigence d'efficacité est ainsi très nettement mise au service de l'effectivité de la protection de la santé.

Le second exemple – l'efficacité des mesures garantissant un égal accès aux soins – s'apprécie différemment. Un exemple chiffré illustre le déca-

117. Conclusions XV-2, Addendum, République slovaque, p. 210-214.

118. Comité européen des droits sociaux, Digest de jurisprudence, décembre 2006, p. 97.

119. Ceci concerne principalement la pollution atmosphérique par le dioxyde de soufre, le dioxyde d'azote, l'ozone, le plomb, les particules fines et en suspension, le monoxyde de carbone et le benzène, dont la nocivité est désormais attestée (Conclusions 2005, Moldova, p. 487-492).

120. Voir notamment Conclusions XV-2, Italie, p. 331-337.

121. Voir notamment Conclusions XV-2, Italie, p. 331-337.

122. V. *Digest* précité, p. 98-99 et Conclusions XVII-2, Malte, p. 579-581.

lage pouvant exister entre proclamation et réalisation des droits: en 2005, le réseau de Médecins du Monde en Europe a créé un Observatoire européen de l'accès aux soins afin d'apporter un regard objectif sur l'accès aux soins des personnes vivant dans la précarité dans les différents pays de l'UE. L'objectif qui a présidé à cette fondation est de repérer les dispositions les plus favorables à une amélioration de la santé publique pour ensuite les appliquer à l'ensemble des pays, faisant ainsi progresser l'Union toute entière. Le premier rapport écrit s'est concentré sur l'accès aux soins des migrants en situation irrégulière¹²³. Il démontre clairement, par-delà l'hétérogénéité des législations nationales, le décalage existant entre l'accès théorique à une prise en charge sanitaire telle qu'elle est prévue par les textes et l'effectivité de l'accès à ces dispositifs médico-sociaux: ainsi, il ressort des enquêtes statistiques effectuées par Médecins du Monde, que 78% des personnes interrogées pourraient théoriquement, au vu de la législation, bénéficier d'une couverture santé. Mais dans les faits, seules 24% des personnes rencontrées bénéficient concrètement d'une couverture santé. En France, seules 7% des personnes interrogées sont parvenues à faire valoir leurs droits, dont, d'une manière générale, les personnes méconnaissent l'étendue. Ainsi, par exemple, un tiers des personnes ne sont pas informées de leur droit à bénéficier d'une couverture santé et ignorent les dispositifs permettant de bénéficier gratuitement d'un dépistage ou de vaccination.

Le rapport de Médecins du Monde, bien que restreint aux seules populations migrantes en situation irrégulière, illustre paroxystiquement la question générale de l'effectivité des droits, telle qu'elle a pu être pensée par Amartya Sen¹²⁴. Les «capabilités», concept forgé par le Prix Nobel pour décrire la capacité à mobiliser le droit comme ressource, dépendent étroitement non seulement de caractéristiques personnelles elles-mêmes socio-économiquement déterminées (état de santé, croyances, appartenance socio-familiale, régularité du séjour) que de l'organisation sociale globale dans laquelle l'individu est inséré. Or, l'évaluation de l'efficacité du droit passe par le renforcement de ces «capabilités». C'est ce qui ressort très nettement

123. Médecins du Monde, Premier observatoire européen de l'accès aux soins, septembre 2007, http://www.medecinsdumonde.org/fr/presse/dossiers_de_presse/premier_observatoire_europeen_de_l_acces_aux_soins_septembre_2007

124. A. Sen, *L'Économie est une science morale*, Paris, La Découverte, Essais, 2004; A. Sen définit la capacité, ou liberté réelle, comme «les diverses combinaisons de fonctionnements (états et actions) que la personne peut accomplir. La capacité est, par conséquent, un ensemble de vecteurs de fonctionnements qui indiquent qu'un individu est libre de mener tel ou tel type de vie.» (*Repenser l'Inégalité*, éditions du Seuil, 2000, p. 65-66).

de la lecture des rapports nationaux du Comité européen des droits sociaux. Au titre de l'examen du respect de l'article 11 de la Charte sociale européenne, le Comité examine les conditions liées à l'accès aux soins de santé à la lumière de la Recommandation 1626 (2003) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative «à la réforme des systèmes de santé en Europe: concilier équité, qualité et efficacité» qui invite les États à employer comme principal critère pour apprécier le succès des systèmes de santé, l'accès effectif aux services de soins pour tous sans discrimination en tant que droit fondamental de l'individu¹²⁵. A cet égard, l'analyse du Comité s'appuie sur différents critères combinés, qui permettent au Comité européen des droits sociaux d'affirmer que l'effectivité du droit à l'accès aux soins de santé suppose plusieurs exigences¹²⁶. D'abord, la prise en charge des soins de santé doit être en tout ou en partie collective¹²⁷; ensuite, le coût des soins ne doit pas représenter une charge trop lourde pour les individus. A cette fin, des mesures visant à atténuer les effets de la participation financière des patients parmi les catégories défavorisées de la population doivent être prises¹²⁸; de même, les modes d'accès aux soins ne doivent pas entraîner des retards indus dans la fourniture des soins. La gestion des listes d'attente pour l'accès aux soins est examinée à la lumière des recommandations européennes¹²⁹. L'accès aux traitements doit notamment être fondé sur des critères transparents, convenus au niveau national, qui tiennent compte du risque de détérioration tant en termes cliniques qu'en termes de qualité de vie¹³⁰; enfin, quantitativement, les professionnels et équipements de santé doivent être en nombre suffisant¹³¹. De même, qualitativement, les conditions de séjour dans les hôpitaux, y compris les institutions psychiatriques, doivent être adéquates et garantir une vie conforme à la dignité humaine¹³².

125. Conclusions XVII-2 et 2005, Observation interprétative de l'article 11, §5.

126. Comité européen des droits sociaux, Digest de jurisprudence, décembre 2006, p. 95-96.

127. Conclusions I, p. 59, Observation interprétative de l'article 11; Conclusions XV-2, Addendum, Chypre, p. 26.

128. Conclusions XVII-2, Portugal, p. 704-707.

129. Recommandation n° R(99)21 du Comité des Ministres sur les critères de gestion des listes d'attente et des délais d'attente des soins de santé.

130. Conclusions XV-2, Royaume-Uni, p. 642-646.

131. Concernant les lits d'hôpitaux, le Comité se réfère à l'objectif fixé par l'OMS pour les pays en développement, à savoir trois lits pour 1000 habitants; Conclusions XV-2, Addendum, Turquie, p. 269. Il considère également que la densité très faible des lits d'hôpitaux parallèlement à l'existence de liste d'attente pourrait constituer un obstacle à l'accès aux soins de santé par le plus grand nombre; Conclusions XV-2, Danemark, p. 132-135.

132. Conclusions XVII-2 et 2005, Observation interprétative de l'article 11, §5; Conclusions 2005, Roumanie, p. 636-639.

En sorte, l'effectivité du droit énoncé à l'article 11 de la Charte sociale rejoint l'examen concret, à l'aide de critères précis, de l'efficacité des États à respecter leurs engagements et à assurer ce que Sen nomme «capabilité» ou liberté réelle. L'efficacité vient ici au secours de l'effectivité. Mais la liaison n'est pas pérenne et l'efficacité peut se dresser contre l'effectivité du droit, ce que démontre l'analyse économique.

L'efficacité au risque de l'effectivité

L'Europe, à la suite de l'Amérique du Nord, a vu se développer l'analyse économique du droit qui impose de «mesurer l'efficacité des règles de droit, principalement en termes de coûts»¹³³. Directement inspirée de l'école du *Law and Economics*, l'apport de l'analyse économique du droit réside dans le renouvellement de l'appareil scientifique critique mobilisé pour analyser les effets de la norme. La mesure de l'efficacité de la norme se fait grâce à une grille d'analyse permettant d'évaluer les conséquences pratiques et le coût économique résultant de l'application d'une réglementation. Elle répond ainsi à une triple finalité¹³⁴: critique (déterminer les effets inattendus d'une norme), prescriptive (indiquer les réformes qu'il conviendrait d'adopter dans un souci d'efficacité) et prédictive (annoncer la législation qui sera adoptée). Cette méthode est tout particulièrement utilisée en droit interne, les États restant maîtres de la détermination et de la conduite de leurs politiques de santé.

L'ambivalence des contraintes financières et économique sur l'effectivité du droit à la protection de la santé a été démontrée¹³⁵: la maîtrise des dépenses de santé est à la fois une garantie mais aussi une menace pour l'effectivité du droit. Garantie certaine, dans la mesure où la pérennité des systèmes de protection sociale fondés sur la solidarité est une des conditions de l'effectivité des droits sanitaires. Mais en même temps une contrainte ou une menace, dans la mesure où la conciliation entre les exigences sanitaires et les réalités économiques s'est souvent faite en faveur des secondes et au prix d'une restriction de l'accès aux soins. Car, comme le démontre T. Grundler¹³⁶, l'analyse économique a pris une place croissante dans ce secteur hautement consommateur de ressources financières, matérielles ou humaines. Les calculs éco-

133. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 4e éd, 1994, p. 84; B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Éd. Cujas, 2000; B. Oppetit, «Droit et économie», *APD*, 1992, 37, p. 17-26.

134. B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz 1999, p. 69.

135. T. Grundler, Thèse précit., pp. 324 et s.

136. T. Grundler, in CREDOF, précit., 2008.

nomiques sont devenus un outil d'aide à la décision (calculs coût/efficacité, QALY's¹³⁷...). La mise en relation du coût d'une action sanitaire avec son efficacité est destinée à rationaliser les choix nécessaires – dans une situation de ressources par hypothèse limitées – et cruciaux – dans un domaine touchant à la vie des individus -. Elle est utilisée en particulier dans la politique du médicament (avec les médicaments génériques ou les décisions de déremboursement par exemple).

Or, cette recherche de l'efficacité du système peut se faire au détriment de l'effectivité du droit individuel à la protection de la santé. Déremboursements, franchises et «tickets modérateurs» peuvent freiner l'accès aux soins¹³⁸. De plus, les priorités sanitaires établies sur la base d'outils économiques, si elles ont leur justification rationnelle, entraînent nécessairement des effets discriminatoires: car à choisir «quoi traiter», on en arrive à déterminer «qui traiter», et quels malades laisser hors des soins: le cas des «choix tragiques», formule qui désigne le dilemme né de l'affectation de ressources médicales quantitativement insuffisantes par rapport aux besoins¹³⁹ ou des maladies orphelines l'illustre de façon connue. Mais les contraintes économiques peuvent avoir d'autres conséquences encore sur les droits fondamentaux en matière de santé. Et notamment les droits dits «civils» ne sont pas épargnés¹⁴⁰. Il en va ainsi du droit au respect de la vie privée et à la confidentialité des données

137. Outil d'aide à la décision forgé en matière d'économie de la santé, le QALY (quality adjusted life year) prend la mesure de l'utilité d'une action sanitaire en associant la longévité gagnée à une dimension qualitative. L'approche par QALY a fondé différentes études sur des choix de santé publique, l'exemple classique concernant le traitement de l'insuffisance rénale par dialyse ou transplantation.

138. V. par ex. la récente décision du Conseil Constitutionnel français à propos de l'instauration de franchises médicales d'un montant de 50 euros (décision n° 2007-558 DC du 13 décembre 2007, Loi de financement de la sécurité sociale, cons. 7: «Considérant que le montant de la franchise et le niveau des plafonds devront être fixés de façon telle que ne soient pas remises en cause les exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946; que, dans ces conditions, le législateur n'a pas porté atteinte au droit à réparation des personnes victimes d'accidents du travail ou atteintes de maladies professionnelles»; v. également Décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004, Loi relative à l'assurance maladie, cons. 18).

139. V. la question éthique de l'affectation des ressources médicales posée en 1996, dans le cas du traitement du sida, par la pénurie temporaire de médicaments. Le Conseil national du Sida et le Comité consultatif national d'éthique (avis n° 48, 1996) avaient alors admis en dernier recours la distribution aléatoire de médicaments par tirage au sort, une fois les critères rationnels épuisés. S. Dalgalarondo et P. Urfalino, «Choix tragique, controverse et décision publique. Le cas du tirage au sort des malades du SIDA», *Revue française de sociologie*, 41-1, 2000, p. 119.

140. Ce qui conforte encore le caractère très relatif de l'opposition entre droits civils et politiques et droits économiques et sociaux.

médicales, que les nécessités des services de protection sociale peuvent rendre moins absolus. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi admis la possibilité d'une transmission d'informations à caractère médical aux services sociaux payeurs¹⁴¹. Le droit européen devient ainsi le cadre d'une rationalisation de la diffusion de l'information relative à l'état de santé plutôt que le sanctuaire du secret médical¹⁴².

Ces quelques exemples montrent que l'efficacité économique et l'effectivité des droits, de complémentaires peuvent devenir contradictoires. Une approche utilitariste peut conduire à faire primer la première sur les seconds. Mais, comme le rappelle François Rangeon, «que le droit lui-même abandonne ses propres valeurs et se réduise à un simple instrument de recherche d'efficacité serait une démission, et en tout cas un recul de l'État de droit. Réduire le droit à une technique utilitaire de gestion des rapports sociaux visant la seule efficacité, ce serait en faire un outil aux mains de n'importe quel pouvoir. Assimiler la démarche juridique à une démarche technologique cherchant à améliorer l'outil juridique, à le rendre plus performant, ce serait transformer le juriste en ingénieur social et oublier que le droit est aussi et peut-être avant tout un système de valeurs»¹⁴³. En ce sens, et pour lier économie et santé, les droits fondamentaux sont l'antidote: valeurs politiques venant rappeler que toute valeur n'est pas monétaire...

141. CEDH, MS c. Suède 27 août 1997, n° 74/1996/693/885, Rec. 1997-IV; Comp. avec la solution identique du Conseil Constitutionnel français à propos de la création d'un dossier médical partagé (Décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004, Loi relative à l'assurance maladie, cons. 5 et 8: il appartient au législateur «de concilier d'une part le droit au respect de la vie privée et d'autre part les exigences de valeur constitutionnelle qui s'attachent tant à la santé, qui implique la coordination des soins et la prévention des prescriptions inutiles ou dangereuses, qu'à l'équilibre financier de la sécurité sociale»).

142. V. notre article, «Protection sociale et droit au respect de la vie privée», in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la convention européenne*, Bruylant, 2005, pp. 231-277.

143. F. Rangeon, précit, p. 132.

X.

A IMPORTÂNCIA DO PARLASUL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA NO MERCOSUL

*Efson Batista Lima**
*Max Bandeira***

SUMÁRIO: 1. Introdução histórica – 2. O Mercosul e a linguagem dos direitos humanos – 3. Compromissos do Mercosul com os direitos humanos – 4. PARLASUL: um espaço para a política, a cidadania e os direitos humanos – 5. Os caminhos para o PARLASUL – 6. A difícil montagem do jogo de xadrez – 7. O esforço do PARLASUL para emanar decisões – 8. O processo eleitoral do PARLASUL no Brasil – um estímulo à cidadania mercosulina – 9. A perspectiva de defesa dos direitos humanos a partir do PARLASUL – 10. Os paradoxos do PARLASUL – Referências

1. INTRODUÇÃO HISTÓRICA

Os países integrantes do Cone Sul viveram cruéis ditaduras durante boa parte da segunda metade do século XX, no auge da Guerra Fria. Durante esse período, o discurso dos direitos humanos, em voga no mundo depois da Segunda Guerra Mundial, foi ofuscado por um véu de arbítrio estatal, que envolveu tortura, deportações, limitações a liberdades fundamentais, censura, suspensão do direito ao *habeas corpus* e de outras garantias contra os abusos de poder estatais.

No âmbito global, ganhou legitimidade nesse período a preocupação internacional com os direitos humanos, consignada nos pactos de 1966 e nos documentos internacionais que os sucederam. Na América Latina, contudo, prevalecia sobre esses direitos a “razão de Estado”, ideologicamente sustentada pela “ameaça comunista”.

Sob esse manto ideológico, escondiam-se razões econômicas e geopolíticas, que motivaram golpes de Estado entre as décadas de 1950 e 1970, exceto no Paraguai, onde esses governos já estavam instalados antes dessas décadas. Estes governos utilizaram diversas estratégias de coerção e violência institucional para impor seu domínio.

* Membro do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais – Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA. Membro do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (CEPEJ).

** Membro do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais – Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA. Membro do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (CEPEJ). Membro da ADVJr Consultoria Jurídica, empresa júnior da Faculdade de Direito da UFBA.

Instituições democráticas como os parlamentos, sindicatos, imprensa, organizações de classe, religiosas e universidades foram parcial ou totalmente fechadas, censuradas ou perseguidas. A suspeita em relação aos cidadãos individualmente e à sociedade civil como um todo caracterizava tais governos. Daí, as graves violações de direitos humanos e a atmosfera geral de medo e suspeita.

À medida que os ditadores reforçavam seu poder, discurso da justiça e dos direitos humanos se distanciava do Estado, tornando-se um monopólio da sociedade civil (Heringer e Pitanguy, 2001).

Durante as décadas de 1980 e 1990, operou-se nesses países, graças a alterações no cenário internacional e desgaste interno das ditaduras, um processo de redemocratização, por meio do qual foram reabertas as discussões acerca dos direitos humanos, criando-se o ambiente para a promulgação de constituições protetivas. Essas constituições, em regra, trouxeram um sem-número de direitos e garantias, substituindo, mais uma vez, a condição de súdito de um Estado absoluto pela de cidadão.

Foi esse também o momento de formação do Mercosul, que, a despeito de trazer à tona a avançada discussão sobre a integração econômica, não foi capaz de refletir, no nível internacional, a pauta da política interna dos países, onde sobressaia o renascimento da pessoa humana, por meio do reconhecimento de direitos.

Com isso, obviamente, não se quer dizer que a simples existência novas constituições, ainda que muito avançadas em matéria de direitos, é suficiente para que esses direitos sejam efetivamente respeitados. Há que reconhecer, contudo, que esses documentos estabelecem um patamar fundamental a partir do qual é possível avançar na elaboração de uma linguagem comum de direitos humanos.

Essa linguagem, contudo, não pautou as discussões iniciais do Mercosul. Pelo contrário, num primeiro momento, foi sobrepujada pelos interesses exclusivamente econômicos relativos à circulação do capital no mercado comum, de tal modo que o documento fundador do Mercosul, o Tratado de Assunção, não traz sequer uma referência a direitos humanos.

Atualmente, embora já se possa falar em consolidação das democracias nos países mercosulinos, esses países atravessam momentos difíceis, caracterizados pela deterioração dos serviços de bem estar oferecidos pelos governos, pelo crescimento das diferenças entre os ricos e pobres, distorções no mercado de trabalho e a degradação do meio ambiente.

Enquanto os governos, o setor comercial e as instituições financeiras internacionais têm dialogado e definido estratégias conjuntas em questões

relativas à integração econômica, o nexó crítico entre comércio e direitos tem sido negligenciado e os indivíduos e organizações envolvidas com a defesa dos direitos humanos têm sido frequentemente excluídos deste diálogo (Heringer e Pitanguy, 2001).

Os interesses de mercado movem-se pela lógica da maximização de lucros e oportunidades de cada país. Desse modo, não estão necessariamente comprometidos com as políticas de direitos humanos. Deixar que esses interesses monopolizem os espaços institucionais criados pelo Mercosul significa relegar a segundo plano a condição de pessoa humana dos habitantes desse bloco, aprofundando as agressões a direitos decorrentes dos efeitos perversos da desarticulação do Estado, especialmente graves no campo da saúde, educação, habitação e saneamento, assim como a tendência ao aumento do desemprego, que afetam, sobretudo aos setores mais vulneráveis.

Frente a tal quadro, é inaceitável dar continuidade ao processo de integração do modo como se encontra. É urgente a necessidade de elaboração de uma agenda de direitos humanos, que não seja simples consequência de pactos econômicos, mas sim que os anteceda e oriente. Esta agenda, que deve ter caráter supranacional, tem por objetivo estabelecer um patamar básico de direitos políticos, civis, ambientais, reprodutivos e sexuais, assim como mecanismos de proteção contra discriminações.

A nosso ver, a criação do Parlasul tem um importante papel na consolidação desse novo paradigma de integração regional. Esse órgão, e notadamente sua Comissão Interna de Direitos Humanos, tem a importante função de reacender os debates sobre esses direitos no âmbito do Mercosul, conferindo a eles o papel merecido na consolidação da cidadania no bloco regional.

Com o Parlasul, abre-se uma perspectiva de uniformização das legislações de direitos humanos, que terá um efeito prospectivo muito positivo e que, por sua vez, poderá se coadunar ao efeito repressivo de agressões a direitos humanos que hoje exercem a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2. O MERCOSUL E A LINGUAGEM DOS DIREITOS HUMANOS

Conforme afirmado acima, as ditaduras do Cone Sul eclipsaram os debates acerca dos direitos humanos, restando monopolizados pelas organizações da sociedade civil os discursos da justiça e dos direitos humanos. Com a redemocratização e as já referidas alterações no cenário internacional, o discurso dos direitos humanos passou a integrar a chamada “linguagem contemporânea da legitimidade política” (Donnelly, 2002) e os Estados foram, inclusive por força das constituições promulgadas, obrigados a reintegrá-los a suas políticas.

As constituições de cada um dos países mercosulinos traz em primeiro plano uma diversidade de direitos fundamentais, priorizando a pessoa humana e subordinando as atividades econômicas ao respeito pelos direitos fundamentais do indivíduo e à consideração do interesse social. O mesmo se pode dizer do que tange aos documentos internacionais ratificados por esses países. Numa análise rápida, verificamos que, paulatinamente, vêm sendo incorporados aos documentos princípios que têm a democracia e os direitos humanos como parâmetro.

Comparando, porém, com a experiência da União Européia, ainda é bastante tímida a incorporação destes princípios no âmbito do Mercosul. Os direitos trabalhistas obtiveram os maiores avanços, com a assinatura da Carta Sócio-Laboral. Outras áreas, tais como a proteção ambiental, o direito do consumidor, a assistência judiciária e a cooperação e intercâmbio em matéria cultural e educacional também têm sido objeto de acordos específicos, apresentando, no entanto, resultados de menor alcance.

A despeito dessa consolidação da democracia, Paulo Sérgio Pinheiro e outros (1999) chamam a atenção para o fato de ainda haver, mesmo sob a égide de regime constitucional brasileiro, uma continuidade de práticas arbitrárias por agentes estatais. Isso quer dizer que apesar de atualmente os governos latino-americanos “falarem” sobre direitos humanos, a sua linguagem e a da sociedade civil e organizações não-governamentais frequentemente diferem. Infelizmente, o fato dos governos se manifestarem sobre questões de direitos humanos não significa necessariamente que estejam comprometidos com sua implementação.

Desse modo, constatamos a existência de uma lacuna entre a linguagem internacional de direitos humanos, a retórica governamental e a proteção concreta destes direitos. A dimensão desta lacuna está relacionada ao poder e à política e é resultado das tensões, lutas e alianças de numerosos atores nacionais e internacionais.

Contudo, mesmo ante a essa perplexidade, não podemos deixar de lado o otimismo e crença de que o aprofundamento das relações dentro do Mercosul levará os países-membros a buscarem soluções em conjunto, por meio da equalização de dispositivos jurídicos internos (além de acordos entre si) para dar continuidade ao processo de integração, agora no âmbito dos direitos fundamentais.

Não se tem dúvida de que esse não será um processo fácil, que além dos condicionamentos particulares de cada Estado e dos interesses dos grandes grupos econômicos, também deverá ir de encontro aos novos desafios impostos pelo impacto da globalização econômica no âmbito da proteção jurídica

da dignidade humana. Destacam-se neste contexto o neoliberalismo, a abertura dos mercados, a flexibilização dos direitos sociais e ambientais, a privatização e a redução dos gastos públicos. A própria desigualdade interna do Mercosul em relação à situação econômica dos países, com ampla supremacia por parte do Brasil e Argentina, apresenta-se como uma limitação à plena realização dos direitos humanos na região.

A estas dificuldades estruturais na implementação dos direitos humanos podemos agregar também a presença ainda ostensiva das forças militares na política de alguns países da região, a ação pouco controlada das empresas multinacionais, além da corrupção e impunidade que perpassam as estruturas de poder em nossas sociedades, diminuindo a credibilidade e a legitimidade dos aparatos jurídicos e políticos de cada Estado e dificultando o estabelecimento de políticas e procedimentos de gestão universais.

Apesar de todas as dificuldades que vêm se avolumando com o desmonte do Estado, constata-se que cada país tem se comprometido isoladamente com o tema dos direitos humanos. Mesmo que problemas como miséria, desigualdade social, discriminações, dentre outros, continuem presentes nesses países, reforçando o seu elevado grau de heterogeneidade, tanto do ponto de vista do crescimento econômico das últimas décadas quanto das condições de vida de suas populações, não se pode dizer que os Estados nada têm produzido. Ainda que estejamos no auge de um momento de flexibilização jurídica, têm sido verificadas iniciativas positivas relativas à problemática dos direitos humanos, sobretudo dos chamados direitos de terceira dimensão ou de titularidade coletiva.

Por isso, chama-se agora atenção para a necessidade de desenvolvimento de uma identidade cidadã comum aos países do cone sul, norteada por um conjunto de direitos e responsabilidades individuais e coletivas, por compromissos governamentais e mecanismos de avaliação e acompanhamento, forneceria os alicerces nos quais assentar-se-ia um verdadeiro processo de integração econômica e cultural, que, tal como vem ocorrendo na comunidade europeia, ultrapassasse o horizonte estreito de tarifas aduaneiras e funcionasse como um vetor de fortalecimento destes países frente aos efeitos da globalização.

É necessário construir uma agenda de direitos humanos, que não venha a reboque dos acordos comerciais, mas que, pelo contrário, paute-os, estabelecendo oportunidades e balizas para sua atuação. Desse modo, poderemos garantir um desenvolvimento equilibrado das expectativas econômicas e humanas.

De acordo com Deisy Ventura e Marcos Rolim (2005, p. 22),

O MERCOSUL é uma promessa importante demais para que seja entregue aos humores do mercado e às idiosincrasias políticas nacionais. As aspirações

por mais civilização devem ganhar força em seu interior, projetando, desde logo, um perfil de paz, justiça e respeito às diferenças em toda a região. Para que este objetivo seja alcançado, os Direitos Humanos não devem ser tratados como uma questão entre outras, nem, tampouco, como uma lembrança recorrente destinada a apaziguar as consciências “politicamente corretas” ou a ornamentar os relatórios diplomáticos. Para nós, a plataforma contemporânea dos Direitos Humanos deve ser concebida como o paradigma ético por excelência, a ambientar as discussões temáticas mais importantes do MERCOSUL e a orientar a própria integração regional.

Por outro lado, não podemos perder de vista a integração jurídica entre os países. Para começo de análise, já constatamos que, por existirem convergências entre as constituições dos países do Mercosul e pelo fato de terem assinado esses países os principais tratados e convenções internacionais de direitos humanos, pode-se dizer que há um ponto de partida relevante para a construção dessa agenda comum de direitos humanos.

O Parlasul, conforme já se afirmou, tem um dos mais importantes papéis nesse teatro, em que convergem interesses econômicos e interesses dos cidadãos mercosulinos. O mais importante agora é consolidar a premissa segundo a qual esses cidadãos também são sujeitos deste processo de integração regional e global, merecendo mais do que “apenas” ter a proteção a seus direitos fortalecida ou ampliada. Eles devem ser representados e ouvidos nos organismos parlamentares e judiciários internacionais.

Nesse sentido, a despeito de ainda haver muitas questões a colocar, parece certa a premissa de que os cidadãos devem participar de todas as discussões e tomadas de decisões no âmbito do bloco econômico, devendo a proteção a seus interesses e direitos ser colocada em primeiro plano em toda e qualquer discussão. Não são incompatíveis, a priori, o exercício da atividade econômica e os direitos fundamentais, mas, em caso de conflito entre ambos, devem sempre prevalecer os direitos da pessoa humana.

3. COMPROMISSOS DO MERCOSUL COM OS DIREITOS HUMANOS

Não obstante a história dos países integrantes do Mercosul esteja repleta de arbitrariedades estatais contrárias a direitos humanos, conforme já expusemos, esses países vêm se comprometendo, ainda que timidamente, com uma agenda de direitos humanos própria do bloco. Nos âmbitos das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos, o nível de comprometimento com tratados internacionais protetivos de direitos já se encontra num nível bem mais avançado, conforme mostra o quadro a seguir. (Proner, 2006, p. 15).

Embora o número de compromissos internacionais ratificados pelos países mercosulinos chame a atenção, não é correto afirmar que não existe nesses

países violações aos direitos elencados em tais documentos. Por isso, Cátia Cristina de Oliveira Bethonico (2007) adverte-nos para o fato de que há uma diferença entre o compromisso assumido e a efetiva proteção dos direitos humanos: há grandes disparidades sociais em se tratando da distribuição da renda, por exemplo. O Brasil possui sérios problemas sociais em decorrência da desigual distribuição de renda: a maioria são pobres, que ganham muito pouco para manter um mínimo de sobrevivência, enquanto poucos possuem grandes fortunas.

No âmbito do Mercosul, contudo, a construção de uma agenda comum para a garantia e a efetividade de direitos ainda está engatinhando. Graças à já ênfase dada no aspecto econômico, não houve produção, em relação aos direitos humanos, de compromissos que vinculassem seus membros, embora haja um entendimento de que sem uma justiça social e um engajamento das populações dos países membros no processo de integração, este não atingirá os objetivos propostos pelo Tratado de Assunção.

Especialistas há que entendem que não se trata de criar novas normas e órgãos em matéria de direitos humanos, no âmbito do Mercosul, e sim operacionalizar o que já existe (Rolim e Ventura, 2005). Essa, no entanto, não é nossa posição. Com base no exemplo do direito comunitário europeu, trazido por Proner (2006), inferimos que a força desse direito está justamente na superioridade hierárquica, na supranacionalidade e na existência de instituições próprias regulando e produzindo o direito comunitário. As decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos podem reformar as normas internas dos Estados quando incompatíveis com a Convenção Europeia de Direitos Humanos. A força obrigatória da legislação unificada do Mercosul, conferiria ao bloco a uniformização dos direitos humanos e um reforço supranacional a garantir seu cumprimento.

Atualmente existem, de acordo com Carol Proner (2006, p. 13), dois foros do Mercosul designados para tratar do tema direitos humanos: o Foro de Consulta e Concertação Política do Mercosul, formado por diplomatas designados para preparar as decisões do Conselho sobre temas não comerciais, e a Comissão Técnica da Reunião dos Ministros de Justiça), constituída por especialistas indicados pelo Ministério da Justiça de cada Estado. As decisões dos foros não têm força cogente e são submetidas ao Conselho do Mercado Comum. Existe também um Grupo *Ad Hoc* de Direitos Humanos, composto por diplomatas e responsável pela interlocução com o sistema das Nações Unidas e com o sistema interamericano.

Além disso, há três documentos referentes a democracia e direitos humanos, os quais demonstram a ainda incipiente vocação do Mercosul para,

enquanto bloco, proteger os direitos humanos. São eles: A Declaração sobre o compromisso democrático do Mercosul (1996), a Declaração Sociolaboral do Mercosul (1998) e o Protocolo de Ushuaia (1998).

A primeira representa o compromisso dos países membros de consultarem-se e de aplicarem medidas punitivas, dentro do espaço normativo do bloco, em caso de ruptura ou ameaça de ruptura da ordem democrática em algum Estado-membro. Os presidentes assinaram também uma declaração sobre o diálogo político, estabelecendo um mecanismo de consulta e de concertação política mútua.

A Declaração Sociolaboral do Mercosul (também chamada de Carta Sociolaboral), por seu turno, foi produto da cooperação entre as organizações sindicais e os governos. De acordo com Proner (2006, pp. 13-14), surtiu algum efeito como esforço comum no bloco e como declaração de intenções, embora pouco conhecida e sem força vinculante.

A Declaração, firmada em 1998, estabelece a garantia de direitos individuais, o princípio da não discriminação do trabalhador e o princípio da igualdade de tratamento e de oportunidades; define a proteção aos trabalhadores migrantes e fronteiriços; prevê a eliminação do trabalho forçado e a abolição de toda utilização de mão-de-obra que propicie, autorize ou tolere o trabalho forçado; proíbe o trabalho infantil e de menores; estabelece o direito dos empregadores, a liberdade de associação e a liberdade sindical; regula a negociação coletiva, o direito de greve e a composição dos conflitos por meios preventivos e alternativos; prevê o fomento ao diálogo social e ao emprego; garante a proteção aos desempregados; prevê a formação e desenvolvimento de recursos humanos, a saúde e segurança no trabalho, a inspeção do trabalho e a seguridade social.

A Carta ainda define o compromisso dos Estados em se reunirem ao menos uma vez ao ano para analisar as memórias oferecidas pelos Estados Partes e preparar o relatório a ser levado ao Grupo Mercado Comum. A cada ano, por intermédio de seus Ministérios do Trabalho e em consulta às organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, devem ser entregues memórias contendo o relato das alterações ocorridas na legislação ou na prática nacional relacionadas à implementação dos enunciados da Declaração e o relato dos avanços realizados na promoção da Declaração e das dificuldades enfrentadas em sua aplicação.

A importância da Declaração Sociolaboral do Mercosul, para Bethonico (2007), reside no fato de que foi por meio desse documento que os membros do Mercosul declararam a disposição de promover, conforme o Tratado de

Assunção, a modernização de suas economias para ampliar a oferta de bens e serviços disponíveis, que em consequência, permite a melhoria das condições de vida de seus habitantes. Esses países são membros da Organização Internacional do Trabalho, e ratificaram as principais convenções que garantem os direitos essenciais dos trabalhadores, bem como comprometeram-se com os princípios da democracia política, do Estado de Direito e do respeito irrestrito aos direitos civis e políticos da pessoa humana, que constituem base irrenunciável do projeto de integração.

Para proporcionar uma vida digna a seus cidadãos, os membros concordaram que “todo trabalhador tem garantida a igualdade efetiva de direitos, tratamento e oportunidades no emprego e ocupação, sem distinção ou exclusão por motivo de raça, origem nacional, cor, sexo ou orientação sexual, idade, credo, opinião política ou sindical, ideologia, posição econômica ou qualquer outra condição social ou familiar”, além de garantir que “toda pessoa tem direito ao trabalho livre e a exercer qualquer ofício ou profissão”.

Por fim, destaquemos o Protocolo de Ushuaia, por meio do qual os países do Mercosul, incluindo Bolívia e Chile, reconheceram que a vigência das instituições democráticas é condição indispensável para a existência e o desenvolvimento dos processos de integração e que toda alteração da ordem democrática constitui um obstáculo inaceitável para a continuidade do processo de integração regional. Por meio desse protocolo, reafirmaram-se os valores da Declaração sobre o compromisso democrático do Mercosul.

Em caso de ruptura ou ameaça de ruptura do regime democrático, os países membros poderão reunir-se para promover as consultas pertinentes entre si e com o Estado afetado. Se tais consultas resultarem infrutíferas, os demais membros, no âmbito específico dos Acordos de Integração vigentes entre eles, deverão considerar a natureza e o alcance das medidas a serem aplicadas, levando em conta a gravidade da situação existente. As medidas que podem ser aplicadas podem ser a suspensão do direito de participação nos diferentes órgãos dos respectivos processos de integração até a suspensão dos direitos e obrigações resultantes destes processos.

A Venezuela foi o único país a não ratificar o referido Protocolo de Ushuaia, o que, de acordo com Bethonico (2007, p. 10), é preocupante, porquanto

este é o único instrumento que defende a democracia como sendo instrumento fundamental não somente para o processo de integração entre os países, mas também para a disseminação, a proteção e efetivação dos direitos humanos. Sem democracia, não há garantia de proteção de vários direitos, como os fundamentais, os civis e políticos. Nos últimos anos o mundo viu diversas

manifestações contra os direitos humanos por parte do governo venezuelano, encabeçado pelo presidente Hugo Chavez, responsável pela deterioração paulatina do Estado de direito na Venezuela. Dentre as mais famosas violações, está o fechamento de um canal de televisão opositorista ao governo, o canal RCTV, que afronta a liberdade de imprensa.

A tradição de governos autoritários ainda é uma ameaça que precisa ser controlada também por meio do compromisso com a manutenção das instituições democráticas. O Mercosul precisa atuar e dar resposta aos crimes do passado, precisa dar resposta aos crimes cometidos pelos regimes ditatoriais e soluções ao tema dos desaparecidos (Proner, 2006). Daí, a importância do compromisso com a não ruptura da ordem democrática, bem assim com o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais na vigência democrática das instituições.

Embora ainda tenha *status* incipiente e ainda com exigibilidade baixa, já se percebe uma mobilização dos países do Mercosul no sentido de proteger os direitos da pessoa humana, tanto os de primeira dimensão quanto os de segunda dimensão, bem como a manifestada intenção de proteger ao governo democrático contra eventuais ameaças.

Entendemos, contudo, que não estará completo o sistema mercosulino de direitos humanos, enquanto não se consolidar um sistema próprio de supranacionalidade, um tribunal de direitos humanos para investigar e punir violações de direitos, à semelhança do que existe no sistema europeu, conforme expusemos acima.

É que muito embora o sistema interamericano de proteção de direitos humanos tenha se desenvolvido bastante e conte com participação dos países integrantes do Mercosul, sua concepção é centrada principalmente em direitos fundamentais negativos, aqueles em que se exige uma abstenção do Estado. Ficam excluídos dessa concepção os direitos decorrentes da concepção ampla de desenvolvimento, indissociável da democracia e direitos de liberdade (Donelly, 2002).

Deve-se buscar, com um sistema supranacional de proteção dos direitos humanos no âmbito do Mercosul, muito mais do que afastar a interferência do Estado danosa a direitos fundamentais na vida dos cidadãos mercosulinos, mas especialmente promover a atuação do Estado relativa a esses direitos. Queremos com isso dizer que esse sistema deve estar pautado na atuação positiva do Estado, no sentido de garantir os direitos relativos ao trabalho, já reconhecidos na Declaração Sociolaboral, bem como nos direitos ambientais, reprodutivos e sexuais, proteção contra todas as formas de discriminação, à saúde, à educação, à habitação, que ainda estão carentes de reconhecimento expresso no âmbito do Mercosul.

Desse modo, não será redundante o sistema transnacional de proteção dos direitos humanos mercosulino, do modo como o visualizamos, porquanto atuará principalmente na promoção dos direitos conexos à concepção de desenvolvimento adotada pelo bloco.

Por fim, destaquemos a importância do Parlasul na transformação do Mercosul em um bloco de direitos humanos.

De acordo com Ingrid Sarti (2009), o Parlamento do Mercosul é mais um passo rumo à uma nova institucionalidade que busca aprofundar a representação e a participação dos povos do bloco, para além de seu caráter comercial. É o resultado de um amplo debate que aponta a necessidade de um órgão supranacional de mediação entre as orientações políticas de desenvolvimento da região.

O Parlasul é o lugar, por excelência, destinado a solucionar conflitos de interesses e proteger as assimetrias regionais, bem como instrumento para fortalecer a democracia na região mediante a inclusão das demandas políticas, sociais e culturais de integração que permaneceram à margem do processo integracionista (Sarti, 2009, p. 9).

Por isso, trata-se de um passo importante para a democratização do espaço mercosulino, atuando tanto no sentido de reafirmar a existência de uma cidadania transnacional para além dos acordos econômicos do Mercosul, quanto na propagação de uma legislação mais protetiva dos direitos humanos no âmbito desse bloco, apta inclusive a ensejar a criação de um tribunal supranacional para a garantia desses direitos, tal como defendemos acima.

4. PARLASUL: UM ESPAÇO PARA A POLÍTICA, A CIDADANIA E OS DIREITOS HUMANOS

Desde a origem do Mercosul, observava-se que para se chegar a uma proposta real de formação do Mercado Comum do Sul, vários caminhos precisavam ser trilhados e para esta empreitada, certamente, sem uma integração política entre os países membros e a participação dos cidadãos, a tarefa não seria fácil. Depois de alguns anos de experiência do Mercosul, muitos objetivos não passaram de mera expectativa para os Estados Partes. E não diferentemente, para os indivíduos que os pertencem.

Mesmo assim, ao observar os documentos de origem do bloco, o processo histórico que estes países vivenciaram em sua recente fase e a perspectiva democrática que orienta as ações políticas dos governos locais para a efetivação do Mercosul já apresentava uma clara sinalização para a participação popular. E não diferente para os legisladores nacionais na perspectiva de afirmação da cidadania mercosulina.

Percebe-se que diante dos objetivos do bloco sem uma forte atuação e apoio dos legislativos nacionais, sobretudo, quando o assunto choca com a soberania ou o Estado mercosulino precisa aceitar as decisões coletivas tomadas por outros países e onde nem sempre, o “ganhar” se estabelece como marca constante para os governos nacionais. Arrota-se então uma complicada engenharia política dentro do próprio país. Para os estadistas que acreditam na perspectiva integracionista, A saída encontrada é o apoio popular e um órgão para legitimar as ações do Mercosul.

As dificuldades para a integração não são limitadas, soma-se ainda a discrepância entre os membros do Mercosul, toma-se aqui como exemplo o “gigantismo” do Brasil se comparado aos demais componentes do grupo. Ilustra também o cenário, a parca economia paraguaia. paraguaia. Como fazer representar a pujança da economia e a população de um país sem ameaçar a soberania e qual maneira adotar para superar as desconfianças? Não parece ser uma resposta fácil.

Outro elemento que dificulta a participação social é o tardio processo de democratização das republicas que pertencem ao bloco, até recentemente elas estavam subordinadas aos regimes ditatoriais. Elemento que prejudica o envolvimento popular. Mantém assim, o cidadão à margem de todo e qualquer processo político no continente.

Mesmo com este cenário, alguns esforços são vistos para permitir a participação dos cidadãos nas decisões do Mercosul, não conferido apenas ao bloco uma relação intergovernamental. Hoje, percebemos uma grande demanda da sociedade civil para fazer parte das discussões. Algumas Organizações Não-Governamentais participam ou acompanham sobremaneira dos fatos que pertencem ao seu conjunto de ações. Não obstante, muitas vezes se solidarizam para atingir os objetivos.

As possibilidades para uma postura supranacional do Mercosul passam pela consolidação do Parlasul e ao atendimento das diretrizes constitutivas do bloco.

A colocação das idéias pelos candidatos ao Parlasul nas eleições representa a abertura de diálogo com os cidadãos. O sufrágio Universal representará um marco no processo democrático do continente sul americano.

Este Parecer não pode ser finalizado sem que se registre a importância do processo de construção de um Parlamento do Mercosul apto a conduzir democraticamente o grande e permanente diálogo a ser levado adiante pela população do conjunto de nações que se aproximam para se lançarem a um futuro melhor. A eleição direta dos parlamentares do Mercosul será um acontecimento relevante da história do Brasil e da América do Sul, do qual podemos e devemos participar com orgulho. (ROSINHA, 2009).

5. OS CAMINHOS PARA O PARLASUL

Desde a criação do Mercosul, o Tratado de Assunção de 1991, previu para funcionar na estrutura do bloco a Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul (CPC). Esta Comissão objetivava acelerar o processo integracionista do bloco em direção ao Mercado Comum e permitir uma participação dos legislativos nacionais no destino do Mercosul. Este Tratado ofereceu à CPC a incumbência de facilitar a internalização do Mercado Comum nos ordenamentos dos Estados Partes através de ações nos parlamentos nacionais e a necessidade de harmonização das legislações a facilitar o processo de integração.

A função da Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul ficou melhor definida com o Protocolo de Ouro Preto (POP) em 1997, no Brasil. O Protocolo estabeleceu a partir dos artigos 22 ao 27, os seguintes pontos que acumulados com a realidade atual permitem inferir que a CPC é o órgão representativo dos parlamentos nacionais dos Estados Partes. A Comissão é integrada por igual número de parlamentares dos Estados nacionais (mesmo havendo algumas eleições diretas em alguns países, o número proporcional de parlamentares em relação à população não alterou a quantidade). Ainda parte desta representação parlamentar, não foi eleita diretamente pelos eleitores nacionais, logo, alguns parlamentos nacionais continuam a indicar seus representantes.

Percebe-se na leitura dos referidos artigos, a idéia de um parlamento unicameral e a principal missão é, conforme expressou o artigo 25 do POP, acelerar os procedimentos internos correspondentes aos Estados Partes para a pronta entrada em vigor das normas emanadas dos órgãos do Mercosul e a harmonização das legislações nacionais.

A elaboração de um ordenamento jurídico comunitário precisa buscar a sua legitimidade política direta em um foro tipicamente democrático, qual seja, um Parlamento em que o exercício da cidadania possa ser ampliado do Estado nacional para o âmbito regional. A criação do Parlasul possibilita a discussão de questões relacionadas ao processo de integração de forma mais democrática, incluindo a participação de representantes de diversas etnias, ideologias, classes e regiões. Ademais, de acordo com a participação desses parlamentares, entende-se que o processo de elaboração de normas será mais legítimo, diferentemente do atual sistema de decisões pelos órgãos do Mercosul. (RIBEIRO, 2008).

Observamos que a implantação da CPC deu-se ainda com a II Reunião Parlamentar do Mercosul, realizada em Buenos Aires, em 1991. Nesta reunião, foi manifestado, interesse de criar um Parlamento. Estávamos diante de uma outra perspectiva para o Mercosul – a política. Abria-se um caminho para a representação das diferentes correntes ideológicas do bloco, voltava-se para uma maior inserção da sociedade civil nas decisões do Mercosul, além de comportar a diversidade cultural deste grande território.

Várias disposições emanadas da CPC que ajudariam à efetivação do Parlasul decorreram, entre elas, destaca-se a de nº. 14/99, esta Disposição, sugere os estudos e trabalhos necessários para a institucionalização do parlamento.

Na XVI Reunião Plenária da CPC, a seção argentina, apresentou cronograma para o aperfeiçoamento do “embrionário Parlasul” e dividiu em três etapas o processo de construção. Estas etapas denominadas de “vontade política”, “mecanismos de transição” e criação de um órgão supranacional. Na “vontade política”, um grupo *ad hoc*, a partir da intergovernamentalidade, definiu os caminhos para o Parlasul; na fase de “mecanismos de transição”, constituída por técnicos que estudaram simultaneamente com o momento da vontade política um projeto para a integração. O mesmo esboço foi apresentado ao Conselho do Mercado Comum. E por fim, cominou, na fase de órgão supranacional – o Parlasul.

Os grupos de parlamentares de cada Estado Nacional deveriam realizar discussões com vistas a permitir o entendimento político sobre a possibilidade de criação de um órgão “supranacional parlamentar”. Estas seções nacionais observariam a viabilidade de financiar uma campanha de divulgação para informar a população desses países sobre a criação de um órgão que representasse os povos envolvidos no processo de integração regional.

Momentos outros foram facilitados para a consolidação da proposta dos argentinos de criação do Parlasul e na Reunião da Mesa Executiva da CPC em Montevideu em 2003 foi apresentado o Projeto de Acordo Interinstitucional para a instauração da primeira fase do Parlasul. Na XXVII Reunião do Conselho do Mercado Comum, este órgão investiu à CPC da atribuição de realizar as ações necessárias à instalação do Parlamento até 31 de dezembro de 2006 e apresentar projeto de protocolo. Observa-se pela primeira vez uma data definitiva para a instalação do Parlasul.

E em dezembro de 2005, o texto do Protocolo Constitutivo do Parlasul é aprovado pelo Conselho do Mercado Comum. A possibilidade de integração política do Mercosul deixa de ser uma proposta e marca definitivamente um novo cenário na política externa dos países envolvidos. Parece que o sonho de Simon Bolívar de integração política entre os povos sul-americanos deixou de ser um discurso e se adequa a nova fase de institucionalismo.

A criação do Parlasul representou uma guinada na integração regional. O Mercosul encontrava-se desgastado, mas as determinações dos recentes presidentes argentino e brasileiro contribuíram para acender a chama da integração novamente e desta vez, com a inserção da política.

A criação do Parlamento do Mercosul, em 06 dezembro 2006, representou uma guinada no processo de estagnação pelo qual passava o bloco desde o final da década de noventa, quando a max -desvalorização do real e a crise

Argentina abalaram a confiança nos compromissos assumidos no Tratado de Assunção em 1991. Neste momento, as perspectivas tão desoladoras que um retrocesso ao status de Mercado Comum ou uma simples União Aduaneira passou a ser considerado como possibilidade real. (GOULART, 2008)

Em Brasília, dezembro de 2006 ocorre à sessão solene de constituição do Parlasul. Mas foi em Montevidéu, 07 de maio de 2007 que a sessão inaugural do Parlasul foi concretizada e terminava a fase de especulação. Deixa-se a fase de constituição e adentra em uma fase difícil da integração – balancear os interesses. Nenhum Estado deseja conceder parcela de sua soberania de legislar e o Parlasul precisa encontrar um meio termo para que suas decisões não necessariamente passem pelo Conselho do Mercado Comum, caso contrário, os mercosulinos estarão diante de um órgão que dificultará a integração econômica e política do Mercosul.

A Segunda sessão realizada em 25 de junho de 2007 discutiu temas importantes para todo o cenário da América do Sul, entre eles, destacam-se quanto ao domínio das Ilhas Malvinas pela Inglaterra, a não renovação da concessão de canal de televisão à RCTV pelo governo venezuelano de Hugo Chaves e a problemática das assimetrias legislativas dos Estados Partes.

6. A DIFÍCIL MONTAGEM DO JOGO DE XADREZ

A denominação para indicar o parlamentar do Mercosul foi estabelecida no Regimento do Parlasul, aprovado na Disposição 06/2007. O edil será chamado de Parlamentar do Mercosul na versão portuguesa e a nomenclatura dos membros do Parlamento do Mercosul em espanhol será de Parlamentarios ou Parlamentarias del Mercosur e Mercosur Parlamento-gua, em guarani. Estas denominações foram previstas a indicar o coletivo de cada Estado membro.

Na primeira fase do Parlasul, os países deveriam ser representados por 18 parlamentares cada, escolhidos pelos parlamentos nacionais indiretamente. Em seguida, cada membro, deveria convocar eleições diretas para a escolha dos seus Parlamentares no Mercosul. A escolha dos parlamentares por cada Estado membro de forma direta representa um salto qualitativo, conforme se observa no Relatório apresentado à Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados no Brasil.

Em primeiro lugar, o conjunto dos países que compõem o Mercosul decidiram preestabelecer o momento em que se daria um salto qualitativo no processo de composição da instituição em que a convergência de nossas nações – e dos vários espaços que conformam cada uma delas – mais integralmente se fará representar, que é justamente a instituição parlamentar. Esse salto aconteceria justamente com a escolha dos Parlamentares do Mercosul diretamente pela população mercosulina. (ZARATTINI, 2009).

Contudo, no Brasil, nesse momento não existe previsão legal para a escolha de Parlamentares do Mercosul. O Projeto de Lei que tratava do assunto no Congresso Nacional e que definiria o processo eleitoral no País foi retirado, não existindo agora, a possibilidade de eleição para o Parlasul em 2010. Diferentemente do Brasil, o Paraguai já escolheu sua representação para o Parlamento. A bancada paraguaia será formada por 18 parlamentares.

Diante das dificuldades encontradas para a segunda fase do Parlasul, nem todos os Estados serão representados por parlamentares escolhidos por cidadãos com a finalidade de representá-los em um organismo supranacional. Nessa etapa, todos os parlamentares seriam escolhidos por sufrágio, direto, universal e secreto, conforme assinala o artigo 7º do Regimento Interno do Parlamento do Mercosul.

Os Estados Partes serão representados no Parlasul através da proporcionalidade populacional, contudo, não totalizada por completo para Brasil e Argentina nesse primeiro momento. Na primeira fase, o Brasil escolheria diretamente entre seus cidadãos trinta e sete Parlamentares do Mercosul e a Argentina vinte e seis parlamentares. Em 2014, o Brasil completaria totalmente o ciclo escolhendo os seus setenta e cinco parlamentares e Argentina quarenta e três em 2015. O Uruguai escolherá os dezoito parlamentares em 2011.

A quantidade de parlamentares para representar cada Estado membro, sem dúvida alguma, é um dos maiores problemas para o Parlasul. Existe uma enorme diferença entre os países membros. O Brasil, por exemplo, possui mais de 190 milhões de habitantes, enquanto o Paraguai possui uma população ínfima se comparada à brasileira. Logo, o Brasil, teria mais da metade dos parlamentares no Parlamento, por outro lado, abrir mão dessa proporcionalidade, é permitir ficar refém da política dos outros Estados Partes. Então, buscou-se este meio termo quantitativo-representativo.

Os Parlamentares do Mercosul gozarão de uma significativa imunidade, entre os Estados Partes. Estes mercosulinos não estão sujeitos a mandato imperativo e são orientados a atuarem com plena independência no exercício de suas funções.

Os Parlamentares não podem ser julgados, civil ou penalmente, no território dos Estados Partes do Mercosul, em nenhum momento, nem durante nem após seus mandatos, pelas opiniões e votos emitidos no exercício de suas funções. Uma marca da recente democratização do continente que não pode ser confundida com impunidade, sobretudo, quando associada às questões políticas.

O Parlamentar terá deslocamento assegurado entre os Estados- Partes no exercício de suas funções e não podendo ser limitados por restrições legais ou administrativas.

E quem faz uso deste instituto, precisa saber que está representando todo um povo que deposita no parlamentar os sonhos de superar o legado marcado pela agressão à liberdade e os direitos humanos.

A sede do Parlamento do Mercosul é em Montevidé no Uruguai e os Estados Partes precisam providenciar representação física em cada território parte. Esta deliberação de constituir uma sub – sede para as bancadas de cada nação, é uma tentativa de não afastar o Parlamento dos anseios da sociedade civil.

7. O ESFORÇO DO PARLASUL PARA EMANAR DECISÕES

Para fazer funcionar toda a estrutura legislativa e supranacional, o Regimento do Parlasul traça importantes linhas que não podem ser desprezadas. E a maneira deste legislativo se relacionar com os demais órgãos do Mercosul e com as Casas Legislativas dos Estados Partes.

No primeiro momento, o Parlasul precisa reconhecer que é um órgão dentro da estrutura do Mercosul e mais tarde, precisa tornar-se um espaço de deliberações com capacidade de obrigar a execução e evitar ao máximo, a ingerência do Conselho do Mercosul. Precisa receber a plena legitimidade dos seus representados e atuar na defesa da democracia, direitos humanos e na integração dos povos. Tudo isto, equacionado com a balança dos interesses nacionais.

Entre as proficuas missões do Parlasul, estão às emissões de pareceres sobre os projetos de norma, apresentação de anteprojetos que visam à harmonização de legislações nacionais, a promoção das audiências públicas, receber petições de particulares, aprovar o orçamento do Parlasul e elaborar relatório sobre a situação dos Direitos Humanos.

Os institutos documentais e ações que facilitarão o desempenho do parlamento mercosulino, encontram-se no Capítulo Oito do Regimento do Parlasul. Sendo assim, o Parlamento do Mercosul aturará deliberando através de pareceres, projetos de normas, anteprojetos de normas, declarações, recomendações, relatórios e disposições.

Os Pareceres são as opiniões emitidas pelo Parlamento sobre projetos de normas que serão editados pelo Conselho do Mercado Comum e antes da aprovação por este órgão, serão submetidas ao Parlasul e depois, seguirão aos legislativos dos Estados Partes para receber a atenção devida.

Entende-se como Projeto de Norma do Mercosul a proposição normativa apresentada por parlamentar mercosulino para apreciação do Conselho do Mercado Comum. Entre as ressalvas para projeto de norma, é que ele não poderá tratar de matéria contrária à integração regional e sempre de um tema específico.

Os Anteprojetos de norma são as proposições recomendativas aos Parla-mentos Nacionais cujo objetivo é a harmonização das legislações dos Estados Partes.

As Declarações são as opiniões do Parlasul sobre qualquer assunto de interesse público. E as Recomendações serão as indicações gerais dirigidas aos órgãos decisórios do Mercosul. E a organização interna do Parlamento receberá regulamentação através das Disposições.

Faz-se mister destacar, os Relatórios que serão emitidos pelo Parlasul e que versarão sobre temáticas diferenciadas e específicas. Abre-se nesse sentido um significativo diapasão que permitirá o cruzamento dos dados de diferentes Estados Partes.

O relatório contribuirá para a troca de informações e a possibilidade dos parlamentares mercosulinos fazerem pressão política, sobretudo, nas questões tocantes aos direitos humanos e na construção da efetiva democracia no Cone Sul. E no Regimento, a Comissão de Direitos Humanos recebeu especial atenção quanto à obrigatoriedade de anualmente, para a consideração do Plenário, fazer Relatório sobre a temática dos Direitos Humanos no Mercosul.

Quanto ao quórum, exige-se para o início de cada sessão do Parlamento é de um terço dos membros e a presença de todos os Estados Partes. As sessões serão públicas, exceto aquelas, quando requererem o sigilo, contudo, o pedido deverá ter aprovação da maioria dos parlamentares presentes.

As decisões do Parlamento exigirá um quórum específico para cada ato. Os órgãos colegiados do Parlamento: o Plenário, as Comissões e a Mesa Diretora adotarão suas decisões por maioria simples, absoluta, especial ou qualificada. Para a maioria simples se requerirá o voto de mais da metade dos Parlamentares presentes, é o caso por exemplo, de relatórios, declarações e recomendações.

Compreende-se como maioria absoluta os votos somados de mais da metade do total dos membros do Parlamento, exemplo, a votação do relatório sobre direitos humanos no Plenário.

Para a maioria especial se contabilizará os votos de dois terços do total dos membros do Parlamento, que incluem, por sua vez, Parlamentares de todos os

Estados Partes. E para a maioria qualificada se requerirá o voto afirmativo da maioria absoluta da representação parlamentar de cada Estado Parte.

Quando destacado os critérios para as deliberações no Parlasul, observa-se a carga de protecionismo dos membros, mesmo que a justificativa dada esteja associada ao respeito à integração regional e, portanto, todos os Estados precisam deliberar. A constante salva-guarda dos interesses nacionais impõe uma lógica que pode dificultar as próprias decisões da casa legislativa. Outrora, um constante boicote de um Estado Parte não favorecerá os anseios da cidadania mercosulina.

8. O PROCESSO ELEITORAL DO PARLASUL NO BRASIL – UM ESTÍMULO À CIDADANIA MERCOSULINA

A expectativa para que o Brasil tivesse sua primeira eleição direta para o Parlasul, não despertou significativo interesse do Congresso Nacional Brasileiro, apesar de reconhecer alguns esforços por parte de alguns poucos setores no sentido de realizar ainda em 2010 as eleições no Brasil para a escolha dos parlamentares brasileiros ao Parlasul

Contudo, estabelecer uma variável que congregasse os interesses dos diferentes setores do País não seria fácil. Alia-se também no campo externo, a dificuldade de encontrar um critério da proporcionalidade representativa para os Estados Partes que os envolvidos aceitassem. Prova disso, é que, o critério de proporcionalidade previsto não foi aprovado no Conselho do Mercado Comum. Apesar de o Brasil reclamar da letargia oferecida pelos paraguaios – uma estratégia encontrada para dificultar o processo eleitoral brasileiro – os guaranis não reconheceram os esforços da representação brasileira e demoraram muito para aceitar a proporcionalidade prevista e o tempo restante para discutir o projeto no Brasil foi insuficiente.

O Projeto de Lei no Brasil de nº. 5.279, de 2009, de autoria do Deputado Federal e Parlamentar do Mercosul Carlos Zarattini previu a importância do Parlasul e o irreversível processo de integração regional.

O irreversível processo de integração da América do Sul ganhará, em breve, um importantíssimo desdobramento com as eleições diretas de parlamentares nos diversos países que participam do Parlamento do Mercosul. Não se trata apenas de um avanço administrativo, mas de iniciativa que tem implicação política de natureza francamente democratizante, na medida em que atrai a intervenção popular para os processos decisórios que interessam a essa comunidade de nações e povos – e cujos resultados influenciam na vida de todos. (ZARATTINI, 2009).

No mesmo Projeto, velou-se pela simplicidade das discussões em nome da concretização das eleições para o ano de 2010. Pretendia-se a realização do sufrágio concomitantemente com as eleições de nível nacional e estadual de 2010. A celeridade em aprovar o projeto justificava-se pela rigidez da norma

constitucional brasileira em estabelecer em no máximo um ano antes para alterar o processo eleitoral.

Pretendia-se tomar o País como um circunscrição única, não reservando aos estados e Distrito Federal esta possibilidade, caso contrário, incorreria quase numa eleição majoritária tendo em vista o número de parlamentares que seriam eleitos.

Uma outra inovação e teste para a Reforma Eleitoral no Brasil seria a lista preordenada pelos partidos políticos. Mas continuava-se com o sistema proporcional. E pela primeira vez no Brasil seria utilizado o exclusivo financiamento de campanhas em eleições.

O Projeto previa a reserva de horário em rádio e televisão pelo menos em um breve tempo, mas que seria significativo. Com veiculação da propaganda eleitoral referente ao Mercosul nos meios de comunicação de massa ajudaria a tornar a temática mais próxima do cidadão brasileiro. O Mercosul estaria pela primeira vez sendo discutido pelas pessoas comuns no Brasil. Mesmo que alguns estudiosos da temática pensem que o Parlamentar do Parlasul estaria associado aos espaços acadêmicos.

Apesar destes pontos positivos para realização no Brasil do processo eleitoral para o Parlasul, infelizmente, a escolha não será em 2010. E caso, estas eleições sejam pensadas para ocorrer simultaneamente aos processos eleitorais nacionais, só ocorrerá em 2012 ou em 2014. Perde-se um grande espaço para a discussão nacional do tema Mercosul e deslegitima os parlamentares brasileiros que serão indiretamente indicados para representar os cidadãos.

O Projeto que versava sobre o processo eleitoral do Parlamentar do Mercosul foi retirado pelo próprio autor em setembro, impedindo assim, sua votação. Não foi possível encontrar, mesmo com vários esforços da atual Representação brasileira no Parlasul uma variável que unificasse o parlamento em torno dos pontos divergentes.

9. A PERSPECTIVA DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DO PARLASUL

Para um jovem que nasceu na América do Sul, na década de 90, falar em democracia, pode ser algo relativo, sem muita importância. Certamente, não experimentou diretamente os efeitos devastadores das ditaduras que se instalaram no continente. Mas para aqueles que foram cerceados da liberdade de expressão, a ausência da democracia significou e abalou as estruturas pessoais.

O surgimento do Mercosul, e agora, com seu mais novo organismo, por sinal, de caráter essencialmente político. Muito se credita ao papel que o Parlasul exercerá sobre as questões dos direitos humanos no Cone Sul.

Entre as Comissões previstas no Regimento do Parlasul, merece destaque entre elas, pela inovação e marca da recente democratização do continente, a Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. Um rol de funções foi estabelecida para este grupo de trabalho que muito poderá contribuir se levar em consideração a garantia dos direitos básicos necessários ao indivíduo e que parcela significativa da população da América do Sul não desfruta.

É uma tarefa hercúlea, mas encarar esta realidade e dela fazer premissa para as orientações que a Comissão de Cidadania e Direitos Humanos do Parlasul fará aos Estados Partes significará um agigantamento do bloco e se concretizado contribuirá para a inclusão de milhões de pessoas no processo de cidadania que o Parlasul pretende arrolar.

Com a criação desta Comissão, não muito distante, abre-se uma possibilidade para a uniformização dos direitos humanos. E, quiçá, não desenvolva entre os cidadãos a cultura da comparação benéfica. Importante para aumentar o rol de direitos que precisam ser protegidos e constitucionalizados internamente por cada Estado membro.

A defesa dos direitos humanos a ser pensada no Parlasul é elemento a ser perseguido. Além de representar um item norteador para as ações do Parlasul, torna-o uma questão supranacional, exigindo dos Estados uma proteção além de suas fronteiras. E o desrespeito aos direitos humanos por parte de um Estado, requer por parte dos outros países uma ação de cobrança.

À Comissão de Cidadania e Direitos Humanos compete discutir e informar por escrito ao Plenário sobre os temas de direitos humanos, elaboração do relatório anual previsto no Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul, questões de etnia, cidadania, infância, juventude, idosos, gênero e minorias, petições de cidadãos encaminhadas ao Parlamento, liberdade de expressão e de culto religioso, instrumentos de democracia participativa, colaboração com entidades não-governamentais que atuem na defesa dos direitos humanos e a defesa do consumidor.

Um viés importante estabelecido no Parlasul é a possibilidade da participação da sociedade civil em audiências públicas e seminários. E para isso, permite que cada comissão realize reuniões públicas com organizações da sociedade civil, setores produtivos, organizações não-governamentais e movimentos sociais, para tratar de assuntos pertinentes à sua área de atuação.

Significativo ainda, é a possibilidade mediante proposta de entidade ou setor interessado para a realização destes instrumentos diretos de participação social. Estas reuniões podem ser realizadas na forma de audiências públicas ou seminários. E podem ocorrer em qualquer Estado Parte, Estado em processo de adesão ou Associado.

As audiências públicas serão regidas pelos princípios da simplicidade, informalidade, economia processual, oralidade e participação. Quando a proposta for aprovada, a Comissão selecionará para serem ouvidas, as autoridades, as pessoas interessadas e os especialistas ligados às entidades participantes.

É uma nova fase na consolidação da democracia no continente e apesar das constantes críticas que acertadamente são feitas aos governos desses países, elas foram importantes para empurrá-los em direção a democracia almejada pelos cidadãos.

Vários obstáculos precisam ser retirados para a construção da cidadania mercosulina. As pessoas precisam participar deste momento, mas o colosso abismo social entre os moradores desta região impede e dificulta a efetivação da plena cidadania.

10. OS PARADOXOS DO PARLASUL

A constituição efetiva do Parlasul, passando pelas eleições nacionais que escolherão os representantes deste Parlamento promoverão uma discussão de caráter regional e questões que possibilitam uma solidariedade conjunta, certamente, receberá um olhar atendo dos cidadãos mercosulinos.

No Brasil, as autoridades possuem um déficit com a população. Não se nota um estímulo por parte dos gestores nacionais e o legislativo também não discute a contento a temática impossibilitando assim uma maior visibilidade do bloco entre os cidadãos. O tema é pouco explorado pela mídia e recebe raramente os cuidados que tanto merece.

Apesar do gigantismo brasileiro, dificultando algumas partes do território nacional em ter uma aproximação, hoje, todos os estados brasileiros mantêm alguma relação com os países membros do bloco.

A institucionalização do Mercado Comum prega a redução das barreiras, e não podemos nos manter isolados nem nos aspectos físicos que podem ser superados com a implementação de uma rede de transportes eficiente, nem nas relações comerciais e políticas. Questões como meio-ambiente deixou de ser problema de um Estado e passou a ser de todos.

Talvez, uma das mais importantes conquistas do Parlasul é a adição da política como instrumento a contribuir para as decisões dos governos nacionais aliando-se e aproximando as populações dos Estados Partes no processo integracionista. E participativo que é o povo sul americano, eles colaborarão de algum modo, nesse novo contexto de construção do comunitarismo mercosulino.

Acredita-se que com a instalação do Parlasul traça se um novo cenário na América do Sul favorecendo a redução de Estados não democráticos. E tenta superar o déficit democrático do movimento integracionista. Oferece aos

cidadãos um espaço de ampla visibilidade e assegura aos mesmos uma transparência nas decisões do bloco.

Outro elemento positivo do Parlasul é a sua árdua tarefa de promover a segurança jurídica por meio de um sistema eficaz de incorporação de norma produzida nos Estados membros e no âmbito dos órgãos do bloco. É uma possibilidade para superar a incompatibilidade interna e externa entre as normas decorrentes do Mercosul. Visa reduzir as dificuldades de controle de incorporação das normas aos ordenamentos nacionais.

Contudo, carecerá de uma atenção especial por parte do legislador e de outros operadores quando incumbidos da missão de interpretar e aplicar uniformemente a norma do Mercosul. E para isso, precisará reconhecer as diferenças culturais. Um obstáculo que só pode ser amenizado com o respeito e a integração da cultura e da política de seus cidadãos em que for possível.

Um elemento negativo que precisa se sanado e as propostas integracionistas aparecem nesse sentido, é a falta de conhecimento por parte da população da importância do Mercosul. Os cidadãos precisam ser incluídos na integração.

Apesar desses paradoxos, a América do Sul tem muito a ganhar com o Parlasul. Este Parlamento marcará um novo momento na cidadania sul americana norteando as relações de amizade que apesar de em algum momento passado estivesse débil, não é a realidade na maior parte das relações entre estes povos.

Os desafios do Mercosul se confundem com a do Parlasul. E o comentário do Professor Saulo Casali no artigo O Mercosul e seus projetos institucionais ilustra a árdua tarefa destes dois organismos.

No plano social, os objetivos correspondem a ampliar a participação da sociedade civil, a discussão de temas sociais, a promoção cultural e desportiva do Mercosul e a implementação de um Fórum de consultas de Concertação Política. Busca-se aumentar a cooperação judiciária, a consolidação das normas de circulação de empregados, a avaliação sobre a aplicação das normas do Mercosul para os trabalhadores, a difusão do português e do espanhol, e fomentar as atividades do grupo *ad hoc* para a Promoção dos Direitos Humanos. (BAHIA, 2007.).

Após estas colocações, o Parlasul não deve ser entendido com um fim em si mesmo, é um meio para regionalizar as discussões e não retira as responsabilidades dos legislativos nacionais em atuarem para promover a cidadania e encontrar um caminho para o respeito aos direitos humanos. Outrossim, incluir os milhões de pessoas que mesmo que estivessem interesse em participar das discussões estariam fragilizadas. Faltam-lhes o direito básico de se

alimentarem. E isto se constitui em um desafio imprescindível do Parlasul em discutir e propor as soluções.

Mesmo com este cenário perverso, o futuro do Parlasul depende dele e do amadurecimento político do continente. Esperam-se decisões coletivas emanadas do Parlasul e que o mesmo atue de forma preponderante nas soluções dos entraves à promoção da integração regional, seja ela política, social ou cultural.

REFERÊNCIAS

- BAHIA, Saulo José Casali. O Mercosul e seus projetos institucionais. **Revista do CEPEJ**. Salvador, n.º 8, p. 137- 146, jul./ dez., 2007.
- BETHONICO, Cátia Cristina de Oliveira. Os direitos humanos no Mercosul. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>. Acesso em: 10 ago. 2009.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei n.º. 5. 279 de 2009**. Brasília, 2009.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei n.º. 5. 279 de 2009**. Autor: Carlos Zarattini. Brasília, 2009.
- COMISSÃO DE RELAÇÕES EXTERIORES E DE DEFESA NACIONAL. **Relatório do Projeto de Lei n.º. 5.279 de 2009**. Relator: Deputado Dr. Rosinha. Brasília, 2009.
- DONELLY, Jack. Democracia, direitos humanos e desenvolvimento. In: GIMARÃES, Samuel Pinheiro e PINHEIRO, Paulo Sérgio (orgs.). **Direitos humanos no século XXI**. Brasília: Funag, 2002.
- GOULART, Mayra. Os desafios do Parlasul. **Observatório Político Sul – Americano**. Disponível em <http://observatório.iuperj.br>. Acesso em: 10 de julho de 2009.
- MERCOSUL. **Ata 01/00**. Emanada da Comissão Parlamentar Conjunta. Montevidéu, 06-08 de dezembro de 1999.
- _____. **Decisão CMC n.º. 23/05**. Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul. Montevidéu, 8 de dezembro de 2005.
- _____. **Decisão CPC S/N**. II Reunião Parlamentar do Mercosul. Documento final (decisão política de criar o Parlamento). Buenos Aires, 20 de setembro de 1991.
- _____. **Decisão CPC n.º. 03/00**. Declaração de Santa Fé. Santa Fé, 28 de junho de 2000.
- _____. **Decisão CPC n.º. 01/04**. Declaração de Puerto Iguazú. Puerto Iguazú, 06-07 de julho de 2004.
- _____. **Decisão CPC n.º. 49/04**. Parlamento do Mercosul. Puerto Iguazú, 06-07 de julho de 2004.
- _____. **Disposição CPC n.º. 02/97**. Regimento da Comissão Parlamentar Conjunta. Montevidéu, 13 de dezembro de 1997.
- _____. **Disposição CPC n.º. 14/99**. Institucionalização do Parlamento do Mercosul. Montevidéu, 08 de dezembro de 1999.
- _____. **Disposição CPC n.º. 35/00**. Emanada da Comissão Parlamentar Conjunta. Porto Alegre, 09 de novembro de 2000.
- _____. **Disposição CPC n.º. 08/03**. Projeto de Acordo Interinstitucional CMC-CPC. Mesa Executiva da Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Montevidéu, 06 de outubro de 2003.
- _____. **Disposição CPC n.º. 02/05**. Comissão Preparatória do Parlamento do Mercosul. Assunção, 30 de março de 2005.

- _____. **Disposição CPC n.º 03/05**. Grupo Técnico de Alto Nível Parlamento do Mercosul. Assunção, 30 de março de 2005.
- _____. **Disposição CMC 06/07**. Aprova o Regimento Interno do Parlamento do Mercosul. Assunção, 06 de agosto de 2007.
- _____. **Protocolo de Ouro Preto**. Ouro Preto, 17 de dezembro de 1994.
- _____. **Tratado de Assunção**. Assunção, 26 de março de 1991.
- PITANGUY, Jaqueline e HERINGER, Rosa (org.). Direitos Humanos no Mercosul. **Cadernos Fórum Civil**. Ano 3. n. 4. 2001.
- PRONER, Carol. Direitos Humanos, Políticas Públicas e Mercosul. **Análise de Conjuntura – Observatório Político Sul-Americano**. n. 12. Rio de Janeiro. dez/2006.
- RIBEIRO, Elisa de Sousa. O Parlamento do Mercosul como recurso para construção do Direito Comunitário. **Revista Universitas Jus**, Brasília, n.º. 16, jan./jul., 2008.
- ROLIM, Marcos e VENTURA, Deisy. **Os direitos humanos e o Mercosul: uma agenda (urgente) para além do mercado**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/mercosul/a_pdf/rolim_dh_mercosul.pdf. Acesso em: 10 ago. 2009.
- SARTI, Ingrid. Conhecimento e Integração: o Parlamento do Mercosul. **XIV Congresso Brasileiro de Sociologia – “Sociologia: consensos e controvérsias”**. Rio de Janeiro, 2009.

XI.

CAMINHOS RUMO À REGULAÇÃO DA LIVRE CONCORRÊNCIA NO ÂMBITO DO MERCOSUL

*Felipe Barroco Fontes Cunha**

Sumário: 1. Introdução: 1.1. Breve relato sobre o surgimento do Mercosul; 1.2. Conceito de concorrência e objetivos a serem perseguidos; 1.3. A falta de tradição dos países-membros em matéria de livre concorrência – 2. Desenvolvimento: 2.1. Análise do fundamento jurídico para a defesa da concorrência no âmbito do Mercosul; 2.2. Paineis institucionais do Mercosul em matéria de defesa da concorrência; 2.3. O sistema normativo de defesa da concorrência no Mercosul: 2.3.1. A regulação provisória – Decisão CMC 21/94; 2.3.2. O Protocolo de Defesa da Concorrência – Decisão CMC 18/96; 2.4. As faltas do Protocolo de Defesa da Concorrência; 2.5. Decisões do Mercosul sobre a livre concorrência – 3. Conclusão – 4. Bibliografia – Anexo 01.

1. INTRODUÇÃO

O presente texto visa auxiliar os estudos a respeito da livre concorrência, especificamente no âmbito do Mercosul, buscando colaborar para a formação de estudantes e profissionais que se interessem e/ou atuem nesta área.

1.1. Breve relato sobre o surgimento do Mercosul

O processo de integração do Continente Sul-Americano se iniciou na década de cinquenta através dos trabalhos da CEPAL – Comissão Econômica para a América Latina. Em sua fase primeira, foram criadas associações entre esses países, a exemplo da ALALC – Associação Latino-Americana de Livre Comércio, posteriormente, substituída pela ALADI – Associação Latino-Americana de Integração, as quais possuíam como objetivo a criação de uma área de livre comércio entre seus países-membros.

Na década de noventa, por meio de tratados e protocolos bilaterais assinados por Brasil e Argentina, surge o objetivo de se constituir um mercado comum. Essa iniciativa ganhou contornos nítidos em 26 de março de 1991, através da assinatura do Tratado de Assunção, o qual denominou esse processo de integração de Mercado Comum do Sul – Mercosul e agregou mais dois países, Uruguai e Paraguai.

* Membro do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais – Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA.

Após um período de forte expansão das transações comerciais entre os países-membros, verificou-se uma grave crise, cujo ápice ocorreu no ano de 1999, sendo esta determinante para a estagnação dos esforços rumo à implantação do Mercado Comum.

Deste modo, ainda hoje, possuímos a configuração de uma zona de livre comércio imperfeita, somada a uma união aduaneira incompleta, somos, portanto, um quase-mercado comum¹.

Atualmente, com ânimos renovados por uma nova fase de crescimento econômico, o Mercosul volta a caminhar, passo a passo, em direção ao seu objetivo. Assim, é chegada a hora de retomar diversas temáticas necessárias à consecução do mercado comum, como a discussão a respeito da livre concorrência, a qual será tratada nesse estudo.

1.2. Conceito de concorrência e objetivos a serem perseguidos.

Inicialmente, parece-nos oportuno fazer uma diferenciação entre os vocábulos *competição* e *concorrência*, principalmente em decorrência de suas variantes nos idiomas oficiais do Mercosul.

No espanhol, não obstante exista o termo *concurrentia*, o qual, aparentemente, seria mais próximo ao utilizado pelo idioma português, restou consagrado na doutrina e fontes normativas a palavra correspondente à competição, qual seja, *competencia*.

Dessa forma, recorrendo ao dicionário da Real Academia Espanhola temos que *competencia* é a “*Situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio*”². Por outro lado, ao buscarmos o verbete *concurrentia* não encontramos qualquer definição que possa encaixar-se ou contribuir com nosso estudo.

Já no dicionário Aurélio, encontramos dois significados que ajudam a entender melhor o que seria a concorrência. O primeiro nos fala que concorrência equivale a “competição, rivalidade”, o segundo, a define como “disputa ou rivalidade entre produtores, negociantes, industriais etc, pela oferta de mercadorias ou serviços iguais ou semelhantes”³. Como se pode perceber, a idéia de competição e rivalidade entre os diferentes agentes econômicos se encontra enraizada nos conceitos utilizados por ambas as línguas.

-
1. BAHIA, Saulo José Casali – O Mercosul e suas relações com a ALCA e a União Européia, pág. 3.
 2. Dicionário da Real Academia Española na internet.
 3. Novo Dicionário Aurélio, Editora Nova Fronteira S.A., 1ª Ed., pág. 359

A concorrência pode ainda ser dividida em diversos modelos, entre eles apresenta-se como uma divisão clássica a proposta por Raymond Barre, cuja autora Isabel Vaz refere-se no livro *Direito Econômico da Concorrência*⁴ ao expor as principais características do modelo da concorrência pura e da concorrência perfeita.

A concorrência pura conta, segundo Isabel Vaz, com três requisitos distintivos, são eles: a) *atomicidade do mercado*, ou seja, há no mercado um grande número de agentes econômicos, todos possuindo condições equivalentes, sem que haja qualquer tipo de preponderância de uns sobre os outros; b) *homogeneidade do produto*, que diz respeito ao fato dos produtos produzidos serem intercambiáveis, assim, tanto faz para o consumidor comprar o produto A, B ou C, pois todos eles irão satisfazer as suas necessidades de idêntica maneira; e c) *livre entrada na indústria*, que define a possibilidade de se entrar facilmente no mercado e iniciar a produção sem dificuldades, tendo amplo acesso aos meios e fatores de produção⁵.

Por sua vez, a concorrência perfeita seria verificada quando a essas três características acima fossem acrescentadas: a *perfeita transparência do mercado*, ou seja, um ambiente em que todas as informações podem ser acessadas e são conhecidas por todos os agentes econômicos; e a *perfeita mobilidade dos fatores de produção*, que determinaria a circulação ampla e irrestrita dos fatores e meios de produção, podendo os mesmos serem utilizados por qualquer dos agentes econômicos segundo as regras de mercado⁶.

Contudo, como se pode facilmente perceber, ambos os modelos são ideais, não encontrando paralelo com a realidade. Vale dizer que não é esse o objetivo buscado pelo Mercosul, o qual pretende atingir um grau de concorrência palpável, efetivo e concreto. Inclusive, uma definição do objetivo que se almeja alcançar por meio da aplicação do direito da concorrência pode ser encontrada em Holmes e Hoekman, citado por Ivo Waisberg em seu livro “Direito e política da concorrência para os países em desenvolvimento”. Segundo os autores:

“O grande objetivo da lei de concorrência na maioria das jurisdições é a alocação eficiente de recursos e, conseqüentemente, a maximização do bem-estar nacional, garantindo que o processo de concorrência não seja desviado ou impedido pelo abuso de posições dominantes (por proibição ou desregulamenta-

4. VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pág. 25.

5. VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pág. 27/28.

6. Idem.

ção) ou acordos prejudiciais ao bem-estar social que restrinjam a competição entre concorrentes.⁷⁷

Esse pensamento vem corroborar a opinião de John Maurice Clark que na década de sessenta já afirmava com propriedade que:

“Um dos serviços mais desagradáveis que se espera da concorrência é a eliminação de firmas, produtos e processos ineficientes mediante teste mais impessoal e, podemos supor, mais implacável, do que seria provavelmente aplicado por entidades públicas se lhes coubesse essa responsabilidade. Aqui, como no caso da diferenciação do produto, há a observar critérios qualitativos e quantitativos. Qualitativamente, queremos que a sobrevivência dependa da eficácia e da utilidade, e não do uso do poder econômico não relacionado com essas qualidades. Quantitativamente, é desejável que a eliminação ocorra a um ritmo que equilibre o estabelecimento de nova capacidade produtiva, abrindo espaço para o aparecimento de fábricas modernas e eficientes e permitindo-lhes uma razoável perspectiva de lucros. O ritmo correspondente de eliminação variará conforme a indústria esteja em expansão ou contração.”⁷⁸

Assim, chegamos à inofismável conclusão de que a concorrência é um pressuposto básico do sistema capitalista, que desempenha um papel importantíssimo para a sociedade na medida em que proporciona a efetiva regulação dos preços, a dinamização das economias por meio da seleção entre os agentes econômicos que atuam em determinado mercado, forçando, portanto, a sua evolução. Destarte, é indispensável a sua regular manutenção para que se tenha uma economia capitalista “saudável”.

1.3. A falta de tradição dos países-membros em matéria de livre concorrência

Infelizmente, a idéia de livre concorrência não se encontra enraizada no cotidiano dos nacionais desses países, em especial de seus dirigentes. Este fato deve-se em parte às políticas de substituição de importações, proteção à indústria nacional e controle da inflação que vigoraram até a década de noventa, em Brasil e Argentina, sendo rompidas, no caso brasileiro, pelo então presidente Fernando Collor, por meio da chamada abertura econômica⁹.

7. HOEKMAN, B. Holmes, P. Policy, Developing Countries, and the world trade organization. *Apud* WAISBERG, Ivo. Direito e política da concorrência para os países em desenvolvimento. Edições Aduaneiras, 2006, pág. 19.

8. CLARK, John Maurice. A concorrência como processo dinâmico. Forense – Rio, Primeira Edição Brasileira, 1966, traduzido de *Competition As a Dynamic Process* – Segunda Edição – 1963, pág. 91.

9. VICENTINO, Cláudio. História do Brasil – São Paulo: Scipione, 1997, pág. 450.

Apesar disso, no âmbito legislativo e doutrinário, Brasil e Argentina apresentam estudos e normas que datam do início do século vinte.

Em 1909, a Argentina já possuía um projeto de lei que visava coibir as condutas monopolistas no setor de carnes e, em 1919, já havia sido aprovada a Lei nº. 11.210, chamada de Lei anti-monopólios. No caso brasileiro, a regulação foi um pouco mais tardia, iniciando-se com o governo de Getúlio Vargas, em 1938, por meio do Decreto-lei nº. 839 e, posteriormente, alcançando patamar mais elevado, ao ser inscrita na Constituição Federal de 1946¹⁰.

Entretanto, em ambos os casos as leis permaneceram praticamente inaplicadas ao longo de boa parte do século passado. Sem embargo, hoje, os dois países contam com legislações modernas, consubstanciadas principalmente nas leis 8.884/94 e 25.156/99, referentes, respectivamente, a Brasil e Argentina. Além disso, ambas as leis são aplicadas de forma ordinária e constante, efetivamente coibindo as violações à concorrência. Neste sentido, em relação ao Estado brasileiro, podemos citar o exemplo do CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência que, apesar de ter sido criado em 1962, apenas passou a atuar de forma efetiva após sua modernização, com o advento da Lei 8.884/94¹¹.

No que tange aos demais sócios do Mercosul, estes praticamente não possuem qualquer estudo ou regulamentação a respeito da matéria. O Paraguai possui como única fonte normativa a disciplinar a livre concorrência o artigo 107 de sua Constituição Nacional, que afirma ser garantida a concorrência e limita-se a proibir os monopólios e a manipulação dos preços que afetem-na¹². Já o Uruguai possui alguns artigos espaçados em leis infraconstitucionais que não disciplinam uniforme e diretamente a concorrência.

2. DESENVOLVIMENTO

Ultrapassado este breve intróito, passemos a examinar a livre concorrência tal qual disciplinada pelas instituições do Mercosul.

Dessa forma, analisaremos o seu fundamento jurídico, a regulamentação provisória estabelecida pela Decisão CMC 21/94, o Protocolo de Defesa da Concorrência e demais decisões a respeito da matéria.

10. ARAÚJO JR., José Tavares de. – Política de Concorrência no Mercosul: Uma Agenda Mínima, 2001.

11. CONSIDERA, Cláudio Monteiro. Uma Breve História da Economia Política da Defesa da Concorrência, 2002.

12. Art. 107 da Constitución de la República del Paraguay, promulgada em 20 de junho de 1992.

2.1. Análise do fundamento jurídico para a defesa da concorrência no âmbito do Mercosul

A busca por um fundamento jurídico que determine a regulação da matéria pelo Mercosul poderia ser descartada, uma vez que, por não se tratar de um processo de integração calcado na supranacionalidade, não há que se falar em transferência de competências soberanas para as instituições do bloco, característica que, por si só, limita a atuação de suas instituições às competências transferidas.

A estrutura do Mercosul é estritamente intergovernamental, fato que lhe confere certa flexibilidade. Dessa forma, por se encontrarem presentes os próprios Estados-partes, representados pelos seus ministros e chefes de Estado, podem os mesmos deliberar sobre qualquer matéria que considerem pertinente para a consolidação do Mercado Comum.

Sem embargo, o Tratado fundacional do Mercosul impõe a normatização da livre concorrência, fazendo-o de maneira clara e expressa ainda no Capítulo I. Afigura-se, portanto, dentre os propósitos, princípios e instrumentos estabelecidos por ele para o alcance da fase de Mercado Comum. Esta necessidade de definir um arcabouço jurídico de defesa da concorrência apresenta-se no artigo 4º do Tratado de Assunção, sendo este o fundamento jurídico que determina a regulamentação da livre concorrência pelo Mercosul.

Dispõe o citado artigo, *in verbis*:

“Nas relações com terceiros países, os Estados Partes assegurarão condições eqüitativas de comércio. Para tal fim, aplicarão suas legislações nacionais, para inibir importações cujos preços estejam influenciados por subsídios, dumping ou qualquer outra prática desleal. Paralelamente, os Estados Partes coordenarão suas respectivas políticas nacionais com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial.”¹³

Como se pode observar do artigo acima transcrito, o objetivo buscado pelo Mercosul é atingir a concorrência real ou efetiva, onde os preços não apareçam distorcidos por políticas de subsídios, práticas de *dumping* ou por meio de abuso de posição dominante.

É importante notar que o este artigo dispensa atenção especial para as relações com terceiros países quando fala que “*Nas relações com terceiros países, os Estados Partes assegurarão condições eqüitativas de comércio*”.

13. Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, firmando na cidade de Assunção em 26/03/1991.

Entendemos que a expressão “*condições equitativas de comércio*” possui um caráter de via dupla. Deste modo, este trecho, a nosso ver, guardaria em si duas obrigações.

A primeira seria referente ao dever dos Estados-membros de assegurarem que os produtos importados que ingressem em seus territórios e, conseqüentemente, no território do bloco, não estejam eivados de práticas anti-concorrenciais, pois estes iriam afetar as condições de concorrência no Mercado Comum.

Já a segunda obrigação se apresentaria no sentido inverso, já que assegurar “*condições equitativas de comércio*” significa também não colocar no mercado internacional produtos que, em sua cadeia produtiva, apresentem situações que violem as regras da livre concorrência. Seria, por exemplo, não permitir subsídios a produtos que serão exportados, uma vez que os subsídios afetam as condições de comércio, tornando-as injustas. Disso, depreende-se que devem ser coibidas todas as práticas anti-concorrenciais, mesmo que elas venham apenas gerar efeitos para além do Mercado Comum, exclusivamente em relação a terceiros Estados.

Esta característica decorreria de um segundo passo, superando as cláusulas de extraterritorialidade contidas na lei brasileira e argentina que possibilitam a extensão do âmbito de aplicação da norma para além das fronteiras do próprio Estado, buscando abarcar uma conduta que, apesar de ter sido produzida exclusivamente em outro território, traz conseqüências negativas para o mercado doméstico do primeiro. Esta cláusula, até pouco tempo atrás, constituía-se em uma inovação e vinha sendo absorvida e incorporada pelas leis antitruste de todo o mundo, como uma forma de se proteger de práticas anti-concorrenças passadas em outros países.

No entanto, acreditamos que o artigo 4º do Tratado de Assunção dá um passo a mais, impondo a obrigação de se buscar sempre condições equitativas de comércio, coibindo as distorções mesmo que essas não venham a lesionar o mercado interno ou comum, produzindo danos apenas a terceiros Estados e trazendo vantagens comparativas para os países-membros do Mercosul. Esta disposição deve complementar as leis nacionais, já que estas se preocupam somente com os danos sofridos e nunca com os que podem ser causados a outros países. Estas distorções da concorrência, inclusive, ora são incentivadas, ora ignoradas pelas autoridades, já que crêem trazer vantagens econômicas para seu Estado.

2.2. Painel institucional do Mercosul em matéria de defesa da concorrência

O painel institucional do Mercosul foi consolidado a partir do Protocolo de Ouro Preto, firmado no final do ano de 1994. Este instrumento ratificou,

entre outros, a criação da Comissão de Comércio do Mercosul, que havia sido constituída por meio da Decisão CMC 9/94. Este órgão de natureza intergovernamental é incumbido de assistir ao Grupo Mercado Comum nas matérias de sua competência, possuindo como funções precípua a garantia à aplicação dos instrumentos de política comercial comum, velando pelo correto funcionamento da união aduaneira, bem como o acompanhamento e revisão dos temas e matérias relacionados com as políticas comerciais comuns, a exemplo do comércio intra-Mercosul e com terceiros países¹⁴. Dentro deste escopo, compete a Comissão de Comércio do Mercosul administrar e desenvolver os temas relacionados à defesa da concorrência, garantindo a sua aplicação, atribuição esta que se encontra referida de forma expressa na alínea “j”, do artigo 3º, da Decisão CMC 9/94.

A Comissão pode ser considerada o órgão mais importante em matéria de defesa da concorrência. Ela é coordenada pelos Ministérios das Relações Exteriores dos países-membros, os quais devem indicar, cada um, oito nacionais para conformá-la, sendo que quatro membros funcionarão como titulares e quatro como suplentes.

Outro órgão de suma importância é o Comitê de Defesa da Concorrência, o qual tendo sido criado inicialmente pela Comissão de Comércio do Mercosul por meio da Diretriz 1/95, também possui natureza intergovernamental. Ao princípio, era chamado Comitê Técnico nº. 05 e sua atribuição inicial era elaborar o Protocolo de Defesa da Concorrência. Atualmente, porém, o Protocolo em seu artigo oitavo atribui ao Comitê a função de aplicá-lo, atuando para tanto em conjunto com os órgãos nacionais de defesa da concorrência dos Estados-membros e sob estrita supervisão da Comissão de Comércio do Mercosul.

Cabe ressaltar que as instituições superiores do Mercosul apenas atuarão de forma residual, quando as controvérsias não puderem ser resolvidas por consenso no âmbito do órgão inferior. Assim, não havendo um entendimento na Comissão de Comércio do Mercosul, a questão será levada para a apreciação do Grupo Mercado Comum. Se este também não puder decidí-la por unanimidade, caberá ao Conselho de Mercado Comum intervir. Caso nem mesmo nesta alçada o consenso a respeito da matéria seja obtido, partir-se-á para o sistema de resolução de controvérsias do Mercosul.

14. Art. 16 do Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do Mercosul, firmando em 17 de dezembro de 1994 na cidade de Ouro Preto, Brasil.

2.3. O sistema normativo de defesa da concorrência no Mercosul

Ao longo dos primeiros anos do processo de integração, a necessidade de dar um tratamento uniforme às questões relacionadas à concorrência, atendendo ao quanto determinado pelo artigo 4º do Tratado de Assunção, foi sentida pelos integrantes do Mercosul. Dessa forma, foi requisitado ao Subgrupo de Trabalho nº. 10 que elaborasse uma proposta de normatização. Surgiu, deste modo, uma regulamentação provisória (Decisão CMC 21/94). Dois anos depois, por meio dos trabalhos do Comitê Técnico nº. 05, nasce o protocolo definitivo sobre defesa da concorrência – Decisão CMC 18/96. A ele, posteriormente, foram acrescentados outros instrumentos normativos, conformando o atual sistema de defesa da concorrência que conta atualmente com o “Anexo ao Protocolo de Defesa da Concorrência” (Decisão CMC 02/97), o “Acordo sobre o Regulamento do Protocolo de Defesa da Concorrência” (Regulamento firmado em Brasília em 05/12/2002) e o do “Entendimento sobre Cooperação dos Estados Parte do Mercosul para a Aplicação de suas Leis Nacionais de Concorrência” (Decisão CMC 04/04).

Passaremos agora a estudá-los mais detalhadamente.

2.3.1. A regulação provisória – Decisão CMC 21/94.

A Decisão 21/94 do Conselho de Mercado Comum é considerada a primeira decisão rumo a uma regulamentação específica sobre o direito à livre concorrência no âmbito do Mercosul. Entretanto, é necessário salientar que antes dela já havia uma preocupação com tal assunto, sendo o mesmo tratado no bojo de outras decisões. Contudo, este tratamento vinha sendo dado de forma esparsa, pouco específica e incipiente.

Dentre essas Decisões do Conselho de Mercado Comum é importante citar a 03/92, que estabeleceu um procedimento de queixas e consultas sobre práticas desleais de comércio, *dumping* e subsídios, aplicável durante o período de transição de 1991 até 1994, e a Decisão 07/93, que se constituía no Regulamento relativo à defesa contra as importações que forem objeto de *dumping* ou de subsídios provenientes de países não membros do Mercado Comum do Sul.

Deve-se ressaltar que, desde o princípio, a Decisão CMC 21/94 apresentou-se imbuída de um caráter provisório. Seu objetivo era delinear um sistema transitório com vigência até o final do ano de 1995. Durante esse período os Estados-partes deveriam apresentar propostas de normatização, informar a respeito da compatibilidade entre suas leis nacionais e as diretrizes já traçadas, além de compatibilizar suas legislações, tendo como parâmetro as pautas

gerais de harmonização trazidas como anexo pela citada decisão. Este apêndice também deveria ser utilizado como paradigma para determinar as infrações durante o período de transição.

O sistema provisório estava delineado da seguinte forma: o Estado-parte que se considerasse afetado por uma prática anti-concorrencial deveria apresentar um pleito ante a Comissão de Comércio. Esta então trataria de definir um prazo para que o Estado-parte de onde surgisse a infração investigasse a conduta denunciada e tomasse as providências necessárias, aplicando as penalidades pertinentes. Note que ambos, investigação e sanção, seriam determinados de acordo com o ordenamento interno do suposto infrator.

Caso o Estado-requerente não ficasse satisfeito com o resultado do processo levado a cabo pelo Estado-requerido, poderia recorrer ao sistema de resolução de controvérsias do Mercosul, à época materializado no Protocolo de Ouro Preto e no Protocolo de Brasília.

No entanto, é importante ressaltar alguns aspectos desse procedimento.

Primeiramente, registre-se que salta aos olhos o fato de que o sistema montado não contemplava o acesso direto dos particulares, os quais teriam que se valer necessariamente da proteção diplomática para ver satisfeita sua pretensão. Como é sabido, por ter caráter voluntário, estando na esfera de discricionariedade do Estado, a proteção diplomática muitas vezes não é exercida, fato que frustra a pretensão do particular *ab initio*.

Ademais, o pleito deve ser exercido contra outro Estado, não se podendo acionar diretamente o agente infrator. Daí, conclui-se de plano que, para que este sistema seja utilizado, far-se-ia necessária a participação de ao menos dois Estados-membros.

Neste diapasão, outras questões polêmicas também poderiam ser levantadas. Qual Estado seria o responsável pela investigação se o agente infrator estivesse sediado em mais de um Estado-membro? E, caso ambos investigassem, o que fazer se as conclusões fossem contraditórias entre si? Adiantaria cessar a prática infratora em apenas um dos Estados-membros?

Outro aspecto que pode ser considerado quase contraditório é o fato de que, apesar da necessária participação dos Estados no processo, a regulação provisória não servia para controlar as suas condutas. Ela era aplicável unicamente aos particulares, uma vez que não disciplinava temas como monopólios ou subsídios estatais.

Além disso, em seu anexo, a Decisão CMC 21/94 vedava o abuso de posição dominante e a prática de quaisquer atos que viessem a impedir, restringir

ou distorcer a concorrência e o livre acesso ao mercado. Determinava, ainda, que os Estados-partes deveriam submeter a controle os atos de concentração de empresas que implicassem em um domínio econômico igual ou superior a 20% (vinte por cento) do mercado relevante e que pudessem produzir efeitos anti-concorrenciais em todo ou em parte do Mercosul.

Por fim, cabe consignar que a Decisão CMC 21/94 restou frustrada em seus principais objetivos, já que o procedimento por ela estabelecido nunca foi utilizado e a harmonização proposta não foi alcançada. Ainda hoje, existem países-membros que não possuem sequer uma legislação interna específica de defesa da concorrência. Assim, sua relevância decorre principalmente do fato de ter sido o primeiro passo concreto rumo ao estabelecimento de um sistema de defesa da concorrência no âmbito do Mercosul.

2.3.2. O Protocolo de Defesa da Concorrência – Decisão CMC 18/96

Seguindo os ditames estabelecidos na Decisão CMC 21/94, no ano de 1995, por meio da Diretiva CCM 1/95, foi criado o Comitê Técnico de Defesa da Concorrência – número 05, sendo este encarregado de dar cumprimento ao artigo terceiro da citada decisão. Dessa forma, foi-lhe atribuída a tarefa de elaborar o estatuto definitivo de defesa da concorrência do Mercosul. Porém, é importante ressaltar que, neste artigo, a Decisão CMC 21/94 deixava margem para a adoção de um instrumento de referência, ao qual as legislações nacionais deveriam se adequar, com o intuito de promover uma harmonização entre os ordenamentos dos países-membros, ou ainda, a implementação de um protocolo com normas cogentes e imperativas¹⁵. Deste modo, tendo sido deliberado nas instâncias superiores do Mercosul em favor da segunda opção, emergiu do Comitê Técnico nº. 05 a proposta de Protocolo que passa a ser estudada.

Como será visto ao longo dessas breves linhas, a equipe de trabalho do Comitê recorreu, em diversos momentos, à lei brasileira para a elaboração do Protocolo de Defesa da Concorrência. Não por outro motivo, era esta a legislação mais moderna e atualizada entre os países do bloco. Utilizou-se, portanto, da mesma estrutura desta, empregando-se artigos com um *caput* contendo uma previsão geral e abstrata, definindo a violação à livre concorrência e, posteriormente, incisos que exemplificam estas infrações por meio de condutas que se subsumem à moldura apresentada. Esses incisos não possuem caráter taxativo, sendo sua função orientar os aplicadores da norma, mostrando de forma mais detalhada qual é o conteúdo da mesma. Neste sentido, determina

15. Art. 3º da Decisão CMC nº. 21/94, sobre Defesa da Concorrência

o artigo 6º do Protocolo que “*As seguintes condutas, além de outras, na medida que configurem as hipóteses do art. 4º, caracterizam práticas restritivas da concorrência.*”

Além disso, ao contrário da Regulamentação Provisória que estabelecia uma punição desvinculada de lesões concretas sancionando condutas que pudessem afetar o comércio entre os Estados-partes, o Protocolo não mais pune a conduta *per se*. Agora, se o agente não atuou com o propósito de distorcer a concorrência, mas efetuou uma conduta que se encontra tipificada em um dos incisos, só será punido se sua conduta realmente trouxer efeitos lesivos para o mercado.

De tal modo, mesmo que o agente venha a atuar destituído de culpa, ou seja, sem a intenção ou mesmo consciência de que sua conduta viola as normas de defesa da concorrência, será punido de igual forma, desde que se verifiquem efeitos negativos sobre o mercado. Não mais se exige a culpa para a configuração do ilícito, o determinante é o efeito negativo que viola de forma concreta a livre concorrência, afetando o comércio entre os Estados-partes.

Corroborando o exposto acima, eis a redação do artigo:

Art. 4º “Constituem infração às normas do presente Protocolo, independentemente de culpa, os atos, individuais ou concertados, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou efeito limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou o acesso ao mercado ou que constituam abuso de posição dominante no mercado relevante de bens ou serviços no âmbito do MERCOSUL e que afetem o comércio entre os Estados Partes.”

Por sua vez, o objeto e o âmbito de aplicação do Protocolo se encontram definidos nos seus três primeiros artigos.

O artigo 2º submete às regras do protocolo as “*pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado ou outras entidades que tenham por objeto produzir ou que produzam efeitos sobre a concorrência no âmbito do Mercosul*”. Seu parágrafo único inclui as empresas que exercem monopólio estatal, desde que as regras do Protocolo não impeçam o desempenho regular de sua atribuição legal.

Nota-se que o Protocolo se valeu de um conceito amplíssimo com o intuito de abarcar o máximo de sujeitos possíveis em suas hipóteses. Na locução “*outras entidades*” incluem-se as mais diversas formas de associações, entidades sem fins lucrativos e entes despersonalizados, sempre que estes produzam efeitos que influenciem a concorrência.

Apesar do parágrafo único incluir expressamente as empresas que desempenham monopólio concedido pelo Estado, infelizmente, só as

submete nos aspectos em que a lei do Mercosul não se apresente incompatível com a normativa nacional, ou seja, desde que a aplicação do Protocolo não obste o exercício da atividade legalmente delegada pelo Estado-parte.

A citada redação nos apresenta a prevalência do direito interno sobre o direito do Mercosul, deixando patente a fraqueza da norma mercosulina e a total ausência, ou mesmo inversão, do princípio da Primazia, tal qual consagrado no ordenamento jurídico da União Européia.

Cabe ressaltar que a Decisão CMC 21/94 não se prestava a regular as empresas que desempenhassem atividades monopólicas e, entendemos que o Protocolo devesse ter seguido o mesmo caminho. Isto porque, ao não sobrepor a normativa mercosulina sobre a nacional, enfraquece a primeira e, de fato, nada regula, pois, na hipótese de um conflito entre as duas normas, irá prevalecer a normativa interna, a qual, muito provavelmente, será permissiva em relação à infração a concorrência.

No que tange o âmbito de aplicação territorial, o artigo 3º do Protocolo de Defesa da Concorrência traça as diretrizes da seguinte forma, *in verbis*:

“É da competência exclusiva de cada Estado Parte a regulamentação dos atos praticados no respectivo território por pessoa física ou jurídica de direito público ou privado ou outra entidade nele domiciliada e cujos efeitos sobre a concorrência a ele se restrinjam.”

Do artigo acima transcrito, percebe-se que o Protocolo exige determinada extraterritorialidade para que venha a ser aplicado. É indispensável à afetação de ao menos dois Estados-membros, uma vez que se as condutas e os efeitos anti-concorrenciais se restringirem ao âmbito de apenas um Estado, não se verificará, a teor do quanto estabelecido no artigo supracitado, a incidência do Protocolo. Logo, faz-se indispensável o caráter transfronteiriço da conduta ou de seus efeitos.

A opção pela regulamentação acima pode ser criticada sob a ótica de que o território do Estado-parte conforma o território do Mercosul. Deste modo, uma prática anti-concorrencial que afete o mercado interno de um Estado-membro estará, concomitantemente, afetando as condições de concorrência no Mercosul. Esta situação pode ganhar maiores proporções se situarmos a violação no território brasileiro, dado o seu enorme peso na conformação do Mercado Comum. Destarte, poder-se-ia concluir que um sistema de controle centralizado que atuasse em todas as situações, transfronteiriças ou não, seria o mais adequado. Entretanto, este sistema é absolutamente impensável no Mercosul, em decorrência do seu caráter intergovernamental. Além disso, a própria União Européia vem promovendo certa descentralização em seu

sistema de defesa da concorrência, fato que pode apontar para o possível acerto na direção trilhada pelo Mercosul¹⁶.

No que tange o procedimento de aplicação, este se encontra disciplinado nos capítulos IV e V do Protocolo de Defesa da Concorrência, que estabelecem, respectivamente, os órgãos e os procedimentos aplicáveis.

O Capítulo IV traz como responsáveis pela guarda e aplicação do Protocolo a Comissão de Comércio do Mercosul e do Comitê de Defesa da Concorrência, os quais se encontram delineados no item 2.2. “Painel institucional do Mercosul em matéria de defesa da concorrência”, ao qual nos remetemos.

Por sua vez, a indicação detalhada dos órgãos nacionais que atuarão em conjunto com o Comitê de Defesa da Concorrência na aplicação do Protocolo pode ser encontrada na letra “b”, do inciso II, do artigo 1º, da Decisão CMC 04/04, denominada de “Entendimento sobre cooperação entre as autoridades de defesa da concorrência dos Estados Partes do Mercosul”, logo abaixo transcrita, e na Decisão CMC 15/06 denominada de “Entendimento sobre cooperação entre as autoridades de defesa de concorrência dos Estados Partes do Mercosul para o controle de concentrações econômicas de âmbito regional”. Vejamos:

Art. 1º, inciso II, alínea b) Autoridade (s) de Concorrência ou de Defesa da Concorrência são:

i) para a Argentina, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) ou, no momento de sua conformação, el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (TNDC);

ii) para o Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça; e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda;

iii) para o Paraguai, la Subsecretaría de Comercio del Ministerio de Industria y Comercio e, uma vez constituída, a Secretaria Técnica de Defesa da Concorrência;

iv) para o Uruguai, la Dirección General de Comercio del Ministerio de Economía y Finanzas;

v) qualquer outra que as complemente, substitua ou suceda, conforme a legislação nacional de cada Parte.

O procedimento de aplicação do Protocolo utiliza-se basicamente dos órgãos e das leis nacionais dos Estados-partes, dessa forma, é imprescindível

16. JAEGER JUNIOR, Augusto – A liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul – São Paulo: Ltr, 2006, pág. 526.

ao menos identificar também as leis nacionais que disciplinam a livre concorrência em cada Estado-membro. Estas se encontram igualmente definidas em ambos os instrumentos supracitados, quais sejam, a Decisão CMC 04/04, na letra “c” do inciso II, de seu artigo 1º, a qual se encontra abaixo transcrita, e também na Decisão CMC 15/06.

Art. 1º, inciso II, alínea c) “Legislação nacional ou lei de Concorrência” são:

- i) para a Argentina, a Lei 25.156, sua regulamentação e o Decreto 396/01;
- ii) para o Brasil, as leis 8.884/94, 9.021/95 e 10.149/00 e sua regulamentação;
- iii) para o Paraguai, o Art. 107 da Constituição Nacional e, uma vez aprovada, a Lei de Defesa da Concorrência;
- iv) para o Uruguai, os artigos 14, 15 e 16 da Lei 17.243, os artigos 157 e 158 da Lei 17.296, e os Decretos 86/01 e 440/02;
- v) assim como qualquer emenda aos instrumentos acima mencionados.

O procedimento de aplicação do protocolo é, portanto, descentralizado e se desenvolve a partir da interação entre as autoridades nacionais de defesa da concorrência e das instituições do Mercosul, em especial do Comitê de Defesa da Concorrência e da Comissão de Comércio do Mercosul.

A deflagração do procedimento dar-se-á a partir da análise técnica preliminar, a qual se desenvolve no âmbito do órgão nacional de defesa da concorrência, sendo iniciada *ex officio* ou a requerimento fundamentado de qualquer pessoa interessada perante o órgão nacional.

Essa legitimidade ativa encontra-se detalhada no artigo 14 do Regulamento do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, vejamos:

Art. 14 “Considerar-se-á parte legitimamente interessada toda pessoa física ou jurídica, com ou sem fins lucrativos, que se considere direta ou indiretamente prejudicada pela conduta presumidamente infratora, incluindo as associações de usuários e consumidores devidamente constituídas e reconhecidas como tal em seus países.”

Sem embargo, é de suma importância frisar que a legitimação se dá apenas perante o órgão nacional de defesa da concorrência do domicílio do denunciante, como deixa claro o artigo 15 do já citado regulamento. Conseqüentemente, continua inexistindo previsão legal que possibilite que pessoas distintas dos Estados-partes acessem diretamente as instituições do Mercosul.

Diante desse quadro é forçoso indagar quais seriam as opções à disposição do particular caso o órgão nacional entenda que a denúncia não é pertinente, não devendo, em consequência, ser investigada. A quem poderá o particular recorrer?

Acreditamos que existem duas opções possíveis: (a) a primeira se consistiu em bater às portas do Poder Judiciário local, vez que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional de ato ilegal é consagrado em todos os ordenamentos jurídicos modernos e, como se trata de investigação que deve tramitar perante o órgão nacional do Estado, é este competente para conhecer e atuar a respeito da matéria; (b) a segunda opção seria, por meio do manto da proteção diplomática, recorrer ao Comitê de Defesa da Concorrência.

Porém, caso ocorra do próprio Comitê, ou mesmo da Comissão de Comércio do Mercosul, recomendar o arquivamento do processo, a única opção que restará ao denunciante é, também via proteção diplomática, valer-se do sistema de solução de controvérsias do Protocolo de Olivos.

Seguindo no estudo do procedimento, após a denúncia, o órgão nacional deverá elaborar uma avaliação técnica preliminar e encaminhá-la para o Comitê de Defesa da Concorrência do Mercosul. De posse dessa avaliação, o Comitê deverá decidir se instaura a investigação, caso existam indícios de violação da concorrência, ou se arquivava o processo. Decidindo-se pelo arquivamento, para que sua decisão tenha validade, a Comissão de Comércio do Mercosul deverá ratificar o posicionamento do Comitê.

Depois de ultrapassada esta primeira fase, sendo admitida a denúncia no âmbito do Comitê, este deverá estabelecer o órgão que conduzirá a investigação de acordo com o domicílio do denunciado e os critérios que serão adotados pela instituição nacional responsável pela investigação dos fatos, podendo, inclusive, determinar a realização de diligências específicas, estudos ou provas que entenda necessários para o bom deslinde do feito¹⁷.

Como se pode perceber, temos um sistema descentralizado no qual o Comitê de Defesa da Concorrência irá estabelecer os parâmetros que serão utilizados na investigação a ser conduzida pelo órgão nacional responsável pelo procedimento.

Finda a parte instrutória, será elaborado um relatório a ser encaminhado para o Comitê, afim de que este adote as providências necessárias.

Destaque-se que o órgão nacional pode apenas recomendar a adoção de determinadas medidas ou posicionamento, porém, as decisões deverão ser tomadas no âmbito do Comitê.

Ocorre que, quase a totalidade das decisões adotadas pelo Comitê de Defesa da Concorrência devem ser referendadas pela Comissão de Comércio do

17. Art. 14 do Protocolo de Defesa da Concorrência, Decisão CMC n.º 18/96.

Mercosul. Ou seja, todas as decisões importantes, a exemplo de imposição de multas, arquivamento do processo, determinação para cessação da conduta etc., serão decididas no âmbito do Comitê, porém, para que essa decisão seja válida, deverá ser referendada pela Comissão.

Além disso, o artigo 12 do Protocolo de Defesa da Concorrência estabelece ainda que o Comitê deverá apresentar relatórios periódicos sobre o desenvolvimento dos processos em curso para a Comissão.

Pelo exposto acima, facilmente se percebe que praticamente todo poder decisório encontra-se nas mãos da Comissão de Comércio do Mercosul, uma vez que por seu crivo devem passar todas as decisões relevantes adotadas pelo Comitê de Defesa da Concorrência.

A nosso ver, essa estrutura enfraquece por demais o Comitê, já que lhe retira autonomia e poder decisório. Em verdade, da forma como o sistema atual se encontra montado, o papel do Comitê assemelha-se ao de um órgão consultivo. Sua tarefa consiste basicamente em emitir pareceres a respeito das investigações e decisões recomendadas pelo órgão nacional tendo em vista a necessidade de ratificação de todas as suas decisões relevantes.

Além disso, pode-se antevê que o procedimento estabelecido será bastante moroso, fato que acabará por prejudicar a efetividade desse instrumento. As idas e vindas entre o órgão nacional, o Comitê de Defesa da Concorrência e a Comissão de Comércio do Mercosul irão certamente retardar a tramitação dos processos. Atentos a isso, acreditamos que melhor seria estabelecer a Comissão de Comércio apenas como órgão de revisão, atuando unicamente ao fim do processo perante o Comitê, evitando-se, por conseguinte, a ratificação de decisão por decisão.

Ademais, cabe ressaltar que todas as decisões deverão ser adotadas por consenso, fato que expõe a fragilidade institucional do Mercosul e sua reduzida força coercitiva¹⁸. Dessa forma, caso o consenso não seja possível em um órgão, dever-se-á recorrer ao imediatamente superior. Assim, a atribuição do julgamento passaria do Comitê de Defesa da Concorrência para a Comissão de Comércio do Mercosul. Ainda mantendo-se a dissonância, desta remeter-se-ia para o Grupo Mercado Comum e, em última instância, caberia a um juízo arbitral *ad hoc* ou ao Tribunal Permanente de Revisão por fim na divergência.

18. SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira. The defense of competition in the Mercosur, 2002.

É necessário ressaltar que, ainda na fase de investigação, existe a possibilidade de se determinar a cessação da conduta, a reversão ao estado anterior ou qualquer outra medida que se considere necessária, desde que se perceba urgência ou ameaça de dano irreparável à concorrência. Segundo o artigo 13, essa decisão será adotada pelo Comitê, devendo ser referendada pela Comissão. Em caso de desobediência da determinação, poderá o Comitê, *ad referendum* da Comissão, impor multa à parte infratora. A sanção será executada pelo órgão nacional do Estado-parte em cujo território estiver domiciliado o infrator. O artigo 31 do Regulamento do Protocolo de Defesa da Concorrência detalha melhor este procedimento, vejamos:

Art. 31 – O compromisso de cessação e suas eventuais modificações a que se refere o Capítulo VI do PDC¹⁹ poderão ser propostos pelo denunciado ao ONA²⁰ responsável pela investigação. No caso de que o ONA competente os considere satisfatórios, os submeterá ao CDC²¹ para homologação, *ad referendum* da CCM²², em sua primeira reunião ordinária posterior à recepção ou em reunião extraordinária convocada para tal fim.

A seu turno, o artigo 16 do Protocolo estabelece a obrigação dos órgãos nacionais dos demais Estados-membros de auxiliar o órgão nacional responsável pela investigação. Esse artigo foi esmiuçado no “Entendimento sobre cooperação entre as autoridades de defesa da concorrência dos Estados Partes do Mercosul”, Decisão CMC 04/04, a qual desenvolve de forma detalhada como e em que condições se deve dar a cooperação entre as autoridades dos Estados-partes. Entretanto, esta decisão encontra-se ratificada apenas pela Argentina, não estando, portanto, em vigor.

Outra questão de relevância que merece atenção diz respeito a qual normativa será aplicada pelas distintas instituições. Outrora, este ponto era facilmente superado, já que a sistemática da Decisão CMC 21/94 estabelecia expressamente que a investigação no âmbito do órgão nacional se daria “*de acordo com a sua legislação nacional*” e se aplicaria, quando pertinente, “*as sanções correspondentes, de acordo com seu ordenamento jurídico interno*”. Contudo, esta questão agora não se apresenta tão clara. O sistema desenhado pelo Protocolo, mesmo incluindo seu Regramento e demais normas referidas, não conforma um todo auto-suficiente. Existem lacunas e o procedimento não se apresenta totalmente detalhado, principalmente, quando se refere à atuação do órgão nacional de defesa da concorrência.

19. PDC – Protocolo de Defesa da Concorrência

20. ONA – Órgão Nacional

21. CDC – Comitê de Defesa da Concorrência

22. CCM – Comissão de Comércio do Mercosul

Acontece que, examinado as normas em seu conjunto, percebe-se que a lei interna do país do órgão nacional de defesa da concorrência deverá por ele ser utilizada. Esta, porém, encontrar-se-á revogada pelas normas internalizadas do Protocolo e sua legislação acessória, no que contrária, pois ambos serão mais novos, já que internalizados posteriormente, e mais específicos em relação à matéria. Destarte, entendemos que os órgãos nacionais deverão se valer basicamente dos procedimentos estabelecidos em sua normativa interna, respeitando, por óbvio, os preceitos e os limites estabelecidos pela normativa mercosulina, bem como as diretrizes de investigação traçadas pelo Comitê.

A sanção, tal qual estabelecida, ilustra perfeitamente a problemática narrada. Ela, caso aplicável, será estabelecida pelo Comitê, referendada pela Comissão e aplicada pelo órgão nacional. O Protocolo, entretanto, não estabelecia qualquer meio de quantificá-la. Por esse motivo, no ano seguinte a sua elaboração, foi aprovada a Decisão CMC 2/97, que atualmente se constitui em um anexo do Protocolo e trata de estabelecer critérios de quantificação das penas. Traz, como já foi tido, apenas diretrizes, cuidando, por exemplo, de limitar os valores das multas em máximo e mínimo. Em relação ao máximo, determina que *“serão equivalentes a até 150% dos lucros auferidos com a prática infrativa; até 100% dos ativos envolvidos; ou até 30% do valor do faturamento bruto da empresa em seu último exercício, excluídos os impostos”*. Quanto ao mínimo, este foi fixado em montante correspondente à vantagem auferida, quando quantificável. Portanto, está claro que, nesta situação, a multa será fixada de acordo com os critérios da lei interna, observando-se os limites impostos pelo anexo ao Protocolo, Decisão CMC 2/97.

Situação distinta acontece nos casos em que a normativa do Mercosul apresenta-se imbuída de um caráter impositivo. Nestas circunstâncias, a normativa define todo o espectro de atuação, não deixando margem para a aplicação da lei interna. Um exemplo dessa situação pode ser observada no §1º, do artigo 15 do Protocolo que impõe ao órgão nacional responsável pela investigação da suposta infração a obrigação de divulgar *“relatórios periódicos sobre suas atividades”*. Logo, mesmo que por sua normativa interna não lhe seja imposta esta obrigação, o Protocolo a impõe, devendo ser obedecida.

Por fim, faz-se necessário falar um pouco sobre a vigência e o processo de internalização das normas pelos países-membros.

Segundo informa a Secretaria do Mercosul, o Protocolo de Defesa da Concorrência está em vigor desde o ano 2000, todavia, apenas para Brasil e Paraguai, uma vez que esses foram os únicos Estados a ratificá-lo, até o

presente momento. Além disso, cabe ressaltar que ele ainda não foi aplicado nenhuma vez.

Por sua vez, o Regulamento sobre o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, firmado em Brasília no ano de 2002, não está em vigor, já que foi ratificado apenas pelo Paraguai. Porém, seu artigo 40 estabelece que *“A adesão por parte de um Estado ao PDC²³ implicará adesão ao presente Regulamento”*. Ocorre que este artigo não pode ser aplicado ao Brasil, pois, quando o mesmo ratificou o Protocolo de Defesa da Concorrência, não havia ainda o Regulamento, inexistindo, conseqüentemente, esta previsão normativa. Nada obstante, esta será plenamente aplicável no caso de Argentina ou Uruguai virem a ratificar o Protocolo no futuro.

A fim de tornar mais claras as informações acima, trazemos em anexo uma tabela contendo um quadro comparativo de internalizações, resumindo os principais instrumentos relacionados à defesa da livre concorrência no Mercosul e por qual Estado já foi ratificado.

2.4. As faltas do Protocolo de Defesa da Concorrência

O Protocolo, segundo já foi visto, abarcou em seu âmbito de aplicação as empresas públicas e privadas que exercem monopólio estatal, entretanto, não cuidou de regular, naquela oportunidade, tema de suma importância para a livre concorrência, qual seja, o das ajudas públicas que distorcem a concorrência. Contentou-se em dispensar apenas uma cláusula programática, ao estabelecer, no artigo 32, que:

Art. 32 – “Os Estados Partes comprometem-se, dentro do prazo de dois anos a contar da entrada em vigência do presente Protocolo, e para fins de incorporação a este instrumento, a elaborar normas e mecanismos comuns que disciplinem as ajudas de Estado que possam limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência e sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados Partes.”

No entanto, essa temática já havia recebido tratamento semelhante por meio da Decisão CMC 20/94, que cuidava especificamente dessa matéria, apesar de limitar-se a determinar a criação de um Comitê Técnico, o qual seria responsável pela elaboração de uma regulação a ser submetida à aprovação da Comissão de Comércio até a data de 30 de junho de 1995. Acontece que essa proposta de regulamentação nunca foi aprovada ou sequer apresentada. Por esses motivos, acreditamos que o Protocolo incorreu em erro ao

23. PDC – Protocolo de Defesa da Concorrência

não regulamentar em seu bojo a referida temática. Ademais, até hoje a norma programática não foi atendida, não existindo ainda qualquer regulamento a respeito da matéria no âmbito do Mercosul.

Vale ressaltar que, por meio da Decisão CMC 15/96, foi determinado ao Grupo Mercado Comum que criasse um grupo *ad hoc* sobre o tratamento das políticas públicas que distorcem a competitividade com o intuito de revisar os critérios da Decisão CMC 20/94 e, até o prazo máximo de 30 de junho de 1997 e apresentar um esboço de regulação. Ocorre que o grupo *ad hoc* se reuniu poucas vezes e nenhuma proposta foi apresentada.

Estes fatos decorrem em grande parte da falta de interesse político-governamental dos próprios Estados-membros do Mercosul. Aparentemente, não há um verdadeiro empenho em disciplinar a matéria, pois com esta regulamentação os Estados estariam limitando seus poderes de forma relevante.

Sem embargo, há a necessidade de se dispensar tratamento ao tema, posto que a ausência de normas pode gerar danos incomensuráveis ao processo de integração, como a deflagração de guerras fiscais entre os países-membros, a fim de atrair empresas para os seus territórios, ou a concessão de créditos e subsídios a determinado setor, tornando-o predatório em relação aos demais, levando, desde logo, à falência desse mesmo setor nos outros Estados-partes. Nada obstante, não se está aqui proclamando a proibição total das ajudas públicas, mas sim o contrário. Faz-se necessária a regulamentação para que os agentes econômicos, nos diferentes países-membros, possam gozar de benefícios e vantagens equivalentes, possibilitando, deste modo, o desenvolvimento equitativo de todos.

A segunda omissão do Protocolo de Defesa da Concorrência que pode ser apontada refere-se aos atos de concentração. É certo que a doutrina diverge neste aspecto, havendo quem defenda que a disciplina a respeito desses atos surge sempre em um momento posterior, não devendo, portanto, ser computada como uma falta do Protocolo²⁴. Sem embargo, não é esta a visão trilhada pelo presente estudo.

No que tange aos atos de concentração, o Protocolo estabelecia em seu artigo sétimo um prazo de dois anos para a sua regulamentação. Contudo, esta apenas surgiu no ano de 2006, por meio da Decisão CMC 15/06 e, ainda assim, de forma insatisfatória, uma vez que a mesma disciplina muito pouco sobre matéria, tratando no mais das vezes sobre a cooperação entre os órgãos

24. JAEGER JUNIOR, Augusto – A liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul – São Paulo: Ltr, 2006, pág. 678.

nacionais dos Estados-partes, temática já abordada e regulamentada pela Decisão CMC 04/04.

Aliás, a respeito da Decisão CMC 15/06, faz-se necessário destacar o seu artigo X, que uma vez mais demonstra a inversão absoluta do princípio da Primazia no âmbito do Mercosul. Constitui-se, o citado artigo, em uma cláusula de não-interferência nas legislações nacionais, estabelecendo que as disposições da Decisão CMC 15/06 não impedem que um Estado-parte adote ou se abstenha de adotar qualquer medida que esteja em conformidade com sua legislação nacional. Em outras palavras, a decisão aprovada nas instâncias do Mercosul não tem qualquer eficácia prática, pois, em verdade, não tem poder para constranger os Estado-membros, sendo, em última análise, praticamente destituída de força coercitiva.

2.5. Decisões do Mercosul sobre a livre concorrência

Dentre as decisões dos tribunais arbitrais do Mercosul, em apenas uma houve menção direta a respeito de violação ao direito à livre concorrência e a aplicação do Protocolo de Defesa da Concorrência. Foi por meio do quarto laudo arbitral, expedido por um Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, em controvérsia atinente a exportação de frangos inteiros envolvendo Brasil e Argentina, no ano de 2001.

O Brasil havia apresentado reclamação contra a República da Argentina alegando que, através da Resolução nº. 574/2000 de seu Ministério da Economia, estaria ela aplicando medidas *antidumping* provenientes de sua legislação nacional contra as exportações de frangos inteiros originários do Brasil, estabelecendo, dessa forma, preços mínimos, derrubando, por conseguinte, as exportações do produto brasileiro.

O Estado brasileiro afirmou que as medidas adotadas eram contrárias à construção de uma União Aduaneira e a liberalização do comércio entre os Estados-partes. Além disso, invocou como normativas aplicadas ao caso, dentre outras, o Protocolo de Defesa da Concorrência e a Decisão CMC 11/97, a qual se constitui no “Marco Normativo Antidumping”. Justificou que estas normas possuiriam vigência parcial, visto que determinadas disposições não necessitariam de incorporação, se encontrando, desde logo, em vigor.

Por sua vez, o Estado argentino suscitou, como questão prévia, a inexistência de regras no Mercosul que regulem a aplicação de direitos *antidumping* no comércio intrazona, requerendo, destarte, que o Tribunal desse por encerrada sua atuação. Argumentou ainda que não caberia a Corte Arbitral rever os procedimentos adotados por um Estado-membro na aplicação de sua legislação nacional.

A seu turno, o Tribunal Arbitral afastou a tese de vigência parcial das normas, fundamentando que esta traria uma insegurança jurídica inaceitável. Além disso, ressaltou que não há qualquer regra que autorize a aplicação direta das normas emanadas pelos órgãos do Mercosul, sendo necessária a incorporação, não podendo nesta obrigação ser substituída a atuação do Estado-parte.

Porém, apoiando-se no Tratado de Assunção e no seu Regime de Adequação Final à União Aduaneira, o Tribunal Arbitral considerou-se competente para apreciar a matéria, entretanto, não ordenou a revogação da Resolução 574/2000, por entender que não havia sido provado que a Argentina se valeu desta para limitar a circulação dos bens no mercado intrazona e distorcendo a concorrência.

No julgamento, apesar de se considerar competente, superando as dificuldades atinentes a falta de legislação mercosulina a respeito da matéria, nenhuma providência foi adotada, por considerar que a infração não havia restado devidamente configurada.

3. CONCLUSÃO

Diante das considerações trazidas nesse estudo, podemos afirmar que o maior entrave para o efetivo funcionamento do sistema de defesa da concorrência no Mercosul é a falta de ratificação, pelos Estados-partes, dos instrumentos normativos aprovados no âmbito do Conselho de Mercado Comum.

Como foi visto, de todas as normas elaboradas até o presente momento pelas instituições do Mercosul, apenas o Protocolo de Defesa da Concorrência se encontra em vigor e, mesmo assim, sua vigência é parcial, uma vez que eficaz apenas em relação à controvérsias envolvendo Brasil e Paraguai, pois foram estes os únicos países a ratificá-lo.

A falta de confirmação das demais Decisões do Conselho implica ainda em uma dificuldade de se aplicar o Protocolo, porquanto as demais normas são, em certa medida, imprescindíveis para a sua correta utilização, já que regulamentam e completam o Protocolo, conformando o sistema de Defesa da Concorrência.

Paralelo a isso, deve-se advertir que a organização institucional do Mercosul tampouco colabora para uma aplicação mais efetiva, sobretudo em matéria de defesa da concorrência, já que mais adequado seria contar com um tribunal de caráter supranacional que impusesse sua jurisdição sobre os Estados-membros, pois, como é sabido, em matéria de concorrência, os tribunais nacionais costumam ser lenientes em relação às suas empresas, principalmente quando os efeitos são sentidos apenas em outros Estados.

Some-se a isso o fato de que todas as decisões adotadas no âmbito das instituições do Mercosul devem ser alcançadas por consenso, fato que, por si só, já atribui um peso elevado ao Estado acusado, pois, em decorrência da necessidade de unanimidade, um poder de barganha excessivo lhe é concedido. Deste modo, acreditamos que o Estado-reclamado deveria perder o direito ao voto no âmbito do Comitê de Defesa da Concorrência e da Comissão de Comércio do Mercosul, permitindo que o consenso seja alcançado sem a sua participação.

Outros dois fatores que contribuem para que a defesa da concorrência não tenha entrado ainda como um assunto prioritário na agenda do Mercosul são, certamente, a falta de tradição dos países-membros e a impossibilidade dos particulares de acessarem diretamente nas instituições do Mercosul, além, é claro, dos elevados custos implicados em se litigar no atual sistema arbitral.

Não obstante, o Protocolo possibilita que os particulares apresentem queixas ante o órgão nacional de defesa da concorrência de seu domicílio, fato que tende a ampliar o acesso dos nacionais às instâncias do Mercosul, mesmo que por vias indiretas.

Cabe ainda registrar que não nos iludimos a respeito do sistema de defesa da concorrência até o momento montado pelo Mercosul. Contudo, mesmo cientes de que o Protocolo e demais decisões não se constituem em exemplos de técnica legislativa, acreditamos que o Mercosul deveria empreender esforços em busca de sua ratificação, visando a entrada em vigor de forma plena. Sem embargo, concomitantemente, seria interessante incentivar que os países consolidassem suas leis e seus órgãos de defesa da concorrência para que, com todo o sistema montado e em funcionamento, pudesse ser analisado, criticado e então, a partir desses estudos, aprimorado.

Não acreditamos que o surgimento de uma nova legislação em matéria de livre concorrência possa trazer novos ânimos determinando a sua imediata ratificação, apesar disso, temos certeza que após mais de dez anos no limbo, o Protocolo já esteja um tanto quanto desgastado. Apesar disso, o transcorrer desse tempo não o torna desatualizado.

Além do mais, defendemos que um próximo projeto de normativa deverá compilar todas as matérias que hoje se encontram dispersas ou ausentes, agregando em um mesmo instrumento todos os âmbitos da defesa da concorrência, como por exemplo, as ajudas públicas, os atos de concentração, a prática de *dumping* etc.

Para tanto, acreditamos que, só a partir da entrada em vigor do sistema atual, poderá o Mercosul avançar nos debates necessários, amadurecendo diversos entendimentos e reflexões a respeito da matéria. Este nos afigura como um degrau indispensável a ser superado, para que, dessa forma, se possa

buscar a convergência necessária em torno de um novo projeto de normativa, levando em consideração as experiências adquiridas por meio da aplicação do atual Protocolo de Defesa da Concorrência.

4. BIBLIOGRAFIA

- ARAUJO JR., José Tavares de. Política de Concorrência no Mercosul: Uma Agenda Mínima, 2001, (disponível em http://www.dttc.oas.org/trade/STAFF_ARTICLE/tav01_conc_agenda.asp). Acessado em 1º jul. 2008.
- ARAUJO JR., José Tavares de. Política O Futuro do MERCOSUL, 1999, disponível em http://www.dttc.oas.org/trade/staff_article/tav99_merc_p.asp. Acessado em 15 maio 2008.
- BAHIA, Saulo José Casali. O Mercosul e seus projetos institucionais. No prelo.
- BAHIA, Saulo José Casali. O Mercosul e suas relações com a ALCA e a União Européia. No prelo.
- BASTOS, Aurélio Wander. A Concorrência e a Defesa do Consumidor no Brasil e no Mercosul – Recuperação Histórica e Perspectivas Paradoxais. Disponível em <http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista3/artigo3.htm>). Acessado em 10 de jun. 2008.
- BIASE, Hector N. Di. Regime Jurídico da Concorrência. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero2/artigo11.htm>. Acessado em 24 de abr. de 2008.
- CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. Manual de direito da concorrência – São Paulo: IOB Thomson, 2005.
- CASELLA, Paulo Borba. Direito da Concorrência na CE e no Mercosul. Em Mercosul: das negociações à implantação/ organizadores Luiz Olavo Baptista, Araminta de Azevedo Mercadante, Paulo Borba Casella – 2ed- São Paulo: LTr, 1998.
- CLARK, John Maurice. A concorrência como processo dinâmico. Forense – Rio, Primeira Edição Brasileira, 1966, traduzido de Competition As a Dynamic Process – Segunda Edição – 1963
- CONSIDERA, Cláudio Monteiro. Uma Breve História da Economia Política da Defesa da Concorrência, 2002. Disponível em: http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2002, acessado dia 30 de mar. de 2008.
- ESTRELLA, Ângela Teresa Gobbi. A imposição de medidas de defesa comercial no comércio intra-Mercosul. Disponível em www.socejur.com.br/artigos/ArtigoAngelaEstrella.doc. Acessado em 10 jul. 2008.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio – Editora Nova Fronteira S.A., 1ª Ed., 15ª Impressão.
- JAEGER JUNIOR, Augusto – A liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul – São Paulo: Ltr, 2006,
- MARTINS, Eliane Maria Octaviano. Defesa da concorrência, supranacionalidade e Mercosul . Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1620>). Acessado em: 08 jan. 2008.
- PENA, Felix. Defensa de la competencia económica en el Mercosur, 2001. Disponível em: <http://www.felixpena.com.ar/index.php?contenido=wpapers&wpagno=documentos/2001-05-14-defensa-competencia-economica-mercosur>. Acessado em 08 de abr. de 2008.

- PENA, Felix. Una política de competencia económica para el MERCOSUR, 2000. Disponível em: <http://www.felixpena.com.ar/index.php?contenido=wpapers&wpagno=documentos/2000-09>. Acessado em 06 de abr. 2008.
- SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira. The defense of competition in the Mercosur, 2002. Disponível em: http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/textos_artigos/2002-1/3-pdfwin32. Acessado em: 15 de maio de 2008.
- SILVA NETO, Manuel Jorge e. Direito constitucional econômico – São Paulo: LTr, 2001.
- Site Canal do Mercosul, <http://www2.uol.com.br/actasoft/actamercosul/index.htm>. Acessado em 09 abr. 2008.
- Site da Câmara de Senadores de Paraguai, <http://www.senado.gov.py>. Acessado em 10 jul. 2008.
- Site do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, www.cade.gov.br, Acessado em 15 maio 2008.
- Site do Ministério da Fazenda do Paraguai, <http://www.hacienda.gov.py/web-hacienda/index.php>. Acessado em 06 abr. 2008.
- Site oficial do Mercosul, www.mercosur.int. Acessado em 12 jul. 2008.
- Site da Real Academia Española, <http://www.rae.es/>. Acessado em 12 jul. 2008.
- VAZ, Isabel. Direito Econômico da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- VICENTINO, Cláudio. História do Brasil – São Paulo: Scipione, 1997.
- WAISBERG, Ivo. Direito e política da concorrência para os países em desenvolvimento. Edições Aduaneiras, 2006.

ANEXO 01

Tabela 1 – Quadro Comparativo de Internalizações²⁵

Instrumentos Normativos	Argentina	Brasil	Paraguai	Uruguai	Vigência
Protocolo (Dec. CMC 18/96)	–	Sim (2000)	Sim (1997)	–	Sim, mas apenas entre Brasil e Paraguai
Anexo (Dec. CMC 02/97)	–	Sim (2000)	–	–	Não
Regulamento (05/12/2002)	–	–	Sim (2006)	–	Não
Entendimento (Dec. CMC 04/04)	Sim (2004)	–	–	–	Não
Controle de Atos de Concentração (Dec. CMC 15/06)	–	–	–	–	Não

25. Fontes: Site Oficial do Mercosul (www.mercosur.int) e Assessoria Internacional do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

XII.

ANOTAÇÕES SOBRE O ACESSO A JUSTIÇA DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS E COLETIVAS NO MERCOSUL

*Geisa de Assis Rodrigues**

SUMÁRIO: I. Considerações Iniciais – II. Participação da Sociedade na definição da política de integração do Mercosul – III. Participação dos atores sociais na esfera regional do Mercosul – IV. Acesso à Justiça no Mercosul – V. Considerações finais

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A preocupação com a dimensão social geralmente é incorporada à pauta da integração econômica dos Estados em um momento subsequente à definição política e econômica da integração, como se a cronologia econômica fosse necessariamente diversa da cronologia social.¹ Como a participação em um bloco econômico sempre revela, em alguma medida, uma restrição de soberania estatal, a decisão fundamental da submissão do país à cooperação² é eminentemente política, sendo tomada pelas instâncias governamentais com apoio de sua burocracia. Na adoção desta decisão quase sempre se trava um diálogo com as elites econômicas internas, que têm condição de influir no governo e sopesar os benefícios que lhe advirão desta opção política. Todavia, os demais atores sociais ficam alijados dessa decisão inicial e apenas têm, quando muito, algum espaço de participação em momento ulterior, quando as bases da integração estão praticamente definidas.

Contudo, é infundada a presunção de que o cotidiano dos cidadãos esteja imune às opções econômicas e comerciais feitas pelos governos em suas relações internacionais. Não importa se estejamos diante de uma área de livre

* Professora licenciada da Universidade Federal da Bahia. Mestre e Doutora em Direito pela UERJ. Procuradora Regional da República na 3ª Região. Este artigo apresenta reflexões que foram expostas no Seminário promovido pela Universidade de Tours e pela Universidade Federal da Bahia, em Tours, nos dias 12 e 13 de Abril de 2006 “Mercosul e União Européia: entre concorrência e solidariedade,” na França, e o Seminário promovido pelas mesmas instituições acadêmicas (nome do seminário) nos dias 3 a 5 de Abril de 2008.

1. As expressões cronologia econômica e cronologia social são usadas por ALMEIDA, Paulo Roberto. *Mercosul, NAFTA e ALCA: a dimensão social*. Org. Yves Chaloult & Paulo Roberto de Almeida. SP: LTR, 1999.
2. Embora os termos cooperação e integração possam ter significados distintos, para os fins de nossa abordagem os utilizaremos como sinônimos.

comércio, de uma união aduaneira, de um mercado comum ou de uma união econômica³, em cada um desses estágios de integração há uma dimensão social, mais ou menos complexa que deve ser levada em conta pelos Estados, que são os verdadeiros protagonistas deste processo.

Um dos maiores desafios à participação no momento inicial da integração é que a discussão é apresentada como estritamente técnica, para a qual haveria uma delegação de decisão aos dirigentes políticos eleitos democraticamente. A busca por uma melhor inserção do país na arena econômica internacional estaria dentro das atribuições dos governantes, como uma forma de compatibilizar o bem estar geral com as demandas de neocapitalismo. Todavia, no mais das vezes as opções políticas adotadas para gerir essa tensa relação são praticamente infensas aos controles de legitimidade tradicionais. Em suma, “*el binomio tecnocracia-desideologización se manifiesta en la zona de la actuación concreta del Estado como burocracia-despolitización: la administración pretende sustituir a la política*”.⁴ Esse fato acaba por gerar uma “carência democrática de legitimação”⁵, o que ocorre sempre que o círculo daqueles que tomam parte nas decisões democráticas não coincide com o círculo daqueles que são afetados por essas decisões.

Some-se a isso o pouco interesse da sociedade em geral na política externa, como demonstrado por estudo de Almond⁶, apesar de imaginado para uma outra realidade e para outro propósito, no sentido de que a opinião pública em geral é totalmente alheia aos temas de política externa, salvo quando existe um conflito aberto com outro país quer seja econômico ou militar. Assim, mesmo em países que têm uma vivência democrática estável é muito raro que se submeta a decisão da formação de um bloco econômico a um amplo debate público⁷.

Se por um lado existe alguma dificuldade de se tentar imprimir uma pressão democrática interna sobre a opção da integração de cada país, mais

-
3. Vide BALASSA, Bela. *Teoría de la Integración Económica*. Ciudad de México: Hispano Americano, 1980.
 4. DIAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 1998. pg 116
 5. HABERMAS, Jurgen. “Nos limites do Estado” Artigo publicado no Caderno “Mais” do *Jornal Folha de São Paulo*, de 18 de Julho de 1999, pg. 5.
 6. ALMOND, Gabriel. *The American people and foreign policy*. New York: Basic Book, 1950. Almond adota um esquema sobre a tomada de decisão na política externa, sendo o núcleo da decisão das lideranças governamentais e de sua burocracia, com influência das elites diretamente envolvidas e os formadores de opinião, o público interessado é uma platéia para o palco das negociações, e o público em geral é totalmente alheio ao processo decisório salvo quando eclodem os conflitos.
 7. Como parece ter sido o caso da NAFTA (1994) ou do CUSFTA (1989) – Acordo de Livre Comércio entre o Canadá e os Estados Unidos.

desafiante se revela o exercício pleno da cidadania pelos nacionais dos países cooperados no âmbito regional. Como é cediço, toda a concepção da participação política dos cidadãos foi estruturada para os limites de um Estado Nacional, a exemplo das instituições que caracterizam a democracia representativa e dos mecanismos que ensejam a participação direta dos eleitores. Nas fases iniciais dos blocos econômicos a densidade institucional é muito baixa, sendo difícil se reconhecer um espaço de atuação para os atores sociais, que estejam afastados do poder governamental. Por outro lado, as tradicionais formas de pressão das quais se valem os movimentos sociais têm força mais limitada quando se referem a temas relacionados à integração econômica, em vista deste tipo de questão suscitar pouca mobilização bem como o baixo impacto das ações locais no núcleo decisório regional. Destarte, a inclusão das demandas por políticas públicas sociais na pauta da integração regional, ou até mesmo a consideração da oposição às políticas propostas é um significativo desafio para todos que estejam alijados do poder central dos governos. Não menos importante é a dificuldade de se conciliar os interesses dos cidadãos dos vários países integrados, uma vez que, em muitos casos, o que é prejudicial para uma população pode favorecer outra. Em suma, a intensificação das relações comerciais entre os países não é necessariamente acompanhada do surgimento de um senso de comunidade, o que dificulta a atuação conjunta dos movimentos nacionais, e enfraquece a sua posição como interlocutor das demandas políticas na esfera regional.

Veremos, assim, como essas questões se apresentam no Mercosul. Dividiremos a nossa abordagem em três perspectivas: a primeira sobre a participação da sociedade na própria definição da política de integração do Mercosul; a segunda sobre a participação dos atores sociais nesta esfera regional, e a terceira sobre o acesso à justiça no espaço regional.

II. PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE NA DEFINIÇÃO DA POLÍTICA DE INTEGRAÇÃO DO MERCOSUL

Os antecedentes mais imediatos do Tratado de Assunção foram os pactos binacionais firmados entre Argentina e Brasil na década de oitenta⁸. Tais países objetivavam uma melhor inserção na esfera das relações internacionais,

8. Como a Declaração de Iguazu, firmada em 30/11/1985, e o Programa de Integração e Cooperação Econômica-PICE, em 1986. Como antecedentes mais remotos temos as diversas tentativas de integração na América Latina, motivados pela Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL- 1948): a) o Tratado de Montevidéu (1960) criação da Associação Latino-americana de Livre comércio –ALALC, b) criação da Associação Latino-americana de Integração (ALADI)- Tratado de Montevidéu (1980)

para enfrentar a grave crise por que passavam suas economias protecionistas e dar alguma resposta às demandas por padrões sociais mais condizentes, surgidas com o processo de redemocratização. Tais objetivos comuns mitigavam as diferenças geográficas, sociais e econômicas que caracterizam os dois países mais influentes da América do Sul, porém igualmente dependentes na ordem econômica internacional.

O passo seguinte foi a integração do Paraguai e do Uruguai no projeto de cooperação econômica de todo o Cone Sul da América com a formação do Mercosul em 1991. Conquanto não concordemos com o determinismo da teoria do **spillover**⁹, neste caso houve uma propagação da idéia da integração nos países que, apesar de extremamente heterogêneos reconheceram a necessidade da formação do bloco econômico como uma importante política externa. Como já ressaltado, a cooperação foi necessária à consolidação de um projeto de inserção internacional não subalterno, bem como a modernização das empresas e das estruturas produtivas. Importante consignar que neste mesmo período estes países abriram suas economias, permitindo maior trânsito de bens e capitais e revitalizaram suas instituições democráticas. Assim, a integração regional foi percebida como uma forma de fortalecer suas posições comerciais no âmbito externo¹⁰.

Nossa abordagem sobre a participação da sociedade na concepção do MERCOSUL privilegiará os Estados-partes fundadores, sem examinar questões relativas ao Chile, ao Peru, ao Equador, à Colômbia e à Bolívia, países que em virtude de acordos de complementação econômica, celebrados entre 1996 e 2003, guardam um extenso rol de interesses comuns, mas que não assumiram com todas as consequências a adesão ao Tratado de Assunção e a República Bolivariana da Venezuela¹¹, que em 4 de Julho de 2006 aderiu formalmente ao bloco regional, muito embora sua adesão ainda esteja sendo discutida pelos países membros, sendo que, de qualquer forma, apenas adotará

9. O conceito de spillover, que traz a noção de “derramamento” em inglês, pressupõe a existência de um núcleo funcional que dá origem à integração regional porque possui uma capacidade autônoma de provocar estímulos integracionistas, incorporando ao longo de seu trajeto novos atores e setores relevantes. HIRST, Mônica. *Reflexiones para un análisis político Del Mercosur*. Buenos Aires: Flacso, 1991.

10. Não podemos esquecer, todavia, que o processo de integração regional não se explica apenas através do fenômeno da globalização, até porque a integração regional é voluntária e a globalização ocorre à revelia dos Estados. FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de & MERINO, Lucyla Tellez. *Horizontes para o Direito numa sociedade em mudança: Dilemas da Alça., Impasses do Mercosul e Crise do Estado-Nação como círculo retroalimentador*. São Paulo: LTr, 2004.

11. Protocolo de adesão da República Bolivariana da Venezuela.

plenamente as regras do MERCOSUL a partir de 2010. Contudo, muito do que será dito é aplicável também a estes países sul americanos.

O Mercosul surgiu como um ambicioso projeto de criar em pouco mais de três anos um Mercado Comum com livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, eliminação de direitos alfandegários e restrições não tarifárias, estabelecimento de uma tarifa externa comum, adoção de política comercial única em relação a terceiros Estados, coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes e compromisso dos Estados de harmonizar suas legislações¹². Note-se que não há previsão expressa sobre a livre movimentação de pessoas, embora os trabalhadores sejam fatores produtivos, a demonstrar que o Mercado que originalmente se concebeu é comum mas não é comunitário.

A exemplo dos outros processos históricos de integração regional a pauta econômica foi a preponderante, e os protagonistas da mobilização integracionista foram as cúpulas governamentais e as elites econômicas. Não tem sabor de novidade afirmar que a formação do Mercosul foi excludente do ponto de vista social.¹³ Mesmo a iniciativa uruguaia de formação de uma comissão tripartite (governo, empresários e trabalhadores)¹⁴ não infirma a pouquíssima participação da sociedade na discussão sobre a conveniência e o formato da integração. Em países como Argentina e Brasil até mesmo o grau de conhecimento da proposta mercosulina variou entre suas diversas regiões.

Nem se diga que haveria um mandato implícito dos cidadãos para que seus governantes pudessem definir a idéia de integração. Enunciados principiológicos como o do parágrafo único do artigo 4º da Constituição brasileira, que prevê que «A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à

12. Artigo 1º do Tratado de Assunção.

13. Nesse mesmo sentido, dentre outros: VAZ, Alcides Costa. *A integração no mercosul: novos atores e o desafio da participação política e social*. Mercosul, NAFTA e ALCA: a dimensão social. Org. Yves Chaloult & Paulo Roberto de Almeida. SP: LTR, 1999; DAMATTA, Roberto. In *O mercosul e a sociedade civil: em torno das trocas econômicas e da integração cultural*. Fundação Alexandre Gusmão. O Mercosul e a integração sul americana: mais do que a economia. FUNAG. Brasília, 1997, p. 101-116; VIGEVANI, Tullo e MARIANO, Karina L. Pasquarillo. *Estratégias e alianças entre os atores sociais*. Mercosul, NAFTA e ALCA: a dimensão social. Org. Yves Chaloult & Paulo Roberto de Almeida. SP: LTR, 1999; PASQUARIELLO, Karina Lilia. *Mercosul e Sindicatos: a participação das Centrais Sindicais no Subgrupo 11*. Programa de Pós graduação do Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. Orientador José Alvaro Moisés. 1996.

14. A Comissão Sectorial para el Mercosur (COMISEC) foi criada logo depois do Mercosul.

formação de uma comunidade latino-americana de nações», não dispensam o efetivo debate que cada política concreta de integração pode ensejar.

Não se pode olvidar, outrossim, a própria fragilidade democrática dos Estados-partes, cuja história de golpes de Estado, de ditaduras militares, de intolerância com oposições políticas, de extermínio de lideranças populares, solapou o sentimento participativo da sociedade. Prova da necessidade de subversão da cultura política tradicional da área é a proclamação expressa do compromisso dos Estados-Partes contra soluções heterodoxas de alteração de poder.¹⁵

Aliás, é interessante consignar a relação entre integração regional e o fortalecimento da democracia nos Estados-partes, a exemplo do que ocorreu no Paraguai em 1996 e 1999, quando a atuação dos países integrantes do Bloco foi fundamental para evitar um atentado à normalidade democrática paraguaia, tendo se acenado inclusive com a possibilidade de exclusão do país do Mercosul¹⁶.

Ademais, em todos os países do Mercosul viceja a hipertrofia do Executivo, tendo o Poder Legislativo um papel quase sempre reativo às políticas propostas pelos governos. Assim, o Parlamento, que em tese é a arena adequada para a discussão política dos assuntos mais relevantes da sociedade, ficou distante da opção política de ingresso no Mercosul, sendo convocado apenas para chancelar os tratados e acordos que formalizaram o bloco econômico. Ainda que desde os tratados binacionais entre Brasil e Argentina tenha se previsto uma Comissão Parlamentar Conjunta de Integração¹⁷, e tendo, desde a criação do Mercosul tendo funcionado a Comissão Parlamentar Conjunta, havendo

15. O protocolo de Ushuaia sobre compromisso democrático no Mercosul, Bolívia e Chile, firmado em 1998, a partir da Declaração Presidencial de Las Leñas de 1992 é expresso ao afirmar a plena vigência das instituições democráticas como condição essencial para o desenvolvimento dos processos de integração entre os Estados Partes deste Protocolo.

16. Nesse mesmo sentido: “Experiências recentes no Mercosul estariam demonstrando a razoabilidade deste raciocínio: seria o caso das crises institucionais no Paraguai, dos primeiros semestres de 1996 e de 1999, ambas ligadas ao papel político das forças armadas, em particular do general Oviedo. O Mercosul, como amplamente sabido, é um processo de integração regional que se apóia sobre o princípio da intergovernabilidade. Foi até hoje rejeitada a idéia de supranacionalidade, com maior ênfase de parte da Argentina e do Brasil. (...) O que queremos dizer é que, apesar da intergovernabilidade, de fato vêm se afirmando no bloco regional os princípios da democracia”. VIGEVANI, Tullo, MARIANO, Karina Pasquariello & OLIVEIRA, Marcelo Fernandes. Democracia e atores políticos no Mercosul. Acessado pela Internet na página <http://168.96.200.17/ar/libros/sierra/vigevani.pdf>, em 14/03/2006.

17. A Comissão Parlamentar Conjunta da Integração foi prevista no Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, assinado por Argentina e Brasil em novembro de 1988, sendo composta por doze legisladores de cada país, com caráter consultivo.

hoje um Parlamento do Mercosul, instituído em Dezembro de 2006, o fato é que os Parlamentos Nacionais pouco se envolveram na tomada de decisão do Mercosul¹⁸.

Além da falta de uma cultura democrática estável, todos os Estados partes, em maior ou menor grau, convivem com uma intensa desigualdade social, traduzida no contraste da pujança acadêmica com o analfabetismo, das safras agrícolas recordes com a fome, das cirurgias de ponta com o esgoto a céu aberto, dentre outros inquietantes opostos que expõem a inadequada distribuição de renda desses países. À evidência que essas disparidades se refletem na forma de participação dos diversos atores sociais, havendo uma significativa parcela da população cuja energia precisa ser destinada única e exclusivamente para garantir a sua própria sobrevivência, sem contar que o exercício pleno da cidadania pressupõe a compreensão dos signos e símbolos do discurso político, o que é muito difícil para aqueles sem acesso à educação formal.

Mesmo a parcela das sociedades nacionais organizada politicamente e relacionada mais diretamente às questões econômicas, como os Sindicatos, não tiveram uma participação de destaque no processo de integração no Cone Sul. Apesar da existência, desde o ano de 1986, da Coordenadora de Centrais Sindicais do Cone Sul – CCSCS¹⁹, o movimento sindical nunca logrou difundir entre os trabalhadores sulamericanos seu utópico projeto bolivariano. Em 1992 foi criada no âmbito da CCSCS a Comissão Mercosul, para examinar as implicações da integração regional para os trabalhadores dos Estados partes. As primeiras posições, inclusive, foram francamente contrárias à idéia do Mercosul, e de toda abertura econômica de seus países, diante do potencial de redução dos direitos trabalhistas garantidos nas legislações internas.

Os demais movimentos sociais foram ainda mais alheios ao processo de integração, seja pela intrínseca dificuldade de organização dos interesses difusos²⁰, como os de defesa dos direitos dos consumidores, de defesa de

18. A pouca participação parlamentar foi anotada pelo relator do parecer quando do processo de aprovação do Protocolo de Ouro Preto, Deputado Franco Montoro: “os rumos da integração serão definidos exclusivamente pela negociação dos Executivos nacionais, afastada a participação direta dos parlamentos ou das populações dos quatro países nas decisões relacionadas à integração, já que seus órgãos representativos, a Comissão Parlamentar Conjunta e o Foro Consultivo Econômico-Social, possuirão funções meramente consultivas.” Acessível em <http://www.camara.gov.br>.

19. Formada originalmente pela COB boliviana, MIT paraguaia, CNT e CDT chilenas, CGT argentina, PIT- CNT uruguaio e CUT e CGT brasileiras.

20. Vide OLSON, Mancur. *The logic of collective action. Public Goods and the theory of groups*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

direitos sociais como a saúde e a educação, seja pela conflituosa afirmação desses direitos já em âmbito nacional, quiçá em esfera regional. Mesmo o movimento ambientalista, que pelas suas próprias singularidades tem uma vocação transnacional²¹ (uma vez que os recursos naturais não conhecem barreiras geográficas e políticas, e na região temos importantes ecossistemas em comum como o Pantanal²², o Pampa gaúcho²³, o Aquífero Guaraní²⁴), não teve uma participação efetiva na construção do Mercosul, ainda que a preservação do meio ambiente seja uma das justificativas do Tratado de Assunção²⁵. Pelos mesmos motivos também os movimentos de igualdade de gênero e de raça não tiveram visibilidade no momento de formação do Mercosul. Tampouco os índios²⁶ tiveram espaço para a qualquer tipo de intervenção na concepção mercosulina, apesar de algumas etnias, como os guarani, serem historicamente um verdadeiro traço de identidade entre esses vários países.

O resultado favorável de algumas pesquisas de opinião da época²⁷ em favor da integração econômica não altera o quadro da pouca participação dos organismos não governamentais no processo de formação do Mercosul, porque não retratam uma efetiva discussão sobre o tempo e o modo da integração concretamente concebida pelo Tratado de Assunção.

-
21. Muito bem observam Freitas Jr. E Merino: “É interessante notar como, no curso das duas últimas décadas, sua pauta de demandas foi progressivamente migrando, dos antigos recursos da política convencional, para uma estimulante aproximação entre as arenas estatais, regionais e internacionais; num itinerário que inicia na Conferência de Estocolmo e alcança um patamar de considerável sofisticação por ocasião da Conferência do Rio de Janeiro, em 1992.” Op., cit. pg. 105
 22. Ocupa grande parte do centro oeste brasileiro e se estende pela Argentina, Bolívia e Paraguai, onde recebe outras denominações.
 23. O Pampa abrange a Argentina, o Chile, o Uruguai e o Brasil.
 24. O Aquífero Guaraní é o maior manancial de água doce subterrânea transfronteiriço do mundo. Ocupa uma área de 1,2 milhões de Km², estendendo-se pelo Brasil (840.000 Km²), Paraguai (58.500 Km²), Uruguai (58.500 Km²) e Argentina (255.000 Km²).
 25. “Entendendo que esse objetivo deve ser alcançado mediante o aproveitamento mais eficaz de recursos disponíveis, a preservação do meio ambiente, o melhoramento das interconexões físicas, a coordenação de política macroeconômica da complementação dos diferentes setores da economia, com base nos princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio.”
 26. Temos aproximadamente 330.000 índios no Brasil, 700.000 na Argentina e 100.000 no Paraguai.
 27. Uma pesquisa de opinião realizada pelo instituto brasileiro de pesquisa IBOPE, em agosto de 1987, apontava que 88% da população seria favorável à participação do Brasil em uma comunidade de países da América Latina. Citada em MARTINEZ, Wilfredo Eduardo. Mercosul: contextualização de impacto nas relações sócio-econômicas. Março/ 1993. São Paulo. USP F 338.984.4 (261.5) M337m DIN.

III. PARTICIPAÇÃO DOS ATORES SOCIAIS NA ESFERA REGIONAL DO MERCOSUL

Adotando-se a classificação de Bizzozzero e Grandi²⁸ podemos identificar três círculos de influência em nível de integração regional mercosuliana: no primeiro estariam as máximas autoridades políticas de cada Estado membro, as grandes empresas nacionais e transnacionais operantes na área, e as próprias instituições dirigentes do Mercosul como o Conselho do Mercado Comum²⁹, Grupo Mercado Comum³⁰, e a Comissão de Comércio do

-
28. BIZZOZERO, Lincoln, GRANDI, Jorge. Hacia una sociedad civil del Mercosur: viejos e nuevos actores e el tejido subregional. Integración e Comercio, n. 3, p. 33-50, Set./Dec 1997.
29. Artigo 4 – O Conselho do Mercado Comum será integrado pelos Ministros das Relações Exteriores; e pelos Ministros da Economia, ou seus equivalentes, dos Estados Partes. Artigo 8 – São funções e atribuições do Conselho do Mercado Comum: I. Velar pelo cumprimento do Tratado de Assunção, de seus Protocolos e dos acordos firmados em seu âmbito; II. Formular políticas e promover as ações necessárias à conformação do mercado comum; III. Exercer a titularidade da personalidade jurídica do Mercosul. IV. Negociar e firmar acordos em nome do Mercosul com terceiros países, grupos de países e organizações internacionais. Estas funções podem ser delegadas ao Grupo Mercado Comum por mandato expresse, nas condições estipuladas no inciso VII do artigo 14; V. Manifestar-se sobre as propostas que lhe sejam elevadas pelo Grupo Mercado Comum; VI. Criar reuniões de ministros e pronunciar-se sobre os acordos que lhe sejam remetidos pelas mesmas; VII. Criar os órgãos que estime pertinentes, assim como modificá-los ou extingui-los; VIII. Esclarecer, quando estime necessário, o conteúdo e o alcance de suas Decisões; IX. Designar o Diretor da Secretaria Administrativa do Mercosul. X. Adotar Decisões em matéria financeira e orçamentária; XI. Homologar o Regimento Interno do Grupo Mercado Comum.
30. Artigo 10 – O Grupo Mercado Comum é o órgão executivo do Mercosul. Artigo 11 – O Grupo Mercado Comum será integrado por quatro membros titulares e quatro membros alternos por país, designados pelos respectivos Governos, dentre os quais devem constar necessariamente representantes dos Ministérios das Relações Exteriores, dos Ministérios da Economia (ou equivalentes) e dos Bancos Centrais. O Grupo Mercado Comum será coordenado pelos Ministérios das Relações Exteriores. Artigo 14 – São funções e atribuições do Grupo Mercado Comum: I. Velar, nos limites de suas competências, pelo cumprimento do Tratado de Assunção, de seus Protocolos e dos acordos firmados em seu âmbito; II. Propor projetos de Decisão ao Conselho do Mercado Comum; III. Tomar as medidas necessárias ao cumprimento das Decisões adotadas pelo Conselho do Mercado Comum; IV. Fixar programas de trabalho que assegurem avanços para o estabelecimento do mercado comum; V. Criar, modificar ou extinguir órgãos tais como subgrupos de trabalho e reuniões especializadas, para o cumprimento de seus objetivos; VI. Manifestar-se sobre as propostas ou recomendações que lhe forem submetidas pelos demais órgãos do Mercosul no âmbito de suas competências; VII. Negociar, com a participação de representantes de todos os Estados Partes, por delegação expressa do Conselho do Mercado Comum e dentro dos limites estabelecidos em mandatos específicos concedidos para esse fim, acordos em nome do Mercosul com terceiros países, grupos de países e organismos internacionais. O Grupo Mercado Comum, quando dispuser de mandato para tal fim, procederá à assinatura dos mencionados acordos. O Grupo Mercado Comum, quando autorizado pelo Conselho do Mercado Comum, poderá delegar os referidos poderes à Comissão de Comércio do Mercosul; VIII. Aprovar o orçamento e a prestação de contas anual apresentada pela Secretaria Administrativa do Mercosul; IX. Adotar Resoluções em matéria financeira e orçamentária, com base nas orientações emanadas do Conselho do Mercado Comum; X. Submeter ao Conselho

Mercosul³¹; no segundo teríamos o Parlamento do Mercosul, as centrais sindicais e o Foro Consultivo Econômico e Social, e, em terceiro as demais organizações sociais, organismos e foros regionais de segmentos profissionais e redes universitárias e acadêmicas.

Como se percebe, excetuando-se a elite empresarial, os organismos não governamentais não são protagonistas do desenvolvimento político do Mercosul, sendo as forças sociais de maior destaque aquelas diretamente relacionadas ao processo de produção e circulação de riquezas, como as entidades representantes dos trabalhadores, já que a pauta de negociação da integração ainda se apresenta marcadamente econômica.

Na primeira versão organizacional do Mercosul apenas os representantes de empresários tinham algum canal de participação, os demais atores sociais não tinham assento reconhecido nem nas instâncias não deliberativas³². Toda-

do Mercado Comum seu Regimento Interno; XI. Organizar as reuniões do Conselho do Mercado Comum e preparar os relatórios e estudos que este lhe solicitar. XII. Eleger o Diretor da Secretaria Administrativa do Mercosul; XIII. Supervisionar as atividades da Secretaria Administrativa do Mercosul; XIV. Homologar os Regimentos Internos da Comissão de Comércio e do Foro Consultivo Econômico-Social.

31. Artigo 17 – A Comissão de Comércio do Mercosul será integrada por quatro membros titulares e quatro membros alternos por Estado Parte e será coordenada pelos Ministérios das Relações Exteriores. Artigo 19 – São funções e atribuições da Comissão de Comércio do Mercosul: I. Velar pela aplicação dos instrumentos comuns de política comercial intra-Mercosul e com terceiros países, organismos internacionais e acordos de comércio; II. Considerar e pronunciar-se sobre as solicitações apresentadas pelos Estados Partes com respeito à aplicação e ao cumprimento da tarifa externa comum e dos demais instrumentos de política comercial comum; III. Acompanhar a aplicação dos instrumentos de política comercial comum nos Estados Partes; IV. Analisar a evolução dos instrumentos de política comercial comum para o funcionamento da união aduaneira e formular Propostas a respeito ao Grupo Mercado Comum; V. Tomar as decisões vinculadas à administração e à aplicação da tarifa externa comum e dos instrumentos de política comercial comum acordados pelos Estados Partes; VI. Informar ao Grupo Mercado Comum sobre a evolução e a aplicação dos instrumentos de política comercial comum, sobre o trâmite das solicitações recebidas e sobre as decisões adotadas a respeito delas; VII. Propor ao Grupo Mercado Comum novas normas ou modificações às normas existentes referentes à matéria comercial e aduaneira do Mercosul; VIII. Propor a revisão das alíquotas tarifárias de itens específicos da tarifa externa comum, inclusive para contemplar casos referentes a novas atividades produtivas no âmbito do Mercosul; IX. Estabelecer os comitês técnicos necessários ao adequado cumprimento de suas funções, bem como dirigir e supervisionar as atividades dos mesmos; X. Desempenhar as tarefas vinculadas à política comercial comum que lhe solicite o Grupo Mercado Comum; XI. Adotar o Regimento Interno, que submeterá ao Grupo Mercado Comum para sua homologação. Artigo 20 – A Comissão de Comércio do Mercosul manifestar-se-á mediante Diretrizes ou Propostas. As Diretrizes serão obrigatórias para os Estados Partes.
32. Foram concebidas 10 Comissões: Subgrupo 1: Assuntos comerciais; Subgrupo 2: Assuntos aduaneiros; Subgrupo 3: Normas Técnicas; Subgrupo 4: Política Fiscal e Monetária relacionada com o comércio; Subgrupo 5: Transporte terrestre; Subgrupo 6: transporte marítimo; Subgrupo 7: Política industrial e Tecnológica; Subgrupo 8: Política agrícola; Subgrupo 9: Política energética; e Subgrupo 10: Coordenação de Política macroeconômica.

via, o Mercosul, no mesmo ano de sua fundação, graças à recomendação dos Ministros do Trabalho dos países signatários, sensíveis às pressões por participação do movimento sindical, criou um espaço consultivo de participação tripartite (governo, empresa e trabalhadores) com o Subgrupo de Trabalho 11, de Relações Trabalhistas, Emprego e Seguridade Social.³³

A principal estratégia da atuação do movimento sindical neste Subgrupo de Trabalho foi tentar obter duas recomendações: a) a ratificação, pelos quatro países de 35 convenções da Organização Internacional do Trabalho, e b) adoção de uma Carta Social ou de Direitos fundamentais para o Mercosul. O que se pretendia era uma proteção mínima de direitos trabalhistas, através da consolidação em âmbito nacional dos padrões sugeridos pelos organismos internacionais e da formalização de um texto jurídico vinculante para os Estados-Partes sobre os diversos direitos a serem respeitados na região. Além desse Subgrupo de Trabalho, os trabalhadores também acompanharam as discussões dos Subgrupos que tratavam de política industrial e tecnológica e política agrícola.

O Subgrupo de Trabalho 11 apenas recomendou ao Grupo do Mercado Comum a adesão às convenções da OIT, não tendo adotado a recomendação da Carta Social proposta. Outro resultado digno de registro foi a recomendação do estabelecimento de um acordo multilateral de seguridade social ao GMC.

Foram muitas as dificuldades enfrentadas pelos sindicalistas para participação neste foro consultivo do Mercosul, desde as mais prosaicas, como falta de financiamento para a participação das reuniões³⁴ e a ausência de um assessoramento técnico adequado, até a necessidade de revisão de seus postulados clássicos de atuação, que se desenvolveram para o espaço público nacional. Ressalte-se ainda a dificuldade, em alguns casos, de se reproduzir uma unidade de propósitos de trabalhadores de vários países, sobretudo quando os benefícios da integração regional não são igualmente sentidos, e a incapacidade de estabelecer uma pauta de discussão autônoma em relação ao proposto pelas instâncias diretivas do Mercosul. Some-se a tudo isso a pouca participação das

33. Este Subgrupo se dividiu em 8 Comissões: 1. Comissão de Relações Individuais de Trabalho; 2. Comissão de Relações Coletivas de Trabalho; 3. Comissão de Emprego; 4. Comissão de Formação profissional; 5. Comissão de Saúde e Segurança no Trabalho; 6. Comissão de Seguridade Social; 7-Comissão de setores específicos, 8. Comissão de Princípios.

34. “Refletindo este quadro de dificuldades, apenas a CUT brasileira e a CGT Argentina acompanharam todas as comissões do SGT-11. Centrais menores, como a CGT brasileira, tiveram que privilegiar certas comissões, no caso a 1, de Direito Individuais, a 4, de Formação Profissional, a 7, de Setores Específicos e a 8, de Princípios.”. pg. 104.APSQUARIELLO, Karina Lilia. Op. cit.

bases trabalhadoras nas discussões empreendidas por seus representantes no Subgrupo de Trabalho 11.

A Carta Social previa um amplo leque de direitos para os trabalhadores, com força vinculante, e a previsão de mecanismos de controle para o cumprimento de seus dispositivos, como a Comissão de Direitos Sociais do Mercosul e o Comitê de Peritos, que poderia aplicar a regra de direitos compensatórios equivalentes aos previstos no Regulamento *Antidumping*. Até mesmo pelo estágio de desenvolvimento do Mercosul a Carta foi rejeitada, considerando-se que os mecanismos nacionais de defesa de direitos e liberdades já seriam suficientes³⁵.

De qualquer sorte, a participação sindical rendeu importantes frutos, como a a instituição do Foro Consultivo Econômico e Social (FCES) em 1994, no Protocolo de Ouro Preto, e a Declaração sócio-laboral, em 1998. Também podem ser citados outros acordos sobre matérias de interesse para os trabalhadores, como o Acordo multilateral de Seguridade Social no Mercosul (2000), o Acordo sobre o «visto mercosul» na legalização de prestação de serviços nos Estados Partes em 2003, e outros relativos à revalidação de diplomas, de integração regional e admissão de títulos universitários para o exercício de atividade docente.

A declaração sóciolaboral, considerado o documento social mais importante do Mercosul, foi adotada pelos Estados-Parte em 1998, estabelecendo as seguintes normas relevantes: a) não discriminação dos trabalhadores em função de raça, origem nacional, cor, sexo ou orientação sexual, idade, credo, opinião política ou sindical, ideologia, posição econômica ou qualquer outra condição social ou familiar; b) proteção especial para as pessoas portadoras de necessidades especiais, como educação, formação, readaptação e orientação profissional, adequação dos ambientes de trabalho e ao acesso aos bens e serviços coletivos; c) promoção de igualdade de tratamento entre mulheres e homens; d) tratamento não discriminatório a trabalhadores migrantes e fronteiriços; e) eliminação do trabalho forçado; f) regras sobre trabalho infantil e de menores; g) direitos dos empregadores; h) direitos coletivos como liberdade de associação, liberdade sindical, negociação coletiva, direito de greve, procedimentos preventivos e autocomposição de conflitos; i) fomento do emprego, proteção dos desempregados, saúde e segurança no trabalho, inspeção do trabalho, seguridade social; j) instituição da Comissão Sociolaboral Regional, de formação tripartite, para a execução da declaração; e h) vedação

35. Foi essa por exemplo a posição do governo brasileiro. SILVA, Walküre Lopes Riberiro. Tese para concurso de Titularidade. USP: São Paulo, 1998.

da utilização da Declaração sociolaboral em questões comerciais, econômicas e financeiras.

Assim, atualmente temos quatro espaços de atuação principais³⁶ dos organismos não governamentais: a) o Subgrupo de Trabalho nº 10; b) o Parlamento do Mercosul; c) o Foro Consultivo Econômico e Social; e d) a Comissão Sociolaboral Regional. Examinemos brevemente a composição e a forma de atuação de cada um deles.

O Subgrupo de Trabalho 11 foi extinto na reestruturação do Grupo Mercado Comum em 1994, com o advento do Protocolo de Ouro Preto, tendo sido reconstituído como Subgrupo de Trabalho nº 10, igualmente denominado «Relações de Trabalho, Emprego e Seguridade Social», mantida sua composição tripartite. Desde 2005 está estruturado em três módulos: 1. geração de emprego no Mercosul; 2. livre circulação de trabalhadores e trabalhadoras; e 3. fortalecimento da dimensão sociolaboral. Note-se a recente preocupação com a temática da livre circulação de trabalhadores.

Apesar da condução de alguns projetos interessantes, como a participação na própria elaboração da Declaração Sociolaboral do Mercosul, na criação do Observatório do Mercado de Trabalho do Mercosul, na criação da inspeção regional do trabalho, a ser implementada até 2010, muitos temas vêm se arrastando ao longo dos anos de forma inconclusiva, como é o caso da harmonização de nomenclaturas, a construção de um sistema de certificação ocupacional regional, o fortalecimento de políticas de proteção aos desempregados e, até mesmo, apresentação de um plano de trabalho mais eficiente. As dificuldades retratadas para a participação sindical no Subgrupo de Trabalho 11 continuam as mesmas, e ainda são muito distantes dos trabalhadores em geral as discussões travadas no âmbito desta Subcomissão.

A Comissão Sociolaboral do Mercosul, instituída em 1998 para fiscalizar o cumprimento da Declaração Sociolaboral, tem composição tripartite, nos mesmos moldes do padrão OIT de controle de normas internacionais do trabalho, comprometendo, assim, os atores sociais com os conflitos ocorridos na aplicação do instrumento. A Comissão não logrou concluir as memórias dos direitos previstos na Declaração, e tem dificuldades em relação ao seu funcionamento e ao cumprimento das funções de composição de conflitos, como afirma relatório da representação brasileira³⁷.

36. Existem outras instâncias de participação em questões específicas como a REM.

37. “A Comissão tem dificuldades em relação ao seu funcionamento e ao cumprimento das funções. De outra parte, existe uma superposição de atividades relativas a um mesmo tema em mais de um órgão sociolaboral. Será preciso, no período da Presidência pró-tempore da

Desde a formação do Tratado de Assunção existiu a previsão do funcionamento da Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul, concebida para facilitar a implementação da integração. Posteriormente, com o Protocolo de Ouro Preto, a mesma foi integrada à estrutura institucional do Mercosul, sem, contudo, ter alterado o seu papel eminentemente consultivo. No fim de 2006 foi instalado o Parlamento do Mercosul, que tem segundo seu Protocolo constitutivo basicamente atribuições de fiscalização do cumprimento das normas do MERCOSUL, especialmente do compromisso democrático: assumido expressamente pelas Nações em Ushaia, e do funcionamento das instâncias executivas do bloco regional. Tem função consultiva em relação às normas do Mercosul, porque quem realmente pode torná-las obrigatórias é o Parlamento de cada país integrante.

A Comissão Parlamentar Conjunta não teve um papel relevante no fortalecimento do debate democrático sobre a integração, e o Parlamento, cuja sede foi definida no Uruguai em dezembro de 2007, ainda não é uma instância de grande representatividade. Ao menos no Brasil, os partidos políticos se atêm a uma postura tradicional de tratar a integração regional como um tema tipicamente de política externa, de alçada do Executivo.³⁸ Temos um Parlamento do Mercosul que não exerce, na prática, as funções plenas de um Parlamento.

O Protocolo de Ouro Preto também previu na estrutura do Mercosul o Foro Consultivo Econômico e Social, instância de assessoramento eminentemente político, integrada por empresários, trabalhadores e demais representantes da sociedade tendo como principais atribuições: I- pronunciar-se, no âmbito de sua competência, emitindo Recomendações, seja por iniciativa própria ou sobre consultas que, acompanhando informação suficiente, realizem o GMC e demais órgãos do Mercosul; II – cooperar ativamente para promover o progresso econômico e social do Mercosul, tendente a criação de um mercado comum e sua coesão econômica e social; III – acompanhar, analisar e avaliar o impacto social e econômico derivado das políticas destinadas ao

Argentina, fazer uma discussão sobre as funções e os objetivos da Comissão, evitando perda de tempo e de esforços em uma atividade que não tem muito claro o seu desiderato.” Relatório de atividades 2005 da Assessoria Internacional acessível em <http://www.mte.gov.br/internacional/conteudo/relatorioassint2005.pdf>.

38. A representação brasileira nos termos da Resolução nº 1/1196 do Congresso Nacional considera como membros natos da Comissão Parlamentar Conjunta os Presidentes da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, e prevê representantes do bloco da minoria e do bloco de apoio ao governo. É importante considerarmos que a Seção Brasileira da CPC no Congresso que é praticamente nula, pois não é considerada uma comissão parlamentar permanente, sendo subordinada à Comissão de Relações Exteriores.

processo de integração e as diversas fases de sua implementação, seja a nível setorial, nacional, regional ou internacional; IV – propor normas e políticas econômicas e sociais em matéria de integração; V – realizar investigações, estudos, seminários ou eventos de natureza similar sobre questões econômicas e sociais de relevância para o Mercosul; VI – estabelecer relações e realizar consultas com instituições nacionais ou internacionais, públicas ou privadas, quando for conveniente ou necessário para o cumprimento de seus objetivos; VI- contribuir para uma maior participação da sociedade no processo de integração regional, promovendo a real integração no Mercosul e difundindo sua dimensão econômica e social.³⁹

O FCES já apresentou algumas dezenas de recomendações ao Grupo Mercado Comum, que vão desde aspectos econômicos, como o fortalecimento da União Aduaneira, até a submissão prévia dos assuntos ao Foro antes da deliberação final, e a maior transparência dos documentos do Mercosul para os próprios integrantes do Foro. Todavia, também esta instância padece de baixa representatividade. Talvez pela ausência do poder decisório há pouco interesse por sua atuação na maior parte dos cidadãos dos Estados-Partes.

A previsão dessas quatro instâncias participativas na estrutura do Mercosul tem um importante valor democrático, porque vem permitindo uma participação, ainda que não satisfatória, dos atores sociais na construção do Mercosul, e expondo a necessidade de agregação de novos poderes e competências para estas esferas institucionais de integração regional. Na verdade, um dos maiores óbices à participação política dos atores sociais tem sido a própria instabilidade do Mercosul, que até hoje é considerado uma união aduaneira imperfeita, em virtude da Tarifa Única Externa ainda não ser aplicada sem ressalvas. As crises econômicas porque passaram Argentina e Brasil⁴⁰ no final da década de noventa, com mudanças bruscas em suas economias internas, sem qualquer tipo de concertação prévia na esfera regional, como a desvalorização do real e a ameaça de dolarização da Argentina, representaram retrocessos ao processo integrativo, além de causarem uma certa estagnação no próprio fluxo comercial do Mercosul. Do mesmo modo, a capitulação aos interesses nacionalistas, como no caso da elevação das taxas alfandegárias pela Argentina na importação de açúcar, de aço, e de sapatos brasileiros, põe

39. Artigo 2º do Regimento Interno.

40. As crises da economia internacional dessa época afetaram em cheio os dois países. Gilberto Dupas considera que essa é uma instabilidade intrínseca dos acordos regionais, em virtude da prevalência dos acordos globais de livre comércio e as pautas da globalização. Governos, agentes econômicos e atores sociais: riscos e desafios da globalização e da política de blocos. In Mercosul. NAFTA e ALCA: a dimensão social. SP: LTR, 1999.

em risco os pressupostos básicos da integração. Nesse quadro de dúvidas sobre o próprio processo de integração é natural que a participação social se enfraqueça. Por outro lado, essa instabilidade demonstra que o Mercosul ainda não foi efetivamente apropriado como um valor a ser protegido pelas comunidades nacionais. Talvez porque os resultados comerciais não tenham se traduzido em índices sociais melhores. Com efeito, a maior democratização dos Estados Partes em seu âmbito interno, favorecida, dentre outros fatores, pelo Mercosul, não foi acompanhada de um desenvolvimento social mais relevante, embora algum sucesso tenha ocorrido no combate à pobreza.

IV. ACESSO À JUSTIÇA NO MERCOSUL

Como já tivemos a oportunidade de nos pronunciar⁴¹, o Estado Democrático de Direito assegura o direito de ter direitos, exercido concretamente com a possibilidade de se recorrer a um cardápio variado de mecanismos de proteção que promovam a tutela preventiva e repressiva da agressão aos direitos, ensejando um pleno acesso à justiça. Esta expressão é até certo ponto bastante equívoca⁴². Todavia, é inegável a existência de um núcleo permanente e comum a todas as identidades reconhecíveis no conceito de acesso à justiça, qual seja, a garantia de concretização efetiva dos direitos amalgamados no ordenamento jurídico, mais ou menos ampla, dependendo do prisma que se adote. Mesmo a perspectiva mais limitada, de se identificar o acesso à justiça como acesso aos Tribunais parte do princípio da verdadeira satisfação dos direitos das pessoas que procuram a tutela jurisdicional.

Antes de tudo, é importante esclarecer que nosso exame se circunscreverá ao acesso à Justiça no Mercosul dos cidadãos, que integram os países membros e associados, seja na postulação de direitos individuais, seja na postulação de

41. Na primeira parte de nosso livro *Ação civil pública e Termo de ajustamento de conduta*. RJ: Forense, 2006.

42. Antônio Herman V. Benjamin logrou demonstrar que o acesso à justiça pode representar várias idéias, o que motivou o autor a ensaiar uma classificação para o fenômeno levando em conta as diversas perspectivas divisadas pelo vocábulo: “Quanto à extensão o acesso à justiça pode ser concebido a partir de três enfoques básicos: como acesso à tutela jurisdicional dos direitos (acesso aos Tribunais), acesso à tutela jurisdicional ou não dos direitos (acesso a mecanismos de solução de conflitos) e acesso ao Direito (acesso à ordem jurídica justa, conhecida e implementável). Sob o prisma dos objetivos e providências a que visa garantir pode o acesso da justiça ser: preventivo, reparatório ou ressarcitório. Quanto à provocação e quanto à prestação jurisdicional pode ser individual, ou supraindividual, e quanto ao sujeito implementador da mesma judicial, ou extrajudicial. Pg. 77 “A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor”. in *Ação civil pública (Lei 7347/85- reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação)*. Coordenador Edis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

direitos coletivos. Tal abordagem exclui, naturalmente, as disputas entre os Estados-membros. Também nos resumiremos a tratar do tema sob o prisma de como as pessoas que integram esses países podem defender direitos relacionados ao Mercosul na esfera regional. Não serão, assim, examinados os Protocolos que tratam da cooperação internacional entre os países integrantes do Mercosul como o Protocolo de Las Leñas, o Protocolo de Buenos Aires e o Protocolo de Santa Maria. Do mesmo, não nos ocuparemos da forma como cada país integrante presta jurisdição aos seus nacionais.

Antes mesmo de se apresentar o sistema de solução de controvérsias vigente no Mercosul e as várias regras processuais que dispensam tratamento diferenciado às decisões proferidas nos países integrantes, temos que discutir a existência de uma ordem regional que confira direitos aos cidadãos mercosulinos.

A resposta a esta indagação só pode se dar sob o influxo da atual condição do mercado comum, que como já se ressaltou ainda não foi concretizado plenamente, caracterizado pela intergovernabilidade e não pela formação de uma comunidade. Tal fato determina, em primeiro lugar, a necessidade das regras do Mercosul serem aprovadas no direito interno para que possam adquirir força jurídica. A tradição majoritária dos países que integram o Mercosul é no sentido de que a norma interna tem prevalência sobre a norma internacional. Em segundo lugar, não existem estruturas supranacionais que façam as atividades legislativa e judiciária no bloco regional. Como podemos perceber no item anterior o Parlamento do Mercosul não legisla sobre direito regional, e nem existe um Tribunal do Mercosul. Não podemos dizer, assim, que exista um sistema jurídico comunitário.

Não houve, portanto, a mudança do enfoque da formação do Mercosul, como já consignado, prioritariamente vinculado às questões econômicas sem a pretensão de ser uma comunidade de nações. Assim, quando falamos de acesso à justiça no Mercosul estamos levando em conta a concretização de um pequeno rol de normas que podem vir a criar direitos para os cidadãos, tais como os Protocolos integrados no direito interno dos países, as decisões do Conselho do Mercado Comum, do Grupo Mercado Comum e da Comissão de Comércio Mercado Comum⁴³.

43. Nesse sentido o artigo 1 do Protocolo de Olivos I. As controvérsias que surjam entre os Estados Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul serão submetidas aos procedimentos estabelecidos no presente Protocolo.

Mesmo assim, é plausível a existência de demandas de particulares relacionadas a estas normas. Desde as mais relacionadas com as questões de mercado como a proteção da liberdade de concorrência aos agentes do domínio econômico, os direitos dos consumidores e dos trabalhadores envolvidos no processo de produção e distribuição de bens e serviços, até a proteção de direitos ambientais, uma vez que o Tratado de Assunção determina que o desenvolvimento econômico será implementado com observância da proteção ao patrimônio natural, a própria garantia do princípio democrático, firmada no Protocolo de Ushaia, e o respeito aos direitos humanos que é proclamado em várias decisões mercosulinas. Conquanto a baixa densidade normativa de várias normas e decisões do Mercosul possam causar algum tipo de dificuldade na sua efetivação, tal característica também pode ser atribuída a muitas regras da ordem nacional de cada país sem comprometer plenamente a concretização dos dispositivos mais principiológicos ou que se valham de conceitos jurídicos indeterminados.

Mais relevante seria a existência de um sistema de solução de controvérsias acessível a todos os cidadãos. E como tem sido a evolução deste aspecto na esfera regional?

O anexo III do Tratado de Assunção de Março de 1991 foi o primeiro texto jurídico do bloco regional que disciplinou, ainda que provisoriamente, o sistema de controvérsias, mas apenas quando estas se davam entre Estados-membros, privilegiando as negociações diretas como forma de solução dos litígios. Quando estas não lograssem êxito haveria a intervenção do Grupo Mercado Comum, que apresentaria recomendações a serem adotadas no prazo de 60 dias. Não sendo estas aceita pelas partes, o Conselho do Mercado Comum (CMC) adotaria as medidas pertinentes quanto ao cumprimento do recomendado⁴⁴. Congruente com a lógica de formação do Mercosul, o cidadão,

44. O texto do Protocolo é no seguinte sentido: 1. As controvérsias que possam surgir entre os Estados Partes como consequência da aplicação do Tratado serão resolvidas mediante negociações diretas. No caso de não lograrem uma solução, os Estados Partes submeterão a controvérsia à consideração do Grupo Mercado Comum que, após avaliar a situação, formulará no lapso de sessenta (60) dias as recomendações pertinentes às Partes para a solução do diferendo. Para tal fim, o Grupo Mercado Comum poderá estabelecer ou convocar painéis de especialistas ou grupos de peritos com o objetivo de contar com assessoramento técnico. Se no âmbito do Grupo Mercado Comum tampouco for alcançada uma solução, a controvérsia será elevada ao Conselho do Mercado Comum para que este adote as recomendações pertinentes. 2. Dentro de cento e vinte (120) dias a partir da entrada em vigor do Tratado, o Grupo Mercado Comum elevará aos Governos dos Estados Partes uma proposta de Sistema de Solução de Controvérsias, que vigorará durante o período de transição. 3. Até 31 de dezembro de 1994, os Estados Partes adotarão um Sistema Permanente de Solução de Controvérsias para o Mercado Comum.

seja em sua dimensão individual ou subjetiva, não foi aventado como parte em um conflito sobre aplicação das regras de integração.

O segundo instrumento a disciplinar os mecanismos de solução de controvérsias do Mercosul foi o Protocolo de Brasília, firmado em dezembro de 1991 e regulamentado pela DEC CMC 17/1998. Esta fase, que teria função transitória, acabou tornando-se definitiva, sofrendo posteriormente algumas alterações. Para as controvérsias entre Estados membros foram previstos três procedimentos: as negociações diretas, a intervenção do Grupo Mercado Comum e o Procedimento Arbitral⁴⁵. Nesta última fase, estava prevista a instau-

-
45. Segundo os seguintes preceitos do Protocolo: “**Artigo 3. 1.** Os Estados partes numa controvérsia informarão o Grupo Mercado Comum, por intermédio da Secretaria Administrativa, sobre as gestões que se realizarem durante as negociações e os resultados das mesmas. **2.** As negociações diretas não poderão, salvo acordo entre as partes, exceder um prazo de quinze (15) dias, a partir da data em que um dos Estados Partes levantar a controvérsia. **Artigo 4. 1.** Se mediante negociações diretas não se alcançar um acordo ou se a controvérsia for solucionada apenas parcialmente, qualquer dos Estados partes na controvérsia poderá submetê-la à consideração do Grupo Mercado Comum. **2.** O Grupo Mercado Comum avaliará a situação, dando oportunidade às partes na controvérsia para que exponham suas respectivas posições e requerendo, quando considere necessário, o assessoramento de especialistas selecionados da lista referida no Artigo 30 do presente Protocolo. **3.** As despesas relativas a esse assessoramento serão custeadas em montantes iguais pelos Estados partes na controvérsia ou na proporção que o Grupo Mercado Comum determinar. **Artigo 5.** Ao término deste procedimento o Grupo Mercado Comum formulará recomendações aos Estados partes na controvérsia, visando à solução do diferendo. **Artigo 6.** O procedimento descrito no presente capítulo não poderá estender-se por um prazo superior a trinta (30) dias, a partir da data em que foi submetida a controvérsia à consideração do Grupo Mercado Comum. **Artigo 7. 1.** Quando não tiver sido possível solucionar a controvérsia mediante a aplicação dos procedimentos referidos nos capítulos II e III, qualquer dos Estados partes na controvérsia poderá comunicar à Secretaria Administrativa sua intenção de recorrer ao procedimento arbitral que se estabelece no presente Protocolo. **2.** A Secretaria Administrativa levará, de imediato, o comunicado ao conhecimento do outro ou dos outros Estados envolvidos na controvérsia e ao Grupo Mercado Comum e se encarregará da tramitação do procedimento. **Artigo 8.** Os Estados Partes declaram que reconhecem como obrigatória, ipso facto e sem necessidade de acordo especial, a jurisdição do Tribunal Arbitral que em cada caso se constitua para conhecer e resolver todas as controvérsias a que se refere o presente Protocolo. **Artigo 9. 1.** O procedimento arbitral tramitará ante um Tribunal ad hoc composto de três (3) árbitros pertencentes à lista referida no Artigo 10. **2.** Os árbitros serão designados da seguinte maneira: **i)** cada Estado parte na controvérsia designará um (1) árbitro. O terceiro árbitro, que não poderá ser nacional dos Estados partes na controvérsia, será designado de comum acordo por eles e presidirá o Tribunal Arbitral. Os árbitros deverão ser nomeados no período de quinze (15) dias, a partir da data em que a Secretaria Administrativa tiver comunicado aos demais Estados partes na controvérsia a intenção de um deles de recorrer à arbitragem; **ii)** cada Estado parte na controvérsia nomeará, ainda, um árbitro suplente, que reúna os mesmos requisitos, para substituir o árbitro titular em caso de incapacidade ou excusa deste para formar o Tribunal Arbitral, seja no momento de sua instalação ou no curso do procedimento.

ração de um Tribunal *Ad hoc* composto por três árbitros, escolhidos dentro da lista de dez árbitros previamente registrados na Secretaria Administrativa do Mercosul. O laudo do Tribunal era inapelável devendo, obrigatoriamente, ser fundamentado. Não existia a possibilidade de execução forçada do laudo, havendo um compromisso dos Estados em adotar de forma espontânea as decisões do Tribunal Arbitral.

O Protocolo de Brasília admitiu a postulação de pessoas físicas e jurídicas “em razão da sanção ou aplicação, por qualquer dos Estados Partes, de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatórias ou de concorrência desleal, em violação do Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, das decisões do Conselho do Mercado Comum ou das Resoluções do Grupo Mercado Comum”⁴⁶. Todavia, não os tornou verdadeiros sujeitos de direitos na ordem regional porque as reclamações apresentadas ante a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado Parte onde tenham sua residência habitual ou a sede de seus negócios só poderiam assumir os demais estágios da análise pelo Grupo Mercado Comum e a formação de um juízo arbitral se algum dos Estados parte encampasse a reclamação apresentada⁴⁷. Ademais, os custos da arbitragem seriam repartidos entre Estado e particulares.

46. Artigo 25 do Protocolo de Brasília.

47. Artigo 26. 1. Os particulares afetados formalizarão as reclamações ante a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado Parte onde tenham sua residência habitual ou a sede de seus negócios. 2. Os particulares deverão fornecer elementos que permitam à referida Seção Nacional determinar a veracidade da violação e a existência ou ameaça de um prejuízo. Artigo 27. A menos que a reclamação se refira a uma questão que tenha motivado o início de um procedimento de Solução de Controvérsias consoante os capítulos II, III e IV deste Protocolo, a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum que tenha admitido a reclamação conforme o Artigo 26 do presente capítulo poderá, em consulta com o particular afetado: a) Entabular contatos diretos com a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado Parte a que se atribui a violação a fim de buscar, mediante consultas, uma solução imediata à questão levantada; ou b) Elevar a reclamação sem mais exame ao Grupo Mercado Comum. Artigo 28. Se a questão não tiver sido resolvida no prazo de quinze (15) dias a partir da comunicação da reclamação conforme o previsto no Artigo 27 a), a Seção Nacional que efetuou a comunicação poderá, por solicitação do particular afetado, elevá-la sem mais exame ao Grupo Mercado Comum. Artigo 29. 1. Recebida a reclamação, o Grupo Mercado Comum, na primeira reunião subsequente ao seu recebimento, avaliará os fundamentos sobre os quais se baseou sua admissão pela Seção Nacional. Se concluir que não estão reunidos os requisitos necessários para dar-lhe curso, recusará a reclamação sem mais exame. 2. Se o Grupo Mercado Comum não rejeitar a reclamação, procederá de imediato à convocação de um grupo de especialistas que deverá emitir um parecer sobre sua procedência no prazo improrrogável de trinta (30) dias, a partir da sua designação. 3. Nesse prazo, o grupo de especialistas dará oportunidade ao particular reclamante e ao Estado contra o qual se efetuou a reclamação de serem escutados e de apresentarem seus argumentos. Artigo 30. 1. O grupo de especialistas a que faz

O Protocolo de Ouro Preto apresentou uma outra possibilidade de solução de controvérsias quando a temática se referir às atribuições da Comissão de Comércio do Mercosul, dando a esta instância mercosulina a faculdade de emitir uma decisão baseada em consenso, ou após a oitiva de especialista, sem obstar, contudo, a utilização dos mecanismos previstos no Protocolo de Brasília⁴⁸. Muito embora também haja previsão de reclamação dos particulares, o anexo do Protocolo, que trata sobre o tema, não especifica nenhuma singularidade para este tipo de demanda, concluindo-se que os mesmos limites do Protocolo de Brasília incidiam quanto à participação dos particulares nas postulações em face da Comissão de Comércio⁴⁹.

referência o Artigo 29 será composto de três (3) membros designados pelo Grupo Mercado Comum ou, na falta de acordo sobre um ou mais especialistas, estes serão eleitos dentre os integrantes de uma lista de vinte e quatro (24) especialistas por votação que os Estados Partes realizarão. A Secretaria Administrativa comunicará ao Grupo Mercado Comum o nome do especialista ou dos especialistas que tiverem recebido o maior número de votos. Neste último caso, e salvo se o Grupo Mercado Comum decidir de outra maneira, um dos especialistas designados não poderá ser nacional do Estado contra o qual foi formulada a reclamação, nem do Estado no qual o particular formalizou sua reclamação, nos termos do Artigo 26. 2. Com o fim de constituir a lista dos especialistas, cada um dos Estados Partes designará seis (6) pessoas de reconhecida competência nas questões que possam ser objeto de controvérsia. Esta lista ficará registrada na Secretaria Administrativa.

48. Nos seguintes termos: Artigo 21 – Além das funções e atribuições estabelecidas nos artigos 16 e 19 do presente Protocolo, caberá à Comissão de Comércio do Mercosul considerar reclamações apresentadas pelas Seções Nacionais da Comissão de Comércio do Mercosul, originadas pelos Estados Partes ou em demandas de particulares – pessoas físicas ou jurídicas –, relacionadas com as situações previstas nos artigos 1 ou 25 do Protocolo de Brasília, quando estiverem em sua área de competência. Parágrafo primeiro – O exame das referidas reclamações no âmbito da Comissão de Comércio do Mercosul não obstará a ação do Estado Parte que efetuou a reclamação ao amparo do Protocolo de Brasília para Solução de Controvérsias. Parágrafo segundo – As reclamações originadas nos casos estabelecidos no presente artigo obedecerão o procedimento previsto no Anexo deste Protocolo.
49. Artigo 1 – As reclamações apresentadas pelas Seções Nacionais da Comissão de Comércio do Mercosul, originadas pelos Estados Partes ou em reclamações de particulares – pessoas físicas ou jurídicas –, de acordo com o previsto no Artigo 21 do Protocolo de Ouro Preto, observarão o procedimento estabelecido no presente Anexo. Artigo 2 – O Estado Parte reclamante apresentará sua reclamação perante a Presidência Pro-Tempore da Comissão de Comércio do Mercosul, a qual tomará as providências necessárias para a incorporação do tema na agenda da primeira reunião subsequente da Comissão de Comércio do Mercosul, respeitado o prazo mínimo de uma semana de antecedência. Se não for adotada decisão na referida reunião, a Comissão de Comércio do Mercosul remeterá os antecedentes, sem outro procedimento, a um Comitê Técnico. Artigo 3 – O Comitê Técnico preparará e encaminhará à Comissão de Comércio do Mercosul, no prazo máximo de 30 dias corridos, um parecer conjunto sobre a matéria. Esse parecer, bem como as conclusões dos especialistas integrantes do Comitê Técnico, quando não for adotado parecer, serão levados em consideração pela Comissão de Comércio do Mercosul, quando esta decidir sobre a reclamação. Artigo 4 – A Comissão de Comércio do Mercosul decidirá sobre a questão em sua primeira reunião

Atualmente, além da atuação da Comissão de Comércio do Mercosul, nos termos do Protocolo de Ouro Preto, o sistema de controvérsias encontra-se regulamentado no Protocolo de Olivos, assinado em fevereiro de 2002 e vigente desde 1º de janeiro de 2004. O Protocolo expressamente reconhece que os integrantes do Mercosul podem se valer de outros sistemas de solução de controvérsias como o da Organização Mundial de Comércio. Tal Protocolo manteve basicamente as características tradicionais da sistemática de solução de controvérsias no âmbito do Mercosul, como o recurso à negociação e à arbitragem, sem a formação de uma instância judicial supranacional; a limitação da postulação dos particulares, que continuam a depender dos governos nacionais para que os conflitos por eles apresentados resultem em uma decisão arbitral⁵⁰, e a provisoriidade do sistema, sujeito a modificações quando ocorrer a definição da tarifa externa comum.

ordinária posterior ao recebimento do parecer conjunto ou, na sua ausência, as conclusões dos especialistas, podendo também ser convocada uma reunião extraordinária com essa finalidade. Artigo 5 – Se não for alcançado o consenso na primeira reunião mencionada no Artigo 4, a Comissão de Comércio do Mercosul encaminhará ao Grupo Mercado Comum as diferentes alternativas propostas, assim como o parecer conjunto ou as conclusões dos especialistas do Comitê Técnico, a fim de que seja tomada uma decisão sobre a matéria. O Grupo Mercado Comum pronunciar-se-á a respeito no prazo de trinta (30) dias corridos, contados do recebimento, pela Presidência Pro-Tempore, das propostas encaminhadas pela Comissão de Comércio do Mercosul. Artigo 6 – Se houver consenso quanto à procedência da reclamação, o Estado Parte reclamado deverá tomar as medidas aprovadas na Comissão de Comércio do Mercosul ou no Grupo Mercado Comum. Em cada caso, a Comissão de Comércio do Mercosul ou, posteriormente, o Grupo Mercado Comum determinarão prazo razoável para a implementação dessas medidas. Decorrido tal prazo sem que o Estado reclamado tenha observado o disposto na decisão alcançada, seja na Comissão de Comércio do Mercosul ou no Grupo Mercado Comum, o Estado reclamante poderá recorrer diretamente ao procedimento previsto no Capítulo IV do Protocolo de Brasília. Artigo 7 – Se não for alcançado consenso na Comissão de Comércio do Mercosul e, posteriormente, no Grupo Mercado Comum, ou se o Estado reclamado não observar, no prazo previsto no Artigo 6, o disposto na decisão alcançada, o Estado reclamante poderá recorrer diretamente ao procedimento previsto no Capítulo IV do Protocolo de Brasília, fato que será comunicado à Secretaria Administrativa do Mercosul. O Tribunal Arbitral, antes da emissão de seu Laudo, deverá, se assim solicitar o Estado reclamante, manifestar-se, no prazo de até quinze (15) dias após sua constituição, sobre as medidas provisórias que considere apropriadas, nas condições estipuladas pelo Artigo 18 do Protocolo de Brasília.

50. A questão está disciplinada nos artigos 39 e seguintes do Protocolo: “Artigo 39 O procedimento estabelecido no presente Capítulo aplicar-se-á às reclamações efetuadas por particulares (pessoas físicas ou jurídicas) em razão da sanção ou aplicação, por qualquer dos Estados Partes, de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatórias ou de concorrência desleal, em violação do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul. Artigo 40 1. Os particulares afetados formalizarão as reclamações ante a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado Parte onde tenham sua residência habitual ou a sede de seus negócios. 2. Os particulares deverão fornecer

Sua maior inovação foi a criação do Tribunal Permanente de Revisão que pode reexaminar os laudos arbitrais⁵¹, bem como ser instância consultiva, e a

elementos que permitam determinar a veracidade da violação e a existência ou ameaça de um prejuízo, para que a reclamação seja admitida pela Seção Nacional e para que seja avaliada pelo Grupo Mercado Comum e pelo grupo de especialistas, se for convocado. **Artigo 41** 1. A menos que a reclamação se refira a uma questão que tenha motivado o início de um procedimento de Solução de Controvérsias de acordo com os Capítulos IV a VII deste Protocolo, a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum que tenha admitido a reclamação conforme o artigo 40 do presente Capítulo deverá entabular consultas com a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado Parte a que se atribui a violação, a fim de buscar, mediante as consultas, uma solução imediata à questão levantada. Tais consultas se darão por concluídas automaticamente e sem mais trâmites se a questão não tiver sido resolvida em um prazo de quinze (15) dias contado a partir da comunicação da reclamação ao Estado Parte a que se atribui a violação, salvo se as partes decidirem outro prazo. 2. Finalizadas as consultas, sem que se tenha alcançado uma solução, a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum elevará a reclamação sem mais trâmite ao Grupo Mercado Comum. **Artigo 42** 1. Recebida a reclamação, o Grupo Mercado Comum avaliará os requisitos estabelecidos no artigo 40.2, sobre os quais se baseou sua admissão pela Seção Nacional, na primeira reunião subsequente ao seu recebimento. Se concluir que não estão reunidos os requisitos necessários para dar-lhe curso, rejeitará a reclamação sem mais trâmite, devendo pronunciar-se por consenso. 2. Se o Grupo Mercado Comum não rejeitar a reclamação, esta considerará-se admitida. Neste caso, o Grupo Mercado Comum procederá de imediato à convocação de um grupo de especialistas que deverá emitir um parecer sobre sua procedência, no prazo improrrogável de trinta (30) dias contado a partir da sua designação. 3. Nesse prazo, o grupo de especialistas dará oportunidade ao particular reclamante e aos Estados envolvidos na reclamação de serem ouvidos e de apresentarem seus argumentos, em audiência conjunta. **Artigo 43** 1. O grupo de especialistas a que faz referência o artigo 42.2 será composto de três (3) membros designados pelo Grupo Mercado Comum ou, na falta de acordo sobre um ou mais especialistas, estes serão escolhidos por votação que os Estados Partes realizarão dentre os integrantes de uma lista de vinte e quatro (24) especialistas. A Secretaria Administrativa do Mercosul comunicará ao Grupo Mercado Comum o nome do especialista ou dos especialistas que tiverem recebido o maior número de votos. Neste último caso, e salvo se o Grupo Mercado Comum decidir de outra maneira, um (1) dos especialistas designados não poderá ser nacional do Estado contra o qual foi formulada a reclamação, nem do Estado no qual o particular formalizou sua reclamação, nos termos do artigo 40. 2. Com o fim de constituir a lista dos especialistas, cada um dos Estados Partes designará seis (6) pessoas de reconhecida competência nas questões que possam ser objeto de reclamação. Esta lista ficará registrada na Secretaria Administrativa do Mercosul. 3. Os gastos derivados da atuação do grupo de especialistas serão custeados na proporção que determinar o Grupo Mercado Comum ou, na falta de acordo, em montantes iguais pelas partes diretamente envolvidas na reclamação.”

51. **Artigo 17** 1. Qualquer das partes na controvérsia poderá apresentar um recurso de revisão do laudo do Tribunal Arbitral Ad Hoc ao Tribunal Permanente de Revisão, em prazo não superior a quinze (15) dias a partir da notificação do mesmo. 2. O recurso estará limitado a questões de direito tratadas na controvérsia e às interpretações jurídicas desenvolvidas no laudo do Tribunal Arbitral Ad Hoc. 3. Os laudos dos Tribunais Ad Hoc emitidos com base nos princípios *ex aequo et bono* não serão suscetíveis de recurso de revisão. 4. A Secretaria Administrativa do Mercosul estará encarregada das gestões administrativas que lhe sejam encomendadas para o trâmite dos procedimentos e manterá informados os Estados partes na controvérsia e o Grupo Mercado Comum. **Artigo 18** 1. O Tribunal Permanente de Revisão será integrado por cinco (5) árbitros. 2. Cada Estado Parte do Mercosul designará um (1) árbitro e seu suplente por um

previsão de regras mais claras sobre medidas provisórias, cumprimento dos laudos e a aplicação de medidas compensatórias no caso de seu descumprimento.

Outras disposições importantes para se compreender plenamente o sistema estão na Decisão CMC nº 37/03, que aprova o Regulamento do Protocolo de Olivos, na Decisão CMC nº 23/04, que aprova o Procedimento sobre Medidas Excepcionais e de urgência junto ao Tribunal Permanente de Revisão, na Decisão CMC nº 17/04, que aprova o Fundo Especial de Controvérsias, na Decisão CMC nº 26/04, que define os árbitros do Tribunal Permanente de

período de dois (2) anos, renovável por no máximo dois períodos consecutivos. 3. O quinto árbitro, que será designado por um período de três (3) anos não renovável, salvo acordo em contrário dos Estados Partes, será escolhido, por unanimidade dos Estados Partes, da lista referida neste numeral, pelo menos três (3) meses antes da expiração do mandato do quinto árbitro em exercício. Este árbitro terá a nacionalidade de algum dos Estados Partes do Mercosul, sem prejuízo do disposto no numeral 4 deste Artigo. Não havendo unanimidade, a designação se fará por sorteio que realizará a Secretaria Administrativa do Mercosul, dentre os integrantes dessa lista, dentro dos dois (2) dias seguintes ao vencimento do referido prazo. A lista para a designação do quinto árbitro conformar-se-á com oito (8) integrantes. Cada Estado Parte proporá dois (2) integrantes que deverão ser nacionais dos países do Mercosul. 4. Os Estados Partes, de comum acordo, poderão definir outros critérios para a designação do quinto árbitro. 5. Pelo menos três (3) meses antes do término do mandato dos árbitros, os Estados Partes deverão manifestar-se a respeito de sua renovação ou propor novos candidatos. 6. Caso expire o mandato de um árbitro que esteja atuando em uma controvérsia, este deverá permanecer em função até sua conclusão. 7. Aplica-se, no que couber, aos procedimentos descritos neste artigo o disposto no artigo 11.2. Artigo 20 I. Quando a controvérsia envolver dois Estados Partes, o Tribunal estará integrado por três (3) árbitros. Dois (2) árbitros serão nacionais de cada Estado parte na controvérsia e o terceiro, que exercerá a Presidência, será designado mediante sorteio a ser realizado pelo Diretor da Secretaria Administrativa do Mercosul, entre os árbitros restantes que não sejam nacionais dos Estados partes na controvérsia. A designação do Presidente dar-se-á no dia seguinte à interposição do recurso de revisão, data a partir da qual estará constituído o Tribunal para todos os efeitos. 2. Quando a controvérsia envolver mais de dois Estados Partes, o Tribunal Permanente de Revisão estará integrado pelos cinco (5) árbitros. 3. Os Estados Partes, de comum acordo, poderão definir outros critérios para o funcionamento do Tribunal estabelecido neste artigo. **Artigo 23** 1. As partes na controvérsia, culminado o procedimento estabelecido nos artigos 4 e 5 deste Protocolo, poderão acordar expressamente submeter-se diretamente e em única instância ao Tribunal Permanente de Revisão, caso em que este terá as mesmas competências que um Tribunal Arbitral Ad Hoc, aplicando-se, no que corresponder, os Artigos 9, 12, 13, 14, 15 e 16 do presente Protocolo. 2. Nessas condições, os laudos do Tribunal Permanente de Revisão serão obrigatórios para os Estados partes na controvérsia a partir do recebimento da respectiva notificação, não estarão sujeitos a recursos de revisão e terão, com relação às partes, força de coisa julgada. **Artigo 24** O Conselho do Mercado Comum poderá estabelecer procedimentos especiais para atender casos excepcionais de urgência que possam ocasionar danos irreparáveis às Partes. **Artigo 28** 1. Qualquer dos Estados partes na controvérsia poderá solicitar um esclarecimento do laudo do Tribunal Arbitral Ad Hoc ou do Tribunal Permanente de Revisão e sobre a forma com que deverá cumprir-se o laudo, dentro de quinze (15) dias subsequentes à sua notificação. 2. O Tribunal respectivo se expedirá sobre o recurso nos quinze (15) dias subsequentes à apresentação da referida solicitação e poderá outorgar um prazo adicional para o cumprimento do laudo.

Revisão, e na Decisão CMC nº 30/04, que aprova as Regras Modelo de Procedimento dos Tribunais ad hoc do MERCOSUL.

Apresentado brevemente o sistema de controvérsias vigente no Mercosul podemos concluir que não existe um amplo acesso à justiça na esfera regional. Até hoje não existem registros de reclamações de particulares, dos dez laudos proferidos nos conflitos apresentados nas esferas de solução de controvérsia do Mercosul na vigência do Protocolo de Brasília nenhum se refere à contenda iniciada por particulares. Assim como no período posterior do Protocolo de Olivos, as únicas contendas solucionadas foram entre Argentina e Uruguai quanto à importação de pneumáticos remodelados e quanto à livre circulação nas vias de acesso às Pontes Gal. San Martin e Gal Artigas. Senão vejamos.

Na vigência do Protocolo de Brasília havia críticas quanto ao fato do sistema de controvérsias depender da formação de Tribunais “ad hocs”, ou seja, para cada conflito haver a nomeação dos árbitros, e a ausência da possibilidade de recurso dos laudos arbitrais, porquanto seriam respectivamente violação do princípio da garantia do juiz natural e do duplo grau de jurisdição. Ora sempre foi fundamental à idéia de devido processo legal identificar como imparcial a autoridade julgadora no que se convencionou chamar do princípio do juiz natural. Não reputamos que essas disposições fossem tão limitantes. O primeiro aspecto é que o Tribunal, ainda que constituído para cada situação, tem os árbitros definidos dentro de uma lista pré-concebida de acordo com critérios convencionados antes do conflito. A inapelabilidade do laudo arbitral foi revista com a possibilidade do recurso de revisão no Protocolo de Olivos.

Na verdade, embora o ideal seja a formação de um Tribunal supranacional, o recurso à arbitragem com a formação de um Tribunal arbitral “ad hoc” na atual fase do Mercosul não é, em si, o maior limitador de acesso à Justiça às demandas dos particulares. Na verdade, as barreiras mais relevantes são de outra ordem: a) a necessidade do Estado assumir a demanda do particular para que ela possa prosseguir até o estágio final da arbitragem; b) o desconhecimento das normas do Mercosul e da existência de um sistema de controvérsias que elas pudessem provocar; c) o custo do processo de escolha de especialistas e de arbitragem, que devem ser assumidos total ou parcialmente pelos particulares; d) ausência de previsão expressa de proteção de direitos transindividuais.

Um problema que antecede a todos os outros, em matéria de acesso à justiça, é o efetivo acesso à informação, tanto sobre a existência dos seus próprios direitos, quanto sobre a possibilidade de defendê-los de alguma forma. Como já demonstramos, a pauta de integração ainda não é uma pauta socialmente compartilhada por todos, os cidadãos, que em geral, desconhecem o teor das

normas regionais e a sistemática de defendê-las quando o seu aviltamento lhes prejudica. Apenas um processo contínuo de integração estável poderá mitigar este problema, na medida em que a realidade do Mercosul se tornar mais concreta para um contingente maior de pessoas, mas as instâncias de direção do Mercosul devem se esforçar para mitigar este problema⁵².

Entretanto, seguramente existem pessoas naturais e jurídicas que já têm uma relação direta com as normas do Mercosul e teriam de condições de deduzir postulações na esfera regional. Mas a necessidade de um Estado-membro ter que assumir a reclamação formulada pelo particular para que esta tenha viabilidade dificulta, sobremaneira, o reconhecimento da existência de um verdadeiro foro para as suas causas. Luis Fernando Franceschin Rosa adverte que: “ os problemas decorrentes dessa solução são de três ordens: a) o estágio atual do MERCOSUL faz com que a manutenção do arranjo de interesses políticos entre os Estados prepondere sobre a busca da efetivação do direito comunitário; b) um Estado dificilmente se disporia a acusar outro Estado membro de descumprimento do contido no direito comunitário quando ele mesmo descumpre outros tantos dispositivos; e c) as violações que atingem os particulares, em maior número, são justamente aquelas praticadas pelo Estado do qual se é nacional, para o qual não há remédio”.⁵³

Temos ainda um problema prático que é o alto custo do processo de formulação de reclamação. Como é cediço, a questão do custo do processo, como tão bem examinado por Mauro Cappelletti e Brian Garth, é fundamental na definição de intensidade de acesso à justiça em um dado sistema processual. A capacidade econômica das pessoas jamais deveria ser um fator para limitar o exercício de seus direitos. No caso do sistema de controvérsias do Mercosul, para afastar reclamações temerárias se atribuiu ao particular o ônus de assumir as despesas com a contratação de especialistas ou de repartir as despesas com o Estado no caso de arbitragem, configurando-se em um obstáculo insuperável para aqueles que não podem pagar.

Por fim, o sistema não prevê expressamente a possibilidade da demanda dos direitos transindividuais. Os cidadãos teriam que defender direitos próprios, assim como as pessoas jurídicas, ou seria admissível que também postulassem, sobretudo, as associações direitos da coletividade? Ainda que a resposta pudesse ser positiva, seja porque não há expressa vedação, e o acesso

52. Não por acaso a União Européia estabeleceu uma Rede Judiciária européia através da Decisão 2001/470/CE, que divulga informação ao público sobre como fazer valer os seus direitos no Mercado Comum europeu.

53. Mercosul e função judicial. Realidade e superação. São Paulo: LTR, 1997. Pg 139/ 140.

à justiça, mais do que nunca, sempre compreende a satisfação dos conflitos também em sua dimensão coletiva, a necessidade de adesão do Estado comprometeria essa iniciativa. Todos sabemos quão conflituosas e politicamente difíceis são as demandas envolvendo interesses da coletividade em uma sociedade pluriclasse, o que se torna um relevante óbice para o Estado se comprometer com uma demanda que não necessariamente contemple os interesses reputados prioritários.

Portanto, ainda há muito por se fazer para que o acesso à justiça dos cidadãos seja realmente uma realidade no espaço regional.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda é necessária a observância de uma agenda social mínima pelos dirigentes do Mercosul, que conjugue avanços econômicos com melhoria de qualidade de vida, e maior respeito dos direitos humanos⁵⁴, enfrentando-se a heterogeneidade sócio-econômica entre os países e a fragmentação do programas sociais de cada Estado–parte. Têm, assim, os organismos não governamentais do Cone Sul uma hercúlea tarefa de tentar implementar essa agenda social, mantendo as bases econômicas da integração e a competitividade do bloco regional na ordem internacional.

No que tange à maior democratização das deliberações políticas, o deslocamento do centro do poder do Estado para os âmbitos regionais é apenas um dos desafios a ser superado⁵⁵. Mesmo em países não integrados formalmente em blocos econômicos as decisões econômicas e políticas mais relevantes estão fora das mãos do príncipe, como já o disse Alain Touraine⁵⁶. Se o pressuposto democrático permanece relevante, muito há que ser feito para que o desconforto de se sentir excluído do clube dos que realmente decidem não comprometa irremediavelmente o ânimo do cidadão.

Mais do que nunca o estudioso do direito precisa ter um inarredável compromisso com a realidade, pois tem um importante papel a desempenhar no reconhecimento das limitações das estruturas tradicionais da democracia representativa nacional em dar conta do fenômeno político regional. Ademais,

54. Para uma interessante abordagem sobre o tema vide RAMOS, André de Carvalho. Direitos Humanos na Integração. Análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Européia e Mercosul. Tese de Livre docência do Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2005.

55. Para uma ampla abordagem sobre estes desafios para as sociedades periféricas vide DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social. Pobreza, emprego, Estado e Futuro do capitalismo*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

56. Pourrons-nous vivre ensemble? Paris: Fayard, 1997.

no âmbito do Mercosul não há efetiva intenção, pelo menos em curto prazo, de se criarem órgãos regionais, como um Parlamento autônomo ou um Tribunal do Mercosul, para os quais a comunidade jurídica está mais afeita, muito embora a transposição dessas instituições do espaço nacional para transnacional não seja tão simples quanto pareça.

Como garantir a participação dos atores sociais na tomada das decisões se não há um espaço público tradicional? Como garantir a efetividade das declarações e das intenções dos Estados-Partes no que concerne ao reconhecimento de direitos civis, econômicos e sociais se os instrumentos usuais de exigibilidade não se aplicam?

O que não podemos olvidar é a necessidade de se garantir com eficiência os valores da democracia e da justiça em homenagem ao legado das lutas das gerações passadas e à possibilidade de convívio das gerações futuras.

XIII.

REGARD D'UN ECONOMISTE SUR L'EFFECTIVITE DES DROITS FONDAMENTAUX EN EUROPE

*Gervasio Semedo**

SOMMAIRE: Introduction – I. La Charte des droits fondamentaux et les vertus du fédéralisme: 1. La Charte dans un contexte de Budget communautaire a minima; 2. Théories économiques, histoire des idées politiques et intérêts du fédéralisme; 3. Les coûts du fédéralisme – Bibliographie – Annexes.

INTRODUCTION

Le poids économique de la zone euro n'est plus discutable¹. Sur le plan financier, depuis 2004, l'euro est la première devise mondiale sur les marchés obligataires², sans l'être du point de vue des transactions internationales réelles³. Dans la configuration actuelle de l'économie mondiale, la Banque Centrale Européenne résiste à l'idée de politiques inflationnistes pouvant déclencher une spéculation sur l'euro de la part de pays émergents et de pays disposant de fonds souverains, non des moindres la Chine, l'Inde, le Brésil... Jusque-là, la plupart de ces pays ont pris le pari de soutenir la monnaie américaine pour assurer la stabilité du système monétaire international et ainsi éviter une récession mondiale. De ce point de vue, il est indiscutable que les Etats Unis représentent le premier débouché mondial. En tant qu'économie dominante, au regard du critère d'efficacité, les Etats-Unis ont un avantage psychologique sur l'Europe marquée par la division des opinions du point de vue de l'organisation des marchés et de l'articulation des politiques économiques. En effet, vingt ans après le Rapport Delors, trois opinions majeures persistent sans que soient tirées toutes les implications politiques d'une union économique et monétaire: les partisans d'une union minimale avec simple

* Groupe d'Etudes et de Recherches sur la Coopération Internationale et Européenne (GER-CIE), e-mail: gsemedo2002@yahoo.fr. Je remercie Malik Bensafata, Doctorant à l'Université de Tours d'avoir recherché avec moi des données concernant ce papier.

1. L'Europe de la monnaie unique représente 22% du PIB mondial (contre 30% pour les Etats Unis, 13% du commerce mondial hors échanges intra-européens et un marché intégré de 320 millions d'habitants).
2. 47% du stock international de dettes sont libellées en euros, et l'euro représente 25% des réserves officielles de change de banques centrales de 40 pays.
3. Si nous excluons les transactions commerciales au sein de l'Union européenne, le dollar représente 85% des échanges de biens et services dans le Monde.

indépendance de la BCE; ceux qui veulent plus de discipline budgétaire et un bon fonctionnement de la concurrence sur le marché des biens et services; et ceux qui plaident pour une union fédérale.

La question sociale n'est pas au centre de cette discussion, malgré le Traité d'Amsterdam et la définition des droits fondamentaux en faveur du citoyen européen. Avec l'élargissement aux pays en transition, des craintes se sont exprimées pour dire que l'ouverture provoquerait une baisse du niveau de vie dans les pays les plus avancés avec les risques de mobilité forte de la main-d'œuvre des pays en transition vers les pays du cœur de l'Europe. A rebours les pays en transition convergeraient vers le haut en raison du dumping social existant dans ces pays, de taux faibles de l'imposition sur les sociétés et donc de l'attraction des investissements directs. D'un point de vue théorique, cette crainte peut être dissipée à condition de faire émerger les vraies valeurs du fédéralisme en adéquation avec les droits fondamentaux. Comment les économistes comprennent-ils d'ailleurs de tels droits? Devant l'exhaustivité de tels droits, des choix de mesure de leur effectivité devraient alors éclairer par rapport aux convergences voulues et souhaitables. En tout état de cause, la question de l'efficacité à elle seule ne peut pas être au centre du débat, parce qu'il s'agit d'examiner de manière empirique comment les pays européens répondent à l'objectif d'équité en conformité avec l'esprit des droits sans remettre en cause leur compétitivité et leur niveau de vie. La question globale des inégalités dans le Monde donne un avantage à l'Europe, et à l'intérieur de l'Europe un modèle social est défendable encore qu'il doit être compris par rapport à la réduction de la pauvreté, aux droits des travailleurs, à la protection sociale, à l'exercice des droits politiques, à la protection contre les diverses formes de criminalité.

Dans la section 1 de cet article, nous restituons de manière synthétique la compréhension par des économistes des droits fondamentaux et les attentes que nous pouvons avoir d'une Europe fédérale en nous appuyant sur l'Histoire des idées politiques à la rencontre de la théorie économique. Dans la section 2, nous établissons des critères d'évaluation de tels droits au sens de la réduction des inégalités, de la pauvreté, du droit des travailleurs, et de mise en place d'un cadre institutionnel propice à l'exercice de droits politiques en Europe propres à peser sur les crimes comme la corruption, à faire respecter les lois... A chaque fois, nous précisons les limites de tels critères. La défense d'un modèle continental européen demande toutefois des aménagements pour être viable au regard de la mondialisation.

I. LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX ET LES VERTUS DU FÉDÉRALISME

Dans cette section, nous présentons tout d'abord la Charte. Nous précisons de suite les limites d'une telle Charte en présence d'un Budget communautaire

à minima en dépit du fait que le parcours à mi-chemin a montré une capacité de l'Europe à avancer sur ce dossier important de l'intégration économique et politique. Toutefois, même s'il existe des coûts intrinsèques au fédéralisme, que nous souhaitons, les conséquences pleines de l'union économique ne sont pas remplies en l'absence d'un fédéralisme accompli se déclinant pour les économistes en termes d'efficacité, de participation à la vie démocratique, de protection des droits et des libertés.

1. La Charte dans un contexte de Budget communautaire a minima

La Charte des droits fondamentaux⁴ est un document complet, exhaustif; son humanisme est indiscutable. Elle est l'expression d'une Europe généreuse. Dès le préambule, les intentions sont claires et s'inscrivent dans *'l'Esprit des Lumières*: *«L'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité...en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice...La présente Charte affirme également au nom de la subsidiarité, le respect des obligations internationales communes aux Etats membres, la sauvegarde des droits de l'homme, des libertés fondamentales et des clauses sociales adoptées par la Communauté Européenne. Elle définit des services d'intérêt économique général, encore que le problème des services est aujourd'hui confronté à la déréglementation et à des formes de délégation plus souples au nom de l'efficacité. La protection de l'environnement des consommateurs et des travailleurs est précisée.*

Cette charte n'est pas loin de reprendre à son compte la devise de la République française, puisque dans ses déclinaisons, nous pouvons retrouver les thèmes centraux de liberté, d'égalité et de solidarité indispensable à l'expression de la fraternité.

Les libertés fondamentales recensées dans l'article 11 concernent les libertés d'expression, d'information, de réunions, d'associations, le droit à l'éducation y compris un enseignement obligatoire, de travail et de mobilité. Elles sont définies au niveau des articles 16 à 18 essentiellement en termes de garanties de droits de propriété et de liberté d'entreprendre.

Le marché n'est donc pas contraire à l'expression de tels droits puisque: *«L'Union cherche un développement équilibré et durable; elle assure la libre circulation des personnes, des biens, des services, des capitaux, ainsi que la liberté d'établissement».*

4. Journal Officiel des Communautés Européennes, 18 Décembre 2000, C 364/1

L'égalité dans cette charte met bien avant dans son article 21 la règle de la non-discrimination sur la base de la *race*, du genre, du fait religieux, de l'âge (droits des enfants) ou de l'handicap.

Les articles 34 à 36 inscrivent la solidarité: droits des travailleurs au sens le plus large, la protection sociale universelle et le thème de l'aide sociale aux pauvres et ou aux faibles revenus.

L'Europe affirme à notre sens une vision politique avec cette Charte, mais n'est pas allée jusqu'au bout de ses implications notamment les vertus du fédéralisme et la création d'un Gouvernement centralisé à l'américaine, doté d'un Budget important propre à proposer des projets publics à forte externalité, à coordonner des politiques de stabilisation conjoncturelle dans le but d'amortir des chocs externes, à peser sur les orientations démocratiques et politiques des nouveaux entrants, et à assurer une diplomatie unie européenne. Dans les fédérations existantes ailleurs dans le monde développé comme au Canada et aux Etats-Unis, le budget fédéral s'élève entre 30 et 40% du PIB et peut couvrir quelquefois $\frac{1}{4}$ du budget d'un Etat, province ou région en difficulté. En comparaison, le budget communautaire européen ne représente que 1.2% du PIB de l'ensemble de l'UE, soit à peine 4% du budget des Etats membres, lui déniait un rôle d'amortisseur des chocs. Le Fonds européen de développement régional, le Fonds social pour la mobilité, le Fonds de cohésion pour le cofinancement de projets adaptés à l'environnement et aux infrastructures sont marqués par l'insuffisance du budget communautaire. Ce budget ne peut pas servir à un mécanisme de stabilisation automatique grâce à des transferts, car cela peut induire des biais redistributifs compte tenu de l'ampleur différente du chômage d'un pays à l'autre, des formes de mobilité de la main-d'œuvre et des comportements possibles de passagers clandestins pour des pays jonglant avec la discipline budgétaire ou tentés par l'endettement. La théorie économique recommande pourtant la nécessité de coordonner les politiques budgétaires en s'appuyant sur la théorie éclectique des finances publiques selon laquelle ces politiques ont des effets allocatifs, stabilisateurs et redistributifs sur le plan macroéconomique. Il faut cependant reconnaître que la coordination de telles politiques est difficilement praticable et constitue une solution bien plus ardue que la délégation du pouvoir monétaire à un banquier central conservateur ciblant des objectifs d'agrégats monétaires. En même temps, l'Europe ne peut pas se contenter de ne pas renforcer l'Union Economique et Monétaire (UEM); l'Europe politique est interpellée pour passer à un fédéralisme de nature à mettre en place des politiques structurelles. Même si la place de l'UEM et l'entrée de nouveaux pays ont servi à plus d'efficacité, d'équité et de clarté institutionnelle quant au respect des droits des personnes et des libertés. Ainsi les coûts

et avantages d'une participation à une UEM ne doivent pas se limiter à une comparaison statique, mais doivent intégrer d'une part les conséquences futures d'une adhésion et d'autre part les arrangements politiques nécessaires à ce que les Etats déjà membres ou les Etats candidats puissent entrevoir qu'il n'y a que des stratégies de gagnant associées à la participation à une union économique.

Si beaucoup de pays européens n'ont pas attendu la Charte, parce que l'Europe des Lumières a été un enracinement des droits fondamentaux, l'UEM a cependant tant soit peu conditionné l'application de la charte dans des pays en transition et à forte tradition centralisatrice. **L'avantage comparatif institutionnel** du *mini fédéralisme* – obtenu avec l'UEM et ses critères d'entrée – sur le repli nationaliste se vérifie par la nouvelle aptitude de ses nouveaux pays membres ou candidats à assurer une transition démocratique plus douce et réelle. La plupart de ces pays étaient anciennement sous des régimes dictatoriaux; leur choix d'adhésion aux valeurs de la Charte a permis une croissance de leur revenu réel à même de répondre aux droits économiques et sociaux basiques de leurs citoyens tout en ouvrant l'espace des libertés publiques et individuelles. Il reste que ce parcours d'étape doit être renforcé vers encore plus de fédéralisme. Quelles sont alors les vertus attendues du fédéralisme au regard de l'Histoire des idées politiques et de la théorie économique?

2. Théories économiques, histoire des idées politiques et intérêts du fédéralisme

Sur la plan politique, le fédéralisme est comparable à la sous-traitance: un système souple de contrôle vertical au moindre coût par un donneur d'ordre se traduisant par l'absence d'engagement dans le capital de la firme sous-traitante et par un renforcement des obligations contractuelles à partir d'un cahier de charges; le respect des obligations est une condition de pérennité du contrat assis sur un débouché offert par la firme donneur d'ordre. Beer (1993) avance dans ce sens que le fédéralisme est un mélange de centralisme et de décentralisation (principe de subsidiarité) respectant des préoccupations à des niveaux déterminés sans qu'il y ait inflation par les coûts. **La spécialisation des institutions n'empêche pas des délibérations collectives engageant des décisions politiques impliquant l'ensemble de l'Union: Etats membres et citoyens.** Des règles sont alors nécessaires comme la démocratie représentative pour déterminer les parts respectives de chaque pays, communauté ou provinces dans les financements de choix collectifs. De même, **la centralisation propre au fédéralisme, n'exclut pas l'existence de contre-pouvoirs à un niveau inférieur luttant contre des abus de pouvoir, les entorses aux droits individuels et aux libertés civiles.**

Si la théorie économique n'est pas l'occasion d'un consensus pour le libéralisme total, elle n'est pas cependant aussi marquée lorsqu'il s'agit

d'accords de réciprocité commerciale, de traitement préférentiels ou de formations d'unions économiques et monétaires présentées aujourd'hui par exemple comme une résistance à la mondialisation... La question qui divise plus les économistes est le degré d'intervention de l'Etat ou la délégation de pouvoir. En l'espèce dans le cas du fédéralisme, l'abandon de prérogatives nationales est discuté en particulier la souveraineté monétaire. Mais beaucoup d'économistes ont plaidé pour le fédéralisme, comme l'a rappelé récemment Weingast (2006). **Les arguments d'autorité utilisés pour ce plaidoyer sont un mix entre des idées économiques et politiques; ils se déclinent en termes d'efficience économique, de participation à la vie démocratique, de protection des droits des personnes et des libertés fondamentales.**

A propos de l'efficience économique. Une gouvernance de type fédéral contribue à une meilleure allocation des ressources; elle contribue à l'efficience tant dans le secteur privé que dans le secteur public. Le revenu réel d'un pays augmente avec des débouchés plus importants obtenus grâce à l'ouverture des frontières des pays membres d'une union économique. Les entreprises profitent d'un marché intégré et des économies d'échelle en découlent; elles donnent l'occasion aux agents économiques d'augmenter leur revenu réel par tête. La performance du secteur privé découle également des incitations fiscales accordées à l'échelle locale et fédérale. Les entreprises disciplinent les autorités tentées de mettre en pace des politiques fiscales et de régulation contraignantes. Les impôts ont mieux lissés sur longue période et chaque niveau décentralisé est attentif à la dette publique. Les jeunes travailleurs qualifiés, les travailleurs polyglottes peuvent être mobiles, optimiser la structure et le niveau de leur épargne. L'accumulation du capital est favorisée. Si un espace attractif au sens des entreprises privées, il y a afflux d'investissement, sédentarisation du capital; toutes chose égales croissance et évolution vers un équilibre stationnaire. **Les pouvoirs publics fédéraux peuvent alors inciter les entreprises à se regrouper horizontalement ou verticalement et à organiser des modes de gouvernance propres à la grande taille nécessaire aujourd'hui pour affronter les firmes multinationales des autres pays ou groupes.** L'Europe avec les directives européennes s'y efforce, sans céder à la tentation du protectionnisme défendu par certains politiciens.

Comme les agents économiques peuvent être mobiles, ils sont à même de faire des arbitrages entre territoires où ils peuvent résider; un des critères est de pouvoir maximiser leur consommation de biens publics. Toute composante politique offrant des services publics essaiera s'il est rationnel de contenir la dépense publique, mais pour ne pas gérer un désert -ie un espace inhabité- s'efforcera d'en fournir en quantité et en qualité désirées les biens publics demandés par le citoyen représentatif. **Une fédération contribue à discipliner les politiciens en matière d'allocations des ressources publiques. Elle**

limite normalement l'inefficience et la corruption publique (Brennan, Buchanan, 1980). Même si les agents économiques sont peu mobiles, l'indépendance politique des provinces, régions et ou Etats, n'est pas antinomique au critère d'efficience, à condition d'avoir un Budget fédéral conséquent pour maximiser la fourniture de biens collectifs spécifiques à l'échelle de l'Union et de mettre sous tutelle les entités qui n'assurent pas cet objectif. D'un point de vue psychologique, les citoyens d'une localité regardent d'ailleurs tant soit peu *ce qui se passe chez les voisins* résidents dans la fédération pour exiger les mêmes services à leurs élus directs aux mêmes coûts concurrentiels parce que sensibles au niveau des impôts qu'ils acquittent (Beslay, Coates, 2003). Rien ne les empêche alors de brandir la menace crédible de la carte d'électeur pour les votes futurs, et de se constituer en associations pour revendiquer leurs droits devant les tribunaux éventuellement. La judiciarisation apparaît comme incidente, mais tout dépend des coûts mis en œuvre pour départager les citoyens entre eux, les citoyens et les politiciens... Toutefois les conditions d'un secteur public efficient sont subordonnées à la taille du budget fédéral. Toutes choses égales, des risques de fourniture sous-optimale de services publics dans une union. Les effets allocatifs des dépenses publiques s'apprécient donc en termes d'effets structurels liés aux impôts et aux taxes, voire leur utilisation comme dépenses. Si des pays d'une union n'ont pas de point de vue commun sur les phénomènes hors marché (biens publics, traitement de l'environnement, recherche-développement, amélioration du capital humain), -et c'est la cas actuellement pour l'Europe, d'où notre option fédéraliste-, **il en découle une sous-optimalité en termes de croissance, de chômage... Aussi en l'absence de coordination, les dépenses publiques nationales ne sont pas perçues comme profitant à tous, c'est-à-dire comme biens publics au niveau de l'union: il y a sous production de services publics ou mauvaise prise en compte de défaillance des marchés non neutres sur la croissance endogène et le développement. De la même façon, la compétition fiscale, telle qu'elle existe actuellement en Europe, pèse sur la mobilité régionale des facteurs et entraîne leur fuite dans d'autres régions plus prospères du Monde. Transférer au moins l'imposition du capital à l'échelle de l'Union permettrait de limiter l'évasion fiscale; une centralisation du Budget pour des missions bien définies produirait des externalités propres à accélérer la croissance** (Semedo, 1998, p 240). Pour mesurer l'efficience d'un secteur public, en procédant par comparaison sur longue période avec des pays ou groupes de pays, des critères quantitatifs existent: niveau de la dette publique; dépenses publiques avec externalités économiques: dépenses de santé, dépenses d'éducation, dépenses de recherche développement, dépenses de fonctionnement des Etats, part du secteur public dans le PIB... Il existe également des critères qualitatifs: niveau de corruption par exemple.

Concernant la participation à la vie démocratique. Puisque les citoyens sont regardants par rapport aux impôts qu'ils payent et à l'utilisation qu'en font les bureaucrates et les politiciens, il semble qu'ils seront davantage impliqués dans la vie démocratique d'une Union à la condition de leur poser les bonnes questions à l'échelle qu'il convient, et cela en fonction de l'échelle du découpage institutionnel de leur espace. Egalement le contexte pour les inviter à se prononcer est important. L'exemple britannique nous permet d'argumenter. Nous voyons bien que la question du référendum d'entrée dans la zone euro ne pouvait pas se faire sous Tony Blair, compte tenu de la bonne santé de la Grande-Bretagne. En même temps, lorsqu'il a été question d'élargir l'Europe, les citoyens des pays candidats ont contraint leurs dirigeants à accélérer l'extension des droits démocratiques et ont massivement voté pour l'adhésion.

Le taux de participation aux scrutins nationaux ou aux scrutins posant des questions d'intérêt communautaire n'a d'ailleurs pas baissé dans ces pays, anciennement enchaînés dans une tradition de répression. Ainsi, **même si le fédéralisme n'empêche pas l'expression de replis identitaires, il apparaît possible avec le vote de prendre des décisions d'intérêt général poussant les citoyens à participer massivement à la vie démocratique** (Feddersen, Sandroni, 2006). Les groupes d'intérêt nationaux (syndicats, partis, associations) et les lobbies (réseaux d'influence composites d'industriels, de corps de métiers...) apprennent avec le temps à tenir compte de la communauté d'intérêts. Ils s'ouvrent progressivement à d'autres groupes de pression de l'espace intégré, dans le sens bien compris d'intérêts composés. Ces combinaisons interactives posent des questions politiques à l'échelle fédérale supérieure à l'échelle nationale ou provinciale. **La stabilité des modes de gouvernance est renforcée avec la participation démocratique.** En effet, avec le fédéralisme, la légitimité d'un gouvernement élu ne peut pas être remise en cause: l'autorité centrale veille scrupuleusement à la pérennité des institutions responsables à un niveau décentralisé. Les transferts de pouvoir sont pacifiques et les contestations de scrutin ou de résultats d'un vote sont moins marquées. **La violence politique interne doit être atténuée dans un système fédéral et l'Europe n'est pas un contre-exemple dans ce domaine. Néanmoins pour contenir les dérives entre pays en matière de diplomatie, les concurrences inutiles de police, les attaques terroristes, et atteindre les gains d'efficience, la sécurité vis-à-vis de l'extérieur mérite d'être fortement coordonnée par une défense européenne et une politique de renseignements à l'échelle de l'Union.**

Enfin, la protection des droits des personnes et des libertés. Les droits économiques (droits de propriété, possibilité de négociation de tels droits par vente ou achats, droits de signer des contrats...) sont reconnus à tous dans la limite de leurs ressources et de leurs compétences. Les droits politiques,

religieux et sociaux y compris la possibilité de créer des associations d'utilité publique à but lucratif ou non, les droits des minorités sont universels et non discriminatoires. Dans l'UEM européenne, ces faits sont indéniables et si les droits venaient à être menacés, l'action de la Commission Européenne spécialisée viendrait à point nommé pour rétablir de tels droits⁵. Dans le même ordre d'idées, les négociations politiques entre groupes antagoniques dans un pays sont facilitées⁶ et les pays de l'Union sont protégés ipso facto des velléités d'expansion de l'extérieur: ce type de liberté ou d'indépendance est sans commune mesure et les pays de l'Est européen anciennement sous tutelle soviétique constituent des exemples parlants. Nous pouvons également admettre que les systèmes de contrôle de l'exercice effectif des droits des citoyens sont démultipliés, parce que le pouvoir est équilibré par d'autres pouvoirs législatifs, judiciaires, médiatiques, informels des réseaux et associations; les pouvoirs n'existent que parce qu'ils existent des contre-pouvoirs. **Aux droits sont opposables des devoirs.** La Banque Mondiale fournit à ce propos des indicateurs intéressants relatifs au respect de la loi.

3. Les coûts du fédéralisme

En dépit de ses avantages qui l'emportent sur ses inconvénients, il faut être attentif quant à l'évolution de ses coûts, car l'émotion politique se traduit ponctuellement par des sanctions. Les électeurs ne voient que les coûts immédiats surestimés par rapport aux avantages à long terme. Ces coûts sont liés aux effets redistributifs des politiques économiques. Les électeurs estiment de tels effets avec leurs propres instruments souvent biaisés leur myopie intertemporelle, en se focalisant uniquement sur leurs avantages sociaux. S'ils pensent que des mesures vont à l'encontre de leur bien-être ponctuel, la sanction des urnes est immédiate. Comment donc équilibrer les décisions entre répartition et efficacité dans la mesure où une Union n'est pas isolée du reste du Monde et doit être compétitive? **Transposée à l'Europe, cette question peut être traduite de la manière suivante: Est-il possible de faire converger les normes sociales sans obérer l'efficacité économique de l'ensemble devant reposer sur des entreprises de grande taille ou non mais aptes à se confronter aux entreprises du reste du monde avec une compétitivité meilleure ou équivalente? Sen (1973) dans une préoccupation dépassant le cadre européen donne une réponse globale intéressante, adaptée à notre réflexion sur la Charte des droits fondamentaux en Europe. Il avance**

5. Le Kosovo dans la Serbie est un exemple.

6. Voir cas de l'Irlande en Europe.

l'idée qu'un gouvernement indépendamment de ses configurations institutionnelles- fédérale, nationale, provinciale- doit avoir pour première préoccupation la réduction de la pauvreté; toutes choses égales, sa mission est de garantir au minimum des niveaux de capital humain et de santé donnés à chaque citoyen dans la mesure où pour de tels biens, il s'agit de désirs justifiés ou de biens primaires au sens de Rawls. Dans ces domaines, certaines injustices sont inefficaces. Par exemple, dans ce domaine d'injustices inefficaces, une disparité trop importante dans la satisfaction de désirs justifiés comme l'offre de services publics est à corriger par des taxes compensatrices versées aux régions les plus pauvres, pour éviter ne serait-ce l'exode ou l'émigration vers les régions prospères. Plusieurs critères permettent d'apprécier l'étendue de ces disparités: le nombre d'années obligatoires de présence à l'école, le pourcentage de filles scolarisées dans la proportion des enfants de moins de 17 ans, l'espérance de vie, le coefficient de Gini...

Section 2 Où en est l'économie européenne par rapport à l'application de la Charte? Et à partir de quels critères d'évaluation?

La présente section commence par préciser les précautions méthodologiques nécessaires pour apprécier les parcours d'étape des économies européennes. En effet, dès qu'il s'agit de comparaisons entre pays, d'inégalités et de mesures discrètes des crimes, de la corruption à partir d'enquêtes, tout peut devenir sujet à cautions. Mais il n'en demeure pas moins que nous ne pouvons pas invoquer le «voile d'ignorance» tout en refusant d'exploiter les seules statistiques disponibles, et ne pas tenter de cerner ou d'approcher des vérités concernant la répartition des revenus, l'étendue des droits basiques, la protection des citoyens et des biens... Les critères d'évaluation de la situation européenne une fois définis et assortis de mesures concrètes nous permettront de voir le degré d'application de la Charte et de proposer d'un point de vue normatif les politiques publiques nécessaires à un approfondissement de l'intégration européenne dans le sens encore d'un fédéralisme beaucoup plus avancé sans obérer la recherche de l'efficacité et permettant à l'Europe d'équilibrer ses acquis sociaux par rapport aux impératifs de l'économie mondiale.

1. Précautions méthodologiques: diversité des sources statistiques, échelles et validité des comparaisons, relativisme des résultats

Les comparaisons internationales relatives à la pauvreté, à la croissance et aux évolutions institutionnelles reposent sur des statistiques fournies par différents organismes. En même temps, les concepts, les groupes de pays retenus, les données construites par les organismes spécialisés dépendent de données contingentes nationales complètes ou non, de la pondération des distributions de revenus, et du rôle des prix de référence, et montrent bien leurs limites. T. Smeeding (2006) a recensé par exemple en ce

qui concerne les mesures de la pauvreté les sources suivantes: LIS⁷, UNICEF, le Rapport des Nations Unies pour le Développement (UNDP) avec sa base établie par Deininger-Squire, les données de l'OCDE. Nous pouvons ajouter à cela: la base Eurostat, les lissages effectués par des auteurs spécialisés sur la question comme Heston et Summers avec les PennWorld Tables de la Banque Mondiale et de son rapport annuel sur le Développement ou Sala-i- Martin (2006). De même, et c'est là un exemple, tout le monde peut admettre que la mesure du recul de la pauvreté par l'évolution du revenu par tête est insatisfaisante, car elle suppose in fini que tous les individus ont le même revenu, et cela en dépit du fait que la croissance de ce revenu par tête peut faire reculer le seuil de pauvreté. Du point de vue de la comparaison entre pays, est-il possible de dire lorsque le revenu par tête dans ce pays est en dessous de la moyenne, qu'il y a plus de pauvres en pourcentage de la population dans ce pays que dans d'autres? Egalement peut-on statistiquement déterminer la proportion de pauvres dans divers pays pour procéder à des comparaisons alors que les pays n'ont pas une même définition du seuil de pauvreté?

D'une décennie à l'autre, cependant, comme l'a dit Sala-i-Martin, l'analyse économique a progressé et a fourni des bases consensuelles. Il s'est alors imposé une littérature permettant par exemple dans les années 90 d'ancrer deux croyances universelles: d'une part, le taux de croissance des pays pauvres était en moyenne en deçà du taux de croissance des pays riches entre 1970 et 1990 (β -divergence au sens de Barro et Sala-i-Martin), et d'autre part que la dispersion du revenu par tête entre pays a eu tendance à croître dans le temps (phénomène qualifié de σ -divergence). De ce fait, le monde était caractérisé par deux tours jumelles (*twin peaked distribution*). Par la suite, de tels résultats ont été améliorés par la prise en compte de la distribution des revenus. Et, c'est ainsi que durant la dernière décennie un autre accord empirique⁸ semble faire date: les revenus des pays les plus pauvres croissent plus rapidement (β -convergence) et les inégalités de revenus semblent décroître (σ -convergence) réduisant ainsi la différence d'hauteur entre les deux tours. Le dernier consensus est *l'effet Chine*; ce pays participe d'une manière indirecte à la convergence en proposant des prix de biens largement inférieurs à ceux pratiqués par des pays concurrents et souvent en décroissance. Toutefois, l'unanimité est partagée pour reconnaître qu'il est difficile de répondre de manière satisfaisante aux questions suivantes: Combien de personnes dans le Monde vivent dans la pauvreté? Comment a changé de pauvreté dans le Monde durant ces dernières années? Est-ce que les inégalités

7. Luxembourg Income Study

8. Seule le continent africain pourtant sous-peuplé fait exception et diverge.

se sont accrues entre citoyens d'un même pays? Pourquoi les reculs de la pauvreté peuvent être fragiles si les politiques économiques vivent des tensions entre équilibre budgétaire et transferts nets de redistribution? Si X. Sala-i-Martin (2006) a trouvé que la pauvreté a décliné presque partout dans le monde en utilisant le critère du seuil de pauvreté d'individus vivant avec moins de 1.5 dollar par jour équivalent 570 dollars an⁹, F. Bourguignon (2007)¹⁰ a par exemple en ce sens insisté sur le fait troublant du retour de la pauvreté dans les pays développés, et dont les causes ne semblent pas liés à la délocalisation. Normalement, les mouvements de capitaux en faveur des pays du Sud, auraient dû se faire au détriment de la main-d'œuvre peu ou moyennement qualifiée, mais il n'y a pas eu de décrochage des salaires modestes par rapport au salaire médian. Il convient également de préciser qu'il y a une modification progressive des normes sociales de rémunérations avec une perte de vitesse des syndicats surtout en Europe continentale, et le fait le plus troublant est que l'ensemble des changements est accompagné par une envolée des hauts salaires et même des plus hauts parmi les plus hauts salaires. La pauvreté progresse chez les jeunes, les personnes âgées, les familles monoparentales révélant dans certains pays l'offre inadaptée de l'appareil éducatif et des systèmes de formation des travailleurs. Plus récemment E. Le Boucher (2008)¹¹ est allé dans le même sens: *Les craintes d'un retour de la pauvreté des classes moyennes reposent sur des réalités. Aux Etats-Unis, les inégalités sont revenues au niveau de 1920...Les Allemands menacés de pauvreté étaient passés de 18% de la population à 25% de 2000 à 2006; à cause du chômage, de la baisse des indemnités et de la progression du travail temporaire...Les causes de ces évolutions sont multiples: ...Les patrons se paient selon des échelles mondialisées, s'octroient des stocks-options...La mondialisation fait pression sur certains salaires ouvriers à l'exception des services. La technologie, facteur majeur en vérité, fait monter les besoins des plus qualifiés au détriment des autres. Les impôts et taxes grossissent et mangent les très faibles marges acquises par les salaires moyens en France et en Grande-Bretagne.*

2. Les progrès réalisés en Europe en matière d'application de la Charte.

Les pays européens y compris les pays de l'Est ne sont pas désavantagés en termes de création de richesses (voir tableau 2). Le rapport Wim Kok (2003) montre bien que l'Europe dans son ensemble converge vers des taux de croissance du PIB par tête supérieur à bien des égards à la moyenne mondiale (voir tableau 3). Les taux de croissance des pays en

9. Voir tableau 1.

10. F. Bourguignon (2007), «Mondialisation et inégalités», Le Monde, 12 Décembre.

11. E. Le Boucher (2008), «Pile je gagne, face tu perds», Le Monde 10 Mars.

transition avec l'élargissement ont été rarement en deçà de 3% et donc le coût des nouvelles adhésions (voir tableau 4) doit être apprécié par rapport aux progrès accomplis dans ces pays, encore que malgré les distorsions des économies planifiées qu'elles étaient ces pays avaient et ont encore des taux de scolarisation exceptionnels. L'Europe de ce point de vue est un facilitateur de convergence en apportant les soutiens nécessaires à la croissance de pays qui aspirent à bâtir des économies de marché.

Eurostat ne publie pas encore de manière complète des travaux pour apprécier la pauvreté dans l'ensemble des pays européens et pour le moment donne des statistiques détaillées pour l'Europe composée des 13 pays suivants: Belgique, Danemark, Allemagne, Grèce, Espagne, France, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Autriche, Portugal, Royaume-Uni. Même si elles sont incomplètes, Smeeding avec le LIS ne fait pas mieux; en tout cas, elles permettent de faire des comparaisons raisonnables avec des pays de grande taille et ou suffisamment développées. **Eurostat précise en conformité avec les données de Sala-i-Martin que le seuil de pauvreté en Europe y compris les pays en transition s'établirait en 2001 entre 2090 euros et 6474 SPA¹², et avec un taux de pauvreté moyen de 28% avant transferts.** Ce taux de pauvreté en Europe est mesuré par la proportion d'individus vivant dans des ménages disposant d'un revenu équivalent inférieur à un seuil égal à 60% de la médiane¹³ nationale des revenus équivalents adulte. Ce taux varie d'un pays à l'autre et cela reflète les traditions sociales et des choix sociétaux. **En tenant compte des transferts nécessaires à la diminution de l'intensité de la pauvreté¹⁴, les travaux de Cohen-Solal et Loisy (2001) mettent en évidence que: le taux de pauvreté moyen passe à 17%;** la proportion de pauvres reste inférieure à la moyenne européenne au Danemark, en Autriche, et aux Pays-Bas et demeure plus élevée dans des pays du Sud; la France est dans une position intermédiaire. Il est intéressant de répondre alors de manière plus fine à la question: est-ce que la proportion de pauvres diminue après transferts? **Subsiste-t-il des inégalités de revenus**

12. Le Standard pouvoir d'achat permet des comparaisons entre pays après conversion en une monnaie fictive dont chaque unité assure la m^{me} quantité de biens et services au consommateur représentatif, une année prise comme référence.

13. La médiane est un revenu qui sépare la population en deux: la moitié des individus d'un pays dispose d'un niveau de vie supérieur, et l'autre moitié d'un niveau inférieur.

14. L'intensité de la pauvreté corrige le taux de pauvreté, car elle mesure l'écart de pauvreté moyen, c'est à dire la différence entre le revenu moyen des pauvres et le seuil. Elle indique le montant de transfert qu'il faudrait en moyenne verser à chaque ménage pauvre en dessous du seuil pour que tous puissent vivre dans des conditions acceptables.

entre les plus pauvres après redistributions des revenus conformément aux indices de concentration de Gini et de Sen? Le tableau 5 résume les réponses apportées à ces questions. Il ressort que l'ampleur des effets des transferts sociaux dépend de la distribution initiale des revenus. Si elle est fortement inégalitaire avec une forte proportion de revenus très bas, les transferts ne modifient pas le taux de pauvreté mais agissent sur l'intensité de la pauvreté (Belgique, Irlande, Royaume-Uni). A l'inverse, dans un pays avec moins de ménages pauvres, les transferts sociaux feront plus facilement baisser le taux de pauvreté (Luxembourg, Autriche, Danemark). Les transferts universels sont préférables aux transferts ciblés s'il s'agit de réduire l'étendue de la pauvreté.

Après transferts en moyenne, la part des personnes vivant dans un ménage dont le niveau de vie est inférieur à 60% du revenu médian est comprise entre 9% pour les couples sans enfants et 45% pour les familles monoparentales avec enfants de moins de 16 ans, qui du reste en l'absence de telles garanties de ressources avec les jeunes sans liens familiaux et les vieux constituent la partie la plus fragile de l'édifice social. Les transferts servent bien à la couverture des besoins de base: logement, alimentation et représentent dans la majorité des cas de pays moins riches le tiers des revenus des plus pauvres (Cohen-Soal et alli).

Il vient que l'intensité de la pauvreté est diminuée après transferts: l'efficacité est le corollaire. Avec le temps des politiques soutenues doivent réduire la proportion de pauvres: le système européen à des degrés divers est efficient ou répond au critère de viabilité administrative des mesures de politique économique en faveur des familles. L'équité est le but ultime de telles mesures visant à atténuer de manière horizontale et verticale les inégalités de revenus.

Une lecture dynamique du futur de l'Europe par rapport aux notions avancées juste précédemment peut se comprendre à partir de la situation des enfants. L'Europe compte 3 millions d'enfants de moins de 14 ans au travail soit 5% de la population active, soit en deçà de la plupart des régions du monde; les pourcentages restent élevés dans les pays en transition et surtout pour les filles (tableaux 6&7). Donc au stade actuel de l'Union Européenne, il convient de reconsidérer les besoins de l'enfant en capital humain, garant de la croissance de demain, même si la comparaison avec le reste du Monde ne donne pas des signes désolants. En effet, comme l'enfant n'est pas acteur pleinement conscient de la vie, il en subit les effets et hérite de situations sociales, et l'on imagine mal du point de vue éthique qu'il ne soit pas protégé surtout dans les pays candidats ou en transition. C'est pourquoi les transferts sociaux

à l'endroit des enfants, surtout lorsqu'ils sont universels et la protection de l'enfance participent aux droits fondamentaux. Jeandidier et Albiser (2002) ont montré qu'en France comme au Luxembourg, un enfant sur cinq vit sous le seuil de pauvreté hors transferts et donc il s'agit d'un taux analogue rencontré chez les ménages; les enfants sont pauvres parce que le ou les parents le sont. Environ 2/3 échappent à la pauvreté grâce aux transferts. Les politiques de ces deux pays à caractère universel sont efficaces (réduction du nombre de pauvres) et coûteuses en termes de prélèvements, mais bien acceptées par les populations, et s'opposent aux dispositifs en vigueur dans les pays anglo-saxons exclusivement ciblés sur des catégories de ménages très pauvres (1/4 de la population aux Etats-Unis par exemple). D'après le tableau 8, les différences sont nettes lorsque l'analyse se focalise sur l'accès à l'enseignement supérieur et donc à des formations de qualité; les pays en transition, malgré un stock de capital humain non négligeable ont des taux de scolarisation un peu plus bas que la moyenne européenne.

L'équilibre des comptes sociaux a marqué l'Europe ces dernières années; un ensemble de pays s'y efforcent pour réduire les dépenses de maladie, de retraites tout en incitant au développement de fonds de pension. En même temps, les niveaux de protection atteints par les pays scandinaves ne mettent pas en contradiction cet impératif d'efficacité et le principe d'équité. Alors que pour des pays continentaux, comme la France, l'universalité des mesures ne résiste pas aux équilibres financiers rompus. Les pays anglo-saxons ont mis en avant l'efficacité au détriment de l'équité. Les pays du Sud et méditerranéens butent sur par rapport à ces deux impératifs. Dans les pays en transition, les prestations liées à la santé et à l'incapacité ont été relevées par le haut, et ces pays (voir tableaux 9&10) semblent actuellement privilégier les modes de financement privés (cas de la Pologne). Pour de tels pays, la mise en place d'un système de capitalisation a été facilitée par les faibles pensions assurées par leur système ancien de répartition, et la montée des taux d'intérêt réels dans les années 90. Nous reviendrons sur cet aspect lorsque nous parlerons des politiques publiques à mettre en place pour mieux remplir les objectifs de la Charte tout en répondant à d'autres objectifs économiques dans le contexte de la mondialisation.

Dans les pays scandinaves avec bonne protection sociale, les indices de corruption (tableau 11) montrent qu'ils sont à l'abri des groupes de pression, alors que dans les systèmes de capitalisation anciens (Royaume-Uni), la corruption a progressé faiblement certes, avec des équilibres financiers assurés. **Dans les pays du Sud et ou méditerranéens, mis à part la Grèce, l'inefficacité du système social et son manque d'équité sont compensés par le ralentissement de la progression de la corruption.**

La corruption a reculé dans les petits pays baltes avec modèles de capitalisation, devenus habitats préférés de l'investissement direct avec des taux d'imposition sur les sociétés faibles et une main-d'œuvre peu onéreuse. **Pour les pays en transition de taille plus importante, la corruption ne cède pas le pas** entre 1996 et 2007 sauf pour la Hongrie. **Les pays restés sous le giron de la Russie sont fortement corrompus. Les pays continentaux** semblent bien transformer en ressources les coûts de transaction engendrés par un tel phénomène.

La liberté d'expression n'est pas remise en cause dans les vieux pays européens (tableau 12), en dépit d'une progression inquiétante de la concentration des médias, des organes de presse aux mains de quelques groupes et familles en Italie, en France, en Allemagne. **Même dans les pays en transition, exception encore des pays sous influence de la Russie, cette liberté d'expression n'a pas décliné** attestant que *la parole est libre* en Europe dans la défense du bien commun et ou individuel. D'une façon équivalente, **la perception des risques de déstabilisation politique** (tableau 13) **est encore plus présente de ces pays sous tutelle indirecte de la Russie**, de plus en plus tenté par *des relents tsaristes*.

Les services publics ont progressé en moyenne en qualité, et devant des conflits d'intérêts privés, les Tribunaux ont gagné en crédibilité en Europe (tableaux 14&15) et les citoyens ont le sentiment réel d'être protégés de plus en plus contre les crimes et la violence, mis à part dans les pays encore sous influence russe.

3. Politiques publiques, contraintes de l'économie mondiale et nécessité du fédéralisme.

Tout comme système fiscal, **l'optimalité d'un système de protection sociale se mesure à l'aune des critères d'efficacité, d'équité et de viabilité administrative. Les coûts administratifs ont été bien perçus en Europe**, car les services publics ont gagné en qualité avec un effort élevé et douloureux de productivité y compris la réduction de fonctionnaires, la délégation de services publics, la privatisation d'activités et dans la plupart des pays par une réduction des déficits publics. **Le problème est de savoir maintenant est ce qu'en dynamique les choix européens seront toujours soutenables au regard du contexte de mondialisation et des pressions concurrentielles émanant de pays émergents, de la Chine, de l'Inde et de la Corée d'une part, et d'autre part quels sont les équilibres à maintenir pour renforcer les droits fondamentaux sans nuire à la compétitivité?**

Une bonne protection sociale est subordonnée à la croissance et donc au niveau de l'emploi, et les pays européens largement ouverts au commerce international doivent demeurer compétitifs. *L'Europe protège certes globalement mieux ses ressortissants, mais cela se fait, dans la majorité des pays membres, aux dépens de la croissance et de l'emploi*, tel est le constat de Sapir A. (2005). **De son point de vue, des quatre modèles européens de protection sociale, deux seulement sont efficaces: le modèle anglo-saxon et le modèle nordique qui en plus cumule les avantages d'équité. Le premier modèle est caractérisé** par des syndicats faibles, un large éventail des salaires, une protection sociale minimaliste ciblant la couche des plus pauvres, et qui curieusement ces dernières années a réduit l'intensité de la pauvreté. **Les pays nordiques ont fiscalisé leur système de protection sociale, disposent de fonds de retraites financés quelquefois par des revenus pétroliers et ont donné une place à la capitalisation (autour de 10% en moyenne) tout en établissant des ponts avec le marché du travail fixant des droits et des devoirs aux salariés. Ce modèle scandinave se distingue** par un haut niveau des dépenses sociales, des syndicats forts, des écarts moins significatifs de revenus par rapport à d'autres espaces, une liberté de licenciement, une forte indemnisation suite à un licenciement, la formation obligatoire des salariés tout au long de leur carrière et une solidarité intergénérationnelle active. **Deux autres modèles sont juxtaposés aux précédents et sont inefficaces: le modèle méditerranéen de plus inéquitable** (fortes dépenses, licenciements limités mais indemnités faibles) **et le modèle continental dont la France et l'Allemagne remplissant les conditions d'équité** (fortes dépenses sociales, licenciements encadrés, indemnités de chômage généreuses. Par rapport à la classification de Sapir, **les pays en transition sont à mi-chemin entre le modèle méditerranéen et le modèle anglo-saxon. Mais à vouloir trop sauvegarder des systèmes nés après la deuxième guerre mondiale et où à la fin du 19^{ème} siècle, les pays inefficaces dans la maîtrise des coûts sociaux se privent de la flexibilité nécessaire à l'adaptation au marché mondial mouvant et incertain dans le contexte de mondialisation et de l'arrivée de nouveaux concurrents qui non seulement disposent de grandes groupes, de technologies viables et qui sont en mesure de remplir des exigences nouvelles posées par les conditions climatiques par exemple**¹⁵. De fait, 45% des importations européennes viennent des pays à bas salaires contre seulement 8% en 1970.

15. L'insertion de ces pays dans le secteur automobile est l'exemple type. Ils ont pu définir des partenariats, des alliances, se sont imposés avec des groupes de grande taille comme Tata Industries de l'Inde, des technologies adaptées au développement durable (nanotechnologies et voitures propres).

«La création du marché unique et celle de l'euro se voulaient des réponses à la mondialisation, mais elles n'ont pas suffi à générer un plus grand dynamisme. Parce que les efforts se sont ralentis dans les domaines de l'intégration financière et des services y compris publics privatisables, parce que le budget européen est resté trop faible et reste alloué aux reliques comme l'agriculture. Mais aussi parce que les pays européens continentaux et méditerranéens marqués par une forte rigidité sociale subissent les inconvénients de la mondialisation sans en percevoir les avantages». Comme ces pays ne peuvent pas bénéficier d'un dumping monétaire (l'euro s'interdit des politiques inflationnistes et des dévaluations compétitives), ils ne leur restent que la compétition fiscale, qui se fait d'abord entre eux et au détriment de certains, le risque est une guerre d'incitations fiscales dont les conséquences ne sont pas correctement anticipées. La fragilité financière des systèmes sociaux pénalisera dans ces pays des couches moyennes à moins de consentir à des sacrifices et d'introduire progressivement des étapes de capitalisation tout en supprimant un ensemble de régimes spéciaux existants.

Quelles sont alors les politiques publiques à mettre en œuvre en Europe et dans le sens de conclusions par rapport à ce travail?

Dans l'immédiat:

1. La PAC doit être revue en profondeur. Des pays qui comme la France défendent vigoureusement leurs paysans (4% de la population) doivent comprendre qu'avec de nouvelles adhésions, des ressources additionnelles seront nécessaires pour financer des pays dont la population paysanne en pourcentage est plus importante.
2. Activer dans la concurrence dans les services et la finance tout en respectant des normes prudentielles conformément à Bâle II.
3. Libéraliser les services publics privatisables sans remettre en cause leur caractère d'intérêt général, c'est-à-dire voir en quoi cette politique n'aggrave pas des seuils de pauvreté.
4. Accélérer la mobilité intra européenne du marché du travail.
5. Corriger les déséquilibres financiers des systèmes de protection sociale qui ont des incidences sur les coûts de production des entreprises. Il faut bien comprendre que l'efficacité ne peut pas prévaloir comme mode opératoire de fonctionnement. Cette efficacité ne dépend pas uniquement du niveau des dépenses et du niveau de taxation; la gestion des caisses dans leur ensemble et les politiques concrètes mises en œuvre y compris des étapes de capitalisation participent à cette efficacité.

6. L'impératif d'efficacité n'est pas la fin du social; il est fait pour contenir les dérives de la mondialisation. L'équité a donc un prix.

Dans une vision dynamique:

1. Renforcer des groupes européens par incitation à des alliances et à des fusions.
2. La recherche-développement, l'augmentation du capital humain avec des projets européens coordonnées sont nécessaires à l'obtention des économies d'échelle et des bénéfices de la grande taille.
3. Harmoniser l'impôt sur les sociétés et la fiscalité sur les facteurs.
4. Définir un budget européen reflétant réellement la richesse européenne et l'allouer à des fins d'accélération des avantages comparatifs (formation, meilleure éducation, développement de la santé ...) et des avantages compétitifs des entreprises.
5. L'équité demande des transferts sociaux importants à caractère le plus souvent universel, et cela ne peut pas se concevoir sans un budget européen significatif. A court terme, le ciblage de couches défavorisées peut être opérationnel, comme en Grande-Bretagne durant ces vingt cinq dernières années, où le gouvernement a pu réduire la pauvreté de cette manière à revenir dans le même peloton formé par les pays de l'Europe continentale. Mais à long terme, ce sont les mesures universelles profitables aux enfants, à leur éducation, à la recherche développement qui sont en mesure de donner des externalités fortes sur la croissance et le développement, et donc de réduire fortement les inégalités conformément à la Charte des droits fondamentaux.

BIBLIOGRAPHIE

- Albiser E., Jeandidier B. (2002), "Pauvreté des enfants et impact des transferts sociaux. Une comparaison France, Grande-Bretagne, Luxembourg", *Revue Economique*, vol 53, Mai, pp 559-579.
- Bear S. (1993), *The Foundation of Federalism*, Harvard University Press, Cambridge, MA.
- Besley T., Coate S. (2003), "Centralized versus Decentralized Provision of Local Public Goods. A Political Economy Approach", *Journal of Political Economy*, vol 87, pp 2611-37.
- Cohen-Solal M, Losy Ch. (2001), "Transferts sociaux et pauvreté en Europe", DREES, Etudes et Résultats, n° 104, Février.
- Brennan G., Buchanan J.(1980), *The Power to Tax: Analytical Foundations of a Fiscal Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Feddersen T, Sandroni A. (2006), "A theory of Participation in Elections", *American Economic Review*, 96, pp 1271-96.

Sala-i-Martin (2006), "The World Distribution of Income: Falling Poverty And ...Convergence Period", *Quarterly Journal of Economics*, May, Issue n° 2, pp 351-393.

Sapir A.(2005), "Globalisation and the Reform of European Social Models", Bruegel Institute, *Policy Brief*, Novembre.

Semedo G. (1998), "Nouveau regard sur la théorie des zones monétaires optimales", in Semedo G& P. Villieu (eds), *Mondialisation, Intégration économique et croissance. Nouvelles approches*. Ed l'Harmattan, Paris.

Smeeding T.(2006), "Poor people in rich nations: The United States in comparative perspectives", Luxembourg Income Study Institute, January, draft paper.

Sen A. (1973), *On Economic Inequality*, Oxford, Clarendon Press.

Weingast B. (2006), "Second generation Fiscal Federalism: Implications for Decentralized Democratic Governance and Economic Development", Mimeo, Hoover Institution, Stanford University, Stanford.

ANNEXES

Tableau 1 – Pauvreté en pourcentage par région du monde au sens de la Banque Mondiale: critère du 1.5 dollar jour

Pourcentage de pauvres dans chaque région du monde	Population année 2000	1970	1980	1990	2000	Variation: 1970-2000	Variation dans la décennie 1970	Variation dans la décennie 1980	Variation dans la décennie 1990
Monde	100%	100%	100%	100%	100%				
Asie de l'Est	30.1	50	42.3	31.3	10.3	-39.7	-7.7	-11	-21
Asie du Sud	23.5	30.2	35.5	23	8.4	-21.8	5.3	-12.6	-14.6
Afrique au Sud du Sahara	10.7	13.4	19.5	41.3	74.5	61.1	6.1	21.8	33.2
Amérique Latine	8.8	4	1.5	3.5	5.3	1.3	-2.5	2	1.8
Europe de l'Est	7.7	0.7	0.2	0.4	1.1	0.4	-0.4	0.2	0.7
Moyen-Orient et Afrique du Nord	3.9	1.6	0.7	0.4	0.3	-1.3	-0.9	-0.3	-0.1

Source: Sala-i- Martin (2006), p 379.

Tableau 3 – Produit intérieur brut

Pays	Population (en millions d'hab.)	en milliards		par tête	
		euros	SPA	euros	SPA
Chypre	0,762	10,2	12,5	15 100	18 500
Rép. tchèque	10,2	63,3	136,2	6 200	13 300
Estonie	1,4	6,2	13,4	4 500	9 800
Hongrie	10,2	58	120,6	5 700	11 900
Lettonie	2,4	8,5	18,2	3 600	7 700
Lituanie	3,5	13,4	30,5	3 800	8 700
Malte	0,394	4		10 300	
Pologne	38,6	196,7	355,9	5 100	9 200
Slovaquie	5,4	22,8	59,5	4 200	11 100
Slovénie	2	20,9	31,8	10 500	16 000
UE à 15	376,4	8 828,9	8 828,9	23 200	23 200

Source: Rapport Wim Kok, Elargissement de l'Union Européenne: Résultats et défis, Commission Européenne, 2003

Tableau 2 – Taux de croissance du PIB en %

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Hongrie	-0,6	2,9	1,5	1,3	4,6	4,9	4,2	5,2	3,8	3
Pologne	3,8	5,2	7	6	6,8	4,8	4,1	4	1	1
Slovaquie	-3,7	4,9	6,7	6,2	5,6	4	1,3	2,2	3,3	3,5
Slovénie	2,8	5,3	4,1	3,5	4,6	3,8	5,2	4,6	3	3
Rép tchèque	0,1	2,2	5,9	4,3	-0,8	-1,2	0,5	3,3	3,3	3
Estonie	-9	-2	4,3	4	10,4	5	-0,7	6,9	5,4	4,5
Lettonie	-15	0,6	-0,8	3,3	8,6	3,9	1,1	6,6	7,6	5
Lituanie	-16,2	-9,8	3,3	4,7	7,3	5,1	-3,9	3,8	5,9	4

Source: Etude du CERI, 2003.

Tableau 4 – Coût annuel de l'intégration des PECO à l'UE

Organisme ou auteur	Année	Coût (Mds d'ECUS)	Coût * (Mds de dollars)
CEE*	1990	26,0	33,8
CEE**		38,0	49,4
CEPII Benaisnou	1995	26,3	34,2
ENSAE CAZES et allii	1996	45,0	58,5
ENSAE Fayolle	1996	20,3	26,4

* au taux de change de décembre 1995;

** y compris la PAC

Source: Benaisnou (1995), Cazes et allii (1996), Fayolle (1996).

BENSAINOU (1995), "Les fonds structurels: quelle application aux PECO?", *Economie Internationale*, n° 62, 2ème trimestre, pp. 215-232.

CAZES, COQUET, LERAIS, (1996), "Intégrer les Pays de l'Est à l'Union Européenne? Une approche macro-économique" in BADRE (1996).

FAYOLLE (1996), "L'intégration des pays d'Europe Centrale et Orientale à l'Union Européenne: un processus à construire", in BADRE (1996).

Tableau 5 – Indicateurs de pauvreté avant et après transferts

	Seuil en SPA 60% de la médiane	Taux de pauvreté en pourcentage de la population		Intensité de pauvreté		Indice de Gini au-dessous du seuil		Indice de Sen x 100	
		avant	après	avant	après	avant	après	avant	après
Belgique	7562	28	17	52	29	43	19	21	7
Danemark	7883	30	11	47	25	38	16	20	4
Allemagne	7675	23	16	46	34	35	21	15	8
Grèce	4313	23	21	37	35	24	22	12	10
Espagne	4558	26	19	45	32	35	21	17	9
France	7166	27	16	42	26	29	16	16	6
Irlande	5362	33	18	59	24	50	17	26	7
Italie	5188	21	19	40	36	29	25	12	10
Luxembourg	11409	24	13	37	23	27	16	13	4
Pays-Bas	6891	24	12	58	34	50	25	19	6
Autriche	7733	24	13	35	26	25	17	12	5
Portugal	3772	27	22	40	35	29	23	16	11
Royaume-Uni	6800	32	19	54	26	42	15	24	7
UE 13	6452	26	17	46	31	35	20	17	8

Source: Cohen-Solal, Loisy (2001), op cit.

**Tableau 6 – Nombre d'enfants au travail,
âgés de 5 à 14 ans dans le Monde (moyenne 1999-2006)**

	Nombre en millions	Pourcentage
Afrique au Sud du Sahara	69	35
Afrique de l'Est et Afrique du Sud	35	36
Afrique de l'Ouest et Afrique Centrale	34	34
Asie du Sud Est	44	13
Amérique Latine et Caraïbes	12	11
Asie de l'Est et Pacifiques	22	7
Moyen-Orient et Afrique du Nord	8	9
Union Européenne	3	5
PVD	157	15
Monde	158	14

Source: MCIS (2007)

**Tableau 7 – Pourcentage d'enfants au travail,
âgés de 5 à 14 ans (moyenne 1999-2006)**

Pays	Total	Garçon	Fille
Monténégro	10	12	08
Kirghizstan	4	4	3
Kazakhstan	2	2	2
Ex République Yougoslave de Macédoine	6	7	5
Albanie	12	14	9
Azerbaïdjan	11	11	11
Bélarusse	5	6	4
Bosnie-Herzégovine	5	7	4

Tableau 8 – Taux de scolarisation brut par cycle d'éducation

	Primaire (%)			Secondaire (%)			Supérieur (%)		
	1980	1990	2000	1980	1990	2000	1980	1990	2000
France	111,10	108,50	106,10	84,60	98,50	111,30	25,30	39,60	51,00
Grèce	102,90	97,80	93,90	81,20	93,30	95,30	17,10	24,80	42,50
Portugal	123,20	123,40	128	37,20	67,40	106,3	10,70	23,20	37,20
Espagne	109,00	108,60	109,00	86,90	104,10	122,10	23,20	36,70	48,60
Bulgarie	97,80	97,60	96,80	84,50	75,20	78,00	16,20	31,10	39,40

	Primaire (%)			Secondaire (%)			Supérieur (%)		
	1980	1990	2000	1980	1990	2000	1980	1990	2000
Rep. Tchèque	95,50	96,40	104,00	114,30	91,20	98,70	17,50	16,00	21,90
Estonie	103,00	110,70	91,30	126,60	101,90	103,70	24,50	26,00	38,10
Hongrie	96,40	94,50	103,20	69,50	78,60	97,80	14,10	14,00	23,80
Lettonie	102,00	94,20	88,70	99,40	92,70	85,00	23,50	25,00	25,70
Lituanie	78,80	90,70	95,90	113,60	91,90	84,20	34,80	33,80	28,20
Pologne	99,60	98,30	96,40	77,10	81,50	97,60	18,10	21,70	24,70
Romania	103,80	91,30	99,90	93,90	92,00	77,90	12,10	9,70	18,30
Slovaquie	102,80	93,70	18,30	18,60	20,20
Slovénie	98,20	108,30	97,70	38,10	91,10	90,50	20,20	23,70	33,30

Source: Banque Mondiale

Tableau 9 – Dépenses santé/habitant PPA SUS

	1990	2004	Progression %
Europe Occidentale et pays Scandinaves			
Autriche	1327	3418	158
Belgique	1341	3290	145
Danemark	1521	2972	95
Finlande	1392	2202	58
France	1499	3191	113
Allemagne	1730	3169	83
Grèce	843	2669	217
Irlande	796	2742	244
Italie	1380	2437	77
Luxembourg	1532	5095	233
Pays-Bas	1434	3094	116
Norvège	1392	4103	195
Portugal	673	1935	188
Espagne	872	2101	141
Suède	1581	2827	79
Suisse	2028	4045	99
Royaume-Uni	989	2560	159
États-Unis	2738	6037	120
PECO			
République tchèque	570	1413	148
Hongrie	600	1337	123
Pologne	296	814	175
République slovaque	543	1061	95
Turquie	168	562	235

Source: OCDE 2008

**Tableau 10 – Prestations liées à l'incapacité
par habitant, aux prix courants et PPA courants,
en dollars EU**

	1980	1990	2000	2003	Progression % (1990-2003)
Autriche	284	483	761	799	65
Belgique	375	488	736	690	41
République tchèque	..	283	415	508	79
Danemark	433	598	1044	1310	119
Finlande	328	775	877	996	29
France	268	372	414	496	33
Allemagne	183	251	515	547	118
Grèce	81	155	160	209	35
Hongrie*	..	301	313	448	49
Irlande	148	199	390	525	165
Italie	185	355	418	486	37
Luxembourg	495	838	1589	2018	141
Pays-Bas	663	1135	1104	1234	9
Norvège	325	859	1698	2005	133
Pologne	..	209	374	396	90
Portugal	109	272	432	452	66
République slovaque**	..	169	242	287	70
Espagne	164	304	488	586	93
Suède	509	1068	1384	1772	66
Suisse	304	455	861	1088	139
Turquie	5	11	
Royaume-Uni	87	367	653	741	102
États-Unis	134	228	375	464	103
OCDE – Total	209	395	612	723	83

Source: OCDE

* 1999.

** 1995.

Tableau 11 – Indice de perception de la corruption CPI

Pays	1996	2007	Progression de la corruption
Danemark	9,33	9.4	-
Finlande	9,05	9.06	-
Suède	9,08	9.09	-
Pays-Bas	9.0	9.0	=
Suisse	8,76	9.0	-
Norvège	8,87	8.7	-
Luxembourg ^{1997 – 2007}	8.61	8.4	+
Royaume-Uni	8,44	8.4	+
Autriche	7,59	8.1	-
Allemagne	8,27	7.8	+
Irlande	8,45	7.5	+
France	6,96	7.3	-
Belgique	6,84	6.1	+
Espagne	4,31	6.7	-
Slovénie ^{1999 – 2007}	6.0	6.6	-
Estonie ^{1998 – 2007}	5.7	6.5	-
Portugal	6,53	6.5	+
Malte ^{2004 – 2007}	6.4	6.8	-
Hongrie	4,86	5.3	-
Chypre ^{2003 – 2007}	6.1	5.3	+
République Tchèque	5,37	5.2	+
Italie	3,42	5.2	-
Slovaquie ^{1998 – 2007}	3.9	4.9	-
Lettonie ^{1998 – 2007}	2.7	4.8	-
Lituanie ^{1999 – 2007}	3.8	4.8	
Grèce	5,01	4.6	+
Pologne	5,57	4.2	+
Bulgarie ^{1998 – 2007}	2.9	4.1	-
Roumanie ^{1997 – 2007}	3,44	3.7	-
Croatie ^{1999 – 2001}	2.7	3.9	-
Russie ^{1996 – 2006}	2,58	2.5	+

Source: Transparency International (2007) sur la base d'opinions des experts, de politologues et de citoyens

Tableau 12 – Voice and Accountability ou Capacité des citoyens d'un pays à déterminer de manière démocratique leurs gouvernants: liberté d'expression, liberté d'association, et liberté des médias

Pays	1996	2005
Albanie	-0.40	0.08
Arménie	-0.63	-0.64
Autriche	1.39	1.24
Belarus	-1.10	-1.68
Belgique	1.44	1.31
Bosnie-herzégovine	-1.28	-0.11
Bulgarie	0.11	0.59
Croatie	-0.57	0.51
Chypre	1.01	1.03
Republique tchèque	1.01	1.01
Danemark	1.69	1.51
Estonie	0.72	1.05
Finlande	1.67	1.49
France	1.46	1.28
Georgie	-0.58	-0.27
Allemagne	1.51	1.31
Grèce	0.93	0.95
Hongrie	1.02	1.10
Irlande	1.44	1.41
Italie	1.05	1.00
Liechtenstein	1.39	1.26
Lituanie	0.71	0.90
Luxembourg	1.45	1.34
Malte	1.06	1.18
Pays bas	1.66	1.45
Norvège	1.71	1.45
Pologne	0.95	1.04
Roumanie	-0.04	0.36
Russie	-0.43	-0.85
Serbie et Monténégro	-1.45	0.12
Republique de Slovaquie	0.34	1.04
Slovenie	0.95	1.08
Suede	1.66	1.41
Suisse	1.67	1.43
Turquie	-0.47	-0.04
Ukraine	-0.46	-0.26
Grande-bretagne	1.34	1.30

Source: Corruption, Governance and Security: Challenges for the Rich Countries and the World – par Daniel Kaufmann (September, 2004) – Chapter in the Global Competitiveness Report 2004/2005 -

Tableau 13 – Perception de risques de déstabilisation politique anti-constitutionnelle y compris le terrorisme

	1996	2005
Albanie	-0.10	-0.68
Arménie	0.19	-0.22
Autriche	1.12	0.98
Belarus	-0.18	0.01
Belgique	0.69	0.66
Bosnie-Herzégovine	-0.64	-0.78
Bulgarie	-0.08	0.16
Croatie	0.02	0.32
Chypre	0.44	0.29
Rep Tchèque	0.86	0.69
Danemark	1.01	0.91
Estonie	0.60	0.68
Finlande	1.22	1.48
France	0.82	0.33
Georgie	-0.95	-0.80
Allemagne	1.07	0.67
Grèce	0.16	0.35
Hongrie	0.54	0.79
Irlande	0.99	1.08
Italie	0.47	0.21
Liechtenstein ^{2002 – 2005}	1.18	1.38
Lithuanie	0.44	0.88
Luxembourg	1.23	1.41
Malte	1.13	1.34
Pays-Bas	1.27	0.80
Norvège	1.23	1.22
Pologne	0.40	0.23
Roumanie	0.31	0.03
Russie	-1.17	-1.07
Serbie et Monténégro	-1.29	-0.91
Rep Slovaquie	0.36	0.69
Slovenie	0.88	0.94
Suède	1.17	1.18
Suisse	1.39	1.26
Turquie	-1.40	-0.54
Ukraine	-0.45	-0.39
Grande Bretagne	0.82	0.34
Etats Unis	0.82	0.06

Source: Corruption, Governance and Security: Challenges for the Rich Countries and the World – par Daniel Kaufmann (September, 2004) – Chapter in the Global Competitiveness Report 2004/2005 -

Tableau 14 – Government effectiveness (GE): Qualité et indépendance du service public face aux groupes de pression; crédibilité du gouvernement en matière de services publics (transparence des appels d'offre, suivi dans l'exécution des projets...)

	1996	2005
Albanie	-0.49	-0.49
Arménie	-0.39	-0.17
Autriche	1.99	1.60
Belarus	-1.30	-1.19
Belgique	1.93	1.65
Bosnie-Herzégovine	-0.86	-0.53
Bulgarie	-0.64	0.23
Croatie	-0.30	0.44
Chypre	1.17	1.16
Rep Tchèque	0.52	0.94
Danemark	2.09	2.12
Estonie	0.53	1.03
Finlande	2.04	2.07
France	1.94	1.46
Georgie	-0.45	-0.47
Allemagne	2.01	1.51
Grèce	0.82	0.66
Hongrie	0.39	0.79
Irlande	1.70	1.63
Italie	0.93	0.60
Liechtenstein ^{2002 – 2005}	-0.34	0.68
Lithuanie	1.65	1.57
Luxembourg	-0.16	0.85
Malte	2.34	1.94
Pays-Bas	-0.23	0.95
Norvege	2.44	1.95
Pologne	2.13	1.99
Roumanie	0.50	0.58
Russie	-0.88	-0.03
Serbie Et Montenegro	-0.79	-0.45
Rep Slovaquie	-0.71	-0.31
Slovenie	0.17	0.95
Suede	0.52	0.99
Suisse	2.05	1.93
Turquie	2.53	2.03
Ukraine	-0.16	0.27
Grande Bretagne	-0.87	-0.42

Source: Corruption, Governance and Security: Challenges for the Rich Countries and the World – par Daniel Kaufmann (September, 2004) – Chapter in the Global Competitiveness Report 2004/2005 -

Tableau 15 – Respect de la loi: degré de confiance des citoyens dans l'application de règles de droits dans l'exercice de leur activité professionnelle et protection contre les crimes et la violence

	1996	2005
Albanie	-0.37	-0.84
Arménie	-0.51	-0.46
Autriche	1.95	1.87
Belarus	-1.07	-1.04
Belgique	1.62	1.47
Bosnie-Herzégovine	-0.24	-0.74
Bulgarie	-0.14	-0.19
Croatie	-0.58	0.00
Chypre	0.57	0.85
Rep Tchèque	0.60	0.70
Danemark	2.00	1.99
Estonie	0.30	0.82
Finlande	2.05	1.96
France	1.62	1.35
Georgie	-0.90	-0.82
Allemagne	1.86	1.76
Grèce	0.74	0.66
Hongrie	0.62	0.70
Irlande	1.73	1.63
Italie	0.85	0.51
Liechtenstein ^{2002 – 2005}	0.14	0.43
Lithuanie	1.47	1.03
Luxembourg	-0.19	0.46
Malte	1.75	1.96
Pays-Bas	0.00	1.38
Norvege	1.91	1.78
Pologne	2.07	1.99
Roumanie	0.42	0.32
Russie	-0.34	-0.29
Serbie Et Montenegro	-0.90	-0.84
Rep Slovaquie	-1.26	-0.81
Slovenie	0.07	0.41
Suede	0.47	0.79
Suisse	2.00	1.84
Turquie	2.14	2.02
Ukraine	-0.02	0.07
Grande Bretagne	-0.73	-0.60

Source: Corruption, Governance and Security: Challenges for the Rich Countries and the World – par Daniel Kaufmann (September, 2004) – Chapter in the Global Competitiveness Report 2004/2005

XIV.

L'EFFECTIVITE DES DROITS CULTURELS EN EUROPE

*Isabelle Hannequart**

SOMMAIRE: Introduction – I. L'effectivité juridique des droits culturels: entre internationalisation et européanisation: A. L'appropriation des droits culturels internationaux: 1. Les droits à la culture; 1.1. Les références internationales; 1.2. Les dispositions européennes – 2. Les droits des cultures: 2.1. Les droits des personnes appartenant à des minorités; 2.2. La diversité culturelle – B. La justiciabilité européenne des droits culturels: 1. Le renforcement de l'effectivité des droits culturels; 2. L'encadrement de la créativité de la Cour – II. L'effectivité politique des droits culturels entre mondialisation et globalisation: A. La compétence de l'UE en matière culturelle: 1. Les fondements de la compétence culturelle; 2. Les «conflits de valeurs»: culture versus commerce; B. Un modèle culturel européen?: 1. De l'exception culturelle à la diversité culturelle: 2. De la cohésion économique et sociale à la cohésion culturelle européenne: 2.1 Le programme «Culture»; 2.2 L'audiovisuel – Conclusion

INTRODUCTION

L'Europe institutionnelle ne s'est pas faite par la culture. Jean Monnet l'aurait, dit-on, regretté: “Si c'était à refaire, je commencerais par la culture”, aurait-il dit... La culture aurait sans doute été le ciment le plus efficace pour l'intégration européenne, mais deux raisons expliquent que les Européens n'aient pas suivi cette route (*Rapport d'information du Sénat sur l'Europe et la culture, 1^{er} février 2001*, site Internet, p.2). D'une part, la culture européenne était une évidence: «Une culture bimillénaire, si profondément inscrite au cœur des 300 millions d'Européens, semblait aller de soi. Philosophique avec la Grèce, religieuse avec le judéo-christianisme, juridique avec Rome, elle débordait la politique dont elle constituait en quelque sorte le fondement». Il n'était pas nécessaire d'en faire état, d'autant moins que l'Europe avait retrouvé sa force matérielle. D'autre part, ce que cherchaient les fondateurs, c'était à rendre la guerre impossible entre la France et l'Allemagne; pour cela, ils pensaient avant tout à rendre les économies interdépendantes, alors que la rivalité culturelle n'avait jamais été menaçante. En Europe, la domination culturelle joue l'alternance entre les Etats: Italie au XVI^{ème} siècle, France au XVII^{ème}, Angleterre au XVIII^{ème}, Allemagne au XIX^{ème}. Les périodes de plus forte unité culturelle, la fin du Moyen-âge et le siècle des Lumières, n'ont pas gommé les spécificités nationales.

Aujourd'hui, la culture européenne n'est plus une évidence; la mondialisation a hissé la culture au niveau des enjeux mondiaux et «l'Europe du troisième

* Professora de Direito Público, Universidade François Rabelais (Tours, França)

millénaire est pour la première fois menacée là même où elle se croyait la plus forte et comme hors d'atteinte». «Cette conjonction de la culture et du marché, de l'art et de l'argent est en tout point contraire à sa tradition la plus ancienne et la plus profonde» (Rapport du Sénat, op. cit., p.2). Un volontarisme culturel européen apparaît donc comme indispensable dans le contexte global comme dans le contexte de relance de la construction européenne. Mais, comme à sa fondation, l'Europe institutionnelle peut-elle se faire par la culture?!

«L'Europe et la culture: combien de politiques?», demande Odile Chenal (Revue *La pensée de midi*, n° 16, octobre 2005, p. 65). Elle oppose deux pôles en Europe, le pôle français et le pôle anglais et, entre les deux, divers modèles qui se sont mis en place dans les cinquante dernières années selon les contextes nationaux: rôle prépondérant des régions en Allemagne ou en Espagne, partage du développement culturel entre les communautés linguistiques et le gouvernement en Belgique, planification de la culture sur quatre ans avec un rôle déterminant des organismes professionnels intermédiaires aux Pays-Bas. Quant à l'Europe de l'Est entrée dans l'ère post-communiste, les politiques culturelles se développent rapidement en s'inspirant, sans les copier, des différents formats occidentaux, mais les pratiques professionnelles sont plus lentes à changer que les ministres de la culture (plus de quinze ministres successifs en Pologne et treize en Roumanie depuis la fin du communisme), ce qui laisse les jeunes s'orienter vers des partenariats internationaux.

Ces politiques culturelles sont animées par des motivations différentes. Dans certains Etats, «le soutien aux arts s'inscrit dans une tradition qui considère les œuvres de l'esprit comme l'expression de la civilisation et un élément de rayonnement culturel» (Jean Tardiff et Joëlle Farchy, *Les enjeux de la mondialisation culturelle*, Ed. Hors commerce, 2006, p. 254). C'est le cas en France, mais d'autres facteurs expliquent le modèle culturel français. En France, pays à l'avant-garde avec son ministère des Affaires culturelles en 1959, l'action culturelle a été portée par «une longue tradition qui trouvait ses origines les plus prestigieuses dans le mécénat royal et le volontarisme culturel du XIX^{ème} siècle» et a été pérennisée par le défi d'une politique démocratique qui assure l'accès de tous à la culture, le pluralisme démocratique et la liberté d'expression (Jean-Miguel Pire, *Pour une politique culturelle européenne*, Fondation Robert Schuman, p. 21).

Parfois, le lien entre Etat et culture est marqué par un passé autoritaire qui a assimilé culture et propagande politique et qui a fait de l'idée de politique culturelle un véritable tabou. Il a fallu attendre 1998 pour que soient créés, en Italie, un ministère des Biens et des Activités culturelles et, en Allemagne, un poste de ministre délégué pour la Culture auprès du Chancelier allemand. Le caractère tardif des initiatives nationales peut s'expliquer par une réticence

générale à l'égard du volontarisme culturel, comme le montrent les cas de l'Espagne, du Portugal ou de la Grèce.

Pour les Etats qui relèvent de la famille anglo-saxonne, c'est le rattachement à un modèle qui fonde la distance entre l'Etat et la culture et entre l'Etat et sa propre intervention dans le domaine de la culture: «le modèle anglo-saxon tient ordinairement le gouvernement à distance de la gestion des fonds publics destinés à la culture» (Jean-Miguel Pire, op. cit., p. 22). Ainsi, en Grande-Bretagne, ces fonds sont gérés par un Conseil des Arts (Arts Council), organisme relativement autonome. Les sommes les plus importantes consacrées à la culture proviennent du secteur non-gouvernemental; le soutien de la création artistique est principalement confié au marché. La Grande-Bretagne s'est toutefois rapprochée des Etats européens continentaux avec l'apparition d'un ministre délégué aux affaires culturelles dans les années 1990. Le modèle américain, quant à lui, a fait l'objet d'une profonde relativisation dans l'étude de Frédéric Martel, ancien attaché culturel de la France aux Etats-Unis (*De la culture en Amérique*, Gallimard, 2006). Celui-ci a mis en lumière les ressorts publics de l'intervention étatique et la contribution d'un large secteur à but non lucratif.

Pour dépasser ces contradictions, l'Europe peut mettre l'accent sur son patrimoine commun. Quel est ce patrimoine commun? Plusieurs réponses sont possibles. La première consiste à ériger la segmentation culturelle en richesse culturelle et en définition même de l'identité culturelle européenne. La diversité de nos cultures serait notre patrimoine commun! Mais c'est un paradoxe que de fonder de l'unité uniquement sur de la diversité, de l'en-commun sur ce qui ne l'est pas! Une seconde réponse serait la capacité de l'Europe à penser l'universel. «L'universel est en puissance dans toute pensée, dans toute culture. Mais aucune n'avait mis l'universel au moteur de sa culture singulière», nous dit Edgar Morin (*Penser l'Europe*, Folio, Paris, 1990, p. 152). Mais alors, l'en-commun serait fondé sur un concept dépassant l'idée d'Europe et porteur d'un potentiel hégémonique, ce qui risque de desservir l'idée européenne, et ce qui amène les penseurs d'aujourd'hui, juristes et philosophes, à rechercher l'universel à partir du particulier.

Pour le juriste, une troisième réponse est bien adaptée à la construction de l'Europe institutionnelle, c'est le patrimoine juridique, ce patrimoine qui a conduit les Européens jusqu'à l'idée de Constitution commune. Et le lien entre le droit et la culture, ce sont les droits culturels. Les droits culturels sont les grands oubliés des droits de l'homme! Mais deux facteurs conduisent à les redécouvrir, la mondialisation qui tend à faire de la culture le nouveau paradigme des relations internationales et l'adoption, en Europe, de la Charte des droits fondamentaux qui procède à la modernisation des droits. Les droits culturels font solennellement leur entrée dans le droit communautaire et vont refonder l'embryon de politique culturelle européenne déjà existant.

La question de l'effectivité des droits culturels en Europe soulève une double problématique. Premièrement, est-ce l'effectivité de droits culturels en Europe ou l'effectivité de droits européens? Y a-t-il une spécificité de ces droits? Cette spécificité n'est-elle pas principalement dans l'effectivité? Deuxièmement, si l'effectivité est de mieux en mieux assurée (par la Charte des droits fondamentaux, par le Traité de Lisbonne), concrètement, dans la politique européenne de la culture, cela ne risque-t-il pas de se faire au détriment de la spécificité européenne, à cause d'un élément paradoxalement perturbateur, la diversité culturelle. Pas la diversité en soi (qui est une notion très consensuelle), mais la diversité dans le contexte de la globalisation économique? D'un côté, la diversité culturelle est elle-même une nouvelle condition de l'effectivité des droits en Europe, mais, à la lumière du contexte mondial, on peut s'interroger sur les implications réelles du principe, à cause du glissement de l'exception culturelle, chère aux Européens, vers cette diversité culturelle.

L'Europe ne pourra préserver son âme que si elle relève le défi de la fertilisation croisée entre l'universel et le particulier, entre le projet d'intégration et le respect de la diversité, entre le mondial et le local sans confusion entre le mondial de l'universalité et le global de la pensée culturelle standardisée. C'est à cette condition qu'elle pourra promouvoir un patrimoine et une identité selon la perspective dialogique au sens d'Edgar Morin. Le principe dialogique aide à penser dans un même espace mental des logiques qui se complètent et s'excluent, dans les cas où il est nécessaire d'articuler, de relationner, de contextualiser (Isabelle Hannequart, *Science et conscience de la mondialisation*, L'Harmattan, 2006, p. 287).

Actuellement, on voit s'exercer un jeu d'allers-retours entre les problématiques internationales et européennes – droits culturels internationaux ou européens?, politique culturelle européenne ou politique européenne globalisée? L'effectivité juridique des droits culturels hésite entre l'internationalisation et l'europanisation et l'effectivité politique navigue entre la mondialisation des cultures et la globalisation du marché. Le couple effectivité-spécificité n'est finalement pas bien stabilisé; autrement dit, le modèle culturel européen est menacé.

I. L'EFFECTIVITÉ JURIDIQUE DES DROITS CULTURELS: ENTRE INTERNATIONALISATION ET EUROPÉANISATION

L'Europe proclame des droits culturels qui sont avant tout des droits internationaux; même si la proclamation de ces droits doit beaucoup à l'Europe, on ne cesse de proclamer l'universalité de ces droits. L'Union européenne les europanise et leur assure une effectivité quand elle se les approprie tout en

les adaptant à l'intérêt européen et ensuite quand elle leur assure une justice spécifique.

A. L'appropriation des droits culturels internationaux

Les droits proclamés dans l'Union européenne ont-ils une couleur européenne? La réponse à ces questions est compliquée par la difficulté d'identifier préalablement ces droits. Ces droits sont relatifs à la culture, qui est une notion polysémique. D'après le Petit Robert de la langue française, la culture est l'ensemble des aspects intellectuels d'une civilisation, la civilisation étant définie par l'ensemble des phénomènes sociaux (religieux, moraux, esthétiques, scientifiques, techniques) communs à une grande société ou à un groupe de sociétés. Les textes juridiques ne donnent ni définition ni classification de ces droits. Ceux-ci sont d'abord des droits à la culture, mais ils se transforment, depuis une période récente, en droits des cultures.

1. Les droits à la culture

Les dispositions européennes s'inspirent des références internationales, puisées dans les grands instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme.

1.1. Les références internationales

On peut déjà repérer des droits culturels dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (DUDH). Elle contient un article 27, selon lequel «toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent» (§1) et «chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur» (§2). L'article 26 dispose que toute personne a droit à l'éducation (article 26), droit qui doit «favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux ou religieux».

L'un des deux Pactes relatifs aux droits de l'homme de 1966 est consacré aux droits économiques, sociaux...et culturels. On y retrouve le droit à l'éducation (article 13) – qui implique le droit de créer des établissements et la liberté des parents de choisir l'éducation de leurs enfants selon leurs convictions religieuses et morales – et le droit de participer à la vie culturelle (article 15). On pourrait aussi classer dans les droits culturels le droit de se marier (article 16 de la DUDH) et le droit à la protection de la famille (article 16 de la DUDH et article 10 du PIDESC), qui sont à la croisée des droits culturels et des droits sociaux. En réalité, ces droits restent dans l'ombre des droits

économiques et sociaux. Même le droit à l'éducation est parfois considéré comme un droit social.

D'ailleurs, ces droits dépassent le seul PIDESC puisqu'on peut évidemment y ranger la liberté de religion, qui relève de l'autre Pacte, le Pacte sur les droits civils et politiques (article 18). Sur ce point, la DUDH (article 18) précise, tout en reconnaissant le droit à la liberté de religion, que ce droit signifie aussi la liberté de changer de religion. Ici, le collectif se combine avec l'individuel, ce qui doit assurer une conception de la liberté religieuse respectueuse des droits individuels.

Les droits culturels sont donc difficiles à repérer, ils ne sont pas rassemblés dans un chapitre cohérent, mais dispersés dans la première génération des droits (liberté culturelle) et dans la seconde génération (droits à la culture). Cette inscription fonde deux interprétations. On peut estimer que la catégorie des droits culturels est une catégorie fourre-tout permettant d'y ranger les autres droits (autres que civils et politiques, autres qu'économiques et sociaux) ou on peut y voir une catégorie sous-développée des droits de l'homme (P. Meyer-Buch, *Les droits culturels, une catégorie sous-développée des droits de l'homme*, Editions de l'Université de Fribourg, 1991). On peut aussi les analyser comme des droits transversaux, irriguant l'ensemble des autres droits, comme des droits fondamentaux, fondamentaux parce que liés à l'identité.

1.2. Les dispositions européennes

Quels droits retrouve-t-on dans l'Europe communautaire? Dans l'état actuel du droit positif, l'article 6 du Traité UE distingue les principes communs sur lesquels est fondée l'Union, principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et principe de l'Etat de droit, et les droits fondamentaux que respecte l'Union, renvoyant sur ce point à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et aux traditions constitutionnelles communes aux Etats membres.

Or, la CEDH, plus originale par le mécanisme de recours juridictionnel que par son énumération des droits, n'énonce aucun droit essentiellement culturel, au-delà de la liberté religieuse (article 9) et de la liberté d'expression (article 10), du droit au mariage et de la protection de la vie familiale. C'est son Protocole additionnel de 1952, le Protocole 1 (dans son article 2), qui reconnaît le droit à l'instruction et le droit des parents d'assurer l'éducation de leurs enfants selon leurs convictions religieuses et philosophiques.

La Charte des droits fondamentaux, à laquelle le traité de Lisbonne donne une valeur juridique contraignante, introduit explicitement ces droits à la

culture dans l'ordre communautaire. Elle atténue l'effet de dispersion en rassemblant l'essentiel des droits culturels de première et deuxième générations sous le titre II «Libertés», la non-discrimination et la diversité culturelle relevant du titre 3 «Egalité». Elle enrichit explicitement et de façon spécifique le catalogue des droits.

Selon l'article 10, la liberté religieuse implique toujours la liberté de changer de religion. L'article 9 actualise le droit de se marier – qui ne vise plus nécessairement un homme et une femme – et le droit de fonder une famille – qui n'est plus nécessairement lié au mariage.

Le droit à l'éducation, condition de la liberté d'expression et d'information, y figure en bonne place, dans l'article 14, sous une formulation positive et non négative comme dans la CEDH («Nul ne peut...») et avec une notion d'éducation plus moderne que celle d'instruction (celle de la CEDH). Il est lui-même une condition de l'accès effectif aux autres droits. La Charte opère un triple développement de ce droit:

- Comme le PIDESC, il précise la liberté de créer des établissements et, comme le PIDESC et la CEDH, celle des parents de choisir l'éducation de leurs enfants selon leurs convictions religieuses ou philosophiques, mais il ajoute les convictions pédagogiques, ce qui correspond au pluralisme scolaire dans l'Union. En même temps, cette liberté de créer des établissements, donc des établissements d'enseignement privé, doit respecter, non seulement les droits de l'homme, comme dans le PIDESC, mais les principes démocratiques, rempart commun des Etats membres.
- Alors que le PIDESC distingue l'enseignement primaire, obligatoire et gratuit, et l'enseignement secondaire, qui doit être généralisé et rendu accessible à tous, la Charte énonce que le droit à l'éducation «comporte la faculté de suivre gratuitement l'enseignement obligatoire». Cette formule laisse aux Etats la liberté de définir le champ de l'enseignement obligatoire et gratuit sans minimum commun. Elle signifie en réalité qu'elle ne crée pas de nouvelles compétences pour l'Union, ce que confirment les explications qui accompagnent la Charte.
- Le §1 de l'article 14 est plus novateur et ambitieux. Il complète le droit à l'éducation d'un droit d'accès à la formation professionnelle et continue, un droit «reconnu depuis infiniment moins longtemps et souvent difficilement mis en œuvre» (Olivier Duhamel, *Pour l'Europe*, Le Seuil, Paris, 2003, p 262). Ce droit reprend le point 15 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs (déclaration des chefs d'Etat et de gouvernement de 1989) et l'article 10 de la Charte sociale européenne (traité du Conseil de l'Europe de 1961). La formulation n'est

pas complètement limpide (généralement, on distingue la formation professionnelle initiale et la formation professionnelle continue), mais elle renvoie à l'idée de formation tout au long de la vie et elle vise implicitement l'enseignement supérieur qui, s'après la CJCE, fait partie de la formation professionnelle (arrêt Gravier, 13/2/85, 293/83, rec. 593).

Pour éduquer, il faut chercher et créer. La Charte consacre un article 13 à la «liberté des arts et des sciences», en disant qu'ils sont libres et que la liberté académique est respectée. Ces libertés peuvent être comprises dans la liberté de pensée et d'expression et dans le droit à l'éducation. La Cour EDH a jugé que la liberté d'expression comprend la liberté d'expression artistique dans l'arrêt Müller et autres c. Suisse du 24 mai 1988. La formulation de la charte est beaucoup plus explicite que celle correspondante du PIDCP (article 19) – la liberté d'expression comprend «la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de tout espèce... sous une forme orale, écrite, imprimée ou sous une forme artistique...» – et que celle de la CEDH (article 10), analogue et moins explicite encore. Elle peut être vue aussi comme une adaptation du droit de participer à la vie culturelle, qui ne figure pas en tant que tel dans la Charte.

Si l'on rapporte l'article 13 à l'histoire de l'Europe, c'est-à-dire à toutes les expériences idéologiques qu'a connues l'Europe, du national-socialisme au total-nationalisme, au regard du passé médiéval de la grande tradition universitaire, on peut le considérer comme une adaptation au contexte historique européen, comme une européanisation de la liberté culturelle.

D'après Jean-Christophe Galloux (*Article 73, dans Traité établissant une constitution pour l'Europe, Commentaire article par article, Tome 2*, sous la direction de Laurence Burgogne-Larsen, Anne Levade et Fabrice Picod, Bruylant, 2005), l'article 13 répond à une revendication de longue date des milieux académique et artistique. La liberté de la recherche a été reconnue avec plus de difficultés et présente un caractère plus relatif que la liberté des arts. Elle implique le droit à des moyens et des conditions favorables, mais elle doit se combiner avec des valeurs supérieures comme le respect de la dignité humaine, avec des limitations d'intérêt général et des contraintes économiques. Quant à la liberté académique, elle est le «point de convergence des différentes libertés intellectuelles», bien exprimé par la Recommandation de l'UNESCO du 11/11/1997 sur la condition du personnel enseignant de l'enseignement supérieur. La liberté académique est indissociable de l'autonomie institutionnelle des établissements (ce qui signifie la reconnaissance de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur par les cours constitutionnelles occidentales et une certaine permanence ou sécurité des emplois

académiques), ce qui ne contrarie pas l'obligation de la collectivité de mettre à disposition les moyens de cette liberté.

Autre développement culturel explicité de la liberté d'expression, la liberté des médias et leur pluralisme: «La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés.» Ce paragraphe 2 de l'article 11 prend appui sur le protocole sur le système de radiodiffusion publique dans les Etats membres, annexé au traité CE (depuis le traité d'Amsterdam) et qui est désormais annexé au traité de Lisbonne. Ce protocole 27 est bref.

Il considère que «la radiodiffusion de service public dans les Etats membres est directement liée aux besoins démocratiques, sociaux et culturels de chaque société ainsi qu'à la nécessité de préserver le pluralisme dans les médias». Dans un article unique, il préserve la compétence des Etats membres de pourvoir au financement de ce service public «dans la mesure où ce financement est accordé aux organismes de radiodiffusion aux fins de l'accomplissement de la mission de service public telle qu'elle a été conférée, définie et organisée par chaque Etat membre et dans la mesure où ce financement n'altère pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure qui serait contraire à l'intérêt commun, étant entendu que la réalisation du mandat de ce service public doit être prise en compte».

L'article 11§2 de la Charte s'appuie aussi sur la directive 89/552/CE du Conseil, directive visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle. Cette directive Télévision sans Frontières est la pierre angulaire de la politique audiovisuelle de l'UE. Elle a été modifiée par une directive du Parlement et du Conseil, directive 2007/65/CE du 11 décembre 2007, qui précise elle-même qu'elle «renforce le respect des droits fondamentaux et est parfaitement conforme aux principes reconnus par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment à son article 13».

On peut, malgré l'affirmation de la liberté et du pluralisme et malgré la défense des créations audiovisuelles européennes, se demander où est passé le droit de chaque individu de participer à la vie culturelle et de bénéficier du progrès scientifique? Cette formulation, celle d'un droit de l'homme, comporte un aspect positif n'impliquant pas seulement le respect d'une liberté, mais, comme pour la création européenne, une action de l'Etat en vue d'assurer le plein exercice. Le TUE proclame que tout citoyen a le droit de participer à la vie démocratique de l'Union. Curieusement, l'article 25 de la Charte reconnaît le droit des personnes âgées «à participer à la vie sociale et culturelle», quand l'article 26 reconnaît le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer «leur participation à la vie de la communauté». Celui

de participer à la vie culturelle serait-il abandonné à des groupes au détriment de l'individu? Du droit à la culture aux droits des cultures...

2. Les droits des cultures

Ces droits prennent deux visages, celui des droits des personnes appartenant à des minorités et celui de la diversité culturelle. Les premiers restent théoriquement dans la catégorie des droits individuels. Avec la diversité, les droits des cultures pourraient transformer la catégorie des droits culturels en une catégorie sur-développée des droits de l'homme.

2.1. Les droits des personnes appartenant à des minorités

Ce n'est pas la Charte qui introduit cette novation, mais le traité de Lisbonne quand il proclame les valeurs de l'Union (article 2 du Traité UE). «L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'Etat de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités». Mais la Charte comprend aussi une référence relative à l'appartenance à une minorité nationale. Quelle est la portée de cette reconnaissance?

Le sujet n'est pas nouveau dans l'ordre international. Lors de la rédaction de la DUDH, les débats avaient déjà été houleux sur ce sujet. «La question était de savoir si les droits culturels devaient explicitement reconnaître les droits des minorités ou simplement affirmer le droit d'un individu «à participer à la vie culturelle de la communauté». Le Canada, la plupart des pays latino-américains et les Etats-Unis avaient plaidé contre les droits des minorités alors que le bloc des pays de l'Est et l'Inde étaient en leur faveur» (Rapport mondial sur le développement humain 2004, «*La liberté culturelle dans un monde diversifié*, *Economica*, 2004, p. 28). La DUDH, en son article 29, affirme que le libre et plein développement de la personnalité de l'individu n'est possible qu'au sein de la communauté et elle dépasse ainsi la distinction classique très relative entre droits individuels de la DUDH et droits collectifs des Pactes (en tant que droits individuels dont l'exercice est collectif). Mais cette communauté de l'article 29 est la communauté au singulier et en général, imprégnée du principe d'intégrité de l'Etat. La DUDH comme le PIDESC n'envisagent les droits culturels que comme droits de l'homme, droits de chaque personne au sein des Etats-parties, donc dans des sociétés culturellement homogènes.

En 1966, les Etats envisagent de raisonner en termes de majorité et minorité dans la communauté; ils entrouvrent la porte aux droits des minorités. «Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du

droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer ou de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue»; ainsi est rédigé l'article 27, non pas du PIDESC, mais du Pacte international sur les droits civils et politiques/PIDCP. Les travaux d'élaboration du Pacte ont fait ressurgir la problématique des minorités, rattachée aux droits civils et politiques. Ce choix a trois significations.

D'une part, les Etats n'envisagent pas de conférer des droits à des communautés culturelles en tant que collectivités; les droits sont ceux des personnes appartenant à ces minorités (ethniques, religieuses ou linguistiques, selon le triptyque). Ces droits peuvent être exercés individuellement ou collectivement et peuvent à ce titre être qualifiés de collectifs, mais ils sont garantis à chaque personne et ne sauraient se confondre avec le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (inscrit dans les deux pactes de 1966). La protection vise à concilier les droits des minorités comme valorisation des particularismes avec les droits de l'homme et leur universalisme.

D'autre part, les droits des minorités dépassent les seuls droits culturels au sens strict; ils s'articulent avec le principe général de non-discrimination énoncé par l'article 26 qui précède l'article sur les minorités. Ce principe garantit que les personnes appartenant à des minorités jouiront du même traitement que les autres individus. Le souci du respect effectif des droits des minorités conduit à envisager le développement de l'article 27 vers le droit de ces personnes de participer comme les autres individus aux affaires publiques. Il est donc important que ces droits soient étroitement liés aux droits civils et politiques.

La troisième considération découle de ce souci d'effectivité. L'approche individuelle des minorités permet d'ouvrir le droit de recours individuel du PIDCP (le protocole relatif aux droits économiques, sociaux et culturels introduisant la justiciabilité de ces droits reste à l'état de projet). Le Comité des droits de l'homme développe une jurisprudence sur le droit d'avoir sa propre vie culturelle au sens de l'article 27, notamment sur le droit de ne pas être inquiété dans la jouissance de la vie culturelle ou encore sur la liberté de participer à la définition et à la mise en œuvre des politiques relatives à la culture. Cette jurisprudence bénéficie aux membres des peuples autochtones qui, à défaut de dispositions internationales spécifiques et contraignantes, peuvent utiliser le minimum conventionnel du Pacte.

Le bouleversement du monde dans les années 1990 – la place des minorités dans la recomposition de l'Europe et dans la mondialisation – va amener la société internationale et la société européenne à aborder de nouveau la problématique des minorités, sans pour autant définir officiellement cette notion.

Dominique Rosenberg (*Les minorités nationales et le défi de la sécurité en Europe*, travaux de recherche n° 21, UNIDIR/Institut des Nations Unies pour la recherche sur le désarmement, publication des Nations Unies, 1993, p. 4) retient comme définition des minorités (nationales) les «groupes établis sur le territoire d'un Etat, dont les membres sont des nationaux ou des résidents de cet Etat mais ne partagent pas ni l'origine, ni le patrimoine commun de la majorité de la population de cet Etat et sont unis par une volonté de préserver leur identité et un sentiment de solidarité». En tout cas, les textes internationaux se multiplient: document de Copenhague de la CSCE/Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (document du 29 juin 1990, suivi de la nomination d'un Haut-commissaire pour les minorités nationales en 1992), Déclaration des Nations Unies des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques (18 décembre 1992), Charte européenne des langues régionales ou minoritaires (ouverte à la signature le 5 novembre 1992 et entrée en vigueur le 1 mars 1998, non ratifiée par 5 Etats – France, Belgique, Grèce, Luxembourg et Portugal), Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales (ouverte à la signature le 1^{er} février 1995 et entrée en vigueur le 1^{er} février 1998, non ratifiée par les mêmes Etats moins le Portugal).

Les Etats ne peuvent plus ignorer la question des minorités. La Déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies leur demande, dans son article 1^{er}, de protéger «l'existence et l'identité nationale ou ethnique, culturelle, religieuse et linguistique des minorités sur leurs territoires respectifs» et de favoriser «l'instauration des conditions propres à promouvoir cette identité», mais ce sont encore les droits des personnes appartenant à ces minorités qui sont précisés, tels le droit à l'identité, et tous ces textes fixent une limite à ne pas dépasser, le principe de l'intégrité territoriale de l'Etat. La promotion de la liberté culturelle se fera dans ce cadre.

Les appréhensions des Etats sont encore fortes à l'échelle internationale; elles ont été recensées par le Rapport du PNUD (op. cit., p. 28). Les droits culturels sont liés au concept de culture, «qui est une cible mouvante»; ils risquent de cautionner le relativisme culturel et des violations des droits de l'homme au nom de la culture; les droits culturels seraient un «luxe» par rapport à d'autres droits prioritaires; ces droits seraient une menace pour l'Etat-nation. Appréhensions renforcées par l'idée que la reconnaissance des seuls droits civils et politiques des individus serait suffisante pour atteindre la liberté culturelle.

En Europe même, quand il s'est agi de moderniser les droits, la France s'est élevée contre une telle inscription dans la Charte des droits fondamentaux,

contraire à la tradition constitutionnelle française issue de la Révolution française. La France a d'ailleurs, par une déclaration interprétative, exclu l'application de l'article 27 du Pacte en territoire français, parce qu'elle se définit comme indivisible et ne peut donc reconnaître l'existence de minorités. Cette position a évolué vis-à-vis de l'outre-mer, mais la France n'a pas ratifié la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (qu'elle n'a pas signée) ni la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires (qu'elle a signée le 7 mai 1999), ce que le Conseil de l'Europe lui demande de faire (Rapport de M. Alvaro Gil-Robles, commissaire du Conseil de l'Europe aux droits de l'homme, sur «*le respect effectif des droits de l'homme en France*», 15 février 2006).

La Charte contient malgré tout un article évoquant explicitement, mais via la non-discrimination, la question des minorités: «Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle» (article 21 §1). «L'article 21 consacré à la non-discrimination fut également dénoncé par certains négociateurs français car, en interdisant «toute discrimination fondée notamment sur (...) l'appartenance à une minorité nationale», les membres de la Convention ont dégagé un droit fondamental plus protecteur que l'article 13 TCE ou 14 de la CEDH» (Loïc Benoît, *La contribution française à l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, la Tribune du droit public, n° spécial, 2002, p. 13). L'article 13 TCE permet au Conseil de prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle; il ne vise pas expressément les minorités nationales. L'article 14 de la CEDH mentionne clairement l'appartenance à une minorité nationale au sein de la non-discrimination, mais dans la seule perspective de la jouissance des droits et libertés reconnus par la CEDH, ce qui est plus restrictif (sous réserve du Protocole n° 12).

La France n'a pas mis son veto à cet article, car il ne s'agit pas d'un article reconnaissant des droits aux minorités en tant que groupe, ni même des droits aux personnes appartenant à des minorités au-delà du principe d'égalité. Cet article va du principe d'égalité au principe de non-discrimination ou du principe d'égalité théorique au principe d'égalité réelle, autrement dit à l'effectivité du principe d'égalité. Cependant, il déclenche des réactions virulentes de la part de ceux qui s'inquiètent des possibles dérives de l'égalité juridique. «Mais au lieu de se borner à la non-discrimination en général, on a cru

nécessaire de satisfaire chaque communauté en égrenant un chapelet d'appartenances diverses et variées n'ayant pas grand chose à voir les unes avec les autres et ressemblant un peu à l'arche de Noé; «La tendance post-moderne à bannir toute discrimination porte cependant en germe l'abolition de la hiérarchisation, du discernement et du jugement de valeur...» (Anne-Marie Le Pourhiet, *Constitution européenne: des droits fondamentaux contraires aux droits de l'homme*, Journal Conscience juridique, mai 2005).

La France n'a pas non plus fait obstacle à la formule relative aux valeurs de l'UE, valeurs communes aux Etats membres. Cette formule n'a pas été proposée par la Convention européenne, mais a été introduite par la Conférence intergouvernementale qui a retouché le texte de la Constitution européenne, vraisemblablement à la demande de la Hongrie. Les pays méditerranéens, notamment la France et l'Espagne, ne voulaient pas voir mentionner ces droits dans la Charte et il n'était pas question de changer le texte de cette Charte adopté à Nice en 2000; la formule s'est donc retrouvée dans l'article sur les valeurs et elle est reprise par le traité de Lisbonne, sans préciser le terme de minorité, ce qui vise bien sûr les minorités nationales, mis pourrait aussi inclure les minorités issues de l'immigration.

Quelle est sa portée? Le respect des droits des personnes appartenant à des minorités est inclus dans le respect des droits de l'homme, mais ces droits appellent des références précises (on ne peut invoquer les droits des minorités de façon générale et abstraite). Comment faut-il alors interpréter la formule de l'article 2 selon laquelle ces valeurs sont communes aux Etats membres dans une société caractérisée par le pluralisme...? Deux interprétations sont possibles.

Selon la première interprétation, l'article 2 énonce que les valeurs sur lesquelles est fondée l'Union «sont communes aux Etats membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination...». La référence aux valeurs communes est comprise comme une limite – l'Union est fondée sur ces valeurs en tant qu'elle sont communes aux Etats membres -; l'article 2 renvoie donc au minimum commun à la France et aux autres Etats (donc actuellement à la non-discrimination)...bien que la Cour de justice retienne une conception souple des traditions «communes». Dans sa décision du 19 novembre 2004 (décision n° 2004-505 DC *Traité établissant une constitution pour l'Europe*), le Conseil constitutionnel n'a pas relevé la formule sur les minorités, mais il s'est appuyé sur l'obligation d'harmonie de l'article 52§4 de la charte pour apprécier la conformité du projet de constitution européenne à la constitution française. Il en a déduit le respect des articles 1^{er} à 3 de la Constitution française «qui s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture,

de langue ou de croyance» (CC, §16). Dans sa décision du 20 décembre 2007 (décision n° 2007-560, *Traité modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la communauté européenne*), le Conseil constitutionnel a considéré que, pour les mêmes motifs que ceux énoncés dans sa décision de 1994, la Charte n'appelle pas de révision de la Constitution ni par le contenu de ses articles ni par ses effets sur les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

L'autre interprétation consiste à distinguer les valeurs de l'article 2 et les droits de la Charte quant aux contraintes de leur propre interprétation. En effet, la Charte contient un titre VII intitulé «Dispositions générales régissant l'interprétation et l'application de la Charte». Son article 52 «Portée et interprétation des droits et des principes» précise, en son §4, que «dans la mesure où la présente Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions». Or, cette obligation d'harmonie ne vaut pas pour les valeurs de l'article 2.

Anne-Marie Le Pourhiet (*Constitution européenne: des droits fondamentaux contraires aux droits de l'homme*, Journal Conscience politique, mai 2005), pour sa part, estime que, contrairement à ce qu'a affirmé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 19 novembre 2004, les droits des minorités n'auront pas à respecter les principes constitutionnels nationaux. Elle ajoute qu'en outre «l'interdiction des discriminations fondées sur «l'appartenance à une minorité nationale» risque très vite de glisser vers la revendication de droits spécifiques dans un climat idéologique où l'assimilation juridique est désormais considérée comme l'expression d'une domination».

L'enjeu est de taille puisque l'article 2 doit être relié à trois articles du TUE nouveau, aux articles 49, 7 et 3§5 du TUE:

- L'article 49 concerne l'adhésion à l'Union: «Tout Etat européen qui respecte les valeurs visées à l'article 2 et s'engage à les promouvoir peut demander à devenir membre de l'Union». Jusqu'à maintenant, le «respect des minorités et leur protection» fait partie des critères de Copenhague (juin 1993), sans catalogue précis. Les Etats membres ont voulu imposer ces critères aux candidats d'Europe de l'Est, mais n'ont pas voulu pour autant importer ces critères dans l'Union.
- En revanche, l'article 7 s'applique aux Etats membres. Il reprend, en la retouchant, la procédure de suspension des droits d'appartenance à l'Union. en cas de violation grave et persistante par un Etat membre des valeurs visées à l'article 2. La procédure pourrait donc viser, se-

lon le traité de Lisbonne, un Etat qui ne respecterait pas les droits des personnes appartenant à des minorités, dans la mesure de l'article 2...

- Les valeurs réapparaissent dans une perspective internationale à l'article 3§5 TUE, où, dans ses objectifs, «l'Union affirme et promeut ses valeurs», spécialement «dans ses relations avec le reste du monde». La rédaction du paragraphe 5, comme celle de l'article 2, évite la qualification des valeurs européennes en valeurs universelles. Ce sont «ses» propres valeurs que l'Union promeut, même si elles ont vocation à être diffusées au-delà de l'Union. L'Europe évite la vision d'un universel hégémonique. Pour Etienne de Poncins, «Quelques années plus tôt, il (l'adjectif «universel») y aurait sans doute figuré mais aujourd'hui le monde occidental n'est peut-être plus aussi sûr de lui pour qualifier ainsi ses valeurs. La notion de dialogue entre civilisations, par nature fondé sur des références différentes, semble avoir affaibli la confiance de l'Union dans ses valeurs!» (*Vers une Constitution européenne*, Editions 10/18, 2003, p. 87).

2.2. La diversité culturelle

La devise de l'Europe – «Unie dans la diversité» – a été emportée par la volonté de déconstitutionnalisation. Mais, selon l'article 22 de la Charte «Diversité culturelle, religieuse et linguistique», «L'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique». Les explications de la Charte précisent les différents fondements de cet article: article 6 du traité sur l'UE (principes et droits fondamentaux), article 151, §1 et §4, du traité CE relatif à la culture (compétence de la Communauté) et déclaration n° 11 à l'acte final du traité d'Amsterdam sur le statut des Eglises et des organisations non confessionnelles. Cette déclaration énonce que «l'Union européenne respecte et ne préjuge pas le statut dont bénéficient, en vertu du droit national, les églises et les associations ou communautés religieuses dans les Etats membres» et que «l'Union européenne respecte également le statut des organisations philosophiques et non confessionnelles» (la déclaration est reprise à l'article 17 du TFUE).

Comme le mentionne l'explication de la Charte, le respect de la diversité culturelle et linguistique est aussi énoncé dans l'article 3 TUE nouveau relatif aux objectifs de l'UE: «Elle respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique, et veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen». On soulignera que la diversité religieuse n'est ici pas prise en compte! On peut penser qu'elle est bien incluse dans la liberté culturelle, mais qu'on n'a pas souhaité la mettre en évidence...ou que l'Union ne souhaite pas la promouvoir particulièrement. Malgré tout, comme le projet de Constitution, l'article 17 TFUE précise que, «Reconnaissant leur identité et

leur contribution spécifique, l'Union maintient un dialogue ouvert, transparent et régulier avec ces églises et organisations».

Désormais, la diversité culturelle s'inscrit dans le projet européen. Ce faisant, l'Europe intègre une problématique mondiale... sans le dire! L'UNESCO a adopté en octobre 2005 la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles. Le Conseil de l'Union européenne a approuvé cette convention au nom de la Communauté et la convention est entrée en vigueur le 18 mars 2007. Elle fait suite à la Déclaration universelle de l'Unesco sur la diversité culturelle (2 novembre 2001), que les Etats, notamment francophones, avaient souhaité transformer en véritable convention. Pour une raison chronologique – la Charte des droits fondamentaux et ses Explications ont été adoptées en 2000 –, la convention n'est pas mentionnée dans les explications de l'article 22 alors que la convention de New York sur les droits de l'enfant figure dans celles de l'article 24 sur les droits de l'enfant. L'adaptation des Explications qui a été faite à l'occasion du traité de Lisbonne a été purement formelle (Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, 2007/C-303/02).

A l'échelle européenne, la diversité culturelle est une condition de renforcement de l'effectivité des droits, à la suite (formelle et substantielle) du principe de non-discrimination qui lui-même suit le principe d'égalité. Elle garantit l'accès aux droits fondamentaux comme le droit à l'éducation. La réciproque est également vérifiée. L'article 2 de la convention internationale réalise ce lien entre la diversité culturelle et les droits de l'homme: «La diversité culturelle ne peut être protégée et promue que si les droits de l'homme et les libertés fondamentales telles que la liberté d'expression, d'information et de communication, ainsi que la possibilité pour les individus de choisir les expressions culturelles, sont garantis». D'autre part, «Nul ne peut invoquer les dispositions de la présente Convention pour porter atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales tels que consacrés par la Déclaration universelle des droits de l'homme ou garantis par le droit international, ou pour en limiter la portée». L'exercice effectif des droits culturels est donc une condition de la diversité culturelle et, inversement, selon le préambule de la Convention, la diversité culturelle est importante «pour la pleine réalisation des droits de l'homme et des libertés fondamentales proclamés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans d'autres instruments universellement reconnus». Diversité culturelle et droits de l'homme sont donc interdépendants.

Cependant, la diversité culturelle soulève une question d'interprétation: quelle est son champ d'application? L'Europe s'aligne-t-elle sur la logique de la convention? Tout d'abord, le traité ne parle pas de diversité des expressions

culturelles, mais de la diversité culturelle, religieuse et linguistique, faisant ressortir ces deux aspects. Surtout, la diversité consacrée s'applique-t-elle au niveau interétatique – dans la logique européenne attachée aux identités nationales – ou au niveau infra-étatique – selon l'esprit et la lettre de la convention internationale?

D'après le concept international (article 2 Principes directeurs, §3 Principe de l'égalité de dignité et du respect de toutes les cultures), «La protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles impliquent la reconnaissance de l'égalité de dignité et du respect de toutes les cultures, y compris celles des personnes appartenant à des minorités» – sans autre précision – «et celles des peuples autochtones». L'article 7 Mesures destinées à promouvoir les expressions culturelles dispose, dans son §1, que «Les Parties s'efforcent de créer sur leur territoire un environnement encourageant les individus et les groupes sociaux: a) à créer, produire, diffuser et distribuer leurs propres expressions culturelles et à y avoir accès, en tenant dûment compte des conditions et besoins particuliers des femmes, ainsi que de divers groupes sociaux, y compris les personnes appartenant aux minorités et les peuples autochtones».

Pour Anne-Marie Le Pourhiet (op. cit.), la diversité consacrée «paraît a priori concerner la diversité entre les Etats membres, c'est-à-dire interdire à l'Union d'imposer l'uniformité. Il n'est cependant pas certain que cette disposition soit lue et interprétée de cette façon par des groupes minoritaires plutôt partisans de la diversité à l'intérieur des Etats. Il semble que certains y aient vu un début de reconnaissance «des minorités nationales» plus que des «diversités nationales»». Position confortée par l'article 2 du nouveau traité.

Le traité CE actuel nous donne des éléments de réponse. L'article 6 TUE auquel renvoie l'Explication de l'article 22 nous dit que l'Union «respecte l'identité nationale de ses Etats membres» (formule reprise par l'article 4 TUE nouveau); ses Etats sont donc ou ne sont donc pas multiculturels et ce sont eux qui s'autoqualifient.

L'article 151§1 précise que «la Communauté contribue à l'épanouissement des cultures des Etats membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale, tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun». Le §4 ajoute que la Communauté tient compte, transversalement des aspects culturels, «afin notamment de respecter et de promouvoir la diversité de ses cultures». D'un côté, la diversité figure déjà dans le traité et elle est à la fois nationale et régionale, selon le langage de la cohésion économique et sociale et de la politique régionale. D'un autre côté, la diversité régionale est canalisée par le cadre national, par les «cultures des Etats». Le traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) reprend la même formulation dans l'article 167. Les dispositions du traité restent

donc plus équilibrées que celles de la Charte. Quant à la diversité linguistique, en particulier, «le principe de la charte vaut pour les 23 langues officielles de l'Union, et aussi pour les nombreuses langues régionales et minoritaires parlées en Europe (Diversité linguistique, europa.eu/languages/fr).

La Charte reste donc ambiguë par rapport à la convention internationale. L'article 3§5 ne précise pas que l'Europe contribue à la diversité culturelle dans le monde, dans l'esprit de l'Unesco. Il reviendra au juge européen de fixer l'interprétation de cette diversité culturelle. L'eupéanisation passe surtout par la justiciabilité des droits.

B. LA JUSTICIABILITÉ EUROPÉENNE DES DROITS CULTURELS

Un des apports essentiels du traité de Lisbonne est de donner valeur juridique obligatoire à la Charte des droits fondamentaux. Celle-ci avait été préparée par une précédente convention et avait été solennellement proclamée par le Parlement, le Conseil et la Commission le 8 décembre 2000, mais elle n'avait pas été intégrée au traité de Nice et n'avait pas de force juridique contraignante. Le Traité de Lisbonne, par son article 6§1 TUE, change la situation: «L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007, laquelle a la même valeur juridique que les traités». La charte va renforcer l'effectivité et la visibilité des droits culturels, en permettant le développement d'une jurisprudence de l'UE sur les droits culturels. Mais l'intégration de la Charte soulève en même temps des problèmes juridiques complexes. Le développement de la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE ne sera pas complètement autonome et il faut s'interroger sur la place des droits culturels dans cette construction.

1. Le renforcement de l'effectivité des droits culturels

L'effectivité des droits trouve ici pleinement son sens. Ce thème de l'effectivité des droits est aussi une problématique internationale. Aux Nations-Unies, la Commission des droits de l'homme a adopté par consensus en 2002 la résolution sur la promotion de la jouissance effective des droits culturels pour tous et le respect des différentes identités culturelles. Elle considère notamment que «la promotion des droits culturels de chacun, du respect des identités culturelles distinctes des peuples et de la protection de la diversité culturelle de l'humanité fait progresser la mise en œuvre de tous les droits de l'homme et leur jouissance effective pour tous». Les droits culturels ne sont donc pas un luxe, mais sont indissociables des autres droits et même une condition fondamentale pour le respect de tous les droits. Tel est l'enjeu du contrôle du respect des droits culturels. Or, ce n'est qu'à l'échelle continentale

et notamment en Europe qu'on peut envisager de soumettre le contrôle du respect des droits à un juge. Même à deux juges!

De son côté, la Cour EDH développe une jurisprudence sur le droit à l'éducation (article 2 du Protocole n° 1), sur la liberté de religion (article 9), sur la liberté d'expression et les sensibilités religieuses (article 10) – par exemple, une jurisprudence de la Cour concerne les témoins de Jéhovah (elle condamne notamment les mesures trop restrictives de la part de la Grèce). La Cour a abordé des questions sensibles pour les Européens, celles de la laïcité, celles des droits linguistiques en Belgique mais aussi à Chypre, celle des droits des personnes appartenant à des minorités.

Le Conseil constitutionnel a lui-même évoqué dans les considérants de sa décision de 2004 l'affaire Leyla Sahin c. Turquie (*arrêt de la CEDH du 29 juin 2004, n° 4774/98*). Cette affaire était liée à une question qui a suscité beaucoup de passion, celle du port du foulard islamique par des femmes musulmanes. La grande Chambre a jugé que le droit à l'éducation s'étend au droit à l'enseignement supérieur (*Req. 44774/98, grande Chambre 10 novembre 2005*). «Il ressort que les établissements de l'enseignement supérieur, s'ils existent à un moment donné, entrent dans le champ d'application de la première phrase de l'article 2 du Protocole n° 1, étant donné que le droit à l'accès à ces établissements constitue un élément inhérent au droit qu'énonce ladite disposition». La Grande Chambre a estimé en même temps qu'il n'y avait pas violation de la liberté de religion quand le port du foulard aux cours, stages et travaux pratiques est interdit par l'université. Elle a dit que cette conception de la laïcité était respectueuse des valeurs sous-jacentes à la convention et que la sauvegarde de ce principe, l'un des principes fondateurs de l'Etat turc qui cadraient avec la prééminence du droit et le respect des droits de l'homme et de la démocratie, pouvait être considérée comme nécessaire à la protection du système démocratique en Turquie (*Rapport annuel 2005, site Internet de la CEDH, <http://www.echr.coe.int>*).

La question linguistique se croise avec le droit à l'éducation et la liberté des parents de choisir l'éducation de leurs enfants. L'affaire du régime linguistique belge (CEDH, affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique, 23 juillet 1968, série A, n° 6), dans le contexte original de la Belgique fédérale, n'est toujours pas close. Cet arrêt a fixé les contours de l'égalité de traitement. Une distinction est possible si elle est justifiée objectivement et raisonnablement. Elle doit ainsi poursuivre un but légitime et il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité. La Cour estime que le Protocole à la CEDH n'impose pas aux Etats le respect dans le domaine de l'éducation des préférences linguistiques des

parents, mais uniquement celui de leurs convictions religieuses ou philosophiques. L'article 14, même combiné avec l'article 2 du Protocole, n'a pas pour effet de garantir aux enfants ou aux parents le droit à une instruction dispensée dans la langue de leur choix. Mais la Cour juge, sur un autre plan, un article de la loi belge contraire à l'article 14 combiné avec la première phrase de l'article 2 du Protocole additionnel. Cet article interdisait, sur le seul fondement de la résidence de ses parents, à un enfant francophone d'une commune sans facilités (linguistiques) de fréquenter une école francophone d'une commune à facilités. Cette affaire continue, quarante ans plus tard, à susciter un débat sur le suivi de cet arrêt (Assemblée parlementaire, *Application d'un arrêt de la CEDH sur le régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, Doc. 8428, 31 mai 1999).

Cet aspect territorial se retrouve dans l'arrêt Chypre contre Turquie du 10 mai 2001 (n° 28883/95, R 2001-IV) pour lequel le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté le 4 avril 2007 une deuxième résolution intérimaire concernant l'exécution de l'arrêt (ResDH(2007)25). La Cour a constaté plusieurs violations de la CEDH par la Turquie dans la partie nord de Chypre depuis l'intervention militaire turque en 1974, en particulier du droit à l'éducation et de la liberté religieuse. La Turquie doit soumettre des informations pertinentes concernant toute procédure de filtrage des manuels scolaires, à assurer une éducation complète pour les enfants chypriotes grecs et maronites enclavés et à fournir à certaines écoles des bases de fonctionnement stables et durables, par voie législative ou par tout autre moyen approprié. En ce qui concerne la religion, la Turquie doit fournir des précisions sur les motifs de rejet de la dernière demande des autorités chypriotes pour la nomination d'un second prêtre et sur les développements ultérieurs.

La CEDH développe même une jurisprudence sur les personnes appartenant à des groupes minoritaires par le biais du principe de non-discrimination (article 14). Cela se fait dans le cadre des droits garantis par la convention (l'article 14 peut entrer en jeu même sans un manquement aux autres clauses normatives si les faits du litige tombent bien sous l'empire de l'une de ces clauses). Mais le principe de non-discrimination a été généralisé et pourra donc être invoqué sans se baser sur la violation d'un article de la convention par le Protocole n° 12 (entré en vigueur le 1^{er} avril 2005 après ratification par dix Etats) – «La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, ... l'appartenance à une minorité nationale, ...» (article 1) –, même si ce protocole ne prévoit pas de discriminations positives.

La Cour est allée dans cette direction en renversant son argumentation. Dans l'affaire Thlimmenos c. Grèce (6 avril 2000, req. 34369/97), la Cour admet que «l'ensemble de circonstances» – le fait d'avoir été traité comme une personne reconnue coupable d'un crime aux fins de la nomination à un poste d'expert-comptable, bien que l'infraction pour laquelle il a été condamné ait été la conséquence de ses convictions religieuses (il avait refusé d'effectuer le service militaire comme témoin de Jéhovah) – tombe sous l'empire d'une disposition de la convention, à savoir l'article 9 (liberté de conscience et de religion). Et elle conclut qu'il y a eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 9. Donc, dans des situations sensiblement différentes, les Etats doivent en principe appliquer un traitement différent. «La Cour introduit l'obligation positive de l'Etat de prévoir des discriminations positives lorsque cela est nécessaire pour donner plein effet à un droit de la Convention» (*Charte des droits fondamentaux, article 21 Non-discrimination*, http://www.europarl.europa.eu/comparl/libe/elsj/charter/art21/default_fr.htm).

Dans une affaire récente, la Cour a apprécié la conformité d'une décision de placement d'enfants roms en République tchèque dans des écoles spéciales pour enfants atteints de déficiences intellectuelles. La requête combinait l'article 14 (interdiction de discrimination) et l'article 2 du Protocole 1 (droit à l'instruction). Il fallait déterminer si le placement avait été motivé par l'origine ethnique ou raciale, par l'appartenance à la communauté rom. La chambre avait conclu à la non-violation (*affaire D.H. et autres c/ République tchèque*, req. 57325/00), mais la grande chambre a renversé ce jugement le 14 novembre 2007, prenant en compte une pratique de ségrégation des enfants roms, sans égard pour leurs facultés intellectuelles. Bien qu'il s'agisse de non-discrimination et non de discrimination positive, cette décision a été saluée comme «une décision capitale pour les Roms à travers l'Europe» (*Internationale de l'Education*, <http://www.ei-ie.org>), car elle contextualise des actes spécifiques, en les situant dans un contexte de pratiques systématiques.

La Cour de Justice de l'UE, quant à elle, n'a pas attendu la Charte des droits fondamentaux pour développer une construction prétorienne de protection des droits fondamentaux. Elle estime que ces droits font partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect. Elle s'inspire des droits constitutionnels nationaux et des instruments internationaux, notamment de la CEDH. Désormais, la Cour veillera au respect de la Charte par les institutions, organes et agences de l'Union et par les Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union (à l'exception, quoique limitée, de la Grande-Bretagne et de la Pologne), ce qui «produira un changement important dans l'effectivité du droit» (*Comprendre le Traité de Lisbonne*, Jean-Luc

Sauron, Gualini éditeur, 2008, p. 39). Quel sera l'ampleur du changement pour les droits culturels?

Actuellement, «On retrouve dans la jurisprudence communautaire tout l'éventail des droits fondamentaux de la personne que les constitutions nationales et la Convention européenne des droits de l'homme ont conduit les Etats membres à reconnaître. L'évolution de la Communauté fait que les droits civils et politiques sont de plus en plus souvent invoqués à côté des droits économiques et sociaux» (Claude Blumann et Louis Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 2ème édition, 2005). Où sont les droits culturels? On pourrait penser que les actes communautaires, en raison de leurs domaines d'intervention, sont moins susceptibles que les actes nationaux de mettre en cause ces droits. Pourtant, parmi les valeurs fondamentales sur lesquelles se prononce la Cour, se dégagent la liberté religieuse, le droit à l'éducation, la non-discrimination et le respect du pluralisme.

Dans l'affaire Prais c. Conseil (27 octobre 1976, 130/75, Rec., p. 1589), la Cour se prononce sur les conditions d'un recrutement par concours au regard des impératifs d'ordre religieux. Si un candidat informe l'autorité investie du pouvoir de nomination que des impératifs d'ordre religieux l'empêchent de se présenter aux épreuves à certaines dates, celle-ci doit en tenir compte et s'efforcer d'éviter de retenir de telles dates pour les épreuves. Si, en revanche, le candidat n'informe pas à temps l'autorité investie du pouvoir de nomination de ses difficultés, celle-ci peut refuser de proposer une autre date, particulièrement lorsque d'autres candidats ont déjà été convoqués aux épreuves.

Ici, la liberté religieuse est renforcée dans son effectivité par l'article 13 TCE: le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement, peut prendre les mesures appropriées pour lutter contre la discrimination fondée, entre autres, sur la religion. Cet article devient l'article 19 TFUE: le Conseil, statuant conformément à une procédure législative spéciale, à l'unanimité et après approbation du Parlement, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée, entre autres, sur la religion ou les convictions; on y retrouve l'origine ethnique mais on n'y trouve pas l'appartenance à une minorité nationale – formule de l'article 21 de la charte!

En lien avec la liberté religieuse, la question de la laïcité pourrait un jour concerner un Etat membre de l'Union européenne, la Turquie si elle entre dans l'Union, ou un autre Etat. La Turquie vient d'autoriser le port du foulard à l'université, ce qui déclenche une bataille juridique. La laïcité ou sa remise en cause au niveau européen, à supposer qu'une compétence de

l'Union puisse toucher cette question, pourrait être soumise au juge européen de Luxembourg.

Le contrôle du droit à l'éducation est spécialement intéressant parce que la Cour est amenée à contextualiser l'exercice de ce droit; elle l'europanéisme en le situant dans le contexte original de la libre-circulation des étudiants (libre-circulation qui n'existe pas en tant que droit – cosmopolitique – à l'échelle planétaire). Dans la rubrique libre-circulation/culture, la Cour a développé une jurisprudence sur la reconnaissance des diplômes, l'allocation d'éducation, la prise en compte de l'expérience professionnelle, la validation des périodes d'éducation accomplies dans un autre Etat membre, le droit des enfants d'un travailleur migrant à poursuivre ses études dans l'Etat d'accueil. Ici, la libre-circulation vient au secours du droit à l'éducation; elle transforme le droit à l'éducation en un droit de choisir son lieu d'éducation en Europe.

Par exemple, trois arrêts illustrent la mise en place d'un espace européen de l'éducation:

- Dans l'arrêt D'Hoop du 11 juillet 2002 (C-224/98), la Cour estime que le droit communautaire s'oppose à ce qu'un Etat membre refuse à l'un de ses ressortissants étudiant à la recherche d'un premier emploi l'octroi de l'allocation d'attente au seul motif que cet étudiant a terminé ses études dans un autre Etat membre,
- Dans l'arrêt du 13 novembre 2003 *Valentina Neri c. European School of economics* (C-153/02), la Cour s'oppose à une pratique administrative, selon laquelle les diplômes universitaires de deuxième cycle délivrés par une université d'un Etat membre ne peuvent être reconnus dans un autre Etat membre lorsque les cours en préparation de ces diplômes ont été dispensés dans ce dernier Etat membre par un autre établissement d'enseignement conformément à un accord conclu entre ces deux établissements (cette affaire évoque le droit, selon la Charte, de créer des établissements),
- Dans l'arrêt du 23 octobre 2007 (affaires jointes C-11/06 et C-12/06), la Cour décide que la loi allemande viole le principe de libre-circulation en accordant des bourses uniquement aux étudiants allemands ayant achevé un premier cycle d'étude dans leur pays d'origine. Les restrictions à la liberté de circulation peuvent être justifiées, mais elles doivent être nécessaires et proportionnées (il n'existe pas d'autres moyens de parvenir à l'objectif recherché).

Cette possibilité de justification anime le débat actuel sur les quotas instaurés par la Belgique, comme par l'Autriche, pour l'accès aux études supérieures dans certaines filières telles que la médecine vétérinaire et la kinésithérapie. L'Autriche avait été condamnée par la CJCE le 7 juillet 2005

(*Commission c. Autriche*, C 147/03): ce pays accordait une place d'étudiant dans ses universités aux étudiants allemands pouvant prouver que leur diplôme de fin d'études secondaires leur permettait d'entreprendre immédiatement des études supérieures dans l'Etat ayant délivré le diplôme (absence de sélection). Une telle discrimination fondée sur la nationalité était contraire au droit communautaire et pas justifiée (*L'Europe des libertés, Jurisprudence de la CJCE en matière de droits de l'homme*, Olivier Cotte et Jean-Pierre Jacqué, n°18, 2005). Pour faire face à l'arrivée massive d'étudiants, l'Autriche a donné aux directeurs d'université la possibilité de choisir d'instaurer des examens d'entrée ou un semestre probatoire, ce qui signifie une sélection pour tous, y compris pour les Autrichiens! «Harmonisation bon gré mal gré: Vienne doit donc se plier bon gré mal gré aux règles en vigueur en Allemagne pour résister à cette pression» (<http://www.confrontations.org/spip>). Dans un arrêt du 1^{er} juillet 2004, la Belgique a aussi été réprimandée par la Cour, mais la Communauté française a publié un décret le 16 juin 2006 qui limite le nombre d'étrangers non-résidents à 30% dans certaines filières. La Commission, à la suite de plaintes d'étudiants, a entamé une procédure contre la Belgique (*Europe Infos. Champagne-Ardenne*, décembre 2007, n° 26).

Dans ce domaine, les Etats utilisent la méthode ouverte de coordination; ils devraient réguler ensemble, en amont, cet espace d'éducation, en abordant les questions de la sélection à l'entrée des filières et les droits d'inscription, qui restent sous compétence nationale... La Cour ne peut pas se substituer aux Etats.

Quant aux personnes appartenant à des groupes minoritaires, dans le cadre de la non-discrimination, la Cour de Justice, depuis 1963 (*arrêt Italie c. Commission*, 17 juillet 1963, aff. 13/63), soutient une position qui préfigure celle de la CEDH dans l'affaire Thlimmenos. «Le traitement différent de situations non similaires ne permet pas de conclure automatiquement à l'existence d'une discrimination, une apparence de discrimination formelle pouvant correspondre en fait à une absence de discrimination matérielle. La discrimination matérielle peut consister non seulement dans le fait de traiter de manière différente des situations similaires, mais aussi dans le fait de traiter de manière identique des situations non similaires» (*Charte des droits fondamentaux, article 21, op. cit.*).

La Cour pourra encore étayer la spécificité de sa jurisprudence en puisant dans la Charte des droits fondamentaux les arguments du pluralisme et la diversité culturelle. Le pluralisme des opinions et des cultures comme principe quasi-constitutionnel pourra renforcer la défense par la Cour (peut-être contre la Commission) du modèle culturel européen. Déjà, la Cour développe une jurisprudence axée sur le pluralisme:

- Arrêt *Elliniki Radiophonia (...)*, 18 juin 1991 (C-260/89): un monopole de la TV nationale doit être apprécié par le juge national à la lumière de la liberté d’expression,
- Arrêt *Commission c. Pays-bas*, 25 juillet 1991 (C-353/89): le pluralisme dans le secteur audiovisuel d’un Etat membre ne peut en rien être affecté par la possibilité qui serait ouverte aux organismes nationaux agissant dans ce secteur de s’adresser aux prestataires de services établis dans d’autres Etats membres; donc, l’Etat ne peut pas obliger les organismes ayant obtenu un temps d’antenne à dépenser auprès d’une entreprise nationale déterminée l’ensemble des montants mis à leur disposition en ce qui concerne la réalisation des programmes de radio et un pourcentage en ce qui concerne la réalisation des programmes de TV. Le pluralisme s’apprécie à l’échelle du grand marché et ne peut s’accommoder d’une préférence nationale,
- Arrêt *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda*, 25 juillet 1991 (C-288-89): la législation des Pays-Bas imposant des restrictions à la diffusion des messages publicitaires est justifiée par la maintien de la diversité culturelle et religieuse et contribue donc au pluralisme des médias,
- Arrêt *Vereinigste familiapress (...)*, 26 juin 1995 (C-368/95): alors que les Etats ont l’obligation d’assurer la libre-circulation des informations, notamment par la TV par satellite (CEDH *Autronic AG c. Suisse*, 22/5/90), le maintien du pluralisme de la presse est susceptible de constituer une exigence impérative justifiant une restriction à la libre-circulation des marchandises (si la restriction est proportionnée à l’objectif et que l’objectif ne peut pas être atteint par des mesures moins restrictives); l’interdiction de vendre des publications qui offrent la possibilité de participer à des jeux dotés de prix peut porter atteinte à la liberté d’expression, mais elle peut être un moyen d’assurer le maintien du pluralisme de la presse.

De plus, les Etats membres «sont tenus au respect du pluralisme des médias lorsqu’ils mettent en œuvre le droit communautaire». Les institutions de l’Union, notamment la Commission, sont compétentes pour adopter des règles à destination des Etats membres visant à préserver ce pluralisme; la révision de la Directive TSF «constitue à cet effet la voie la plus aisée» (Gérard Cohen-Jonathan, *Article II-71*, dans *Traité établissant une constitution pour l’Europe*, op. cit., p. 177)

Au-delà de l’égalité et de la non-discrimination, La Cour pourra innover en développant une jurisprudence sur la diversité culturelle, en fixer les contours et la portée, puisque «l’engagement qu’il contient est de nature à

favoriser ou renforcer la garantie de non-discrimination» (*Charte des droits fondamentaux, article 21, op. cit.*). Actuellement, les affaires classées sous l'étiquette de la diversité ne sont pas révélatrices de cette notion ou n'épuisent pas la question. Elles renvoient à la liberté religieuse (arrêt Prais), à la non-discrimination ou au pluralisme. Ou bien elles concernent la diversité linguistique: dans l'affaire Bidel et Frantz du 24/11/98 (C-274-96, rec. I-4637), la CJCE estime que les droits linguistiques dont peut se prévaloir une minorité dans ses relations avec les autorités administratives et judiciaires doivent être étendus aux ressortissants communautaires parlant la même langue qui circulent ou séjournent dans l'Etat concerné. Mais la Cour n'aura pas toute liberté de développer sa jurisprudence.

2. L'encadrement de la créativité de la Cour

D'une par, la Cour ne sera pas complètement autonome dans le développement de sa jurisprudence. Elle sera obligée de tenir compte, notamment, de la jurisprudence de la CEDH pour éviter la dysharmonie entre les jurisprudences des deux cours. Plus largement, la Charte impose des dispositions générales régissant l'interprétation et l'application de la Charte (Titre VII).

Tout d'abord, d'après l'article 52§7, «les explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la Charte des droits fondamentaux sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des Etats membres», bien que ces explications n'aient pas en soi de valeur juridique. Le préambule de la Charte exprime déjà cette nécessaire référence aux explications établies sous l'autorité du *praesidium* de la Convention «et mises à jour sous la responsabilité du *praesidium* de la Convention européenne» (disposition ajoutée par la CIG 2003-2004 sous la pression britannique).

Le Conseil constitutionnel français «s'est empressé de se saisir des «explications» du *praesidium* – qui ne sont pas toujours d'une très grande clarté – pour donner une interprétation restrictive de la liberté religieuse», liberté qu'il a voulu concilier avec le principe constitutionnel de laïcité (Abdelkhalq Berramdane et Jean Rossetto, *Droit institutionnel de l'UE*, Montchrestien, 2005, p. 328). En effet, dans sa décision du 19 novembre 2004 (*op. cit.*), le Conseil raisonne de la façon suivante. Il s'appuie sur les explications du *praesidium* selon lesquelles le droit garanti par la Charte de manifester sa conviction religieuse en public a le même sens et la même portée que celui garanti par l'article 9 de la CEDH. Il se réfère à cet article 9 de la CEDH tel qu'il est constamment appliqué par la Cour EDH, c'est-à-dire en harmonie avec la tradition constitutionnelle de chaque Etat membre. Il en déduit que la Cour a «ainsi pris acte de la valeur du principe de laïcité reconnu par plusieurs traditions constitutionnelles nationales et qu'elle laisse aux Etats une marge

nationale d'appréciation pour définir les mesures les plus appropriées, compte tenu de leurs traditions nationales, afin de concilier la liberté de culte avec le principe de laïcité».

D'après l'article 52§3, dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la CEDH, «leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention». Cette règle vise à assurer la cohérence entre la Charte et la CEDH. Elle s'applique aux juges, mais aussi, selon les explications, au législateur de l'Union qui, en fixant des limitations à ces droits, doit respecter les mêmes normes que celles fixées par le régime détaillé des limitations prévu dans la CEDH...» sans que cela porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la Cour de justice de l'UE», ce qu'on peut malgré tout mettre en doute. La cohérence entre les deux textes n'empêche pas cependant que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue, ou éventuellement une protection diminuée en cas de guerre ou de danger menaçant la vie de la nation, ce qui placera les juges devant deux standards différents.

Les explications donnent la liste des droits de la Charte équivalents en sens et en portée à ceux de la CEDH: liberté de religion (article 9 de la CEDH), liberté des médias et pluralisme (article 10 CEDH, sans préjudice des restrictions que le droit de la concurrence de l'Union peut apporter à la faculté des Etats membres d'instaurer les régimes d'autorisation visés à l'article 10§1 3^{ème} phrase de la CEDH).

Elles donnent ensuite la liste des droits équivalents en sens, mais dont la portée est plus étendue: droit d'accès à l'éducation (article 2 du Protocole 1, mais son champ d'application est étendu à l'accès à la formation professionnelle et continue et la Charte ajoute la gratuité de l'enseignement obligatoire), droit des parents (article 2 du protocole 1, mais la Charte ajoute la liberté de créer des établissements et le droit de choisir l'éducation des enfants en fonction des convictions religieuses, philosophiques ou pédagogiques). On peut se demander si la Cour de justice admettra le droit des parents de choisir l'éducation de leurs enfants en fonction de leurs convictions linguistiques en considérant que le pédagogique inclut le linguistique! !

Pour la liberté des arts et des sciences, ce droit est déduit des libertés de pensée et d'expression, donc renvoie aux articles 9 et 10 de la CEDH et notamment aux limitations autorisées par l'article 10 de la CEDH. Pour la non-discrimination, la Charte s'inspire seulement de l'article 14 de la CEDH, et, «pour autant qu'il coïncide avec l'article 14 de la CEDH, il s'applique conformément à celui-ci». Ce principe est formulé de façon autonome par la charte, à l'instar, non pas de la CEDH, mais du protocole 12. Il y a coïncidence sur

la formule de l'appartenance à une minorité nationale. La Cour de justice sera peut-être amenée à s'avancer dans la voie des droits des personnes appartenant à des minorités nationales (comme elle pourrait être amenée à le faire sur la question de l'orientation sexuelle, sur laquelle la Cour vient de faire évoluer sa jurisprudence).

Pour la diversité culturelle, la Charte innove par rapport à la CEDH. Une autre règle d'interprétation pourrait s'appliquer ici. D'après l'article 52§2, «les droits reconnus par la présente charte qui font l'objet de dispositions dans les traités s'exercent dans les conditions et limites y définies». On doit donc combiner cette diversité avec l'article 3 sur les buts de l'Union, qui concilie le respect de la richesse de la diversité culturelle et linguistique de l'Europe avec la sauvegarde et le développement du patrimoine culturel européen. C'est une heureuse limite, que l'on retrouve dans le Titre XIII sur la culture.

Le droit à l'éducation a, en réalité, une origine mixte. Il est aussi inspiré des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres. Or, d'après l'article 52§4, indépendamment des Explications (qui précisent si les droits proviennent ou non de ces traditions), «dans la mesure où la présente Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions». L'article 53 précise en plus que le niveau de protection apporté par la Charte ne peut être inférieur au niveau prévu par les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union ou tous les Etats membres et les constitutions nationales. L'article 52 semble donc aller plus loin et signifier qu'une fois codifiés par la Charte ces droits tombent sous la primauté des traditions constitutionnelles. «Nous serions alors en présence d'une primauté inversée, ce qui va à l'encontre de la règle de primauté du droit de l'Union» (A. Berramdane et J. Rossetto, *op. cit.*, p. 334). C'est dans cette logique que le Conseil constitutionnel s'est coulé quant aux droits des minorités, neutralisant le droit des minorités sans neutraliser pour autant l'article sur les valeurs de l'Union. Cette logique est approuvée par ceux qui redoutent les droits des groupes, mais elle est soupçonnée par d'autres de provenir de pressions britanniques. «Ne serait-ce pas là un recul par rapport à la jurisprudence, et une remise en cause indirecte du principe de l'applicabilité uniforme du droit de l'Union?» (A. Berramdane et J. Rossetto, *op. cit.*, p. 335).

D'autre part, la Charte ne constitue pas un tout homogène et on peut se demander où se situent les droits culturels dans la double gradation des droits opérée par la Charte.

Premièrement, la Charte fait une distinction entre les droits inscrits directement dans la Charte et les principes généraux du droit issus de la

jurisprudence de la Cour de justice. En effet, selon son préambule, la Charte réaffirme les droits qui résultent des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux Etats membres, de la CEDH, des Chartes sociales adoptées par l'Union et le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE et de la Cour EDH. On a là une sorte d'acquis communautaire (parce que communautarisé) des Droits de l'Homme indépendamment de la Charte, à côté d'elle. Le préambule continue en disant que «la jouissance de ces droits entraîne des responsabilités et des devoirs tant à l'égard d'autrui qu'à l'égard de la communauté humaine et des générations futures»; le socle des droits précédemment énoncés entraîne donc des responsabilités de l'Union. Le préambule se termine en concluant que: «En conséquence, l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés ci-après». Le préambule suit un raisonnement logique en trois temps qui place la Charte à la fin comme aboutissement du socle et des responsabilités.

Est-ce que la gradation dans le raisonnement appelle une gradation dans les droits? On retrouve la distinction dans l'article 6 entre le §1 selon lequel l'Union reconnaît les droits de la Charte et le §3 selon lequel les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la CEDH et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux. En réalité, peut-on trouver une application pratique? A supposer que cela concerne le droit communautaire, dans la mesure où la Charte ne reconnaît pas explicitement le droit de toute personne de participer à la vie culturelle, la Cour de justice pourrait en faire un principe général du droit tiré du droit international. Ce PGD pourrait être confronté à un droit de la Charte, tel le droit à l'éducation. On pourrait imaginer que ce droit à l'éducation prime le droit de participer à la vie culturelle. Cela pourrait justifier que des programmes d'enseignement de matières jugées fondamentales l'emportent sur les activités éducatives culturelles (hypothèse d'école).

Deuxièmement, la Charte retient une distinction entre les droits, les libertés et les principes. A la demande de la Grande-Bretagne, l'article 52 de la Charte précise que «les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives», ajoutant que «leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes».

Il en résulte que les droits (comme les libertés, qui sont des droits à ces libertés, des droits subjectifs) sont de véritables droits fondamentaux immédiats et invocables totalement devant le juge, mais que les principes sont

simplement là pour inspirer le législateur national ou communautaire, selon la répartition des compétences (élaboration du droit communautaire et mise en œuvre du droit communautaire), et encadrer leur action. Cette distinction est motivée par la volonté de minorer les droits sociaux. «Cette distinction entre les droits stricto sensu et les principes a permis d'inscrire dans la Charte un nombre non négligeable de droits sociaux, nombre qui aurait été beaucoup plus restreint si l'on n'avait retenu que les droits justiciables» (Danièle Quinty, *La Charte des droits fondamentaux de l'UE: la problématique des droits sociaux*», in *La Tribune du droit public*, n° spécial, 2002/1, Presses Universitaires de Tours, p.55). Elle pourrait trouver à s'appliquer aux droits culturels.

Quels sont les droits et libertés culturels? Quels sont les principes? La liberté religieuse, la liberté des médias et le pluralisme, la liberté des arts et des sciences, le droit à l'éducation, qui relèvent tous du Titre II Libertés de la Charte, appartiennent à la première catégorie. La non-discrimination et la diversité culturelle, religieuse et linguistique, qui sont rangés dans le Titre III Egalité, sont-ils des droits ou des principes? Sans aucun doute, la non-discrimination est un droit qui peut être invoqué immédiatement devant le juge sans attendre des mesures de mise en œuvre, sans attendre notamment une politique européenne de lutte contre les discriminations. D'ailleurs, l'article sur le principe de non-discrimination est plus large, dans son champ d'application, que l'article sur les mesures anti-discrimination.

En revanche, la diversité serait plutôt un principe. La Conseil constitutionnel, dans sa décision précitée de 2004, a illustré cette catégorie des principes par quelques exemples, tels que le droit de travailler ou le «droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle». Il ne cite pas la diversité culturelle. Certes, l'Union se doit simplement de «respecter» cette diversité comme une liberté. Mais l'Union est appelée à mettre en œuvre une politique de la diversité culturelle.

Premièrement, l'Union s'interdit déjà de discriminer à raison de la langue, de la religion, de l'appartenance à une minorité ethnique, des opinions. L'article 22 n'aurait pas de raison d'être s'il signifiait la même chose. D'ailleurs, selon la CEDH (Campbell et Cosans c. Royaume-Uni, 22/3/83), respecter signifie plus que reconnaître ou prendre en considération; «en plus d'un engagement plutôt positif, ce verbe implique à la charge de l'Etat une certaine obligation positive», il peut donc «entraîner des obligations positives de l'UE afin de rendre effective» la liberté en question – liberté de religion, en l'espèce (Jean Duffau, *Article II-70*, dans *Traité établissant une constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Tome 2, sous

la direction de Laurence Burgogne-Larsen, Anne Levade, Fabrice Picod, Bruylant, 2005, p. 175) . Deuxièmement, l'article 3 du TUE donne pour but à l'Union de respecter cette richesse et de veiller à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel commun, dont fait partie cette diversité. Enfin, la diversité culturelle, selon son origine internationale, appelle et légitime des politiques culturelles, idée reprise par le droit européen dans le Titre XIII TFUE consacré à la culture. La diversité culturelle se retrouve dans les programmes relatifs à la culture.

Un arrêt de la Cour de justice touche la question de la diversité linguistique (*Parlement européen c. Conseil*, 23 février 1999, aff. C-42/97). Le Parlement contestait, à tort, la base juridique utilisée par le Conseil pour l'adoption de sa décision de 1996 concernant l'adoption d'un programme pluriannuel pour promouvoir la diversité linguistique (les actions avaient pour effet d'éviter que les entreprises soient atteintes dans leur compétitivité en raison des coûts de la communication liés à la diversité linguistique). Ce n'est pas cette diversité qui était en cause, mais l'arrêt montre que la diversité pourrait être invoquée à l'égard de mesures de mise en œuvre du principe.

II. L'EFFECTIVITÉ POLITIQUE DES DROITS CULTURELS ENTRE MONDIALISATION ET GLOBALISATION

L'Union européenne a les moyens juridiques et politiques d'assurer l'effectivité de ses droits culturels. Il existe une politique européenne de la culture découlant d'une compétence de l'UE. Mais cette compétence culturelle doit se combiner avec d'autres titres de compétence d'ordre économique. L'Europe saura-t-elle préserver son modèle culturel européen? . Fondamentalement, le passage de la liberté culturelle au droit à la culture sous-entend déjà que la culture est un bien de consommation et que «l'Etat me doit de la culture» (*Le droit à l'éducation comme droit culturel*, Jean-Daniel Nordman, Internet). L'évolution de la philosophie des droits culturels risque d'exposer l'Europe et son modèle culturel aux forces marchandes de la globalisation économique. La promotion de la diversité culturelle, au-delà de sa conformité à la vision de la mondialisation plurielle, pourrait bien cacher une possible collusion avec les acteurs de la globalisation.

A. LA COMPÉTENCE DE L'UE EN MATIÈRE CULTURELLE

Le traité européen en vigueur contient plusieurs articles intéressant la compétence culturelle européenne. Certains de ces articles réalisent la jonction avec le marché économique. La politique culturelle doit se combiner avec la politique commerciale...mission impossible?

1. Les fondements de la compétence culturelle

Puisque l'Europe ne s'est pas faite par la culture mais par le marché, l'UE s'est dotée très progressivement d'une action culturelle. La Commission publie en 1972 un mémorandum «Pour une action communautaire dans le secteur culturel» puis crée un service chargé des «Problèmes du secteur culturel». En 1973, le Parlement européen crée la commission «Affaires culturelles et jeunesse», qui est à l'origine d'un nouvel article budgétaire intitulé «dépenses relatives à l'action culturelle». La culture apparaît dans le texte de la Convention de Lomé en 1976. C'est en 1977, vingt ans après le traité de Rome, que la Commission européenne met en œuvre un premier plan d'action culturelle. Par comparaison, le Conseil de l'Europe, préoccupé par la compréhension mutuelle entre les peuples d'Europe, a adopté la Convention culturelle européenne le 19 décembre 1954. Les signataires ont considéré qu'il était souhaitable «d'adopter une politique d'action commune visant à sauvegarder la culture européenne et à en encourager le développement».

En revanche, le Conseil des ministres de la Communauté est réticent; les ministres chargés de la culture «ne commencèrent à se réunir, de façon informelle, à l'initiative de l'Italie et de la France, qu'à partir de 1982, puis, de manière formelle, deux ans plus tard» (*Rapport d'information du Sénat sur l'Europe et la culture*, 1^{er} février 2001, site Internet). Ceci en raison de la diversité des approches nationales de la culture, et aussi parce que les «petits Etats» redoutent l'impérialisme des grands dans un domaine très lié à l'identité nationale. Au milieu des années 80, le développement de la radiodiffusion par satellite conduit la Commission à lancer un débat à partir d'un livre vert sur l'établissement du marché commun de la radiodiffusion. La première Directive TSF/Télévision sans frontières voit le jour en octobre 1989. Avec le Traité de Maastricht de 1992, l'UE reçoit une base juridique pour une action culturelle. Le traité CE consacre un titre XII à la culture composé d'un seul article 151.

L'article 151§1 confie comme objectif à la Communauté de contribuer «à l'épanouissement des cultures des Etats membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale, tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun». Cette compétence présente plusieurs caractéristiques.

Le §2 fait de l'action culturelle européenne une compétence partagée soumise au principe de subsidiarité: «L'action de la Communauté vise à encourager la coopération entre Etats membres et, si nécessaire, à appuyer et compléter leur action» dans quatre domaines, l'amélioration de la connaissance et de la diffusion de la culture et de l'histoire des peuples européens, la conservation et la sauvegarde du patrimoine culturel d'importance européenne, les

échanges culturels non commerciaux, la création artistique et littéraire, y compris dans le secteur de l'audiovisuel. «La rédaction embarrassée de l'article 151 manifeste sans doute la crainte de la plupart des Etats membres de voir la Communauté conduire une politique culturelle «à la française», c'est-à-dire promue et contrôlée par l'Etat» (Rapport du Sénat, op. cit).

Le §3 donne une dimension internationale à l'action culturelle: «La Communauté et les Etats membres favorisent la coopération avec les pays tiers et les organisations internationales», dont le Conseil de l'Europe. L'article fonde l'action culturelle extérieure, la diplomatie culturelle européenne.

D'après le §4, la compétence culturelle est une compétence transversale, comme la compétence en matière d'environnement («La Communauté tient compte des aspects culturels dans son action au titre d'autres dispositions du présent traité, afin notamment de respecter et de promouvoir la diversité de ses cultures»). C'est la diversité culturelle qui vient tout particulièrement justifier la transversalité; tous les domaines sont susceptibles d'affecter la diversité, notamment le domaine commercial.

Le §5 fixe la procédure de décision, selon deux hypothèses. D'une part, le Conseil adopte des actions d'encouragement, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres. La procédure de co-décision (Conseil, Parlement) s'applique après consultation du Comité des Régions. La culture relève de l'unanimité des membres du Conseil. D'autre part, le Conseil adopte des recommandations sur proposition de la Commission, également à l'unanimité.

Précèdent l'article 151 deux articles construits selon la même logique, tout en insistant sur la subsidiarité, les articles 149 et 150 du chapitre 3 (Education, formation professionnelle et jeunesse) du titre XI (Politique sociale, éducation, formation professionnelle et jeunesse). La Communauté contribue au développement d'une éducation de qualité et met en œuvre une politique de formation professionnelle.

En dehors du titre XII, trois articles doivent être mentionnés. L'article 30 du TCE s'inscrit dans le chapitre 2 relatif à l'interdiction des restrictions quantitatives entre les Etats membres au sein du titre I (La libre circulation des marchandises) de la troisième partie (Les politiques de la Communauté). Celle-ci ne fait pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées notamment par des raisons «de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique», à condition que ces mesures ne constituent ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres. On retrouve ici les exigences du commerce mondial, les mêmes que celles qui

s'appliquent aux mesures de protection de l'environnement. L'article 30 fonde des mesures de protection des biens culturels à effets commerciaux.

L'article 87§3 du TCE relève de la section 2 (Les aides accordées par les Etats) du chapitre 1 (Les règles de concurrence) du titre VI (les règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations). L'article 87 interdit les aides d'Etat qui faussent ou menacent de fausser la concurrence, mais certaines aides «peuvent être considérées comme compatibles avec le marché commun», notamment «d) les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans la Communauté dans une mesure contraire à l'intérêt commun».

Cet article suit l'article 86 sur les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général; elles sont soumises aux règles de concurrence «dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie».

L'ensemble de ces articles permettent d'articuler l'exception culturelle du niveau national avec une politique européenne, notamment dans le secteur audiovisuel.

A l'échelle nationale, le traité européen légitime le soutien des Etats à la culture, sous le contrôle de la Commission européenne. A titre d'exemple, la France apporte une aide financière au cinéma par l'avance sur recette et par le fonds de soutien; le livre reçoit aussi des aides financières, notamment pour sa numérisation.

A l'échelle européenne, avec l'article 151 du traité de Maastricht, le secteur audiovisuel devient une application exemplaire dans le domaine de la culture. Avant Maastricht, il n'y a aucune disposition spécifique pour une politique de l'audiovisuel. Il est admis que les biens audiovisuels, spécialement les films, tout en étant des marchandises, ne sont pas des marchandises ordinaires, mais des œuvres intellectuelles de création, qui requièrent un investissement financier. De plus, la Cour de Justice considère que le Traité CE s'applique sans exception à toutes les activités lucratives, qu'elles soient de nature économique, sociale ou culturelle. Par conséquent, l'établissement du marché intérieur a complètement impliqué le secteur audiovisuel.

Le projet de Constitution européenne ayant explicité les types de compétences de l'Union, la culture figurait dans les nouvelles compétences d'appui, sorte de compétences partagées très subsidiaires (à l'opposé de la politique régionale, le principe de subsidiarité ne plaide pas en faveur du niveau européen, mais en faveur de celui des Etats). Le traité de Lisbonne confirme cette

compétence d'appui. Selon l'article 6 TFUE, «L'Union dispose d'une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des Etats membres. Les domaines de ces actions sont, dans leur finalité européenne: ...c) la culture...e) l'éducation, la formation professionnelle, la jeunesse et le sport». Le TFUE reprend, après le Titre XII Education, formation professionnelle, jeunesse et sport, un titre Culture (titre XIII du TFUE, article 167 unique). Ce titre remplace la Communauté par l'Union et réécrit la procédure de décision.

D'après le §5, ce n'est pas le Conseil, statuant conformément à la procédure de co-décision, qui adopte des actions d'encouragement; ce sont le Parlement européen et le Conseil qui statuent conformément à la procédure législative devenue procédure ordinaire (toujours après consultation du Comité des Régions). L'article ajoute que le Conseil, seul, adopte aussi, sur proposition de la Commission, des recommandations.

Quant à la règle de vote au sein du Conseil, l'article ne précise plus que le Conseil statue à l'unanimité. Le recours à la procédure législative ordinaire s'accompagne du passage au vote à la majorité qualifiée au sein du Conseil; la culture fait partie des bases juridiques existantes qui cessent d'être régies par l'unanimité. Mais le traité prévoit plusieurs étapes dans la mise en oeuvre des nouvelles modalités de calcul de la majorité qualifiée. De la date d'entrée en vigueur du traité jusqu'au 1^{er} novembre 2014, le système de Nice est maintenu (pourcentage de voix, pondération des voix et filet démographique); du 1^{er} novembre 2014 au 31 mars 2017, les décisions seront prises par au moins 55% des Etats représentant au moins 65% de la population de l'UE, avec le jeu de six clauses permettant d'éviter le blocage par les grands Etats; à partir du 1^{er} avril 2017, les nouvelles dispositions s'appliqueront pleinement sous réserve du jeu possible de la clause de Ioannina (si une décision est rejetée par un groupe de pays représentant au moins 55% de la population ou au moins 55% de ses Etats membres, le Conseil mettra tout en oeuvre pour parvenir à un accord avant le vote). Le passage à la majorité qualifiée vaut aussi pour l'adoption de recommandations.

Dans le TFUE, se retrouvent également les dispositions relatives aux restrictions quantitatives (article 36), celles relatives aux aides accordées par les Etats (article 107 pour l'application duquel, comme avant, le Conseil prend les règlements utiles à la majorité qualifiée après consultation du Parlement) et l'article relatif aux entreprises (Article 106).

Une nouvelle base juridique a été inscrite dans le traité de Lisbonne pour la propriété intellectuelle (article 118): mesures relatives à la création de titres européens pour assurer une protection uniforme des droits de propriété

intellectuelle dans l'Union et à la mise en place des régimes d'autorisation, de coordination et de contrôle centralisés au niveau de l'Union, dans le cadre du marché intérieur. Ce domaine est régi par la majorité qualifiée et la procédure législative ordinaire, réserve faite du régime linguistique des titres européens (procédure législative spéciale et unanimité du Conseil). Actuellement, il existe un brevet européen, mais il résulte d'une convention internationale (convention de 1973 modifiée en 2007).

La culture rejoint donc les processus majoritaires de la politique commerciale commune, politique avec laquelle elle entre en compétition.

2. Les «conflits de valeurs»: culture versus commerce

La compétition culture/commerce est d'abord un enjeu européen. Elle est à la fois verticale et horizontale, entre l'UE et ses Etats membres en tant que promoteurs de la diversité culturelle et entre les dispositions du traité, celles relatives à la culture et celles relatives au marché économique. Il n'existe pas de hiérarchie entre ces dispositions au risque de confondre les objectifs culturels et les objectifs économiques. L'origine de la politique audiovisuelle fait qu'il est pratiquement impossible de tracer une ligne claire entre l'économie et la culture: «Since it appears virtually impossible to draw a clear dividing line between economy and culture» (EU film policy: between Art and Commerce, Anna Herold, www.eurac.edu/edap, p. 7). Il revient aux institutions européennes de combiner les deux types d'objectifs, tout en tenant compte de la répartition des compétences inspirée de la Constitution allemande, où la compétence culturelle des Länder apparaît comme le dernier bastion de leur compétence authentique. «*It is particularly in the field of cultural and media policy, the last bastions of their genuine competence, that the Member States try to defend their positions against the extensive enforcement of European competition law*» (Anna Herold, op. cit., p. 13).

La question s'est posée avant le Traité de Maastricht et la Cour de Justice des Communautés a dû se prononcer sur des plaintes mettant en cause certaines mesures nationales. Les arrêts Coditel (1980), Cinéthèque (1985), Groener (1987) ont garanti la spécificité de la culture au regard des principes de libre-circulation et de concurrence: un cessionnaire de droits d'un film peut s'opposer à la diffusion de ce film par un télédiffuseur; une réglementation, au nom de l'encouragement de la création, peut donner une priorité à l'exploitation des films en salle sur d'autres moyens de diffusion; une politique peut viser la défense et la promotion de la langue d'un Etat membre. D'après l'arrêt Mediawet ou l'arrêt Gouda de 1991, une politique culturelle peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général justifiant une restriction à la libre-

prestation de service (dans l'arrêt Gouda, des restrictions à la diffusion des messages publicitaires, pour empêcher l'emprise excessive des publicitaires sur le contenu des programmes).

Toutefois, l'arrêt Boucherau (1977) avait conçu l'invocation de l'intérêt culturel comme une dérogation qui ne pouvait être justifiée que si les mesures en cause étaient bien proportionnées à l'objectif recherché. Par exemple, des quotas linguistiques de 40% sur les radios françaises (pour la promotion des chansons françaises, dont la moitié pour les nouveaux talents ou les nouvelles productions) sont justifiés, mais pas des quotas de 70 ou 80%. La diversité doit se conjuguer à l'ouverture. La convention de l'Unesco sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles intègre cette proportionnalité sous forme de principe d'accès équitable (à une gamme riche et diversifiée des expressions culturelles) et de principe d'ouverture et d'équilibre (les Etats «devraient veiller à promouvoir, de façon appropriée, l'ouverture aux autres cultures du monde...»).

Les bases juridiques ont ensuite été renforcées au niveau européen. Selon Jean-Michel Baer (Conseiller d'Arte et ancien directeur de la culture et de l'audiovisuel à la Commission européenne, *L'Europe, laboratoire controversé de la diversité culturelle*, Mouvements, n° 37, janvier-février 2005, p. 35), l'Europe a pris une série de positions pragmatiques, dont le bilan est relativement positif, dans la mesure où elles ont conforté l'approche européenne et l'affaire la plus spectaculaire a été celle du lancement d'une politique audiovisuelle. Quant au financement du service public de radiodiffusion, la Commission vérifie – de façon négative – qu'une dérogation n'affecte pas la concurrence de façon disproportionnée. Les aides ne doivent pas excéder les coûts nets induits par la mission de service public elle-même.

Concrètement, le commissaire à la culture (actuellement, le slovaque Jan Figel s'occupe du secteur Education, formation, culture et jeunesse et son collègue roumain, Leonard Orban, du multilinguisme) pèse de plus en plus face au commissaire à la concurrence (Neelie Kroes, Pays-Bas). Jean-Michel Baer (op. cit., p. 39) souligne l'originalité du système européen pour les affaires de concurrence: «La Commission est le seul «tribunal économique» où l'un des «juges» exprime – en personne – le point de vue de la culture et de sa spécificité. En France, par exemple, le CSA ne joue qu'un rôle consultatif auprès du Conseil de la concurrence».

Plusieurs décisions de la Commission attestent de cette originalité. La Commission a rejeté, en juillet 1999, le projet du commissaire à la concurrence d'interdire les systèmes de prix fixe du livre en Allemagne et en Autriche ainsi que les plaintes de chaînes de télévision privées contre les services

publics français, anglais, allemands. La loi Lang de 1981 a instauré le prix unique du livre, qui permet à un réseau économique, les librairies, «de trouver un équilibre financier qui ne pourrait exister si les prix étaient «libres», ce qui permettrait aux grosses structures de pratiquer des prix abusivement bas sans risque de concurrence» (Renaud Donnedieu de Vabres, Conférence du 2 juillet 2004 sur la «diversité culturelle» avec les ministres du commerce extérieur et les hauts fonctionnaires des dix nouveaux Etats membres de l'Europe, www.culture.gouv.fr). Cette politique est pratiquée par 10 Etats (Allemagne, Grèce, Portugal...). De même, la Commission a mis des conditions à certaines fusions comme Vivendi/Universal «qui devait ouvrir son catalogue de films à d'autres opérateurs» ou Warner/EMI («qui finalement échoua devant les exigences de la Commission»).

Le rapprochement des points de vue entre concurrence et culture a fait «monter l'exigence de la diversité culturelle comme dans le refus en 2003 d'accepter le rachat de Vivendi Universal Publishing par Lagardère qui aurait eu comme résultat le contrôle par ce groupe de plus de 70% de la distribution de livre en France» (op. cit., p. 39). La Commission éloigne «le danger d'une position dominante et le risque d'assécher le tissu des «indépendants» qui sont un facteur de création et de pluralisme évident». La convention de l'UNESCO prévoit, dans les droits des parties au niveau national (article 6, §2c) que les mesures nationales peuvent inclure «les mesures qui visent à fournir aux industries culturelles nationales indépendantes et aux activités du secteur informel un accès véritable aux moyens de production, de diffusion et de distribution d'activités, biens et services culturels».

Mais les tensions sont visibles, notamment dans la politique cinématographique. «Les systèmes publics de soutien au cinéma sont l'objet d'enquêtes serrées de la part de la Commission européenne» (fnsac-cgt.com). L'action de la Commission européenne arbitre en permanence entre les forces du libre-marché et les valeurs de la diversité culturelle: «The action of the European Commission in the field of cinema mediates constantly between the forces of the free market and the values of cultural diversity» (Anna Herold, op. cit., p. 16). Jusqu'à maintenant, la Commission a suivi une attitude plutôt indulgente dans l'application de l'article 87 du TCE, mais cette attitude est fragile et Anna Herold estime que les actions européenne, nationale et régionales devraient être plus harmonieuses, dans l'esprit du principe de subsidiarité.

La Cour de Justice apparaît comme un rempart protecteur du pluralisme. Sa jurisprudence «suggests that it will not take a restrictive view on cultural national policies» (op. cit., p. 17). Cette ligne jurisprudentielle est retenue dans les Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, qui

mentionnent comme référence de la liberté des médias la jurisprudence de la Cour relative à la télévision, notamment dans l'affaire C-288/89, arrêt du 25 juillet 1991, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda e.a., Rec. p. 1-4007 ou arrêt Gouda).

Les tensions sont d'autant plus fortes que la compétition entre culture et commerce est aussi un enjeu mondial. Le conflit de valeur se hisse à l'échelle mondiale, à l'heure de la mondialisation/globalisation des flux culturels. Ce qui renvoie aux titres de compétence pour négocier les accords internationaux. Actuellement, l'article 133 TCE concerne la négociation et la conclusion d'accords internationaux, notamment dans le domaine du commerce des services culturels et audiovisuels et des services d'éducation. A titre de dérogation, ces accords relèvent de la compétence mixte associant la Communauté et ses Etats membres. Leur négociation requiert une décision communautaire (le Conseil statuant à l'unanimité) et le commun accord des Etats membres. Ce double verrou garantit à tout Etat membre, par exemple au nom de l'exception culturelle, une capacité de blocage dans les négociations commerciales mondiales.

Avec le traité de Lisbonne, la situation change. Tous les accords commerciaux en matière de services relèvent désormais de la compétence exclusive de l'UE, y compris les accords dans le domaine des services culturels et audiovisuels et des services d'éducation. «L'article 207 du TFUE ne reprend pas le système protecteur de compétences partagées en matière de services culturels et audiovisuels instauré par l'article 133§6, deuxième alinéa du TCE... Les Etats membres ne sont plus en droit de participer systématiquement, aux côtés de l'Union, à la négociation et à la conclusion d'accords commerciaux dans les domaines précités. L'Union est seule compétente pour négocier et conclure de tels accords» (Jean-Luc Sauron, op. cit., p. 111).

En ce qui concerne les règles de vote, le nouvel article 207 restreint la règle de l'unanimité à certains accords culturels, aux accords portant sur les services culturels et audiovisuels «lorsque ceux-ci risquent de porter atteinte à la diversité culturelle et linguistique de l'Union», aux accords dans le domaine du commerce des services d'éducation, lorsque ceux-ci «risquent de perturber gravement l'organisation de ces services au niveau national et de porter atteinte à la responsabilité des Etats membres pour la fourniture de ces services».

L'unanimité fait donc des Etats les garants à l'international de la diversité culturelle et du service public de l'éducation. L'UE doit appuyer les politiques nationales dans ces domaines et ne pas mettre en péril ces politiques dans les négociations mondiales. Concrètement, il reviendra à la Commission et au Conseil d'apprécier, dans le cadre de la procédure de conclusion des accords,

l'existence des risques mentionnés. Si les Etats membres ne sont pas d'accord, la Cour de Justice devra se prononcer sur les contours de cette notion de risque. Les parlements nationaux veilleront sur la responsabilité des Etats dans la fourniture des services culturels et d'éducation grâce à leur rôle dans le contrôle du respect du principe de subsidiarité.

Le Protocole sur le système de radiodiffusion publique dans les Etats membres, annexé au Traité d'Amsterdam à l'instigation des Pays-Bas, figure parmi les protocoles annexés au traité européen. De plus, le protocole n°9 nouveau concerne, à la demande de la France, les services d'intérêt général. L'article 1 rappelle les valeurs communes de l'Union pour les services économiques d'intérêt général et l'article 2 précise que les traités ne portent pas atteinte à la compétence des Etats membres de fournir des services non économiques d'intérêt général. Le système de scolarité obligatoire est considéré comme un service non économique; les services visant à maintenir ou accroître le pluralisme de l'information et de la diversité culturelle sont, d'après le Parlement européen (Résolution du PE du 13 janvier 2004 relative au livre vert sur les services d'intérêt général, A5-0484/2003), à exclure du champ d'application des règles de concurrence, mais la Commission européenne est plus ouverte à la libéralisation, même si la culture y échappe encore. Dans une communication du 20 novembre 2007, la Commission refuse une directive-cadre sur les services publics.

Les nouvelles règles vont s'appliquer pour les négociations de l'OMC dans le cadre du cycle de Doha lancé en 2001. Jusqu'à maintenant, l'Europe a gagné la bataille de l'exception culturelle. L'unanimité ne doit pas être analysée ici comme un frein à l'intégration européenne, mais plutôt comme une garantie de l'effectivité des droits culturels en Europe, au cœur d'un modèle culturel européen.

B. UN MODÈLE CULTUREL EUROPÉEN?

Au cœur de ce modèle figure la notion d'exception culturelle, mais que signifie le glissement sémantique, à partir de 1997, de cette notion à celle de diversité culturelle? L'action culturelle de l'UE, qui finance des programmes originaux, reste fragile. Le concept de cohésion, emprunté à la politique de cohésion économique et sociale... et territoriale, selon le traité de Lisbonne, et appliqué à la culture (cohésion culturelle) pourrait venir consolider et pérenniser une véritable politique culturelle européenne.

1. De l'exception culturelle à la diversité culturelle

La notion d'exception culturelle est une revendication d'origine française (1981) concernant le livre et l'édition et a été officialisée en 1993 lors des

négociations du cycle de l'Uruguay, qui proposait d'appliquer les règles du commerce international aux services en créant l'AGCS/accord Général sur le commerce des services. Les Etats-Unis ont libéralisé leur audiovisuel et acquis une position dominante sur le marché mondial; c'est une solution à la crise que traversent leurs industries manufacturières (*Que devient l'exception culturelle?*, Vanessa Masson, www.diploweb.com, décembre 2006). Ils veulent faire céder les dispositifs européens et ils mènent une action diplomatique auprès des pays de l'ancien bloc soviétique. Ils proposent d'étendre aux services le double mécanisme du GATT/General Agreement on Tariffs and Trade: la clause de la nation la plus favorisée et le traitement national, ce qui ébranlerait les dispositifs européens. Au sein de la Commission, Jacques Delors – à qui l'on doit la formule selon laquelle «La culture n'est pas une marchandise comme une autre» – œuvre pour la fixation d'un mandat dans le cadre des négociations de l'Uruguay Round, qui permette à l'Europe d'aller au-delà du statu quo (la Communauté venait d'adopter la directive TSF).

Le mandat donné par le Conseil de l'Union au commissaire européen Pascal Lamy (aujourd'hui Directeur général de l'OMC) en 1999 fixe une ligne rouge; il n'est pas question de remettre en cause «la possibilité pour la Communauté et ses Etats membres de préserver et développer leurs politiques culturelles et audiovisuelles pour la préservation de leur diversité culturelle». Les Anglais et les Néerlandais avaient tenté d'exclure la musique du domaine protégé, mais le mandat n'a pas été entamé: «ne faire aux autres pays membres de l'OMC aucune requête de libéralisation dans le domaine audiovisuel (qui comprend donc le domaine musical), ne prendre aucun engagement de libéralisation, conserver les exemptions de la clause de la nation la plus favorisée de façon à garantir les préférences européennes et nationales et permettre la signature d'accords culturels bilatéraux» (Jean-Michel Baer, op. cit., p. 36).

La culture n'est pas exclue de l'AGCS (ce qui aurait placé les échanges culturels dans le cadre bilatéral); elle n'est pas non plus insérée comme une véritable exception générale légalisant des mesures contraires aux règles générales de l'accord. Elle laisse les Etats libres de souscrire ou ne pas souscrire des engagements de libéralisation. C'est le cas pour la majorité des membres de l'OMC, dont la CE. Celle-ci, dans son offre initiale d'ouverture des marchés de services du 29 avril 2003, a exclu expressément les services d'éducation et d'enseignement publics ainsi que les services audiovisuels et culturels (bibliothèques, archives, musées) – listes d'exemptions – et a pris des engagements très limités dans le secteur culturel (les secteurs du spectacle, de l'édition et de la presse sont offerts aux négociations), préservant les politiques culturelles.

Toutefois, l'Europe va subir les demandes de libéralisation d'autres pays; chaque nouvelle étape de négociation à l'OMC risque de remettre en cause les positions. Celles-ci ne sont pas considérées comme définitives (les exceptions doivent être réexaminées tous les cinq ans et leur durée ne peut en principe excéder dix ans) et peuvent subir un effet domino. Sur le fond, l'Europe ne s'oppose pas seulement aux Etats-Unis; elle heurte les pays émergents qui sont enclins à la libéralisation et les pays en développement attachés au développement culturel et pour qui diversité n'est pas solidarité. A la date du 30 septembre 2003, 17 pays ont déposé des requêtes à l'UE pour qu'elle libéralise le secteur audiovisuel parmi lesquels le Brésil, la Chine ou l'Inde... les «Bric»!

C'est alors que va s'enclencher, avec la détermination de la France, du Canada et de leurs alliés, le processus d'élaboration d'une convention internationale sur la diversité culturelle au sein de l'Unesco. La Déclaration universelle sur la diversité culturelle avait déjà été adoptée en octobre 2001; la convention est votée le 20 octobre 2005 à l'unanimité des Etats membres présents moins deux voix contre (Etats-Unis et Israël) et quatre abstentions (Honduras, Nicaragua, Libéria, Australie). La Convention «sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles», doit compléter et fortifier l'absence d'offre à l'OMC. Alors que l'exception culturelle «n'offre aucune garantie à moyen et long terme», la convention incarne le volonté d'élaborer un instrument de référence international, qui «pourrait éventuellement offrir une réelle défense à l'égard des règles usuelles du commerce» (*De l'exception à la diversité culturelle. Un enjeu au cœur d'une bataille planétaire*», Dave Atkinson, www.diplomatie.gouv.fr).

Cette convention répond à des enjeux mondiaux, des enjeux de la mondialisation. Il s'agit, d'une part, de considérer la diversité culturelle comme source de créativité dans un monde soumis à des forces économiques et culturelles uniformisantes, et en conséquence de légitimer des politiques culturelles nationales protectrices, d'autre part, de considérer la diversité culturelle comme facteur de développement et donc de faire le lien entre culture et développement par le quatrième pilier du développement durable. La diversité culturelle apparaît comme «la nouvelle frontière de la paix mondiale au cours du XXIème siècle» (Katérina Stenou, *Identité culturelle, démocratie et équité mondiale*, Troisième Forum mondial sur le développement humain, Unesco, janvier 2005)

Ce texte répond à trois principaux objectifs: la reconnaissance de la nature spécifique des activités, biens et services culturels en tant que porteurs d'identité, de valeurs et de sens, la réaffirmation du droit souverain des Etats de conserver, d'adopter et de mettre en œuvre les politiques et mesures qu'ils

jugent appropriées en vue de la protection et de la promotion de la diversité des expressions culturelles sur leurs territoires, le renforcement de la coopération et de la solidarité internationales dans un esprit de partenariat afin, notamment, d'accroître les capacités des pays en développement de protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles.

Le texte envisage l'articulation nécessaire avec l'OMC, sujet vivement discuté. Selon l'article 20, la convention ne modifie pas les droits et obligations des Parties au titre d'autres traités auxquelles elles sont parties, mais, lorsqu'elles interprètent et appliquent ces autres traités ou lorsqu'elles souscrivent à d'autres obligations internationales, «les Parties prennent en compte les dispositions pertinentes de la présente Convention». La convention n'est bien sûr pas subordonnée au traité OMC, mais ne résout pas pour autant – et ne le peut pas à elle seule – la question de l'articulation quand les cercles d'Etats parties ne coïncident pas. C'est la même question que pour les AME/ Accords multilatéraux pour l'environnement. Seul l'OMC a un organe quasi-juridictionnel de règlement des différends, ce qui lui confère un avantage. Dans l'affaire CE-Produits biotechnologiques (29 septembre 2006), le rapport du groupe spécial a mis le droit international économique dans une situation d'isolement clinique, ne prenant en compte que les règles de droit international applicables dans les relations entre les parties, entre les membres de l'OMC (ce qui n'était pas le cas des dispositions du Protocole biosécurité). La convention UNESCO est entrée en vigueur le 18 mars 2007; la CE y a accédé le 18 décembre 2006 (23 Etats membres ont ratifié individuellement, de même que le Brésil le 16 janvier 2007), mais les Etats-Unis d'Amérique n'ont pas ratifié la convention.

Cette diversité culturelle a rejoint le droit européen. Est-ce que la proclamation du principe va conforter la vision de l'exception culturelle telle qu'elle a été portée à l'origine – condition de survie du modèle européen – ou risque-t-elle d'en modifier voire d'en altérer la vision?

A première vue, la diversité culturelle légitime l'exception culturelle et la prise de distance à l'égard de l'exception culturelle fonde en même temps une approche nouvelle. On passe d'une approche défensive de pays développés réactifs à la globalisation sur la base d'une conception artistique ou esthétique de la culture à une approche positive et universelle, relevant de fondements anthropologiques, pour le développement durable de l'humanité. Mais l'exception culturelle était un principe plus virulent, plus volontariste que la diversité culturelle. La diversité culturelle, qui vaut autant pour le monde que pour l'Europe, ne sert-elle pas de «compromis entre les pays très soucieux de maintenir la capacité des Etats à mettre en œuvre leur politique

culturelle» – France, Allemagne, Belgique, Autriche, Luxembourg, Irlande – «et les autres»? (fnsac-cgt.com).

Plus encore, la diversité culturelle pourrait avoir des effets opposés aux effets attendus. La diversité est au coeur de la mondialisation des cultures, mais elle pourrait être le cheval de Troie de la globalisation économique. Une littérature fustige la collusion entre la diversité culturelle et les sociétés transnationales de la globalisation économique, via l'affaiblissement des Etats, qui représentent une entrave à la globalisation économique. Pierre Musso (*La télévision régionale et locale en France*, in Les Dossiers de l'audiovisuel, n° 95, janvier-février 2001) suggère «que le développement de TV Breizh, télévision régionaliste bretonne lancée par Patrick Le Lay, PDG de TF1, n'est pas exempt d'arrière-pensées pour les firmes multinationales de l'audiovisuel».

Doit-on aller jusqu'à penser, avec Pierre Hillard (entretien accordé à l'Observatoire du communautarisme et à la Revue républicaine, 16 avril 2005, auteur de *La décomposition des nations européennes: de l'union euro-atlantique à l'Etat mondial*, Editions François-Xavier de Guibert, 2005), que la préservation des identités est avant tout d'ordre économique: «En effet, le libre-échange globalisé que les Anglo-saxons imposent fortement a plus de chance de se répandre si l'Europe est émietée en groupes ethniques implantés sur des petites surfaces de territoires plutôt qu'organisée en Etats-nations plus robustes et solidement ancrés depuis des siècles. C'est le principe d'une bonne digestion. Pour bien digérer, il faut mâcher. Le principe est identique pour l'Europe. Les instances bruxelloises favorisent la «mastication» des Etats européens (par la régionalisation, par la promotion identitaire) pour ensuite mieux les digérer à la sauce mondialiste»...

Mais ces instances bruxelloises, ce sont avant tout les Etats; la Commission négocie sur mandat du Conseil. Cet homme, animal culturel en devenir, reste un animal social et politique...La diversité culturelle est subordonnée aux droits de l'homme et aux politiques culturelles étatiques. Il faut reconnaître que le modèle culturel européen est un «laboratoire de la diversité culturelle» (Jean-Michel Baer, op. cit., p.35), «qui tient une place centrale dans cette nouvelle donne mondiale qui fait de la culture l'un des enjeux des rapports de force internationaux».

2. De la cohésion économique et sociale à la cohésion culturelle européenne

L'action culturelle européenne, avec ses programmes communautaires, fait penser à la politique régionale de l'UE et ses fameux fonds structurels. Cette politique régionale s'inscrit dans le cadre de la politique de cohésion économique et sociale, qui vise une convergence des niveaux de développement

à l'échelle de l'Union en réduisant les écarts entre les régions les plus riches et les régions les plus pauvres. Une fois encore, l'économique et le social oublient le culturel. Pourtant, peut-il y avoir cohésion sans cohésion culturelle, c'est-à-dire ce sentiment d'appartenir à un ensemble cohérent de nature culturelle, un espace culturel commun, où chaque expression culturelle connaît, respecte et accueille les autres expressions culturelles. «Si c'était à refaire, je commencerais par la culture»...aurait dit Jean Monnet.

Le concept de cohésion devrait guider l'action culturelle européenne. Comme condition de l'effectivité des droits culturels et de tous les droits et comme condition de l'appropriation de l'idée européenne par ses citoyens. Cette action porte sur la culture en général, avec le programme Culture, et sur l'audiovisuel en particulier, avec les deux pierres angulaires que sont la directive TSF et le programme Media.

2.1 Le programme «Culture»

Dès 1987, la Commission avait expérimenté des initiatives telles que le programme Média, le programme Kaléidoscope, les «Villes européennes de la culture». Sur la base du traité de Maastricht, l'action de la communauté s'organise en trois programmes. Kaléidoscope pour les arts du spectacle, les arts visuels et les arts appliqués, Ariane pour les domaines du livre et de la lecture, Raphaël en faveur du patrimoine. Ces programmes sont ambitieux par leur champ d'activités, mais l'action culturelle souffre du cloisonnement et des pratiques de saupoudrage. Comme pour les programmes de la politique régionale, une rationalisation s'impose: un programme-cadre remplace les trois programmes à partir de l'an 2000. La durée des programmes s'aligne sur les perspectives financières pluriannuelles. Le programme Culture 2000 couvre la période 2000-2006; lui succède le programme Culture 2007 pour la période 2007-2013 (un rapport intermédiaire d'évaluation sera publié au plus tard le 31 décembre 2010).

Le premier programme «a engendré une dynamique et joué un rôle important de catalyseur d'idées» (*Rapport sur la seconde évaluation intermédiaire externe du programme Culture 2000*, COM (2006) 666 final) mais il a été critiqué par le rapport du Sénat (op. cit., p.6 et suivantes) Il devait répondre à une demande du Parlement et du Conseil de suivre «une approche directrice globale et transparente pour l'action culturelle, y compris, entre autres, l'établissement d'un instrument unique de programmation et de financement».

Les objectifs restent dispersés: «ses objectifs, très nombreux, témoignent moins d'une approche cohérente que du souci de ne pas mécontenter les lobbies culturels européens». Les trois volets du programme sont le fruit d'un

compromis entre les trois institutions: action 1 Actions spécifiques, novatrices et/ou expérimentales (priorités du Parlement européen, 45 % du budget annuel du programme), action 2 Actions intégrées au sein d'accords de coopération (celles de la Commission, 35 %) et action 3 Evénements culturels spéciaux ayant une dimension européenne ou internationale (celles du Conseil, 10 %). Seul le deuxième volet «constitue l'ébauche d'une véritable politique culturelle, car elle favorise la constitution de réseaux européens entre les professionnels et s'inscrit dans le long terme».

Les objectifs sont recadrés dans des priorités arrêtées par la Commission (projets proposant des productions culturelles concrètes, telles qu'éditions, festivals, expositions, chantiers de restauration – projets s'adressant au public le plus large y compris le public jeune), mais celles-ci sont connues tardivement, ce qui favorise le lobbying. La procédure de sélection manque de transparence. Le budget est insuffisant, ne représentant que 0,03 % du budget communautaire: enveloppe de 236,5 millions d'euros. L'Europe, combien d'euros? !...

Le nouveau programme 2007-2013 se veut plus complet, plus ouvert et plus simple à utiliser. Les objectifs sont resserrés sur trois points, avec une plus forte valeur ajoutée: favoriser la mobilité transnationale des professionnels du secteur culturel, favoriser la circulation des œuvres d'art et des produits culturels et artistiques au-delà des frontières nationales, promouvoir le dialogue interculturel. Les trois actions sont remplacées par trois niveaux d'intervention:

- un soutien à des actions culturelles (70 % du budget du programme), ce qui renvoie à trois types d'actions: des projets de coopération pluriannuelle (ils sont basés sur la coopération d'au moins six opérateurs culturels issus d'au moins six pays participant au programme, pour une durée de trois à cinq ans, ce qui prolonge les ex-actions intégrées qui étaient limitées à trois ans et à au moins cinq pays), des actions de coopération (par au moins trois opérateurs de trois pays, pour deux ans, la priorité étant accordée à l'innovation comme l'ex-action 1), des actions spéciales (emblématiques et d'envergure, on retrouve ici les événements culturels spéciaux de Culture 2000),
- un soutien à des organismes actifs dans le domaine culturel (10 %): ce sont les représentants et les ambassadeurs de la culture européenne,
- un soutien à des travaux d'analyse, à la collecte et à la diffusion de l'information ainsi qu'à l'optimisation de l'impact des projets dans le domaine de la coopération culturelle et du développement politique (5 %): ce point

a été introduit suite aux critiques de l'évaluation externe sur la visibilité des projets.

Une agence exécutive est créée «Education, audiovisuel et culture» par une décision de la Commission du 14 janvier 2005 (décision 2005/56/CE). Celle-ci doit permettre à la Commission de se concentrer sur ses activités et fonctions prioritaires sans perdre pour autant la maîtrise des actions gérées par l'agence. Elle est responsable de la gestion de certains volets d'une série de programmes communautaires dont Culture, Média ou Socrates.

Combien d'euros? Le budget passe à 400 millions d'euros, c'est presque un doublement, quand l'Europe vient de s'élargir de 25 à 27 et que le programme de 30 Etats (les 27 et les trois Etats de l'Espace Economique Européen – Islande, Liechtenstein, Norvège) s'est ouvert à la participation des pays candidats bénéficiant d'une stratégie de préadhésion et des pays des Balkans occidentaux. C'est quand même une augmentation significative. Impossible à repérer dans les rubriques des perspectives financières pluriannuelles (Cohésion pour la croissance et l'emploi? Citoyenneté? L'UE acteur mondial?...). Elles y représentent environ 400 millions d'euros sur le total d'environ 864 milliards d'euros (en crédits d'engagement), c'est-à-dire 0,046 %...

Le programme Culture doit être resitué dans un Agenda européen de la culture à l'ère de la mondialisation, qui fixe les nouvelles priorités (*Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité Economique et Social européen et au Comité des Régions du 10 mai 2007 relative à un agenda européen de la culture à l'ère de la mondialisation*, COM(2007)242 final). Alors que la décision du Parlement et du Conseil établissant le programme Culture est datée du 12 décembre 2006 (Décision n° 1855/2006/CE), l'Agenda intervient cinq mois plus tard. On y trouve trois priorités:

- diversité culturelle et dialogue interculturel: favoriser l'esprit d'ouverture et les échanges entre les cultures, notamment par la mobilité des artistes et des travailleurs du secteur culturel – 2008, Année européenne du dialogue interculturel,
- dynamiser la créativité dans le cadre de la stratégie de Lisbonne pour la croissance et l'emploi: la culture est aussi une économie; comme pour la politique régionale, la jonction est faite entre la culture, via les industries culturelles, et la stratégie de Lisbonne de mars 2000 (faire de l'UE l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique au monde, capable d'une croissance économique durable accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale); il s'agit notamment de renforcer les capacités

organisationnelles du secteur culturel en mettant l'accent sur l'esprit d'entreprise,

- La culture en tant qu'élément indispensable des relations internationales: l'enjeu se mondialise; renforcer la dimension culturelle devient un élément indispensable des relations extérieures de l'UE, ce qui s'accompagne de plusieurs mesures, comme celle de favoriser l'accès aux marchés mondiaux des biens et services culturels en provenance des pays en développement au moyen du traitement préférentiel.

La Commission veut établir un dialogue structuré avec l'ensemble du secteur culturel et la stratégie repose sur une coopération plus étroite entre les Etats membres et l'UE à travers la mécanisme de la MOC/méthode ouverte de coordination. La Cour de justice quant à elle contrôle la mise en oeuvre du programme. Dans l'arrêt du 27 janvier 2000, la Commission s'oppose à un ensemble de requérants qui demandent l'annulation de la décision de l'EFDO/ European Film Distribution Office qui a rejeté leur demande de financement; la Cour renvoie l'affaire devant le Tribunal de première instance (C-164/98).

2.2 L'audiovisuel

L'enjeu économique sous-tend spécialement l'action de l'UE dans le domaine de l'audiovisuel. Celui-ci représente plus d'un million d'emplois dans l'UE sur près de 5 millions pour le secteur de la culture. Les deux pierres angulaires de cette politique sont la directive TSF et le programme MEDIA.

*La directive TSF a été adoptée en 1989 et révisée en 1997 pour créer un cadre juridique qui permette la libre-circulation des programmes télévisés européens dans le marché intérieur et pour assurer la protection du cinéma européen grâce à un système de quotas. Dans cette perspective, elle définit plusieurs obligations:

- les chaînes de télévision doivent réserver, chaque fois que cela est réalisable, plus de la moitié de leur temps d'antenne à des œuvres européennes,
- au moins 10 % du temps d'antenne ou, au choix des Etats membres, au moins 10 % du budget de programmation doit être consacré à des oeuvres européennes émanant de producteurs indépendants,
- l'intégrité des œuvres est protégée par des règles détaillées sur le contenu et la périodicité des publicités télévisées.

La directive a accompagné le développement des chaînes de télévision européennes; on compte aujourd'hui 1100 chaînes nationales ou transnationales (comme Arte, chaîne franco-allemande à capitaux publics) et 1900 chaînes

régionales ou locales, contre une centaine en 1990. Elle définit un minimum commun et les Etats peuvent prévoir des quotas plus stricts.

Les Rencontres cinématographiques de Beaune (23 octobre 2004, www.larp.fr, p. 3) ont nuancé le succès de cette directive: «Il semble en effet difficile d'imposer par des quotas aux télévisions nationales de programmer des œuvres aux coûts élevés, sans ébranler leur équilibre financier, alors que des chaînes étrangères diffusent sans contraintes via le satellite sur le territoire national»; la Grande-Bretagne a laissé, dès 1993, les deux chaînes de l'américain Ted Turner (Cartoon chanel et TNT) émettre vers la France à partir de la Grande-Bretagne par satellite sans respecter les quotas.

Malgré les efforts, la part de marché du film américain dans l'UE15 était de 64 % en 2002 contre 56 % en 1985, alors que la part du film européen aux Etats-Unis est de l'ordre de 3 %. L'audiovisuel est le second poste exportateur des Etats-Unis après l'aéronautique et le seul secteur présentant une balance commerciale positive avec tous les pays du monde. La compétition n'est pas équitable puisque les films hollywoodiens «sont amortis sur un vaste marché avant d'être exportés à bas prix, sans subir l'obstacle de la langue» (Discours de Catherine Trautmann, *Rencontre avec les professionnels de la culture et de l'audiovisuel sur les négociations OMC*, 14 octobre 1999).

Dans les négociations commerciales mondiales, les Etats-Unis n'attaquent plus de face les Européens. D'une part, ils réagissent à l'impasse des discussions par la négociation d'accords bilatéraux avec la Corée, l'Australie, le Honduras, le Nicaragua, le Maroc, la Colombie, la Thaïlande... qui ont du mal à maintenir leurs politiques culturelles. D'autre part, ils cherchent à cantonner l'exception culturelle aux supports traditionnels – la télévision hertzienne ou le «vieux audiovisuel» – et à focaliser «leur volonté de libéralisation sur les nouveaux services» – vidéo à la demande, télévision par satellite, puis via internet (www.fnsac-cgt.com). De plus, il est à craindre que, si des négociations avaient lieu dans le domaine du commerce électronique, les Etats-Unis adopteraient un nouveau raisonnement. Ils «tenteraient de faire échapper les services offerts via internet au régime services, en soutenant que nous sommes en présence de biens virtuels, de marchandises immatérielles en quelque sorte. Les transactions relèveraient alors du GATT qui va plus loin dans la libéralisation» que l'AGCS. l'UE défend quant à elle «le principe de neutralité technologique», selon lequel le mode de transmission d'un service ne modifie pas la nature de ce service (Catherine Trautmann, *op. cit.*, p. 4).

Ce sont ces pressions qui, entre autres, expliquent la récente révision de la directive TSF par la Directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 ou Directive «Services de médias audiovisuels

sans frontières» (JO L 332 du 18 décembre 2007, p. 27-45). La Commission avait lancé, en 2003, une vaste consultation publique. Elle y faisait état des grandes tendances du paysage audiovisuel européen:

- le marché européen de l’audiovisuel connaît, en 2001, une augmentation de 5,2 % par rapport à 2000
- l’expansion du marché de la télévision s’est ralentie en 2001: la télévision payante confirme son dynamisme, mais les chaînes de télévision commerciales traditionnelles sont touchées par une crise globale dans le marché de la publicité
- la balance commerciale dans le secteur de l’audiovisuel reste négative vis-à-vis des Etats-Unis
- l’Europe produit pourtant plus de longs métrages que les Etats-Unis (630 productions contre 450 en 2002), mais une partie importante n’attire pas une masse critique d’audiences; la tendance récente des co-productions européennes pourrait contribuer au rééquilibrage.

La Commission présente les résultats du processus de consultation. Dans l’ensemble, les Etats ont souhaité conserver la philosophie de la directive TSF et ses quotas de production et de diffusion. Le respect de la diversité culturelle et linguistique apparaît dans le premier considérant face aux nouvelles technologies de transmission de services de médias audiovisuels. La directive adapte et modernise les règles existantes, selon la position européenne qui lui permet de continuer à développer ses règles au lieu de les figer dans le cadre de l’OMC.

La nouvelle directive contient plusieurs points essentiels. Le texte opère une distinction entre les services «linéaires» et les services «non linéaires». Les premiers désignent les services de télévision traditionnelle, l’Internet, la téléphonie mobile que les téléspectateurs reçoivent passivement; les seconds sont les services de télévision à la demande que les téléspectateurs choisissent de visionner (service de vidéo à la demande, par exemple). Conformément à la vision européenne, la nouvelle définition des services de médias audiovisuels se fait indépendamment des techniques de diffusion. Mais que deviennent les règles sur les contenus? On peut en retenir trois:

- tous les services sont soumis au principe du pays d’origine, mais, si l’Etat de destination prévoit des règles plus strictes que celles de la directive, les diffuseurs ne doivent pas contourner ces règles: cela répond, comme pour la directive précédente, aux préoccupations liées à la diversité des lois nationales et au «dumping culturel»,

- la directive rend plus flexible les règles d’insertion de la publicité: on peut parler d’une tendance à la déréglementation plutôt que d’un assouplissement; le cadre juridique pour le «placement de produit» va aussi dans le sens de la promotion des marques et de la marchandisation,
- les dispositions applicables aux services de médias audiovisuels à la demande ne sont pas aussi rigoureuses que celles des services linéaires: Les Etats membres veillent à ce que ces services «promeuvent, lorsque cela est réalisable et par des moyens appropriés, la production d’œuvres européennes ainsi que l’accès à ces dernières. Cette promotion pourrait notamment se traduire par la contribution financière apportée par ces services à la production d’œuvres européennes et à l’acquisition de droits pour ces œuvres, ou la part et/ou la place importante réservée aux œuvres européennes dans le catalogue de programmes proposés...» (chapitre II ter, article 3 decies); un rapport sera soumis par la Commission, qui tiendra compte des évolutions commerciales et technologiques, et de l’objectif de diversité culturelle. L’article ne contient pas de référence aux contenus produits par des sociétés de production audiovisuelle indépendantes en Europe et, pour les services linéaires, la directive ne définit pas la notion de «producteur indépendant», ce qui avait été évoqué lors de la consultation dans le sens du pluralisme des médias.

La réalité des défenses et des choix européens dépend de la façon dont les Etats vont se conformer à la directive, au plus tard le 19 décembre 2009. Il semble que l’Europe refuse officiellement de distinguer selon les techniques de diffusion et qu’elle introduit malgré tout une différence de régimes. La Cour de justice, pour sa part, contrôle le respect de la directive. Dans un arrêt récent (*Commission c. Infront WM AG*, C-125/06), la Cour rejette le pourvoi de la Commission sur la notion de personne «directement et individuellement concernée» à propos de la réglementation nationale britannique sur la diffusion d’événements d’importance majeure pour la société et ses effets sur un courtier de droits de retransmission télévisuelle.

*Enfin, le programme MEDIA 2007 (*Décision n° 1718/2006/CE du PE et du Conseil du 15 novembre 2006, portant sur la mise en œuvre d’un programme de soutien au secteur audiovisuel européen (MEDIA 2007)*) est le nouveau programme de soutien au secteur audiovisuel européen, programme unique qui remplace les deux programmes MEDIA Plus et MEDIA Formation et regroupe les deux volets existants. Media couvre la période 2007-2013 et fait la synthèse du potentiel socio-économique du secteur et de son intérêt culturel pour la culture et la citoyenneté européenne. Il trouve sa base juridique dans l’article 157 du traité CE sur la politique industrielle, où la CE

tient compte des aspects culturels (transversaux) selon l'article 151 relatif à la culture. Depuis le traité de Nice, c'est la co-décision avec vote du Conseil à la majorité qualifiée qui s'applique (et non le vote à l'unanimité du Conseil après consultation du Parlement). «Formellement, la hiérarchie des objectifs généraux du programme... a été inversée. L'objectif culturel, «la nécessité de préserver et de mettre en œuvre la diversité culturelle», est mis à l'honneur (a), au premier plan devant l'objectif industriel consistant à renforcer la compétitivité de l'industrie audiovisuelle européenne (c)» (Rencontres cinématographiques de Beaune (op. cit., p. 4).

Média intervient à trois niveaux:

- en amont de la production audiovisuelle afin de favoriser l'acquisition et le perfectionnement de compétences, et le développement des œuvres européennes (pré-production)
- en aval de la production afin de soutenir la distribution et la promotion des œuvres européennes (post-production)
- dans le soutien de projets pilotes, pour assurer l'adaptation aux évolutions du marché.

Or, les priorités du programme viennent conforter, dans la continuité de la notion d'œuvre européenne, l'idée de «cohésion culturelle». En effet, le programme vise à encourager le processus créatif et la connaissance du patrimoine cinématographie et audiovisuel européen, à renforcer la structure du secteur, en particulier les PME/petites et moyennes entreprises, à accompagner les évolutions du marché en matière de numérisation (l'Europe s'est lancée dans un projet de Bibliothèque numérique européenne face aux entreprises de Google, cf. *Conclusions du Conseil sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et sur la conservation numérique*, 2006/C 297/01). Surtout, une priorité vise la réduction, au sein du marché audiovisuel européen, des déséquilibres entre pays à forte capacité de production audiovisuelle et les pays ou régions à faible capacité de production et/ou zone géographique et linguistique restreinte, dans l'esprit de la diversité culturelle et du dialogue interculturel en Europe.

Le champ du programme est potentiellement très large. Il est ouvert, sous réserve de conditions requises et moyennant le versement de crédits supplémentaires, aux Etats de l'AELE qui sont membres de l'EEE, aux pays candidats bénéficiant d'une stratégie de préadhésion, aux pays des Balkans occidentaux, aux Etats-parties à la convention du Conseil de l'Europe sur la télévision transfrontière, à d'autres pays tiers ayant conclu avec l'UE des accords d'association ou de coopération qui comportent des clauses dans le domaine de l'audiovisuel. Au 1^{er} janvier 2007, le nombre des membres du programme est

passé à 31 (UE27 plus les trois de l'EEE et la Suisse). L'enveloppe financière est augmentée mais pas autant qu'annoncé par les Rencontres cinématographiques de 2004; elle passe de 563 millions d'euros (513 millions d'euros pour Média Plus et pour six ans et 50 millions pour Média formation pour 5 ans) à 755 millions d'euros, dont 65 % serviront à faciliter la circulation d'œuvres européennes dans d'autres pays d'Europe et du monde. Tous les ans, 300 nouveaux projets de films européens sont co-financés par le programme et la moitié des films européens diffusés dans les cinémas ont bénéficié de son soutien financier (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction>).

Programme Culture, directive TSF et programme MEDIA n'embrassent pas toute l'action communautaire pour la culture, et c'est bien là un facteur de confusion et de non-visibilité. Qui sait que 2008 est l'Année européenne du dialogue interculturel? Qui connaît la Capitale européenne de la culture pour 2008? Pour 2008, comme pour 2007, le Conseil a désigné deux villes comme capitales européennes de la culture (c'est le polycentrisme, comme pour les sièges des institutions!), Liverpool (RU) et Stavanger (Norvège). En 2009, ce seront les villes de Linz (Autriche) et Vilnius (Lituanie). L'UE peut apporter une contribution financière par le biais du programme Culture. En revanche, pour l'Année européenne du dialogue interculturel, c'est un budget particulier de 10 millions d'euros. Par ailleurs, il est logique que le programme «L'Europe pour les citoyens» (2007-2013) intègre la diversité culturelle et linguistique et la dialogue interculturel...

CONCLUSION

Dialogue interculturel, diversité culturelle... le balancier européen suit le balancier mondial. Nous sommes dans l'ère de la diversité, parce que le premier réflexe dans la mondialisation est un réflexe défensif, un réflexe de peur. Il est urgent que le balancier aille aussi dans l'autre sens, celui du «droit au patrimoine commun» et que la cohésion soit entendue comme la cohésion territoriale...et citoyenne. L'UNESCO connaît depuis longtemps la notion de Patrimoine mondial; l'Europe devrait réfléchir à la notion de patrimoine européen et valoriser ce concept à l'échelle européenne. En effet, la diversité par nature n'a pas de limites. Le Conseil de l'Europe prépare un livre blanc sur le dialogue interculturel. Pour lui, cette notion désigne «un échange de vues ouvert et respectueux entre des individus et des groupes appartenant à des cultures différentes, qui permet de mieux comprendre la perception du monde propre à chacun»; et le mot «groupe» recouvre tous les types de collectifs pouvant agir par le biais de leurs représentants (famille, communauté, associations, peuples). Le Conseil de l'Europe n'œuvre pas pour l'intégration, ce qui ne l'empêche pas de travailler sur les itinéraires culturels européens. L'UE, en

revanche, poursuit ce but et ne peut pas fonder sa culture commune seulement sur la diversité.

En ce qui concerne justement les organisation européennes compétentes dans le domaine de la culture, jusqu'à la Charte des droits fondamentaux, une dichotomie existait avec, d'un côté, la Communauté européenne pour le marché et, de l'autre, le Conseil de l'Europe pour les droits de l'homme. Aujourd'hui, une dichotomie persiste avec l'Union européenne pour le marché et les droits de l'homme et le Conseil de l'Europe pour les droits de l'homme et la culture. La dichotomie doit encore se résorber grâce à un engagement fort de l'Union dans la culture.

Dans une optique économique et culturelle, le souci de l'unité devrait amener à concevoir de grands regroupements européens, quitte à sacrifier un peu de diversité. Le nombre de médias est important pour le pluralisme, mais il serait judicieux aussi d'avoir des chaînes paneuropéennes capables de s'imposer sur la scène audiovisuelle internationale. On est loin de grands médias européens à audience internationale, à côté de CNN (Etats-Unis), de la BBC (RU) ou encore d'Al-Jazira (Qatar). Dans le domaine du droit d'auteur, l'organisation nationale des sociétés d'auteurs et de compositeurs fractionne le marché de la musique. La France œuvre actuellement dans le sens d'une politique extérieure française de l'audiovisuel, ce qui suppose une coopération entre partenaires... trois seulement, deux européens (la Belgique et la Suisse) et le Québec, impliqués dans TV5 Monde. La ministre française de la culture, Christine Albanel, dans l'optique de la présidence française de l'Union au second semestre 2008, souhaite «ouvrir la perspective d'un statut spécifique européen des PME/Petites et moyennes entreprises culturelles (Libération, *«Albanel galvanisée»*, 25 mars 2008, p. 32). Ce serait un premier pas vers des entreprises européennes à vocation internationale. Jean-Michel Baer (op. cit., p. 39), quant à lui, appelle de ses vœux une réflexion et une législation européenne sur le pluralisme et la concentration des médias. La Commission est actuellement confrontée à un nouveau projet de fusion, entre TPS et Canal +. Il faut changer d'échelle.

Une véritable Europe de la culture est-elle pour 2014? Une Europe culturelle «en différé»? Ce n'est pas sûr du tout, compte tenu de la tendance actuelle, avec le Traité de Lisbonne, à redonner aux Etats la mainmise sur la construction européenne. Les actions culturelles européennes font partie de l'acquis communautaire et les pays candidats à l'adhésion doivent fournir des efforts importants pour se conformer aux critères européens dans le domaine des médias et de l'audiovisuel. Par exemple, la Pologne a dû modifier sa législation nationale sur la diffusion par satellites transfrontaliers; on a demandé à l'Estonie d'augmenter sa capacité de production de programmes télévisuels.

Mais le Traité contient des formules inquiétantes qui insistent sur les limites des compétences.

Sur l'absence de nouvelles compétences au-delà de celles qui sont clairement conférées. Par exemple, le principe de gratuité de l'enseignement obligatoire ne crée pas, «bien entendu», de nouvelles compétences (Explications ad article 14 – droit à l'éducation). De même, le principe de non-discrimination de l'article 21 de la Charte ne modifie pas l'étendue des compétences conférées strictement par l'article 19 du TFUE (mesures anti-discriminations).

Sur la réversibilité des compétences. Il est toujours possible de revenir sur ces compétences dans un nouveau traité et ce n'est probablement pas la culture qui était visée ici, maigre compétence d'appui, mais l'état d'esprit n'est plus celui de l'intégration constituante. On n'a pas tiré les bonnes leçons de l'échec de la Constitution!

XV.

L'EFFECTIVITE DES DROITS FONDAMENTAUX DANS L'UNION EUROPEENNE

*Jean Rossetto**

SOMMAIRE: Introduction – I. La construction de l'effectivité des droits fondamentaux: A. La dynamique jurisprudentielle et sa codification par les traités ultérieurs; B. La rédaction d'une Charte des droits fondamentaux – II. Les limites à l'effectivité des droits fondamentaux: A. L'insuffisance des voies de recours ouvertes aux particuliers; B. Le problème particulier soulevé par les piliers intergouvernementaux – Conclusion.

INTRODUCTION

L'Union européenne présente cette caractéristique originale d'avoir développé au fil du temps un corpus particulièrement riche de droits fondamentaux, alors que sa vocation initiale, au moment de la création de ce qui était alors la Communauté économique européenne (ci-après CEE) établie sur la base du traité de Rome du 25 mars 1957, n'avait quasiment rien à voir avec la notion de droits fondamentaux¹. Au départ en effet, la question des droits fondamentaux relevait essentiellement des constitutions nationales des Etats membres et, dans la sphère européenne, du Conseil de l'Europe au travers de la Convention du 4 novembre 1950 relative à la Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après CEDH), instituant une Cour européenne des droits de l'homme siégeant à Strasbourg. Le chemin parcouru est donc considérable qui a progressivement conduit l'Union européenne à mettre en place, sous l'autorité de la Cour de Justice des Communautés européennes (ci-après CJCE) siégeant à Luxembourg, un système de garantie des droits fondamentaux qui lui soit propre.

Cette évolution s'est produite en étroite symbiose avec les protections déjà existantes en la matière. En d'autres termes, la CJCE s'est largement inspirée des dispositions figurant dans les constitutions nationales des Etats membres, comme elle a par ailleurs puisé – entre autres – dans la CEDH et la jurisprudence de

* Professeur à l'Université F. Rabelais de Tours Directeur du GERCIE

1. Dans un souci de clarté, on rappellera que le traité de Rome de 1957 a institué la CEE; en vertu du traité Maastricht de 1993, la CEE devient Communauté européenne (CE) fondé sur le traité de Communauté européenne (TCE), tandis que l'Union européenne apparaît en tant qu'elle comprend la CE (pilier communautaire), mais aussi les deux autres piliers intergouvernementaux (politique étrangère et de sécurité commune et justice et affaires intérieures). Le traité de Lisbonne, en cours de ratification, prévoit la disparition de la CE pour ne laisser subsister que la seule Union européenne.

la Cour de Strasbourg pour édifier un ensemble de droits fondamentaux dans le cadre communautaire. L'élaboration de ce patrimoine constitutionnel commun n'a pas toujours été sans difficultés; d'une part, parce que les Cours constitutionnelles des Etats membres ont parfois émis des doutes sur le niveau de la protection assurée au regard de celui garanti par les constitutions nationales; d'autre part, parce que s'est finalement posée la question de savoir si la Communauté européenne (et désormais l'Union européenne selon le traité réformateur de Lisbonne de 2007) ne devrait pas adhérer purement et simplement à la CEDH, en dépit de la mise au point d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union qu'il faut à l'évidence concilier avec la CEDH.

Ces brèves observations liminaires conduisent à examiner dans un premier temps dans quelles conditions l'Union européenne a été amenée à bâtir un socle de droits fondamentaux, à la fois complémentaire et concurrent des systèmes préexistants. Dans un deuxième temps, on mettra en évidence les limites à l'effectivité des droits fondamentaux qui subsistent dans l'Union européenne.

I. LA CONSTRUCTION DE L'EFFECTIVITÉ DES DROITS FONDAMENTAUX

La question se ramène ici fondamentalement au point de savoir comment l'Union européenne est devenue une «Union de droit», caractérisée par le fait que tous les actes de ses institutions doivent pouvoir être contestés devant le juge communautaire. Telle est la toile de fond qui sous tend la dynamique ayant conduit à l'affirmation des droits fondamentaux. A cet égard, la CJCE a joué un rôle majeur comme en témoignent plusieurs arrêts ou avis rendus par elle. L'un d'entre eux, particulièrement emblématique, dispose que «*La Communauté économique européenne est une Communauté de droit en ce que ni ses Etats membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité*»². Par ailleurs, dans un avis célèbre rendu à propos de l'éventuelle adhésion de la Communauté à la CEDH, elle affirme que «*selon une jurisprudence constante, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect...le respect des droits de l'homme constitue donc une condition de la légalité des actes communautaires*».³ Les traités européens ont par la suite réceptionné cet acquis jurisprudentiel.

2. CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c/Parlement européen*, aff.294/83, Rec. p.1139. On observera que dans cette affaire la Cour invoque la nature constitutionnelle du traité communautaire afin de transposer la notion d'Etat de droit dans le cadre de la CEE.

3. Avis 2/94, 28 mars 1996, Rec. p.I-1759, points 33-34.

A. La dynamique jurisprudentielle et sa codification par les traités ultérieurs

Comme on l'a suggéré tout à l'heure, le traité de Rome de 1957 se montre silencieux à propos des droits fondamentaux. La raison en est que ce traité a pour objet les seules relations économiques et commerciales entre ses six signataires et la création corrélatrice d'un Marché commun. Ses auteurs avaient de plus à l'esprit la conclusion récente de la CEDH, dès lors «*il y avait un risque évident de double emploi avec cet instrument récent*»⁴. On peut tout au plus relever que certains principes qui y sont énoncés, à la portée initialement limitée aux relations économiques et commerciales, sont néanmoins susceptibles d'intéresser le champ des droits de l'homme. Il s'agit du principe de non discrimination dont la vocation première s'attachait aux discriminations liées à la nationalité, dont on mesure d'emblée à quel point il peut connaître un domaine d'application bien plus large. Il s'agit également du principe de la libre circulation, dont la parenté n'est guère douteuse avec la liberté d'aller et venir; ce principe a longtemps bénéficié aux seules personnes exerçant une activité économique ou professionnelle, mais il devait connaître plus tard une généralisation avec la disparition des contrôles aux frontières intérieures entre Etats membres consécutive à la mise en place de l'espace Schengen au seuil des années quatre-vingt-dix.

Les années passant, la nécessité de constituer un catalogue de droits fondamentaux propre à la CEE s'est faite sentir pour trois raisons.

En premier lieu, le développement des politiques communautaires dans les secteurs les plus variés conduit mécaniquement à augmenter les risques d'atteinte aux droits fondamentaux, notamment dès lors que ces derniers ne se réduisent plus à l'époque contemporaine à l'affirmation de droits civils et politiques, mais comportent en outre une dimension économique et sociale.

En deuxième lieu, la CJCE a très tôt affirmé le principe de la primauté du droit communautaire – qui ne figure pas au demeurant dans le traité de Rome de 1957 – sur l'ensemble des dispositions de droit interne édictées par les Etats membres, c'est-à-dire y compris sur les normes nationales de nature constitutionnelle⁵. A partir de là, la Cour constitutionnelle allemande a fermement indiqué que le principe de primauté du droit communautaire trouvait sa limite dans le respect du système allemand de protection des droits de l'homme; plus

4. C. Blumann, L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 1^{ère} édition, 2004, p.76.

5. CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ENEL*, aff.6/64, Rec. p.1158.

précisément, la Cour de Karlsruhe a fait valoir que cette primauté ne pouvait se concevoir qu'à la condition que les standards européens de protection fournissent des garanties au moins égales à celles prévues dans la loi fondamentale allemande⁶. Cette réserve de constitutionnalité ne pouvait qu'inciter la Cour de Justice à développer encore davantage la notion de droits fondamentaux à l'échelle européenne.

En troisième lieu, il apparut rapidement indispensable de rapprocher la CEE du standard de protection en vigueur dans le cadre du Conseil de l'Europe par le biais de la CEDH; d'une part, parce que les Etats membres de la CEE étaient tous membres du Conseil de l'Europe; d'autre part, parce qu'il est politiquement fâcheux que le droit communautaire accuse un retard sur une organisation qui symbolise la protection des droits fondamentaux en Europe.

Tel est le contexte dans lequel la CJCE a été appelée à mettre sur pied une jurisprudence audacieuse en matière de droits fondamentaux. Pour ce faire, dans le silence du traité de Rome, elle a décidé de recourir à la technique des principes généraux du droit, en tant que source non écrite du droit communautaire. C'est ainsi que dans un arrêt rendu en 1969 la Cour déclare que «*les droits fondamentaux de la personne sont compris dans les principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect*»⁷. L'année suivante, elle se montre encore plus explicite dans un arrêt⁸ qui fait figure de décision de principe à l'occasion duquel elle réaffirme que «*le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect*»; en l'espèce, la Cour ajoute que ces droits s'inspirent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et précise surtout – la Cour constitutionnelle allemande y a fermement réagi, on l'a vu – que le droit communautaire prime en conséquence sur le droit constitutionnel des Etats membres, y compris sur les droits fondamentaux y afférant.

Dans la ligne de cette jurisprudence, la CJCE s'est ensuite tournée vers des textes d'origine internationale, et plus précisément vers la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948, ainsi que vers les deux pactes internationaux des droits de l'homme adoptés en 1966. Telle fut la solution de l'arrêt Nold⁹ dans lequel la Cour confère à ces instruments – la Déclaration de 1948 n'ayant pas en soi de valeur juridique – la portée de principes généraux en

6. Cette jurisprudence dite «*so lange*» résulte d'un arrêt de la Cour du 29 mai 1974.

7. CJCE, 12 novembre 1970, *Stauder*, aff. 26/69, Rec. p.419.

8. CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec. p.1125.

9. CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73, Rec. p.491.

droit communautaire. Cette construction jurisprudentielle trouve son point d'aboutissement peu de temps après avec l'arrêt *Rutili*¹⁰ lorsque la CJCE décide d'incorporer, à la suite de la ratification de ce texte par la France en 1974, la CEDH dans les principes généraux du droit communautaire. Cette décision est capitale pour deux raisons. D'un côté, elle opère la jonction entre le droit de la CEE et des dispositions prestigieuses en matière de droits de l'homme dans la sphère européenne; de l'autre, elle pose la question aujourd'hui encore très brûlante de l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH. On y reviendra en conclusion de cet article.

Dans ces conditions, on ne s'étonnera guère que l'insertion des droits fondamentaux dans le corps même des traités communautaires ait pu être envisagée à l'occasion de leur révision. Une première disposition en ce sens figure dans le traité d'Union européenne de Maastricht de 1993, mais c'est surtout le traité d'Amsterdam signé en 1997 qui consacre véritablement la reconnaissance des droits fondamentaux dans le traité d'Union européenne (ci après TUE). Son article 6 proclame en effet que *«l'Union est fondée sur les principes de liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'état de droit, principes qui sont communs aux Etats membres – l'Union respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la CEDH, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire»*. Le même traité garantit de surcroît l'opposabilité des droits fondamentaux aux Etats candidats à l'adhésion; aux termes de l'article 49 TUE, ces derniers doivent en effet satisfaire aux principes énoncés à l'article 6 TUE pour appartenir à l'Union.

Le traité va encore plus loin en prévoyant des sanctions à l'encontre des Etats membres qui viendraient à commettre *«une violation grave et persistante...des principes énoncés à l'article 6TUE»*. En la circonstance, au terme d'une procédure fort lourde diligentée par le Conseil réuni au niveau des chefs d'Etat et de gouvernement, des sanctions peuvent être édictées, allant de la suspension de certaines prestations financières au retrait du droit de vote de l'Etat concerné au sein du Conseil des ministres. Eu égard à la situation politique ayant prévalu en Autriche en 2000 (participation d'un parti d'extrême-droite à la coalition gouvernementale), le traité de Nice de 2001 envisage quant à lui que soient adressées des recommandations à l'Etat dans lequel existerait *«un risque clair de violation grave par un Etat membre de principes*

10. CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, aff. 36/75, Rec. p.1219.

énoncés à l'article 6 TUE». Sur ce point, le traité de Nice n'est guère explicite en évoquant seulement l'édiction de «*mesures appropriées*».

Reste que la jurisprudence particulièrement ferme de la CJCE, assortie de l'insertion des droits fondamentaux dans le TUE, n'ont pas paru suffisantes pour résorber les carences du droit communautaire. C'est pourquoi un regain d'effectivité de ces droits a été ressenti comme indispensable au moyen de la rédaction d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la fin des années quatre-vingt-dix.

B. La rédaction d'une Charte des droits fondamentaux

Compte tenu de ce qui vient d'être dit, on peut légitimement s'interroger sur le besoin de confectionner un texte regroupant, au niveau de l'Union européenne, un corps de règles spécifiques proclamant solennellement l'existence de droits fondamentaux. Dans l'esprit des Etats membres, trois éléments plaidaient pourtant en faveur d'une telle démarche.

Tout d'abord, il fallait tenir compte du fait que la CJCE avait clairement affirmé dans un avis que la Communauté européenne était dans l'impossibilité d'adhérer à la CEDH¹¹ dès lors, notamment, qu'elle ne disposait pas de compétences en matière de droits de l'homme. D'autre part, les Etats membres étaient soucieux de donner une plus grande visibilité aux droits fondamentaux figurant dans les traités. Ceux-ci sont en effet l'objet d'une déclaration de principe à l'article 6 TUE, mais ils sont par ailleurs dispersés sans cohérence au gré des différentes dispositions des traités; l'idée était donc de regrouper la totalité des droits fondamentaux dans une sorte de catalogue solennel. Enfin, il ne faut pas perdre de vue qu'émergeait alors le projet de doter l'Union européenne d'une Constitution; de la sorte, le catalogue solennel en question avait vocation à prendre place dans son Préambule, de manière à constituer un «*bill of rights*» de l'Union européenne.

C'est lors du Conseil européen tenu à Cologne les 3 et 4 juin 1999 que fut décidée la rédaction d'une Charte des droits fondamentaux. Les motifs avancés pour cette entreprise sont alors formulés en des termes particulièrement solennels: «*le respect des droits fondamentaux est l'un des principes fondateurs de l'Union européenne et la condition indispensable pour sa légitimité...il est nécessaire d'établir une Charte de ces droits afin d'ancrer leur importance exceptionnelle et leur portée de manière visible pour les citoyens de l'Union*». Dans cette perspective, le Conseil européen chargea une «*Enceinte*»

11. Voir, note 3.

- qui devait du reste rapidement se qualifier de Convention pour souligner le caractère quasi-constituant de sa mission – d'établir un texte. Composée majoritairement de parlementaires (16 émanant du Parlement européen, 30 des parlements nationaux des Etats membres), elle comptait également 15 représentants des exécutifs nationaux et un représentant de la Commission européenne; à cela s'ajoutait la présence bienvenue d'observateurs, et en particulier de deux représentants de la Cour de justice et de deux représentants du Conseil de l'Europe (dont un de la Cour de Srasbourg)¹².

A l'issue de ses travaux accompagnés d'une large publicité, la Convention a livré en octobre 2000 un document qui a été signé et solennellement proclamé par le Conseil, le Parlement européen et la Commission européenne à l'occasion du Conseil européen de Nice, le 7 décembre 2000. La Charte établit un catalogue de droits exposés en six titres successifs: Dignité, Libertés, Egalité, Solidarité, Citoyenneté, Justice. On y trouve les droits civils et politiques qui figurent pour l'essentiel dans la CEDH (droit à la vie, liberté de pensée, de conscience et de religion...), mais elle leur confère parfois une portée plus large (droit au mariage, liberté d'association...); elle intègre par ailleurs, non sans de vives réticences de la part du Royaume-Uni, des droits économiques et sociaux (liberté d'entreprise, droit de grève...); elle énonce enfin des «droits de nouvelle génération» liés selon son Préambule à «*l'évolution de la société, du progrès social, et des développements scientifiques et technologiques*» (interdiction du clonage reproductif des êtres humains, respect du consentement libre et éclairé du patient...). Si l'on précise que la Charte fait également état de la protection des données personnelles, on mesurera la modernité de ce document et la plus-value qu'il apporte, notamment par rapport à la CEDH.

S'agissant maintenant de la portée de ce texte et de sa force juridique, on observera que le champ d'application de la Charte est nettement circonscrit. Selon son article 51 en effet, la Charte s'applique uniquement à l'égard des différentes institutions de l'Union lorsqu'elles édictent des normes de droit

12. Il a été relevé à ce propos que la composition de l'Enceinte traduit «*la volonté d'associer un maximum d'institutions tant communautaires qu'extérieures... On est très loin en tout cas d'un petit cénacle – technique ou politique au demeurant – qui représenterait les seuls chefs d'Etat ou de gouvernement... la prééminence parlementaire ne peut étonner s'agissant d'un domaine qui touche au plus près les peuples des Etats et qui permet de réduire sensiblement le déficit démocratique de l'Union*». C. Blumann, *Vers une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Mélanges en hommage au Doyen Y. Madiot, Bruylant, Bruxelles, 2000, p.p.210-211.

communautaire ou bien à l'égard des Etats membres à la condition que ces derniers mettent œuvre le droit de l'Union.

Quant à la force juridique reconnue à la Charte, il résulte des conditions de son adoption lors du Conseil européen de Nice qu'elle ne dispose pas d'un caractère obligatoire. Formellement, il ne s'agit en vérité que d'un accord interinstitutionnel qui engage politiquement les trois institutions concernées, en dépit du fait que la Charte a été conçue et rédigée comme si elle devait revêtir une portée contraignante. Il n'en demeure pas moins que ce document exerce, par sa nature même, une influence juridique incontestable. La Commission européenne l'avait pressenti qui déclarait, dès le 11 octobre 2001, qu'on pouvait faire «*sans grand risque le pari que la Charte déploiera des effets, y compris sur le plan juridique, et ce quelle que soit la nature qui lui sera attribuée*»¹³.

De fait, la Charte a rapidement bénéficié d'une «justiciabilité indirecte», comme en témoignent les références à ses dispositions opérées par de nombreuses et prestigieuses juridictions européennes. C'est ainsi que Tribunal constitutionnel espagnol s'en réclame déjà dans les jours qui ont précédé sa proclamation à propos de la protection des données à caractère personnel¹⁴. De son côté, la Cour de Strasbourg n'hésite bientôt pas à invoquer le libellé de son article 9 au sujet des personnes transsexuelles¹⁵. Pour sa part, le Tribunal de Première Instance (ci-après TPI) s'est appuyé sur la Charte à deux reprises en tant qu'elle confirme les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres¹⁶. Après quelques hésitations, la CJCE s'est elle aussi référée à la Charte dans un arrêt de 2006 relatif à une directive sur le regroupement familial¹⁷, et elle accepte désormais d'en faire mention dans ses arrêts¹⁸.

Le traité établissant une Constitution pour l'Europe signé à Rome le 29 octobre 2004 était de nature à mettre un terme à cet inconfort juridique, car il donnait à la Charte des droits fondamentaux une véritable portée normative. Malgré un «affichage» peu convaincant – la logique et la symbolique auraient voulu que la Charte figurât en tête de ce texte alors qu'elle se trouvait reléguée

13. Communication de la Commission sur la nature des droits fondamentaux de l'Union européenne, COM/2000/0664 final, §10.

14. Décision du 30 novembre 2000, n°292/2000, *Revista española de derecho internacional*, 2000-1, vol.LIII, p. 438 et suivantes.

15. CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, requête n° 28957/95.

16. 30 janvier 2002, *Max.Mobil c/ Commission*, aff. T-54/99 et 3 mai 2002, *Jégo-Quéré*, aff. T-177/01

17. CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil*, aff. C-540/03

18. CJCE, 13 mars 2007, *Unibet (London) Ltd*, aff. C-432/05.

dans sa Partie II – l'entrée en vigueur du traité en question aurait signifié que la Charte était finalement revêtue d'une force juridique obligatoire. Comme on le sait, le traité constitutionnel n'a pas été ratifié par la totalité des Etats membres de l'Union comme cela était indispensable, et son abandon a eu pour conséquence de maintenir la Charte dans sa situation juridique initiale.

Fort heureusement, le traité modificatif signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 apporte une solution à cette difficulté dans les conditions suivantes. La Charte des droits fondamentaux, dans une nouvelle version reprise pour l'essentiel du texte de 2000 malgré quelques modifications parfois substantielles, est de nouveau adoptée par le Parlement européen, le Conseil et la Commission européenne le 12 décembre 2007 à Strasbourg. Et, ce qui est capital, le TUE, tel que réformé par le traité de Lisbonne, indique sans ambiguïté en son article 6 que *«l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités»*.

La formule retenue, qui apparaît comme une regrettable «externalisation» de la Charte réduisant singulièrement sa visibilité, comporte tout de même l'avantage indéniable de conférer enfin une force contraignante à ce document, du moins si le traité de Lisbonne devait un jour véritablement entrer en vigueur...

Si tel est le cas, on ne peut que se réjouir des progrès ainsi enregistrés du côté de l'effectivité des droits fondamentaux dans l'Union européenne. On regrettera certes au passage que deux Etats membres (le Royaume-Uni pour cause de proclamation de droits sociaux, la Pologne en raison de son souci de protéger sa législation nationale en matière de droit de la famille) aient cru opportun d'obtenir des dérogations à l'égard de la Charte; ces dernières figurent dans un protocole qui est doté, comme tous les protocoles, de la même valeur juridique que le traité. Ce protocole, qui prétend simplement faire œuvre de «clarification», a en réalité pour but d'exclure l'application de la Charte pour ces deux Etats. On y lit en effet que *«la Charte n'étend pas la faculté de la Cour de justice de l'Union européenne, ou de toute juridiction de la Pologne ou du Royaume-Uni, d'estimer que les lois, règlements ou dispositions, pratiques ou action administratives de la Pologne ou du Royaume-Uni sont incompatibles avec les droits, les libertés et les principes fondamentaux qu'elle réaffirme»*. Ce dispositif est incontestablement critiquable dans la mesure où il pourrait, sur une question aussi essentielle que les droits fondamentaux, générer «une Europe à deux vitesses». Cela est d'autant plus préoccupant que l'effectivité des droits fondamentaux dans l'Union européenne connaît par ailleurs un certain nombre de limites.

II. LES LIMITES À L'EFFECTIVITÉ DES DROITS FONDAMENTAUX

La faille majeure dans le système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne provient de l'insuffisance des voies de recours offertes aux particuliers. Bien que le traité de Lisbonne et les développements récents de la jurisprudence de la CJCE soient encourageants à cet égard, les mesures prises à l'encontre des particuliers dans le cadre des titres V et VI du TUE sont également peu favorables au respect des droits fondamentaux.

A. L'insuffisance des voies de recours ouvertes aux particuliers

La probable intégration de la Charte des droits fondamentaux dans le droit de l'Union européenne ne s'accompagne malheureusement pas d'un progrès significatif des procédures permettant d'exercer des recours juridictionnels pour non respect des droits fondamentaux. Etant entendu que la Charte elle-même – à l'instar des articles 6 et 13 de la CEDH – proclame en son article 47 le droit à un recours effectif devant un tribunal, on aurait pu s'attendre à ce qu'une voie de droit spécifique soit créée par le traité constitutionnel ou le traité de Lisbonne pour violation alléguée des droits fondamentaux¹⁹. Or il n'en est rien, sans doute parce qu'il était difficile, en pratique, «*de distinguer les moyens concernant la protection des droits fondamentaux des autres moyens par lesquels est contestée la légalité d'un acte de l'Union*»²⁰. La volonté de ne pas encombrer le prétoire de la CJCE ou du TPI fournit certainement un élément d'explication supplémentaire. On n'a pas manqué de faire valoir à ce sujet qu'un assouplissement provoquerait un engorgement du système juridictionnel communautaire, au détriment des justiciables et du droit à un délai raisonnable. En conséquence, les particuliers en sont réduits à faire usage d'un certain nombre de voies de droit existantes dont la pleine efficacité reste à démontrer.

La voie royale serait celle fondée sur l'article 230 du TCE aux termes duquel la CJCE contrôle la légalité des actes adoptés par les institutions de l'Union européenne. Dans ce cadre, toute personne physique ou morale peut former un recours en annulation contre les mesures qui contreviendraient aux traités ou aux principes généraux du droit communautaire. On en perçoit tout l'intérêt au regard de l'existence d'une «Union de droit».

Il se trouve cependant que ce recours n'est recevable qu'à la condition que l'acte attaqué concerne directement et individuellement le requérant. Là réside

19. Il en ainsi en Espagne (recours d'amparo) ou en Allemagne (Bundesverfassungsbeschwerde).
20. F.X.Priollaud, D.Sirtzky, *Le traité de Lisbonne*, La Documentation française, 2008, p. 457.

toute la difficulté, car la jurisprudence de la CJCE s'est montrée particulièrement stricte sur ce point; depuis une décision de 1963²¹, cette juridiction exige que la mesure atteigne les requérants «*en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle d'un destinataire*». On en conviendra aisément, ces conditions sont fort difficiles à réunir par un particulier qui viendrait à invoquer le non respect des droits fondamentaux en contestant un acte à portée générale.

C'est sans doute pour cette raison que le TPI a tenté de revenir sur cette jurisprudence en ayant précisé à l'esprit la rédaction de la Charte des droits fondamentaux et son article 47. Soucieux de contribuer à une «Union de droit» en favorisant l'accès au juge, cette juridiction communautaire a estimé qu'en l'absence de possibilité de recours devant un juge national «*une personne physique ou morale doit être considérée comme individuellement concernée par une disposition communautaire de portée générale qui la concerne directement si la disposition en question affecte, d'une manière certaine et actuelle, sa situation juridique en restreignant ses droits ou en lui imposant des obligations*»²². Mais la CJCE s'est refusée à entériner cette évolution dans un arrêt rendu peu de temps après; elle a maintenu sa jurisprudence antérieure en s'appuyant sur deux arguments: la possibilité pour le requérant de trouver une protection effective devant le juge national et l'appel aux Etats membres pour qu'ils révisent les traités en vue de mettre en place un système complet de contrôle de la légalité. Cet appel du juge, on l'a vu, n'a pour l'heure pas été entendu²³.

L'exception d'illégalité prévue à l'article 241 du TCE n'est guère plus praticable. En l'occurrence, un particulier se voit offrir la faculté, une fois expiré le délai de deux mois dans lequel est enfermé le recours en annulation, de contester la légalité d'un acte communautaire (ici un règlement) à l'occasion d'un litige mettant en cause cet acte; encore faut-il, selon la jurisprudence, qu'il existe un lien étroit entre l'acte attaqué et sa portée individuelle et que l'intéressé n'ait pas négligé d'attaquer l'acte dans le délai fixé à l'article 230.

21. CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann*, aff. 25/62, p.197.

22. TPI, 3 mai 2002, *Jego-Quéré c/ Commission*, T-177/01, Rec. p. II-2365.

23. Sauf à considérer que le traité de Lisbonne assouplit les conditions de recevabilité des recours en annulation des personnes physiques et morales pour les actes réglementaires ne comportant pas de mesures d'exécution. Sur ce point, voir l'article 263 du traité de fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE), tel que rédigé par le traité de Lisbonne.

La démarche n'est pas plus aisée sur le terrain de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté reposant sur les articles 235 et 288 al.2 du TCE. L'action en réparation a beau être ouverte à toute personne physique ou morale, elle est en effet rigoureusement encadrée par trois conditions. Il importe que le requérant s'appuie sur la violation d'une règle supérieure de droit protégeant les particuliers (ce qui cadre bien avec la notion de droit fondamental), mais il faut aussi que cette violation soit suffisamment caractérisée, et que soit apportée la preuve d'un dommage anormal et spécial effectivement causé par cette violation...

Ce rapide tour d'horizon des voies de droit ouvertes aux particuliers qui sont susceptibles d'assurer le respect des droits fondamentaux ne serait pas complet si l'on ne faisait pas mention de l'article 234 du TCE instituant la question préjudicielle. Dialogue de «juge à juge», le renvoi préjudiciel permet à une juridiction nationale (ou l'oblige si elle statue en dernier ressort) d'interroger le juge communautaire au moment d'un litige qu'elle examine sur l'interprétation à donner au TCE ou bien de le solliciter sur l'interprétation ou la validité d'un acte communautaire. Cette procédure très fréquente fournit à l'évidence, et c'est heureux, une opportunité de soulever la question de la violation d'un droit fondamental au cours d'une instance; mais il convient de souligner que les particuliers ne sont pas en mesure de saisir eux-mêmes le juge communautaire; seul le juge national est habilité à poser la question préjudicielle s'il le juge nécessaire à la solution du litige.

B. Le problème particulier soulevé par les piliers intergouvernementaux

Le traité de Maastricht de 1993 a procédé à un élargissement des compétences de l'Union européenne. Mais ces nouvelles compétences ont parfois été intégrées en dehors de la sphère communautaire, pour relever du domaine dit «intergouvernemental»; ce dernier se caractérise par une coopération entre Etats membres, le plus souvent réalisée à l'unanimité sur le fondement d'actes spécifiques. Ainsi en est-il du Titre V actuel du TUE relatif à la politique étrangère et de sécurité commune (ci-après PESC, deuxième pilier) et de son Titre VI concernant la coopération policière et judiciaire en matière pénale (troisième pilier comprenant l'espace de liberté, de sécurité et de justice).

En ces domaines, malgré des progrès incontestables, les compétences de la CJCE sont notoirement limitées. S'agissant de la PESC, sa compétence est quasiment inexistante. En ce qui regarde le Titre VI, qui par son objet affecte au plus haut point les droits fondamentaux, la compétence de la CJCE demeure incomplète aux termes de l'article 35 TUE. En premier lieu, sa compétence pour statuer à titre préjudiciel est facultative car elle repose sur une déclaration d'acceptation de la part de l'Etat membre qui a de plus le choix, soit de

reconnaître la compétence de la Cour pour l'ensemble de ses juridictions nationales, soit de limiter ce droit aux seules juridictions nationales dont les décisions sont rendues en dernier ressort; dans les deux cas de figure, la saisine de la CJCE est facultative. En deuxième lieu, si l'article 35 TUE met bien en place un recours en annulation calqué sur l'article 230 TCE «pour contrôler la légalité des décisions-cadres et des décisions» adoptées dans le troisième pilier, seuls les Etats membres et la Commission sont autorisés à l'exercer. En troisième lieu, il n'existe aucune possibilité pour la CJCE de connaître d'un quelconque recours en indemnité.

L'imperfection de ce système de protection juridictionnelle a été mise en évidence dans la jurisprudence récente de la CJCE à propos d'un recours formé par des personnes qui avaient été inscrites sur des listes au titre de leur appartenance prétendue à des organisations terroristes. Les intéressés demandaient réparation pour inscription sur ces listes établies sur la base de «positions communes» adoptées par le Conseil de l'Union européenne, et destinées à mettre en œuvre la résolution 1373/2001 du Conseil de sécurité des Nations Unies relative à la lutte contre le terrorisme. Dans ce but, ils invoquaient notamment une violation des droits fondamentaux pour cause d'absence de recours juridictionnel effectif.

Les organisations concernées ont tout d'abord saisi la Cour de Strasbourg qui a rejeté leur recours comme irrecevable en faisant valoir qu'elles n'avaient pas la qualité de victimes d'une violation de la CEDH²⁴. Elles se sont ensuite tournées vers le TPI qui n'a pu que constater que l'article 35 du TUE ne fait nulle mention d'un recours permettant d'engager la responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne, et les a donc déboutées en déplorant ce défaut de protection juridictionnelle²⁵. Ces organisations ont alors saisi la CJCE d'un pourvoi, en l'invitant notamment à admettre la recevabilité de leur demande au nom du droit à un recours juridictionnel effectif. A l'instar du TPI, la Cour a fait observer qu'il n'existe aucune voie de droit à l'article 35 TUE pour répondre à la requête. Mal à l'aise, la Cour a cependant expliqué qu'une position commune, laquelle n'entre pas dans le champ de son contrôle au titre de l'article 35 TUE, qui produirait des effets de droit vis-à-vis des tiers pourrait donner lieu à un contrôle de sa part si une juridiction nationale acceptait de la requalifier (en décision-cadre ou en décision) à l'occasion d'un renvoi

24. CEDH, 23 mai 2002, *Segi et Gestoras Pro-Amnistia*, Req. N° 6422/02 et n°9916/02.

25. TPI (ord.), 7 juin 2004, *Segi et autres c/Conseil de l'Union européenne*, aff. T-338/02, Rec. p. II-1647 et TPI (ord.), 7 juin 2004, *Gestoran Pro-Amnistia et autres c/Conseil de l'Union européenne*, Aff.T-332/02.

préjudiciel. De plus, la CJCE invite les juridictions nationales à faire en sorte que les particuliers disposent de voies de recours effectives en droit interne.

Face à ces décisions, on peut se féliciter des innovations introduites dans le traité de Lisbonne sur cette délicate question. Dans le souci de répondre à la situation que l'on vient de décrire, l'article 275 du TFUE dispose désormais que la CJCE est compétente pour se prononcer sur les recours «*concernant la légalité des décisions prévoyant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil*». Ce perfectionnement très positif de l'effectivité des droits fondamentaux dans l'Union européenne n'est du reste pas le seul. De manière tout à fait heureuse, le traité de Lisbonne prévoit également d'aligner dans un délai de cinq ans le régime des actes pris dans le domaine de la coopération judiciaire et policière dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice sur le régime de droit commun des actes de l'Union; cela implique que la CJCE disposera à leur propos d'une compétence singulièrement élargie, elle aussi alignée sur le droit commun. Dans le même domaine, l'article 267 du TFUE précise que la CJCE devra statuer dans les plus brefs délais lorsque l'affaire faisant l'objet d'un renvoi préjudiciel concerne une personne détenue²⁶.

Dans une telle conjoncture favorable, on doit également se réjouir de la récente prise de position de la CJCE dans deux affaires jointes²⁷ qui concernaient la légalité d'un règlement communautaire pris en application d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies établissant une liste de personnes et d'entités assortie d'un gel de leurs fonds et de leurs ressources économiques. Soupçonnées d'être liées à Oussama Ben Laden, au réseau Al-Qaïda et aux Taliban, ces personnes avaient dans un premier temps saisi le TPI; celui-ci avait considéré, en se plaçant sur le terrain du droit international, que la mesure de gel de fonds ne méconnaissait pas leur droits fondamentaux «*à l'aune du standard de protection universelle des droits fondamentaux de la personne humaine relevant du jus cogens*»²⁸. Saisi d'un pourvoi par les requérants, la CJCE a pour sa part annulé ces arrêts en estimant tout d'abord que le règlement litigieux, bien que transposant un acte de nature internationale, devait être apprécié au regard du respect des droits fondamentaux dans

26. La CJCE a mis en place, depuis le premier mars 2008, une procédure préjudicielle d'urgence applicable aux renvois relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice (détention de la personne, garde d'enfants...)

27. CJCE, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi, et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil de l'Union européenne et Commission*, aff. jointes, C-402/05P et C-415/05P.

28. TPI, 21 septembre 2005, *Yusuf et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, T-306/01; *Kadi c/ Conseil et Commission*, T-315/01.

l'Union européenne; à partir de là, elle a jugé que ce règlement qui portait atteinte selon elle à plusieurs droits fondamentaux (droit de propriété, droit d'être entendu, droit à un recours juridictionnel effectif) devait être annulé. Ce faisant, la Cour a réalisé une remarquable avancée de «l'Union de droit», en appliquant en l'espèce sa jurisprudence classique selon laquelle tous les actes des institutions susceptibles de produire des effets de droit doivent pouvoir être contestés devant le juge communautaire²⁹.

CONCLUSION

Une importante question reste en suspens au sujet de l'effectivité des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Elle intéresse l'adhésion éventuelle de l'Union à la CEDH. Proposée dès 1979 par la Commission, qui a renouvelé cette demande en 1990 et 1993, elle a été refusée par la CJCE saisie pour avis (v. *supra*). Elle est aujourd'hui programmée par le TUE tel que révisé par le traité de Lisbonne puisque son article 6, al.2, dispose: «*L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités*»; cet article est complété par l'article 218 al.8 du TFUE qui souligne que l'accord d'adhésion devra être adopté à l'unanimité par le Conseil et être ratifié par l'ensemble des Etats membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives; l'accord sera de plus soumis à l'approbation du Parlement européen.

Un protocole particulier entend appréhender l'impact qu'aura l'adhésion à la CEDH sur l'Union et ses Etats membres. A cet égard, il évoque la nécessité de préserver les caractéristiques de l'Union et du droit de l'Union, notamment en ce qui concerne «*les modalités particulières de l'éventuelle participation de l'Union aux instances de contrôle de la CEDH et les mécanismes nécessaires pour garantir que les recours formés par des Etats non membres et les recours individuels soient dirigés correctement contre les Etats membres et/ou l'Union, selon le cas*» (problème de la réorientation vers le bon défendeur). De façon redondante, il réitère l'affirmation de l'article 6 TUE selon laquelle l'adhésion n'affecte pas les compétences de l'Union; il précise en outre que cette adhésion n'affecte ni les attributions de ses institutions (celles de la CJCE en particulier), ni la situation particulière de ses Etats membres (au cas par exemple où ils auraient formulé des réserves à la CEDH).

29. En particulier dans son arrêt de principe du 23 avril 1986, *Parti écologiste «Les Verts» c/ Parlement européen*, aff. 294/83, Rec. p.1339, point 23.

Les avantages d'une adhésion de l'Union européenne à la CEDH sont de plusieurs ordres. Au premier chef, elle contribuera au renforcement de la cohérence entre les deux systèmes de protection qui coexistent actuellement en Europe. D'une part, parce que la Cour de Stasbourg et la CEDH s'emploient déjà à faire converger leurs jurisprudences respectives; d'autre part, parce que l'article 52 al.3 de la Charte des droits fondamentaux indique que les droits qu'elle reconnaît doivent être interprétés de la même manière dans leur sens et leur portée que ceux correspondants qui figurent dans la CEDH.

Ensuite, l'adhésion permettra aux institutions de l'Union de participer pleinement aux procédures devant la Cour de Strasbourg lorsqu'un acte communautaire est en cause; il sera ainsi remédié à la situation qui s'est présentée dans laquelle un Etat membre a dû répondre d'une éventuelle violation de la CEDH par une norme de droit communautaire qu'il ne faisait qu'appliquer³⁰.

Enfin, et c'est peut-être l'essentiel au regard des développements qui précèdent, le respect des droits fondamentaux sera accru par l'ouverture d'un droit de recours individuel des particuliers devant la Cour de Strasbourg contre tout acte de l'Union affectant les droits et libertés proclamés dans la CEDH; de la sorte, pourrait ainsi être réduite une lacune du droit de l'Union consécutive à l'insuffisance des voies de droit ouvertes aux particuliers.

30. CEDH, 18 février 1999, *Mathews c/ Royaume-Uni*.

XVI.

LIVRE CIRCULAÇÃO DE BENS, SERVIÇOS E FATORES DE PRODUÇÃO NO MERCOSUL

*Ligia Rocha**

SUMÁRIO: 1. O Mercosul: 1.1 Livre Circulação de Bens Serviços e Fatores Produtivos: a) O Livre Comércio de Bens; b) Livre Comércio de Serviços; c) A livre circulação de fatores de produção – 2. Comércio de Bens e Integração do MERCOSUL: 2.1 Tratamento da Nação Mais Favorecida; 2.2. Tratamento Nacional – 3. Programa de Liberalização do Comércio no MERCOSUL: 3.1. Eliminação de tarifas alfandegárias e Programa de Desgravação Tarifária; 3.2 Eliminação das Restrições Não Tarifárias; 3.3 Regime de Adequação Final à União Aduaneira – 4. Exceções à Livre Circulação no âmbito do MERCOSUL: 4.1 Produtos Procedentes das Zonas Francas ou Similares; 4.2 Os Produtos Sensíveis; 4.3. Produtos objeto de práticas desleais; 4.4. Exceções de Fato ao Livre Comércio; 4.5 Exceções a Tarifa Externa Comum (TEC) e o Livre Comércio no MERCOSUL – 5. Livre circulação de capitais no MERCOSUL – Conclusão

1. O MERCOSUL

O MERCOSUL, Mercado Comum do Sul, pessoa jurídica de direito internacional, resultou de um processo de ampliação das dimensões dos mercados nacionais de Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, culminando com a entrada em vigor do Tratado de Assunção, em dezembro de 1994.

A criação do Mercosul partiu do entendimento de que somente através da integração entre os países originários seria possível alcançar e acelerar o desenvolvimento econômico, científico e tecnológico dos Estados Partes, objetivando a justiça social e a melhora das condições de vida dos seus habitantes.

Com vistas a adequar-se ao cenário internacional de grandes espaços econômicos, dentre outros, elege o Tratado de Assunção a integração como a resposta mais adequada para dar vazão a esse acontecimentos.

Nesse diapasão, o termo integrar, conforme lição de Ana Cristina Paulo Pereira, citando José Antonio Nieto Solis, significaria, no seu sentido estrito a “⁴¹fazer um todo ou conjunto com partes diversas”. No entanto, quando se trata de aplicação do referido conceito ao processo de criação de blocos e espaços econômicos, a integração deve ser vista sob uma ótica mais ampla. Nesse sentido,

* Membro do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais – Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA.

1. Nesse sentido: PEREIRA, Ana Cristina Paulo. Direito Institucional e Material do Mercosul. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2.ed., 2005.p. 129

a integração, conforme prossegue a supramencionada autora” [...] implicaria a criação de um mercado a partir da junção de mercados autônomos, cujos elementos componentes dependeriam do grau de interação desejado [...]”²

Dentre os distintos graus de integração que podem almejar os blocos econômicos, o mercado comum, conforme se propõe a ser o MERCOSUL, mostra-se como uma etapa mais abrangente que a mera zona de preferências tarifárias, a zona de livre comércio e a união aduaneira.

A zona de preferências tarifárias objetiva a aplicação de tarifas aduaneiras preferenciais, ou seja, mais baixas, ao comércio realizado entre as partes contratantes do acordo. Apesar de propriamente não existir integração nos termos do anteriormente citado, esta costuma ser a etapa inicial de um processo de integração.

A zona de livre comércio, por outro lado, vai mais além, já que nesta, há uma verdadeira supressão de barreiras tarifárias e não tarifárias no comércio realizado dentro do bloco, tal qual como ocorre no Acordo do Livre Comércio das Américas do Norte (NAFTA).

A união aduaneira³, estágio posterior à zona de livre comércio caracteriza-se pela a criação e instituição de uma tarifa externa comum (TEC), enquanto que o mercado comum estabelece além da TEC, uma verdadeira liberdade de comércio de mercadorias, serviços e fatores de produção. Por último, o estágio final desse processo de integração é a união econômica, que institui a adoção de políticas comuns nos setores sobre os quais recai a integração.

O MERCOSUL originou-se com fim eminentemente de integração econômica, pretendendo ser, conforme previsão do artigo 1º do Tratado de Assunção⁴, pelo menos na teoria, um verdadeiro mercado comum, estabelecendo

2. PEREIRA, Ana Cristina Paulo. op. cit. p. 129.

3. No âmbito da União Européia, a União aduaneira que completa este ano quarenta anos de estabelecimento, é caracterizada, em resumo, pela ausência de direitos de aduana nas fronteiras entre os países membros do bloco, a existência de direito de aduana comum sobre as importações procedentes de fora da UE, o estabelecimento de normas de origem comum bem como uma definição conjunta do valor em aduana. A União Aduaneira da União Européia conformou-se no ano de 1968 por seis países, no entanto, somente com a criação e entrada em vigor do Código Aduaneiro em 1992 é que foi possível se reunir em um único ato legislativo todas as legislações aduaneiras que traduziam alguns aspectos essenciais da referida União Aduaneira, quais sejam a aplicação de uma tarifa externa comum, um enfoque conjunto de dos regimes de depósito aduaneiro e a facilitação do transito aduaneiro. Disponível em: http://ec.europa.eu/taxation_customs/40customs/customs_general_info/about/index_es.htm. Acesso em: 15.08.2008.

4. ARTIGO 1

Os Estados Partes decidem constituir um Mercado Comum, que deverá estar estabelecido a 31 de dezembro de 1994, e que se denominará “Mercado Comum do Sul” (MERCOSUL).

como elementos fundamentais a livre circulação de bens, serviços e fatores de produção, o estabelecimento de uma TEC e de uma política comercial comum em relação a terceiros países; a coordenação de políticas macroeconômicas e a harmonização das legislações nacionais.

Apesar de englobar características da união econômica, hoje em dia, questiona-se a natureza do MERCOSUL como um verdadeiro mercado comum, já que grandes as restrições legais e fáticas para o estabelecimento de uma verdadeira livre circulação de bens, serviços e fatores de produção.

Assim, mostra-se de suma importância a análise crítica dos elementos constitutivos do MERCOSUL presentes no Tratado de Assunção e de outros instrumentos legais do bloco em questão.

1.1. Livre Circulação de Bens Serviços e Fatores Produtivos.

Com o fim de promover o desenvolvimento e integração econômica entre os Estados Membros, o Tratado de Assunção elegeu de forma expressa como liberdades fundamentais do MERCOSUL, a livre circulação de bens, a livre circulação de serviços e a livre circulação de fatores produtivos.

Aliada a essas liberdades fundamentais expressamente previstas pelo Tratado de Assunção, mostra-se necessária a proteção de outros princípios básicos, tais quais o livre estabelecimento e a livre circulação de capitais, já que indispensáveis para a promoção de uma verdadeira integração econômica.

a) O Livre Comércio de Bens

Eleita como o núcleo dos processos de integração econômica, a livre circulação de bens, conforme leitura do artigo 1º do Tratado de Assunção, englobaria, em princípio, somente os bens chamados corpóreos, excluindo do seu âmbito os bens ditos imateriais.

Este Mercado Comum implica:

A livre circulação de bens serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não-tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente;

O estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais;

A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes – de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem –, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes; e o compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

No entanto, no âmbito dos bens corpóreos assim considerados pelo Tratado de Assunção, poder-se-ia dizer que este não exclui qualquer categoria de bens tangíveis em particular, abrangendo, por conseguinte tanto produtos agrícolas como industrializados, etc.

O livre comércio de bens, como uma das liberdades fundamentais do MERCOSUL, significa dizer que os produtos originários dos países membros do bloco não são submetidos a gravames tarifários ou não tarifários no comércio intrabloco.

Para tanto, revela-se de suma importância o estudo da questão da origem das mercadorias no MERCOSUL, diferenciando-a dos conceitos de procedência e de indicação de origem, bem como das regras estabelecidas pelo MERCOSUL para a atribuição da qualidade de nacional às mercadorias, já que somente são passíveis de serem submetidas ao regime de livre circulação de mercadorias, aqueles bens que ostentem a condição de nacional de qualquer/ quaisquer Estados Membros.

Nesse diapasão, o conceito de procedência remete à idéia do local de onde se originou o último transporte, independentemente do local de produção ou extração (no caso de produtos não manufaturados), enquanto que a idéia de indicação de origem, que faz referência ao país ou região com o qual o produto se identifica. A origem da mercadoria, e conseqüentemente a sua qualificação como produto nacional é definida e regulamentada pelo regime de origem do MERCOSUL, adotado pela Decisão/CMC nº 01/04.⁵

Segundo disposição do artigo 3º do Anexo do Regime de Origem do MERCOSUL, adotado pela supracitada decisão, somente serão considerados como procedentes do Mercado Comum do Sul, e conseqüentemente sujeito aos privilégios da ausência de gravames, os produtos que sejam, de forma geral, totalmente obtidos no território de um ou mais Estados Partes e formados exclusivamente por componentes originários dos membros.

Especificamente, estabelece ainda o artigo 3º do Anexo que serão considerados como produtos originários do país aqueles que, “in literis”:

Artigo 3.– Serão considerados originários:

- a) Os produtos totalmente obtidos:
 - i) produtos do reino vegetal colhidos no território de uma ou mais Partes;
 - ii) animais vivos, nascidos e criados no território de uma ou mais Partes;

5. A Decisão/CMC nº 01/04 revogou os regimes estabelecidos pelas decisões CMC nº 06/94, 05/96, 16/97, 03/00, 41/00, 04/02, 24/02, 18/03 e 35/03 a Resolução GMC nº 27/01 e as Diretrizes CCM nº 08/97 e 4/00.

- iii) produtos obtidos de animais vivos no território de uma ou mais Partes;
- iv) mercadorias obtidas da caça, captura com armadilhas, pesca realizada no território ou nas suas águas territoriais e zonas econômicas exclusivas, de uma ou mais Partes;
- v) minerais e outros recursos naturais não incluídos nos subparágrafos i) a iv) extraídos ou obtidos no território de uma ou mais Partes;
- vi) peixes, crustáceos e outras espécies marinhas obtidos do mar fora de suas águas territoriais e das zonas econômicas exclusivas por barcos registrados ou matriculados em uma das Partes e autorizados para arvorar a bandeira dessa Parte, ou por barcos arrendados ou fretados a empresas estabelecidas no território de uma Parte;
- vii) mercadorias produzidas a bordo de barcos fábrica a partir dos produtos identificados no inciso (iv) serão consideradas originárias do país em cujo território, ou águas territoriais e zonas econômicas exclusivas se efetuou a pesca ou a captura;
- viii) mercadorias produzidas a bordo de barcos fábrica a partir dos produtos identificados no inciso (vi), sempre que estes barcos fábrica estejam registrados, matriculados em uma das Partes e estejam autorizados a arvorar a bandeira desta Parte, ou por barcos fábrica arrendados ou fretados por empresas estabelecidas no território de uma Parte;
- ix) mercadorias obtidas por uma das Partes do leito do mar ou do subsolo marinho, sempre que essa Parte tenha direitos para explorar esse fundo do mar ou subsolo marinho;
- x) mercadorias obtidas do espaço extraterrestre, sempre que sejam obtidas por uma Parte ou uma pessoa de uma Parte;
- xi) resíduos e desperdícios resultantes da produção em uma ou mais Partes e matéria-prima recuperada dos resíduos e desperdícios derivados do consumo, recolhidos em um Estado Parte e que não possam cumprir com o propósito para o qual haviam sido produzidos.

Destarte, genericamente estabeleça como critério para a definição da origem do produto mercosulino a sua elaboração exclusiva pelos Estados Membros e por componentes deles originados, o Anexo, excepcionalmente, engloba no conceito de produto originário do Mercosul, aqueles em cuja elaboração forem utilizados materiais não originários dos Estados Partes. Neste caso, lhes serão concedidos o certificado de origem, desde que estes resultem de um processo de transformação que lhes confira uma nova individualidade, caracterizada pelo fato de estarem classificados em uma posição tarifária⁶ diferente da dos mencionados materiais.

Tal exceção, por outro lado, não é estendida àqueles produtos que sejam compostos exclusivamente por peças estrangeiras resultantes de simples

6. A posição tarifária, neste caso, é determinada pelo quatro primeiros dígitos da Nomenclatura do Mercado Comum. Ver melhor em <http://www.mercosur.int/msweb/portal/%20intermediario/pt/index.htm>. Acesso em: 11.07.2008.

montagem ou embalagem, ainda que ocorra o chamado “salto tarifário”, nem àqueles, que, apesar de cumprirem o requisito da mudança de posição na Nomenclatura do Mercado Comum, sejam elaborados por componentes extra-bloco cujo valor CIF porto de destino ou CIF porto marítimo dos insumos de terceiros países exceda 40% do valor FOB das mercadorias de que se trate⁷.

A determinação da origem e concessão do correspondente certificado de origem outorgado aos produtos do MERCOSUL, somente podem se prestar a ser efetivamente eficientes caso haja regras e procedimentos objetivos para a verificação do referido certificado.

Neste diapasão, estabelece ainda a DEC/CMC nº 01/04 no seu Capítulo VI os critérios e procedimentos de controle do certificado de origem.

O certificado de origem, documento idôneo a certificar a origem intra-bloco da mercadoria, é emitido pelas autoridades do país exportador,⁸ em modelo padronizado para todos os países membros. Este contém informações acerca da entidade exportadora, importadora, local de origem e de embarque/desembarque, etc. Em caso de dúvida sobre a autenticidade do certificado e veracidade das informações nele contidas, as autoridades do país importador podem dar início a um primeiro procedimento de consulta⁹ em parceria com o país de exportação. Em sendo insuficiente tal procedimento para o esclarecimento das eventuais dúvidas sobre a origem real da mercadoria, o país importador pode prosseguir determinando a abertura de uma investigação, dentro do prazo total de 40 (quarenta) dias, dentre outras especificações contidas no artigo 21 da DEC/CMC nº 1/04.

Uma vez aberto o procedimento de investigação, no entanto, não poderão ser detidos os tramites de importações concernentes a mercadorias idênticas.

-
7. “[...] Na ponderação da determinação do valor CIF dos materiais não originários dos países sem litoral marítimo, será considerado como porto de destino o primeiro porto marítimo ou fluvial localizado no território dos demais Estados Partes por onde houver ingressado o produto ao MERCOSUL”. Disponível em: <http://www.mercosur.int/msweb/porta1%20intermediario/pt/index.htm>. Acesso em: 11.07.2008
 8. Conforme o texto do artigo 11 do Anexo da DEC/CMC nº 1/04, a emissão dos certificados de origem estará a cargo das repartições oficiais, a serem designadas pelos Estados Partes, que poderão delegar a emissão dos certificados de origem a outros organismos públicos ou entidades de classe de nível superior, que atuem em jurisdição nacional, estadual ou provincial. No caso do Brasil, uma das instituições autorizadas para tanto é a FIESP, conforme informação do seu sítio web, disponível em: <http://www.fiesp.com.br/derex/certificado/default.aspx>. Acesso em: 10.07.2008. O controle da emissão dos certificados de origem será feito por uma entidade oficial designada para tanto. Ademais, cada Estado Parte comunicará à Comissão de Comércio a repartição oficial correspondente acerca da emissão do certificado.
 9. O procedimento de consulta deve limitar-se aos registros e documentos disponíveis nas repartições oficiais ou nas entidades habilitadas a emitir os certificados de origem MERCOSUL.

A única condição restante exigível para o desembaraço aduaneiro é a prestação de garantia.

Quanto ao procedimento de investigação em si, este consiste em analisar os documentos e realizar visitas com o objetivo de confirmar ou não a qualidade de originário do MERCOSUL do produto, devendo contar com ampla colaboração do país investigado. Caso contrário, presumir-se-á a inautenticidade do certificado de origem e da inveracidade das informações nele contidas, excluindo-lhes, por consequência os privilégios e benefícios do livre comércio de mercadorias.

Verificada qualquer irregularidade no certificado de origem, poderá o país importador adotar quaisquer das sanções com o fim de preservar o seu interesse econômico e fiscal, sem detrimento das sanções penais previstas ao exportador, bem como do descrédito da entidade emissora do certificado de origem, caso comprovada a má-fé desta.

O certificado de origem possui a grande função de promover o livre-comércio de mercadorias entre os Estados Membros do MERCOSUL, já que certifica o caráter dos produtos como verdadeiramente originários, nos termos da DEC/CMC 1/04, dos países do MERCOSUL, evitando que produtos não originários do bloco tenham direito aos privilégios previstos apenas para aqueles com origem em um ou mais Estados Membros.

Para tanto, foram criados mecanismos de controle objetivos com vistas a evitar verdadeiras fraudes à legislação do MERCOSUL. No entanto, devem-se adotar mecanismos para que estes não tenham a sua utilização desvirtuada com a adoção de medidas injustificadas e arbitrárias, promovendo, em vez do livre comércio, verdadeiras barreiras ao mesmo¹⁰

b) Livre Comércio de Serviços

O livre comércio de serviços, garantido como liberdade fundamental pelo Tratado de Assunção, resulta na abertura do mercado interno dos Estados

10. Ana Carolina Paulo Pereira, citando matéria do periódico *Gazeta Mercantil Latino Americana*, diz “in verbis”: Durante algum tempo, por exemplo, o Uruguai não aceitava o certificado de origem emitido pelo Brasil em uma reexportação para o Uruguai por um terceiro Estado-Parte do MERCOSUL. Por conseguinte, um produto exportado inicialmente para a Argentina, por exemplo, tinha de voltar para o Brasil e somente então podia ser reexportado para o Uruguai acompanhado do certificado de origem brasileiro. Da mesma forma, os fiscais aduaneiros argentinos cobravam a tarifa externa comum das importações provenientes do Brasil, sempre que constataavam o menor vício de forma nos certificados, ainda que não restasse qualquer dúvida sobre a origem brasileira do produto em causa. (PEREIRA, Ana Cristina Paulo. op. cit. p. 140.)

Membros para que qualquer prestador de serviço de um Estado membro atue sem qualquer restrição ou trato discriminatório. Tal qual o livre comércio de bens, não queda excluída da proteção pelo Tratado de Assunção nenhum tipo de serviço específico, bastando apenas que sejam atendidas as especificações do Protocolo de Montevidéu sobre o Comércio de Serviços do MERCOSUL¹¹.

O Protocolo de Montevidéu sobre o Comércio de Serviços do MERCOSUL, aprovado em 1997 deu o pontapé inicial no que tange a proteção e regulamentação da Livre circulação de serviços no comércio intrabloco. Resulta em ser um acordo marco em que são estabelecidas regras de aplicação geral em que se previa a liberalização progressiva de setores por meio de negociações entre os Estados Membros num prazo de dez anos desde a entrada em vigor do Protocolo. No entanto, passados mais de dez anos da decisão que instituiu o acordo marco, até o presente momento se aguarda a ratificação definitiva dos Estados Partes e conseqüentemente da sua entrada em vigor. Nesse sentido a decisão CMC/DEC nº 01/2006, resultado da sexta rodada de negociação de compromissos específicos em matéria de serviços estabelece uma nova prorrogação para a posta em prática da livre circulação de serviços de dez anos a partir da entrada em vigor da referida decisão, revogando, por conseguinte a decisão anterior DEC/CMC nº 29/04.

O Protocolo de Montevidéu sobre o Comércio de Serviços incide, conforme disposições do art. 2 da DEC/CMC 13/97, sobre todas as medidas adotadas pelos Estados Membros que afetem ao comércio de serviços no MERCOSUL, especialmente a prestação de serviço, a compra, venda ou utilização de um serviço, o acesso a serviços oferecidos ao público geral pelos Estados Partes, a presença comercial de pessoas em um estado, dentre outros.

A segunda parte do mencionado protocolo dispõe acerca das obrigações e disciplina geral, estabelecendo condições aos Estados Partes quando da liberalização voluntária de setores específicos, como a aplicação do tratamento da nação mais favorecida, do tratamento nacional, etc.

Apesar de promover o livre comércio de serviços, por meio a adoção de deveres e obrigações a serem respeitadas pelos Estados Partes, o Protocolo de Montevidéu regula também as suas exceções que permitem, por parte dos Estados, a adoção legal de medidas unilaterais, mesmo que constituam um verdadeiro obstáculo ao livre comércio. Baseadas na proteção da moral, da ordem pública, da vida, da garantia de arrecadação, dentre outras, os membros,

11. O Protocolo de Montevidéu sobre o Comércio de Serviços do MERCOSUL foi aprovado pela DECISÃO/CMC nº 13/97 e seus anexos aprovados pela Decisão/CMC nº 9/98.

podem insurgir-se contra o livre comércio de serviços para garantir interesses “maiores”. Esta situação, no entanto, vai na mão contrária do que se espera de um verdadeiro processo de integração, já que permite a adoção unilateral por parte dos Estados, e totalmente avalizadas pelo próprio MERCOSUL, sem critérios não muito claros e objetivos, de barreiras a outros Estados Membros, demonstrando que o comércio livre de serviços ainda não é uma realidade no MERCOSUL.

c) A livre circulação de fatores de produção

Como livre circulação de fatores de produção no âmbito do MERCOSUL, pode-se compreender tanto os investimentos com a mão de obra, apesar de, na prática, tais setores ainda continuam a receber tratamento semelhante aos procedentes de terceiros países, já que apenas algumas atuações pontuais, por meio de decisões, foram feitas em sentido contrário.

A primeira iniciativa no sentido de promoção, ainda que tímida, da livre circulação dos fatores de produção, mais especificamente em relação aos investimentos, foi adotada pela Decisão/CMC nº 3/91.

A aludida Decisão, fundada a partir do disposto no art. 5º, d do Tratado de Assunção, foi a responsável pela aprovação do marco normativo para a celebração dos chamados “acordos setoriais”.

Os acordos setoriais, conforme o disposto na exposição de motivos da DEC/CMC nº 3/91, devem estar em harmonia com os objetivos do Tratado de Assunção, tendo como escopo de, in verbis:

[...] acelerar da integração e favorecer a racionalidade na especialização intra-setorial, baseada nas respectivas vantagens comparativas, na complementação intra-mercados e na associação para competir eficazmente em terceiros mercados, facilitando a otimização no uso dos fatores de produção e possibilitando melhores condições em termos de economia de escala¹².

Conseqüentemente à DEC/CMC nº 13/91, o grupo do Mercado Comum proporcionou a aprovação de alguns acordos setoriais como o Acordo Setorial da Indústria Siderúrgica, aprovado pelas entidades industriais de cada país membro¹³, o Acordo Setorial do Arroz, assinado pelas entidades produtoras e fabricantes dos EM, conforme a Resolução do GMC nº 47/92.

12. Disponível em: <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/index.htm>

13. MERCOSUL/GMC/RES. nº 13/92. Disponível em: http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas_web/Resoluciones/PT/GMC_RES_1992_013_PT_AcuSecSiderurg.PDF. Acesso em: 10.07.2008.

Também no sentido de promover a livre circulação de serviços e investimentos no MERCOSUL, foi criado em 1990 o chamado Tratado para o Estabelecimento de um Estatuto de empresas Binacionais Argentino-Brasileira. Este instrumento normativo confere a empresas constituídas nos dois territórios o status de dupla nacionalidade, desde que respeitados certos requisitos, como a porcentagem de capital proveniente dos dois países. Por conseguinte, estas empresas passam a ser tratadas nos dois países como nacionais, não podendo sofrer discriminação no que tange a tributação interna e incentivos fiscais e creditícios. No entanto, com a criação da Emenda Constitucional nº 6 de 1995, que estabeleceu o fim da distinção entre empresas nacionais de capital brasileiro e estrangeiro, observou-se a perda do interesse na constituição de empresas binacionais, já que esvaziada a sua finalidade.

No tocante à livre circulação de pessoas como fator de produção, e consequentemente como liberdade fundamental a ser protegida, percebe-se ainda que os nacionais de países membros não possuem tratamento tão distinto daqueles previstos para os trabalhadores procedentes de terceiros países, não se visualizando um tratamento efetivamente favorável, e trazendo consequências para a livre circulação de serviços.

No entanto, a partir do ano de 2002, os estados membros deram um passo em direção a livre circulação de pessoas, ao menos do ponto de vista econômico com a firma do Acordo sobre a isenção de vistos entre os Estados Partes do Mercosul e Bolívia e Chile. Em resumo, o mencionado Acordo possui o escopo de” [...] facilitar o combate ao tráfico de pessoas e ao trabalho ilegal dos imigrantes, permitindo melhoria substantiva nas condições de vida dos trabalhadores imigrantes e na própria economia do país de recepção.”¹⁴

Para tanto, pretende o mencionado Acordo, adotar algumas medidas, a exemplo do, “in verbis”:

[...] estabelecimento de um mecanismo de cooperação permanente entre os organismos de inspeção migratória e trabalhista, destinados à detecção e sanção estabelecidas de acordo com a legislação local, para pessoas físicas ou jurídicas que empreguem nacionais das partes em condições ilegais ou promovam movimentos ilegais ou clandestinos de trabalhadores imigrantes, cujo objetivo seja o ingresso, a permanência e o trabalho em condições abusivas destas pessoas ou de seus familiares.

Uma outra medida que veio a dar mais impulso a livre circulação de pessoas e de serviço, é, dentre outras, aquela constante do artigo. 8º do aludido acordo, o qual traduz o direito dos beneficiários de entrar, circular, permanecer,

14. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/m_12_2002.htm. Acesso em: 11/07/2008

etc. Uma vez beneficiário da residência permanente, os nacionais dos países signatários possuem o direito de exercer qualquer atividade econômica em condições idênticas aos nacionais do Estado receptor.

Avança ainda o referido acordo em conferir aos imigrantes direitos que não estejam restritos ao âmbito econômico, tais como a igualdade de direitos civis, culturais, aplicação isonômica dos direitos trabalhistas, acesso à educação, entre outros.

Os direitos e garantias introduzidos pelo Acordo, entre outros instrumentos normativos¹⁵ teve o conseqüências favoráveis na promoção da livre circulação de fatores produtivos e até meso na própria evolução do Mercado comum do Sul como um simples bloco econômico a um MERCOSUL que prevesse a garantia de direitos da vida civil. No entanto, revela-se necessário que sejam tomadas medidas com vistas a uma harmonização ou até mesmo uma unificação das legislações sociais e trabalhistas, evitando o deslocamento nocivo de empresas a países que possuam legislações mais brandas, e gerando, conseqüentemente uma concorrência desleal entre os países, o que levaria a um efeito totalmente contrário à livre circulação de fatores de produção que se quer proteger e reforçar.

Para tanto, cabe ressaltar a relevância dos trabalhos do Subgrupo de trabalho nº 10, a quem compete tratar de assuntos trabalhistas, de emprego e de seguridade social, e os quais são responsáveis por dar seguimento à pauta aprovada pela Resolução GMC nº 115/96¹⁶.

Assim, deve-se passar a análise dos princípios básicos e fundamentais previstos pelo Tratado de Assunção voltados à integração entre os seus Estados Partes, notadamente o tratamento da nação mais favorecida, o tratamento nacional e o princípio da reciprocidade.

2. COMÉRCIO DE BENS E INTEGRAÇÃO DO MERCOSUL

2.1. Tratamento da Nação Mais Favorecida

O artigo 8º do Tratado de Assunção prevê a proteção do Tratamento da nação mais favorecida¹⁷, que se traduz na obrigação de um Estado Membro

15. PEREIRA, Ana Cristina Paulo. op. cit. p. 153.

16. Ver melhor em: http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas_web/Resoluciones/PT/96115.pdf. Acesso em: 16.07.2008

17. A cláusula de tratamento da nação mais favorecida é definida pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) como “Princípio constante de acordos de comércio e Investimento que garante a não-discriminação entre estrangeiros. Assegura que os investidores

em conceder tratamento não menos favorável àquele dado a um terceiro país em relação a qualquer tipo de vantagem ou isenção de gravames. É o que se vê “ in verbis”:

Artigo 8º – Os Estados Partes se comprometem a preservar os compromissos assumidos até a data de celebração do presente Tratado, inclusive os Acordos firmados no âmbito da Associação Latino-Americana de Integração, e a coordenar suas posições nas negociações comerciais externas que empreendam durante o período de transição. Para tanto:

- a) Evitarão afetar os interesses dos Estados Partes nas negociações comerciais que realizem entre si até 31 de dezembro de 1994;
- b) Evitarão afetar os interesses dos demais Estados Partes ou os objetivos do Mercado Comum nos Acordos que celebrarem com outros países-membros da Associação Latino-Americana de Integração durante o período de transição;
- c) Realizarão consultas entre si sempre que negociem esquemas amplos de desgravação tarifárias, tendentes à formação de zonas de livre comércio com os demais países-membros da Associação Latino-Americana de Integração;
- d) Estenderão automaticamente aos demais Estados Partes qualquer vantagem, favor, franquia, imunidade ou privilégio que concedam a um produto originário de ou destinado a terceiros países não membros da Associação Latino-Americana de Integração. (grifos nossos)**

O Tratamento da nação mais favorecida, conforme se extrai do conteúdo acima explicitado, somente é aplicável nas relações perpetradas entre Estados Membros e terceiros Estados não membros da ALADI, já que os benefícios aos membros desta organização não são extensíveis aos Estados Pares do MERCOSUL.

A manutenção de medidas com vista a proteger o Tratamento da Nação Mais Favorecida traduz ainda uma integração imperfeita do MERCOSUL, já que os acordos bilaterais já deveriam ter dado vazão há muito tempo a outros capitaneados pelo bloco em conjunto. Trata-se de um princípio de suma importância para solidificar o processo de interação entre os países membros, já que promove tratamento benéfico entre os partícipes indispensável no início da integração. No entanto, somente ultrapassando a necessidade do estabelecimento e manutenção da cláusula de TNMF é que se poderá dar prosseguimento a

estrangeiros e seus Investimentos (os de outro país Parte no acordo de comércio ou Investimento) recebam, pelo menos, o mesmo tratamento dispensado a qualquer outro investidor estrangeiro e a seus Investimentos. [...]”. Disponível em: <http://www.iadb.org/research/Tradedictionary/term_desc.cfm?language=Portuguese&id=473> Acesso em: 16.07.2008

uma verdadeira integração plena, em que o bloco possua uma voz única nas relações mercantis com terceiros países.

2.2. Tratamento Nacional

O Tratamento nacional, consistente no estabelecimento de um tratamento não discriminatório aos produtos originários de outros países partes, está protegido pelo artigo 7º do Tratado de Assunção. Segundo preceitos do referido artigo, “em matéria de impostos, taxas e outros gravames internos, os produtos originários do território de um Estado Parte gozarão, nos outros Estados Partes, do mesmo tratamento que se aplique ao produto nacional”.

A previsão de proteção ao princípio do Tratamento Nacional promove a integração econômica ao tentar evitar que produtos originários de outros estados partes sejam alvo de tratamento diferenciado e discriminatório em relação aos do país receptor.

Sobre o conteúdo do artigo 7º, revela-se necessário tecer algumas considerações críticas. Informa o Tratado de Assunção que não poderão ser estabelecidos pelos Estados Partes qualquer tipo de impostos, taxas e outros gravames internos que não sejam aplicados ao produto nacional. Uma das questões diz respeito à similitude dos produtos. Ante a lacuna do artigo 7º, pergunta-se se estariam abarcados no seu âmbito de proteção os produtos considerados similares, idênticos ou concorrentes entre si. Tampouco fez-se qualquer remissão por arte do MERCOSUL em definir a amplitude de cada conceito, o que gera imprecisão e dúvidas e, conseqüentemente divergências entre os Estados.

Foi o que se viu no primeiro laudo arbitral e sua aclaração¹⁸, que versa justamente acerca do conteúdo do art. 7º do Tratado de Assunção, datado do ano de 2002. Trata-se de uma reclamação do Paraguai contra o Uruguai acerca da aplicação de um imposto específico interno sobre a comercialização de cigarros originários do Paraguai.

O cerne da discussão consistia na averiguação da legalidade da incidência de um imposto específico interno e base de calcula maior para os cigarros originários do Paraguai que aqueles de origem uruguaia, o que se caracteriza como uma clara discriminação e violação ao princípio do Tratamento nacional.

18. Nesse sentido: <http://www.mercosur.int/msweb/porta1%20intermediario/pt/controversias/VIII%20LAUDO%20ACLARACION.pdf>. Acesso em: 16.07.2008.

Em contrapartida, a defesa uruguaia consistia na afirmação do caráter pragmático do Tratado de Assunção, o que, segundo eles, justificaria a não criação de obrigações concretas aos Estados Partes. A tese do Uruguai parece olvidar o objetivo central da criação do MERCOSUL e os princípios mais basilares de um processo de integração econômica e do próprio direito internacional. Este também revelou ser o entendimento do Tribunal Arbitral Ad hoc, que firmou entendimento no sentido de que a ratificação do Tratado de Assunção pelos Estados Partes reflete o comprometimento destes em adequar as suas legislações ao estabelecido no tratado constitutivo, sendo, desta forma, o artigo 7º auto aplicável, não prosperando, PR conseguinte o entendimento uruguaio.

Outra questão a ser analisada diz respeito ao próprio sistema tributário brasileiro e a sua adequação às disposições do artigo 7º do Tratado de Assunção. O grande problema refere-se, principalmente, sobre os impostos indiretos do IPI e do ICMS, já que, em relação a este Último a competência para a sua regulação é estadual, enquanto que a harmonização e o respeito às disposições do Tratado de Assunção se dá no plano federal, por meio da União. Conforme infere-se da Constituição Federal de 1988, mais precisamente no seu artigo 155¹⁹, a competência para a conclusão de tratados internacionais pela União que versem sobre assunto de competência dos estados federais poderia ser limitada, o que influenciaria na obediência aos princípios do MERCOSUL.

Entretanto, seguindo a lição de Ana Cristina Paulo Pereira, a competência do estado da federação em instituir o ICMS, não impediria a União de disciplinar o exercício dessa competência, estando a mesma impedida apenas de instituir isenções de tributos da competência do Distrito Federal e dos Estados Membros, adequando-se até mesmo ao próprio objetivo do princípio de tratamento nacional, qual seja evitar a discriminação entre produtos nacionais e estrangeiros e não conceder privilégios a produtos a estes.

19. Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

I – transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16.07.2008.

3. PROGRAMA DE LIBERALIZAÇÃO DO COMÉRCIO NO MERCOSUL

3.1. Eliminação de tarifas alfandegárias e Programa de Desgravação Tarifária.

A expressão Tarifas alfandegárias, conforme indica Ana Carolina Paulo Pereira, abarca todos os tributos, taxas e tarifas incidentes sobre os produtos que tenham sido importados ou exportados²⁰. O Tratado de Assunção, por sua vez, no seu artigo 1º, com a finalidade de cobrir qualquer imposição de cunho pecuniário, utilizou-se do termo gravame, para incluir qualquer tipo de espécie tributária, seja qual for nome a ela aplicado, a que sejam submetidas as mercadorias importadas e exportadas. Outra ampliação da referida expressão é vista no conteúdo do artigo 2º do Anexo I do Protocolo de Assunção²¹, o qual, ademais de abarcar qualquer gravame de cunho fiscal, estende o seu conceito para incluir as chamadas “medidas de efeitos equivalentes” as quais consistem em gravames de qualquer natureza que levem ao encarecimento do produto.

Neste diapasão, o Anexo I do tratado de Assunção prossegue no sentido de que a eliminação dos referidos gravames deve-se dar por meio de um Programa de Desgravação progressivo iniciado a partir da data de entrada em vigor do Tratado, beneficiando os produtos compreendidos no universo tarifário, classificados em conformidade com a nomenclatura tarifária utilizada pela ALADI. Para tanto, é estabelecido um cronograma o qual estabelece o percentual de degravação a ser atendido em cada período, conforme tabela abaixo:

DATA/PERCENTUAL DE DESCRVAÇÃO			
30/VI/91	31/XII/91	30/VI/92	31/XII/92
47	54	61	68
30/VI/93	31/XII/93	30/VI/94	31/XII/94
75	82	89	100

20. Ver em: PEREIRA, Ana Cristina Paulo. op.cit. p. 181

21. Art. 2, Anexo I do Tratado de Assunção: .Para efeito do disposto no Artigo anterior, se entenderá: por “gravames”, os direitos aduaneiros e quaisquer outras medidas de efeito equivalente, sejam de caráter fiscal, monetário, cambial ou de qualquer natureza, que incidam sobre o comércio exterior. Não estão compreendidas neste conceito taxas e medidas análogas quando respondam ao custo aproximado dos serviços prestados; e [...]. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/trassuncao.htm>. Acesso em: 17.07.2008.

Entretanto, vale ressaltar que, no que tange aos produtos ditos sensíveis, estes foram objeto de prazo diferenciado, ocorrendo a degravação em relação a estes produtos num ritmo mais lento²².

Por derradeiro, observa-se a violação por parte dos Estados Membros do Regime de desgravação, tanto em relação aos prazos quanto em relação aos produtos a ele submetidos, culminando, atualmente, no chamado Regime de Adequação Final a União Aduaneira²³.

3.2. Eliminação das Restrições Não Tarifárias

O anexo I do Tratado de Assunção no seu artigo 2º avança no tratamento legal do combate às restrições ao livre comércio, abarcando não somente as restrições ditas tarifárias, como as não tarifárias. É o que se vê do conteúdo do artigo 2º alínea b, do Anexo I do Tratado de Assunção “in literis”²⁴:

ARTIGO SEGUNDO

Para efeito do disposto no Artigo anterior, se entenderá:

- a. por “gravames”, os direitos aduaneiros e quaisquer outras medidas de efeito equivalente, sejam de caráter fiscal, monetário, cambial ou de qualquer natureza, que incidam sobre o comércio exterior. Não estão compreendidas neste conceito taxas e medidas análogas quando respondam ao custo aproximado dos serviços prestados; e
- b. por “restrições”, qualquer medida de caráter administrativo, financeiro, cambial ou de qualquer natureza, mediante a qual um Estado Parte impeça ou dificulte, por decisão unilateral, o comércio recíproco. Não estão compreendidas no mencionado conceito as medidas adotadas em virtude das situações previstas no Artigo 50 do Tratado de Montevidéu de 1980. (grifos nossos)

No entanto, queda excluída do termo restrição todas aquelas medidas previstas no Art. 50 do Tratado de Montevidéu²⁵ que traduziriam a proteção de

-
22. “Brasil e Argentina deviam, a cada ano, retirar de suas respectivas listas de exceções 20 % dos produtos incluídos, e sobre estes produtos era aplicado o percentual de redução correspondente ao período. Desta forma, previa-se que o Brasil e Argentina teriam eliminado todos os direitos de importação até 31 de dezembro de 1994. Quanto ao Paraguai e o Uruguai, estes deveriam retirar nos dois primeiros anos 10% dos produtos, figurando nas suas respectivas listas de exceções, e 2% nos anos seguinte, para que em 31 de dezembro de 1995, todos os direitos de importação tivessem sido eliminados”. (PEREIRA, Ana Cristina Paulo. op. cit. p. 182).
 23. Disponível em: http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas_web/Decisiones/PT/CMC_DEC_1994-005_PT_RegimeAdecua%C3%A7%C3%A3o.PDF. Acesso em: 16.07.2008.
 24. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/trassuncao.htm>. Acesso em: 17.07.2008.
 25. ARTIGO 50. Nenhuma disposição do presente Tratado será interpretada como impedimento à adoção e ao cumprimento de medidas destinadas à:
 - a) Proteção da moral pública;

princípios e setores básicos e sensíveis pelos Estados Partes, notadamente a proteção da moral pública, a regulação de importação ou exportação de armas e munições, a proteção da vida, das pessoas, dos vegetais, etc.

Na teoria, a inclusão de medidas com o fim de proteger tais princípios não seriam consideradas como uma violação à livre circulação de bens e serviços, podendo o Estado, conforme previsão do próprio Tratado de Montevidéu, aplicar sua legislação interna sempre baseada por normas internacionais, se existentes. Na prática, por outro lado, a adoção de certas medidas unilaterais podem encobrir fins inidôneos e totalmente protecionistas, devendo deste modo, as mesmas serem devidamente regulamentadas.

Com fins de evitar o uso nocivo das disposições do art. 50 do Tratado de Montevidéu, atribuiu-se ao Comitê Técnico de Restrições Não Tarifárias a tarefa de justamente identificar essas medidas unilaterais com caráter eminentemente protecionista e as que visam a proteção dos interesses legítimos previstos no conteúdo do art. 50 do Tratado de Montevidéu.

Ademais, estaria o mencionado comitê, obrigado a até 31 de março de 1994, propor um programa para a harmonização das medidas normas de caráter não-tarifário ainda não estejam harmonizadas. Nesse sentido, vale a pena indicar algumas medidas adotadas pelo Grupo do Mercado Comum para proceder a harmonização dessas normas e conseqüentemente diminuir os conflitos entre os países membros. Neste diapasão, vale mencionar a Resolução/GMC nº 56/02, a qual foi responsável por estabelecer diretrizes gerais e específicas para a elaboração e revisão – modificação ou revogação – de regulamentos técnicos MERCOSUL e Procedimentos MERCOSUL de Avaliação da Conformidade.

A Resolução nº 56/02 revela ser um passo adiante tomado pelo MERCOSUL na promoção do livre comércio de bens uma vez que reconhece expressamente a necessidade de superar as barreiras técnicas ao comércio regional por meio da regulação e harmonização das legislações existentes nos Estados. No entanto, deve-se ter em mente que na prática ainda há um largo caminho

-
- b) Aplicação de leis e regulamentos de segurança;
 - c) Regulação das importações ou exportações de armas, munições e outros materiais de guerra e, em circunstâncias excepcionais, de todos os demais artigos militares;
 - d) Proteção da vida a saúde das pessoal, dos animais e dos vegetais;
 - e) Importação do patrimônio nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico; e
 - f) Exportação, utilização e consumo de materiais nucleares, produtos radioativos ou qualquer outro material utilizável no desenvolvimento ou aproveitamento da energia nuclear.
- Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/m_87054_1980.htm . Acesso em 17.07.2008.

a ser percorrido pra evitar que os Estados Utilizem da prerrogativa do uso das legislações internas, conforme o art. 50 do Tratado de Montevidéu para fim de praticas enganosas e discriminatórias.

A harmonização das legislações técnicas, entre elas as normas fitossanitárias e ambientais, serve ao objetivo comum do MERCOSUL ao evitar a concorrência desleal entre os partícipes que possuem legislações ambientais mais brandas, já que, conseqüentemente poderia haver a natural migração das empresas para estes países. À essa necessidade, deve-se implementar uma harmonização dos procedimentos administrativos, acabando ou pelo menos mitigando o duplo controle aduaneiro e dinamizando o trafico entre os países.

Nesse sentido, mostra-se importante a aprovação do Código Aduaneiro, o que teria sido sinalizado pelo presidente do Brasil, Luis Inácio Lula da Silva²⁶ apesar da latente falta de consenso acerca da sua redação final.

Por fim, apesar dos intentos do Mercado Comum do Sul em promover a livre circulação de mercadorias e o atendimento das liberdades fundamentais do Bloco, na pratica, a falta de consenso e o protecionismo por parte dos países membros levou a uma realidade bastante distinta daquela prevista pelo Programa de Liberalização Comercial, incluso no que diz respeito ao atendimento do seu cronograma, levando, por conseguinte à implementação de um Regime de Adequação Final com vistas a regularizar o presente contexto comercial mercosulino.

3.3. Regime de Adequação Final à União Aduaneira

Conforme o anteriormente expresso, o Regime de Adequação Final à União Aduaneira derivou da evidente impossibilidade de os países membros de cumprirem o estabelecido no Tratado de Assunção e outros instrumentos legislativos no cronograma previsto.

Criado a partir da Decisão/CMC nº 5/94²⁷, o regime de adequação final à União Aduaneira possui como objetivo central “facilitar os processos de reconversão e mudança estrutural de setores produtivos específicos, tendentes a adequá-los à maior concorrência intra-regional e a existência de importantes mudanças nas condições produtivas dos mercados mundiais.”

26. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u418189.shtml>. Acesso em: 19.07.2008.

27. Disponível em: <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/index.htm>. Acesso em: 19.07.2008.

Para tanto, a Decisão/CMC nº 5/94 estabelece a faculdade de o Estados Membros apresentarem uma lista de produtos que requeiram um mecanismo de tratamento tarifário distinto do regime geral, daí a denominação Regime de Adequação Final à União Aduaneira. No entanto a própria decisão faz a ressalva de que somente poderão ingressar na referida lista, e conseqüentemente serem submetidos ao Regime de Adequação, aqueles produtos que, na data da posta em vigor da decisão, constarem das Listas de Exceção Nacional ao ACE 18, bem como aqueles que tenham sido objeto de uma medida de salvaguarda aplicada ao país exportador.

Desde a vigência do aludido Regime, os produtos contidos nas listas de exceções serão agraciados com um prazo final de desgravação linear e automático, a partir das respectivas tarifas nominais. No caso argentino e brasileiro tal prazo seria de 04 anos, a partir de 1º de janeiro de 1995, ou seja até 1998, enquanto que Uruguai e Paraguai teriam este prazo estendido por mais um ano. No tocante aos produtos submetidos ao Regime de Salvaguardas, este somente poderia persistir até o ano de 1999, devendo as medidas serem suspensas a partir de então.

Com o fim do regime de adequação em dezembro de 1998, para Brasil e Argentina, e em 1999 para Paraguai e Uruguai, verificou-se ao contrario do objetivo geral do regime, o aumento das medidas restritivas do comércio, notadamente por parte das autoridades argentinas contra produtos oriundos do Brasil. Como exemplo, faz-se mister citar matéria da Gazeta Mercantil Latino Americana, citada por Ana Cristina Paulo Pereira²⁸, “*in literis*”:

Na reunião do Grupo do Mercado Comum, realizada em junho de 2000, foram apresentados vinte e quatro pontos de conflitos comerciais entre Brasil e Argentina. Dentre as medidas não tarifárias aplicadas pela Argentina, e contestadas pelo Brasil, encontravam-se: a incidência do imposto de importação sobre couros crus e sementes oleaginosas; as taxas variáveis aliadas sobre o açúcar; a taxa de fiscalização de desinfecção sobre a madeira importada; a desinfecção de veículos na fronteira, sem justificativa científica adequada; os direitos compensatórios em vigor aplicados a cabos de alumínio, serras manuais retas de aço rápido, garrafas de chapa para 10 kg e cabos de fibras óticas; a cota para importação de frangos fixada em 3,8 toneladas mensais [...]

Uma vez incompatíveis com o que se espera de uma área de integração econômica e após o decurso de tempo razoável desde a adoção das primeiras medidas para a promoção do Mercado Comum, pode-se concluir que estas mostram-se um retrocesso ao processo de Adequação Final à União Aduaneira e a livre circulação de mercadorias. Ante esta situação de adoção de práticas

28. PEREIRA, Ana Cristina Paulo. op. cit. p. 192-193.

protecionistas e unilaterais por parte dos Estados revela-se de suma importância o papel dos Tribunais Arbitrais do Mercosul, no âmbito do processo de solução de controvérsias e das próprias cortes nacionais no sentido de firmar posição contra tais medidas e reprimindo mecanismos que visem a frustrar a livre circulação entre os países.

4. EXCEÇÕES À LIVRE CIRCULAÇÃO NO ÂMBITO DO MERCOSUL

Embora o Regime de Adequação Final à União Aduaneira tenha cessado no ano de 1999, resta evidente que o MERCOSUL não se configura como uma área de integração economia total, uma vez que persistem na prática e de direito medidas restritivas à livre circulação de mercadorias.

Quanto as chamadas exceções legais ao comércio no MERCOSUL, podem ser citados os produtos originários de zonas francas ou similares, produtos considerados sensíveis, e os objetos de dumping e subvenções ilícitas, os quais merecem análise a seguir.

4.1. Produtos Procedentes das Zonas Francas ou Similares

Tendo em vista o regime diferenciado das zonas francas e de áreas aduaneiras especiais, a DEC/CMC nº 8/94²⁹ objetivando evitar que o tratamento distinto natural dado a essas zonas originassem distorções nos fluxos comerciais, de investimentos, bem como nos ingressos aduaneiros, estabeleceu que os produtos fabricados em zonas francas e áreas similares estariam excluídos dos benefícios do livre comércio.

A exclusão desses produtos do livre comércio pode ser justificada pelo fato de os produtos procedentes das zonas francas e áreas afins possuírem grande parte dos seus componentes de origem estrangeira, não se enquadrando, neste caso, na condição de nacional dos países partes, além de serem beneficiários de incentivos fiscais exclusivos, o que geraria uma concorrência desleal não só com os produtos do país onde elas estão instaladas como de outros membros do MERCOSUL. Ademais, cabe ressaltar que os produtos procedentes das zonas francas e similares por terem um regime especial voltado à exportação não são em princípio destinados aos países em que estão sediadas e sua introdução nestes, quando não expressamente proibida, só ser regulada pelas mesmas regras que os produtos importados, inclusive com o pagamento do respectivo imposto de importação.

29. Disponível em: <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/index.htm>. Acesso em: 19.07.2008.

Uma vez excluídos do âmbito do livre comércio, aos produtos originários das zonas francas e áreas afins serão aplicadas a Tarifa Externa Comum, ou a tarifa nacional no caso de produtos de exceção, sendo tratados a mesma forma que produtos importados procedentes de terceiros países. No entanto, alguns acordos foram sendo firmados com vistas a mitigar essa situação, notadamente o acordo que estabelece o comércio bilateral entre as zonas francas de Tierra del Fuego e Manaus (acordo bilateral), o Trigésimo Sétimo Protocolo Adicional ao ACE nº 18³⁰ e o quadragésimo quinto protocolo adicional ao ACE nº 18³¹.

4.2. Os Produtos Sensíveis

Os produtos sensíveis, assim definidos como aqueles que, por serem considerados parte de setores chaves para a economia de um país, restam excluídos do regime geral de livre comércio no âmbito de blocos econômicos, notadamente, neste caso, do mercosul.

Uma vez caracterizada a condição de produto sensível, o comércio destes bens realizados entre os Estados Membros será pautado por acordos bilaterais, que são regularmente renovados e que, de forma geral, estabelecem um sistema de compensação entre as quantidades exportadas e importadas que resultam serem livres do imposto de importação.

No âmbito específico do MERCOSUL, os principais produtos abarcados pela referida restrição dizem respeito aos setores açucareiros e da indústria automotiva. No que tange a este último setor, vale a pena registrar o conteúdo da Decisão/CMC nº 29/94, a qual introduz as bases da exclusão desse setor do regime comum do MERCOSUL.

30. O Trigésimo Sétimo Protocolo Adicional ao ACE nº 18 foi aprovado pela DEC/CMC nº 09/01 e determina que a partir de 1º de julho de 2001, gozarão de isenção da Tarifa Externa Comum ou de tarifas nacionais de importação, certos produtos provenientes da Zona Franca de Manaus e da Zona Franca de Colônia (Uruguai). Disponível em: <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/index.htm>. Acesso em: 19.07.2008.

31. O Quadragésimo Quinto Protocolo Adicional ao ACE nº 18 foi aprovado pela Decisão/CMC nº 01/03 o qual estabelece, nos seus artigos, 1, 2 e 3 □ in verbis □:

“Art. 1 – A partir de 1º de maio de 2003, e para efeito exclusivo do comércio bilateral entre Argentina e Uruguai, regerá a isenção da Tarifa Externa Comum ou das tarifas nacionais de importação, quando sejam aplicáveis, que se estabelece nos artigos 2 e 3.2

Art. 2 – A República da Argentina outorga a República Oriental do Uruguai, uma cota anual de 2000 toneladas do produto NCM 2106.90.10 (“xarope”) “Preparações do tipo das utilizadas para elaboração de bebidas”, originário e proveniente da Zona Franca de Colonia.

Art. 3 – A República Oriental do Uruguai outorga à República da Argentina uma cota anual de US\$ 20.000.000 (vinte milhões de dólares) FOB à totalidade das exportações dos produtos originários e provenientes da Área Aduaneira Especial de Tierra del Fuego.”

O aludido documento, reconhecendo a necessidade de uma adequação definitiva do setor automotivo à União Aduaneira, estabelece a criação de um Comitê Técnico com vistas a promover a liberalização total do setor automotriz no comércio intra-bloco, bem como o estabelecimento de uma tarifa externa comum, o qual deveria ter início em 1º de janeiro do ano 2000, o que não aconteceu. Em verdade, a Decisão/CMC nº 70/2000³², tendo em vista o não atingimento da meta anterior, aprovou um acordo sobre a política automotiva do MERCOSUL, prevendo a sua entrada em vigor no ano de 2001.

A referida política automotiva previa o estabelecimento das bases da instauração do livre comércio no Setor Automotivo a partir de 1º de fevereiro de 2006, o que até os tempos atuais não ocorreu. Até a referida data, a aplicação da tarifa zero no comércio intra Mercosul somente se aplica ao chamado comércio administrado, que em resumo, significa no comércio compensado a base de um dólar por outro em que até determinada porcentagem é aplicada uma TEC reduzida³³.

No que tange ao setor açucareiro, a Decisão/CMC nº 19/1994³⁴ estabeleceu como data limite para a implantação da liberalização do comércio intra-zona e da Tarifa Externa Comum para o ano de 2002, data esta que, conforme acordo posterior poderia ser estendida.

O plano inicial, de implementação do livre comércio no setor do açúcar de forma gradual e progressiva, deve-se ressaltar, não foi linear, ante os inúmeros impasses entre os países membros acerca do tema, sendo marcado tal processo pela evidente falta de consenso entre os países, principalmente entre Brasil e Argentina³⁵. Em verdade, percebe-se que a postura argentina visa, antes de tudo, proteger os seus produtores nacionais ante o desenvolvimento e dimensão da indústria sucro-alcooleira brasileira, notadamente superiores às suas,

32. <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/index.htm>. Acesso em: 19.07.2008.

33. PEREIRA, Ana Cristina Paulo, op. cit. p. 198

34. <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/index.htm>. Acesso em: 19.07.2008

35. A divergência entre Brasil e Argentina no tocante à implementação do livre comércio ao setor de açúcar diz respeito basicamente a dois fatores, prazo e álcool combustível. Propunha o Brasil que o prazo para a integração gradual do açúcar fosse de um ousado 12 meses a partir de janeiro de 2001, enquanto que a Argentina propunha um prazo muito mais amplo de dez anos, sem especificação de início de prazo. Ademais, exigia o referido país que o Brasil eliminasse a adição do álcool à gasolina, bem como de qualquer medida que favorecesse os produtores brasileiros. Em contrapartida, rebatem os brasileiros afirmando que não mais persistem os subsídios do Proalcool, e que qualquer medida subsistente é completamente legal e compatível com as regras da Organização Mundial do Comércio (PEREIRA, Ana Cristina Paulo, op. cit. p.202-203.)

demonstrando mais uma vez o estágio incipiente da integração econômica do MERCOSUL.

4.3. Produtos objeto de práticas desleais

Em seguimento às exceções ao regime comum de livre comércio, o Mercosul admite a adoção legal de medidas por meio dos Estados Partes com vistas a defesa comercial dos seus produtos.

Em resumo, isso significa que os produtos de origem dos Estados Membro do Mercosul objetos de dumping, subvenção ilícita dentre outras práticas comerciais desleais e abusivas podem, desde que seja devidamente provado, ser tratados como produtos provenientes de terceiros países e conseqüentemente sofrerem a incidência de tarifa alfandegária.

Infere-se desta exceção o objetivo do Mercosul de evitar a concorrência desleal entre os produtos originários dos países membros no comércio intra-bloco, reproduzindo a preocupação outrora externada pela Organização Mundial do Comércio no Acordo Gatt.

Nesse sentido é o entendimento da Decisão/CMC nº 10/94, que dispõe no seu artigo 1^o³⁶ a importância de os Estados Partes respeitarem as disposições do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), notadamente os seus artigos VI e XVI.

Prossegue o referido documento identificando as medidas que, adotadas individualmente por cada Estado parte são passíveis de serem caracterizadas como uma afronta ao livre comércio. Neste diapasão, o artigo 3º da Decisão/CMC nº 10/94 estabelece expressamente a proibição de utilização pelos Estados Partes de incentivos cambiários que impliquem na concessão de subsídios³⁷.

Em contrapartida, a mencionada decisão permite aos Estados Partes a concessão de créditos de fomento bem como financiamentos a exportações desde que estes também sejam ofertados em condições compatíveis aceitas

36. Segundo o artigo 3º da Decisão/CMC nº 10/94, entende-se como subsídios qualquer “sistemas de tipo de cambio múltiplo ou outros que discriminem em favor de operações de exportação ou importação ou de determinados produtos de exportação ou importação.”

37. Art. 11 – Os Estados Partes se comprometem a instrumentar sistemas de verificação e controle mútuo dos processos de devolução total ou parcial de impostos indiretos, assim como da tipificação dos bens importados e de sua integração final aos bens a serem exportados, a fim de evitar a descaracterização dos regimes aduaneiros especiais referidos anteriormente. Outrossim, instrumentarão as medidas que forem necessárias para evitar que outros incentivos setoriais, regionais ou tributários que o âmbito normativo interno reconhece a favor da atividade produtiva/exportadora, sejam aplicados ao comércio intra-regional.

no âmbito internacional (Art. 4º). Acerca do tema das subvenções ilícitas, a decisão nº 10/94 estabelece que não se enquadrariam no conceito o reembolso total ou parcial de impostos indiretos acumulados e pagos pelos exportadores em etapas anteriores, desde que estejam submetidas as disposições do Acordo GATT sobre o tema. Abre-se também aos Estados Partes, na tentativa de estimular as exportações, a prerrogativa de conceder isenção fiscal de tributos internos diretos aos bens destinados a exportação, bem como conforme disposição do art. 7º e seguintes, o estabelecimento de regimes fiscais especiais às exportações sem que estes sejam considerados como subvenção ilícita por parte dos Estados Membros e os quais deverão ser por estes fiscalizados³⁸.

Avançando no tema das práticas desleais o MERCOSUL prevê a adoção de medidas contra as situações que se caracterizem como o dumping³⁹, que, em resumo, nas palavras de Ana Cristina Paulo Pereira significa a “fixação de um preço artificial da mercadoria exportada para um determinado país, a um valor abaixo do preço normal[...]”⁴⁰.

O tratamento legal acerca do tema da concorrência notadamente a prática desleal do dumping teve início com a Decisão/CMC nº 18/96, a qual, considerando que a livre circulação de bens e serviços entre os Estados Partes requer o estabelecimento de condições adequadas de concorrência aprova o chamado “Protocolo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL”. A referida decisão deu o primeiro passo no que concerne ao tratamento do dumping estabelecendo como data limite 31 de dezembro de 2000 para que as investigações sejam realizadas de acordo com as legislações internas de cada membro. Comprometem-se os Estados ainda a adoção, no prazo de 02 (dois) anos a partir da decisão, de normas comuns com vistas a controlar os atos e contratos que possam afrontar a livre concorrência, o que demonstra a inclinação dos Estados Membros em implementar uma efetiva área de integração com a criação

38. O Acordo Gatt no seu artigo VI, entende que o “dumping” deve ser caracterizado pelas seguintes práticas, “in literis”: [...]” a) a diferença entre o preço de um determinado produto exportado de um país para outro e o preço comparável pedido nas condições normais do comércio por um produto similar destinado ao consumo no país exportador ou, b) na ausência de tal preço no mercado interno desse último país, a diferença entre o preço supramencionado e: (i) o preço comparável mais elevada do para a exportação de um produto similar para um terceiro país nas condições normais do comércio, ou (ii) o custo de produção desse produto no país de origem, mais uma elevação razoável para as despesas de venda e o lucro.[...]”. Disponível em: < http://www2.mre.gov.br/dai/m_313_1948.htm>. Acesso em: 20.07.2008.

39. PEREIRA, Ana Cristina Paulo. op. cit. p. 206.

40. Os direitos antidumping implicam na aplicação de uma taxa suplementar a importação àqueles produtos e mercadorias objeto da referida prática desleal.

de uma normativa comum, indo além da mera harmonização das legislações nacionais e aliado à aplicação dos chamados direitos antidumping⁴¹.

Num segundo momento, no ano de 2000, foi adotada a Decisão/CMC nº 64/00 responsável por aprovar um regulamento comum com vistas a aplicação de mecanismos de disciplinamento de procedimentos e regras para Investigações Antidumping e sobre Subsídios relativas a Importações Originárias de um Estado Parte do MERCOSUL. Em regra a aprovação desse regramento comum seria um passo adiante no tratamento dado ao comércio intrazona no MERCOSUL. Entretanto, a demora dos membros em proceder a internalizarão do regulamento em seus respectivos ordenamentos internos e o conseqüente prejuízo na eficácia do regulamento traz novamente à tona a necessidade da criação de um mecanismo mais eficiente de internalização das normas do bloco que não dependesse quase que exclusivamente da atuação de cada país. Mostra-se relevante, sobretudo para o fortalecimento do MERCOSUL como um todo, que a normativa do MERCOSUL, principalmente em relação à livre concorrência, uma vez que lida diretamente com o protecionismo nas relações comerciais, tenha aplicação direta e vinculante aos Estados Partes sob pena de que sua aplicação perda a eficácia ante a inércia voluntária dos países em internalizar as normas comunitárias ao seu ordenamento interno.

A decisão/CMC nº 13/02⁴² deu início ao terceiro momento do tratamento da livre concorrência no MERCOSUL ao estabelecer parâmetros comuns para a aplicação dos direitos antidumping através da internalização do Acordo Antidumping da Organização Mundial do Comércio, mais precisamente do seu artigo IV.

A decisão/CMC nº 13/02, que expressamente exclui a necessidade de incorporação pelos membros a suas legislações nacionais, introduz ainda a possibilidade de os Estados Membros, em caso de conflito, poderem eleger consensualmente o foro em que estes serão resolvidos. Não existido consenso, resta eleito o foro da OMC ou outro vigente no MERCOSUL.

Em um momento posterior, aprovou-se, ainda no ano de 2002 a Decisão/CMC nº 22/02, a qual substituiu o Anexo da Decisão CMC nº 64/00 e estabelece as chamadas “Disciplinas para os Procedimentos e Regras para as Investigações Antidumping e sobre Subsídios no Comércio Intrazona”. O referido instrumento possui como objetivo complementar os Acordo Antidumping e

41. Disponível em: <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/index.htm>. Acesso em: 20.07.2008.

42. Disponível em: <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/index.htm>. Acesso em: 20.07.2008.

o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, adotados pelo MERCOSUL pelas Decisões CMC nº 13/02 e 14/02, respectivamente internalizados pelo MERCOSUR, prevalecendo, por outro lado sobre estes em caso de conflito. Em resumo, a DEC/CMC nº 220/02 estabelece todo o trâmite para a instauração do processo de investigação da existência de dumping, desde a solicitude por parte dos Estados até a possível aplicação de medidas antidumping ou compensatórias.

4.4. Exceções de Fato ao Livre Comércio

Como anteriormente explicitado, além das exceções ao livre comércio expressamente reconhecidas pelo MERCOSUL e legalmente exercidas, podem ser verificadas outras tantas que, apesar de resultarem da união de acordos entre os agentes econômicos com uma certa anuência dos governos e até mesmo do próprio MERCOSUL, mostram-se como verdadeiras exceções de fato ao livre comércio no Mercosul.

As exceções de fato ao livre comércio no MERCOSUL traduzem-se, geralmente pelos chamados acordos de restrição voluntária às exportações, em que são estabelecidas cotas, seja em relação ao volume ou do valor pecuniário do produto, de forma espontânea pelo exportador. Desta forma, o exportador, evitando que os seus produtos sofram outros tipos de limitações no comércio entre os membros convencionados, adota uma autolimitação do volume ou valor a ser negociado.

Como exemplo mais notório desta situação, pode ser citado o acordo que limitou a exportação das geladeiras com freezer (e outros produtos da chamada linha branca) no ano de 2004 e dos calçados brasileiros no comércio com a Argentina. Entretanto, a existência desses mencionados acordos revela tão somente o estágio frágil da integração econômica do MERCOSUL, em que os países se valem de “acordos” para mitigar as já esperadas artimanhas e mecanismos protecionistas do outro membro. Ademais, tendo em vista que se tratam de acordos entre os agentes econômicos de forma bilateral, indaga-se acerca da posição daqueles membros não signatários dos referidos acordos, uma vez que resta evidente a sua posição desfavorável no comércio intrazonal.

Em resumo, pode-se concluir que o MERCOSUL, apesar do notável desenvolvimento do comércio entre os países membros nos últimos tempos, possui ainda um caminho muito extenso por percorrer quando se tratar de uma efetiva integração econômica. É necessário desvencilhar-se da postura protecionista, para que o MERCOSUL possa firmar-se como um bloco verdadeiramente unido e integrado em que seja presenciada de maneira efetiva o livre comércio entre os membros.

4.5. Exceções a Tarifa Externa Comum (TEC) e o Livre Comércio no MERCOSUL

O estabelecimento de uma tarifa externa comum caracteriza-se por ser a primeira etapa na conformação de uma união aduaneira, traduzida na aplicação de imposto de importação comum aos produtos originados de terceiros países. Especificamente no âmbito do MERCOSUL, a TEC se traduz na aplicação de alíquotas do imposto de importação relacionado com um item tarifário da chamada nomenclatura comum aplicada sobre o valor CIF (Cost, Insurance and Freight).

O Tratado de Assunção, notadamente no seu art. 5º, alínea c estabelece que a Tarifa Externa Comum deveria ser implementada até dezembro de 1994 e conseqüentemente determinando o funcionamento da União Aduaneira já em 2005. No entanto, a União aduaneira prevista pelo Tratado de Assunção revela-se imperfeita ante as exceções a TEC, que não é aplicável à integridade dos itens da lista da Nomenclatura comum do MERCOSUL, e que se traduz basicamente pela existência dos chamados regimes de exceção temporários.

A Decisão/CMC nº 7/94 introduz a existência de dois regimes de exceção à TEC quais sejam as chamadas “Listas Básicas de Exceções Nacionais” e as “Listas básicas de convergência”.

Quanto a lista básica de exceções nacionais, esta compõe-se de produtos eleitos de forma unilateral pelos Estados Membros até um determinado limite pré-fixado os quais estarão excluídos do regime geral de aplicação da TEC. Em principio previa a decisão que até a data limite de 1º de janeiro de 2001 Brasil, Argentina e Uruguai somente poderiam manter nas suas listas de exceções nacionais um limite de até 300 itens tarifários da nomenclatura comum do MERCOSUL, enquanto que o Paraguai teria este limite estendido até 399 itens⁴³. Ainda assim, permitiu-se aos Estados o direito de que estes itens fossem alterados constantes dessa lista fossem alterados em um número máximo de 20 a cada 6 meses.

43. Nesse sentido, diz o artigo 4º da referida decisão, “in verbis”: “Art. 4 – A Argentina, o Brasil e o Uruguai poderão manter até 1º de janeiro de 2001 um número máximo de 300 itens tarifários da Nomenclatura Comum do MERCOSUL como exceções à TEC, estando excluídas desse número aquelas correspondentes a Bens de Capital, Informática e Telecomunicações. O Paraguai poderá estabelecer até 399 exceções, estando excluídas desse número aquelas correspondentes a Bens de Capital, Informática e Telecomunicações, as quais terão um regime de origem de 50% de integração regional até o ano 2001, sendo que a partir dessa data e até o ano 2006 será aplicado o regime geral de origem MERCOSUL. Caso seja detectado um incremento repentino das exportações desses produtos que implique dano ou ameaça de dano grave, o país afetado poderá adotar até o ano 2001 salvaguardas devidamente justificadas.”

Ante o não cumprimento da data inicialmente prevista para o fim desse regime de exceção unilateral, aprovou-se a Decisão/CMC nº 31/03, que, em seu artigo 1º estabelece a prorrogação até dezembro de 2005 da Lista de Exceções Nacional, agora limitada somente a 100 itens. Ainda, do mesmo modo que a anterior decisão, estabelece um prazo e quantidade de itens diferenciados, agora tanto para o Paraguai quanto para o Uruguai⁴⁴.

Especificamente acerca dos bens de capital⁴⁵, o Conselho do Mercado Comum aprovou ainda outras decisões⁴⁶ que, além de postergarem o prazo limite da decisão 31/03, criaram o chamado “Regime Comum de Bens de Capital Não Produzidos”⁴⁷, que vigoraria inicialmente, no MERCOSUL, até 1º de janeiro de 2006, data esta novamente prorrogada até 1º de janeiro de 2009.

Quanto ao funcionamento do referido regime, este resume-se na aplicação de uma lista comum em que vigore uma redução temporária a 0% do imposto de importação dos estados partes pelo período de até 2 anos. Para tanto, são exigidos requisitos semelhantes ao da atual concessão de Ex-tarifários do Brasil, ou seja entre outros requisitos a comprovação de que o referido produto não seja produzido na região e sua aceitação seja de forma consensual.

As chamadas “Listas Básicas de Convergência”, ao contrário da anterior, caracterizam-se, deste modo, por serem compostas pelo esforço comum dos Estados Partes e que engloba no seu listado bens de capital, de informática e de telecomunicações⁴⁸. Ante a inevitabilidade, ainda que tardia, da extinção das listas de exceções nacionais, percebe-se, pelos Estados Membros um certo esforço em incluir, de forma progressiva os itens constantes das Listas Nacionais na Lista Comum. No entanto, este parece ser um caminho largo a

44. Assim dispõe o art. 2º da Decisão/CMC nº 31/03: , “literals”: Art. 2 – Até 2010, Paraguai e Uruguai poderão estabelecer, respectivamente, até 150 (cento e cinquenta) e 125 (cento e vinte e cinco) itens adicionais àqueles previstos no Art. 1 da presente Decisão, aplicando-se os mesmos procedimentos contemplados na Decisão CMC N.º 68/00 no que se refere à composição e à modificação da lista de cem itens tarifários. Esses Estados deverão informar, o mais tardar até 31 de março de 2004, aos demais Estados Partes, os produtos que eventualmente se incluíam nas respectivas listas adicionais .

45. No que diz respeito ao novo Regime do MERCOSUL, inexistente qualquer decisão que aborde expressamente sobre o tratamento aos chamados Ex de Sistemas Integrados (SI) e os Ex de Bens de Informática e Telecomunicações (BIT), apenas uma mera promessa, introduzida pela Resolução CAMEX 49, de 24/07/2008 de prorrogação das exceções destes itens. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/sitio/interna.php?area=5&menu=1851>. Acesso em: 17.08.2008

46. Decisões CMC nº 33/03, 34/03, 39/05, 40/05, 13/06,27/06 e 61/07. Disponível em <http://www.mdic.gov.br/sitio/interna.php?area=5&menu=1851>. Acesso em: 17.08.2008

47. Aprovado pela Decisão/CMC nº 34/03

48. Nesse sentido, ver: PEREIRA, Ana Cristina Paulo. op.cit.p.216.

ser percorrido, ante as inúmeras prorrogações anteriormente presenciadas que evidenciam o caráter protecionista ainda presente no comércio entre os países membros.

5. LIVRE CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS NO MERCOSUL

Ao contrário do que ocorre com as mercadorias e serviços, não há qualquer menção no Tratado de Assunção acerca de uma proteção ou promoção expressa da livre circulação de capitais no MERCOSUL. Apesar dessa omissão do Tratado constitutivo do MERCOSUL, pode-se inferir que a promoção da livre circulação resta englobada no conceito amplo de “fatores produtivos”.

Outro rumo foi o tomado pela União Européia que expressamente, no art. 56⁴⁹, ex. art. 73-B do Tratado das Comunidades Européias proíbe qualquer tipo de restrição à circulação de capitais entre os Estados Membros, cabendo ao Conselho, ante o seu caráter de norma pragmática, impor os esforços necessários para a eficácia do determinado dispositivo pelos Estados. É o que se vê “in verbis”:

Artigo 56.

1. No âmbito das disposições do presente capítulo, são proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros.
2. No âmbito das disposições do presente capítulo, são proibidas todas as restrições aos pagamentos entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros.

No entanto, uma das preocupações quando se trata da livre circulação de capitais no Mercosul diz respeito à configuração ou não do Uruguai como Paraíso Fiscal e a sua compatibilidade com uma área de integração comercial em que impera a livre concorrência.

Segundo Helcio Kronberg, apesar de o Uruguai não constar de forma expressa como um paraíso fiscal, este país possuiria características fundamentais de um Centro Financeiro Offshore, quais sejam a outorga de amplas exceções fiscais e a não incidência de tributos sobre a renda ante o ingresso de capital estrangeiro⁵⁰.

Nesse sentido, a lei 11.073 de 24 de junho de 1948 estabelece a criação, no aludido país das chamadas SAFIs, sociedades anônimas financeiras de in-

49. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12002E/htm/C_2002325PT.003301.html>. Acesso em: 17.08.2008.

50. KRONBERG, Helcio. A livre circulação de capitais no MERCOSUL. São Paulo: Hemus, 2003.

vestimento. Ao contrario das tradicionais sociedades anônimas, as SAFIS não sofrem imputação fiscal de qualquer natureza, entre eles rendas obtidas no exterior. Apesar de não poderem exercer qualquer tipo de atividade e solo uruguaio, as SAFIS podem ali ser titulares de contas-correntes, depósitos e caixas fortes de bancos, além de lhe ser permitida a possibilidade de emitir fatura sobre serviços prestados fora do território do Uruguai, caracterizando-se como um verdadeiro incentivo ao estabelecimento de empresas estrangeiras em busca de vantagens fiscais.

Apesar de a Secretaria da Receita Federal do Brasil não considerar o Uruguai como paraíso fiscal conforme a legislação interna, resta evidente, como mínimo, o caráter favorecedor do regime jurídico das SAFIS e seu claro objetivo de atrair empresas estrangeiras por meio da isenção fiscal dentre outros benefícios não outorgados às sociedades anônimas de origem uruguaia e que ali exerçam a sua atividade.

A questão das SAFIS atinge maior proporção quando posta no contexto do MERCOSUL, bloco que visa eminentemente a integração econômica. Trata-se de um regime que, claramente, beneficia aqueles empresários que, com o fim de planejamento tributário, seja de evasão ou elisão fiscal, decidem estabelecer legalmente a pessoa jurídica no país em questão. No entanto, quando se fala de integração econômica e dos objetivos do MERCOSUL, resta clara a incompatibilidade desse regime, uma vez que pode gerar uma migração em massa das empresas sediadas nos outros Estados Membros e a conseqüente concorrência desleal no comércio intra-zona.

Ante todo este quadro, mostra-se de suma importância a harmonização das legislações fiscais e empresariais dos países membros⁵¹. Esta consiste, em resumo, na adequação das legislações nacionais dos membros com o fim de sintonizá-los com a idéia de integração econômica objetivada pelos blocos e comunidades econômicas. O ideal da harmonização tributária, revela-se ainda uma tarefa árdua a ser buscada pelo MERCOSUL, uma vez que esbarra no protecionismo e na postura econômica e comercial tradicional dos Estados signatários, além da própria dificuldade técnica em compatibilizar sistemas fiscais distintos com economias e contexto social mais distintos ainda.

51. Segundo Pita, citado por Helcio Kronberg, a harmonização tributária “é um processo através do qual vários países efetuam de comum acordo modificações nos seus sistemas tributários para torná-los compatíveis de modo a não gerar distorções resultantes das divergências de maior gravidade.” (KRONBERG, Helcio, op.cit. p. 44)

CONCLUSÃO

Embora o MERCOSUL se proponha a ser um mercado comum, a sua estrutura prática revela o seu estágio de União Aduaneira com imperfeições decorrentes das inúmeras exceções à livre circulação, mais especificamente à aplicação da Tarifa Externa Comum e a ausência de direitos aduaneiros no comércio intra-bloco.

Esta conclusão decorre basicamente da própria noção que conhecemos de União Aduaneira, cuja nota de diferenciação se traduz na ausência de gravames aduaneiros no comércio intra-bloco e no estabelecimento de uma tarifa externa comum com o fim de incentivar o comércio entre os países membros e fortalecê-los, em bloco, quando do comércio com terceiros estados. Entretanto, a realidade do MERCOSUL está muito aquém deste quadro, uma vez que a postura ainda protecionista dos países membros ao longo do tempo responde pelas inúmeras exceções de fato e de direito à aplicação da Tarifa Externa comum e à livre circulação de mercadorias, serviços e fatores produtivos.

Estas exceções que num primeiro momento faziam frente ao início de um processo de integração e demonstravam o caráter progressivo e linear do mesmo, hoje em dia, após dezessete anos do MERCOSUL, apenas traduzem o caráter incipiente do referido bloco econômico em questões centrais como a livre circulação de mercadorias.

O estabelecimento das exceções e, por conseguinte, de um regime de Adequação Final à União Aduaneira resulta justamente das evidentes deficiências do MERCOSUL em por em prática, no prazo inicialmente previsto, do estabelecido pelo Tratado de Assunção para conformar uma União Aduaneira. Nesse sentido, permitiu-se aos Estados, de pleno direito, a criação, dentre outras, de listas nacionais de exceções elaboradas de forma e com critérios unilaterais, sem uma supervisão mais ativa do MERCOSUL, situação esta que deveria ser temporária, mas que, vem sendo prolongada por sucessivas decisões.

Resta, deste modo, necessário para a conformação do MERCOSUL como uma verdadeira União Aduaneira e até mesmo um mercado comum como se propunha a ser, que seja incorporado pelos Estados membros e pelo próprio MERCOSUL de uma incorporação de um verdadeiro espírito integracionista, impondo esforços para o cumprimento dos prazos e metas anteriormente estabelecidas para a criação de um real espaço de livre circulação de mercadorias, serviços e outros fatores produtivos.

Juntamente ao cumprimento dos acordos e prazos previstos no Tratado de Assunção e decisões do Conselho do Mercado Comum mostra-se de suma importância o prosseguimento do processo de harmonização das legislações

fiscais, laborais, ambientais e técnicas dos Estados Membros, evitando, desta forma, que as disparidades entre as normas internas de cada país proporcionem uma migração das empresas onde as leis sejam mais brandas ocasionando uma nociva concorrência entre os Estados Membros não condizente com o que se espera de uma área de integração econômica.

Em resumo, percebe-se que o MERCOSUL possui ainda um longo caminho a percorrer no que tange a livre circulação de bens, serviços e fatores de produção. Não basta apenas desvencilhar-se de uma postura nacionalista e protecionista dos Estados Membros. Deve-se proceder a um verdadeiro processo de reestruturação do bloco, dinamizando o processo de incorporação das regras comunitárias nos ordenamentos nacionais e sua conseqüente posta em vigor.

XVII. ALCA & MERCOSUL

*Rafael Barros Barbosa**

SUMÁRIO: 1. Direito Internacional, política e Direito como política – 2. A institucionalização da política internacional – 3. A era dos organismos internacionais: 3.1. ONU; 3.2. OMC; 3.3. União Européia; 3.4. Nafta; 3.5. Mercosul e Unasul – 4. Áreas de Livre Comércio ou Áreas de Comércio amplo e regulado?: 4.1. A influência e os interesses dos Estados Nacionais na liberdade de circulação de bens, serviços e pessoas; 4.2. A questão da liberdade de circulação de pessoas – 5. O NAFTA como paradigma: vantagens e desvantagens – Aprendendo com a experiência prática – 6. O Mercosul e a relação com outros blocos regionais – 7. ALCA & MERCOSUL: Convivência possível ou Excludente?: 7.1. Estratégias da América Latina frente aos EUA; 7.2. Mercosul e ALCA: Juntos, complicados e possíveis – Referências.

1. DIREITO INTERNACIONAL, POLÍTICA E DIREITO COMO POLÍTICA

Inicialmente, tome-se como ponto de partida que o Direito, entendido como conjunto normativo que prescreve, regula e proíbe condutas humanas impingindo sanções àqueles que descumpram esses regramentos, esse somente encontra seu mais alto grau de realização nas relações políticas, i.e., aquelas que propriamente dizem respeito aos conflitos que envolvem o poder.

É forçoso mencionar que se compreende o poder como a prerrogativa que alguns buscam e possuem, de impor a outros o limite de seus comportamentos. Tal vocábulo, embora plurívoco de significado, encontra fronteiras de definição mais concretas, no tangente às relações sociais.

Stoppino (Dicionário de Política, vol. 2, pág. 935), coadunando com esse sentido relacional do conceito de poder, o define em sua modalidade atual (referente a atos) como consistente “*no comportamento do indivíduo A ou do grupo A que procura modificar o comportamento do indivíduo B ou do grupo B em quem se concretiza a modificação comportamental pretendida por A, abrangendo também o nexo intercorrente entre os dois comportamentos*”. O mesmo autor ainda se refere à modalidade potencial, que envolve a capacidade de determinar comportamentos.

Em ambos os aspectos, o poder sempre envolve capacidade de, em outros termos, um ser humano dominar alguma coisa, seja um bem inanimado, um

* Membro do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais – Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA.

animal, ou mesmo um outro ser humano. De certo modo, é a essa disputa pelo domínio, e a resistência àquele, que se tem por política, entendida ora como arte sublime, ora como ofício nefasto, i.e., do mesmo modo como é sempre compreendida a ação humana. É de se dizer, que não há nada mais humano do que a política, e por isso, nada mais surpreendente, complexo (e deveras terrível, em alguns momentos).

A esse conflito, diversos instrumentos são construídos e postos à disposição, sendo o mais antigo e elaborado como estrutura específica o Direito. Afinal, *“O Direito é a política vista através de seu processo de racionalização, assim como o poder é o Direito visto em seu processo de realização”*. Esta característica inerentemente política acaba soando mitigada por trás de métodos e atos que se pretendem neutros ou gerais, e por trás dos próprios dispositivos que concretizam o mundo jurídico, seja uma decisão pretoriana de dois mil anos passados, seja um projeto de lei apresentado numa remota Câmara de Vereadores brasileira.

O desenvolvimento do sistema jurídico ocidental, seja no sistema romano-germânico ou anglo-saxônico (cada vez mais combinados e difíceis de distinguir como *standards* puros), põe ainda mais a encoberto a existência do conflito político a cada causa que é decidida, seja o mais singelo conflito familiar, seja a mais intrincada e complexa negociação empresarial, e certamente é uma disputa mais complexa do que a luta de classes sociais ou entre agrupamentos sociais específicos, uma vez que os indivíduos, a cada momento, estão dispostos em variados e matizadas situações.

No entanto, o conflito político subsiste. E, na verdade, mesmo o desenvolvimento referido acima, embora alcance uma aparência impessoal, na medida em que é dirigido, na produção de normas gerais ou individuais, por um ente político centralizado, o conhecido detentor do monopólio da força, que acaba por atrair em grande proporção as atenções dos conflitos pelo poder, traz em seu bojo a identificação entre Direito e Política soa tão alta quanto no último século, pois *“Se considerarmos, enfim, os dois maiores teóricos do Estado moderno deste último século, Max Weber e Hans Kelsen, a tendência em identificar o Direito, entendido como ordenamento coativo com o Estado, entendido como aparelho através do qual os detentores do poder legítimo exercem seu domínio, chega às suas extremas conseqüências”* (Bobbio in Dicionário de Política, vol. 1).

Tal característica acentua-se de forma drástica no assim chamado Direito Internacional, a ponto de limitar ou anular suas características jurídicas. Ora, não há no Direito Internacional, nenhum ente que coaja os sujeitos a praticar

tais ou quais atos, de acordo com prescrições normativas. Não há, como na forma clássica, seres humanos como sujeito de direito *prima facie*. Ainda, não subsistem de forma clara as normas prescritivas, elaboradas na fórmula “*A → B, Se não B, Sanção*”, entendido B, como a conduta não defesa. É todo um mundo mais nuançado no qual a maior de todas as certezas é que nenhum caso guarda igualdade com o outro, e no qual, a negociação ganha muito maior destaque do que o contencioso da relação jurídica clássica, entre dois indivíduos sujeitos de direito.¹

Com o intuito de esclarecer o caráter próprio do sistema de relações e Direito internacional, o sociólogo francês Raymond Aron (1985, pág. 380-1) aduz que “*nem pacto Briand-Kellog nem as Nações Unidas puderam até o presente suprimir traço específico do sistema internacional que os filósofos e juristas dos séculos passados denominavam de ‘estado de natureza’, o qual se opõe ao estado civil (com tribunais e polícia). Na ordem internacional, não há o equivalente de um tribunal; se as Nações Unidas pretendessem submeter uma das grandes potências, essa ação de polícia se transformaria numa grande guerra...*”.

E ajuiza, de modo provocativo:

“Um outro exemplo – o da crise dos mísseis, de Cuba, no outono de 1962, contém a mesma lição. Frederico II confiou a seus juristas o cuidado de justificar a conquista da Silésia, que tinha decidido tentar. O Presidente Kennedy procurou os juristas para enunciar em termos aparentemente legais a “quarentena” de Cuba. Contudo, todas as sutilezas jurídicas não poderiam dissimular um fato incontestável: os Estados Unidos não deixaram de aplicar em outras situações o princípio de que qualquer governo tem o direito de solicitar a presença de forças armadas no seu território, desde que as julgue necessárias à sua segurança. De acordo com esse princípio, Cuba tinha o direito de construir em seu território plataformas soviéticas para o lançamento de foguetes de médio alcance, da mesma forma como a Turquia podia admitir armas norte-americanas.

1. Na visão de Kelsen (2003, pág. 366), criticando a incoerência lógica da postura dualista, só há coerência em uma cisão do Direito Internacional e do Estatal, em “*uma teoria que crê ter de aceitar a existência de conflitos insolúveis entre Direito internacional e Direito estadual e considera o Direito internacional, não como Direito, mas apenas como uma espécie de Moral internacional*”. Visão que encampamos aqui- e da qual o próprio Kelsen afasta-se. Sem querer minimamente esgotar o tema em exíguo espaço, entendemos que a consideração do Direito internacional como jurídico só é possível caso seja tomado o Direito de um ponto de vista: i) normativo; ii) instável; iii) imprevisível; iv) dependente de forças e competências não total ou expressamente previstas em documentos. Ora, com respeito aos divergentes, isto equivale a tratar o Direito não mais como instrumento da política, mas como sinônimo e ainda mais sintomático, reduzir a proximidade entre Direito e indivíduos.

Felizmente, o Presidente Kennedy não se deixou embargar por tais considerações jurídicas. Como Frederico, confiou a seus juristas a legitimação aparente de uma necessidade”.

Em outros termos, os princípios enunciados de Direito Internacional, a exemplo do *Pacta Sunt Servanda*, da soberania das nações, não têm aplicabilidade imediata ou mesmo mediata, estando submetidos a longo procedimento ratificador posterior, procedimento ademais que não se assemelha ao procedimento jurídico ordinário, e pertencente ao campo da diplomacia².

O Direito objetivo, então, parece não prescindir da existência de algum ente centralizado, e não é outra a razão de a menina dos olhos do Direito Internacional Contemporâneo, a União Européia, esteja cada vez mais num processo de centralização negociada, não sendo a supranacionalidade hoje aventada algo diverso de um caminho rumo a um super-Estado federal futuro (nota falando das divergências, Irlanda, França, etc.).

Assim, não é possível compreender que o Direito Internacional Público hoje em tela como algo distinto de um conjunto complexo de normas programáticas, prescritivas, não executáveis sem um longo (não necessariamente medido em tempo, mas também em esforços) procedimento político que as ratifiquem e ainda, de ações de diversos agentes, especialmente entidades nacionais, internacionais ou supranacionais e pessoas jurídicas de direito privado que alcançam maior dimensão, a exemplo de ONG's ou associações.

2. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA POLÍTICA INTERNACIONAL

A despeito do caráter da política e do Direito realizados num âmbito que ultrapasse as dimensões estatais, a inexistência de uma “*executividade direta*” não impede que a institucionalidade seja operada. Ao contrário, não havendo o que se pode chamar de polícia ou exércitos extranacionais, de modo que operem em esfera distinta ou complementar àquelas estatais, não se podendo mesmo falar num conceito de soberania internacional, é preciso que os agentes políticos que controlam os órgãos estatais encontrem formas de relacionamento que ultrapassem as forças coercitivas ordinárias estatais.

2. A rigor, a arte diplomática é institucionalizada, mas o procedimento a ela dado, a despeito de ser balizado em costumes, está por demais sujeito a vicissitudes dos governos de ocasião para considerarmos um procedimento tipicamente jurídico.

Nesse contexto, inserem-se os mais diversos órgãos de Direito Internacional. É importante lembrar que as mais diversas experiências ocorreram ao longo da história.

No entanto, boa parte das relações ainda se davam em base de conquista-dominância direta, com a anexação ou instituição de colônias, protetorados, dentre outras formas de combinação subordinada. A história não é linear, e ainda hoje se encontram exemplos das citadas relações políticas, ao passo que é a partir do século XIX que se percebe com maior intensidade a presença de certas organizações que não tinham como finalidade direta a política da guerra – ainda que, é bem verdade, a Cruz Vermelha tenha surgido no contexto bélico.

É no século passado que encontramos as mais ambiciosas tentativas de criação de fóruns deliberativos, nos quais as mais variadas nações poderiam relacionar-se num contexto pretensamente estável, sem o tacho da guerra a espreitar os debates e ajustes internacionais.

De primeiro, a marcante e notável Liga das Nações, de efêmera e ineficaz existência, não conseguindo evitar a deflagração da II Grande Guerra. Após, o alvorecer das Nações Unidas, mas não só, porquanto nas décadas seguintes surgiria a Benelux, posteriormente, CECA, CEE e UE, os agrupamentos de nações asiáticas e africanas, especialmente após o processo de descolonização, a APEC, e as iniciativas na América Latina, do Norte e Caribe, que serão exploradas abaixo.

Se não é possível contar com um Direito organizado de forma centralizada e pretensamente uniforme, essas instâncias conferiram algo semelhante à própria racionalidade burocrática ao processo de negociação entre os mais diversos Estados-nações que surgiram. Se não é possível afirmar que guerras foram evitadas pela existência de tais instituições, diga-se que foi ampliada a gama de circunstâncias na qual as negociações e o embate não bélico poderiam acontecer, para além, inclusive, das diferenças ideológicas aqui e ali proclamadas entre países, foi a política internacional que garantia a não aniquilação mútua – e para isso, o maior conhecimento entre os corpos diplomáticos internacionais garantido pelas instituições contribuiu de certa maneira, muito embora não tenham sido essenciais.

Conquanto sejam alvos de duras críticas, as instituições internacionais acabaram por ganhar importância demasiada em os meados do século, especialmente com a onda de flexibilização comercial e com o maior fluxo de informações e transportes, notadamente no crepúsculo dos 1900.

Esse desenvolvimento gerou as mais diversas organizações internacionais, que geraram efeitos concretos nas sociedades de todo o planeta, no aspecto político, social e econômico, inclusive nas vidas privadas.

3. A ERA DOS ORGANISMOS INTERNACIONAIS

Nesse contexto de desenvolvimento das instituições internacionais ganham importância os organismos internacionais, entidades arranjadas inicialmente no interesse dos Estados nacionais, e tendo como foco básico evitar contendas bélicas ou negociá-las em termos menos danosos possíveis, mas que a cada dia adquirem maior importância e penetração na vida cotidiana de todos os indivíduos.

É de se dizer que as organizações internacionais distinguem-se dos modelos clássicos de uniões, pactos ou alianças de Estados, embora encontrem traços embrionários naqueles, porquanto possuem natureza jurídica própria, com estatutos, procedimentos e modos de atuação autônomos, ainda que possa ter em seus agentes representantes dos Estados Nacionais. Explica-se: Ainda que, e.g., um funcionário do Ministério das Relações Exteriores do Brasil integre como representante oficial um desses órgãos, no órgão, ele ocupa uma posição própria, função distinta da ocupada no Ministério. Em instituições mais desenvolvidas, com funções mais especializadas, é o caso de um nacional ocupar um cargo totalmente distinto, não respondendo aos interesses diretos de seu país.

Naturalmente, não é o escopo deste artigo traçar árvores genealógicas ou históricos dos respectivos organismos, o que já é sobejamente encontrado nas melhores obras de Direito Internacional, manuais ou livros especializados. Ao invés, pretende-se arrolar as funções atualmente desempenhadas pelos órgãos, junto às críticas que vem recebendo e às perspectivas que os agentes políticos internacionais trazem à baila.

3.1. ONU

As Nações Unidas são a mais conhecida e a maior organização estritamente política existente no Direito Internacional. Com uma área de atuação que abrange desde o clima do planeta até as condições laborais, passando pelas questões alimentares e de saúde, as atividades do órgão dão-se das mais variadas formas, por meio de agências, como a FAO, a OMS, a OIT, entre outras, por meio do maior fórum deliberativo internacional, que é a Assembléia-Geral das Nações, anualmente realizadas em Nova Iorque, mas não somente.

Em relação à Guerra, o órgão maior da ONU é o Conselho de Segurança, composto por 10 membros, sendo 5 fixos e com poder de veto (China, EUA, França, Inglaterra e Rússia, em ordem alfabética) e 10 variáveis – hoje ocupam as cadeiras África do Sul (África), Bélgica (Europa Ocidental), Croácia (Leste Europeu), Burkina Faso (África), Indonésia (Ásia), Itália (Europa Ocidental), Panamá (América), Costa Rica (América), Líbia (África) e Vietnã (Ásia)

De momentos em momentos, o CS tem sua legitimidade questionada por países que não possuem assento ou poder de veto. Afirma-se que a formação do CS data de fins da II Guerra e retrata um equilíbrio de poder, que não mais se nota nos dias de hoje, desconsiderando a importância de certos países que possuem grande população ou economia, a exemplo do Brasil, da Índia, da Alemanha e do Japão. Estes quatro países têm tentado esforços diplomáticos, todavia nem sempre combinados, uma vez que são múltiplas as variáveis da política entre nações, sendo os aliados para certas causas, frontais inimigos ou concorrentes em outras.

Por sua vez, os países que hoje ocupam o CS desconfiam da ampliação do foro, por motivos que vão desde a redução relativa de sua influência geoestratégica até a ineficácia do CS já nos dias presentes, motivo que é alegado como clara desnecessidade de qualquer reforma no órgão.

Naturalmente, as propostas de reforma encontram outros termos, já tendo sido sugerida a criação dos membros permanentes sem poder de veto nas decisões do Conselho. Tal expectativa de reforma foi sepultada, porém, dada a existência de obstáculos representados por rivais regionais (Argentina e México, no caso do Brasil, Paquistão para a Índia, Itália para Alemanha) explícita oposição da China (rival regional em influência estratégica dos nipônicos), a maior potência em ascensão das últimas 2 décadas, um gigante político e econômico que vem espalhando seus tentáculos de influência ao redor do globo, para além das fronteiras continentais asiáticas. O maior exemplo é o continente africano e a própria realidade da economia norte-americana hoje, na qual os títulos de crédito da dívida governamental encontram-se em grande parte na mão de investidores chineses e do próprio governo.

De outro lado, os EUA possuem uma política ambígua, em relação não somente ao CS, como no que respeita à própria ONU. As propostas de reforma não são recebidas nem com esfuziante entusiasmo, mas também não o são com taxativas negativas, o que reflete a própria política de idas e voltas do governo americano com respeito às Nações Unidas como um todo.

Se, de um ponto de vista, são os maiores financiadores da ONU e um de seus veementes construtores nos idos dos anos 40 e 50 do século passado, é dos Estados Unidos da América também que surgem as maiores críticas no que toca ao próprio órgão, seja no aspecto de sua organização de nossa época, seja na crítica a essência do próprio órgão.

Sintomático que tenha sido nomeado recentemente embaixador americano no órgão, John Bolton, diplomada que é um de seus maiores críticos, já tendo defendido proposta no sentido de *“mudar a atual contribuição financeira compulsória de cada país para voluntária (...) as posições norte-americanas*

*não são levadas em conta, uma vez que podemos ser derrotados ou ser alvo de manobras lideradas por países com porcentagem de contribuição muito pequena”*³, ainda afirmando em 1994 que *“não existe algo chamado Nações Unidas”* e que *“se o edifício da ONU em Nova Iorque perdesse 10 andares não faria diferença”*.⁴

Do mesmo modo, há quem repreenda a paridade de condições dos países nas Nações Unidas, corolário de uma das bases do sistema internacional, com base no desrespeito às condições básicas de democracia. Alegam os críticos que ditadores não podem votar questões referentes a direitos humanos, o que causa grande polêmica, opondo Autodeterminação dos Povos, Dignidade Humana e mesmo desrespeitos flagrantes a direitos humanos em notáveis democracias⁵.

Há na estrutura das Nações Unidas as Forças de Paz, representadas pelos capacetes azuis (e integradas por exércitos nacionais), que hoje estão presentes no Haiti, com presença brasileira, inclusive. A respeito das ações humanitárias, calorosas polêmicas são instauradas, debatendo-se “soberanistas” de um lado, “humanitários” do outro, sem embargo de outras posições ainda mais radicais a favor da intervenção, que alegam ser extremamente casuístico e lento o mecanismo que dispara a ação da ONU, negligenciando certos conflitos (o exemplo mais citado atualmente é Darfur, no Sudão).

Para completar o quadro, denúncias de corrupção no programa Petróleo por Comida (“*Oil for Food*”) no Iraque, envolvendo altos escalões do órgão, colaboraram para o desgaste na imagem da ONU.

O que parece clara é uma insatisfação geral com as Nações Unidas, a despeito de este continuar sendo o organismo internacional que goza de maior credibilidade em todo o mundo, inclusive nos prognósticos que suas agências realizam a respeito da situação dos mais diversos Estados.

3. Entrevista a Folha de S. Paulo, 10.12.2007

4. A indicação de Bolton foi bastante controversa, não tendo sido submetida ao Congresso, que estava em recesso quando de sua nomeação. Ademais, o embaixador renunciou assim que percebeu ser inviável sua continuidade no cargo, dada a rejeição a seu nome no Congresso. Exemplo de um “falcão” da política internacional dos EUA, Bolton encara forte rejeição dos democratas e dos chamados “liberais” americanos, tendo sido criado na época de sua indicação um sítio virtual denominado “*Stop Bolton*”. Suas polêmicas declarações sobre o prédio da ONU foram noticiadas entre outros jornais, pelo Valor, de 07 de março de 2005.

5. Bem-aventurada a decisão da Suprema Corte dos EUA que restituiu o Habeas Corpus aos prisioneiros de Guantánamo.

3.2. OMC

Derivação do *GATT*– sigla em inglês para Acordo Geral de Tarifas do Comércio, esta Organização Mundial do Comércio, desde sua instituição como organização internacional, em oposição ao acordo multinacional que a originou, ganha cada vez mais importância e relevância no preparo das políticas comerciais externas dos países que ela integram, ainda mais com a entrada da China, potência em ascensão e um dos grandes negociantes globais contemporâneos.

Basicamente, a Organização tem como fins a liberação do comércio entre países, e com esse intuito deveriam comportar-se seus integrantes e em respeito aos princípios básicos da instituição que são:

- i) Multilateralismo
- iv) Concorrência leal
- ii) Não discriminação tarifária
- v) Proibições de restrições quantitativas
- iii) Previsibilidade
- vi) Tratamento especial aos países em desenvolvimento

No entanto, desde a Rodada Uruguai, de 1986/1993 (a reunião do GATT que deu vazão a OMC), grandes problemas têm sido encontrados no sentido de flexibilizar o comércio internacional, sendo as decisões da Rodada Doha postergadas além do prazo definitivo instituído em seu início (2001), visto que não há concordância entre os países a respeito da exclusão de barreiras, especialmente aquelas não tarifárias.

Em verdade, o órgão vem encontrando obstáculos na política de cada país (ou grupo de países, no caso da União Européia), que não parece disposto a ceder em pontos quentes de sua agenda política e econômica. É a situação dos agricultores americanos e europeus, que constituem grupos de pressão que exercem considerável influência na política local, além de serem tomados como símbolos nacionais, em oposição aos produtos estrangeiros.

De outro lado, os países em desenvolvimento resolveram emperrar negociações que tratam de propriedade industrial e em matérias como comunicações e educação, de grande interesse dos países desenvolvidos tecnologicamente, ainda mais dada o aperfeiçoamento da tecnologia e sua penetração na sociedade global.

3.3. União Européia

A menina-dos-olhos do Direito Internacional é mais do que uma série de acordos entre Estados, mais que uma organização internacional e mais até

do que uma comunidade supranacional. É possível dizer que a União Europeia possui natureza jurídica em construção, ou pelo que está, tem natureza híbrida. Se de um lado temos instituições estatais (Banco Central, moeda, Parlamento e órgãos administrativos próprios), que certamente limitam a autonomia dos Estados Nacionais integrantes (a despeito de nem todos os seus membros utilizarem o Euro, como é o caso do Reino Unido e da Dinamarca), do outro ainda restam Exércitos e polícias nacionais autônomas (mas há uma espécie de política de defesa europeia em curso e em discussão), e há a ausência mesma da própria Constituição- não por falta de tentativa, porém.

Como se sabe, a Constituição Europeia está em processo de aprovação pelos países-membros e encontra neste curso, desafios gigantescos. A rejeição da Constituição na França, na Holanda e na Irlanda, quando foi submetida a consulta popular e a divisão de opiniões mesmo quando bem aprovada pelos Parlamentos, mostra que se a União Europeia é a mais bem sucedida experiência do Direito Internacional moderno, tem também um déficit de legitimidade de razoável monta.

Isto se explica, na visão de alguns, pelo modo como foi dirigido o processo de unificação europeia. Não foi propriamente a aspiração dos cidadãos do Velho Continente que encaminhou a integração, mas sim a vontade de seus dirigentes, o que mais tardar, ensejou o desenvolvimento progressivo de uma burocracia própria, a continuar o projeto. Se isto é positivo do ponto de vista weberiano, visto que a consequência é uma dominação racional e impessoal, do outro, traz em seu bojo a pior das consequências para as democracias, que é o afastamento das instituições daqueles a quem deveriam interessar-se pelas mesmas. É fato que não foram a União Europeia e os *integracionistas* os responsáveis diretos pelo afastamento do processo, mas é fora de dúvida que o processo ter sido dirigido em gabinetes diplomáticos, se acelerou o caminho da União, afastou a quem pertencia a tradições seculares e tão ciosas de si quanto as europeias.

Os efeitos positivos da União são evidentes e sentidos em boa parte do continente-maior dinamicidade de algumas economias (os paradigmas são Espanha, Portugal e Grécia), livre circulação de bens e trabalhadores, com efeitos no milionário mundo dos esportes, como no caso do futebol e da chamada "*Lei Bosman*" e ainda, com efeitos no turismo.

De outra mão, é natural que decorrências negativas apareceram- e mesmo quando circunstâncias não eram causas, assim foram interpretadas pelas populações. Dessa maneira, os problemas dos maiores países da Europa continental (França e Alemanha) em elevar o PIB, a maior imigração de africanos e latino-americanos e o aumento do desemprego em alguns países, aliados aos

problemas com o agronegócio, com produtividade inferior aos concorrentes dos países em desenvolvimento, problema agravado pelo fato de grandes populações concentrarem-se no campo levaram a muitos não se reconhecerem na bandeira estrelada da UE. Esse grande nó a ser desatado não embaça, todavia, a perspectiva positiva que alguns países têm ao desejar o ingresso no grupo. Não foi à toa que 4 anos passados, mais 10 nações do leste juntaram-se as 15 que já integravam a União, e a Turquia cada vez mais demonstra interesse de participar da comunidade- o que não é pacífico, no seio das comunidades, turca e europeia, porém. Do mesmo modo, especula-se que no futuro, a zona de influência europeia ainda conte com a participação de mediterrâneos africanos, constituindo uma verdadeira potência global, junto com EUA e China.

Todavia, há perspectivas bastante pessimistas quanto ao futuro europeu. TOURAINE (2007, pág. 79) assevera que *“a paralisia das instituições europeias (...) torna agora ilusória a possibilidade de que a União Europeia se engaje em uma política ativa que corresponda às demandas da Turquia, em particular, dando assim um sentido real ao projeto de política mediterrânea”*. Ainda lamenta: *“O tempo em que alguns intelectuais, sobretudo alemães, de Jürgen Habermas a Daniel Cohn-Bendit, queriam fazer da Europa um ‘Heimat’ nos parece muito distante e já não encontra apoio importante. E a mais recente reunião do conselho europeu fez desaparecer alguns dos símbolos da unidade europeia, como a bandeira e o hino”*.

Se o assunto é a natureza jurídico-política europeia, se um Estado, um quase-Estado, uma Confederação (de um ponto de vista clássico, é isso que é a Europa hoje), TOURAINE contraria a perspectiva comum, ao dizer: *“Deve-se evitar falar da Europa, da União Europeia, como se fosse um nível superior de organização política- como se depois de ter passado dos feudos para as comunas e destas para os Estados-nações- tivesse sido enfim criado um Estado supranacional(...) vemos aparecer claramente a deteriorização da construção europeia”*

Só o futuro dirá se o pessimismo do sociólogo francês é justificável ou se o otimismo dos entusiastas da solução europeia prevalecerá.

3.4. Nafta

Infelizmente o Acordo de Livre Comércio da América do Norte não é bastante estudado no Brasil. Ao contrário, não são muitas as fontes e as existentes não tem acesso facilitado. De qualquer modo, conhecer melhor a experiência do acordo, especialmente o “caso México”, pode ajudar muito a entender como o Brasil poderia proceder (e não proceder) num acordo de livre comércio em todas as Américas.

Inicialmente, é preciso pôr em vista as insatisfações que toda situação de livre comércio (chamemos assim esse acordo, uma vez que abaixo será discutido se um acordo de livre comércio realmente propicia livre comércio nas melhores condições) gera. Dado o aumento de concorrência, a necessidade de modernização do parque industrial e tecnológico, as demandas por aumento de produtividade e melhora dos serviços e produtos oferecidos, com efeitos inclusive nos salários (afinal, a concorrência da força de trabalho também pode aumentar), o livre comércio parece apresentar derrotados de primeira mão. São essas conseqüências, aliás, que levam setores políticos a considerar e defender práticas protecionistas.

Parece-nos, porém, que isso é um grave equívoco, tendo em vista que leva em conta somente o curto prazo. Não se trata de defesa meramente teórica. Basta notar, aliás, o que aconteceu com o mercado de informática brasileiro, extremamente fechado e ineficiente nos anos 1980 e que hoje tem sido incrementado, oferecendo serviços de qualidade, inclusive em setores de difícil elaboração, como é o caso de softwares.

Voltando ao México, no entanto, parece que as posições que analisam o NAFTA partem de concepções pré-estabelecidas, o que prejudica a apreensão do real fenômeno.

Evidente que o NAFTA apresenta efeitos críticos, p.ex, no campo e nos trabalhadores e fábricas que são deslocadas de seu local de origem. Sendo estes trabalhadores especializados, tendo laborado grande parte de suas vidas em um setor somente, a mudança de uma fábrica é motivo de desespero para certas famílias. Não é à toa que certos Estados estadunidenses, justamente aqueles com grande concentração industrial, apavoram-se com a perspectiva do acordo (basta notar a recente polêmica envolvendo a Pensilvânia, Hillary Clinton e Barack Obama nas prévias de 2008). Do mesmo modo, produtores agrícolas, mexicanos ou americanos, também criticam o acordo e sempre que podem, protestam ou exercem lobby junto aos deputados e senadores para que sejam reduzidos os termos do acordo- aliás, é de se notar quão difícil é aprovar medidas de liberalização comercial no Congresso americano.

SANTOS (2007) trata o ingresso mexicano no NAFTA como continuação de um processo de subordinação ao projeto estadunidense de integração das Américas. Critica ainda os dispositivos do Tratado que permite às empresas processarem os Estados da Federação Mexicana em Tribunais Arbitrais, a respeito de danos causados por normas ambientais- cita ainda o caso de processo contra o governo canadense.

No entanto, algumas de suas críticas dizem respeito mais à natureza desses acordos de comércio, que impedem a mudança brusca de políticas

econômicas dos países sem qualquer contrapartida aos empreendedores. Aliás, é crítica semelhante àquela que se faz ao limite de endividamento dos países europeus- impedindo que ocorram maiores gastos do governo.

Ainda, Santos considera que o acordo não trouxe grandes vantagens ao México. *In verbis* (idem, 2007, pág. 154):

“... os investimentos estrangeiros no país foram, em boa parte, feitos na aquisição de empresas estatais e privadas do país. Desse modo, na maioria dos casos, esses investimentos não representaram novas bases produtivas e tecnológicas, além de serem responsáveis pela desarticulação de cadeias produtivas nacionais e por aumentarem as remessas de lucros para o exterior (...) a taxa média anula de crescimento do PIB mexicano após o tratado foi de apenas 2,5%, nada além dos 2,3% do período 1984-2003 (sic) e muito distante dos índices das décadas de 60 e 70. Para Weisbrot, Rosnick e Baker (2004), o impacto do Nafta para o crescimento do PIB foi muito pequeno, algo em torno de 0,5 % ao ano.”

Todavia, o professor parece ignorar a inexistência de um verdadeiro acordo de livre comércio entre México, EUA e Canadá. A produção agrícola mexicana é prejudicada pelos subsídios americanos à produção do açúcar e do milho. Ainda, abundam regulações que restringem de modo inequívoco um comércio de maior monta- sem falar que não há sombra de livre trânsito legal de pessoas, restando o tema da imigração ilegal como sempre ativo nas discussões da América do Norte⁶.

Os defeitos do NAFTA talvez sejam menos pelo livre comércio e mais pela timidez do acordo.

3.5. Mercosul e Unasul

Este ambicioso plano de parte dos países sul-americanos (e destrinchado no presente livro) traz em seu bojo não apenas a ambição de uma zona de livre comércio ou zona aduaneira, mas se pretende mais: é um órgão com vistas a instaurar um mercado comum, no qual vigorem as quatro liberdades: de circulação de pessoas, bens, serviços e capitais.

Ainda, há planos de ir além, com Moeda Única, Parlamento e eventual unificação de políticas macroeconômicas e de defesa.

A situação do MERCOSUL, porém, é vista com ressalvas em alguns momentos, ou com desbragado otimismo em outros. É o caso de se pesar em que se estágio está a integração sul-americana hoje- e até onde é possível chegar.

6. Não que a área de livre comércio necessariamente precise da livre circulação de pessoas. Que esta seja um tabu, isto sim é um problema ao livre e verdadeiro intercâmbio de bens.

De início, como o professor Saulo Casali enuncia, talvez não se esteja em uma situação tão ruim: o chamado MERCOSUL invisível, se não é visto e midiático como a União Européia, já é passível de ser visualizado em sua extensão no ordenamento jurídico, no planejamento de empresas maiores- ou naquelas dos Estados de fronteira, além das óbvias lides fronteiriças que envolvem a participação de Judiciários diversos. *In verbis*: “*Entretanto, alguns avanços até agora foram inegáveis. A tarifa aduaneira zero se aplica a 95 % do comércio intra-regional, e a TEC cobre 85% das atividades(...) O modo inergovernamental de tomada de decisões faz com que inexista, no dia a dia, a presença do Mercosul na vida dos habitantes. Por vezes, certas medidas decididas no âmbito do Conselho Mercado Comum, por deverem ser introduzidas pelo Legislativo e/ou Executivo de cada país, são sentidas e conhecidas como medidas nacionais e não comunitárias*”.

CASALI afirma que “*A ação é indireta, e o Mercosul se torna invisível aos olhos de todos, o que aumenta ainda mais a sensação de inação e de inexistência entre os habitantes dos países-membros, e ainda que a atuação do CMC seja extenuante e finde por lograr sucesso com a adoção de medidas internas por cada país, justamente o fato de apenas se perceber a adoção de medidas nacionais, quase sempre sem qualquer referência à origem e à iniciativa das mudanças, fornece combustível para os céticos. O Mercosul continua invisível, embora atuante*”⁷

É ainda importante notar que a prioridade dada ao MERCOSUL pelas políticas brasileira e argentina, essencialmente em temas de comércio internacional, tem ajudado a esses países barganhar de forma unificada, o que se não vem garantindo ganhos, certamente evita perdas.

Mas há problemas sérios, na integração do bloco e não somente externamente e com membros associados ou na negociação com a América do Norte e Europa- há sérias controvérsias internas que põem em risco a experiência *mercossulina*.

7. O problema da legitimidade é outro dos temas essenciais do Direito Internacional, especialmente para aqueles que entendem ser esse imprescindível para o desenvolvimento democrático e pela expansão de direitos fundamentais em todo o mundo. Se a atuação de um órgão essencialmente afastado dos eleitores como o CMC aponta um sinal claro de distanciamento entre cidadãos e as regulações que ordenam suas condutas, pode-se dizer que o mesmo ocorre com a União Européia, a *despeito* de haver Parlamento e outros órgãos políticos. O mal-estar europeu indica que a formação de consensos (mesmo os por omissão) que deram ensejos à formação dos Estados nacionais não ocorre da mesma maneira- e não há exatamente uma direção política a qual seguir. Se chegamos ao colapso da Era dos Estados, não se tem claro qual seria o modelo suplementar ou substituto.

Primeiro, a insatisfação paraguaia. Menor país do bloco, com população equivalente a da grande Porto Alegre, a economia paraguaia ainda é bastante diminuta, com influência de investimentos brasileiros (o caso dos *brasi-guaios*), que se destacam na usina de Itaipu, motivo dos questionamentos mais recentes. Há certo clamor no Paraguai de que o MERCOSUL não tem atinado aos menores países, sendo um bloco excessivamente brasileiro e argentino.

No mesmo sentido, concordam os uruguaios (a população do país equivale à da grande Fortaleza ou da grande Salvador) e tal ponto de vista pôde ser externado nos últimos anos, com insatisfações em relação à “guerra das papeleiras” com a Argentina e com a demora em negociar o acordo de livre comércio das Américas. O atual presidente uruaio, especula-se, já teria ameaçado negociar em separado acordos bilaterais com a UE e com os EUA, tal qual fez um membro associado, o Chile.

A Argentina, após a grave crise do fim dos anos 90, início da atual década, tem alternado sua política em endossar o bloco ou negá-lo subrepticamente, insatisfeito com afirmações da política externa brasileira. É de se ressaltar que na primeira reunião da Comunidade Sul-Americana de Nações, o então chefe de Estado argentino, Nestor Kirchner, não esteve presente à cerimônia. Relativo à política externa de Kirchner, PÉREZ LHANA (2007), em artigo bastante crítico ao último governo argentino, afirma que *“em vez de privilegiar a cooperação e o multilateralismo, considera mais apropriado aderir às coalizões estabelecidas, privilegiando um ‘soft balancing’, em outras palavras, recursos de poder concebidos a serviço de uma política de hostilidade ao hegemônico (...) No que se refere às alianças comerciais, ainda que tudo faça crer que a prioridade diplomática argentina deveria concentrar-se multilateralmente no Mercosul e bilateralmente no Brasil e no Chile, a realidade é outra, o aliado é a Venezuela de Chávez”*. (Grifado no original)

Já no que tange à Bolívia e à Venezuela, o primeiro associado, e o segundo membro que depende da aprovação dos parlamentos dos países integrantes do MERCOSUL para que se torne efetivo, as divergências políticas têm tornado complicadas as negociações do bloco.

A Bolívia está num processo de “reconstitucionalização”, i.e., numa nova acomodação política que teve origem com a maior participação dos militantes indígenas e descendentes, com destaque ao movimento cocalero e aos sindicalistas, e não parece ser para tão breve o fim desse processo. De um lado, departamentos do Leste (inclusive aquele vizinho ao Brasil, o de Santa Cruz) se opõem ao governo central, que conta com grande apoio no Oeste de maioria indígena.

Por sua vez, são notórias as idas e vindas, num verdadeiro balé diplomático, entre Brasil e Venezuela, por um *protagonismo*- retórico e prático- na América do Sul. O primeiro, especialmente por sua vantagem histórica, econômica e populacional, a despeito de certo afastamento em relação aos países de língua espanhola, tenta liderar os países sul-americanos, mormente em questões de comércio. Já o segundo, personificado na figura de seu Presidente, tem maiores participações políticas, tendo Hugo Chávez intervindo com opiniões em relação a candidatos presidenciais das eleições as mais diversas, a exemplo das mexicanas, peruanas, equatorianas, bolivianas e nicaraguenses.

DUARTE VILLA (2007, pág. 42) entende que *“os países sul-americanos, mesmo os que parecem ter algumas coincidências ideológicas, não têm um projeto de política externa em comum. (...) parecem existir três projetos de política externa: um representado pelos países fundadores do Mercosul que, embora as sucessivas crises e estilos de governo neste bloco, compartilhem de que é necessário manter a autonomia do bloco com uma agenda positiva em relação aos Estados Unidos; um segundo projeto mais orientado a uma relação forte com os Estados Unidos, em que se inserem o Chile e a Colômbia(...) E, finalmente, a perspectiva do bloco do Alba, uma proposta mais radicalizada, em que se inserem basicamente três países andinos (Venezuela, Bolívia, Equador), mas cujo principal promotor é o governo da Venezuela”*.

Essas divergências têm atrasado qualquer desenvolvimento de maior destaque do MERCOSUL. Ou melhor, tem afastado a divulgação e quiçá, a democratização do processo de integração sul-americana.

O Parlamento do MERCOSUL foi definitivamente instalado entre 2006 e 2007, sem maiores destaques, e ainda em meio a desgastes como os acima narrados, que não vem sendo resolvidos a contento, talvez nem acomodados do melhor modo possível.

Hoje o MERCOSUL é uma zona aduaneira imperfeita, na qual a tarifa única abrange a maioria dos produtos, mas aqueles que não são tocados, possuem grande importância na economia nacional.

De outro curso, já é possível notar maior integração entre países, dada a maior facilidade de trânsito (desnecessidade de passaporte), o que facilita, inclusive, maior integração cultural.

Temos ainda uma hesitante integração legislativa, como exemplifica o prof. Casali, em seu artigo, no caso da legislação consumerista, integrada a partir de diretivas do órgão do Cone Sul.

Ora, as notícias, se não são de todo alvissareiras, demonstram que há o que se fazer. Parece adequado, demonstrar também, que se a integração

européia tem muito a ensinar, não pode ser o modelo único da integração sul-americana. Pode servir de exemplo na maior lentidão do processo, inclusive, uma vez que Maastrich só aparece quase 35 anos depois do Tratado de Roma. A ilusão da supranacionalidade como a única solução pode obstar pensamentos mais concretos que permitam aos países do MERCOSUL viver com maior integração e que possam compartilhar maiores liberdades entre si, com benefícios mútuos. Não é preciso que se edifique a priori uma nação sul-americana para que o MERCOSUL produza grandes resultados. Inclusive são esses resultados que podem conduzir a um ciclo de maior interpenetração cultural- o que, aliás, já é melhor, se comparado ao período de 30 anos atrás.

Outro equívoco é pensar que *bases solidaristas* do MERCOSUL são incompatíveis com a liberdade de comércio. Na verdade, é justamente o contrário. A liberdade de comércio, desde que bem equacionada, para que avanços não sejam postos em riscos por desgastes inevitáveis num processo de flexibilização, pode servir justamente à maior integração cultural dos países, afinal, o fluxo de cultura pode ser incrementado em bases econômicas.

Entrementes, é necessário que se estabeleça uma política com metas e rumos definidos, que balizem o trabalho não apenas do corpo diplomático, mas também dos juristas, empresários e cidadãos como um todo do projeto. Um exemplo de condução complicada do processo é a recente instituição da UNASUL, sucessora da CASA (Comunidade Sul-Americana de Nações), que desde 2003 tem chamado a atenção da diplomacia brasileira, um espaço ainda mais amplo que o Mercado Comum do Cone Sul, e por isso mesmo mais heterogêneo e com maiores dificuldades na integração. O grande questionamento que se faz é: Não se estaria dando um passo maior que as pernas? Na reunião que formalizou a instituição do novo órgão, falou-se em política de defesa unificada, Banco Comum de Desenvolvimento (já existe, aliás, um protótipo no projeto do próprio Mercosul, com grande participação venezuelana e brasileira, que já se pode notar em alguns projetos de engenharia- especificamente rodoviária e petrolífera- no Brasil e na Venezuela).

SEITENFUS (2005) identifica a então CASA como “*um instrumento de natureza política capaz de transformar-se em foro no qual seriam identificadas os problemas comuns e tomadas medidas coletivas para suplantá-los*”. Afirma, ainda, que “*Sua natureza é absolutamente estatal, pura emanção do Poder Executivo, e decorre essencialmente de uma vontade diplomática*”. Ou seja, não se tem alteração substancial em relação aos modelos de integração do Mercosul ou da União Européia, conduzido pelas diplomacias nacionais.

A UNASUL é, pois, uma espécie de União futura para Mercosul e CAN, mas tão ambicioso projeto padece de alguns defeitos de formação. Na reunião

de 2005, nota SEITENFUS que o presidente venezuelano divergiu explicitamente do *modus operandi* da reunião. Em relação à insatisfação do Chefe de Estado venezuelano, além dos contornos políticos já referidos (e da oposição retórica ao comércio livre e à “mercantilização liberal” que é feita por Chávez – retórica, porque seu país usa o comércio, essencialmente de petróleo, como base da economia), cabe ressaltar que há mesmo esse risco diplomático da falta de diálogo na formação do órgão sul-americano. Consta que *“há temas de importância crucial que são incluídos nos documentos sem que se faça uma discussão prévia pelos Chefes de Estado. A burocracia diplomática se autoincumbe de responsabilidades políticas incompatíveis com suas funções”*.

A crítica de Seitenfus prossegue na afirmação de que o desejo da maioria dos países sul-americanos ultrapassa a dimensão meramente comercial. No particular, reiteramos a inexistência de oposição entre integração comercial e cultural, reconhecendo, porém, que há sobreposição da UNASUL e do Mercosul, o que parece inexplicável do ponto de vista da coerência diplomática.

Ainda mantendo dúvidas a respeito da necessidade de supranacionalidade na integração sul-americana, ao contrário de Seitenfus, é forçoso reconhecer que alguma razão lhe assiste em seu opinativo de que “o Mercosul é o grande derrotado da estratégia diplomática dos Estados Unidos” e que “Se ele persistir como estrutura flexível de cooperação, verifica-se uma redundância em relação À Casa, e logo as agendas decisórias rasparão produzindo faíscas”.

É o caso de ter em mente qual é a diretriz da integração latino-americana, e quais seriam as conseqüências jurídicas da mesma. Afinal, o Mercosul encontrou seu esgotamento histórico e será abarcado pela UNASUL? Em havendo uma pretensão de integração política (mesmo que em matérias nem sempre idênticas) nos dois órgãos, como compatibilizar a atuação diplomática?

O que resta claro, em meio a tantas perplexidades, é que o Mercosul é uma realidade, conquanto invisível, ao passo que a UNASUL é mais um projeto, que só chama a atenção midiática de reunião em reunião – inclusive com a mudança de nome de Comunidade para União Sul-Americana de Nações. É novamente de esperar os próximos lances diplomáticos para entender essa nova configuração sobreposta das relações sul-americanas.⁸

8. A proposta de uma Área de Livre Comércio sul-americana (ALCSA) surgiu pela primeira vez, no governo Itamar Franco (1992-1994), quando o ministro das relações exteriores era o mesmo de hoje, Celso Amorim.

4. ÁREAS DE LIVRE COMÉRCIO OU ÁREAS DE COMÉRCIO AMPLO E REGULADO?

O debate sobre o livre comércio não é novo. Aliás, o século XIX teve muito maior abertura relativamente comparando ao século XX, especialmente os cinquenta primeiros anos.

“(…) só entre 1812 e 1914 verificaram-se 16 casos de constituição de uniões aduaneiras, sendo o mais significativo (...) o da criação da Zollverein em 1833, com a abertura das fronteiras entre 18 Estados alemães e o estabelecimento de uma pauta comum em relação ao exterior.” (LOPES PORTO e FLORES JR., 2006, pág. 13)

Não é de hoje também as controvérsias acerca dos benefícios que o livre comércio traz ou não para os países que adotam políticas de inspiração liberal. Alegam os críticos que a liberdade de comércio favorece às maiores economias, especialmente às grandes empresas que as integrem, porquanto não cuidam as políticas liberais de tratar daqueles em piores condições.

Do outro lado, os liberais defendem as políticas de liberalização comercial como aumentadoras de concorrência, levando a incremento da concorrência, da tecnologia, contribuindo para o chamado equilíbrio de mercado (nota falando que há quem não acredite em equilíbrio perfeito, mas tendência ao equilíbrio), ou seja, os efeitos em maior prazo seriam melhores para a grande maioria dos agentes econômicos- e todos em algum momento ganhariam, tendo em vista sua posição de consumidores.

No entanto, não é possível afirmar que um Estado tenha aberto totalmente suas fronteiras ao comércio.

Conforme Tiziano TREU, “*Quando Smith atacava o mercantilismo britânico, admitia, não obstante, que os Atos de Navegação (leis tipicamente mercantilistas) haviam sido ‘talvez a mais sábia de todas as regulamentações comerciais da Inglaterra’, se avaliadas não só no plano da economia, como também no da potência nacional*”.

Explica-se: O livre comércio não garante ao ente estatal, que depende de certa concentração de poder, interna e externa, para manter seu monopólio coercivo. A instabilidade que pode gerar a concorrência em relação a, p.ex., empresas ineficientes, pode causar alguns transtornos imediatos, que, do ponto de vista político, ponham em risco o ocupante do cargo de plantão. Não é à toa, a idéia corrente de que o livre comércio só é defendido por aquelas nações que possuem maiores condições de proteger suas economias, por contraditório que pareça. E, de certo modo, é. Cabe questionar, então: São os acordos de livre comércio e o livre comércio propagado retoricamente pelas nações verdadeiro comércio livre?

Uma outra denominação dada a esses acordos pode ajudar na resposta. Há quem os chame de **“acordos de preferência comercial”** entre países. Ora, à medida em que todas as propostas até então presentes de livre comércio englobam exceções- que muitas vezes, tornam-se regra, quando envolvem maiores volumes de comércio, talvez seja o caso de adotar essa nomenclatura de modo mais corrente, nos textos analíticos.

O comércio proposto nos termos de acordos como o NAFTA, a ALCA e mesmo a UE é bastante regulado- para isso, basta ver a quantidade de artigos e regulamentos que são gerados após um acordo do porte dos acima citados, com a criação de trâmites burocráticos bastante rigorosos- e severamente rigorosos para quem não participe dos acordos.

Não é à toa que os intelectuais liberais mais radicais do debate político contemporâneo, os “libertários”, opõem-se de forma cabal e veemente aos acordos.

Murray Rothbard (1993) comentando o então recém-nascido acordo da América do Norte diz que: *“Os indivíduos que criaram o NAFTA e ousam chamá-lo de “livre comércio” são os mesmos que dizem que os gastos do governo são “investimentos”, que impostos são “contribuições”, e que aumento de impostos é “redução do déficit”. Ainda, compara a atitude dos países que a todo custo buscam superávits e incentivos à exportação, mesmo que garantindo subsídios, à dos mercantilistas e a busca incessante pelo ouro e por evitar o déficit na balança comercial.*

Nesse mesmo sentido, Manuel Ayau”, citado por Tucker⁹, afirma que *“O livre comércio não requer tratados. Tudo o que ele necessita é que se removam (unilateral ou multilateralmente) todas as barreiras artificiais ao comércio: a Inglaterra fez isso em meados do século XIX, Hong Kong o fez em meados do século XX. Em 1879, a Constituição dos Estados Unidos usou apenas cinquenta e quatro palavras para estabelecer o livre comércio entre os estados. Já o NAFTA, o acordo de ‘livre’ comércio entre o Canadá, o México e os EUA tem duas mil páginas, novecentas das quais se referem unicamente a tarifas.”*

Essas posições, contudo, são minoritárias no debate público. De certo modo, os acordos de livre comércio são tratados como inevitáveis e sintoma de novos tempos¹⁰. Contudo, é preciso que se tenha com cautela os riscos de que o nome embote a realidade.

9. Em “Livres Comércio X Acordos de livre comércio”.

10. Em sentido contrário, um libertário inglês, Antoine Clarke posiciona-se da seguinte maneira: “As tentativas de criar uma “Fortaleza Europa” não são realmente diferentes do “Euroceticismo”: os isolacionistas Eurocêtricos estão tentando bloquear a Globalização do

LOPES PORTO E FLORES JR alertam “*se não iremos assistir apenas à passagem para estes espaços geográficos das práticas protecionistas que em tempos anteriores tinham lugar nos espaços nacionais. Não se trataria de passos no sentido do livre-comércio e em geral da globalização, mas sim de passos no sentido da formação de ‘blocos fechados’*”.

Tal risco é agravado pela existência de Estados intervencionistas (consagrados pela alcunha do “Bem-Estar Social”), que não vêem com bons olhos o comércio que não traga todo tipo de vantagens às empresas de controle nacional. Basta ver as declarações de políticos franceses quando da venda da Danone ou da novíssima aquisição (ainda não totalmente concretizada) da Anheuser-Busch pela Inbev, que tem provocado algum barulho nos EUA.

Tem-se, pelo visto, 3 cenários básicos pela frente. O primeiro é a inexistência de qualquer acordo comercial; o segundo é a realização de um acordo comercial e a terceira é a posição unilateral de remoção de tarifas, conforme albergado pelos liberais clássicos ou radicais. Ora, este último cenário é improvável numa perspectiva de décadas. Os outros dois são verossímeis, embora o segundo seja o cenário mais factível, tendo em vista as pressões exercidas nesse sentido por setores empresariais e financeiros e a própria disposição de que o acordo encampe possibilidades futuras de maior integração política e cultural- o que não significa um caminho para a supranacionalidade.

Dados os termos no qual deve se desenvolver a política internacional, que são o conteúdo da realidade, aliado a alguma disposição de prevalecer interesses majoritários num Estado nacional, a orientação da diplomacia brasileira é a negociação de acordos, sem que estes sejam tidos como imprescindíveis. É uma posição pragmática, que pode colher ou não bons frutos aos cidadãos brasileiros, e essa colheita pode sim ocorrer num acordo de preferência comercial.

4.1. A influência e os interesses dos Estados Nacionais na liberdade de circulação de bens, serviços e pessoas

Numa perspectiva realista, como a aqui enunciada, as relações internacionais são guiadas pelos interesses concretos de poder e segurança dos Estados,

capitalismo, enquanto os Euro-céticos estão tentando bloquear o pan-europeísmo. Ambas são reações conservadoras à mudança, ambas têm o natural pessimismo quanto ao futuro dos conservadores: os bárbaros estão no portão e nós só odemos segurá-los por um pequeno período”. E arremata: “Na verdade, em matérias de liberdade sexual, de expressão e na possibilidade de curtir uma festa, a harmonização para a média europeia criaria maior liberdade em certas áreas. (**Euro-Scepticism is not Libertarianism**).

em jogo no tabuleiro internacional. Naturalmente, a expressão “interesses concretos” ainda soa abstrata, e é preciso verificar em cada contexto o que é que significam aquelas aspirações referidas e defendidas em textos diplomáticos.

Consoante dito em tópico anterior, é da própria essência dos Estados, como entes políticos que dependem de alguma concentração de força, que em última instância assegurem esse poder, que lhes garanta a legitimidade (ou melhor, a autoridade) perante seus integrantes. É, portanto, a sobrevivência, a primordial razão de Estado. Daí a aparente irracionalidade (pois quando devidamente analisada, acaba sendo verificada a racionalidade do processo) das guerras, externas ou as de guerras de afirmação de um grupo político no poder do Estado, as guerras civis, que estonteantes prejuízos trazem aos civis, que não possuem, via de regra, maior poder de decisão ou influência quanto ao destino das armadas e militares.¹¹

Não é só na Guerra que a política da razão de Estado tem influência. Ela ajuda a determinar a inserção dos Estados ante seus “semelhantes” na ordem que ultrapassa a soberania.

A posição dos Estados Unidos em relação ao livre comércio é paradigmática nesse sentido. A federação americana, desde sua origem, contém em seu seio contradições abissais, decorrentes da grandiosidade e da própria cultura de liberdade na qual foi erigido o país. Assim, se de um lado o país é visto como um dos campeões do livre comércio (na feliz expressão de Ricupero), de outro é encarado por setores agrícolas principalmente, como os maiores vilões na criação de entraves à comercialização sem barreiras tarifárias. Na visão do internacionalista brasileiro, os EUA lideraram o processo de liberalização internacional no século XX, seguindo o que o Reino Unido fez no século anterior, a despeito de antes ter possuído uma forte política protecionista. O grande xis da questão é “*que (...) as tarifas pesadas concentram-se justamente sobre os artigos exportados pelos subdesenvolvidos, às vezes pelos mais pobres, e afetam de modo particular o Brasil*”. (ricupero)

Ora, essa é justamente uma questão de política interna americana influenciando o seu comportamento diante dos outros Estados. Mesmo que retoricamente os EUA sejam os maiores defensores do comércio livre, não é possível concretizar o discurso em todas as áreas. Se é politicamente possível fazê-lo

11. Naturalmente, a opinião pública exerce alguma influência no problema da guerra, como no caso da retirada das tropas americanas do Vietnã. É um poder indireto e sujeito a outras influências, porém.

nas áreas de tecnologia, propriedade industrial e autoral, não é possível defender a liberdade comercial irrestrita e absoluta para o setor agrícola, no qual a competitividade dos produtores americanos é inferior a de alguns de seus concorrentes internacionais. Num exemplo direto, tem-se a questão dos produtores de laranja da Califórnia e da laranja brasileira. O mesmo ocorre no que se refere à reticência brasileira em abrir seu mercado, nos temas de maior interesse dos EUA, muito por causa da escala das empresas americanas, muito maior que a das brasileiras.

A impossibilidade sobredita não é, claro, um problema natural, físico, mas sim político. O alcance e a extensão da importância dos produtores agrícolas em certos Estados ianques põem em risco os mandatos dos políticos que por ventura sejam identificados com a liberação comercial- o que não acontece somente na agricultura, conforme se nota nos tópicos 3.3 e 4.

Ao determinar o alcance da possibilidade que os nacionais de outros países podem ou não fazer em seu território, o Estado negocia parte de sua própria existência, uma vez que aqueles pode igualar ou desigualar sob sua jurisdição.

Um exemplo candente é a o tema complicado desde os tempos gregos, que é a condição dos estrangeiros em solo dos Estados, quando aqueles decidem morar definitivamente em terras que não a sua.

4.2. A questão da liberdade de circulação de pessoas

O tema da imigração nem sequer foi posto em discussão no NAFTA. No que toca à ALCA, a restrição do tema das negociações ao livre comércio, evitou que mais polêmica fosse feita. Ora, o problema claro diz respeito aos EUA.

Estima-se que 11 milhões de imigrantes ilegais moram nos Estados Unidos. A política do país alterna em alguns momentos, mas não é de todo rigorosa com aqueles que conseguem se estabelecer além das fronteiras- há certa tolerância, a despeito de leis que proíbem a contratação de imigrantes e não é à toa que uma miríade de descendentes de imigrantes tenham constituído comunidades no país. (nota sobre o tratamento ruim dado aos não estabelecidos)

No entanto, a legalização das condições desses imigrantes é tema polêmico, dividindo os “linha-dura” e os “liberais”- curiosamente, o atual candidato republicano à presidência americana, a despeito de integrar o Partido Republicano, que concentra os maiores “linha-dura”, John McCain tem projetos de lei que visam garantir a cidadania americana aos filhos dos imigrantes ilegais.

Desde a década de 90, constrói-se uma cerca em parte da fronteira dos EUA com o México, o que causa protestos de ativistas dos direitos humanos

e do próprio governo mexicano. Tais reclamações foram intensificadas com a aprovação pelo Congresso, em outubro de 2006, da construção de um muro para toda a fronteira, ainda não iniciada.

A situação européia de tentativa de limitação da circulação de pessoas é distinta, porquanto esteja restrita ao âmbito extrablocos, uma vez que no Espaço Schengen a liberdade é ampla.

Por sua vez, o MERCOSUL colaborou com maior agilidade no trânsito de pessoas, dispensando o passaporte, no que talvez seja o efeito concreto mais visível do Mercado Comum para a população não especializada, cf. se verá em outro capítulo da presente obra.

Há de se dizer que, ainda que se diga explicitamente, a ampla cobertura social que boa parte dos países europeus garante a seus residentes é um dos motivos para que a imigração seja restrita- afinal, todo bem-estar tem um amplo custo.

5. O NAFTA COMO PARADIGMA: VANTAGENS E DESVANTAGENS – APRENDENDO COM A EXPERIÊNCIA PRÁTICA

Implementado em 1994, após aprovação dos respectivos congressos nacionais em ano anterior, no bojo do otimismo que grassou no fim dos anos 80 e começo dos 90, de que políticas favoráveis ao mercado livre trariam ganhos a todos- em contraste com os problemas econômicos que ajudaram a arruinar o bloco socialista, o Acordo de Livre Comércio para a América do Norte é aprofundamento de um acordo já existente entre os EUA e o Canadá, em vigor desde janeiro de 1988. O tratado que instituiu o NAFTA não aborda outros temas de integração internacional que não aqueles comerciais- comércio de bens, propriedade intelectual, eliminação de barreiras tarifárias, etc., guardando ainda uma série de exceções, com relação a, p.ex., segurança nacional.

Em relação aos efeitos do NAFTA, estudos do *Carnegie Endowment for International Peace* indicam que o Nafta não trouxe benefícios em grande escala ao México. Ou melhor, trouxe para alguns setores e não trouxe a outros. Um outro estudo do Banco Mundial (*NAFTA Lessons for Latin America and Caribbean*) indica que sem o NAFTA, o investimento estrangeiro estaria hoje 40% menor, a renda per capita de US\$ 5.920 (2002) seria 5% menor e as exportações mexicanas estariam 25% menores. Por outro lado, aumentaram as diferenças na renda de trabalhadores qualificados e não qualificados, bem como a desigualdade entre as regiões do norte e do centro em relação ao sul do México, assim como não houve incremento de crédito às pequenas e médias empresas.

No que toca à agricultura, a previsão é que a possibilidade de subsidiar a produção de milho expire neste 2008. Tal “dia D” tem assustado os agricultores mexicanos, que protestam por prorrogação dos prazos, quando não pela denúncia do acordo. O mesmo ocorre com o açúcar americano.

A insatisfação decorre justamente pela incapacidade do governo mexicano (e americano, no caso dos trabalhadores industriais) de possibilitar uma transição a essas pessoas, inclusive com uma ajuda à adaptação. Ao invés da política simples de subsídios ou preferência nas compras, o caso é de ofertar possibilidades de readaptação à realidade de uma área mais ampla de comércio.

No entanto, essa incapacidade governamental pode ser vista como inerente à política das lideranças que coordenam o acordo- e talvez, à miopia própria dos Estados nacionais em acordo. Um acordo de preferência comercial não necessariamente trará mais liberdade de comércio, e certamente não trará, se os governos apenas tratam de regulações, sem uma preocupação genuína de que os cidadãos possam inserir-se no livre comércio, de acordo com sua iniciativa própria. É preciso que, além disso, se tenha em mente a necessidade de garantir uma transição sem maiores choques econômicos ou políticos em setores específicos da sociedade, sem que se eternizem políticas de subsídios¹²- e é esse justamente o grande esforço e desafio dos acordos de integração internacional.

6. O MERCOSUL E A RELAÇÃO COM OUTROS BLOCOS REGIONAIS

Desde o princípio, o MERCOSUL jamais teve sua natureza fechada àqueles de fora do bloco. Primeiro, de acordo com o tempo em que surgiu, de maior liberalização das economias nacionais (em detrimento, inclusive, de medidas protecionistas que grassaram na América Latina nos anos 1980), depois pela natureza da economia dos países integrantes do bloco, que tomaram as exportações como necessidade primária de garantir crescimento econômico. Assim, foram negociados acordos de preferência comercial (livre comércio) com países latino-americanos como Chile, Bolívia, Peru, Colômbia e Venezuela. Se com Bolívia e Venezuela, as tratativas avançaram a ponto daqueles alcançarem o status de membros associados, o mesmo ocorreu com o Chile, que somente não se tornou membro pleno por opção

12. Subsídios que, mesmo na melhor das intenções, não passa de vantagens econômicas dadas pelos Estados a grupos específicos da economia (e em detrimento de outros).

de manter-se independente, “*sempre oscilando entre uma política de um assumido free trader de pequeno tamanho (...) e uma de maior cooperação com os seus colegas sul-americanos*”.

Ao invés de negociações bilaterais, como era a praxe, uma guinada na política sul-americana deu direção à CASA, hoje UNASUL.

Com relação à União Européia, desde o ano 2000, a opção do MERCOSUL foram negociações em bloco (ademais, como vem sendo no que pertine a outros blocos), ora com avanços, ora com regressos. É bem verdade que a crise argentina, os efeitos econômicos do 11 de setembro e a elevação cambial no Brasil (além do baque econômico sofrido pelo Uruguai ao longo dos anos 90) deixaram atônito o bloco do Cone Sul e atravancaram as negociações com a União Européia. Além desses problemas, os obstáculos próprios da negociação evidenciaram-se, com problemas semelhantes àqueles notados no caso ALCA, conforme LOPES PORTO e FLORES JR:

“No início, também a EU se recusou a incluir nas ofertas o setor agrícola-vital para o MERCOSUL, sobretudo a Argentina(...) A UE(...) insistia em maiores aberturas em serviços e compras governamentais, com o MERCOSUL, principalmente o Brasil, reagindo a tal demanda”.

Restam as arestas típicas de todas as discussões comerciais no mundo hoje. De um lado, os países em desenvolvimento (MERCOSUL) exigindo maior abertura aos mercados agrícolas, do outro os países desenvolvidos (UE e ALCA) limitando aqueles e buscando maiores vantagens nos “novos mercados”, de serviços, compras do governo, mídia, propriedade intelectual, etc...

A situação não parece ter esfriado, sendo suficiente o recente caso do embargo à compra de carne brasileira pela UE, sob alegados problemas fitossanitários (que são um dos instrumentos políticos de controle comercial, dado o prestígio internacional das barreiras tarifárias).

Este é, ademais, o grande nó da negociação entre blocos de países, talvez a grande dificuldade e limitação nos acordos de preferência comercial e inclusive na OMC. Se de um lado, dentro do bloco há consideráveis vantagens-tendentes a aumentar, quando se insere no conjunto do bloco a ampliação de liberdades individuais, como a de circulação de pessoas, para aqueles países que não integram os blocos, há rígidas limitações, seja na quota de produtos a serem vendidos (ou na incidência de tarifas ou bloqueios sanitários e ambientais), restrição ao fluxo de pessoas e a restrição mesma da atividade de venda, porquanto há desvantagem comparativa em relação aos membros do bloco.

7. ALCA & MERCOSUL: CONVIVÊNCIA POSSÍVEL OU EXCLUDENTE?

A idéia de uma zona de comércio que envolva toda a América não é nova. Se, de acordo nos conta RICUPERO (op. Cit. 2003), em 1889, James Blaine, secretário de Estado dos EUA, propunha uma união aduaneira que se estendesse do Alasca à Patagônia, com forte oposição da então gigante agroexportadora Argentina, tal idéia foi posta de lado ao longo de todo o século XX, ressurgindo no início dos anos 90, com a proposta de George Bush pai, de uma zona de livre comércio. Esta proposta insere-se num contexto de garantia da influência regional americana sobre a América Latina.

Afirmam LOPES PORTO e FLORES JR. Que “[a proposta da ALCA se deu] no clímax da tensão com a Europa devida à iniciativa do comissário Jacques Delors, conhecida como Europa 92, que os EUA temiam fosse transformar a Europa numa fortaleza(...) os EUA usaram, uma vez mais, a sua internacionalmente reconhecida (e aceita) influência sobre a América Latina, para uma manobra em favor de seus interesse mundiais e sinalizar as reações que poderiam advir contra associações que não lhe parecessem muito agradáveis”.

Ainda que seja inegável o paradigma estratégico da ALCA para os EUA, parece-nos que os autores negligenciam a postura americana em negociar tratados de livre comércio ao longo das décadas de 80 e 90, visto que“(...) os americanos continuaram críticos do bilateralismo e do regionalismo, que lhes parecia séria ameaça ao multilateralismo comercial. Essa posição principia a mudar quando, em 1985, pela primeira vez em décadas, os EUA assinam um acordo bilateral de livre-comércio- no caso, com Israel. Ao longo da Rodada Uruguai (...) Washington foi se afastando gradualmente da defesa intransigente do multilateralismo” (Ricupero, fls. 17).

Pode-se dizer, pois, que os acordos de preferências comerciais sinalizam a formação de estratégias simbólicas (afinal, ensina a história, que parceiros comerciais são menos suscetíveis ao conflito), mas parece exagerado que os EUA tenham tentado a ALCA em temor a Europa- a uma, pela proximidade física e influência histórica dos EUA sobre o continente americano e a duas, a política europeia de integração tem muito de suas garantias de estabilidade esteadas na segurança americana, conquanto haja divergências aqui e ali, ainda o eixo anglo-americano é fiador da segurança e estabilidade continental europeia.

A proposta da ALCA dá-se ainda em meio a disseminação dos acordos de Livre Comércio no mundo, na modalidade cruzada (por exemplo, entre a UE

e os países do mediterrâneo africano, entre os EUA e o Chile) ou na formação de blocos regionais, como no caso do NAFTA.¹³

A ALCA, porém, nos moldes em que exsurge, não é apenas um acordo de preferências comerciais clássico. Tanto Ricupero como Lopes Porto e Flores Jr. concordam que as negociações dão-se em torno de maiores regulações acerca de serviços e proteção de investimentos- neste caso, com grande similaridade ao Acordo da América do Norte.

Não é à toa, por sinal, que a proposta tenha influenciado a formação da estrutura de negociação da área. São os grupos negociadores: Agricultura, Acesso a Mercado, Subsídios, Antidumping e Direitos Compensatórios; Serviços; Direitos de propriedade intelectual; Investimentos; Política de concorrência; Compras governamentais; e Solução de controvérsias.

Na negociação, vigoram (vigoraram?) o princípio do consenso nas decisões, o de ultrapassar as obrigações garantidas na OMC, o de *single undertaking* (em uma tradução precisa, porém informal, “de uma tacada só”) e atenção às necessidades das menores economias.

Em relação ao princípio do consenso, é uma opção diplomática, muito embora seja difícil acreditar que caso uma considerável maioria de países, incluindo o MERCOSUL aceitasse o acordo, este teria sua vigência prejudicada. Não há dúvidas de que o eixo do acordo resta nas pretensões do Brasil (e MERCOSUL) e dos EUA, tendo em consideração o tamanho das economias desses países e de suas populações. Com o NAFTA, México e Canadá parecem comprometidos com o projeto americano, do mesmo modo que os países da América Central (muitos deles já tendo celebrado acordo bilateral), Chile e Colômbia.

Parece claro que os atuais governos da Venezuela, Equador e Bolívia encenariam a maior resistência a ALCA, junto a Cuba. De qualquer modo, o consenso parece mais difícil hoje do que há 10 anos.

A característica de “*WTO plus* (ou “a mais que OMC”) é polêmica, pois novamente se confrontam interesses dos países que desejam manter setor agrícola aberto e Eua e Canadá, que desejam maior abertura na área dos serviços. Ademais, a declaração de coexistência da ALCA com outros

13. Ricupero menciona a sensível semelhança entre a proposta preliminar da ALCA e do acordo do NAFTA, a ponto de haver quem tenha asseverado a identidade plena entre certos trechos do tratado e da proposta.

acordos, desde que as obrigações sejam as mínimas garantidas pela Área, trouxe algumas críticas, vez que estabelecia uma solidez maior à ALCA do que uma simples zona de livre comércio garante, malferindo os outros acordos.

Acerca da negociação “de uma tacada só”, significa que não deve haver discussões paralelas, sendo a ALCA centralizada nos nove grupos negociadores, com eventuais querelas dirimidas pela Secretaria Geral. A respeito desse tema, há a grande vantagem de que não se ceda em demasia em espera de uma contrapartida que será dada em outro momento, em outra mesa de negociação, mas há também o problema de tornar a negociação mais lenta em caso de dissenso. E é um pouco o que aconteceu quando se chegou ao impasse muito similar ao da rodada de Doha.

Não foi explicitado como se daria essa maior atenção às menores economias do continente, o que é relevante, dada a existência de pequena população e economia, se comparadas às de Brasil, EUA e México, especialmente. Este inclusive, é um dos dilemas do MERCOSUL, e sempre alvo de complicada equação política, que envolve setores da economia nacional- que podem sentir-se desprestigiados em relação àqueles estrangeiros, e evidencia a necessidade de que haja um consenso interno nos países signatários de acordos internacionais para que saibam da necessidade de ceder em alguns momentos.

Aprovado o *fast track*, em 2002 (garantia de que o acordo comercial será aprovado ou rejeitado pelo Congresso americano, na íntegra, sem alterações pontuais), esperava-se uma aceleração do projeto, que foi tentada, mas sem grande sucesso. Explica-se pela existência de três estratégias diferentes propostas, uma pelo Canadá e Costa Rica, que defendiam lista e calendários únicos para supressão de barreiras; a outra, pelo MERCOSUL e países andinos, que advogavam a redução proporcional, com mais rapidez para Canadá e EUA; e por fim, a dos EUA, sugerindo a negociação país a país.

Esta oposição fundamental de método agravou o andamento das negociações. De um lado, a negociação brasileira, fundada no MERCOSUL (e de modo similar à negociação na OMC, acima citada) e do outro, a tendência americana em tratar cada país de um modo – um tanto em contradição com os princípios de multilateralismo que erigiriam a OMC, mas perfeitamente explanados pelo panorama genérico das relações internacionais no pós-Guerra Fria. Afinal “*o fim da bipolaridade e mais para frente, os atentados terroristas de 11 de Setembro, reforçaram o unilateralismo norte-americano e propiciaram uma maior arbitrariedade no uso do poder*”. (Russel e Tokalian)

7.1. Estratégias da América Latina frente aos EUA

Russel e Totkatlian identificam em cinco as estratégias dos países latino-americanos diante dos EUA: *“acoplamento, acomodamento, oposição limitada, desafio e isolamento”*.

Dentre elas, o México que assinou o NAFTA, no governo Salinas, optou pelo acoplamento, o mesmo fazendo hoje o governo Uribe na Colômbia, no qual há perfeita consonância de objetivos de política externa- com grande influência na política interna dos países.

Os autores qualificam o Brasil no grupo da oposição limitada, política *“na qual se combinam desacordo e colaboração, conciliação e entopercimento, deferência e resistência”*. Nessa diretriz mista, há concertação entre um papel considerável do Estado na dirigência de processos políticos amplos, nos quais está inclusa a economia. Sobre o país, afirma-se: *“apresenta uma condição única na América Latina: a de ser um país com aspiração de liderança regional e projeção extra-hemisférica. Isto exige distanciar-se de Washington para ser reconhecido como poder na área, mas também aproximar-se dos Estados Unidos para que facilite sua ascensão internacional”*.

Por sua vez, como perspectiva, apontam a aplicação conjunta do multilateralismo vinculante e contenção limitada, respectivamente, como formas de utilizar as instituições mundiais existentes, de espaços e instrumentos regionais próprios de ação, para balizar a ação americana em termos institucionais, evitando ou reduzindo a ingerência americana na política de seus países, ainda com um terceiro vetor, o da colaboração seletiva, numa tentativa de contornar o rumo americano em retorno ao multilateralismo.

7.2. Mercosul e ALCA: Juntos, complicados e possíveis

Não deixa de ser nessas bases pragmáticas que ocorrem as negociações da ALCA, que encontra defensores e adversários aguerridos. Muitas vezes a discussão dá-se em termos áridos, não propriamente econômicos, mas puramente matemáticos, nos quais se pretende provar a eficiência ou não da ALCA com base em modelos de concorrência perfeita, etc.

Parece claro, porém, que não são definições contábeis que presidirão o processo de criação da área, sendo uma decisão eminentemente política.

O fato de não ser uma discussão meramente numérica, claro, não se faz com que se desprezem as estatísticas. Ricupero afirma que *“certas tarifas americanas, em especial as incidentes sobre exportações que excedam quotas, são de tal maneira elevadas que eliminar qualquer possibilidade de exportação. Esse é, por exemplo, o caso do açúcar (236% extra-quota), tabaco (350% extra-quota), etanol (2,5% mais US\$ 0,52 por galão)...”*.

Com o problema das barreiras comerciais, chega-se a um impasse em que a ALCA pode não apresentar maiores vantagens do ponto de vista da distribuição dos ganhos. GONÇALVES não vê maiores vantagens na formação da ALCA nos moldes em que era discutida em fins dos anos 1990, bem como não considerava que a redução das exportações Brasil-EUA tenha sido consequência direta do NAFTA, ou seja da preferência a parceiros comerciais.

A posição brasileira, ademais, tem em consideração o bloco em que está inserido, o MERCOSUL, que apresenta finalidades de criação de um mercado comum, mais abrangente em seus termos do que a ALCA.

Eis o grande ponto. Há um impasse nas negociações da ALCA e há outro no aprofundamento do Mercosul. Além do imbróglio de cada projeto tomado individualmente, tem-se a questão: A ALCA embota a integração do Mercosul?

A resposta não é clara, mas há indícios de que seja negativa. Se é verdade que o Uruguai já ameaçou sair do Mercosul e negociar bilateralmente com os EUA (como o Chile fez), isso diz respeito menos ao problema da ALCA e sim às questões internas mercosulinas.

Dada a dinâmica interna das políticas de cada país, o Mercosul não pôde avançar na precípua discussão econômica que lhe foi imposta como pressuposto da integração aduaneira.

“Na verdade, a crise do Mercosul é a conjunção de três crises: aquela decorrente da desvalorização do real, que afetou negativamente o conjunto de economias do bloco; a crise decorrente da crise Argentina, que levou esse País a um grau de volatilidade fiscal e comercial que, na prática, revogou a união aduaneira existente entre os quatro países e, finalmente a crise desencadeada com a alteração da posição brasileira em relação a ALCA”.

No particular, discordamos da visão de Guilhon Albuquerque, em relação ao terceiro aspecto (por ele denominado “crise”): Afinal, não houve mudança clara na direção do Brasil, no intuito de negociar lentamente a ALCA. Ora, esta posição jamais foi alterada- e o impasse que dura desde 2003 é fruto da política do Mercosul, capitaneada pelo Brasil. Se é verdade que o Mercosul ganhou um caráter instrumental, cf. enuncia Guilhon Albuquerque, isto é consequência daqueles outros fatores e menos causa de outra crise. Aliás, quem analisa o Mercosul tem a tendência de enxergar as crises além daquelas complicadas que o bloco atravessa.

O Mercosul não é etapa para a ALCA, podendo conviver em negociação (4 por 1), em separado, vez que aquele é um projeto de integração essencialmente política, ao passo que o outro tem a natureza inicialmente econômica. Se é preciso para integração do MERCOSUL, passar a primeira etapa

da economia (e é imprescindível), não se exclui do âmbito de negociação da ALCA uma posição conjunta. Inclusive, é possível dizer que a menor integração do MERCOSUL prejudica a negociação da ALCA, na medida em que insatisfações de países como Uruguai e Paraguai, minam a influência do próprio bloco. Isto, porém, tem de ser resolvido no âmbito de cada país, e não há grandes esforços que se possa fazer, exceto os diplomáticos no sentido de manter a estabilidade e a democracia na região.

Aos desesperados, é preciso ter claro em mente que negociações em política são cheias de obstáculos e com ritmos inconstantes, ora mais lento, ora mais acelerado. Temos como exemplo a questão dos biocombustíveis que, a despeito de alguma oposição internacional, ganha destaque no eixo das relações bilaterais EUA-Brasil. Era um tema que até outrora não chamava tanta atenção, mas que hoje está na ordem do dia- e é possível que seja usada como vantagem para o próprio Mercosul¹⁴. A noção de gradualismo da política *mercossulina* é relevante, visto que não há ganhos em avançar sem consenso ou estabilidade interna de cada país. Do mesmo modo, a ALCA depende muito da dinâmica interna americana, e talvez em um plano maior, da posição de todos os países desenvolvidos que protegem setores nacionais poucos competitivos.

É preciso lembrar que devagar se vai ao longe, ou como se diz em outras plagas, *Pian piano si va lontano*.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. O Brasil e os chamados blocos regionais in São Paulo em perspectiva vol 16 nº 1, págs. 20-36, 2002.
- ARON, Raymond. Estudos Políticos. Brasília, Editora UnB, 1985.
- BAHIA, Saulo José Casali. O MERCOSUL e seus projetos institucionais. No prelo.
- BAHIA, Saulo José Casali. O MERCOSUL e suas relações com a ALCA e a União Européia. No prelo.
- BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola e PASQUINO (coord). Dicionário de Política vols. 1 e 2. 5ª edição. Brasília, Editora UnB e São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000.
- CERVO, Amado Luiz. Relações Internacionais da América Latina- velhos e novos paradigmas. 2ª edição. São Paulo. Editora Saraiva e Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2007.

14. Resta saber os interesses dos países do MERCOSUL em superar seus problemas internos, suas divergências entre si e intentar esforços para desenvolver tecnologias energéticas.

- CLARKE, Antoine. Euro-Scepticism is not libertarianism in Foreign Policy Perspectives nº 24, Londres, 1994.
- DUARTE VILLA, Rafael. Limites do ativismo venezuelano para América do Sul in In POLÍTICA EXTERNA, vols. 16 nº 2, págs. 37-49. Editora Paz e Terra, 2007.
- DUARTE VILLA, Rafael. ESTRUTURA E PROCESSO NEGOCIADOR DA ALCA e Antecedentes do Processo ALCA- Disponíveis em www.2mre.gov.br/alca e www.ftaa-alca.org.
- GONÇALVES, Reinaldo. ALCA e MERCOSUL: Fatos e Visões. In. Estudos em Comércio Exterior vol. II nº 1, 1999.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª edição. São Paulo; Martins Fontes, 2003
- LOPES PORTO, Manuel Carlos e FLORES JR., Renato Galvão. Teorias e políticas de integração na União Européia e no MERCOSUL. 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora FGV, 2006.
- MARTINS, Luana. Boletim do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas/UFRJ, Julho de 2007, disponível em boletim.ccje.ufrj.br/matéria.php?cod=98.
- PÉREZ LLANA, Carlos. Argentina: o balanço da gestão Kirchner. In POLÍTICA EXTERNA, vols. 16 nº 2, págs. 25-36. Editora Paz e Terra, 2007.
- RICUPERO, Rubens. A ALCA. 1ª edição. São Paulo; Publifolha (Coleção Folha Explica), 2003.
- RICUPERO, Rubens. Os Estados Unidos e o comércio mundial: protecionistas ou campeões do livre-comércio? In ESTUDOS AVANÇADOS, 16 (46), págs. 07-18. 2002.
- ROSS, Alf. Direito e Justiça. 1ª edição. São Paulo; Edipro, 2003.
- ROTHBARD, Murray N. O mito do NAFTA. Disponível em <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=65>. Acessado em 11. jul. 08.
- RUSSEL, Roberto e TOKATLIAN, Juan Gabriel. A América Latina e suas opções estratégicas frente aos Estados Unidos. In POLÍTICA EXTERNA, vol. 16 nº 3, págs. 07-27. Editora Paz e Terra, 2007.
- SANTOS, Marcelo. O México como aliado dos EUA no projeto de integração das Américas in Revista Brasileira de Política Internacional, 50 (2), págs. 146-161, 2007.
- SEITENFUS, Ricardo. O MERCOSUL e a penhora da Casa. In ESTUDOS AVANÇADOS, 19 (55), págs. 75-84. 2005.
- TOURAINÉ, Alan. Construção ou desconstrução da Europa. in POLÍTICA EXTERNA, vol. 16 nº 2, págs. 25-36. Editora Paz e Terra, 2007.
- TUCKER, Jeffrey. Livre Comércio X Acordos de Livre Comércio. Disponível em <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=106>. Acessado em 12.jul. 08.

XVIII.

**DERECHOS SOCIALES EN EL MERCOSUR
(ANÁLISIS DE LA DECLARACIÓN SOCIOLABORAL
DEL MERCOSUR COMO PROYECTO REGIONAL
PARA EL TRABAJO DECENTE)**

*Rodolfo Capón Filas**

“Es importante que sepamos mirar más allá de la propia frontera. Vivir así, más ecuménica, más católicamente (en el pleno sentido de la palabra) nos hace mucho bien, hasta para la propia esperanza. Hay que saltar por encima de las propias fronteras y buscar los intercambios, los contactos. Colectivizarnos, colectivizar lo que tenemos, las aspiraciones, los conflictos, las producciones, los programas”. (Pedro Casaldáliga, El vuelo del Quetzal, colección Maíz Nuestro, Bogotá, 1988, pág. 132)

SUMARIO: Prefacio; Introducción; I. Derecho al desarrollo; A. Realidad y valores; B. Realidad y Esperanza; Derecho al Desarrollo; C. Realidad y Conductas; a. Cuadro general; b. Cuadro particular: Lecciones de la crisis argentina (2001); 1. Imposición de un Modelo Imperial; 1.1 Fascismo ideológico y deterioro social; *Silencio sindical ante el Modelo Kichner*; 1.2. Cepo bancario y genocidio en grado de tentativa; 2. Necesidad de un Modelo de desarrollo con rostro humano; 2.1. Gestión directa (“Que se vayan todos”); 2.2. Sugerencias para un Modelo alternativo; D. Realidad y Trabajo Decente; a. Acercamiento conceptual; b. Educación-para-la-justicia y Trabajo Decente; c. Promoción del trabajo decente;

* Abogado, (U.Nacional del Litoral), Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (U.Nacional del Litoral) ejerció como abogado en Santa Rosa, La Pampa (desde 1966 a 1984), profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de Lima, profesor emérito de la U.Nacional de Lomas de Zamora, Juez en la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (desde el 01.02.1985 al 31.03.2006), miembro honorario de la ABRAT (Asociación Brasileira de Abogados Laboralistas), miembro honorario de la APAL (Asociación Paraguaya de Abogados Laboralistas), miembro del Equipo Federal del Trabajo, miembro de la Asociación de Abogados Laboralistas, autor de libros y publicaciones. La Sala del Pensamiento Libre en la Casa de la Cultura de Rio Grande (RS, Brasil) lleva su nombre. El 11.03.2006 fue designado por la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) Vice Presidente 3º del Instituto de Estudios Legislativos. Fue Director académico de las Bases Constitucionales para América Latina y el Caribe, Equipo Federal del Trabajo (coordinador), Bs.As. 2005. Fue Director académico de Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada con Documentos Internacionales. El 29 de mayo del 2006 se inscribió en el Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Se desempeña como Decano Académico del Departamento de Derecho Público y Social de la U.A.Kennedy, desde 1999. Es Director de la Revista Científica Equipo Federal del Trabajo (<http://www.eft.org.ar>)

1.Integración en el Mercosur; 1.1. Negociación colectiva y huelga trans-nacionales; 1.2. Alcances de la Declaración SocioLaboral; 1.2.1. Dimensión social y espacio social; 1.2.2.Contenido de la Declaración; 1.2.2.1. In-discriminación; 1.2.2.2. Trabajadores migrantes y fronterizos; 1.2.2.3. Trabajo forzoso; 1.2.2.4. Trabajo de menores; 1.2.2.5. Organización empresarial; 1.2.2.6. Organización y acción sectorial; 1.2.2.7. Tripartismo; 1.2.2.8. Búsqueda del empleo decente; 1.2.2.2.8.1. Capacitación de los trabajadores; 1.2.2.2.8.2. Capacitación de los empresarios; 1.2.2.9. Salud y seguridad en el puesto de trabajo; 1.2.2.10. Contralor estatal; 1.2.3. Exigibilidad de la Declaración; 1.2.4.Mecanismo de seguimiento; 1.2.5.Base de Datos; 1.2.6.Conducta de los actores sociales y de los Poderes del Estado ante la Declaración.; 2. Información mundial; II. Conclusión; Anexo I – Estructura del Mercosur; Anexo II: Normas de Derechos Humanos y Mercosur; Anexo III – Declaración Sociolaboral del MERCOSUR (10.12.1998); Anexo IV – Carta de Buenos Aires sobre Compromiso Social (30.06.2000); Anexo V – Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del MERCOSUR (20.06 2005);

RESUMEN:

1. La situación de los trabajadores en busca de un empleo decente y la situación de los empresarios en busca de una alta competitividad, son compatibles en la medida que el aspecto social y el económico integran el ancho mundo de los Derechos Humanos.

Los Estados miembros del Mercosur son Argentina, Brasil, Paraguay, y Uruguay. Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú tienen estatus de estado asociado. Venezuela firmó su adhesión el 17 de junio de 2006.

2. Los derechos sociales reconocidos en este espacio geo-político, además de las Constituciones de cada país, obran en las normas internacionales descriptas en el Anexo II del presente aporte.

3. Para que los derechos sociales reconocidos en la región se concreten, cabe exigirles a los países ricos, enriquecidos por el deterioro de los términos de intercambio, que levanten las barreras arancelarias, eliminen los subsidios internos que impiden a nuestros productos ingresar en sus mercados, elaborar conjuntamente con los demás Estados del mundo un Plan Solidario, para desarrollar nuestros países con un Modelo alternativo de Desarrollo, *con rostro humano*.

4. Para ambas tareas, el Mercosur es un espacio adecuado de poder y de posibilidades. Dentro de este espacio la utilización adecuada de la Declaración SocioLaboral puede servir tanto para sancionar nuevas normas razonables y justas como para crear una Base de Datos que haga transparente la situación laboral y social en todo el territorio.

PREFACIO

1. La decisión meramente formal, utilizada por la doctrina tradicional y los meros narradores de normas, se queda en la superficie del Derecho sin ahondar en las profundidades del caso concreto. Enraizada en la tranquilidad de la costumbre, se considera, con fanatismo, la única lectura de aquél. La *cultura del precedente* muestra la conciencia dividida: “se deja correr a cada

cosa por su cuenta: la investigación científica, la construcción técnica y las disposiciones políticas, por un lado; la razón y la conciencia por el otro”. (1) “Vivimos en la situación presente: más aún, nosotros mismos ‘somos esa situación’. Tendemos, por ello, a considerar lo que ahora existe como algo que tiene que ser así, en justicia y razón. En consecuencia, toda crítica de fondo aparece fantasmiosa. (2). Al contrario, la Teoría sistémica del Derecho Social (experiencia intelectual socializada, abierta y en construcción) invita al intérprete y al decisor a soltar amarras y *pensar*, con toda la fascinación y la fuerza del término: pensar, no copiar o repetir. El caso concreto está constituido no sólo por normas sino también por realidades, valores y conducta transformadora, como expresa la Teoría mencionada, de acuerdo a la cual el Derecho (D) es un conjunto, integrado por dos entradas, la realidad ® y los valores (v) y dos salidas, las normas (n) y la conducta transformadora (t). Se formula: $D = (r + v) + (n + t)$.

Sin perjuicio de señalar que en el 2008 siguen ocurriendo hechos similares, los acontecimientos de lucha y de muerte, ocurridos en Argentina en diciembre 2001, datos *tanáticos*, como “horizonte de sentido” (3) debieran marcar a fuego a los actores sociales, funcionarios sindicales, gestores empresarios, profesores, agentes del Estado, profesionales, para que, en un examen de conciencia y auto-crítica profunda, abandonando el autismo cómodo, comprendan que tras las cifras estadísticas de empleo, sub-empleo, desempleo, pobreza, viven y actúan varones y mujeres a quienes deben servir. Tales personas, más temprano que tarde, tal vez mediante medios alternativos (cacerazos, escraches) les pedirán cuenta de sus actos, como apercibe el juramento oportunamente prestado (“...la Patria me lo demande”). Ese clima ha de enmarcar toda decisión, mostrando la responsabilidad del decisor respecto de la satisfacción y del dolor de quienes serán alcanzados por la misma. Por ello, debe alejar del corazón y de la mente toda sensación *caín-esca* (de des-interés por la suerte de los hermanos comprometidos en la misma) ya que “la relación de un pasado al margen de todo presente está incluida en el acontecimiento, extra-ordinario y cotidiano, de mi responsabilidad por las faltas o las desdichas de los otros”. (4) Siendo así, en la construcción diaria de la Democracia como espacio de justicia y libertad, sin refugiarse en eufemismos leguleyos, cada uno debe aportar su granito de esfuerzo y su cuota de trabajo personal para lograr el resultado con el menor dolor ajeno posible, mediante repartos de potencia e im-potencia cada vez mejores (WERNER GOLDSCHMIT *dixit*) o menos im-perfectos, como señala TOMÁS MORO.(5) Esta visión no es im-possible, es una esperanza, y, sobre todo, un deber, intensificado ante los muertos del ajuste. Por ello, quienes influimos sobre los destinos de los demás, hemos de intensificar nuestra eficiencia con conciencia y compromiso, condiciones de la vida civilizada. Por ello, todos debiéramos vivenciar dos

eones: *antes y después* del 19.12.2001. Parafraseando a Mons.ANGELELLI, uno de nuestros mártires (“*un oído al Evangelio, el otro al Pueblo*”), hemos de actuar atendiendo al Derecho y a la sociedad civil, su creadora y destinataria.

INTRODUCCIÓN

2. En un mundo globalizado el trabajo deja de ser un elemento nacional, ubicado en un aquí y ahora dentro de una frontera determinada, para manifestarse como *realmente* es: un dato planetario, comprensible en una dimensión *mayor*, la de un universo-en-expansión. Quien así no lo viera, semeja un pez de pecera que confunde su horizonte cerrado con el ancho mar. Contra esta visión global conspira la costumbre de limitarse mentalmente a un “aquí y ahora” nacional. La costumbre tranquiliza al individuo y a los pueblos, al ahorrarles el trabajo de pensar y librarlos del riesgo de atreverse pero, al mismo tiempo, los adormece en falsas seguridades y les impide descubrir el verdadero sentido de la realidad. Durante la Primera Guerra Mundial, como había advertido ROSA LUXEMBURGO (6) en la IIa. Internacional, los obreros franceses y alemanes se mataban entre ellos mientras las burguesías permanecían con vida. En ese clima, concretando sin saberlo el sueño de ROSA, dirigentes sindicales, cuadros políticos y cristianos, entendieron que sin justicia social no habría paz duradera: de allí surgió la Organización Internacional del Trabajo, para impedir que nuevas injusticias condujeran a nuevas guerras. Aparece en el horizonte el trabajo, como dato planetario. Como tal vez el hombre no aprende sin dolor, fue necesaria una segunda guerra para que los ordenamientos normativos reconocieran los Derechos Humanos en todas sus dimensiones: civil y política: económica, social, cultural; colectiva. Tal vez fue necesario el horror del terrorismo armado para descubrir una nueva vertiente de estos Derechos, la globalizada. De este modo, todo el hombre y todos los hombres se encuentran solidariamente comprometidos en la construcción del bien común nacional y universal, conjunto de condiciones reales y objetivas que permiten crecer y desarrollarse a *todos*, no solamente a algunos pocos.

I.DERECHO AL DESARROLLO

A. Realidad y valores

3. La realidad suele manifestarse *refractaria* respecto de los Derechos Humanos, no sólo en el aspecto político sino también en el social y en el económico. De ahí que las diversas organizaciones defensoras de tales derechos deberían atender los varios elementos problemáticos sin detenerse específicamente en alguno. Por tal razón, los actores sociales han de potenciar los componentes de toda sociedad activa (conciencia, compromiso, poder)

y transformar la realidad para que el hombre ocupe el centro referencial del sistema.

B. Realidad y Esperanza

4. Inteligentemente se ha señalado que a la Declaración Universal de Derechos Humanos “le falta mucho más que lo que tiene. Por ejemplo, allí no figura el más elemental de los derechos, el derecho a respirar, que se ha hecho impracticable en este mundo donde los pájaros tosen. Ni figura el derecho a caminar, que ya ha pasado a la categoría de hazaña ahora que sólo quedan dos clases de peatones, los rápidos y los muertos. Y tampoco figura el derecho a la indignación, que es lo menos que la dignidad humana puede exigir cuando se la condena a ser indigna, ni el derecho a luchar por otro mundo posible cuando se ha hecho imposible el mundo tal cual es”. (7)

Derecho al desarrollo

El derecho al desarrollo es, ante todo, un derecho a la *Esperanza*, en conformidad con las posibilidades concretas que ofrece el actual género humano. Para corresponder a ello, debería ser purificado el concepto de evolución de los mitos y falsas convicciones a que lleva todavía una cierta estructura mental ligada a una noción determinista y automática del progreso. Cuando los pueblos en desarrollo tomen en sus manos el propio futuro mediante una voluntad de promoción manifestarán auténticamente la personalidad propia. Y para dar respuesta a las relaciones desiguales existentes dentro del conjunto mundial actual, un cierto nacionalismo responsable les confiere el impulso necesario para que consigan su identidad propia. De esta autodeterminación fundamental pueden brotar los intentos para la integración de los nuevos complejos políticos que permitan a los mismos pueblos alcanzar el pleno desarrollo; pueden abordar también las medidas necesarias para superar la inercia que harían vanos tales esfuerzos, como en algunos casos la presión demográfica, o, finalmente, los nuevos sacrificios, que el incremento de la planificación exige a aquella generación que desea construir su propio futuro. Por otra parte, es imposible concebir una verdadera promoción, sin antes reconocer, dentro de la opción política adoptada, la necesidad de un desarrollo que resulte de la unión del incremento económico y de la participación; y la necesidad del incremento de las riquezas que implica al mismo tiempo un progreso social de toda la comunidad, superando los desequilibrios regionales y las islas de prosperidad. La misma participación entraña un derecho que debe ser aplicado tanto en el campo económico como social y político.

En el mundo existen in-justicias que constituyen el núcleo de los problemas de nuestro tiempo y cuya solución requiere fatigas y responsabilidades en

todos los niveles de la sociedad, incluso en relación a esa sociedad mundial hacia la que se camina. Por ello, es necesario asumir nuevas responsabilidades y nuevos deberes en todos los campos de la actividad humana y particularmente en el ámbito de la sociedad mundial, si de verdad se quiere poner en práctica la justicia. La acción debe dirigirse en primer lugar hacia aquellos hombres y naciones que por diversas formas de opresión y por la índole actual de nuestra sociedad son víctimas silenciosas de la in-justicia, más aún, *privados de voz*. Así sucede, por ejemplo, en el caso de los emigrantes, que no pocas veces se ven obligados a abandonar su patria para buscar trabajo, pero ante cuyos ojos se cierran frecuentemente las puertas por razones de discriminación; o también, cuando se les permite entrar, se ven obligados tantas veces a una vida insegura o tratados de manera inhumana. Lo mismo cuando se trata de grupos a quienes ha cabido la menor suerte en la promoción social, como son los obreros y sobre todo los del campo, que representan la mayor parte en el proceso de evolución. Hay que deplorar de manera especial la condición de miles y miles de refugiados de cualquier grupo o pueblo, que sufren persecución, en ocasiones de manera ya institucionalizada, por su origen racial o étnico o por razones de tribu. Esta persecución por razones de tribu puede asumir en ocasiones características de genocidio. En muchas regiones se lesiona gravemente la justicia con respecto a aquellos que padecen persecución por la fe o se ven sometidos constantemente, y de mil modos, por parte de los partidos políticos o de los poderes públicos a la acción de un ateísmo opresivo o a la privación de la libertad religiosa, o porque se les impide honrar a Dios con culto público o se les prohíbe enseñar y propagar públicamente la fe, o no se les permiten actividades temporales en conformidad con los principios de su religión. La justicia es violada también con antiguas y nuevas formas de opresión que derivan de la restricción de los derechos individuales tanto en las represiones del poder político como en la violencia de las reacciones privadas, hasta el límite extremo de las condiciones elementales de la integridad personal. Son bien conocidos los casos de tortura, especialmente contra los prisioneros políticos, a los cuales se les deniega muchas veces incluso un proceso normal o que se ven sometidos a arbitrariedades en el desarrollo del juicio. No hay que pasar por alto los prisioneros de guerra que, incluso después de las convenciones de Ginebra, son tratados de modo inhumano. La contestación contra el aborto legal, contra la imposición de métodos anticonceptivos y las presiones contra la guerra son formas significativas de reivindicación del derecho a la vida. Además, la conciencia de nuestro tiempo exige la verdad en los sistemas de comunicación social, lo cual incluye también el derecho a la imagen objetiva difundida por los mismos medios y la posibilidad de corregir su manipulación. Hay que poner también de relieve que el derecho, sobre todo de los niños y de los jóvenes, a la educación, a condiciones de vida y a

medios de comunicación moralmente sanos, está amenazado nuevamente en nuestros días. La acción de la familia en la vida social es reconocida rara e insuficientemente por las instituciones estatales. No hay que olvidar el creciente número de personas que frecuentemente son abandonadas por la familia y la comunidad: los ancianos, los huérfanos, los enfermos y toda clase de marginados. (8).

C. Realidad y Conductas

a. Cuadro general

5. Al mismo tiempo se advierte un movimiento íntimo que impulsa al mundo *desde adentro*: no faltan hechos que constituyen una contribución a la promoción de la justicia. Nace en los grupos humanos y en los mismos pueblos una *conciencia nueva* que los sacude contra la resignación al fatalismo y los impulsa a su liberación y a la responsabilidad de su propia suerte. Aparecen movimientos humanos que reflejan la esperanza de un mundo mejor y la voluntad de cambiar todo aquello que ya no se puede tolerar. Las fuerzas que trabajan por una sociedad mundial unificada enraízan en la conciencia de la plena igualdad fundamental y de la dignidad humana de todos los hombres. Siendo éstos miembros de la misma familia humana, están mutua e indisolublemente vinculados entre sí en el único destino de todo el mundo, compartiendo su responsabilidad. Las últimas posibilidades tecnológicas están basadas en la unidad de la ciencia, en la globalidad y la simultaneidad de las comunicaciones, y en el nacimiento de un universo económico completamente interdependiente. Por otra parte, los hombres comienzan a percibir una dimensión nueva y más radical de la unidad, porque se dan cuenta de que los recursos como los preciosísimos tesoros del aire y del agua, imprescindibles para la vida, y la limitada y frágil biosfera de todo el conjunto de los seres vivientes no son infinitos, sino que, por el contrario, deben ser cuidados y protegidos como un patrimonio único de toda la humanidad. La contradicción está en que, dentro de esta perspectiva de unidad, el ímpetu de las divisiones y los antagonismos parecen aumentar hoy su fuerza. Las viejas divisiones entre naciones e imperios, entre razas y clases, poseen ahora nuevos instrumentos técnicos de destrucción; la rápida carrera a los armamentos amenaza el bien mejor del hombre, que es la vida; hace más miserables a los pueblos y hombres pobres, dando ventaja a los que son ya pudientes; engendra un continuo peligro de conflagración y, si se trata de las armas nucleares, amenaza con destruir toda clase de vida de la faz de la tierra. Contemporáneamente surgen nuevas divisiones que separan más al hombre de su prójimo. Al mismo tiempo, si no se sale al paso y no es superado por la acción social y política, el influjo de la nueva organización industrial y tecnológica favorecerá la concentración

de las riquezas, del poder, de la capacidad de tomar decisiones, en un pequeño grupo de dirigentes, público o privado. La in-justicia económica y la falta de participación social impiden al hombre conseguir los fundamentales derechos humanos y civiles. La ilusión de que el progreso económico supondría tanta abundancia de bienes como para permitir a los pobres nutrirse al menos con las migajas caídas de la mesa, ha resultado vana en las regiones poco desarrolladas y entre quienes se ven reducidos a la pobreza en las regiones más ricas. Tal estado de sofocantes opresiones produce continuamente marginados, subalimentados, que viven en habitaciones in-humanas, an-alfabetos, privados de poder político. Por otro lado, la demanda de recursos y de energías por parte de las naciones más ricas así como los efectos de su uso en la atmósfera o en el mar, son tales que los elementos esenciales de la vida terrestre, cuales son el aire y el agua, serían irreparablemente destruidos, si los altos niveles de consumo y contaminación se extendiesen a toda la humanidad en continuo crecimiento. El fuerte impulso hacia la unidad mundial, la desigual distribución que pone en manos de un tercio de la humanidad, es decir, de la que goza un mayor desarrollo, el control de tres cuartas partes de la renta, de las inversiones y del comercio; el mismo fracaso del progreso meramente económico y la nueva percepción de los límites materiales de la biosfera, muestran el hecho de que en el mundo actual están naciendo nuevas formas espúreas de concebir la dignidad humana. En el capitalismo, la propiedad privada de los medios de producción, distribución y comunicación, la alta concentración de la misma, la monopolización y oligopolización del mercado, el poder del dinero dentro del sistema político y de sus mecanismos electorales, la existencia de poderes permanentes bajo su control que no pasan por el sufragio (fuerzas armadas, órganos de seguridad, medios masivos de comunicación, iglesias, grupos y corporaciones económicas), limitan las libertades políticas, manipulan el sufragio, usurpan la soberanía popular y anulan la democracia económica, la democracia social y la democracia cultural, imponiendo diversas variantes de totalitarismo en ese campo. Igualmente, la prolongación, readecuación y reforzamiento de la opresión patriarcal elimina la democracia de género y la democracia en la familia y en las relaciones de parejas. Asimismo, el despotismo contra niños y niñas reduce al mínimo la formación de seres humanos libres, limita sus posibilidades de bienestar y felicidad y proyecta serias deformaciones en los adolescentes y los adultos. La contaminación, la desertificación, el calentamiento del planeta y todos los graves desequilibrios generados por la sociedad industrial reducen las posibilidades de vida presente y futura. Generada por minorías sociales, burocráticas, tecnocráticas (y agravada por el afán de lucro de los grandes propietarios), tal realidad expresa una relación incuestionablemente reñida con la democracia como poder del pueblo, para el pueblo y por el pueblo. Estas situaciones se dan incluso en medio de los

grados más altos de libertad alcanzados en las llamadas democracias occidentales; no hablemos de la abrumadora cadena de actos, episodios, períodos, regímenes, intervenciones, golpes de Estado, dictaduras, guerras y agresiones, inspiradas y protagonizadas por el despotismo político y militar en las diferentes fases del desarrollo capitalista. Las libertades alcanzadas dentro de ese ordenamiento social, los espacios democráticos logrados, han tenido mucho que ver con el papel de los actores que le han sido contrario; también con determinadas necesidades del sistema en el campo de las libertades individuales y con ciertas reacciones de una parte de los grupos dominantes dirigidas a reducir tensiones. (9)

6. Las alternativas al pensamiento único, a partir del I Foro Social Mundial (Porto Alegre, RS, Brasil, 2001) se brindan sistemáticamente, afirmando que *otro mundo es posible*, un mundo sin hambre, con escuelas, hospitales, viviendas, capacitación, *para todos*. Se deduce que ante esa posibilidad, surge el imperativo ético, moral, político, de construirlo.

b. Cuadro particular: Lecciones de la crisis argentina (2001)

1. Imposición de un Modelo Imperial

1.1. Fascismo ideológico y deterioro social

7. Sobre todo a partir de la Administración MENEM, alabada por muchas Fundaciones extranjeras, y con la complicidad de casi todas las asociaciones sindicales, se impuso en el país un Modelo Imperial que destruyó la industria, aumentó la marginalidad y acrecentó la riqueza en pocas manos. Fue acompañado por un fascismo ideológico intenso, que, utilizando la dupla “modernidad-antigüedad”, tachaba de “antiguos” a cuantos advertíamos el destino, que no venía desde el futuro sino se generaba desde el presente. Así sucedió: los “10 años que cambiaron la historia”, dejaron Puerto Madero como símbolo pero también fábricas cerradas, aumento de la delincuencia, crecimiento de la deuda externa, depósito de capitales argentinos en el extranjero, disminución de la educación, deterioro de la salud, peajes y servicios los más caros del mundo, déficit de las condiciones y medio ambiente de trabajo, crecimiento de las quiebras y concursos, corrupción en aumento, tráfico de armas, narcotráfico, prostitución, parejas destrozadas, niños abandonados, ancianos depositados en geriátricos inmundos, tribunales aborrotados, datos todos perfectamente demostrables y recogidos por CARITAS (10).

Silencio sindical ante el Modelo Kirchner

El silencio sindical frente al Modelo Kirchner fue co-optado mediante el aumento de los aportes de los trabajadores a las Obras Sociales sindicales (ver en

la Revista Científica Equipo Federal del Trabajo, www.eft.org., del 04.02.2008 los artículos siguientes: **Gobierno y CGT. Primer encuentro (Enero 2008)** **Gobierno y CGT, Quid pro quo Gobierno y CGT, Quid pro quo II**

1.2. Cepo bancario y genocidio en grado de tentativa

8. El cepo bancario, impuesto por el presidente DE LA RÚA en diciembre 2001 y confirmado por los presidentes RODRÍGUEZ SÁA y DUHALDE, demostró lo que algunos decíamos en cursos y seminarios: la in-viabilidad de un Modelo Imperial que cuando se agudizaran las notas de exclusión y exclusividad, *cerraría con represión*, tema indicado por RAÚL PREBISCH (11). Una de las formas sutiles de represión consiste en dificultar o directamente impedir a las personas usar y disponer de su propiedad, lo que demuestra que el capitalismo, para defenderse, utiliza *todas* las armas, incluso las dirigistas que contradicen la ideología del libre mercado (12). Haber decretado feriado bancario y cambiario, desde el 19 de abril del 2002 hasta que el Congreso sancione una ley que compulsivamente cambie los ahorros en Bonos del Estado, haga caducar el contrato original y mute el deudor (en vez del Banco, el Estado), no sólo atropella al sistema democrático imponiéndole al Congreso la fuerza de los hechos, sino también constituye un *genocidio* en grado de tentativa, al dejar a la sociedad civil sin recursos monetarios para satisfacer sus necesidades vitales durante el lapso que vaya desde el feriado hasta la sanción de la ley. Por estas razones y por las consecuencias económico-sociales de los sucesivos planes de ajuste, el Equipo Federal del Trabajo está preparando la denuncia por genocidio en la Corte Penal Internacional con sede en La Haya contra las autoridades del FMI y las autoridades argentinas que llevaron adelante tales planes con el resultado por todos conocidos: un pronóstico de pobreza para el 2003, superior al 50% de la población, planes que, analizados a la luz regional buscan debilitar el Mercosur y favorecer los intereses comerciales y estratégicos de los Estados Unidos (13).

2. NECESIDAD DE UN MODELO DE DESARROLLO CON ROSTRO HUMANO

2.1. Gestión directa (“Que se vayan todos”)

9. La sociedad civil (“la gente”, como la denomina el poder económico y político), viendo que ante el cepo bancario nadie la defendía ni la representaba, ganó la calle, cacerola en mano. Pero también ganó las plazas, en las asambleas barriales. Comprendió que entre los piqueteros, los caceroleros, los asambleístas, los des-empleados, no existían muchas diferencias sino una unidad: la de haber sido *estafados* desde los planes gubernamentales. Como esos

planes contaron con la complicidad de casi todas las asociaciones sindicales (14), la consigna “que se vayan todos” también alcanza a los sindicalistas, quienes no se animan a aparecer en público, por temor al “escrache”, forma de sanción moral colectiva de profundo contenido ético y psicológico. Ante ese cuadro de situación, algunos “comunicadores” sociales elaboran el discurso fácil y útil a los detentadores del poder económico y político, de que tales manifestaciones revelan a-nomia y an-arquía, por lo que deben ser “controladas”. Quienes hemos sufrido la dictadura en carne propia sabemos que del “control” a la “represión” hay un paso, que, de acuerdo a datos de abril 2002, podría estarse organizando (15). Si bien es cierto que el cacelorazo constante es un ruido molesto, no es menos cierto que es germen de democracia directa. Si bien es cierto que las asambleas barriales ocupan el espacio público, no es menos cierto que comienzan una nueva *arquía*, la del pueblo, directamente.

9. En ese cuadro, los obispos piden la auto-crítica de todos los sectores (16) y especialmente la “conversión” de los dirigentes políticos (17), porque la nueva democracia que se genera desde las bases de la sociedad también necesita sus voceros representativos.

Ese pensamiento ha de completarse con el sentido *profético* de la democracia directa, captado por NAOMÍ KLEIN en marzo del 2002 (18). Tal vez sub-conscientemente, esta gestión directa solucione tres elementos culturales con incidencia en la política: la viveza criolla, la imposición de los hechos sobre las normas, la marginación por ausencia de compromiso (19).

En consecuencia, hay que explorar los caminos alternativos para conjugar democracia directa con representación política, sin encerrarse en el pensamiento cómodo de rechazar la primera y aceptar únicamente la segunda. Ante esta realidad conflictiva, una salida razonable debiera conjugar gestión directa (presentación) con autenticidad de la re-presentación política: no se puede olvidar que esta última vuelve a *poner ante los ojos* la vivencia de los gestores: *presentación* y *re-presentación* se unen.

9. En ese cuadro, la gestión de empresas en crisis por parte de los trabajadores (20) repite el esquema de los años 1970, analizado y vivenciado en el Congreso Técnico de la CGT sobre la participación sindical en las empresas (1975), pero se caracteriza por su indiferencia respecto a la presencia sindical en el mismo, otro ejemplo del “que se vayan todos”.

2.2. Sugerencias para un Modelo alternativo

10. Los acontecimientos de comienzos de los 70, como la crisis del petróleo y las advertencias pesimistas de MAEDOWS que anunciaban un inminente futuro oscuro sin energía ni recursos naturales, acrecentaron la conciencia de

la problemática ambiental. La discusión superó los estrechos círculos de los ambientalistas y se convirtió en un argumento debatido por toda la sociedad.

Las Naciones Unidas organizaron en 1972 una Conferencia en Estocolmo sobre el tema. El problema ambiental ha sido un argumento difícil desde el comienzo del debate. Desde la Conferencia de Estocolmo hasta las conferencias sobre el Cambio Climático en Kyoto (12/1997) y en Buenos Aires (11/1998) se repite la polémica entre los países industrializados y los que están en vías de desarrollo.

11. El término *desarrollo sostenible*, acuñado en un contexto dramático y polémico con un sentido ambientalista, actualmente se ha ampliado. La 19ª. Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas (6/1997), 5 años después de la histórica Cumbre de la Tierra (Río de Janeiro, 1992) tenía como objetivo evaluar y dar nueva vida a los esfuerzos para poner en práctica el desarrollo sostenible. En esa Asamblea se afirmó que la reducción de las actuales des-igualdades en la distribución de la riqueza y en el acceso a los recursos, dentro de países y entre ellos, es uno de los problemas más urgentes de la humanidad, por lo que *erradicar la pobreza* será uno de los temas primordiales en los próximos años. En esa tesitura, la Asamblea, indicando prioridades, ha establecido tres áreas de trabajo para el período 1997-2002: erradicar la pobreza, cambiar los estándares de consumo, cambiar los estándares de producción.

Las acciones prioritarias buscan mejorar el acceso a las entradas sostenibles, a las oportunidades empresariales y a los recursos de producción; permitir el acceso universal a los servicios de base; desarrollar progresivamente sistemas de previsión social para sostener a quienes no son económicamente autosuficientes; desarrollar las habilidades de quienes viven en la pobreza y de sus organizaciones; atender el impacto de la pobreza en las mujeres; trabajar con donantes para aumentar las partidas del PBI destinadas a erradicar la pobreza; intensificar la cooperación internacional para erradicar la pobreza. Ello demuestra que la ONU tiene una concepción de desarrollo sostenible que va mucho más allá de la cuestión ambiental. Su abordaje primario, en efecto, es el social y, en lugar de una restrictiva visión ambiental, se sitúa en una visión amplia ya que su logro exige integrar sus componentes económicos, ambientales y sociales, buscando satisfacer de modo ecuánime las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

12. Las bases fundamentales del concepto han sido puestas por la Comisión Mundial de la ONU para el Ambiente y el Desarrollo, llamada también Comisión BRUNDTLAND. Después de cuatro años de trabajo, la Comisión publicó *Nuestro futuro común*, conocido también como *Relación Brundtland*,

punto de referencia para las actividades relacionadas con el campo del desarrollo sostenible, en particular para La Cumbre de la Tierra (Río, 1992). La Comisión señala que no es suficiente hablar aisladamente del problema ambiental, sino que se trata de una realidad compleja e interdependiente. Subraya que la tecnología y la globalización acarrearán para el desarrollo grandes problemas y grandes oportunidades. Todo esto ha conducido a la necesidad de una visión holística, global y sistémica del mundo, de la humanidad y del concepto de desarrollo. Al respecto, la Comisión BRUNDTLAND, subrayando el largo plazo, formula la siguiente definición: “el desarrollo sostenible es el que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”.

13. Satisfacer las necesidades constituye el núcleo central de la visión sistémica del desarrollo. La Comisión BRUNDTLAND afirma que es necesario priorizar el concepto de necesidades y, en particular, el de las necesidades esenciales de los más pobres. Esta definición marca un vuelco porque, dentro de la problemática del desarrollo sostenible, transfiere el énfasis, del ambiente, al área social. A partir de esta definición, no se puede asociar la sustentabilidad, exclusiva o prioritariamente a los problemas ambientales. Una vez establecida la prioridad del aspecto social, la Comisión pone en evidencia la relación que vincula el aspecto económico al social y al ambiental: se explica que el deterioro de uno de estos aspectos implica necesariamente el deterioro de los otros. La Comisión subraya la importancia de un amplio paquete de políticas de regulación incluidos los incentivos económicos, la internalización de los costos ambientales y sociales en los precios de mercado, el análisis del impacto ambiental y social y la difusión de informaciones a nivel internacional, nacional y regional.

14. El concepto de desarrollo sostenible implica una amplia reflexión teórica y pragmática. Se necesitan, de modo particular, nuevos sistemas de indicadores del desarrollo y de la sustentabilidad. El desafío radica en construir sistemas que gestionen de modo integral una enorme complejidad y que no la simplifiquen de modo ilegítimo. Es necesario estudiar en el plano metodológico, la inter-dependencia de todos los factores. Por eso mismo, todavía son pocos los instrumentos elaborados por las ciencias de base, como la filosofía, la lógica, la matemática.

La definición dada por la Comisión BRUNDTLAND conduce a un dilema que comienza con esta pregunta: *¿qué tenemos que hacer nosotros para satisfacer las necesidades de los pobres del mundo?*. La respuesta más razonable es: acelerar el crecimiento económico para crear mayor riqueza, que luego se distribuirá equitativamente. Se requiere, por lo tanto, un crecimiento

económico de factor 10. Esta estrategia, sin embargo, entra en conflicto con los límites ambientales. Los teóricos estiman que la simple duplicación de nuestra actividad económica actual superaría la capacidad del “sistema tierra” para sostenerla. Parecería que este dilema tiene una sola salida: *cam- biar el nivel de consumo y de producción*. Esto implica nuevos paradigmas tecnológicos, pero también un nuevo comportamiento, una nueva cultura de parte de los consumidores con un compromiso para solucionar la cuestión social, particularmente la pobreza a nivel global y un gran respeto por la naturaleza, basado en nuevos paradigmas económicos, tecnológicos y legisla- tivos que incluyen los estándares de producción y de consumo. Tal vez ella constituya el gran desafío del siglo. (21) Para evitar la tecnocracia, tiene sentido la participación de los sectores: “Ante las necesidades del desarro- llo, el debate público y la participación social son fundamentales para la elab- oración económica y social en un sistema democrático. La utilización de las prerrogativas democráticas, tanto de las libertades políticas como de los Derechos Humanos, constituye una parte crucial del ejercicio de la propia elaboración de la política económica, aparte de los demás papeles que pueda tener. En un enfoque basado en la libertad, la de participación es fundamen- tal en el análisis de la política económica y social”. (22)

D. Realidad y Trabajo Decente

a. Acercamiento conceptual

15. El Director General de la OIT en su Memoria ante la Conferencia In- ternacional del Trabajo 1998 introduce en el lenguaje de las ciencias sociales del trabajo el término *trabajo decente*, logrado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. Se trata de un trabajo libre, productivo y seguro, en el que se respeten los derechos laborales, se logren ingresos adecuados, dentro de un marco de protección social, diálogo social, libertad sindical, negociación colectiva y participación.

El mejor acercamiento al concepto es dado por la conciencia popular so- bre su contenido: las personas, con o sin empleo, buscan un puesto de trabajo con perspectivas futuras, que les permita equilibrar condiciones de trabajo con condiciones de vida, brindarles la posibilidad de educar a sus hijos o retirarlos del trabajo infantil.

El concepto encierra varios elementos, entre ellos la igualdad de género, de la igualdad de reconocimiento y de la capacitación de las mujeres para que puedan tomar decisiones y asumir el control de su vida, las competen- cias personales para situarse en el mercado, la actualización tecnológica, la

preservación de la salud, la necesaria y justa participación económica en las riquezas que se ha ayudado a crear. Desde un ángulo negativo, se trata de la ausencia de discriminación en el empleo, de tener voz en el lugar de trabajo y en la sociedad civil. Si para muchos, es el camino para salir de la pobreza, para otros es la variable que les permite realizar las aspiraciones personales y manifestar solidaridad para con los demás. En las situaciones más duras, el trabajo decente expresa el tránsito de la mera subsistencia vegetativa a la existencia *ciudadana*, dejando atrás los leprosarios sociales. En todas partes, y para todos, el trabajo decente garantiza la *dignidad* humana.

16. De la mencionada Memoria del Director General de la OIT se desprende:

Es una finalidad primordial disponer un trabajo decente para los hombres y las mujeres del mundo entero. Es la necesidad más difundida, compartida por individuos, familias y comunidades en todo tipo de sociedad y nivel de desarrollo. Es una reivindicación mundial con la que están confrontados los dirigentes políticos y de empresa de todo el mundo.

El marco social del empleo ha cambiado desde 1919 en que se fundara la OIT. La evolución de los sistemas tecnológicos y de producción ha transformado la conciencia social y suscitado un nuevo modo de entender la identidad personal y los derechos humanos. Debido a las mayores posibilidades de elección de los consumidores y de acceso al saber, y a nuevos medios de comunicación, los individuos y las instituciones sociales no son ya meramente sujetos sino también actores en potencia de la mundialización. Las preferencias sociales influyen en el funcionamiento del mercado y repercuten en el prestigio de las empresas, para cuyo éxito es cada vez más indispensable tener buena reputación. El cambio no es únicamente económico y social. En el orden político, muchos países constatan hoy que están sometidos a la vez al ojo crítico de los mercados y de la opinión pública, sin el beneficio de la duda y las subvenciones financieras que caracterizaron la Guerra Fría. Por otra parte, los problemas de inseguridad de los seres humanos y de desempleo han vuelto a ser uno de los elementos capitales del quehacer político en la mayoría de los países. La dimensión social de la mundialización y los problemas y exigencias que impone al mundo del trabajo tienen hoy una proyección pública. Se percibe con creciente claridad que los mercados no operan independientemente de su entorno social y político. Se estima cada vez más que la protección social y el diálogo social, por ejemplo, son elementos im-prescindibles del propio ajuste. La experiencia de las economías en transición, la creciente polarización social, la exclusión de África y la crisis reciente de los mercados incipientes han

puesto de manifiesto la necesidad de contar con un sólido marco social para apuntalar la nueva arquitectura financiera.

Desde múltiples y muy diversas perspectivas se insiste en la urgencia de dar una dimensión humana a la economía mundial. JUAN PABLO II enfatiza “la necesidad de determinar quiénes deben garantizar el bien público mundial y el ejercicio de los derechos económicos y sociales. El libre mercado no puede hacer esto por sí solo, porque son muchas las necesidades humanas que no tienen cabida en él”. Es particularmente notable que el propio estamento empresarial exprese hoy esa misma preocupación.

KLAUS SCHWAB, organizador del Foro Económico Mundial de Davos, ha advertido que “las fuerzas de los mercados financieros parecen haber enloquecido, humillando a los gobiernos, reduciendo el poder de los sindicatos y de otros agentes de la sociedad civil y creando una sensación de vulnerabilidad extrema para unos individuos que se enfrentan con unas fuerzas y decisiones que los desbordan”.

b. Educación-para-la-justicia y Trabajo Decente

17. Sin perjuicio de señalar seguidamente diversos medios técnicos, políticos y normativos para un trabajo decente para todos, cabe reflexionar sobre la necesidad ética de *educar-para-la-justicia*. De acuerdo a TOMÁS DE AQUINO, para que exista el equilibrio característico de la justicia “éste debe concretarse en la realidad porque, si así no fuese, aquella fuerza no funciona” (23). Este pensamiento se conjuga con el de CARLOS MARX, a quien “no le interesa tanto comprender la realidad como transformarla”.

La vida cotidiana dentro de la familia, la escuela, el trabajo, la vida social y civil, es la contribución específica que aportan los hombres a la justicia; a lo cual se debe añadir la perspectiva y el significado que ellos pueden dar a los esfuerzos humanos. De ahí que el método educativo deba ser tal que enseñe a los hombres a conducir la vida en su realidad global y según los principios de la moral personal y social. En efecto, aparecen claros los obstáculos a ese progreso que deseamos para nosotros mismos y para los demás. El método educativo, todavía vigente muchas veces en nuestros tiempos, fomenta un cerrado individualismo. Una parte de la familia humana vive como sumergida en una mentalidad que exalta la posesión. La escuela y los medios de comunicación, obstaculizados frecuentemente por el orden establecido, permiten formar el hombre que el mismo orden desea, es decir,

un hombre *a su imagen*; no es un hombre nuevo, sino la re-producción de un hombre tal cual.

Esta educación requiere una renovación del corazón fundada en el reconocimiento de la in-justicia en sus manifestaciones individuales y sociales. Ella sugerirá también un modo de vivir verdadera y totalmente humano en la justicia, en el amor, en la sencillez. Hará surgir igualmente la facultad crítica que lleva a la reflexión sobre la sociedad en que vivimos y sobre sus valores, preparando a los hombres para dejar esos valores, cuando no sean favorables a la justicia para todos los hombres. El objetivo principal de esta justicia de la educación en las naciones en vía de desarrollo consiste en el intento de sacudir la conciencia, con el fin de que sepa reconocer la situación concreta, y en la invitación a conseguir un mejoramiento total; mediante estos factores se ha iniciado ya la transformación del mundo. Este tipo de educación, dado que hace a todos los hombres más íntegramente humanos, los ayudará a no seguir siendo manipulados por los medios de comunicación o por las fuerzas políticas. Al contrario, los capacitará para forjar su propia suerte y construir comunidades verdaderamente humanas. Por tanto, esta educación permanente comprende a todos los hombres y a todas las edades. Esta educación es también práctica, porque se lleva a cabo mediante la acción, la participación y el contacto vital con las mismas situaciones de in-justicia.

18. La educación para-la-justicia tiene lugar primeramente dentro de la familia, sin descuidar otras instancias religiosas, políticas, sindicales. El contenido de tal educación lleva consigo necesariamente el respeto de la persona y de su dignidad. Como aquí se trata de la in-justicia mundial, ante todo se afirmará decididamente la unidad de la familia humana, en base a reconocer que el orden internacional está radicado en los derechos y en la dignidad inalienable del hombre. La Declaración de los Derechos del Hombre, hecha por las Naciones Unidas, debe ser plenamente observada por todos. En ese marco, se aprecia la educación para los Derechos Humanos, en que se hallan comprometidas las Naciones Unidas. (24)

19. El ajuste estructural conspira contra esa educación pluralista y solidaria, al potenciar las respuestas individualistas, incluso cuasi violentas contra el diferente. (25)

c. Promoción del Trabajo Decente

20. Sin perjuicio de que las ciencias sociales descubran otros, actualmente (abril 2002) los medios para lograr un trabajo decente para todos, responden a dos variables: la micro-social, la societal, de acuerdo al siguiente cuadro:

Medio	Micro-social	Societal
Diálogo social.....		XX
Integración del elemento social y económico del desarrollo.....		XX
Comercio inter-nacional justo		XX
Solidaridad con el desarrollo		XX
Integración en el Mercosur		XX
Cobertura de los derechos fundamentales en el puesto de trabajo	XX	
Participación de los trabajadores en las decisiones	XX	
Formación profesional.....	XX	
Negociación colectiva trans-nacional.....	XX	
Ejercicio trans-nacional del derecho de huelga	XX	
Declaración Sociolaboral del Mercosur		XX
Información mundial	XX	

1. Integración en el Mercosur

21. Una respuesta contundente a la separación entre lo económico y lo social (en este caso, la separación de estos elementos en el trabajo decente), fue el atentado a las Torres Gemelas (11.09.2001) que no hubiera sido posible con trabajadores supervisores de los aeropuertos, estables y con empleo bien remunerado. **(26).** Otra respuesta contundente fue la crisis de Argentina que, aplicando estrictamente las directivas del Fondo Monetario Internacional, desemboca en diciembre 2001 en uno de los mayores default externo e interno del mundo. Debe recalcarse la senda abierta por las Naciones Unidas en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), sosteniendo la unión entre el elemento económico y el social. **(27).** Contra esa unidad, las distintas rondas de la Organización Mundial del Comercio muestran las dificultades que los países desarrollados imponen a los productos provenientes de los sub-desarrollados, mediante diversas medidas proteccionistas, entre ellas barreras arancelarias y subsidios directos. Mientras predicán el liberalismo y la necesidad del comercio “libre”, prácticamente cierran sus fronteras a los productos de los países en desarrollo: esa contradicción lógica tiene profundas raíces éticas en la ausencia de solidaridad y el egoísmo de los grandes países **(28)** y en nuestro cholulismo interno **(29)**, muchas veces favorecido por el mismo Poder Judicial que no se comporta de acuerdo a las necesidades de la hora **(30)**.

1.1. Negociación colectiva y huelga trans-nacionales

22. El Mercosur y la posible integración de Bolivia y Chile abre a los sectores productivos la posibilidad de estructurar el inmenso territorio geoeconómico como espacio solidario y justo, en el que generar trabajo decente para todos. Para tal objetivo, han de potenciar las condiciones de toda

sociedad activa: *conciencia, compromiso, poder*. Dentro del poder social, la negociación colectiva y la huelga trans-nacional, rigiendo como derechos en la auto-nomía sectorial no necesitan ninguna habilitación extraña, por lo que su utilización depende sólo de la libertad responsable de los actores sociales. Sentado ello, las condiciones y medio ambiente de trabajo (CyMAT) constituyen uno de los segmentos principales del espacio solidario en el Mercosur ya que inciden directamente en la salud de los trabajadores. Del mismo modo, el mantenimiento y el alza del nivel de empleo. Ambos elementos componen el trabajo decente. La negociación colectiva, cuyo contenido básico refiere a ambos elementos, se manifiesta, entonces, como mecanismo fundamental para la *hominización (31)* del territorio mencionado.

23. Dada la libertad sindical, pueden los sectores sociales negociar colectivamente sobre las CyMAT, no sólo a nivel nacional sino también trans-nacionalmente. No existe impedimento a tal negociación en los regímenes jurídicos vigentes en los países del área: de allí que la propuesta sea válida desde el punto de vista lógico-formal. La discusión que la misma puede suscitar se refiere a otros temas: relación entre las fuerzas sociales, sujetos de la negociación, contenido normado, gradualismo necesario. La relación entre las fuerzas sociales interesa a la posibilidad en sí misma de la negociación ya que si los empleadores o los trabajadores se resisten a ella, cabe al sector que quiera negociar ejercer sobre el otro la presión necesaria para instaurar entre ambos el necesario diálogo. La sola novedad de la propuesta puede suscitar perplejidad o temor en los empleadores o en los trabajadores o en ambos, acostumbrados más bien a sentirse y negociar como “argentinos”, “brasileros”, “bolivianos”, “chilenos”, “paraguayos”, “uruguayos”, incluso buscando o pretendiendo ventajas competitivas basadas en el menor costo laboral. A medida que crezca la conciencia de la integración, tales perplejidades o temores, pretensiones o búsquedas, tenderán a desaparecer o menguar, precisamente por surgir en el horizonte psíquico/social el territorio del MERCOSUR como posibilidad abierta a todo el continente. La presión puede ejercerse de distintas maneras, entre ellas la comunicación del tema a la sociedad civil mediante los medios masivos, la incentivación política o religiosa, la huelga. Existe ya un acuerdo trans-nacional, de empresa, celebrado el 29.03.1999, entre el Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor (SMATA), argentino, el Sindicato dos metalurgicos do ABC, brasilero y la Wolkswagen.

1.2. Alcances de la Declaración SocioLaboral

24. Dentro de este cuadro, la Declaración SocioLaboral (Río de Janeiro, 10.12.1998) reconoce derechos sociales fundamentales mientras el Convenio Multilateral de Seguridad Social del Mercosur vehiculiza algunos. La norma

señala derechos sociales básicos en el espacio geográfico integrado, estructura un mecanismo de seguimiento y permite formar una Base de Datos de las normas vigentes en cada país y también de las conductas al respecto (individuales, sectoriales, estatales).

Deben analizarse los temas siguientes:

1. Dimensión social y espacio social
2. Contenido de la Declaración
3. Exigibilidad
4. Mecanismo de seguimiento
5. Base de Datos
6. Conducta de los actores sociales y de los Poderes del Estado ante la Declaración.

1.2.1. Dimensión social y espacio social

25. Cualquier integración económica y política genera problemas sociales, técnicamente conocidos como “dimensión social de la integración”. Si ésta es hominizadora o pretende serlo, responde con el *espacio social*, formado por normas y por órganos. Entre las primeras, la Declaración SocioLaboral reconoce derechos sociales fundamentales mientras el Convenio Multilateral de Seguridad Social del Mercosur vehiculiza algunos.

Los organismos del Mercosur, sobre todo el Foro Consultivo Económico-Social, el Subgrupo de Trabajo nº 10 y la Comisión SocioLaboral Regional pueden fomentar el empleo decente para todos.

1.2.2. Contenido de la Declaración

26. La Declaración: 1. consolida niveles alcanzados en la dimensión social del proceso integrador; 2. cimienta avances futuros y constantes en el campo social, “sobre todo mediante la ratificación y cumplimiento de los principales convenios de la OIT”; 3. proclama principios y derechos en el área laboral, “sin perjuicio de otros que la práctica nacional o internacional de los Estados partes haya instaurado o vaya a instaurar”; 4. establece que los Estados “están comprometidos con las declaraciones, pactos, protocolos y otros tratados que integran el patrimonio jurídico de la humanidad”, refiriéndose expresamente a las Declaraciones y Pactos de Derechos humanos, tanto de ámbito universal como de ámbito americano; 5. integra el orden público internacional, concepto jurídico abstracto que recepta los elementos sociales, culturales, económicos y políticos del bien común universal. Tales elementos han sido descriptos perfectamente en el Programa de Acción

de las Naciones Unidas, aprobado en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, junio 1993). Puede sostenerse válidamente que la Declaración integra el *ius cogens*, que obliga *antes y más allá* del reconocimiento oficial de los derechos del hombre; 6. tiene sentido prospectivo y abierto a nuevos elementos que la realidad y la conciencia de los valores hará reconocer como derechos (32).

Por todas estas razones, es un *pro-yecto de con-vivencia* en el Mercosur. Puede ser revisado luego de los dos años de su vigencia, receptando los avances del proceso de integración y la experiencia acumulada.

27. La norma: 1. establece la no discriminación, principio que facilita la libre circulación de las personas; 2. sostiene los derechos de trabajadores migrantes y fronterizos; 3. busca eliminar el trabajo forzoso; 4. reafirma la edad mínima de ingreso al trabajo; 5. reconoce el derecho de los empleadores a organizar y dirigir técnicamente la empresa; 6. consolida la libertad de asociación; 7. protege la actividad sindical, la negociación colectiva y el derecho de huelga; 8. promueve formas preventivas y alternativas de auto-composición de conflictos; 9. fomenta el diálogo social nacional e internacional; 10. incentiva el empleo; 11. protege a los desempleados; 12. reconoce el derecho a la formación profesional; 13. recepta el derecho a la seguridad y salud en el trabajo, especialmente a Condiciones y Medio Ambiente del trabajo dignas; 14. instituye e incentiva los servicios de inspección del trabajo; 15. reafirma el derecho de los trabajadores a la seguridad social; 16. recepta el contenido amplio de todos los tratados, Pactos o Declaraciones sobre Derechos Humanos.

1.2.2.1. In-discriminación

28. La in-discriminación (“igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social ó familiar”) se garantiza “en conformidad con las disposiciones legales vigentes” (obviamente, al 10.12.1998) con lo cual los extranjeros no podrían ocupar en Argentina los máximos cargos sindicales y en Brasil serían los primeros despedidos en empresas con problemas económicos.

De todos modos, el art. 1 exige a los Estados garantizar la vigencia del principio: ante ello, las reformas legislativas o convencionales se imponen, bajo sanción de responsabilidad.

Las personas con habilidades especiales (todavía cargadas con las palabras “discapacidad físicas o mentales”) serán tratadas en forma digna, favore-

ciendo su inserción social y laboral. Existe un compromiso estatal de adoptar medidas efectivas para que puedan desempeñarse en una actividad productiva.

1.2.2.2. Trabajadores migrantes y fronterizos

29. Los trabajadores migrantes y fronterizos deben ser ayudados con la información necesaria para que conozcan sus derechos y deberes. En la zona de frontera los Estados han de establecer normas y procedimientos comunes relativos a la circulación de los trabajadores. Del mismo modo han de mejorar las oportunidades de empleo y las condiciones de trabajo y de vida de estos trabajadores.

1.2.2.3. Trabajo forzoso

30. Este tipo de trabajo debe ser erradicado definitivamente. La realidad indica que en el Mercosur el trabajo forzoso y casi esclavo sigue existiendo: de ahí la importancia ética y política del compromiso estatal al respecto. Si bien los casos más sonados de esta realidad son brasileros, también existe en Argentina, sobre todo respecto de peruanos, bolivianos y vietnamitas.

1.2.2.4. Trabajo de menores

31. La edad mínima para ingresar a trabajar debe coincidir con aquélla en que cesa la escolaridad obligatoria. Los Estados se comprometen a elevar el umbral etario y a abolir el trabajo infantil. La cobertura de la Declaración comprende todos los aspectos de la relación-de-empleo, con excepción del salario y la actividad sindical, lo que significa un menor nivel protector respecto de las normas estatales vigentes. El trabajo de menores, repudiable en sí mismo salvo que sea realizado en vinculación educativa, se manifiesta necesario ante la realidad económica imperante: como dato interesa saber que en Argentina, en octubre 2001, 7.082.200 niños y adolescentes viven en hogares pobres. Son el 55,8% de los 12,9 millones de menores de 18 años (**33**). Como esa realidad es el resultado del Modelo Imperial de Desarrollo, exponenciado a partir de la Administración MENEM, la verdadera respuesta al trabajo de menores es el cambio de modelo de desarrollo, mediante el cual aquellas labores no sean necesarias para la subsistencia personal o familiar.

1.2.2.5. Organización empresarial

32. El empleador tiene el derecho de organizar y dirigir económica y técnicamente la empresa, de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales. Esta norma ha olvidado las experiencias participativas de los trabajadores en las empresas, muchas de ellas logradas mediante convenios colectivos

o por impacto de la misma realidad. La norma, a su vez, parte de un supuesto no probado: la suficiencia técnica del empresario para organizar la empresa, aspecto que ha de complementarse con el derecho y el deber de capacitarse.

1.2.2.6. Organización y acción sectorial

33. Los empleadores y trabajadores pueden constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como afiliarse a esas organizaciones, de conformidad con las legislaciones nacionales vigentes. Los Estados Partes han de asegurar legalmente el derecho a la libre asociación y deben abstenerse de cualquier injerencia en la creación y gestión de las organizaciones constituidas, además de reconocer su legitimidad en la representación y la defensa de los intereses de sus miembros. Así planteada, la norma abre un camino profundo en el diálogo social porque los sectores de la producción podrán contar con entidades auténticamente representativas de sus derechos e intereses. No se puede olvidar que el Cono Sur (Mercosur + Bolivia + Chile) ha conocido entidades sectoriales co-optadas, en beneficio de programas gubernamentales claramente anti-populares. El ejemplo más reciente ha sido el argentino en que la Confederación General del Trabajo avaló todas las leyes flexibilizadoras y des-reguladoras de los derechos sociales programadas durante la Administración MENEM. Cabe recordar, además, que en ese período las privatizaciones de las empresas públicas contaron con la aprobación y el acompañamiento de las asociaciones sindicales de trabajadores, entidades que actuaron “en nombre de los trabajadores” sin consultarles su voluntad.

Si bien la norma reconoce el derecho de negociar colectivamente para reglamentar las condiciones de trabajo, de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales, no se puede descuidar que la experiencia regional es rica en lo que refiere a condiciones de vida, funcionando los convenios colectivos como herramientas a tal efecto.

El derecho de huelga, entendida ésta con amplitud, es una herramienta útil para cambiar la realidad, por lo que la Declaración lo reconoce y promueve. En lugar de estatizar los conflictos, tendencia frecuente en la década de los 70' y de los 80', la Declaración busca mecanismos sectoriales para prevenirlos y solucionarlos.

1.1.2.2.7. Tripartismo

34. Para diagnosticar y solucionar los problemas nacionales y regionales, la Declaración se inclina por la participación de los sectores en organismos tripartitos de diálogo social (**34**). La Declaración señala que mediante el consenso social se pueden lograr condiciones favorables al crecimiento económico

sostenible y con justicia social de la región y mejorar las condiciones de vida de la población.

Esta decisión importa en estos momentos ya que la dupla “Mercado y Democracia” establecida en el *Consenso de Washington*, ha sido reemplazada por “solamente Mercado” en el *Consenso de Monterrey* (35). Tal vez este nuevo paradigma explique que ante el golpe de Estado en Venezuela (abril 2002), el Grupo Río no lo calificara de ese modo (36) mientras la Unión Europea y los Estados Unidos no manifestaran problema alguno frente a la asonada (37).

Debe quedar claro que consenso es contrario a imposición o co-optación, ya que supone intereses encontrados que logran una diagonal construida con esfuerzo y mutuas concesiones.

1.2.2.8. Búsqueda del empleo decente

35. El empleo es colocado como objetivo de los planes de desarrollo, los que han de servir a la dignidad de todos. Por eso, la cobertura de los desempleados ha de estar acompañada por servicios de re-ubicación y programas de re-calificación profesional, de tal modo que puedan retornar a una actividad productiva.

1.2.2.2.8.1. Capacitación de los trabajadores

36. La Declaración reconoce como derecho de los trabajadores la orientación, la formación y la capacitación profesional. Diversos convenios colectivos, como los celebrados por el SMATA con la General Motors (1993), la Fiat (1994), la Toyota (1993) la Chrysler (1996), lo reconocen.

La ley argentina 24.576 lo establece expresamente, indicando que los planes serán confeccionados por el empleador con la participación de los trabajadores y la asistencia de los organismos estatales competentes. La asociación sindical pertinente tiene derecho a ser informada “sobre la evolución de la empresa, sobre las innovaciones tecnológicas y organizativas y toda otra que tenga relación con la planificación de acciones de formación y capacitación profesional”. Ante innovaciones tecnológicas, dicha entidad podrá solicitar al empleador los cursos necesarios para que los trabajadores se adecuen a los nuevos procedimientos. En los convenios colectivos se reconocerá el derecho de los trabajadores a asistir a los cursos que estimen necesarios, en tiempo de trabajo pero fuera de su lugar de trabajo, mediante un crédito horario anual.

37. La pregunta clave refiere a si el trabajador tiene el *deber* de formarse, en horario de trabajo, en los cursos así organizados.

De acuerdo a la distinción entre *carga* (deber-para-consigo mismo) y *obligación* (deber-para-con otro), asistir y participar en los cursos de formación es una carga en la esfera del trabajador porque le permiten crecer en su personalidad y aptitudes.

Es también una obligación laboral para con el empleador porque le permite desempeñarse mejor en la empresa, concebida ésta como institución social de producción. Se conjugan, de este modo, las siguientes normas: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 28, art. 29; Pacto de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos, art. 32; RCT art. 63.

1.2.2.8.2. Capacitación de los empresarios

38. El sistema capitalista supone que el empleador se encuentra habilitado técnicamente para organizar y dirigir la empresa. Pareciera que los empresarios, por el mero título de propiedad de los medios de producción, estuviesen en condiciones de ejercer la responsabilidad de organizar y conducir la empresa. Craso error que se paga con quiebras, cierre de fuentes de trabajo, aumento del des-empleo.

Siendo así, del mismo modo que el trabajador, el empresario tiene el derecho y el deber de capacitarse. El deber, en el sentido de obligación para la sociedad civil y los trabajadores, surge de la *hipoteca social* que grava toda propiedad privada (**38**). Puede serle exigido policialmente en las inspecciones gubernamentales y su cumplimiento condicionar préstamos especiales de desarrollo. El in-cumplimiento de esa obligación podría influir en la solución judicial en caso de medidas adoptadas por fuerza mayor o falta de trabajo.

1.2.2.9. Salud y seguridad en el puesto de trabajo

39. En materia de salud y seguridad en el trabajo, la Declaración enfatiza la necesidad de ambientes laborales sanos y seguros para no sólo preservar la salud física y mental de los trabajadores sino también estimular su desarrollo y desempeño profesional.

Las políticas y programas al respecto han de formularse y concretarse tripartitamente. El enfoque interesa porque en la región se ha pasado de un estatismo excluyente a un mercadeo también excluyente, en el que la salud no es un bien personal y social que debe conservarse sino un mero costo que ha de rebajarse.

1.2.2.10. Contralor estatal

40. La ideología neo-liberal busca que el Estado no controle, dejando “en libertad” a las “fuerzas del mercado”, por lo que, en materia laboral, predicán la flexibilidad y des-regulación más absoluta. Del mismo modo, en materia

previsional enseñan que cada quien debe cuidarse a sí mismo y pre-ver su futuro.

La Declaración, en cambio, exige a los Estados instituir y mantener servicios de inspección de trabajo, para controlar el cumplimiento de las disposiciones normativas y establecer mecanismos de seguridad social adecuados

1.2.3. Exigibilidad

41. En la Reunión Técnica sobre la aplicabilidad jurídica de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR (Organización Internacional del Trabajo y Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Bs.As. diciembre 2001) la inmensa mayoría de los participantes entendió que la Declaración es directamente aplicable.

Desde la perspectiva *inter-nacional* se potencia su eficacia a partir de los siguientes datos: 1. la Declaración es consecuencia del Tratado de Asunción (26.03.1991), cuya vocación ha sido ampliar los mercados nacionales mediante la integración, para acelerar los procesos económicos con justicia social. La Declaración lo desarrolla e interpreta en la faz social. 2. constituye un documento de Derechos Humanos y como tal ha pasado a formar parte de los principios generales del derecho internacional y muchas de sus disposiciones pueden ser incorporadas a aquellas normas imperativas e inderogables del derecho internacional, que prescindiendo de su reconocimiento, ratificación o recepción por los ordenamientos jurídicos nacionales, no pueden ser desconocidas por los Estados (*ius cogens*). 3. la Declaración, prevé su autoaplicabilidad, poniendo en cabeza de cada Estado su aplicación y seguimiento. En especial destaca que los Estados parte se comprometen a respetar los derechos contenidos en ella y a promover su aplicación de conformidad con la legislación y prácticas nacionales y las convenciones y acuerdos colectivos(art. 22), así como a elaborar por medio de los Ministerios de Trabajo y en consulta a las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, memorias anuales(art. 23), que con posterioridad serán analizadas por la Comisión Sociolaboral del Mercosur, también de estructura tripartita. Aun cuando el objeto de la Comisión sea meramente promocional y no sancionatorio y que la misma Declaración y su mecanismo de seguimiento no puedan ser aplicados a cuestiones comerciales, económicas y financieras, se advierte claramente su carácter obligatorio. Las recomendaciones de la Comisión Sociolaboral son elevadas al Grupo Mercado Común, quien al respecto adopta resoluciones obligatorias según el art. 15 del Protocolo de Ouro Preto.

Desde la perspectiva *nacional*, deriva del Tratado de Asunción y se inscribe en la integración regional. En atención a su naturaleza, su rango superior a las leyes, surge claramente por la preeminencia del Derecho Internacional

sobre el interno- aspecto reforzado a partir de lo dispuesto por el art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y con anterioridad a la reforma de 1994 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros” (CS, 07.07.1992 Tomo: 315, Folio: 1492) y “Cafés La Virginia S.A.” (CS, 13.10.1994 Tomo: 317, Folio: 1282), entre otros- y porque el art. 75 inc. 24 de la Constitución Nacional faculta al Congreso a aprobar Tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad que respeten el orden democrático y los derechos humanos y en tales casos considera que las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía suprallegal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación refuerza esta postura señalando que “no es coherente sostener que el tratado consagra un compromiso ético pero no jurídico”(cfr. CS, 02.12.1993 “Cocchia, Jorge Daniel c/Estado Nacional y otro s/acción de amparo”. Tomo: 316, Folio: 2624) y “que las cláusulas de los tratados humanitarios modernos gozan de presunción de operatividad, por ser en su mayoría, claras y completas para su directa aplicación por los Estados partes e individuos sin necesidad de una implementación directa”(cfr. CS, 02.11.1995, “Priebke, Erich s/ extradición” Tomo: 318, Folio 2148). Esta operatividad se dirige en primer término a los legisladores, quienes en función de lo dispuesto por los arts. 27 de la Convención de Viena, arts. 75 inc. 22 y 24 de la Constitución Nacional, no podrían dictar disposiciones legales que afectaran los derechos en ella consagrados, so pena de ser consideradas inconstitucionales. También exige redefinir las ya dictadas adecuándolas a la Declaración. Por otro lado, es deber del juez hacer prevalecer la Declaración en los casos concretos que se le presenten, descartando la norma legal o convencional que a ella se oponga (declaración de inconstitucionalidad) o potenciando la norma interna que no refleja adecuadamente el derecho consagrado en la Declaración-interpretándola en sentido favorable al orden suprallegal y en definitiva resolviendo conforme a ella, desde que más allá de la invocación de las partes, el juez está obligado a fundar toda sentencia respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia (art. 34 inc. 4 del C.P.C.C.N.), más allá del Derecho invocado por las partes (juria novit curia). En todos los casos, debe prevalecer la norma más favorable al trabajador (art. 14 bis de la Constitución Nacional y arts. 7, 9 y 12 RCT) (39)

Afirmar que la Declaración no es obligatoria por no haber sido publicada en el Boletín Oficial (40) es bizantino porque los Ministerios de Trabajo ya redactan la Memoria Anual y algunos Tribunales la aplican (41). En el caso

argentino, dado que procede del Tratado de Asunción, es superior a las leyes (C.N.art. 75,inc.24) (42)

1.2.4. Mecanismo de seguimiento

42. Para la operatividad de las normas, la Declaración estructura la Comisión Sociolaboral como organismo tripartito, auxiliar del Grupo Mercado Común. La Comisión tiene como objetivo fomentar y acompañar la aplicación del instrumento. Sus facultades son las siguientes: 1. examinar, comentar y canalizar las memorias preparadas por los Estados Partes; 2. formular planes, programas de acción y recomendaciones para la aplicación y el cumplimiento de la Declaración; 3. examinar observaciones y consultas sobre dificultades e incorrecciones en la aplicación y cumplimiento de la Declaración; 4. examinar dudas sobre la aplicación de la Declaración y proponer aclaraciones; 5. elaborar análisis e informes sobre la aplicación y el cumplimiento de la Declaración; 6. examinar y presentar propuestas de modificación de la Declaración.

Los Estados deben elaborar, por intermedio de sus Ministerios de Trabajo y en consulta a las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, memorias anuales, conteniendo: el informe de los cambios ocurridos en la legislación o en la práctica nacional relacionados con la implementación de los enunciados de esta Declaración, y el informe de los avances realizados en la promoción de esta Declaración y de las dificultades, enfrentadas en su aplicación.

1.2.5. Base de Datos

43. Los datos recopilados por los Ministerios de Trabajo y por la Comisión pueden constituir una buena Base para que los interesados conozcan las normas vigentes en la región y las conductas de empleadores y trabajadores ya que a la misma ingresarían los resultados de las actuaciones administrativas y judiciales. Esa Base, accesible desde cualquier computadora, permitiría la transparencia de la gestión laboral de toda la región. Las ventajas son evidentes en la medida que cualquier trabajador podría conocer de antemano si el empleador con quien se relacionaría cumple las normas laborales, ha sufrido procedimientos administrativos sancionadores o ha sido condenado en sede judicial. Del mismo modo, el empleador puede conocer la situación del pretensor de empleo con respecto a reclamos fuera de razonabilidad. Si se añaden las actuaciones sindicales o colectivas empresariales, la Declaración SocioLaboral, como marco de referencia, es una herramienta para el empleo decente en la región.

1.2.6. Conducta de los actores sociales y de los Poderes del Estado ante la Declaración.

44. Los actores sociales pueden informar a los Ministerios de Trabajo las dificultades ante las normas vigentes, indicando alternativas. Del mismo modo, señalar los bolsones de in-cumplimiento que funcionan como elemento de competencia des-leal. En este aspecto, el control sectorial complementa el contralor estatal.

45. El Ministerio de Trabajo elabora la memoria anual, recopilando los datos de la realidad logrados por su propia actividad o a través de los informes recibidos de los restantes Poderes del Estado.

46. En Argentina, la Declaración, por provenir del Tratado de Asunción, es superior a las leyes, fundamentando así la in-constitucionalidad de las que fuesen in-compatibles total o parcialmente con su contenido. De ahí que el Poder Legislativo debiera abstenerse de sancionar proyectos violatorios de sus normas y el Poder Judicial declarar la in-constitucionalidad en cada caso concreto. Esto en todos los supuestos, aún los exigidos por los organismos inter-nacionales de crédito

47. El Poder Judicial *puede* remitir copia de las sentencias al Ministerio de Trabajo cuando se hubiese violentado en todo o en parte la Declaración.

Dada la realidad del Mercosur, con sus luces y sombras, el Poder Judicial *debe* remitir esas copias para que el Ministerio de Trabajo logre una descripción más acabada de aquella realidad. De ese modo, la Memoria Anual logrará mayor amplitud. Esa carga surge, fundamentalmente, del sentido republicano del sistema, en el que todos los Poderes del Estado se inter-penetran y se dirigen al bien común de los habitantes.

El dato de que pocos tribunales utilizan las normas inter-nacionales (43), en vez de probar que éstas no son exigibles, demuestra que *iura novit curia* (“el Tribunal conoce el Derecho”) debería cambiarse por *iura noscere debet curia* (“el Tribunal *debe* conocer el Derecho”).

2. Información mundial

48. Quienes se encierran en las fronteras nacionales para juzgar y decidir mientras las mismas son ultra-pasadas por la información y la circulación electrónica del dinero, semejan peces en una pecera que confunden su pequeño medio ambiente con el avasallante mar. En materia de empleo decente, las

experiencias valiosas o dis-valiosas, los cambios hominizadores proyectados, las tendencias concretadas a nivel convencional o legislativo debieran ser puestas a disposición de todos para que en las realidades nacionales circunstanciadas logren la mejor solución posible.

49. Las soluciones logradas sectorial o estatalmente (mediante resoluciones o sentencias) en un mundo global adquieren dimensión planetaria. Llegado el caso, deben ser comunicada a los organismos internacionales relacionados con el tema que se resuelve.

Avanzando en la propuesta, como no existe un Sitio Web específico del Poder Judicial o del Ministerio de Trabajo a los que se pueda remitir sentencias, cabe remitir copia de las soluciones a cuatro Sitios Web, reconocidos y utilizados tanto nacional como inter-nacionalmente: el del observatorio del Mercosur (www.observatorio.net), el del Grupo de Estudios de Derecho Social (www.derechosocial.com), el del Equipo Federal del Trabajo (www.eft.com.ar), el de la Asociación de Abogados de Buenos Aires (www.aaba.org.ar). “Nadie es una isla completa en sí misma. Cada hombre es un pedazo del continente, una parte de la tierra. La muerte de cualquier hombre me disminuye porque estoy ligado a la Humanidad. Por lo tanto nunca preguntes por quién doblan las campanas: doblan por ti” JOHN DONNE (1571-1631). Así como los hombres no son islas, tampoco lo son los países. Por eso, dado que toda decisión debe comunicarse al mundo, mediante los medios protocolares del caso y también mediante Internet, con lo cual la tecnología se pone al servicio no sólo de los intereses económicos sino también al servicio de la Justicia.

II. CONCLUSIÓN

50. La situación de los trabajadores en busca de un empleo decente y la situación de los empresarios en busca de una alta competitividad, son compatibles, en la medida que tanto el aspecto social como el económico forman parte del ancho mundo de los Derechos Humanos.

Cabe exigirles a los países ricos que levanten las barreras arancelarias y eliminen los subsidios internos que impiden a nuestros productos ingresar en sus mercados. Cabe exigirles a los países ricos, que se enriquecieron precisamente por el deterioro de los términos de intercambio, elaborar en consumo con los demás Estados del mundo un nuevo plan solidario para desarrollar nuestros países con un modelo alternativo, *con rostro humano*. Para ello, el Mercosur es un espacio adecuado de poder y de posibilidades.

ANEXO I – ESTRUCTURA DEL MERCOSUR

HISTORIA

El 30.11.1985 los presidentes de Argentina y Brasil suscriben la *Declaración de Foz de Iguazú*. En 2004, Argentina y Brasil resolvieron conjuntamente que el 30.11. se celebrara el Día de la Amistad argentino-brasileña.

El 29.07.1986 se firma el *Acta para la Integración Argentina-Brasileña*. Mediante este instrumento se estableció el Programa de Integración y Cooperación entre Argentina y Brasil (PICAB) fundado en los principios de gradualidad, flexibilidad, simetría, equilibrio, tratamiento preferencial frente a terceros mercados, armonización progresiva de políticas y participación del sector empresario. El núcleo del PICAB fueron los protocolos sectoriales en sectores claves.

El 06.04.1988 se firma el *Acta de Alvorada*, mediante el cual Uruguay se suma al proceso de integración regional.

El 29.11.1988 se celebra el *Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo*. El Tratado fijó un plazo de 10 años para la remoción gradual de las asimetrías.

El 06.07.1990 se firmó el Acta de Buenos Aires, acelerando el cronograma de integración y fijando la fecha de 31 de diciembre de 1994 para conformar el mercado común.

El 26.03.1991, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay firman el *Tratado de Asunción*,

El 17.12.1994 el *Protocolo de Ouro Preto* constituyó el Mercosur como persona jurídica de Derecho Internacional.

El 25.07.1996, se firmó la *Declaración presidencial sobre la Consulta y Concertación Política de los Estados Partes del Mercosur*, y junto a Chile y Bolivia la *Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el Mercosur*. Estos instrumentos se relacionan con los intentos de golpe de estado en abril en Paraguay y el decisivo rol jugado por el Mercosur para evitarlo.

El 24.07.1998 se firma el *Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático*.

El 10.12.1998 los cuatro presidentes firman la *Declaración Sociolaboral del Mercosur*.

El 18.02.2002 el *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias* crea el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. Se instaló en 2004 con sede en Asunción.

El 06.12. los miembros plenos del Mercosur, más Bolivia y Chile, firman el *Acuerdo de Residencia para Nacionales* estableciendo la libertad de residencia y trabajo en todo el ámbito de los seis países.

El 06.07.2005 se firma el *Protocolo de Asunción sobre Derechos Humanos del Mercosur*.

En la Cumbre de Presidentes de Montevideo de diciembre de 2005, se crea el *Parlamento del Mercosur* que deberá ponerse en funcionamiento antes del 31 de diciembre de 2006.

En la Cumbre de Presidentes de Córdoba (Argentina) del 20 al 22 de julio de 2006: se integra Venezuela como miembro pleno del Mercosur;

El 21.12. 2006 Bolivia pidió su ingreso al Mercosur como Estado parte. Por Decisión CMC 35/2006 se incorporó al Guaraní como uno de los idiomas del Mercosur.

En la Cumbre de Presidentes realizada en Mar del Plata el 18 de enero de 2007 se aprobó: el pedido de Bolivia de integrarse al Mercosur creando un Grupo Ad Hoc para su implementación; los primeros once proyectos piloto del FOCEM (Fondo para la Convergencia Estructural del Mercosur).

En la XXXIV Cumbre de Presidentes realizada en Montevideo en diciembre de 2007 se firmó el primer Tratado de Libre Comercio (TLC) desde su fundación en 1991. Es el Tratado de Libre Comercio entre el Estado de Israel y el Mercosur.

ESTRUCTURA INSTITUCIONAL DEL MERCOSUR

Con base en el Protocolo de Ouro Preto, firmado el 17 de diciembre de 1994 y vigente desde el 1 de enero de 1995, el Mercosur tiene la siguiente estructura institucional básica:

<p>Consejo del Mercado Común</p>	<p>Como órgano superior del Mercosur, debe conducir políticamente el proceso de integración.</p> <p>Está integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y por los Ministros de Economía, o sus equivalentes, de los Estados Partes.</p>
<p>Grupo Mercado Común</p>	<p>1. Es el órgano ejecutivo del Mercosur, integrado por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por país, designados por los respectivos Gobiernos. Entre ellos deben constar obligatoriamente representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Ministerios de Economía (o equivalentes) y de los Bancos Centrales. Será coordinado por los Ministerios de Relaciones Exteriores.</p>

<p>Grupo Mercado Común</p>	<p>2. Propone proyectos de Decisión al Consejo del Mercado Común; toma las medidas necesarias para cumplir las Decisiones adoptadas por el Consejo del Mercado Común; fija programas de trabajo para establecer el mercado común; crea, modifica o suprime órganos tales como subgrupos de trabajo y reuniones especializadas; manifiesta su opinión sobre las propuestas o recomendaciones que le fueren sometidas por los demás órganos del Mercosur en el ámbito de sus competencias; negocia, con participación de representantes de todos los Estados Partes, por delegación expresa del Consejo del Mercado Común, acuerdos en nombre del Mercosur con terceros países, grupos de países y organismos internacionales; aprueba el presupuesto y la rendición de cuentas anual presentada por la Secretaría Administrativa del Mercosur; adopta Resoluciones en materia financiera y presupuestaria; somete al Consejo del Mercado Común su Reglamento Interno; organiza las reuniones del Consejo del Mercado Común y prepara los informes y estudios que éste le solicite; elige al Director de la Secretaría Administrativa del Mercosur; supervisa las actividades de la Secretaría Administrativa del Mercosur; homologa los Reglamentos Internos de la Comisión de Comercio y del Foro Consultivo Económico-Social.</p> <p>3. Se pronuncia mediante Resoluciones, obligatorias para los Estados Partes.</p>
<p>Comisión de Comercio del Mercosur</p>	<p>1. Es el órgano encargado de asistir al Grupo Mercado Común. Está integrada por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por Estado Parte y será coordinada por los Ministerios de Relaciones Exteriores</p> <p>2. Vela por la aplicación de los instrumentos comunes de política comercial intra-Mercosur y con terceros países, organismos internacionales y acuerdos de comercio; considera y se pronuncia sobre las solicitudes presentadas por los Estados Partes con respecto a la aplicación y al cumplimiento del arancel externo común y de los demás instrumentos de política comercial común; efectúa el seguimiento de la aplicación de los instrumentos de política comercial común en los Estados Partes; analiza la evolución de los instrumentos de política comercial común para el funcionamiento de la unión aduanera y formula Propuestas a este respecto al Grupo Mercado Común; toma las decisiones vinculadas a la administración y a la aplicación del arancel externo común y de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Partes; informa al Grupo Mercado Común la evolución y la aplicación de los instrumentos de política comercial común, la tramitación de las solicitudes recibidas y las decisiones adoptadas respecto de las mismas; propone al Grupo Mercado Común nuevas normas o modificaciones de las normas existentes en materia comercial y aduanera del Mercosur; proponer la revisión de las</p>
<p>Comisión de Comercio del Mercosur</p>	<p>alícuotas arancelarias de ítem específicos del arancel externo común, inclusive para contemplar casos referentes a nuevas actividades productivas en el ámbito del Mercosur; establece los comités técnicos necesarios para el adecuado cumplimiento de sus funciones así como dirigir y supervisar las actividades de los mismos; desempeña las tareas vinculadas a la política comercial común que le solicite el Grupo Mercado Común; adopta el Reglamento Interno, que someterá al Grupo Mercado Común para su homologación.</p> <p>3. Se pronuncia mediante Directivas o Propuestas. Las Directivas serán obligatorias para los Estados Partes.</p>

<p>Comisión Parlamentaria Conjunta</p>	<p>1. Es el órgano representativo de los Parlamentos de los Estados Partes en el ámbito del Mercosur. Está integrado por igual número de parlamentarios representantes de los Estados Partes.</p> <p>Los integrantes de la Comisión Parlamentaria Conjunta serán designados por los respectivos Parlamentos nacionales, de acuerdo con sus procedimientos internos.</p> <p>2. Procura acelerar los procedimientos internos correspondientes en los Estados Partes para la pronta entrada en vigor de las normas emanadas de los órganos del Mercosur; coadyuva en armonizar legislaciones, tal como lo requiere el avance del proceso de integración; solicitar a la Comisión Parlamentaria Conjunta el examen de temas prioritarios.</p> <p>3. Remite Recomendaciones al Consejo del Mercado Común, por intermedio del Grupo Mercado Común.</p>
<p>Foro Consultivo Económico-Social</p>	<p>Es el órgano de representación de los sectores económicos y sociales y está integrado por igual número de representantes de cada Estado Parte.</p> <p>Tiene función consultiva y se manifiesta mediante Recomendaciones al Grupo Mercado Común.</p>
<p>Secretaría Administrativa del Mercosur</p>	<p>1. Es el órgano de apoyo operativo, responsable de la prestación de servicios a los demás órganos del Mercosur.</p> <p>Tiene su sede permanente en Montevideo.</p> <p>2. Desempeña las siguientes actividades: sirve como archivo oficial de la documentación del Mercosur; publica y difunde las normas adoptadas en el marco del Mercosur; realiza las traducciones auténticas en los idiomas español y portugués de todas las decisiones adoptadas por los órganos de la estructura institucional del Mercosur; edita el Boletín Oficial del Mercosur; organiza los aspectos logísticos de las reuniones del Consejo del Mercado Común, del Grupo Mercado Común y de la Comisión de Comercio del Mercosur y, dentro de sus posibilidades de los demás órganos del Mercosur, cuando las mismas se celebren en su sede permanente.; informa regularmente a los Estados Partes sobre las medidas implementadas por cada país para incorporar en su ordenamiento jurídico las normas emanadas de los órganos del Mercosur; registra las listas nacionales de los árbitros y expertos; desempeña las tareas que le sean solicitadas por el Consejo del Mercado Común el Grupo Mercado Común Y la Comisión de Comercio del Mercosur.</p>

SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Las controversias que surgieran entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el Protocolo de Brasilia, del 17 de diciembre de 1991. Luego se sancionó el Protocolo de Olivos

El Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPRM), con sede en Asunción, creado en 2002 e instalado en 2004.

El sistema de solución de controversias aprobado por el Protocolo de Olivos, tiene básicamente cuatro instancias:

Negociaciones directas

Cuando la controversia es entre dos Estados, se promueve que la misma sea resuelta por negociaciones directas. Una vez abiertas formalmente, las mismas no deben durar más de 15 días.

Procedimiento arbitral

El procedimiento de solución de controversias en el Mercosur está básicamente establecido mediante dos instancias de arbitraje. La primera instancia se realiza ante un Tribunal Arbitral Ad Hoc (TAHM) y la segunda instancia se realiza ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPRM). Las partes pueden también obviar la primera instancia y recurrir directamente al TPRM (*per saltum*).

Tribunales Arbitrales Ad Hoc

Cuando un estado o un particular tiene un reclamo contra alguno de los estados miembros del Mercosur, luego de presentar el reclamo en la Secretaría Permanente del Mercosur (SPM), se forma un Tribunal Arbitral Ad Hoc integrado por tres árbitros.

Para formar el Tribunal Ad Hoc cada parte elige un árbitro de una la lista permanente compuesta de 12 juristas de cada uno de los países miembros.

El tercer árbitro, que se desempeñará también como presidente, no debe tener la nacionalidad de ninguno de los estados miembro. Si no puede ser elegido por común acuerdo de las partes, el mismo se establece por sorteo entre aquellos que integran una lista de árbitros no nacionales preestablecida Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias, art. 11, inciso 2.

El procedimiento se realiza en las siguientes etapas:

Presentación del reclamo y respuesta, por escrito

Examen de las pruebas

Los alegatos orales

El laudo en un plazo no mayor de 60 días, prorrogable por 30 días más.

El Tribunal Ad Hoc tiene facultades para dictar medidas provisionales si hay presunciones fundadas de que el mantenimiento de la situación pueda ocasionar daños graves e irreparables.

El laudo es obligatorio para las partes, pero puede ser recurrido por cualquiera de ellas al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, pero solo sobre cuestiones jurídicas, no pudiendo volverse a examinar los hechos ni aportar nuevas pruebas.

Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur

El Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPRM) puede intervenir directamente en primera instancia, si las partes están de acuerdo en recurrir directamente a él. Este mecanismo se denomina “*per saltum*” (por salto). En este caso el TPRM actúa examinando la totalidad del problema, incluyendo los hechos, las pruebas y los argumentos jurídicos.

Si las partes llegan al TPRM, luego de que exista un laudo dictado por un Tribunal Arbitral Ad Hoc cuestionado por alguna de ellas, el Tribunal solo analiza las cuestiones jurídicas para verificar si existen errores en el laudo.

El laudo que dicta Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur es obligatorio y definitivo.

Intervención del Grupo Mercado Común

Sin perjuicio del procedimiento arbitral, cuando las partes son dos estados, pueden también presentar el caso ante el Grupo Mercado Común. En este caso el GMC puede realizar recomendaciones a las partes en conflicto con el fin de que resuelvan la diferencia.

ORGANISMOS AUXILIARES

La Comisión Sociolaboral (CSL) de composición tripartita (gobiernos, empleadores y sindicatos), creada en 1997 e instalada en 1998.

El Grupo de Alto Nivel de Empleo (GANE), creado en 2004.

El Fondo para la Convergencia Estructural del Mercosur (FOCEM), creado en 2004.

El Instituto Social del Mercosur, creado en 2006.

El Foro de la Mujer, en el ámbito del FCES.

El Foro de Consulta y Concertación Política (FCCP)

El Mercosur cuenta también con instancias auxiliares no decisorias como los Subgrupos de Trabajo (SGT) dependientes del GMC, los Comités Técnicos (CT) dependientes del CCM, el Observatorio del Mercado de Trabajo (OMT) dependiente del SGT10, y el Observatorio de la Democracia creado en 2006.

También existe un organismo oficial vinculado al Mercosur, aunque sin pertenecer a su organigrama, denominado Mercociudades integrado por municipios de los países miembros. Tiene su sede en Montevideo y está integrada por 123 ciudades donde viven más de 75 millones de habitantes [5].

Con una autonomía institucional similar existe la Asociación de Universidades Grupo Montevideo (AUGM), creada en 1991, e integrada por la mayoría de las universidades públicas del Cono Sur, con 800.000 estudiantes y 80.000 docentes [6].

En 2006 los ministros de Educación de Argentina y Brasil acordaron un sistema de integración entre universidades de ambos países con el objetivo de fundar en el mediano plazo la Universidad del Mercosur [7]

ESTRUCTURA JURÍDICA DEL MERCOSUR

Derecho comunitario del Mercosur

El Mercosur funciona con una estructura jurídica en la que se combinan los clásicos tratados, protocolos y declaraciones del Derecho Internacional, con normas propias obligatorias dictadas por los órganos decisorios del bloque (derecho comunitario), recomendaciones no obligatorias dictadas por los órganos auxiliares, e incluso acuerdos de concertación social regional.

Decisiones, resoluciones y directivas

El Mercosur posee tres organismos decisorios:

el Consejo del Mercado Común (CMC), su órgano supremo, que dicta Decisiones;

el Grupo Mercado Común (GMC) que dicta Resoluciones;

la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM), dicta Directivas.

Estos tres tipos de normas comunitarias dictadas por los organismos decisorios del Mercosur, son de aplicación obligatoria para los países miembros (Protocolo de Ouro Preto, artículo 42).

Ello ha generado un problema específico, que aunque con diferencias respecto del sistema de internalización de normas que tiene cada uno, sobre el modo de “internalizar” las normas del Mercosur a los ordenamientos jurídicos de cada uno de las naciones que lo integran y el nivel de jerarquía que ocupan en la pirámide jurídica. Para ello, en todos los casos se precisa de un acto jurídico de los países miembros. Por esta razón, especialistas discuten si estas normas del Mercosur constituyen realmente un derecho propio del Mercosur, lo que se conoce como derecho comunitario, o se trata de normas de derecho internacional que precisan ser ratificadas.

Un gran sector ha optado por crear la categoría de *derecho comunitario derivado*.

Las normas obligatorias del Mercosur se toman por unanimidad de todos los países miembros y sin que falte ninguno (artículo 37 del Protocolo de Ouro Preto).

Tratados y protocolos

Las normas de importancia extraordinaria para el Mercosur, se realizan como tratados internacionales y por lo tanto necesitan ser ratificados por los parlamentos nacionales. Toman la forma de protocolos complementarios del Tratado de Asunción, que constituye la norma institucional básica del Mercosur.

Por tratarse de una norma complementaria de un tratado, los protocolos suelen tener una tramitación más rápida para su ratificación parlamentaria en cada país. Excepcionalmente, en algún caso, como el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social de 1997, se recurrió a la forma del tratado, y la tramitación para su ratificación demoró 8 años.

Declaraciones presidenciales

En algunos casos, los países miembros han recurrido a las declaraciones presidenciales, como en el caso de la Declaración sobre Compromiso Democrático de 1996, o la Declaración Sociolaboral de 1998. Las declaraciones son actos firmados por todos los presidentes que no necesitan ningún tipo de ratificación parlamentaria ni acto de internalización. Se discute entre los juristas la validez de estas normas, con gran variedad de puntos de vista.

Recomendaciones y demás actos de los organismos auxiliares

Los demás organismos del Mercosur producen recomendaciones a alguno de los tres órganos decisorios, y solo se transforman en normas obligatorias, si son aprobados y adoptan la forma de algunas de las alternativas tratadas en el punto anterior.

Un caso especial lo constituyen las recomendaciones de la Comisión Sociolaboral. Desde el punto de vista meramente formal no tiene diferencia alguna con las recomendaciones realizadas por otros organismos del Mercosur. Pero debido a su peculiar composición tripartita (gobiernos, empleadores y sindicatos), las recomendaciones que realiza constituyen actos de consenso entre los tres sectores, lo que hace de las mismas verdaderos actos de diálogo y concertación social regional. El peso de ese consenso y el hecho de que los gobiernos están representados hace que su aprobación se encuentre virtualmente asegurada.

Internalización de las normas del Mercosur y el Derecho comunitario

Pasaporte argentino con la mención “Mercosur” por encima del nombre del país. Todos los pasaportes de los miembros del Mercosur deben mencionarlo y ser de color azul oscuro. El modo en que se logra la aplicación efectiva de las decisiones, resoluciones y directivas del Mercosur como derecho interno de cada país, y el rango jurídico que ellas ocupan frente a las normas nacionales, ha generado un problema específico conocido con el nombre de “internalización” de las normas supranacionales.

Los países miembros del Mercosur poseen diferentes mecanismos constitucionales para “internalizar” las normas establecidas por el bloque y le asignan diferentes rangos de supremacía frente a su derecho interno. En Argentina y Paraguay, que han adoptado el sistema conocido como “monista”, los tratados y protocolos ratificados tienen valor superior a las leyes nacionales, y por lo tanto no pueden ser derogados ni suplidos por estas. En Brasil y Uruguay, que han adoptado el sistema conocido como “dualista”, los tratados y protocolos tienen el mismo valor que las leyes nacionales, y por lo tanto estas predominan sobre aquellos si son de fecha posterior.

Por otra parte, las constituciones de los países miembros no tienen definido con claridad el status jurídico de las normas obligatorias dictadas por los organismos decisorios del Mercosur, ni sus condiciones de validez interna en cada estado.

En la práctica cada país ha elaborado procedimientos que permitan una rápida incorporación de las normas mercosureñas como derecho interno, pero en ningún caso hay una aplicación directa. Esto ha llevado a varios especialistas a sostener que el derecho mercosureño no tiene la condición de derecho comunitario.

Estados asociados al Mercosur

Tiene como estados asociados a Bolivia (1996), Chile (1996), Perú (2003), Colombia (2004) y Ecuador (2004). Bolivia, Perú, Colombia y Ecuador integran la Comunidad Andina (CAN), bloque con el que el Mercosur también firmará un acuerdo comercial.

El estatus de Estado asociado se establece por acuerdos bilaterales, denominados Acuerdos de Complementación Económica, firmados entre el Mercosur y cada país asociado. En dichos acuerdos se establece un cronograma para la creación de una zona de libre comercio con los países del Mercosur y la gradual reducción de las tarifas arancelarias entre el Mercosur y los países firmantes. Además de participar en calidad de invitados a la reuniones de los organismos del Mercosur y efectuar convenios sobre materias puntuales.

Chile formaliza su asociación al Mercosur el 25 de junio de 1996, durante la X Reunión de Cumbre del Mercosur, en San Luis, Argentina, a través de la suscripción del Acuerdo de Complementación Económica Mercosur-Chile.

Bolivia formalizó su adhesión en la XI Reunión de Cumbre del Mercosur, en Fortaleza (Brasil), el 17 de diciembre 1996, mediante la suscripción del Acuerdo de Complementación Económica Mercosur-Bolivia. A fines de 2006 formalizó su pedido de admisión como miembro pleno del Mercosur.

Perú formaliza su asociación al Mercosur en el 2003 por la suscripción del Acuerdo de Complementación Económica Mercosur-Perú (CMC n° 39/03).

Colombia, Ecuador y Venezuela formalizan su asociación al Mercosur el 2004 mediante la suscripción del Acuerdo de Complementación Económica Mercosur-Colombia, Ecuador y Venezuela (CMC n° 59/04).

Venezuela se integra como estado miembro, con plenos derechos y deberes, al firmar el Protocolo de adhesión al Mercosur el 4 de julio de 2006. Entre el 2004 y 2006 Venezuela era estado asociado.

El Mercosur se concibe cómo un proyecto de integración a nivel América Latina, por eso prevé la incorporación de más estados de la región, sea para el estatus de estado asociado o estado miembro.

Acuerdos con otros bloques

Existe un acuerdo con la Comunidad Andina, establecido en el Acuerdo de Complementación Económica celebrado entre la Comunidad Andina y el Mercosur del 6 de diciembre del 2002. Además de la cooperación económica también se efectúa un diálogo político. Se abre también la posibilidad de entablar negociaciones con cada uno de los estados integrantes del bloque andino.

En noviembre de 2005 el Congreso Colombiano ratificó un Tratado de Libre Comercio (TLC) con el Mercosur. En consecuencia, el acceso a Mercosur de productos colombianos aumenta el peso político de Colombia en las negociaciones que actualmente se llevan a cabo para un tratado de libre comercio (TLC) con los Estados Unidos.

El 30 de diciembre de 2005, el presidente colombiano Álvaro Uribe firma la Ley 1.000, para la creación de una zona de libre comercio entre la Comunidad Andina y el Mercosur. Con este nuevo acuerdo, los productos colombianos consiguieron un acceso preferencial al Mercosur, a la vez que Colombia obtuvo la oportunidad de importar materias primas y bienes de capital de Mercosur a costos más bajos según lo establecido en el TLC. Colombia también logró unas condiciones de asimetría favorables que le permiten aplicar una desgravación gradual y progresiva de las importaciones provenientes de las economías más grandes del Mercosur, como Argentina y Brasil.

Los presidentes del Mercosur firmaron el 17 de diciembre de 2007, durante la XXXIV Cumbre en Montevideo un Tratado de Libre Comercio (TLC) con Israel.[4] El acuerdo con Israel, fue el primer TLC que el Mercosur firma desde su fundación en 1991, tras una negociación de dos años. «Es el primer tratado que firma el Mercosur en bloque con otro país. La alianza comercial cubre el 90% del comercio, con un calendario de desgravaciones arancelarias progresivas de cuatro fases (inmediata, a 4, 8 y 10 años). Estos aranceles se eliminarán a los diez años para los productos agrícolas e industriales.

El volumen de intercambios entre estos socios, Mercosur–Israel, será en torno a los 47.000 millones de dólares. Los principales productos que el bloque sudamericano exporta a Israel son granos y cereales, bienes de capital y calzado, mientras que Israel le provee de agroquímicos, software y productos tecnológicos.

El acuerdo firmado no incluye a Venezuela, que se encuentra en proceso para ingresar al Mercosur como socio pleno.

Una vez que entre en vigor el acuerdo de adhesión de Venezuela al bloque, el país caribeño tendrá 270 días para analizar el tratado y deberá ser el Mercosur el que consulte a Israel sobre su disposición para negociar la incorporación venezolana al TLC.

Libre residencia y circulación de personas

El Mercosur, Bolivia y Chile han establecido que todo su territorio constituye un Área de Libre Residencia con derecho a trabajar para todos sus ciudadanos, sin otro requisito que acreditar la nacionalidad y no poseer antecedentes penales. Esta área fue establecida en la Cumbre de Presidentes de Brasilia, mediante el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Parte del Mercosur, Bolivia y Chile firmado el 6 de diciembre de 2002.

Si bien el Área de Libre Residencia y Trabajo no se asimila completamente a la libre circulación de personas (donde no se requiere tramitación migratoria alguna), los seis países han dado un gran paso adelante y establecido expresamente su voluntad de alcanzar la plena libertad de circulación de las personas en todo el territorio.

Mercosur Sociolaboral

La Coordinadora de Centrales Sindicales del Cono Sur (CCSCS) representa a los trabajadores ante el Mercosur, en los ámbitos tripartitos. A pesar de que la estructura original del Mercosur (Tratado de Asunción) no contemplaba ningún ámbito para tratar cuestiones socio-laborales, desde sus inicios, los sindicatos del Mercosur representados por la Coordinadora de Centrales Sindicales del Cono Sur (CCSCS) con el apoyo activo de los ministerios de Trabajo, y un considerable sector de las organizaciones de empleadores, pugnarón por crear espacios tripartitos para analizar, debatir y decidir mediante el diálogo social regional, el impacto que la integración tendría sobre los mercados de trabajo y las condiciones socio-laborales.

De ese modo un año después de fundado el Mercosur se crea el SubGrupo de Trabajo para Asuntos Sociolaborales, dependiente del GMC, que en los inicios llevara el número 11, pero que a partir de 1995 es numerado definitivamente

como SGT10. El SGT10 se organizó como un ámbito tripartito (ministerios de trabajo, empleadores y sindicatos). Generó una fructífera cultura subregional de diálogo social que originó todo lo que hoy se conoce como Mercosur Sociolaboral.

A partir de los acuerdos derivados del diálogo social en el SGT10, el Mercosur se fue dotando de organismos e instrumentos socio-laborales.

En 1994 se crea el Foro Consultivo Económico Social (FCES), mediante el Protocolo de Ouro Preto, integrado por las organizaciones de empleadores, trabajadores y de la sociedad civil, en “representación de los sectores económicos y sociales”; pero recién comienza a funcionar en 1996.

En 1997 se firma la primera norma de contenido socio-laboral del Mercosur, el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercado Común del Sur (que va a tardar años en ser ratificado) y se crea el Observatorio del Mercado de Trabajo, dependiente del SGT10.

En 1998 los cuatro presidentes firman la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR] (DSL), que a su vez crea la Comisión Sociolaboral (CSL), de composición tripartita, con el fin de seguir la aplicación de la DSL.

En 2000 el Mercosur más Bolivia y Chile proclaman la Carta de Buenos Aires sobre Compromiso Social.

En 2001, como consecuencia directa de los acuerdos tripartitos alcanzados en materia de formación profesional y la primera reunión de la CSL, se dicta la primera resolución socio-laboral de aplicación directa a los países miembros (sin necesidad de ratificación), la Resolución sobre Formación Profesional que sanciona el GMC (Resolución 59/91).

En 2003, por primera vez la CMC, el organismo supremo del Mercosur, sanciona una norma socio-laboral (de aplicación directa), la Recomendación 01/03 estableciendo el Repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre Formación Profesional. El mismo año la CMC convoca a la Primera Conferencia Regional de Empleo que se realiza en abril de 2004 con composición tripartita (ministros de trabajo, empleadores y sindicatos) y finaliza con una importante Recomendación de los Ministros de Trabajo sobre una Estrategia Mercosur para la Creación de Empleo. En diciembre de 2004 se decide crear el Grupo de Alto Nivel para la elaboración de una estrategia MERCOSUR dirigida al crecimiento del empleo.

La XXX Cumbre de Presidentes de Córdoba de julio de 2006 aprobó importantes iniciativas referidas a la dimensión sociolaboral. En particular aprobó la Estrategia Mercosur de Crecimiento del Empleo (Decisión CMC n° 04/06) y creó el Instituto Social del Mercosur.

Fuente: Wikipedia on line

ANEXO II – NORMAS DE DERECHOS HUMANOS Y MERCOSUR**Cuadro 1: Derechos humanos y mundo del trabajo**

Código	Derecho
1	Al desarrollo integral.
2	A un orden social justo, nacional e internacional.
3	A la tecnología apropiada.
4	A la educación y formación profesional.
5	A la satisfacción de las necesidades básicas.
6	A niveles crecientes de bienestar.
7	A un empleo útil.
8	A la seguridad social.
9	A los seguros sociales.
10	A condiciones dignas de trabajo.
11	A la in/discriminación.
12	A una remuneración justa.
13	A jornada laboral limitada.
14	Al descanso.
15	A vacaciones pagas.
16	Protección contra el desempleo.
17	A la organización sindical.
18	A la negociación sectorial.
19	A participar en la toma de decisiones.
20	A las medidas de acción directa.
21	Acceso a los bienes de la civilización.
22	A la objeción de conciencia.
23	Acceso a una vivienda digna.
24	Acceso al patrimonio cultural de la humanidad.
25	Erradicación del analfabetismo.
26	Colocar los centros educativos al servicio del Mundo del Trabajo.
27	Participar en los medios masivos de comunicación.
28	Protección especial a la mujer trabajadora.
29	Protección especial al joven trabajador.
30	Protección especial al emigrante, refugiado, exiliado.
31	Atención preferente del discapacitado.
32	Atención preferente del indígena.
33	Protección especial del trabajador rural.
34	Atención digna a jubilados y pensionados.

Los documentos internacionales en relación a los derechos humanos son los siguientes:

Cuadro 2: Documentos internacionales y derechos humanos

Código	Documentos Internacionales					
Der. Hum.	A	B	C	D	E	F
1.	28	2	1	26	29	18
2.	28	1	1	26	30	
3.				26	36	
4.	26		6	26	43	16
5.	22		12	26	31	17
6.	25		12	26	31	
7.	23		6	26	43	
8.	22		9	26	32	19
9.	25		9	26	43	19
10.	23		7	26	43	17
11.	2	2	3	1	43	1
12.	23	7				
13.	24			26	43	
14.	24		7	26	43	
15.	24		7	26	43	
16.	23					
17.	23	22	8	16	43	8 9
18.	23	22	8	26	43	10
19.	21	25	15	23	43	13
20.	23	22	8	26	43	11
21.						
22.						
23.						
24.						
25.						16
26.						16
27.						
28.						1 17
29.						16 17
30.						4 17
31.						2 17

Código	Documentos Internacionales						
	Der. Hum.	A	B	C	D	E	F
32.							17
33.							17
34.							17

Referencias: Cód.: Derechos Humanos enumerados en Cuadro 1.	
A: Declaración Universal de Derechos Humanos.	B: Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.
C: Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales.	D: Pacto de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos.
E: Carta de la Organización de los Estados Americanos.	F: Declaración SocioLaboral del Mercosur

ANEXO III – DECLARACIÓN SOCIOLABORAL DEL MERCOSUR (1998)

Los jefes de Estados de los Estados Partes del Mercado Común del Sur,

Considerando que los Estados Parte del MERCOSUR reconocen, en los términos del Tratado de Asunción (1991), que la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, mediante la integración, constituye condición fundamental para acelerar los procesos de desarrollo económico con justicia social,

Considerando que los Estados Partes declaran, en el mismo Tratado, la disposición de promover la modernización de sus economías para ampliar la oferta de bienes y servicios disponibles y, consecuentemente, mejorar las condiciones de vida de sus habitantes;

Considerando que los Estados Partes, además de Miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificaron los principales convenios que garantizan los derechos esenciales de los trabajadores, y adoptan en gran medida las recomendaciones orientadas para la promoción del empleo de calidad, de las condiciones saludables de trabajo, del diálogo social y del bienestar de los trabajadores,

Considerando además que los Estados Partes apoyaron la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, (1998), la cual reafirma el compromiso de los Miembros de respetar, promover y poner en práctica los derechos y obligaciones expresados en los convenios reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización,

Considerando que los Estados Partes están comprometidos con las declaraciones, pactos, protocolos y otros tratados que integran el patrimonio jurídico de la Humanidad, entre ellos la Declaración Universal de los Derechos

Humanos (1948), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Declaración Americana de Derechos y Obligaciones del Hombre (1948) la Carta Interamericano de Garantías Sociales (1948), la Carta de la Organización de los Estados Americanos – OEA (1948), la Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988),

Considerando que diferentes foros internacionales, entre ellos la Cumbre de Copenhague (1995), han enfatizado la necesidad de instituir mecanismos de seguimiento y evaluación de los componentes sociales de la mundialización de la economía, con el fin de asegurar la armonía entre progreso económico y bienestar social;

Considerando que la adhesión de los Estados Partes a los principios de la democracia política y del Estado de Derecho y del respeto irrestricto a los derechos civiles y políticos de la persona humana constituye base irrenunciable del proyecto de integración,

Considerando que la integración involucró aspectos y efectos sociales cuyo reconocimiento implica la necesidad de prever, analizar y solucionar los diferentes problemas generados, en este ámbito, por esa misma integración.

Considerando que los Ministros de Trabajo del MERCOSUR han manifestado, en sus reuniones, que la integración regional no puede restringirse a la esfera comercial y económica, sino que debe alcanzar la temática social, tanto en lo que se refiere a la adecuación de los marcos regulatorios laborales a las nuevas realidades configuradas por esa misma integración y por el proceso de globalización de la economía, como al reconocimiento de un nivel mínimo de derechos de los trabajadores en el ámbito del Mercosur, correspondiente a los convenios fundamentales de la OIT.

Considerando la decisión de los Estados Partes de consolidar en un instrumento común los progresos ya logrados en la dimensión social del proceso de integración y sostener los avances futuros de constantes en el campo social, sobre todo mediante la ratificación y cumplimiento de los principales convenios de la OIT.,

Adoptan los siguientes principios y derechos en el área de trabajo, que pasan a constituir la Declaración Sociolaboral del Mercosur, sin perjuicio de otros que la práctica nacional o internacional de los Estados Partes haya instaurado o vaya a instaurar:

Derechos individuales

No discriminación

Artículo 1º.- Todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social ó familiar, en conformidad con las disposiciones legales vigentes.

Los Estados Partes se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación. En particular se comprometen a realizar acciones destinadas a eliminar la discriminación respecto de los grupos en situación de desventaja en el mercado de trabajo.

Promoción de la igualdad

Artículo 2º.- Las personas con discapacidad físicas o mentales serán tratadas en forma digna y no discriminatoria, favoreciendo su inserción social y laboral.

Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas efectivas, especialmente en lo que se refiere a la educación, formación, readaptación y orientación profesional, a la adecuación de los ambientes de trabajo y al acceso a los bienes y servicios colectivos, a fin de asegurar que las personas discapacitadas tengan la posibilidad de desempeñarse en una actividad productiva.

Artículo 3º.- Los Estados Partes se comprometen a garantizar a través de la normativa y prácticas laborales, la igualdad de trato y oportunidad entre mujeres y hombres.

Trabajadores inmigrantes y fronterizos

Artículo 4º.- Todo trabajador migrante, independientemente de su nacionalidad, tiene derecho a ayuda, información, protección e igualdad de derechos y consideraciones de trabajo reconocidos a los nacionales del país en el que estuviera ejerciendo sus actividades de conformidad con las reglamentaciones profesionales de cada país.

Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas tendientes al establecimiento de normas y procedimientos comunes relativos a la circulación de los trabajadores en las zonas de frontera y a llevar a cabo las acciones necesarias a fin de mejorar las oportunidades de empleo y las condiciones de trabajo y de vida de estos trabajadores.

Eliminación del trabajo forzoso

Artículo 5°.- Toda persona tiene derecho al trabajo libre y a ejercer cualquier oficio o profesión conforme a las disposiciones nacionales vigentes.

Los Estados Partes se comprometen a eliminar toda forma de trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de, una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.

Además se comprometen a adoptar medidas para garantizar la abolición de toda utilización de la mano de obra que propicie, autorice o tolere el trabajo forzoso u obligatorio.

Especialmente suprímese toda forma de trabajo forzoso u obligatorio del que pueda hacerse uso:

- a) como medio de coerción o de educación política o como castigo por no tener o expresar el trabajador determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido,
- b) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico;
- c) como medida de disciplina en el trabajo
- d) como castigo por haber participado en huelgas,
- e) como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.

Trabajo infantil y de menores

Artículo 6°.- La edad mínima de admisión al trabajo será aquella establecida conforme a las legislaciones nacionales de los Estados Partes, no pudiendo ser inferior a aquella en que cesa la escolaridad obligatoria.

Los Estados Partes se comprometen a adoptar políticas y acciones que conduzcan a la abolición del trabajo infantil y a la elevación progresiva de la edad mínima para ingresar al mercado de trabajo.

El trabajo de los menores será objeto de protección especial por los Estados Partes, especialmente en lo que concierne a la edad mínima para el ingreso al mercado de trabajo y a otras medidas que posibiliten su pleno desarrollo físico, intelectual, profesional y moral.

La jornada de trabajo para esos menores, limitada conforme a las legislaciones nacionales, no admitirá su extensión mediante la realización de horas extras ni en horarios nocturnos.

El trabajo de los menores no deberá realizarse en un ambiente insalubre, peligroso o inmoral, que pueda afectar el pleno desarrollo de sus facultades físicas, mentales y morales.

La edad de admisión a un trabajo con alguna de las características antes señaladas no podrá ser inferior a los 18 años.

Derechos de los empleadores

Artículo 7º.- El empleador tiene el derecho de organizar y dirigir económica y técnicamente la empresa, de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales.

Derechos colectivos

Libertad de asociación

Artículo 8º.- Todos los empleadores y trabajadores tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como de afiliarse a esas organizaciones, de conformidad con las legislaciones nacionales vigentes.

Los Estados Partes se comprometen a asegurar, mediante dispositivos legales, el derecho a la libre asociación, absteniéndose de cualquier injerencia en la creación y gestión de las organizaciones constituidas, además de reconocer su legitimidad en la representación y la defensa de los intereses de sus miembros.

Libertad sindical

Artículo 9º.- Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical con relación a su empleo.

Se deberá garantizar:

- a) la libertad de afiliación, de no afiliación y de desafiliación, sin que ello comprometa el ingreso a un empleo o su continuidad en el mismo;
- b) evitar despidos o perjuicios que tengan como causa su afiliación sindical o su participación en actividades sindicales,
- c) el derecho a ser representados sindicalmente, conforme a la legislación, acuerdos y convenciones colectivos de trabajo vigentes en los Estados Partes.

Negociación colectiva

Artículo 10°.- Los empleadores o sus organizaciones y las organizaciones o representaciones de trabajadores tienen derecho a negociar y celebrar convenciones y acuerdos colectivos para reglamentar las condiciones de trabajo, de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales.

Huelga

Artículo 11°.- Todos los trabajadores y las organizaciones sindicales tienen garantizado el ejercicio del derecho de huelga, conforme a las disposiciones nacionales vigentes. Los mecanismos de prevención o solución de conflictos o la regulación de este derecho no podrán impedir su ejercicio o desvirtuar su finalidad.

Promoción y desarrollo de procedimientos preventivos y de autocomposición de conflictos

Artículo 12°.- Los Estados Partes se comprometen a propiciar y desarrollar formas preventivas y alternativas de autocomposición de los conflictos individuales y colectivos de trabajo, fomentando la utilización de procedimientos independientes e imparciales de solución de controversias.

Diálogo social

Artículo 13°.- Los Estados Partes se comprometen a fomentar el diálogo social en los ámbitos nacional y regional, instituyendo mecanismos efectivos de consulta permanente entre representantes de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores, a fin de garantizar, mediante el consenso social, condiciones favorables al crecimiento económico sostenible y con justicia social de la región y la mejora de las condiciones de vida de sus pueblos.

Otros derechos

Fomento del empleo

Artículo 14°.- los Estados Partes se comprometen a promover el crecimiento económico, la ampliación de los mercados interno y regional y la puesta en práctica de políticas activas referentes al fomento y creación del empleo, a fin de elevar el nivel de vida y corregir los desequilibrios sociales y regionales.

Protección de los desempleados

Artículo 15°.- Los Estados Partes se comprometen a instituir, mantener y mejorar mecanismos de protección contra el desempleo, compatibles con las

legislaciones y las condiciones internas de cada país, a fin de garantizar la subsistencia de los trabajadores afectados por la desocupación involuntario y al mismo tiempo, facilitar el acceso a servicios de reubicación y a programas de recalificación profesional que- faciliten su retorno a una actividad productiva.

Formación profesional y desarrollo de recursos humanos

Artículo 16°.- Todo trabajador tiene derecho a la orientación, a la formación y a la capacitación profesional.

Los Estados Partes se comprometen a instituir, con las entidades involucradas que voluntariamente así lo deseen, servicios y programas de formación y orientación profesional continua y permanente, de manera de permitir a los trabajadores obtener las calificaciones exigidas para el desempeño de una actividad productiva, perfeccionar y reciclar los conocimientos y habilidades, considerando fundamentalmente las modificaciones resultantes del progreso técnico.

Los Estados Partes se obligan además a adoptar medidas destinadas a promover la articulación entre los programas y servicios de orientación y formación profesional, por un lado, y los servicios públicos de empleo y de protección de los desempleados, por otro, con el objetivo de mejorar las condiciones de inserción laboral de los trabajadores.

Los Estados Partes se comprometen a garantizar la efectiva información sobre los mercados laborales y su difusión tanto a nivel nacional como regional.

Salud y seguridad en el trabajo

Artículo 17°.- Todo trabajador tiene el derecho a ejercer sus actividades en un ambiente de trabajo sano y seguro, que preserve su salud física y mental y estimule su desarrollo y desempeño profesional.

Los Estados Partes se comprometen a formular, aplicar y actualizar, en forma permanente y en cooperación con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, políticas y programas en materia de salud y seguridad de los trabajadores y del medio ambiente del trabajo, con el fin de prevenir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, promoviendo condiciones ambientales propicias para el desarrollo de las actividades de los trabajadores.

Inspección del trabajo

Artículo 18°.- Todo trabajador tiene derecho a una protección adecuada en lo que se refiere a las condiciones y al ambiente de trabajo.

Los Estados Partes se comprometen a instituir y a mantener servicios de inspección de trabajo, con el cometido de controlar en todo su territorio el cumplimiento de las disposiciones normativas que se refieren a la protección de los trabajadores y a las condiciones de seguridad y salud en el trabajo,

Seguridad social

Artículo 19º.- Los trabajadores del MERCOSUR tienen derecho a la seguridad social, en los niveles y condiciones previstos en las respectivas legislaciones nacionales.

Los Estados Partes se comprometen a garantizar una red mínima de amparo social que proteja a sus habitantes ante la contingencia de riesgos sociales, enfermedades, vejez, invalidez y muerte, buscando coordinar las políticas en el área social, de forma de suprimir eventuales discriminaciones derivadas del origen nacional de los beneficiarios.

Aplicación y seguimiento

Artículo 20º.- Los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos fundamentales inscritos en esta Declaración y a promover su aplicación de conformidad con la legislación y las prácticas nacionales y las convenciones y acuerdos colectivos. Con tal finalidad, recomiendan instituir, como parte integrante de esta Declaración, una Comisión Sociolaboral, órgano tripartito, auxiliar del Grupo Mercado Común, que tendrá carácter promotor y no sancionatorio, dotado de instancias nacionales y regional, con el objetivo de fomentar y acompañar la aplicación del instrumento. La Comisión Sociolaboral Regional se manifestará por consenso de los tres sectores, y tendrá las siguientes atribuciones y responsabilidades:

- a) examinar, comentar y canalizar las memorias preparadas por los Estados Partes, resultantes de los compromisos de esta Declaración,
- b) formular planes, programas de acción y recomendaciones tendientes a fomentar la aplicación y el cumplimiento de la Declaración,
- c) examinar observaciones y consultas sobre dificultades e incorrecciones en la aplicación y cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Declaración;
- d) examinar dudas sobre la aplicación de la Declaración y proponer aclaraciones;
- e) elaborar análisis e informes sobre la aplicación y el cumplimiento de la Declaración, examinar y presentar las propuestas de modificación del texto de la Declaración y darles el curso pertinente.

Las formas y mecanismos de canalización de los asuntos citados precedentemente serán definidos por el reglamento interno de la Comisión Sociolaboral Regional.

Artículo 21°.- La Comisión Sociolaboral Regional deberá sesionar por lo menos una vez al año para analizar las memorias ofrecidas por los Estados Partes y preparar informe a ser elevado al Grupo Mercado Común.

Artículo 22°.- La Comisión Sociolaboral Regional redactará, por consenso y en el plazo de seis meses, a contar de la fecha de su institución, su propio reglamento interno y el de las comisiones nacionales, debiendo someterlos al Grupo Mercado Común para su aprobación.

Artículo 23°.- Los Estados Partes deberán elaborar, por intermedio de sus Ministerios de Trabajo y en consulta a las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, memorias anuales, conteniendo:

- a) el informe de los cambios ocurridos en la legislación o en la práctica nacional relacionados con la implementación de los enunciados de esta Declaración, y
- b) el informe de los avances realizados en la promoción de esta Declaración y de las dificultades, enfrentadas en su aplicación.

Artículo 24°.- Los Estados Partes acuerdan que esta Declaración, teniendo en cuenta su carácter dinámico y el avance de (proceso de integración sub-regional, será objeto de revisión, transcurridos dos años de su adopción, con base en la experiencia acumulada en el curso de su aplicación o en las propuestas e insumos formulados por la Comisión Sociolaboral o por otros organismos.

Artículo 25°.- Los Estados Partes subrayan que esta Declaración y su mecanismo de seguimiento no podrán invocarse ni utilizarse para otros fines que no estén en ellos previstos, vedada, en particular, su aplicación a cuestiones comerciales, económicas y financieras.

Hecha en la ciudad de Río de Janeiro, a los diez días de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, en las versiones española y portuguesa, de igual tenor.

ANEXO IV – CARTA DE BUENOS AIRES SOBRE COMPROMISO SOCIAL (30.06.2000)

Los Presidentes de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, Estados Partes del Mercosur y los Presidentes de la República de Bolivia y de la República de Chile,

REAFIRMANDO los principios contenidos en el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático y en la Declaración Política del Mercosur, Bolivia y Chile como Zona de Paz;

TENIENDO presente los principios y derechos contenidos en la “Declaración Sociolaboral del Mercosur”;

CONVENCIDOS de que el desarrollo económico y la plena integración regional sólo pueden lograrse en un marco de justicia y de equidad social;

REAFIRMANDO el compromiso con la consolidación y defensa de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y con las declaraciones e instrumentos internacionales y regionales que los resguardan;

CONSIDERANDO que la firme adhesión a los principios de la democracia representativa y al Estado de Derecho y el respeto irrestricto a los derechos civiles y políticos constituyen la base irrenunciable de la integración regional;

CONVENCIDOS de que el crecimiento económico es una condición necesaria pero no suficiente para alcanzar una mejor calidad de vida, erradicar la pobreza y eliminar la discriminación y la exclusión social;

RATIFICANDO su propósito de contribuir unidos a lograr un mayor bienestar e igualdad social a través de un desarrollo económico equilibrado y justo;

CONSIDERANDO que resulta prioritario profundizar la dimensión social del Mercosur y teniendo en cuenta que todos los aspectos del proceso de integración deberán avanzar en forma conjunta;

COINCIDEN EN:

Reconocer la responsabilidad primordial del Estado en la formulación de políticas destinadas a combatir la pobreza y otros flagelos sociales y apoyar las acciones de la sociedad civil dirigidas al mismo objetivo.

Intensificar los esfuerzos de sus Gobiernos para mejorar la calidad de vida en sus respectivos países y en la región, mediante la atención prioritaria a los sectores más desprotegidos de la población en materia de alimentación, salud, empleo, vivienda y educación.

Fomentar la cooperación con las organizaciones comunitarias y solidarias de sus respectivos países y a nivel regional o internacional, que permitan el aprovechamiento racional y equitativo de los recursos públicos y privados en las acciones encaminadas a superar los desequilibrios sociales en la región.

Fortalecer los mecanismos de apoyo a los grupos sociales más afectados, dando prioridad a los campos de la nutrición, con atención especial a la niñez, la juventud, la tercera edad, las mujeres cabeza de familia y madres menores de edad, las comunidades indígenas, las comunidades rurales críticas, los trabajadores migrantes y sus familias, las personas discapacitadas y otros grupos sociales vulnerables.

Asegurar la efectiva vigencia de los principios rectores orientados a la protección integral de la niñez y la adolescencia y estimular la formulación de políticas específicas en su favor, que contemplen su problemática en el contexto familiar y comunitario, dando prioridad por igual a los aspectos preventivos y correctivos.

Impulsar medidas adecuadas destinadas a satisfacer las necesidades especiales de los niños y jóvenes en situaciones de violencia y abuso sexual, trabajo infantil, embarazo precoz, uso de drogas y comisión de delitos.

Intensificar los esfuerzos para mejorar la situación de las personas mayores, especialmente de aquellas en estado de pobreza o desamparo, a través de avances en materia de prestaciones sociales y de políticas de vivienda e integración social y programas de capacitación.

Velar por el estricto cumplimiento de las respectivas normas legales que prohíben la discriminación y resguardan la efectiva igualdad de derechos, trato y oportunidades para todos, sin distinción o exclusión de ningún tipo.

Promover el crecimiento de sus sociedades fundado en la igualdad entre mujeres y varones en la vida social, política, económica y cultural, conforme a una concepción de la ciudadanía que amplíe los derechos de las mujeres y afirme la responsabilidad compartida entre ambos.

Fortalecer la cooperación entre los países de la región en materia migratoria y asegurar a los migrantes el pleno ejercicio de los derechos humanos, y un trato digno, justo y no discriminatorio.

Garantizar el derecho a la educación básica y favorecer el acceso a la educación secundaria, técnica y vocacional, siendo ambos elementos claves en la superación de la pobreza como vehículos de movilidad social y económica.

Desarrollar políticas que promuevan un tipo de sociedad no excluyente, que prepare a las personas para enfrentar los desafíos planteados por la nueva comunidad del conocimiento.

Incentivar las investigaciones y estudios conjuntos sobre vulnerabilidad y exclusión social, descentralización y participación, orientados a mejorar el proceso de toma de decisiones en política social y en la asignación de recursos.

POR TODO ELLO, DECIDEN:

Instruir a las respectivas autoridades nacionales competentes a fortalecer el trabajo conjunto entre los seis países, así como el intercambio de experiencias e informaciones a fin de contribuir a la superación de los problemas sociales más agudos que los afectan y a la definición de los temas o áreas donde sea viable una acción coordinada o complementaria tendiente a su solución.

Acordar que el Foro de Consulta y Concertación Política del Mercosur, Bolivia y Chile efectúe el seguimiento de las orientaciones y líneas de acción contenidas en la presente Carta, promoviendo la institucionalización de una reunión de las autoridades responsables en materia de desarrollo social.

ANEXO V – PROTOCOLO DE ASUNCIÓN SOBRE COMPROMISO CON LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR (20.06.2005)

La República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, Estados Partes del MERCOSUR, en adelante las Partes; REAFIRMANDO los principios y objetivos del Tratado de Asunción y del Protocolo de Ouro Preto.

TENIENDO PRESENTE la Decisión CMC 40/04 que crea la Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos del MERCOSUR.

REITERANDO lo expresado en la Declaración Presidencial de Las Leñas el 27 de Junio de 1992, en el sentido de que la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición indispensable para la existencia y el desarrollo del MERCOSUR.

REAFIRMANDO lo expresado en la Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR; RATIFICANDO la plena vigencia del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile.

REAFIRMANDO los principios y normas contenidas en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos Regionales de derechos humanos, así como en la Carta Democrática Interamericana; RESALTANDO lo expresado en la Declaración y el Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, que la democracia, el desarrollo y el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente.

SUBRAYANDO lo expresado en distintas resoluciones de la Asamblea General y de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que el respeto a los derechos humanos y de las libertades fundamentales son elementos esenciales de la democracia.

RECONOCIENDO la universalidad, la indivisibilidad, la interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos, sean derechos económicos, sociales, culturales, civiles o políticos; REITERANDO la Declaración Presidencial de Puerto Iguazú del 8 de Julio de 2004 en la cual los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR destacaron la alta prioridad que le asignan a la protección, promoción y garantía de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas que habitan el MERCOSUR; REAFIRMANDO que la vigencia del orden democrático constituye una garantía indispensable para el ejercicio efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales, y que toda ruptura o amenaza del normal desarrollo del proceso democrático en una de las Partes pone en riesgo el goce efectivo de los derechos humanos;

ACUERDAN LO SIGUIENTE:

ARTICULO 1.- La plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son condiciones esenciales para la vigencia y evolución del proceso de integración entre las Partes.

ARTICULO 2.- Las Partes cooperarán mutuamente para la promoción y protección efectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales a través de los mecanismos institucionales establecidos en el MERCOSUR.

ARTICULO 3.- El presente Protocolo se aplicará en caso de que se registren graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en una de las Partes en situaciones de crisis institucional o durante la vigencia de estados de excepción previstos en los ordenamientos constitucionales respectivos. A tal efecto las demás Partes promoverán las consultas pertinentes entre sí y con la Parte afectada.

ARTICULO 4.- Cuando las consultas mencionadas en el artículo anterior resultaren infructuosas, las demás Partes considerarán la naturaleza y el alcance de las medidas a aplicar, teniendo en cuenta la gravedad de la situación existente. Dichas medidas abarcarán desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos del proceso de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes del mismo.

ARTICULO 5.- Las medidas previstas en el artículo 4 serán adoptadas por consenso por las Partes, y comunicadas a la Parte afectada, la cual no participará en el proceso decisorio pertinente. Esas medidas entrarán en vigencia en la fecha en que se realice la comunicación respectiva a la Parte afectada.

ARTICULO 6.- Las medidas a que se refiere el artículo 4 aplicadas a la Parte afectada, cesarán a partir de la fecha de la comunicación a dicha Parte

de que las causas que las motivaron fueron subsanadas. Dicha comunicación será transmitida por las Partes que adoptaron tales medidas.

ARTICULO 7.- El presente Protocolo se encuentra abierto a la adhesión de los Estados Asociados al MERCOSUR.

ARTICULO 8.- El presente Protocolo entrará en vigor treinta (30) días después del depósito del instrumento de ratificación por el cuarto Estado Parte del MERCOSUR.

ARTICULO 9.- La República del Paraguay será depositaria del presente Protocolo y de los respectivos instrumentos de ratificación, debiendo notificar a las Partes la fecha de los depósitos de esos instrumentos y de la entrada en vigor del Protocolo, así como enviarles copia debidamente autenticada del mismo.

HECHO en la ciudad de Asunción, República del Paraguay, a los 20 días del mes de Junio de dos mil cinco, en un original, en los idiomas español y portugués, siendo ambos textos igualmente auténticos.

NOTAS

1. GUARDINI, ROMANO, *La existencia del cristiano*, BAC, Madrid, 1997, pág.193.

2. GUARDINI, ROMANO, *op.cit.*, pág. 204.

3. LÉVINAS, EMMANUEL, *La conciencia no intencional*, en *Entre nosotros. Ensayos para pensar en otro*, edit. Pre-Textos, Valencia, 2001, pág. 251.

4. LÉVINAS, EMMANUEL, *De otro modo que ser; o más allá de la esencia*, Sígueme, Salamanca, 1995, pág.54.

5. TOMÁS MORO, “Quod in bonum nequis vertere, efficias saltem ut sit quam minime malum”, *Utopía*

TOMAS MORO (1478 – 1535)

Nacido en Londres el 07.02.1478, era un hombre de gran cultura, amigo de los renacentistas, entre otros Erasmo de Rotterdam. Conocido por su humor desbordante, su casa en Chelsea reunía niños, yernos, nueras, nietos jóvenes en búsqueda de su destino (tras la muerte de su primera mujer, Juana Colt, de la que tuvo cuatro hijos, se casó con Alicia Middleton, viuda con una hija). En 1504, en tiempos de Enrique VII, fue elegido por primera vez para el Parlamento. En 1523 llegó a ser presidente de la Cámara de los Comunes. En 1429 Enrique VIII le nombró canciller del Reino. En 1532, al no querer dar su apoyo al proyecto de Enrique VIII que quería asumir el control sobre la Iglesia en Inglaterra, presentó su dimisión. Se retiró de la vida pública aceptando

la pobreza y el abandono de muchos. Constatada su gran firmeza en rechazar cualquier compromiso contra su propia conciencia, el rey, en 1534, lo hizo encarcelar en la Torre de Londres dónde fue sometido a diversas formas de presión psicológica. Durante el proceso al que fue sometido, pronunció una apasionada apología de las propias convicciones sobre la indisolubilidad del matrimonio, el respeto del patrimonio jurídico inspirado en los valores cristianos y la libertad de la Iglesia ante el Estado. Condenado por el tribunal, fue decapitado el 06.07.1535.

Fuente: “Zenit”, on line, S00103107, 30.10.2000

6. Rosa Luxemburgo (1871-1919)

Rosa Luxemburgo nació en Zamosc, Polonia, el 05.03.1871. Desde muy joven se interesó por la política y por el socialismo, y se unió a un partido revolucionario llamado Proletariat. Alrededor de 1889 tuvo que exiliarse a Zurich. Allí, ingresó a la universidad y estudió ciencias naturales, matemáticas y economía. En 1898 se dirigió a Alemania, centro del movimiento obrero internacional, y la ya líder del movimiento socialista revolucionario polaco, se convirtió en constante colaboradora del “Die Neue Seit”, el periódico marxista más importante de la época. En 1913 publicó su obra cumbre *La acumulación del capital* y más tarde le siguieron otros ensayos y críticas al sistema capitalista y al propio marxismo como *Reforma o revolución, Militarismo, guerra y clase obrera, Problemas de organización de la socialdemocracia rusa*. La tenaz oposición contra la primera guerra mundial le valió la cárcel, aunque esto no fue obstáculo para que “el mejor cerebro después de Marx” -como la llamaba Franz Mehring, biógrafo del pensador alemán- continuara, desde la celda, expandiendo su postura antibélica y revolucionaria. La pasión por la verdad hizo que Rosa se apartara de todo dogmatismo, incluso fue una aguda crítica de ciertos sectores del socialismo tradicional, lo que le costó más de un adversario dentro y fuera del partido. Por aquella época ya había establecido que “sin la más amplia democracia de los trabajadores, funcionarios detrás de su escritorio tomarían el poder político de manos de los trabajadores”. Dos meses después de salir de prisión, el 15 de enero de 1919, la máxima figura femenina del socialismo internacional fue ejecutada por un soldado alemán junto a Karl Liebknecht, con quien había encabezado un levantamiento escasos meses antes.

Fuente: Base de datos de “La Nación” on line

7. GALEANO, *Ni derechos ni humanos*, en Página 12, 07.04.2002

8. cf. SÍNODO DE LOS OBISPOS, 1971, *La justicia en el mundo*. Puede consultarse en www.vatican.va

9. cr. SÍNODO DE LOS OBISPOS, 1971, *La justicia en el mundo*. Puede consultarse en www.vatican.va

10. CARITAS, *Pobreza, desigualdad y exclusión social en la Argentina*, Bonum, BsAs, 1999.

11. PREBISCH, RAÚL, *Capitalismo periférico. Crisis y transformación*, FCE, México, 1981, pág.121

12. Cabe tener en cuenta las observaciones siguientes

STIGLITZ, JOSEPH (cr. *Las lecciones de Argentina*, El País, 10.01.2002) dice: “El colapso de Argentina dio lugar a la suspensión de pagos más grande de la historia. Los expertos están de acuerdo en que éste es sólo el último de una serie de salvamentos encabezados por el FMI que despilfarraron miles de millones de dólares y no lograron salvar a las economías que pretendían ayudar. La naturaleza de ese fracaso, sin embargo, está todavía en discusión. Algunos argumentan que el FMI fue demasiado indulgente; otros, que fue demasiado severo. Aquéllos que culpan al FMI ven el problema como provocado por el propio gasto de Argentina, despilfarrador y corrupto. Estos intentos de culpabilización están equivocados: uno puede entender la suspensión de pagos como consecuencia de los errores económicos cometidos durante toda una década. Entender qué fue lo que salió mal nos brinda importantes lecciones para el futuro. Los problemas empezaron con la hiperinflación de la década de los ochenta. Para reducir la inflación hacía falta cambiar las expectativas; ‘anclar’ la moneda al dólar suponía lograr eso. Fue un retorno a una variante del viejo argumento del patrón oro. Si la inflación continuaba, el tipo de cambio real del país se apreciaría, la demanda de sus exportaciones caería, el desempleo se incrementaría y eso moderaría las presiones de los salarios y los precios. Los agentes del mercado, sabiendo eso, se darían cuenta de que la inflación no se mantendría. Siempre y cuando el compromiso con el sistema cambiario fuera creíble, lo sería también el compromiso para detener la inflación. Si las expectativas inflacionarias cambiasen, podría lograrse reducir la inflación sin un costoso desempleo. Esta receta funcionó durante un tiempo en algunos países, pero era arriesgada, como se mostraría en Argentina. El FMI fomentó el uso de este sistema cambiario. Ahora es menos entusiasta, aunque es Argentina quien está pagando el precio, y no el FMI. La fijación por ley de la paridad uno a uno entre el peso y el dólar redujo la inflación, pero no promovió un crecimiento sostenido. Se debió alentar a Argentina para que estableciera un sistema cambiario más flexible o, por lo menos, un tipo de cambio que reflejara más los patrones comerciales del país. También hubo otros errores en el programa de ‘reforma’ de Argentina. Se alabó a ese país por permitir que los bancos fueran en gran parte propiedad de extranjeros. Por un tiempo esto creó un sistema

bancario aparentemente más estable, pero este sistema fracasó en la ayuda a las pequeñas y medianas empresas. Después del impetuoso crecimiento que llegó con el fin de la hiperinflación, éste se redujo, en parte porque las empresas en el país no pudieron obtener una financiación adecuada. El Gobierno argentino reconoció el problema, pero fue golpeado por numerosos contratiempos fuera de su control antes de que pudiera hacer algo al respecto. La crisis de Asia Oriental de 1997 le supuso el primer golpe. En parte debido al mal manejo del FMI, aquélla se volvió una crisis financiera global, incrementando los tipos de interés para todos los mercados emergentes, incluyendo el de Argentina. El sistema cambiario de ese país sobrevivió, pero a un precio muy alto: la aparición de un porcentaje de desempleo de dos dígitos. Pronto, los altos tipos de interés desbordaron el presupuesto del país. Pero aun así, la relación deuda-PIB de Argentina -incluso cuando el país empezó a colapsarse- permaneció en un nivel moderado, cerca de 45%, más bajo que la de Japón. Pero con tipos de interés de 20%, el 9% del PIB del país se gastaría anualmente en financiar la deuda. El Gobierno buscó la austeridad fiscal, pero no lo suficiente como para compensar los caprichos del mercado. La crisis financiera global que se dio después de la de Asia Oriental provocó una serie de grandes ajustes en los tipos de cambio. El valor del dólar, al que estaba atado el peso argentino, se incrementó fuertemente. Entre tanto, el vecino de Argentina y socio comercial del Mercosur, Brasil, deprecio su moneda; algunos dicen que fue significativamente subvaluada. Los salarios y los precios cayeron, pero no lo suficiente como para permitir que Argentina compitiera de manera efectiva, en especial porque muchos de los productos agrícolas -que constituyen la ventaja comparativa natural de ese país- se enfrentaron con altas barreras para entrar a los mercados de los países ricos. Apenas se había recuperado el mundo de la crisis financiera de 1997-1998, se deslizó hacia la desaceleración global del 2000/2001, empeorando la situación de Argentina. Aquí fue donde el FMI cometió su error fatal; apoyó una política fiscal restrictiva, la misma equivocación que cometió en Asia Oriental, y con las mismas desastrosas consecuencias. Se suponía que la austeridad fiscal iba a restaurar la confianza. Pero las cifras del programa del FMI eran ficticias; cualquier economista podía haber predicho que las políticas de ajuste del gasto incitan a la recesión y que los objetivos presupuestarios no serían alcanzados. No hace falta decir que el programa del FMI no alcanzó sus metas. Rara vez se recupera la confianza cuando una economía cae en una profunda recesión y en un porcentaje de desempleo de dos dígitos. Quizá un dictador militar, como Pinochet en Chile, podría suprimir los disturbios sociales y políticos que surgen en tales condiciones. Pero en la democracia argentina eso fue imposible. En varias visitas que realicé a Argentina, me sorprendí del largo tiempo que llevaban sufriendo sus habitantes; a mí no me resulta tan sorprendente que los alborotos callejeros hayan destituido al presidente de Argentina como que esos

disturbios hayan tardado tanto tiempo en producirse. Siete lecciones deben extraerse ahora de este proceso: 1. En un mundo de tipos cambiarios volátiles, fijar una moneda a otra como el dólar es muy arriesgado. Hace años que se debía haber aconsejado a Argentina que abandonara ese sistema cambiario 2. La globalización expone a un país a enormes sacudidas. Las naciones deben enfrentarse a esas sacudidas. Los ajustes de los tipos de cambio forman parte del mecanismo de globalización. 3. Ignorar los contextos social y político se vuelve un peligro en perjuicio propio. Cualquier gobierno que aplica políticas que dejan a grandes sectores de la población desempleados o subempleados no está cumpliendo su misión primaria. 4. Centrarse exclusivamente en la inflación -sin prestar atención al desempleo o al crecimiento- es arriesgado 5. El crecimiento requiere de instituciones financieras que brinden créditos a las empresas nacionales. Vender los bancos a extranjeros, sin crear las salvaguardas apropiadas, puede impedir el crecimiento y la estabilidad 6. Raramente se restablece la fortaleza -o la confianza- económica con políticas que conducen a la economía de un país a una profunda recesión. El Fondo Monetario Internacional es el gran culpable por haber insistido en políticas restrictivas 7. Hacen falta mejores métodos para afrontar situaciones similares a la de Argentina. Ése fue mi argumento durante la crisis de Asia Oriental; el FMI afirmó lo contrario, optando por su estrategia de gran salvamento. Ahora el FMI reconoce tardíamente que debería explorar otras alternativas. El FMI intentará por todos los medios desviar la culpa: habrá acusaciones de corrupción y se dirá que Argentina no adoptó las medidas necesarias. Por supuesto, el país necesitaba llevar a cabo otras reformas, pero seguir el consejo del FMI de aplicar políticas de ajuste del gasto sólo empeoró las cosas. La crisis de Argentina debería recordarnos la apremiante necesidad de reformar el sistema financiero global, y por donde debemos empezar es por una profunda reforma del FMI”.

13. Genocidio

La Corte Penal Internacional, con sede en La Haya, en vigencia desde el 11.04.2002, juzgará, entre otros, a los acusados por el delito de genocidio. El art.6 de su Estatuto tipifica como genocidio “cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo” (art.6). La decisión del Banco Central, avalada por el Gobierno de la Nación, de decretar feriado bancario y cambiario *hasta* que el Congreso sancione una ley respecto de los contratos bancarios y mute los ahorros

en Bonos del Estado, expresa una política que puede llevar a la inanición a la inmensa mayoría de la población. Dicha población se halla imposibilitada de retirar su dinero para hacer frente a las necesidades básicas. Como el lapso entre el feriado bancario y la hipotética nueva ley puede ser largo, es fácil comprender que acarreará a la inmensa mayoría de los habitantes del país lesiones graves a su integridad física o mental, entre ellas el hambre, las enfermedades y la muerte por inanición. Por ello, las autoridades pueden ser perseguidas por genocidio en grado de tentativa ante los tribunales nacionales y ante la Corte Penal Internacional. Presentar el feriado como un mero “apriete” del gobierno al Congreso (cr. *Duhalde, en el país de los aprietes*, en “Clarín”, 21.04.2002) desconoce el lado delictivo del problema: tomar de rehén a la población y someterla a un régimen de hambre y devastación hasta que el Congreso se pliegue a la decisión gubernamental referida, precisamente, a la propiedad privada de los ahorristas.

Advertencia: En la línea de la Corte Penal Internacional y de los Derechos Humanos, la Sala VI de la CNAT, en “García, Juan José c/Antillana SA s/ cobro de salarios”, sentencia 54600, del 11.02.2002, *tipifica como “terrorismo” diversos in-cumplimientos de los derechos laborales por parte de los empleadores*: “1. Al contestar la demanda, el empleador cuyos barcos operan bajo bandera chipriota gracias a la desregulación marítima realizada bajo la anterior Administración y festejada por los “aplaudidores de turno” (diría el gran peruano neoliberal Vargas Llosa), entre ellos muchos tribunales, no afirma cuál es el horario de trabajo, limitándose a negar el manifestado en la demanda. 2. A partir de reconocer la relación laboral, corresponde al empleador probar el horario de trabajo. Esta simple consecuencia de la relación laboral, denominada por los autores clásicos (Deveali, Krotoschin, Barbagelata, Cesarismo Junior, De La Cueva) “inversión de la carga de la prueba”, fue olvidada (o escamoteada) a partir de las sucesivas dictaduras militares que dejaron como saldo mayor pobreza, económica y cultural. Entre la cultural, dejaron como saldo que las elementales razones del derecho laboral fueran arrinconadas y que nuestra disciplina se considerara cada vez como derecho privado, actitud que he denunciado en mi “Derecho Laboral I”, en 1979 (en plena dictadura) como “macro/civilista”. Este modo de ver, desde los intereses económicos de los empleadores, colisiona con el amplio humanismo que lee la realidad desde el rostro del Otro, cuya mirada indica que nadie debe matarlo (Lévinas dixit). Por eso, a los fusilados se les venda los ojos para que los ejecutores (asesinos, tal vez) puedan dispararles sin demasiado remordimiento. Los “macro/civilistas” nunca vieron los ojos de los trabajadores concretos de carne y hueso, ya que en cada caso sólo atendieron “al actor”, “a la parte actora”, como si fuese una entidad separada al estilo de las Ideas de Platón. De ahí que cuando en octubre 2001 Rusia y China solicitan a las Naciones

Unidas una definición de “terrorismo”, para cooperar en la Primera Guerra del Siglo XXI, tal vez ha llegado el momento de acuñar y definir como variable de terrorismo las diversas formas del horror económico descripto magistralmente por Vivianne Forrester. La falta de pago de las horas extraordinarias es una de ellas, porque quien no las satisface lucra “con el mercado negro del esparcimiento de los trabajadores” (Emmanuel Levinas, “De los Sagrado a lo Santo. Cinco nuevas lecturas talmúdicas”, Ríopiedras, Barcelona, 1997, pág. 27) y agrade el sentido del mismo trabajo que “no es tiempo de la frustración y de la alienación, no es tiempo maldito” (op. cit. pág. 31). 3. No existe norma alguna que cargue al trabajador con el deber procesal de demostrar el horario de trabajo y probar las horas extraordinarias afirmadas, porque, de acuerdo a lo anteriormente manifestado, corresponde al empleador demostrar el horario de trabajo. 4. Sentado ello, ninguna prueba hizo el empleador al respecto, por lo que la demanda debe aceptarse. 5. A mayor abundamiento, el testigo Bilota indica que el trabajo comienza a las 07 hs. pero que los trabajadores están full time a disposición de la empresa. A veces se trabaja hasta las 18 hs. pero la empresa suele no respetar esa limitación. El sindicalista Caridad (fs. 144) menciona que con el cambio de bandera los empleadores aprovecharon para contratar extranjeros sin radicación definitiva. Ignora el horario de trabajo realizado por el actor. Textualmente afirma: “no sabe con exactitud qué jornada se trabaja actualmente porque puede realizarse un remolque a cualquier hora” (fs. 145, línea 3ª y ss.), lo que coincide con la amplia disposición horaria mencionada por Bilota. 6. Por todo ello, cabe: aceptar la apelación del actor, revocar la sentencia, acoger la demanda por \$5.573, con más intereses de acuerdo a la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones comunes de crédito, desde que cada suma es debida hasta el pago, con costas de ambas instancias al demandado, regular los honorarios de primera instancia sobre el capital de condena más intereses en el 18% para el letrado del actor, en el 14% para el letrado del demandado, en el 4% para el perito contador, + regular los honorarios de segunda instancia sobre los de primera, en el 35% para el letrado del actor y en el 25% para el letrado del demandado (voto de Rodolfo Capón Filas). “El actor reclama haber trabajado 6 horas por día, mientras que de la única prueba directa producida surge que aquel cumplía una jornada normal de 7 a 18 hs. es decir con un exceso de 3 horas extras por día (véase testimonio de Bilota fs. 146). Es por ello que propongo se haga lugar a la demanda pero por la mitad del reclamo, esto es \$2.786, ya que se probó el trabajo extra de 3 horas en vez de las 6 horas reclamadas” (voto de De la Fuente, adhesión de Fernández Madrid). Como la mayoría nada dijo respecto del planteo elaborado, la tesis queda firme: los incumplimientos de los derechos laborales por parte de los empleadores pueden tipificarse como actos terroristas.

Pronóstico de pobreza para el año 2003

“Al menos la mitad de la población argentina quedará por debajo de la línea de la pobreza a fin de año como consecuencia de la inflación anual mínima prevista, que deteriorará aun más el desvalorizado salario de los trabajadores, según una investigación privada. La proyección del trabajo, realizado por la consultora Equis, establece que si el índice inflacionario no supera el 15%, tal como está previsto en el proyecto del Presupuesto nacional, habrá unos 2 millones de nuevos pobres, pero, si el promedio de inflación permanece como el índice de enero, que alcanzó al 2,3%, entonces serán 4,3 millones de personas los que pasarán a esa situación. Argentina tiene en la actualidad algo más de 14,5 millones de pobres, lo que representa un 44,2% del total de la población. La región compuesta por las provincias de Formosa, Chaco, Corrientes y Misiones, aparece como la más afectada por esa realidad al sumar 1,75 millones de personas pobres, lo que representa el 57,3% de la población. La zona del noroeste, que abarca las provincias de Jujuy, Salta, Tucumán, Catamarca y Santiago del Estero, tiene 3,95 millones de pobres, el 55,9% de la población. La condición de pobreza en Santa Fe, Entre Ríos, Córdoba, el interior de Buenos Aires y el conurbano bonaerense tiene un índice del 32,7% al afectar a 24,3 millones de habitantes. El cálculo del nivel de la pobreza determina que un varón adulto se encuentra por debajo de esa línea cuando sus ingresos mensuales no superan los 154 pesos, en tanto que quienes están por encima de esa cifra pero que no superan los 192 pesos, se ubican en la zona de riesgo, explica el informe reproducido por el diario porteño Página 12. El trabajo de Equis establece que con un índice anual de inflación del 15%, el 60% de quienes están en la zona de riesgo descenderán a la línea de pobreza, unas 2 millones de personas, por lo que el índice de pobreza para enero de 2003 pasará del 44,2% al 50,7%. También establece otras dos hipótesis: si se repite la inflación de enero a lo largo del año, la población de pobres aumentará en 4,3 millones de personas y afectaría al 57,3% del total, y si se duplica los índices de enero y la inflación llega al 70% anual, habrá 5,3 millones de nuevos pobres, por lo que el 60,4% de la población quedará en esa condición (ANC-Utpba / Ramiro Gonzalez)”, en “Adital”, 14.02.2002

Crisis argentina y Mercosur

“La combinación de los asuntos económicos con los objetivos políticos de Estados Unidos y el derrumbe argentino consiguen torpedear con mucha fuerza al MERCOSUR y dar un duro golpe a Brasil en momentos en que ese país no está en una situación económica buena. Los norteamericanos son terriblemente agresivos con Argentina y prácticamente la obligaron a derrumbarse. Desde enero 2002 apretaron a Buenos Aires de manera terrible porque en Washington sé esta produciendo un fenómeno de militarización cultural. No es sólo que los halcones están en el centro del poder, sino que al mismo tiempo los problemas

político-militares y también los económicos y sociales están siendo vistos desde el lado de la agresividad militar norteamericana. Se trata de un proceso de colonización muy fuerte que coincide con la línea militarista de Washington... y eso no es ajeno a la crisis que atraviesan los propios Estados Unidos, país que ha entrado en una recesión que se profundiza y se prolonga”. BEINSTEIN, JORGE, en *Economista advierte sobre el “impacto terrible” para los países del MERCOSUR*, en “Adital”, 07.02.2002.

14. CAPÓN FILAS, RODOLFO, *Derecho del Trabajo*, Platense, La Plata, 1998, párs. 1, 154, 212, 219, 221, 282.

15. Posibilidad de represión

“Si llegan a surgir nuevos estallidos estaré al frente y con el respaldo militar evitaré que no ocurran males mayores”, dijo Duhalde a un grupo de ministros (cr. *Ante la necesidad o la oportunidad*. “La Nación”, 11.01.2002)

El general de división Hernán Guillermo Olmos sostuvo ayer que en el Ejército no se descarta que se llegue a una instancia de crisis social donde haya que decidir el empleo del poder militar, si bien aclaró que esa situación todavía no constituye una hipótesis de trabajo en la fuerza (en “Clarín”, 05.04.2002)

El jefe de la Armada descartó cualquier tipo de accionar militar contra el sistema democrático. El almirante Joaquín Stella, rechazó la posibilidad de que se produzca un nuevo golpe militar en la Argentina, y desestimó la intervención de las Fuerzas Armadas para sofocar eventuales estallidos sociales (en “Clarín”, 06.04.2002).

Uno de los ideólogos del Modelo Imperial, ejecutado durante la Administración MENEM, ante los cacerolazos propone una ley que reglamente el derecho de reunión y, entre tanto, “la utilización del Código Penal y la prudencia de las autoridades para impedir los excesos que desnaturalizan las libertades de los ciudadanos” (CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Reflexiones sobre los “cacerolazos”*, en “La Ley”, 16.04.2002).

En sentido contrario, uno de los grandes constitucionalistas argentinos sostiene que los cacerolazos es una forma saludable de democracia participativa (cr. BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Los cacerolazos y el “delito” constitucional de sedición*, en “La Ley” 05.03.2002)

16. “Los argentinos nos equivocáramos si considerásemos este momento crítico como uno más, y no pusiésemos los remedios morales e institucionales necesarios. Sería lamentable, pues perderíamos una ocasión providencial para crecer como Nación. La crisis terminal que vivimos indica una claudicación grave en la moral social; es decir, en la responsabilidad de la conducta con respecto a la sociedad y asus diversos componentes. Sobre esto han de examinarse con sinceridad no sólo las personas sino también las instituciones, privadas y

públicas. Sugerimos que todas abran un espacio de deliberación, dispuestas a reconocer graves errores y a adoptar cambios profundos de mentalidad y de comportamientos. Ningún sector e institución puede decir que no es responsable de la situación que sufre la Patria. Este examen han de hacerlo muy especialmente los partidos políticos y los sindicatos, pero también las cámaras empresariales y las entidades financieras. Y, a no dudar, lo han de hacer los tres poderes del Estado y las entidades que dependen de él”

EPISCOPADO ARGENTINO, *Reconstruir la Patria*, 08.01.2002

17. El Obispo de San Isidro, JORGE CASARETTO, advierte: “tenemos que apostar a la conversión de la dirigencia argentina” como única forma de “encontrar el camino” para salir de la crisis.

Confesó que en su trabajo dentro de la Mesa del Diálogo Social pasó por “estados de bronca, depresión, ilusión y decepción”. En el marco de la celebración del Jueves Santo, insistió en que “hay como una aspiración muy grande en el pueblo que tiene que reflejarse en la dirigencia. Por eso la clave está en el cambio de la dirigencia argentina”. “Esa es la gran clave y tenemos que apostar a la conversión de la dirigencia, si no, no vamos a encontrar el camino” (en “Clarín, 28.03.2002).

18. “Veo similitudes concretas y un paralelo interesante entre los piqueteros argentinos y el Comité de Crisis Eléctrica de Soweto en Sudáfrica. Allí se ven a electricistas y plomeros desempleados que reaccionan frente a los efectos de las privatizaciones que marginan a más gente de los servicios básicos de lo que lo hacía el sistema del apartheid. Su acción es volver a reconectar a la gente al agua, al gas y a la electricidad. También sucede en Canadá, donde la Coalición de Ontario contra la Pobreza trabaja en lo que llama “casos de acción directa” que puede ser actuar en defensa de alguien que no está recibiendo su cheque de seguridad social o de los inmigrantes que van a ser deportados. Esto es de lo que se trata, de democratizar la toma de decisiones en el nivel comunitario, de mejorar la vida de la gente porque sino la protesta es sólo un juego. El tema es ideológico, en el sentido de que su ideología es la democracia participativa. Ahora bien, a los ideólogos no les gusta eso, porque –por definición– no les gusta la democracia porque creen tener de antemano la respuesta a todas las preguntas. Y creer en la democracia equivale a confiar en que la gente puede descubrir las respuestas por sí misma. La gente no necesita hoy liderazgos ideológicos o dogmáticos, necesita mecanismos y herramientas para resolver sus problemas. Y esto puede verse también en la Argentina, donde la gente expresa en las asambleas su deseo de protagonismo, de contar con herramientas para trabajar con el poder, para dispersarlo si es necesario. Este es el problema de la izquierda tradicional que nunca enfrenta la concentración de poder en determinadas

estructuras, porque su respuesta no fue cambiarlas sino poner a su propia gente en ellas.

KLEIN, NOAMÍ, *La gente hoy no necesita de los liderazgos ideológicos o dogmáticos*, en Clarín, 20.03.2002

19. cf. VALDA PALMA, ROBERTO, *Credibilidad de los partidos políticos en Bolivia*, en “Contribuciones”, 1/2002, pág.182

20. Datos sobre gestión de empresas en crisis por parte de los trabajadores pueden encontrarse en “Clarín”, del 17.03.2002 y en “Página 12”, del 06.04.2002.

21. BRUNI, LUIGINO (comp), *Humanizar la economía*, Ciudad Nueva, BsAs, 2000, pág78

22. SEN, AMARTYA, *Development as freedom*, Oxford University Press, 1999, pág.141. Hay traducción española, “Desarrollo y libertad”, Planeta, Buenos Aires, 2000.

Interesan las siguientes observaciones:

Desarrollo sostenible. Mercado y participación.”Los trascendentales poderes del mecanismo del mercado han de complementarse con la creación de oportunidades sociales básicas para conseguir la equidad y la justicia social. En los países en desarrollo es fundamental la necesidad de adoptar iniciativas públicas para crear oportunidades sociales”.

SEN, AMARTYA, *op.cit.*, pág.179

Desarrollo y participación sectorial. ”El Programa de Acción adoptado por la Conferencia Mundial Tripartita sobre el empleo, la distribución de los ingresos, el progreso social y la división internacional del trabajo (Ginebra, 1976), al exigir una política orientada hacia la satisfacción de las necesidades esenciales supone la participación de la población en las decisiones que la afectan, a través de las organizaciones libremente elegidas por ella. Los gobiernos deberían tratar de interesar a las organizaciones de empleadores, a los sindicatos y a las organizaciones de trabajadores y de productores rurales en los procedimientos de toma de decisiones y en su aplicación a todos los niveles. Las organizaciones de empleadores y de productores, los sindicatos y otras asociaciones de trabajadores, tales como las organizaciones de trabajadores rurales, tienen un papel importante que desempeñar en la elaboración y aplicación de estrategias de desarrollo eficaces”.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Participación de los trabajadores en las decisiones de las empresas, Ginebra, 1986, pág.13

23. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q.56,3

24. El Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), sostiene:

“78. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos considera que la educación, la capacitación y la información pública en materia de derechos humanos son indispensables para establecer y promover relaciones estables y armoniosas entre las comunidades y para fomentar la comprensión mutua, la tolerancia y la paz.

79. Los Estados deben tratar de eliminar el analfabetismo y deben orientar la educación hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos pide a todos los Estados e instituciones que incluyan los derechos humanos, el derecho humanitario, la democracia y el imperio de la ley como temas de los programas de estudio de todas las instituciones de enseñanza académica y no académica.

80. La educación en materia de derechos humanos debe abarcar la paz, la democracia, el desarrollo y la justicia social, tal como se dispone en los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, a fin de lograr la comprensión y sensibilización de todos acerca de los derechos humanos con objeto de afianzar la voluntad de lograr su aplicación a nivel universal.

81. Habida cuenta del Plan de Acción Mundial para la educación en pro de los derechos humanos y la democracia, adoptado en marzo de 1993 por el Congreso internacional sobre la educación en pro de los derechos humanos y la democracia de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, y otros instrumentos de derechos humanos, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos recomienda que los Estados elaboren programas y estrategias específicos para ampliar al máximo el nivel de educación y difusión de información pública en materia de derechos humanos, teniendo particularmente en cuenta los derechos humanos de la mujer.

82. Los gobiernos, con la asistencia de organizaciones intergubernamentales, instituciones nacionales y organizaciones no gubernamentales, deben fomentar una mayor comprensión de los derechos humanos y la tolerancia mutua. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos destaca la importancia de intensificar la Campaña Mundial de Información Pública realizada por las Naciones Unidas. Los gobiernos deben emprender y apoyar actividades de educación en materia de derechos humanos y difundir efectivamente información pública sobre esta cuestión. Los programas de servicios de asesoramiento y asistencia técnica del sistema de los Estados relacionados con las Naciones Unidas deben poder atender inmediatamente a las solicitudes de actividades educacionales y de formación en la esfera de los derechos humanos y con la educación especial

en lo que respecta a las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en el derecho humanitario así como a su aplicación, destinada a grupos especiales, como fuerzas militares, fuerzas del orden, policía y personal de salud. Debe considerarse la posibilidad de proclamar un decenio de las Naciones Unidas para la educación en materia de derechos humanos a fin de promover, alentar y orientar estas actividades educacionales”.

25. Se conocen respuestas individualistas contra el diferente, muchas de ellas de contenido racista u objetivante. El lenguaje las expresa con crudeza: “indio bueno, indio muerto”; “negro de mierda”; “cosas de negro”, “gorila”; “cabecita negra”, “coso” (masculino de “cosa”).

En los acontecimientos luctuosos del 19 y 20.12.2001, en countries cercanos a Buenos Aires los profesores de gimnasia, con la colaboración de algunos padres, organizaron a los adolescentes, quienes, utilizando los palos de golf y de béisbol, recorrían el perímetro del condominio para protegerlo del “enemigo”, “los negros” que andaban cerca buscando comida o saqueando supermercados. ¿Alguien se puede extrañar que, de acá algunos años, surjan nuevamente conductas neonazis?

26. Torres Gemelas y Derecho Laboral

(publicado en el diario “Norte”, Resistencia, el 19.11.2001)

1. Pocos han advertido que los atentados a las Torres Gemelas y al Pentágono se relacionan muy directamente con la recetas neoliberales en derecho laboral: flexibilización, desregulación, tercerización, disminución de derechos sociales.

2. A los pocos días de los mismos, mientras algunos nos preguntábamos cómo fue posible el facilismo con que los pilotos que lanzaron los aviones sobre aquellos símbolos emblemáticos del capitalismo triunfante, pudieron subir a los aparatos, pese a estar moderadamente armados, surgió la explicación: los vigiladores privatizados de los aeropuertos, flexibilizados, mal pagados, sobre/exigidos en horarios, no estaban en condiciones de funcionar como los ojos de Argos. A los pocos días de la tragedia, PAUL KRUGMAN, profesor de Princeton, sostuvo “la negligencia estadounidense respecto de la seguridad en los aeropuertos resulta asombrosa, pese a que desde hace muchos años se sabe que los Estados Unidos es un objetivo terrorista. Todos los especialistas advirtieron que lo más probable sería que los atentados terroristas comprendieran las líneas aéreas comerciales. Sin embargo, en todos los aeropuertos de EE.UU. la seguridad queda en manos de empresas privadas a cuyo personal se le paga unos seis dólares la hora, menos de lo que ganaría sirviendo hamburguesas. Estos guardianes de la vida reciben sólo unas pocas horas de entrenamiento y más del 90% de quienes examinan el equipaje tienen menos

de seis meses de antigüedad. No tenía por qué ser de esa manera. Un informe de la General Accounting Office (Oficina General de Informes) criticó el año pasado la seguridad de los aeropuertos de los Estados Unidos y la comparó desfavorablemente con los sistemas de otros países desarrollados. En Europa, el personal que examina el equipaje cobra unos quince dólares la hora más beneficios adicionales y recibe un intenso entrenamiento. ¿Por qué Estados Unidos no tomó similares precauciones? Esto no es sólo un caso de infamia, sino también de tacañería y de un sistema que alentó, y llegó incluso a imponer, la tacañería. Se trata de un problema que va más allá del terrorismo. La filosofía política estadounidense adolece de un problema: es una nación que no está dispuesta a pagar el precio de la seguridad pública” (cr. ¿Por qué faltó precaución?, en “Clarín on line, 17.09.2001). En lugar de vigilar bien, pareciera más interesante y tal vez lucrativo para la industria de las armas y el catering militar, casi destruir un país buscando un sospechoso (¿qué sería si se buscara a un culpable condenado judicialmente?). Posteriormente, a conclusiones similares llegan NAOMÍ KLEIN, “EE.UU: la derrota en el frente interno”, en www.rebellion.org, 29.10.2001, y ULRICH BECK, “El fin del neoliberalismo”, en “El País Digital”, España, 15.11.2001.

3. Si a partir de la Administración anterior, el país copió el modelo neoliberal en materia laboral, ¿no será hora de des-copiar el modelo, antes que se caigan el Teatro Colón, la Casa Rosada, la Bombonera? Pregunto esto porque, a pesar de todo, se sigue insistiendo en que la crisis está provocada por el derecho laboral, por los “altos sueldos”, por los “excesivos impuestos al trabajo” y lindeces por el estilo. que REAGAN en Estados Unidos resolvió, entre otras medidas, privatizando el control de los aeropuertos, con el resultado a la vista.

4. Se dirá que exagero. Tal vez. Pero, releyendo la parábola de LÁZARO y EPULÓN, tal vez tenga razón DIOS cuando no acepta que el primero vuelva a la tierra a alertar a los hermanos del segundo: si no ven lo que tienen delante de sus ojos, tomarán a LÁZARO resucitado como un fantasma y tampoco le harán caso.

27. “La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma el solemne compromiso de todos los Estados de cumplir sus obligaciones de promover el respeto universal, así como la observancia y protección de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, otros instrumentos relativos a los derechos humanos y el derecho internacional. El carácter universal de esos derechos y libertades no admite dudas. En este contexto, el fortalecimiento de la cooperación internacional en la esfera de los derechos humanos es esencial para la plena realización de los propósitos de las Naciones Unidas. Los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio innato de todos los seres humanos; su promoción y protección es responsabilidad primordial de los gobiernos”.

28. Organización Mundial del Comercio y Vaticano

«La integración de las economías más pobres en el sistema comercial mundial equitativo está en el interés de todos», constató el representante del Vaticano en la reunión de la OCM en Doha (2001). «El incremento del desarrollo de los países pobres es una contribución al progreso global, a la seguridad internacional y a la paz», añadió el prelado ante un auditorio conmocionado por la nueva tragedia acaecida en los cielos de Nueva York. En una economía globalizada nadie puede ser insensible a la situación de aquellos que se han quedado al margen --afirmó--. Su inclusión es un valor tanto económico como moral». Martin recordó que el objetivo del desarrollo debe ser «la persona humana», que van más allá de los intereses del mercado. Según el «embajador» del Papa ante la sede de las Naciones Unidas de Ginebra, el mundo tiene necesidad de la Organización Mundial del Comercio para aprovechar al máximo las posibilidades que ofrece la globalización. Si bien es verdad que «la liberalización puede traer grandes beneficios» a las naciones en vías de desarrollo, reconoció, por otra parte no se puede negar que «con demasiada frecuencia ésta se ha quedado en una afirmación meramente teórica».

Fuente: Zenit, 13.11.2001.

29. Cholulismo nacional

Cabe tener en cuenta la siguiente sentencia:

“1. Como el telegrama mediante el cual el actor intentó desactivar la prescripción en curso ha sido desconocido por el demandado, sobre la esfera de aquél pesaba la carga de demostrar su autenticidad y su recepción por parte del demandado. Esa carga no fue cumplida ya que no existe prueba alguna de que el telegrama hubiese sido recibido por el deudor. 2. Quejarse ahora de que el juzgado hubiera debido aplicar el “in dubio” o haber “solicitado una medida de mejor proveer” luce sub-realista: 2.1. El principio se aplica cuando existe duda y no cuando, como en este caso, no existe prueba de la recepción del documento. 2.2. Ordenar medidas de mejor proveer es una facultad del juzgador, que puede ejercerse por criterio propio o por pedido de parte, siempre que las mismas no representen que el juzgado se suplanta en lo que le cabe a los sujetos en pugna. En este caso, carece de sentido quejarse de lo que el actor debió hacer y no hizo. La queja del actor confirma que en el país existe una cultura individualista mediante la cual tanto las personas individuales como las colectivas erigen sus intereses y cosmovisiones como generales y absolutas. Basta pensar que en los diarios del 23 de marzo de 2002 se tacha al Poder Judicial como culpable de la próxima hiperinflación cuando simplemente ordenan devolver los ahorros a quienes los han depositados. Esta cultura individualista se aceleró en la Administración Menem por dos factores, uno, externo, la presión y el atractivo del

neo-liberalismo con sus espejitos de colores que conquistaron muchas cabezas y muchos corazones y otro, interno, nuestro propio cholulismo, expresado en el estereotipo de Isidoro Cañones, para quien nadie existe fuera de él mismo, o para quien nadie importa salvo que sirva a sus fines. Conjugados ambos factores, el producto está a la vista: la sociedad civil diezmada vuelve por sus fueros, cacerola en mano, mal que les suene a los detentadores del poder económico, político o ideológico (Bidart Campos, Germán, *La emergencia actual: entre el dolor, la rabia y la ironía*, en *Depósitos Bancarios Restricciones II*, La Ley, Buenos Aires, Marzo 2002, pág. 1), algunos de los cuales, como si nada sucediese, siguen cobrando jubilaciones preferenciales, cuyo mayor mérito tal vez haya sido estar al lado del poderoso de turno en el momento oportuno y, al mismo tiempo, ocupando sitios gubernamentales o judiciales, en una actitud bien definida por el Episcopado: si bien podrían ser “legales”, no dejan de ser “inmorales” (*Para que renazca el país*, en “Clarín”, 22/3/2002). 3. Por todas esas razones, la queja del actor debe desatenderse”. (CNAT, Sala VI, in re”Carabajal, Rubén c/O.S.P.I.M”, 10.04.2002)

30. Des-creimiento hacia el Poder Judicial

1. Encuestas de 1992 indican que sólo un 30% de la población cree que Argentina vive en un Estado de Derecho, el 48% no tiene confianza en el Poder Judicial, el 66% cree que el Poder Ejecutivo influye en las sentencias.

Fuente: DEMOSPOKIA, Boletín Informativo n° 86, 13.03.1992

2. En la historia doméstica, siempre las protestas fueron contra ministros de economía, presidentes o algún juez por algún caso muy sonado y específico, pero nunca contra los nueve ministros del máximo tribunal de Justicia. Hasta ahora el debate sobre las decisiones de la Corte –cuyos miembros fueron aumentados de 5 a 9 por Menem– parecía estar circunscripto a la clase política. Pero el 28 de diciembre del 2001 casi un millar de personas se congregó en el Palacio de Justicia –convocados por la Asociación de Abogados Laboralistas– para arremeter, entre otras resoluciones, contra el polémico fallo de la Corte que el 20 de noviembre dictaminó que no está probado que MENEM fue el supuesto jefe de una asociación ilícita que organizó el tráfico de armas a Ecuador y Croacia. En lo que pareció un traje a medida más que una resolución basada en la lectura de un expediente con 60 mil carillas y 10 mil documentos, la Corte también había considerado, ese 20 de noviembre, que MENEM no incurrió en el delito de falsificación ideológica de tres decretos que autorizaban la venta de armas a los destinos falsos de Panamá y Venezuela, que tampoco tenía ese carácter un polémico convenio entre el Ejército y Fabricaciones Militares y que el pago de coimas sólo se sustentaba en los dichos “aislados y tardíos” de la confesión del ex interventor de Fabricaciones Militares LUIS

SARLENGA. Mientras el viernes la Corte, en otro “per saltum” (intervención que pasa por encima de las instancias judiciales inferiores) revocó una decisión del juez Silva Garretón de permitir a un ahorrista recuperar su plazo fijo, los manifestantes hacían batir sus cacerolas. Era como si la protesta se hubiese “colado” en el solemne salón de Acuerdos de la Corte, ubicado en el cuarto piso del Palacio de Justicia.

Fuente: Un cacelorazo que apuntó a la cabeza del Poder Judicial, en “Clarín”, 30.12.2001.

3. Análisis de enero 2002 muestran que la población tiene una pésima opinión del máximo tribunal de justicia, al menos mientras esté conformado por sus actuales miembros. Lo demuestran los números: 65% de imagen negativa, y un elevado consenso, 76% en torno al reclamo de que renuncien los nueve ministros. *Fuente: Expectativas de la población, en “Página 12”, 09.01.2002*

31. Hominización

El término, tomado de las ciencias biológicas, es utilizado por la Teoría Sistémica del Derecho Social para referirse al crecimiento del hombre y de la humanidad en *todas* sus dimensiones: sociales, culturales, económicas, políticas, espirituales.

32. ZUPPI, ALBERTO LUIS, *Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional*, Ad-Hoc, Bs.As.2002,pág.80.

33. “En la Argentina 7.082.200 niños y adolescentes viven en hogares-pobres. Son el 55,8% de los 12,9 millones de menores de 18 años, según los datos divulgados por Siempro (Sistema de Información, Monitoreo y Evaluación de Programas Sociales), un organismo que depende de la Presidencia de la Nación. Y se trata de una cifra récord, desde que en 1997 comenzó a medirse la pobreza en la niñez y la juventud. En la medición de 2000 había 6,2 millones de menores, equivalente al 50,7% del total, que vivían en la pobreza. Entre una punta y otra unos 900.000 niños y adolescentes se sumaron a la vasta legión de la pobreza. En 1997, cuando se hizo por primera vez esta medición la pobreza afectaba al 44% de los menores. Esto significa que la cantidad de menores que viven en hogares pobres aumentó desde entonces en 2 millones de personas”

BERMÚDEZ, ISMAEL, *Hay 7 millones de adolescentes y chicos que viven en la pobreza*, en “Clarín”.17,04.2002

34. Al respecto, interesan los datos y opiniones recopilados en *Digesto Práctico La Ley, Derecho Colectivo del Trabajo*, dirigido por RODOLFO CAPÓN FILAS, Bs.As. 2001, párs. 4158 y ss.

35. “Cada país es el principal responsable de su propio desarrollo económico y social, y nunca se insistirá lo suficiente en la importancia de las políticas y estrategias nacionales de desarrollo. No obstante, las economías nacionales están ahora interrelacionadas con el sistema económico mundial; entre otras cosas, las oportunidades de comercio e inversión pueden ser una ayuda para los países en su lucha contra la pobreza. La labor de desarrollo nacional debe apoyarse en un entorno económico internacional favorable”.

NACIONES UNIDAS, *Consenso de Monterrey*, marzo 2002, p.6

36. A pesar de haber pedido la intervención de la OEA, el Grupo de Río se abstuvo de calificar como golpe de Estado la destitución de CHÁVEZ. ‘Sería inoportuno e inapropiado decir si fue golpe de Estado’, porque ‘la información es muy fragmentada todavía’, afirmó el presidente de Perú, ALEJANDRO TOLEDO, miembro de la troika del Grupo de Río junto con sus homólogos de Chile, RICARDO LAGOS, y Costa Rica, MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ.”,

cr. “El País”, Madrid, 14.04.2002

37. “La Casa Blanca considera que lo sucedido en Venezuela en las últimas 48 horas fue provocado por el depuesto presidente venezolano y se niega a hablar de interrupción del proceso de constitución o de golpe de estado. Directamente, no se pronunció sobre el tema de fondo que es la legalidad del nuevo gobierno”

cr. “Clarín”, 13.04.2002.

El presidente del Gobierno español y presidente en ejercicio del Consejo Europeo, JOSÉ MARÍA AZNAR, ofreció ayer al presidente provisional de Venezuela, PEDRO CARMONA, su “disponibilidad y apoyo” en sus esfuerzos por asegurar el pronto retorno de la democracia a su país, informaron fuentes oficiales. En una conversación telefónica, el jefe del Ejecutivo español le expresó igualmente a CARMONA que tanto España como la Unión Europea siguen “con gran interés” la evolución de los acontecimientos que han llevado a la caída de HUGO CHÁVEZ. Al respecto, le informó que la Presidencia de turno de la UE emitió un comunicado animando a los venezolanos a superar la crisis “en un marco de concordia nacional y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales”. Aznar subrayó también ante su interlocutor su deseo de que se normalice “cuanto antes” el funcionamiento de las instituciones democráticas venezolanas, para lo cual comprometió su “disponibilidad y apoyo”.

cr.”Clarín”, 13.04.2002.

38. JUAN PABLO II, *Discurso Inaugural* de la Conferencia del Episcopado Latinoamericano, Puebla de los Angeles, 1979, p. III, 4.

39. Un índice de la operatividad de la Declaración está constituido por la actividad estatal desplegada para presentar las memorias anuales exigidas por el art. 23 de la DSLM. En este sentido el Ministerio de Trabajo, previa consulta a las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores, ya han presentado las memorias referidas a los cambios ocurridos en la legislación y en la práctica nacional relacionados con la implementación de los enunciados de la DSLM, así como los avances realizados en su promoción y las dificultades enfrentadas en su aplicación. Estas memorias, a su vez, han sido analizadas junto con las de los otros Estados miembros por la Comisión Sociolaboral, “órgano tripartito auxiliar del Grupo Mercado Común”, “dotado de instancias nacionales y regionales”, instalada en marzo de 1999, cuyo papel central es promover y velar por el cumplimiento de los preceptos consagrados en la Declaración, así como examinar las quejas y denuncias de incumplimientos en que puedan incurrir los Países Miembros respecto de la misma. Su profusa actividad confirma la eficacia de los derechos previstos en la DSLM y de los compromisos asumidos por el Estado. Debe repararse que la obligación que importa la presentación de las memorias anuales ha sido puesta en cabeza de cada Estado (“Los Estados parte deberán elaborar, por intermedio de sus Ministerios de Trabajo y en consulta a las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, memorias anuales...art. 23 DSLM), aunque su gestión se encuentre a cargo del Ministerio de Trabajo. De esta manera “todo poder del Estado”- Ejecutivo, Legislativo y Judicial- tiene el deber de contribuir a la conformación de la memoria. Este deber de información es especialmente útil en el caso del magistrado laboral, el cual resuelve diariamente los conflictos reales y puede dar cuenta de los avances y retrocesos en la realidad del mundo del trabajo de los preceptos de la Declaración.

MALM GREEN, LUCAS A., *Reflexiones a propósito de la Reunión Técnica sobre la aplicabilidad de la Declaración SocioLaboral del Mercosur*, en Sitio Web del Equipo Federal del Trabajo, www.eft.com.ar

40. cr. SIMÓN, JULIO, *Eficacia jurídica de la Declaración SocioLaboral del Mercosur, con especial referencia a Argentina*, en OIT, AADTS, en *Eficacia jurídica de la Declaración SocioLaboral del Mercosur*, Bs.As., 2002, pág. 40.

41. La CNAT Sala VI, en “Stringa, Domingo Alberto c/Unilever de Argentina SA s/despido”, sentencia 53.533, del 23.10.2000 ha afirmado: “... En un mundo global, la sentencia concreta adquiere una dimensión planetaria. Llegado el caso, debe ser comunicada a los organismos internacionales relacionados con el tema que se resuelve. Así como “los hombres no son islas”, tampoco lo son los países. Por eso, como todo juez vive en el mundo, debe comunicar su decisión al mundo, mediante los medios protocolares del caso y también

mediante Internet: la tecnología al servicio no sólo de los intereses económicos sino también al servicio de la Justicia, con ojos abiertos para ver la realidad, como la esculpiera magistralmente Lola Mora. Carece de objetividad afirmar la auto/nomía del actor por los instrumentos que así lo calificarían. Al contrario, de la conducta del demandado respecto de los documentos presentados por el actor se deduce que era un trabajador subordinado. Por todo ello, la apelación del demandado debe rechazarse. La clandestinización total o parcial de la relación laboral es un modo sofisticado de discriminación ya que excluye del universo normativo a los trabajadores afectados y un modo claro de hipocresía que castiga a los inocentes. Al respecto resuenan las expresiones de Juan Pablo II el Viernes Santo del 2000: “La negación de la verdad ha generado sufrimiento y muerte y son los inocentes los que pagan el precio de la hipocresía humana”. “No es suficiente lavarse las manos, queda siempre la responsabilidad por la sangre de los inocentes” (cr. “Clarín”, 22.04.2000). La OIT, “considerando que la Declaración de Filadelfia afirma que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades, y considerando además que la discriminación constituye una violación de los derechos enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adopta, con fecha veinticinco de junio de mil novecientos cincuenta y ocho, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958: Artículo 1.1. A los efectos de este Convenio, el término *discriminación* comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación”. La clandestinización, total o parcial, es un virus que perjudica a los trabajadores, a los empleadores cumplientes, al Estado y atenta al proceso de integración económica del Mercosur. **2.** Por eso, debe ser sancionado severamente por el Poder Judicial y, en los límites de su competencia, informado al Ministerio de Trabajo y a la Organización Internacional del Trabajo. La Declaración SocioLaboral del Mercosur (1998) reconoce entre los derechos individuales de los trabajadores el de igualdad de trato: “Todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social ó familiar, en conformidad con las disposiciones legales vigentes. Los Estados Partes se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación.

En particular se comprometen a realizar acciones destinadas a eliminar la discriminación respecto de los grupos en situación de desventaja en el mercado de trabajo.” (art. 1). En nuestro país es derecho aplicable, superior a las leyes, por provenir del Tratado de Asunción (CN art.75.inc.24). Cabe reconocer, además, que, al recoger las normas de Derechos Humanos, forma parte del ius cogens internacional (cr. Oscar Ermida Uriarte, “La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su aplicabilidad judicial”, Montevideo, 2000). Julio Godio destaca que “debe ser considerada fundamentalmente como el cuerpo doctrinario de una cultura del trabajo progresista, el cimiento social de las democracias políticas en la región” (cr.”Mercosur Sociolaboral”, OIT, Bs.As.,1999, pág.47) Como la clandestinidad indicada viola la igualdad de trato, cabe enviar copia de esta sentencia al Ministerio de Trabajo para que la tenga en cuenta cuando redacte la Memoria Anual respecto de la Declaración Sociolaboral. Cabe recordar que el Poder Judicial, como poder estatal, ha de cumplir esta Declaración, superior a las leyes por provenir del Tratado de Asunción y hacerla cumplir, denunciando en este caso la situación a la Administración del Trabajo a los efectos de una mejor redacción de la Memoria Anual (arts.2º y 23). Por todo ello, en base a Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art.12, a la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2, 10, 12, 23 y 28, al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art.7, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2, 26, al Pacto de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos, art. 24, a la Declaración Sociolaboral del Mercosur, art. 1, a la CN arts 14 bis y 17, a RCT arts.14, 90 y 245, a la Ley 24.013, arts.8 y 15, cabe: rechazar la apelación del demandado, con costas de alzada...enviar copia de esta sentencia al Ministerio de Trabajo y a la OIT en sus oficinas de Buenos Aires, a sus efectos” (voto de Capón Filas). “Comparto al voto que antecede por las razones jurídicas, excluidas las extrajurídicas que se invocan...”(voto de De la Fuente, adhesión de Fernández Madrid).

Apoyo doctrinario. En la Reunión Técnica sobre la aplicabilidad jurídica de la Declaración SocioLaboral del Mercosur se ha destacado la importancia de la sentencia de la Sala VI de la CNAT en “Stringa Domingo Alberto c/Unilever de Argentina”, que resuelve comunicar la sentencia al Ministerio de Trabajo, mediante oficio, para que la tenga en cuenta al redactar la Memoria Anual. Esta sentencia ha sido receptada como ejemplo en el ámbito regional (cr. WALKURE LOPES RIBEIRO DA SILVA, *Aplicabilidade da Declaracao Sociolaboral do Mercosur*”, Informe de Brasi, en OIT, AADTS, en *Eficacia jurídica de la Declaración SocioLaboral del Mercosur*, Bs.As.,2002, pág. 80.

Desafío intelectual: cabe al lector descubrir las razones “extrajurídicas” de las que se apartan los magistrados que componen la mayoría de la decisión. Si las encuentra, ¿puede informarlas a rcfcap@speedy.com.ar?

42. Tesis compartida por ALEJANDRO PEROTI, a cargo de Derecho de la Integración, en la Universidad Austral.

43. SIMÓN, JULIO, *op.cit.* pág.42

La inmediatez operativa de la Declaración es uno de los supuestos de la Carta de Buenos Aires sobre Compromiso Social, como se deduce de su texto

XIX.

O MERCOSUL

E SEUS PROJETOS INSTITUCIONAIS

*Saulo José Casali Bahia**

SUMÁRIO: 1. As razões para a integração econômica e política na América do Sul – 2. O modelo institucional do Mercosul: entre o interestatismo e o supranacionalismo – 3. Histórico de criação e quadro institucional do Mercosul – 4. O Mercosul Invisível – 5. O Futuro do Mercosul

1. AS RAZÕES PARA A INTEGRAÇÃO ECONÔMICA E POLÍTICA NA AMÉRICA DO SUL

Como se costuma falar quando se escreve sobre blocos de integração econômica e política, atualmente a economia internacional se articula em torno de trocas comerciais não mais apenas entre Estados, mas também envolvendo grupos de Estados.

Trata-se de uma ação que se tornou necessária aos Estados dantes isolados, por diversas razões, e tanto não é diferente quando se pensa na América do Sul.

Inicialmente, pode-se apontar que a negociação em bloco (grupo de Estados) permite aos Estados então reunidos resistir aos outros blocos ou aos grandes Estados (Japão, USA). A afirmação de interesses na esfera internacional de modo organizado e coletivo costuma aumentar o poder de barganha dos Estados agrupados.

A formação do bloco econômico também permite otimizar a própria economia de cada um dos Estados envolvidos. Neste último caso, ao se associarem em entes de integração, os Estados garantem o aumento do mercado para as suas indústrias, o que permite aumentar o ganho em termos absolutos e fazer nascer o ganho em escala, impróprio diante de pequenos grupos consumidores.

* Juiz Federal (SJBA) e Professor Adjunto (UFBA). Doutor em Direito (PUC-SP). Líder do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais – Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA.

Este não é o único fenômeno produzido. A concorrência leva ao estabelecimento de especializações produtivas e de prestígio às soluções tecnologicamente mais rentáveis, eliminando o desperdício. A busca de ganho tecnológico passa a ser uma constante.

Por outro lado, o processo de integração exige que sejam adotadas medidas que podem ser reputadas como infraestruturais, já que a circulação física e jurídica de bens, de pessoas e de capitais, além do livre estabelecimento e da livre concorrência, dependem de caminhos física e juridicamente desimpedidos. A criação de infra-estrutura física (portos, aeroportos, estradas, ferrovias etc) e jurídicas (harmonização legislativa, criação de cortes supranacionais etc) determina um inegável efeito sinérgico para o desenvolvimento.

Por outro lado, o crescimento do volume de comércio é condição para a geração de riquezas que terminam por permitir a sua redistribuição, desde que os Estados adotem políticas nesse sentido. Parece óbvio que se não há o que repartir, nada será repartido, e pouco poderá o Estado atuar no sentido de promover a justiça e o desenvolvimento sociais.

Quanto à autoridade supranacional, que por vezes surge do modelo de integração adotado (e sua adoção no Mercosul, no futuro, nunca foi descartada), sua atuação pode permitir vencer certas dificuldades locais, já que por vezes Estados isolados resistem em concretizar medidas protetivas ao meio ambiente, ou insistem em desenvolver políticas internas que inviabilizam o alcance de melhores condições de vida à população ou a grupos da população, muitas vezes em razão da manutenção de estruturas sociais arcaicas e de preconceitos ainda renitentes. A uniformização de tratamento exige a consolidação de *standarts* mínimos a ser implementados em cada país, nas mais diferentes áreas, o que faz com que todos os Estados que se mantinham abaixo dos níveis exigidos devam evoluir para a adoção de novos e superiores níveis de intervenção ou de prestação.

Inegavelmente, processos de integração podem também se tornar inegáveis instrumentos para a construção da paz na esfera interna e internacional, ao exigirem, para o seu desenvolvimento, a convivência e o diálogo como modo de solução de litígios e para a adoção de decisões.

É óbvio que até aqui somente foram expostas consequências positivas da integração. Há uma série de consequências negativas, que vão desde a desintegração de culturas e o risco de inversões econômicas mal-sucedidas, até a centralização agressiva e o surgimento de *deficit* democrático no processo de tomada de decisões.

De qualquer modo, com ou sem percalços e problemas, a integração econômica e política se tornou um processo inevitável e arrebatador, diante do qual nada mais pode ser feito senão produzir retardos em seu ritmo ou correções no caminho que deve tomar.

Dentro deste processo de surgimento de blocos econômicos eclode o Mercosul (Mercado Comum do Sul, reunindo Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai), pois a integração entre países parece ainda reclamar o preço da geografia e da similitude de aspectos que a proximidade física promove.

De um comércio de pouco mais de cinco bilhões de dólares em 1991, o Mercosul passou a girar 20 bilhões entre seus membros, em 1998. Com a prevista entrada da Venezuela, primeira expansão do Mercosul desde a sua criação há 15 anos, e que ainda depende da aprovação parlamentar de alguns dos membros, o bloco tem agora mais de 250 milhões de habitantes, um PIB de mais de 1 trilhão de dólares e um comércio global superior a 320 bilhões de dólares.

2. O MODELO INSTITUCIONAL DO MERCOSUL: ENTRE O INTER-ESTADISMO E O SUPRANACIONALISMO

Desde o início, segue o Mercosul um modelo de integração pouco arrojado. Ao invés de seguir o modelo supranacional (exemplo europeu atual), preferiu seguir o modelo interestatal. Quando o momento previsto no tratado de criação (Tratado de Assunção, 1991) chegou, ao final do período de transição, para a definição da estrutura definitiva do Mercosul, não se fez com o Protocolo de Ouro Preto (dezembro, 1994), o rompimento com o modelo interestatal. Neste último tratado continuou a ser dito que “as decisões dos órgãos do Mercosul devem ser adotadas pelo consentimento e com a presença de todos os estados membros”.

O processo de adoção das decisões segue os seguintes passos, de acordo com o artigo 40 do Protocolo de Ouro Preto:

- a) aprovada a norma, os Estados-Partes devem adotar as medidas necessárias para a sua incorporação ao ordenamento jurídico interno (por emendas constitucionais, leis, decretos etc);
- b) as medidas adotadas são então comunicadas à Secretaria Administrativa do Mercosul;
- c) após esta Secretaria haver recebido as comunicações sobre as medidas adotadas pelos Estados-Partes, é feita a comunicação dessa circunstância a todos os mesmos;

- d) decorridos trinta dias desta última comunicação (pela SAM), a norma entra em vigor simultaneamente para todos os Estados-Partes, que ainda têm o dever de comunicar internamente o início de vigência da norma.

O Governo brasileiro tem destacado que a condução do Mercosul segue os princípios do pragmatismo, do realismo e do gradualismo, e com isto evitado a adoção do modelo supranacional.

Há vários motivos para isto, podendo-se destacar as assimetrias existentes entre os Estados-Partes (pois há inegáveis diferenças de ritmos e de graus de abertura comercial), as divergências de política interna, a agilidade que o modelo intergovernamental pode proporcionar, não se desprezando que, em um momento posterior, com a convergência estabelecida em um patamar satisfatório, possa haver a adoção do supranacionalismo.

Trata-se, para o governo brasileiro, de atuar com prudência, fazendo prevalecer, com a necessidade do consenso, que a posição brasileira jamais possa ser submetida à vontade exclusiva dos demais membros. Tem-se, pois, de alguma forma, a garantia da posição brasileira no processo, consuetudinária ao seu peso econômico e político na região, e que poderia ficar prejudicada com a fórmula de decisão por maioria. Sem contar com a Venezuela, o Brasil possui 82% do PIB do Mercosul e 79% da sua população. E lembram muitos diplomatas brasileiros que, em um primeiro momento, a própria União Européia não quis arriscar tanto em termos de figurino institucional (ao adotar inicialmente o modelo BENELUX), falando-se, com menção a um provérbio popular, que “nunca se deve colocar o carro adiante dos bois”.

É óbvio que estes argumentos sofrem ferozes críticas por todos aqueles que prefeririam ver a adoção imediata do modelo supranacional nas instituições Mercosulinas.

Com respeito às assimetrias, lembram que apenas a intervenção de um órgão central poderia corrigi-las, órgão este que exerça certo poder derivado de parcelas de soberania transferidas pelos Estados-Partes.

As divergências de política interna, na medida em que não sejam unificados os órgãos detentores do poder político, viria causando uma verdadeira paralisia no processo de convergência necessário, o que retiraria qualquer pretensão de agilidade e de sucesso no processo integrativo. O modelo interestatal, assim, apenas estaria a promover um absoluto impasse ao processo de criação do Mercado Comum.

Forma-se, como muitos apontam, cada dia mais um contencioso dissimulado, pois o incremento das trocas comerciais e da circulação de pessoas, progressos que de alguma forma vem ocorrendo, gera toda uma sorte de litígios

que não encontram nas instituições existentes um ambiente propício para a solução rápida e segura, com livre e fácil acesso aos particulares interessados. As soluções, muitas vezes, dependem como que da boa vontade e da proteção diplomática do Estado-Parte.

Antes de falar sobre o futuro do Mercosul diante desta situação, cumpre tratar das origens do Mercosul e do seu quadro institucional atual.

3. HISTÓRICO DE CRIAÇÃO E QUADRO INSTITUCIONAL DO MERCOSUL

Não deve haver dúvidas de que o Mercosul tem sua origem nas relações envolvendo o Brasil e a Argentina, que desde 1940 tencionaram criar uma União Aduaneira entre eles.

Esta história das relações bilaterais entre Brasil e Argentina foi pontuada pela atividade da Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL), criada em 1948, pela ONU, dentro da linha de cooperação econômica para o desenvolvimento, com o objetivo declarado de obter melhorias para o Estado através do aumento do mercado.

Alguns anos depois (1960), a iniciativa dos próprios países da Região levou à criação da ALALC (Associação Latino-Americana de Livre Comércio), pelo Tratado de Montevideo. Em verdade, a ALALC foi um projeto da CEPAL, e a estratégia possuída foi a do multilateralismo. Esta estratégia efetivamente resultou no incremento de 100% nas trocas comerciais entre 1962-1967, e envolveu a pretensão da criação de um Mercado Comum regional em 12 anos, com imediata disseminação de um sistema de preferências comerciais.

Os anos 1960-1980 assistiram, todavia, à desastrosa política de substituição de exportações, com um retorno ao protecionismo. Na ALALC, as listas comuns foram paralisadas, e houve um recuo das trocas comerciais no interior da zona. O multilateralismo exigia um preço ou condições que os Estados não estavam preparados a pagar ou a satisfazer, diante da heterogeneidade e do peso econômico dos mesmos, ocorrendo uma agravamento dos desequilíbrios comerciais. Inobstante os sinais pessimistas no ar, em 1967 foi realizada a Conferência de Punta del Este, onde a idéia do Mercado Comum Latino Americano foi pensada para 1985.

Antes disto, o realismo e o pragmatismo fizeram com que as pretensões exageradas da ALALC fossem deixadas de lado com a sua substituição pela ALADI (Associação Latino-Americana de Desenvolvimento e Integração), em 1980, que promoveu o abandono de marcos tão rígidos, e substituiu a estratégia do multilateralismo, que exigia certa harmonia faticamente improvável, mesmo inexistente, pelo bilateralismo. Foram pensadas zonas de

preferências tarifárias, revisado os limites da estratégia de substituição das exportações, e imaginado um forte intervencionismo estatal.

A estratégia bilateralista resultou em vários frutos no cone sul-americano, já que esforços bilaterais podiam ser muito mais aprofundados e exitosos que aqueles que demandassem o acordo de maior número de países.

Dai, em 1985, foi celebrada a Convenção Argentino/Uruguai de Comércio Exterior (CAUCE). Em 1988 o PCE foi assinado entre o Brasil e a Argentina, e apenas entre estes dois Estados foi imaginada a criação de um Mercado Comum em 10 anos. Esta idéia foi reforçada em 1990 com a assinatura do ACE Brasil/Argentina. Houve a antecipação do Mercado Comum em 4 anos. Uruguai e Paraguai, países cujas economias possuem forte ligação ou dependência da brasileira e da argentina, apressaram-se em participar do processo, e o resultado disto foi a assinatura, em 1991, do Tratado de Assunção, que previu a criação de um Mercado Comum até 31/12/94. De 1991 a 1994, haveria, portanto, um período de transição, com instituições provisórias, que seriam substituídas e reformuladas com a adoção da estrutura institucional definitiva em 1994.

Para o período de transição, foi previsto um PLC – Programa de Liberalização Comercial, reduções tarifárias progressivas, lineares e automáticas, eliminação das barreiras não tarifárias (com cronograma sucessivamente adiado para 1996, 1998, 2002, 2007 etc), uma TEC – Tarifa Externa Comum, a adoção de uma política exterior comum com respeito a terceiros estados, a coordenação das políticas econômicas e comerciais dos estados membros, para assegurar as condições adequadas em matéria de concorrência, acordos setoriais, e políticas macro-econômicas comuns.

Para o período de transição, foram criados os seguintes órgãos:

- a) CMC (Conselho do Mercado Comum), órgão superior de gestão política (formado pelos Ministros das Relações Exteriores e de Economia), que deve se reunir pelo menos uma vez por ano com os presidentes dos países, sendo a presidência semestral e rotativa;
- b) GMC – Grupo Mercado Comum, com 4 membros titulares e 4 membros suplentes por país. O GMC pode ter grupos e sub-grupos de trabalho;
- c) CPC (Comissão Parlamentar Conjunta), com hoje 64 parlamentares (indicados pelos parlamentos dos respectivos países, para um período de 2 anos, sendo 16 por cada Estado);
- d) Secretariado Administrativo, com funções burocráticas.

Como o Tratado de Assunção previu um modo de solução de controvérsias bastante precário e transitório, houve a adoção, em 1991, do Protocolo de Brasília, que foi substituído em julho de 1992 pelo Protocolo de Las Leñas.

As dificuldades do processo de implementação do Mercosul foram evidentes durante o encontro de janeiro de 1994 (Cúpula de Colônia, Uruguai).

Uma nova fase marcada por bastante expectativa segue de janeiro de 1994 (Cúpula de Colônia) até 31.12.94 (com o Protocolo de Ouro Preto e o início da união aduaneira). Nesta fase, viram-se as primeiras dificuldades para o avanço da integração econômica, pois os setores produtivos que se sentiam ameaçados, no curto prazo, passaram a pressionar os seus governos por uma desaceleração das negociações e do programa de desgravação tarifária ou da liberalização comercial.

Todavia, a Cúpula de Ouro Preto representou uma profunda frustração a todos aqueles que imaginaram poder o Mercosul, naquele momento, adotar uma estrutura institucional mais arrojada, sobretudo com a adoção de meios supranacionais de decisão.

Naquele momento, os avanços foram bastante limitados, e mantidos os órgãos criados.

Foi criada, entretanto, a Comissão de Comércio, com a função de assistir o GMC na aplicação dos principais instrumentos de política comercial comum. Também foi criado o Fórum Consultivo Econômico e Social, com função consultiva, e o Conselho de Cooperação Macro-Econômica (órgão não-formal). A partir de 1994, o Mercosul ficou indiscutivelmente investido de personalidade de direito internacional.

Uma quarta fase foi aberta em 01.01.95 (a União Aduaneira) até fevereiro de 2002 (com a assinatura do Protocolo de Olivos), que cria uma Corte Permanente de Revisão (instalada em agosto de 2004), que também pode ser acessada diretamente.

Também foi criada a Corte Administrativa do Mercosul, em razão do crescimento das atividades administrativas do órgão e o Fórum Consultivo das Municipalidades e Províncias do Mercosul.

A partir daí, uma quinta fase pode ser identificada desde fevereiro de 2002 (Protocolo de Olivos) até a adoção do Programa de Trabalho 2004-2006.

Em resumo, o Mercosul se compõe, hoje, dos seguintes órgãos:

- a) CMC (Conselho do Mercado Comum), que vincula as **Reuniões de Ministros (14 áreas), Grupos de Alto Nível, de Trabalho e ad hoc (7 áreas), o Foro de Consulta e Concertação Política, a Comissão de Representantes**

Permanentes do Mercosul, a Reunião de Altas autoridades de Direitos Humanos do Mercosul e o **Forum Consultivo das Municipalidades e Províncias do Mercosul**;

- b) GMC – Grupo Mercado Comum, que vincula **Subgrupos de trabalho (15 áreas), Reuniões especializadas (14 áreas), Grupos ad hoc (9 áreas), Grupos (de Aperfeiçoamento do Sistema de Soluções de Controvérsias, de Serviços, de Contratações Públicas e de Assuntos Orçamentários), Comitês (de Cooperação Técnica, de Diretores de Aduana, de Sanidade Animal e Vegetal, e Automotivo), a Reunião Técnica de Incorporação da Normativa Mercosul e a Comissão Socio-laboral do Mercosul**;
- c) Comissão de Comércio do Mercosul, que vincula **Comitês Técnicos (7 áreas)**;
- d) CPC (Comissão Parlamentar Conjunta);
- e) Foro Consultivo Econômico e Social;
- f) **Corte Administrativa do Mercosul**;
- g) Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul;
- h) Centro Mercosul de Promoção do Estado de Direito;
- i) Secretaria Administrativa.

4. O MERCOSUL INVISÍVEL

O Mercosul é considerado, hoje, uma união aduaneira imperfeita, uma zona de livre comércio ainda não instalada totalmente e um mercado comum ainda em projeto. Para qualquer um que se dedique a analisar o funcionamento e a realidade deste bloco econômico, pode-se verificar a presença de um elevado e pretensioso objetivo previsto, que por não haver sido executado tal como imaginado, faz conviver o otimismo daqueles que imaginam ver o objetivo alcançado um dia, com o ceticismo ou pessimismo dos que apenas têm a frustração de ver a imaginação superado a realidade.

O esforço da construção do Mercosul, assim, divide a todos entre céticos e entusiastas.

Entretanto, alguns avanços foram até até agora inegáveis.

A tarifa aduaneira zero se aplica a 95% do comércio intra-regional, e a TEC cobre 85% das atividades.

Mas pouco além disto foi conseguido.

A harmonização legislativa, ainda inteiramente dependente do esforço individual de cada Estado membro, evoluiu muito pouco. O fato da institucionalização do Mercosul haver ocorrido apenas no plano intergovernamental e não supranacional faz do Mercosul um ente de existência meramente diplomática. Inexiste controle político direto (deputados Mercosulinos eleitos diretamente), faltando no processo, por completo, a participação da sociedade civil. O Estado é o único interlocutor, e a todo tempo é lembrada a importância de manter intocada a soberania de cada parte.

O modo intergovernamental de tomada de decisões faz com que inexista, no dia a dia, a presença do Mercosul na vida dos habitantes. Por vezes, certas medidas decididas no âmbito do Conselho do Mercado Comum, por deverem ser introduzidas pelo Legislativo e/ou Executivo de cada país, são sentidas e conhecidas como medidas nacionais, e não comunitárias. Por exemplo, a alteração do Código de Defesa do Consumidor da Argentina tende a ser vista como uma alteração legislativa decidida pelo Parlamento argentino, buscando atualizar a normatização neste campo jurídico, e não como um esforço de harmonização legislativa iniciado por resolução do CMC, buscando aproximar o direito consumidor argentino do brasileiro, atualizado alguns anos antes.

A ausência de órgãos supranacionais impede, por exemplo, que normas consumeristas possam advir diretamente do Parlamento ou do Executivo Mercosulinos. A ação é indireta, e o Mercosul se torna invisível aos olhos de todos, o que aumenta ainda mais a sensação de inação e de inexistência entre os habitantes dos países-membros, e ainda que a atuação do CMC seja extenuante e finde por lograr sucesso com a adoção de medidas internas por cada país, justamente o fato de apenas se perceber a adoção de medidas nacionais, quase sempre sem qualquer referência à origem e à iniciativa das mudanças, fornece combustível para os céticos. O Mercosul continua invisível, embora atuante.

O Judiciário Mercosulino inexistente como órgão supranacional, exceto como arbitragem, instituto muito mais acessível a Estados do que a indivíduos e empresas, pelos custos e modo de funcionamento.

Pesa enormemente contra a efetiva concreção da integração a existência de mecanismos de salvaguarda em grande número (Mecanismos de Adaptação Competitiva), onde um ramo da indústria propõe uma reclamação formal, e uma Comissão Bilateral ouve setores privados realizando uma investigação, afastando a aplicação da regra comunitária.

5. O FUTURO DO MERCOSUL

No plano econômico e comercial, fala-se em resolver e aperfeiçoar problemas aduaneiros e da Tarifa Externa Comum, assim como das Zonas

Especiais (Manaus, Terra do Fogo), da Concorrência, da integração dos setores produtivos (seguir o exemplo dos móveis e da madeira), os custos de cooperação com o Paraguai, a aliaça com empresas, a criação de fundos estruturais, a promoção conjunta das exportações (exemplo do México e RSA), a realização de missões comerciais conjuntas, a adoção des normas técnicas, a revisão de incentivos, a harmonização tributária. Busca-se desenvolver e fortificar o Grupo de Monitoramento Macroeconômico (GMM), a criação de um Mercado Regional de Bolsas de Valores, fomentar a política agrícola, a Criação de um Grupo *ad hoc* **de biotecnologia, estimular a criação de empresas e implementar o Protocolo de Licitações Públicas do Mercosul**. Recentemente, vem sendo feitos importantes trabalhos em torno da implementação da primeira etapa da eliminação da dupla cobrança da tarifa externa comum, assim como a definição dos lineamentos do Código Aduaneiro e das tarefas relacionadas com o mecanismo de distribuição da renda aduaneira.

No plano social, os objetivos correspondem a ampliar a participação da sociedade civil, a discussão de temas sociais, a promoção cultural e desportiva do Mercosul e a implementação de um Forum de Consultas e de Concertação Política. Busca-se aumentar a cooperação judiciária, a consolidação das normas de circulação de empregados, a avaliação sobre a aplicação das normas do Mercosul para os trabalhadores, a difusão do português e do espanhol, e fomentar as atividades do Grupo *ad hoc* para a Promoção dos Direitos Humanos.

No plano institucional, há a idéia da criação e funcionamento do Parlamento do Mercosul, da implementação do Protocolo de Olivos (solução de controvérsias), a implementação do Centro Mercosul para a Promoção do Estado de Direito, a real participação do setor privado no sistema de solução de controvérsias, a promoção da implementação imediata das normas do Mercosul (sem necessidade de prévia aprovação parlamentar), reforçar o papel da Agência especializada para a Ciência e Tecnologia, da Agência de Infraestrutura Regional Sulamericana, o acesso de outros Estados da Região (como a Bolívia), como membros plenos, ampliar o poder dos órgãos consultivos, e institucionalizar a Rede Mercocidades e a Reunião especializada das Municipalidades.

Fala-se que a integração deve possuir simultaneamente um caráter negativo e outro positivo. Como integração negativa, é necessária a supressão das barreiras. Como integração positiva, é necessário a adoção de um conjunto de políticas comuns para estabelecer um equilíbrio.

XX.

O MERCOSUL E SUAS RELAÇÕES COM A ALCA E A UNIÃO EUROPÉIA

*Saulo José Casali Bahia**

SUMÁRIO: 1. O estágio atual do Mercosul – 2. O Mercosul e a ALCA – 3. O Mercosul e a União Européia

1. O ESTÁGIO ATUAL DO MERCOSUL

A integração entre países, embora exista quanto a isto alguma divergência na doutrina, possui estágios diversos, nem sempre sucessivos. E a integração comporta vários tipos, também não necessariamente sucessivos, pois não se pode dizer que a integração econômica tenha sido sempre a primeira a ocorrer, embora o seu avanço sempre produza a necessidade de uma maior e posterior integração jurídica e política.

Quanto aos estágios e o tipo de integração, o exemplo da integração econômica européia parece ser, para a América Latina, em razão da precedência e do estágio avançado, um paradigma a ser observado, embora não se requeira que seja necessariamente imitado.

O primeiro passo que geralmente é adotado consiste na formação de uma área de preferências aduaneiras (Tariff Preferences), onde passam os países a usufruir de facilidades comerciais derivadas de tarifas aduaneiras mais reduzidas. A reciprocidade, base deste nível de integração, gera uma redução de custos dos produtos e serviços, dinamizando a economia dos Estados ao permitir a expansão do mercado e do consumo. Via de regra, as preferências aduaneiras são estabelecidas em relação a serviços ou bens onde ocorre franca complementariedade entre os Estados envolvidos, ou onde a concorrência não se mostrar capaz de promover grave desequilíbrio para qualquer das partes.

A zona de preferência tarifária é estabelecida entre os Estados partes do acordo celebrado para este fim. Trata-se de uma situação diversa daquela onde a convergência de interesses se verifica para a finalidade de união de esforços no tocante à fixação de tarifas em relação a terceiros países, chamada de União Aduaneira (Customs Union). Neste nível, as tarifas aduaneiras

* Juiz Federal (SJBA) e Professor Adjunto (UFBA). Doutor em Direito (PUC-SP). Líder do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais – Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA.

em relação a terceiros países é comum para os Estados que celebraram o tratado de constituição desta união, que permite um maior poder de barganha no plano internacional. Surge uma política comercial comum e uma tarifa externa comum em relação a terceiros estados.

O nível mais avançado de integração econômica corresponde à Zona de Livre Comércio (Free Trade Association), onde a franca liberalização comercial diz respeito aos bens, serviços e capitais, e a circulação se faz acompanhar do livre estabelecimento e da livre concorrência, no grau que as partes entenderem pertinente.

Todavia, o aprofundamento da prática do regime das 5 liberdades previsto para a Zona de Livre Comércio pode gerar graves desigualdades e desequilíbrios, restando setores produtivos de um ou alguns dos países envolvidos seriamente afetados, pela impossibilidade de competir com setores, em outros países, melhor articulados e desenvolvidos. Os riscos sociais e econômicos fazem com que a zona de livre comércio dependa, para o seu completo sucesso como ambiente de liberdades, de certa coordenação de políticas macroeconômicas e alguma intervenção estatal na economia, organizando as forças produtivas e evitando que o puro esforço da “mão invisível do mercado” dirija as ações e aponte as consequências da integração. Basta mencionar o esforço em promover as chamadas inversões econômicas intra-bloco, que envolve o fechamento e a abertura de fábricas, treinamento de pessoal, deslocamentos de mão de obra etc, que não poderiam ser promovidos, senão a maior custo social, senão pela força dos Poderes Públicos. Este estágio é o do Mercado Comum (Common Market), que pode fazer a coordenação através de organismos supranacionais (caso da União Européia) ou meramente intergovernamentais, dependendo do consenso dos Estados envolvidos (caso do Mercosul).

A integração econômica, geralmente (mas não necessariamente) após alcançado o estágio do Mercado Comum, conflui de modo natural para a adoção de uma moeda única, na medida em que far-se-á necessária a facilitação das trocas e obtida certa harmonização nos fluxos comerciais e financeiros. É a etapa da União Monetária (Monetary Union), atual estágio europeu.

Por fim, a frustrada recente tentativa de aprovar a Constituição Européia parece representar o último estágio da integração, qual seja, a União Política (Political Union).

Sem dúvida alguma, a Constituição Européia buscou reforçar a autoridade supranacional comum. Ainda que não se visasse aniquilar a personalidade internacional por completo dos Estados membros, boa parcela de suas soberanias seria cedida ao ente central. Falava-se em blocos de constitucionalidade

(presentes nas constituições nacionais) intocáveis, e resguardados da sanha invasora comunitária. Venceu, todavia, no primeiro embate, o pensamento daqueles que consideram ainda muito prematura a adoção de uma integração política em grau mais avançado. Pode-se considerar, todavia, que foram os próprios impactos positivos e negativos da integração econômica que foram avaliados, sabendo-se que muitas das ações comunitárias produziram danos de monta para muitos setores em vários estados partes, ainda não devidamente assimilados. O custo da integração é alto, e o desemprego e a recessão presentes em algumas zonas da Europa impedem, por ora, que a unificação seja tida como a solução preferencial a ser adotada.

O Mercosul caminha a uma velocidade de integração visivelmente inferior àquela que a Europa já possuiu.

Previu-se para o Mercosul que haveria um programa de liberalização comercial (com redução progressiva, linear e automática de tarifas, junto com a remoção de restrições não-tarifárias ou medidas de efeito similar). Ao lado disto, estabeleceu-se uma tarifa externa comum e a harmonização de políticas macro-econômicas e setoriais, onde apropriado. A verdade é que o cronograma da desgravação tarifária vem sendo prorrogado reiteradamente. As listas de exceções nunca foram eliminadas por completo. Fala-se constituir o Mercosul uma União Aduaneira incompleta, uma Zona de Livre Comércio imperfeita e um quase-Mercado Comum. Trata-se de uma visão pragmática e realista, atuando a diplomacia dos países mercosulinos, notadamente o Brasil, com certa prudência, evitando que a integração do cone sul descambe para o passionalismo.

2. O MERCOSUL E A ALCA

Há, atualmente, uma grave divergência entre o Brasil e os USA no tocante ao ritmo de implementação da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA), onde a posição brasileira, ao contrário da americana, consiste na estratégia de negociar como bloco (envolvendo os 4 Estados do Mercosul, conscientes os países integrantes do Mercosul da maior vantagem comparativa na negociação em bloco) e em todas as áreas simultaneamente (“single undertaking”), o que produz uma redução no ritmo de negociações.

Hoje em dia, a tarifa externa comum varia de 0% a 20%, com média de 14%, o que já representa níveis bastante inferiores aos já praticados.

Qual a razão (ou razões) para explicar a estratégia brasileira?

Antes de mais nada, o Brasil vê a ALCA como uma Zona de Livre Comércio comandada ou pela mão invisível do mercado ou pelos interesses

comerciais dos países cujas economias sejam as mais competitivas na região (o que poderia ser dito dos Estados Unidos). A ALCA não teria, para o Brasil, qualquer pretensão de constituir um Mercado Comum, com intercâmbio planejado e disposição de cessão de qualquer parcela de soberania dos Estados envolvidos.

Assim, o Brasil vê certos riscos na criação imediata da ALCA, pois muitas empresas brasileiras continuam a operar com vetores produtivos inadequados e ainda não estão aptas a competir sob níveis reduzidos de proteção estatal. E fatores institucionais impedem a redução dos custos de transações no Brasil. Todavia, não se pode negar certas oportunidades, pois a integração hemisférica pressiona e exige a reestruturação de indústrias localizadas no Brasil, melhorando suas condições de competitividade.

Como outros riscos, pode-se notar que, entre os membros da ALCA, os interesses em criar um Mercado unificado são assimétricos, e apenas 4 países da região possuem um leque diversificado de produtos para exportação. Será certamente necessário o aumento, pelos Estados, dos investimentos em ciência e tecnologia, e a criação de condições que possam encorajar o setor privado a cumprir as suas funções.

Como riscos à estabilidade monetária, pode-se apontar para que muitos países latinoamericanos usam âncoras externas para combater a inflação, não sendo o dólar uma âncora ideal para uma futura integração. Mas como oportunidades, se a Argentina, o Brasil, o Canadá e o México harmonizarem as suas políticas de taxas externas, suas moedas poderiam servir como uma âncora inicial para a criação de sistema monetário para as Américas (Monetary System of the Americas – MSA) e para promover a convergência de políticas macroeconômicas no hemisfério.

A atual agenda a ALCA possui três desafios principais: a questão monetária, a ajuda estatal e a ciência e tecnologia. Enquanto estas dificuldades persistirem, as assimetrias no hemisfério não irão propriamente ser resolvidas. Mas não deve haver dúvida de que as negociações da ALCA estimulam a transparência e a coerência em políticas domésticas, e a negociação em questões envolvendo a regulação do mercado interno abre novas oportunidades para a cooperação.

A iniciativa da ALCA pressupõe que o Brasil tenha regras estáveis governando o comércio exterior, como uma taxa equilibrada para as trocas e um estável regime de importação.

Muitos outros riscos podem ser apontados, desde o decréscimo dos direitos trabalhistas (bastante desenvolvidos no Brasil, sendo a proteção ao

trabalhador tida como maior do que em países como os EUA), a destruição das tradições culturais (com a massificação comercial) e da agricultura familiar (com o implemento da produção em escala). Fala-se em danos que vão da seguridade social à biodiversidade, da destruição de médias e pequenas empresas até o crescimento das dificuldades e responsabilidades internacionais. Os fracos tornar-se-iam mais fracos, e os fortes mais fortes. Caberia aos Estados menos desenvolvidos ou competitivos todos os custos do ajustamento e das inversões econômicas, bem como os custos de novos investimentos. Quando se fala em ALCA, há uma falta de previsão de auxílios ou de fundos regulatórios, e nada de muito concreto se fala quanto às barreiras não-tarifárias (que podem ser impostas por certos países).

A ALCA pode representar, por outro lado, um abandono do projeto integracional do Mercosul, ou afetar o mesmo, fazendo com os países integrantes deste bloco percam as suas vantagens comparativas.

Todavia, são poucos os que também não vejam o estímulo ao comércio, a redução de custos, o acesso a bens e serviços, o crescimento da renda e o desenvolvimento dos países envolvidos.

Existe nos países membros do Mercosul uma clara consciência de que a integração econômica, por qualquer via, não pode desprezar o desenvolvimento social em prol de ganhos absolutos mas mal partilhados entre os segmentos da população. “Crescer e depois dividir” consistiu em uma política econômica hoje repugnada, pois a experiência já demonstrou que a concentração de renda fomentou apenas a perpetuação da pobreza e gera um mecanismo auto-defensivo em favor da própria concentração. É consensual, na América mercosulina, a necessidade de ligar o desenvolvimento econômico e a justiça social, com a rejeição da opressão da lei do mais forte, devendo-se buscar o desenvolvimento equilibrado e durável, com a participação da sociedade.

Não foi à toa que uma consulta pública, no Brasil, em relação à ALCA, com 10.149.542 votantes e promovida por cerca de 60 instituições, em 4000 Municípios, ofereceu há poucos anos o desalentador resultado de 98% contra e apenas 1% em favor da criação desta zona.

Os riscos com a ALCA não podem ser, como até o presente momento se sugere, meramente um problema nacional. Em verdade, a integração via ALCA está a reclamar, para muitos países, um choque de solidariedade. Para tanto, e como salvaguarda, insiste o Brasil em proceder à negociação através do MERCOSUL, e realizar a discussão sobre todos os setores (subsídios, dumping, no chamado entendimento único ou através do “single undertaking”), e não apenas sobre a data de início, dentro da conhecida estratégia de “eixo e raios” (“hub and spokes”) ou do bilateralismo.

3. O MERCOSUL E A UNIÃO EUROPÉIA

Desde a criação do Mercosul, em 1991, houve a presença e a ajuda institucional da União Européia, que sempre considerou o Mercosul como um instrumento capaz de evitar o alargamento da influência dos EUA no continente americano.

Assim, em 1992 foi assinado o Acordo Bilateral de Cooperação Institucional, e em 1994 o Plano de Duas Fases UE-Mercosul para reforçar as trocas comerciais. Em 1995 (15/12) foi a vez do Acordo-quadro de Cooperação Interregional, o primeiro do gênero por uniões aduaneiras, e foi prevista a criação de uma associação interregional. No ano de 2006, houve a assinatura do “Projeto de apoio da União Européia para a instalação do Parlamento do Mercosul”.

O interesse em não ver alargar a influência de um poder econômico rival (EUA) não é, todavia, a única motivação existente para a atenção dispensada pela UE ao Mercosul.

Várias outras razões servem a justificar o vívido relacionamento entre os Blocos.

Antes de mais nada, dois membros da UE (Espanha e Portugal) guardam identidade de valores e de civilização com os países do Mercosul, donde o interesse em manter vínculos aproximativos.

As economias (temperada do hemisfério norte e tropical do hemisfério sul) guardam inegável complementariedade, seja diante das injunções e inversões climáticas, seja diante dos graus diferenciados e diversificados que possuem.

A UE representa 1/3 das exportações do Mercosul, que recebe 42% dos investimentos europeus. É o Mercosul o quarto mercado mundial depois do NAFTA, da UE e do Japão, com PIB de 1,1 bilhões de dólares.

Assegurar a existência do Mercosul pode contrabalançar não somente os EUA, mas também a idéia da ALCA (Área de Livre Comércio das Américas), zona de livre comércio desprovida de qualquer pretensão de supranacionalidade, harmonização ou coordenação de políticas macroeconômicas, e onde se imagina haver o resultado principal de abertura do mercado para os EUA.

A diagonalização com o Mercosul permitiria aos países membros do Mercosul, segundo estudos já realizados, um crescimento do PIB, com a liberalização comercial, maior que aquela advinda da associação na ALCA (Brasil com 0,76% mais que com a ALCA, e Argentina com 4,0% mais que com a ALCA).

Obviamente, as ações Mercosul-UE seguem estratégia organizada definida, e sintetizada em 3 pilares:

- a) a cooperação política;
- b) a liberalização gradual e recíproca das trocas, em todos os setores;
- c) a cooperação mútua reforçada.

Os acordos acima mencionados cuidaram do estabelecimento de uma estrutura institucional formada pelo Conselho de Cooperação (nível ministerial), pela Comissão Mista de Cooperação e pela Subcomissão Comercial.

Vem ocorrendo Reuniões Regulares dos órgãos desde 1996, e em 2000, na Reunião do CMC de Buenos Aires, foi decidido realizar a negociação por 3 grupos.

O Grupo 1 corresponde ao diálogo político, prevendo-se reuniões regulares de chefes de Estado e autoridades da UE, reuniões anuais de chanceleres e reuniões ministeriais e de altos funcionários. Ainda é aguardada a definição de uma data para o início da associação interregional.

O grupo 2 corresponde à cooperação, com o reforço das instituições, das políticas setoriais e macroeconômicas, da integração física, das estruturas comerciais e dos laços com a sociedade civil.

O grupo 3 corresponde aos temas comerciais, com 3 sub-grupos: GT1 – Comércio de mercadorias, Tarifas, Normatização, Dumping, Regime de origem e Aduana; GT2 – Serviços, Propriedade Intelectual e Investimentos; e GT3 – Compras Governamentais, Concorrência e Solução de Controvérsias.

Esta aproximação, todavia, não deve ser considerada como despedida de diversas e sérias dificuldades.

Como problemas, deve-se recordar que, em 1998, a Comissão Européia adotou uma recomendação ao Conselho Europeu para obter a autorização de negociar uma associação interregional com o Mercosul. Todavia, houve a posição contrária da França, e a questão da concorrência agrícola foi lembrada. Onde quase 50% das trocas envolvem produtos agrícolas e agroindustriais, forçou-se a uma negociação por 2 fases, envolvendo a Organização Mundial do Comércio e a revisão da PAC (Políticas Agrícolas Comuns).

Não se pode esquecer que, em matéria de comércio internacional, a política protecionista nunca é uma posição descartada por qualquer Estado, em qualquer ocasião. A “Revue Europe”, em edição de 1995 (nº 6468, em 26 abril 1995), atrevidamente, para padrões diplomáticos, realizou a seguinte advertência: “A coragem política é dizer aos amigos sulamericanos, e aos outros produtores do mundo inteiro, que a Europa deve manter suas políticas, não abrir suas fronteiras aos produtos alimentares essenciais dos outros

continentes, nem aos cereais, nem à carne, nem aos lácteos, nem para as frutas e legumes, porque estes produtos devem ser produzidos na Europa.”

Contra o protecionismo, e para contorná-lo quando surge durante negociações comerciais, a estratégia do Mercosul consistiu em tratar de temas do comércio internacional com base no princípio do “single undertaking”. Ou se negocia todos os pontos, ou não pode haver negociação de qualquer um deles. Não é preciso dizer do entrave que tal posição inevitavelmente provoca às negociações comerciais internacionais e às negociações comerciais UE-Mercosul.

E, ao lado deste entrave, entrou em cena, por parte da UE, uma ação reativa quanto ao seu entorno (em direção à Europa Central e do Leste e para o Mediterrâneo).

Por parte do Mercosul a situação também não deixa de ser parecida, e os esforços não se concentram apenas na aproximação com a União Européia. Também o Mercosul promove ativamente uma ação reativa em direção ao seu entorno, notadamente com o Chile, Bolívia, Venezuela, Pacto Andino (disto já resultando a admissão pelo CMC da Venezuela como membro pleno), chegando as diplomacias Mercosulina e brasileira a propor a Área de Livre Comércio Sulamericana (ALCS), em claro contraponto à Área de Livre Comércio Americana (ALCA), livre dos estorvos e assimetrias que poderiam advir de uma tal relação (zona de livre comércio) com os Estados Unidos, onde o Brasil não possuiria maior poder de decisão.

Espera-se, portanto, que as relações entre países ocorram sempre em prol do desenvolvimento dos Estados envolvidos, e que o sentido de cooperação supere aquele de ganhos exclusivos, garantindo-se, com o diálogo e o entendimento, a adoção de medidas que possam preservar os interesses das populações envolvidas.

XXI.

PROTOSCOLOS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA NO MERCOSUL

*Yves West Behrens**

SUMÁRIO: Introdução; 1. Protocolo de cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa de *las leñas*: 1.1. Noções gerais; 1.2. Igualdade de tratamento processual; 1.3. Cooperação em atividades de simples trâmite; 1.4. Cooperação em reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais; 1.5. Dos instrumentos públicos e outros documentos; 1.6. Informação do direito estrangeiro; 1.7. Consulta e solução de controvérsias; 1.8. Disposições finais – 2. Protocolo de Medidas Cautelares: 2.1. Noções gerais; 2.2. Objeto e âmbito; 2.3. Lei aplicável; 2.4. Oposição; 2.5. Autonomia da cooperação cautelar; 2.6. Cooperação cautelar na execução da sentença; 2.7. Medidas cautelares em matéria de menores; 2.8. Interposição da demanda no processo principal; 2.9. Cooperação interna; 2.10. Ordem pública; 2.11. Meio empregado para formulação do pedido; 2.12. Transmissão e diligenciamento; 2.13. Documentos; 2.14. Disposições finais – 3. Protocolo de assistência jurídica mútua em assuntos penais: 3.1. Noções gerais; 3.2. Âmbito; 3.3. Alcance da assistência; 3.4. Autoridades centrais; 3.5. Forma e conteúdo da solicitação; 3.6. Lei aplicável; 3.7. Prazos ou condições para o cumprimento; 3.8. Caráter confidencial; 3.9. Informação sobre o cumprimento; 3.10. Limitações no emprego de informações ou prova obtida; 3.11. Custos; 3.12. Notificação; 3.13. Entrega de documentos oficiais; 3.14. Testemunho no estado requerido; 3.15. Testemunho no estado requerente; 3.16. Traslado de pessoas sujeitas a procedimento penal; 3.17. Salvconduto; 3.18. Localização ou identificação de pessoas; 3.19. Medidas acautelatórias; 3.20. Entrega e inspeções de objetos; 3.21. Outras medidas de cooperação; 3.22. Custódia e disposição de bens; 3.23. Autenticação de documentos e certidões; 3.24. Disposições finais – 4. Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual: 4.1. Noções gerais; 4.2. Âmbito de aplicação; 4.3. Jurisdição internacional; 4.4. Eleição de jurisdição; 4.5. Jurisdição subsidiária; 4.6. Reconvenção; 4.7. A Jurisdição como Requisito para o Reconhecimento e Execução de Sentenças e Laudos Arbitrais – 5. Protocolo de São Luiz em matéria de responsabilidade civil emergente de acidentes de trânsito entre os estados partes do Mercosul: 5.1. Âmbito; 5.2. Domicílio; 5.3. Lei aplicável; 5.4. Jurisdição; 5.5. Automóveis sinistrados; 5.6. Disposições finais; 6. Conclusão – 7. Bibliografia

RESUMO: O artigo apresenta e discute cinco tratados envolvendo os temas de competência internacional e de reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais no Mercosul ou simplesmente Cooperação Jurídica. Analisa-se sua relação com o ordenamento interno brasileiro, explicando os institutos tradicionais nesse campo que foram modificados pelas normas estudadas.

* Membro do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais – Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA.

PALAVRAS-CHAVE: Mercosul – cooperação – reconhecimento – execução – competência – internacional.

ABSTRACT: The essay presents and discuss five treaties involving the subjects of jurisdiction and recognition and enforcement of judgements and arbitration awards in Mercosur, or simply Judicial Cooperation. Their relation with Brazilian intern law is analyzed, explaining the field's traditional concepts which suffered changes by the studied norms.

KEYWORDS: Mercosur – cooperation – recognition – enforcement – jurisdiction – international.

INTRODUÇÃO

A Jurisdição é manifestação direta da soberania estatal. Seu exercício garante que suas leis sejam aplicadas a seu povo e em seu território. Isso significa que nem ele é obrigado a se submeter às decisões emanadas de outras soberanias nem pode obrigar qualquer outro a aceitar suas decisões.

Levanta-se assim o problema do que seria necessário para se atribuir em um Estado efeitos a uma decisão oriunda de outro. Poderia uma soberania negar a possibilidade de reconhecimento, mas isso só dificultaria as relações internacionais, cada vez mais estreitas, e prejudicaria a solidariedade internacional. A regra é se estabelecerem requisitos para que uma decisão alienígena tenha força executória.

Nessa área, Amílcar de Castro (2000, p.548-588) registra a evolução do reconhecimento por meio de nova ação, na qual se reavalia a causa, para o juízo de delibação, forma surgida no direito italiano e mais difundida atualmente, no qual há a mera homologação mediante a verificação superficial de alguns requisitos, sem se adentrar o mérito, após a qual se pode conceder força executória, também chamada *exequatur*.

Este desenvolvimento permitiu maior segurança nas relações internacionais, mas os efeitos da globalização, incrementados, em especial, pelo surgimento dos mercados comuns, pressionaram para que os requisitos para o reconhecimento e execução de uma sentença em cada nação fossem uniformizados e minimizados. Um mercado não pode funcionar corretamente se não há certeza jurídica.

Assim é que se tem firmado uma série de tratados entre as nações para facilitar o reconhecimento de decisões estrangeiras. No Mercosul, eles fizeram parte das primeiras preocupações, sendo firmados logo entre os primeiros acordos do bloco.

Aqui se analisarão cinco desses tratados, escolhidos por serem aqueles já vigentes no Brasil, bem o ordenamento brasileiro frente à aplicação deles.

Desde já se adianta que os termos para designar essa espécie de cooperação variam (judiciária, jurisdicional, jurídica), escolhendo-se, nesse estudo, o termo Cooperação Jurídica, por dar uma idéia mais abrangente do que o envolvimento exclusivo do Poder Judiciário.

1. PROTOCOLO DE COOPERAÇÃO E ASSISTÊNCIA JURISDICCIONAL EM MATÉRIA CIVIL, COMERCIAL, TRABALHISTA E ADMINISTRATIVA DE LAS LEÑAS

1.1. Noções gerais

O Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdiccional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, assinado em 26 de março de 1991, em Las Leñas, na Argentina, no Brasil ratificado pelo Decreto-Legislativo 55/95 e promulgado pelo Decreto 2067, de 12 de novembro de 1996, foi o primeiro instrumento de Cooperação Jurídica criado pelo Mercosul. Seu objeto é, em resumo, a definição da forma e dos requisitos para um procedimento simplificado de reconhecimento de sentenças oriundas dos Estados-partes, a forma da cooperação em “atividades de simples” trâmite e a igualdade no acesso à justiça para os cidadãos desses países.

Como se percebe da denominação do tratado, seu âmbito de aplicação abrange várias áreas do direito, incluindo ainda, de acordo com o artigo 1 do acordo, “procedimentos administrativos em que se admitam recursos perante os tribunais”. Dentro da esfera da matéria administrativa, entende-se que também a tributária esteja abrangida. Há exclusão notável do direito penal. Em parte isso se deve ao fato de que não se pode reconhecer a eficácia extraterritorial de uma sentença penal a não ser pela extradição. Completa a justificativa de tal opção o fato de que os Estados preferiram reservar os dispositivos a respeito de cooperação jurídica penal de simples trâmite a um tratado especial devido às peculiaridades dessa seara.

Há a previsão nesse protocolo de uma Autoridade Central encarregada de receber e de dar andamento às petições de cooperação. Sobre essa figura, presente em mais dois protocolos estudados neste artigo, dá a seguinte informação o site do Ministério da Justiça do Brasil (INSTRUMENTOS DE COOPERAÇÃO, Acesso em 11.07.08)

“Autoridade designada para gerenciar o envio e o recebimento de pedidos de auxílio jurídico, adequando-os e os remetendo às respectivas autoridades nacionais e estrangeiras competentes. No Brasil, a autoridade central examina os pedidos ativos e passivos, sugerindo adequações, exercendo uma sorte de juízo de admissibilidade administrativo, tendente a acelerar e melhorar a qualidade dos resultados da cooperação. Com relação aos Estados Membros da OEA, e na quase totalidade dos outros casos, este papel é exercido no Brasil pelo

Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, subordinado à Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça.”

1.2. Igualdade de tratamento processual

Já tratando de tema específico, estabelece-se no protocolo, no artigo 3º a igualdade de acesso à jurisdição para todos os cidadãos e residentes permanentes dos Estados-partes. Ao mencionar cidadãos e residentes permanentes, fica claro que o dispositivo não requer que tais pessoas sejam nacionais dos Estados-partes, nem ao menos que sejam naturalizados, bastando que tenham residência fixa em um deles.

Em seguida, dispõe o protocolo, ainda em matéria de garantia de igualdade processual, que nenhuma caução ou depósito poderá ser exigida de um cidadão ou residente permanente de outro Estado-parte em função dessa sua qualidade.

No Brasil, tal dispositivo tem efeitos diretos sobre o artigo 835 do Código de Processo Civil. Dispõe este o seguinte:

“Art. 835. O autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, prestará, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento.”

Como se vê, o artigo do diploma processual define duas situações de exigência de caução: a) o autor, nacional ou estrangeiro, reside no exterior e não possui bens no Brasil que assegurem o pagamento de eventual sucumbência; b) o autor, nacional ou estrangeiro, se ausentou do Brasil na pendência da causa e não possui, igualmente, bens que garantam o pagamento já citado.

Até antes da vigência do Protocolo de Las Leñas, quem residia permanentemente nos outros países do Mercosul estaria enquadrado no primeiro desses casos, sendo-lhe a caução exigível. Agora, entretanto, está tal grupo obviamente excluído desse tipo de cobrança quando oriunda da mera condição de residentes no exterior.

Isso não exclui a incidência da segunda hipótese, qual seja, a do autor, nacional ou estrangeiro, que se ausenta do Brasil, ou melhor, considerando a extensão efetivada, ausenta-se do território do Mercosul. O dispositivo tem o claro condão de gerar segurança ao réu que reside no Brasil, obrigando aqueles que facilmente poderiam se furtar à execução de eventual sucumbência a prestar garantia. Uma vez que, como se verá adiante, o protocolo facilita a execução de sentenças no Mercosul, esta área deixa de ser lugar propenso ao inadimplemento de dívida decorrente de processo.

Não se deve garantir o mesmo, porém, ao residente em outro Estado-parte que se ausenta do território do Mercosul, tanto porque se retorna à situação de insegurança como porque se deve guardar isonomia com os próprios brasileiros que se ausentarem do país, dos quais também será exigida caução.

O professor José Carlos de Magalhães (em artigo disponibilizado na internet, acesso em 19.01.2008) levanta ainda a questão da exigibilidade da garantia de residente fixo do Mercosul que se deixe o seu território e possua imóvel em outro Estado-parte que não o Brasil. Resolve a questão por meio da harmonização com o restante do acordo, sendo realmente esta a solução mais razoável:

“A resposta deve ser negativa, não sendo necessária a prestação de caução diante do efeito extraterritorial de que se reveste a sentença provida do Brasil para ser executada em outro país da área, como previsto no art. 20 do Protocolo.”

Outro comando legal afetado pela norma internacional em questão é o que se extrai dos artigos 97, § 2º, e 101 da lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, a lei de falências. Assim estão redigidos:

Art. 97(...)

§ 2º O credor que não tiver domicílio no Brasil deverá prestar caução relativa às custas e ao pagamento da indenização de que trata o art. 101 desta Lei.

Art. 101. Quem por dolo requerer a falência de outrem será condenado, na sentença que julgar improcedente o pedido, a indenizar o devedor, apurando-se as perdas e danos em liquidação de sentença.

Mais uma vez, a exigência de caução advém da condição de residente fixo em outro país, independentemente da nacionalidade. É novamente o caso de não se cobrar dos domiciliados nos Estados-partes do Mercosul.

Ambos artigos possuem parágrafos garantindo a extensão desses direitos às pessoas jurídicas “constituídas, autorizadas ou registradas conforme as leis de quaisquer dos Estados-partes”.

Para que uma pessoa jurídica adquira capacidade processual, ela depende da constituição e do registro, duas fases de sua criação e regularização.

A constituição se dá mediante a perfeição do ato jurídico previsto para o tipo de pessoa jurídica que se pretende criar (contrato social para sociedades, por exemplo). Em seguida, é necessário o registro perante o órgão público legalmente determinado a realizar o cadastro das pessoas jurídicas.

Só com o registro a pessoa jurídica passa a existir legalmente. Por essa razão, há quem não encontre necessidade em diferenciar entre pessoa jurídica constituída e registrada.

Já a autorização não é requisito de regularização de toda atividade empresária. Magalhães (acesso em 19.01.2008) faz questão de destacar que nenhum dos atuais quatro membros do bloco econômico exige autorização estatal para exercício da atividade empresária. Isso só é requerido em algumas áreas especiais (no Brasil, por exemplo, para exploração do negócio de seguros) e para abertura de filiais e sucursais de empresas com sede no exterior (artigo 11, §1º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro e artigo 45 do Código Civil Brasileiro).

Deve-se atentar ao fato de que a autorização é concedida a filial ou sucursal de empresa estrangeira, só para esta valendo. É a filial de empresa que possui as garantias previstas no protocolo, não a matriz, até porque são somente os atos daquela que ficam sujeitos à jurisdição do Estado que recebe a filial. Tal idéia compatibiliza-se com o disposto nos artigos 1137 do Código Civil Brasileiro e 88 do Código Processo Civil Brasileiro e ainda com o parágrafo segundo do artigo 9 do Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Contratual, que será estudado neste trabalho.

1.3. Cooperação em atividades de simples trâmite

A cooperação em atividades de simples trâmite nunca foi tão espinhosa como a relativa ao reconhecimento de decisões. Trata-se da mera produção de atos instrutórios ou de comunicação processual.

É certo que se tratam de atos que encaminham um processo estrangeiro a uma sentença, mas como eles mesmos não envolvem a imposição de um pronunciamento judicial definitivo, não há, normalmente, prejuízo em executá-los sem grandes análises: a sentença em si deverá passar pelo procedimento de reconhecimento uma vez que se conclua o processo no Estado requerente da cooperação e se parta para executá-la no Estado requerido.

Tradicionalmente, os atos judiciais simples tramitam por meio de carta rogatória, que deve ser declarada executória. No Brasil, a competência para a concessão do exequatur às cartas rogatórias hoje é, a princípio, do Superior do Tribunal de Justiça, após a Emenda Constitucional 45/2004 tê-la retirado do Supremo Tribunal Federal. O artigo 105, g, da Constituição define esta competência.

Contudo, após assumir tal competência, o STJ editou a Resolução número 9, de 4 de maio de 2005 (substituta do até então vigente Regimento do STF), que assim dispõe em seu artigo 7º, parágrafo único.

Art. 7º(...)

Parágrafo único. Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de

Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto.

Juízo de deliberação é algo reservado, segundo a própria resolução, apenas às sentenças e provimentos análogos, como o laudo arbitral. Não tramitam mais junto ao Superior Tribunal de Justiça, portanto, atos judiciais, mas são resolvidos mediante “auxílio direto”. A Autoridade Central tramita, denega, sugere aperfeiçoamentos e encaminha ao juízo competente. Assim tende a acontecer em todo Estado-parte que adira a tal protocolo, bem como aos outros que envolvam autoridades centrais. Essa configuração é alvo de críticas relativas à usurpação de poderes tipicamente judiciais pelo Poder Executivo. Uma vez que elas se concentram no campo penal, no qual as conseqüências são mais gravosas, reservar-se-á à seção sobre o Protocolo de Assistência em Assuntos Penais o comentário sobre o assunto.

Avaliam-se, na cooperação de simples trâmite, requisitos básicos à comunicação e ao correto cumprimento do ato que se pretende efetivar, tratando-se mais de condições de inteligibilidade do que propriamente de validade.

Artigo 6

As cartas rogatórias deverão conter:

- a) denominação e domicílio do órgão jurisdicional requerente;
- b) individualização do expediente, com especificação do objeto e natureza do juízo e do nome e domicílio das partes;
- c) cópia da petição inicial e transcrição da decisão que ordena a expedição da carta rogatória;
- d) nome e domicílio do procurador da parte solicitante no Estado requerido, se houver;
- e) indicação do objeto da carta rogatória, com o nome e o domicílio do destinatário da medida;
- f) informação sobre o prazo de que dispõe a pessoa afetada pela medida para cumpri-la;
- g) descrição das formas ou procedimentos especiais com que haverá de cumprir-se a cooperação solicitada;
- h) qualquer outra informação que facilite o cumprimento da carta rogatória.

Conteúdo adicional é exigido no caso no caso de cooperação para recebimento de provas:

Artigo 7

No caso de ser solicitado o recebimento de provas, a carta rogatória deverá também conter:

- a) descrição do assunto que facilite a diligência probatória;

- b) nome e domicílio de testemunhas ou outras pessoas ou instituições que devam intervir;
- c) texto dos interrogatórios e documentos necessários.

A carta rogatória independerá da iniciativa das partes para ser processada, devendo ser cumprida de ofício pela autoridade jurisdicional competente (no Brasil, pela Autoridade Central), salvo em caso de confrontação da ordem pública. Ordem pública é a afronta aos princípios fundamentais do ordenamento de um Estado. O desrespeito a ela é impeditiva de toda cooperação. Não há uniformidade no que se considera ordem pública em cada país. No Uruguai,, por exemplo, há forte proteção aos sigilos bancário e fiscal. A quebra só pode ser realizada mediante autorização judicial. Já no Brasil, a própria Autoridade Central pode realizar rastreamento e bloqueio de contas judiciais.

O cumprimento da carta rogatória não implicará o reconhecimento da jurisdição internacional (também é chamada competência internacional ou geral, sendo os três termos utilizados indistintamente neste artigo) do juiz do qual emana. Sobrevindo sentença a ser reconhecida, aí sim este será um dos requisitos. Há a possibilidade de prática de atos inúteis, no caso de não se considerar atendido este requisito quando do reconhecimento da sentença, mas este risco é assumido diante da impossibilidade de órgão do Poder Executivo, nos Estados-partes do Mercosul, reconhecer sentenças.

A competência do juízo rogado estender-se-á a questões suscitadas quando do cumprimento da carta rogatória, como pode ocorrer, por exemplo, com a arguição de suspeição de uma testemunha ou de um perito. É de se entender que as resolverá de acordo com sua lei interna, já que o artigo 12 a determina como aplicável aos procedimentos.

Na hipótese de o juízo requerido declarar-se incompetente para levar a cabo a diligência, deve enviar documentos de ofício e antecedentes do feito àquele que considera competente segundo sua lei interna.

O idioma da carta rogatória, bem como o dos documentos que a acompanham deve ser o da autoridade requerente, sendo acompanhados de tradução para idioma da autoridade requerida.

A autoridade requerente poderá solicitar, por meio da Autoridade Central, informação a respeito do local e da data onde ocorrerá a diligência, a fim de que ela, as partes interessadas, ou seus representantes possam comparecer e exercer as faculdades autorizadas pela legislação do Estado requerido. Pires et al.(1998, p.72/73) ainda indicam a possibilidade de participação de terceiro interessado.

Como já anteriormente dito, será aplicada a lei interna dos Estados-partes ao procedimento, podendo entretanto serem solicitadas formalidades adicionais, desde que não confrontem a ordem pública. Estas formalidades deverão estar descritas na solicitação de cooperação.

Há, no artigo 12 do protocolo, determinação um tanto vaga de que o cumprimento da carta deve se dar sem demora.

Voltando à questão de aplicação da lei interna, os meios coercitivos previstos nela devem ser aplicados no cumprimento do objeto da carta na mesma medida em que seriam utilizados em um procedimento originário do próprio Estado. O estabelecimento de um paralelo com os procedimentos indígenas evita excesso de força nos alienígenas.

Os documentos que comprovem o cumprimento da diligência ou as razões de não cumprimento parcial ou total serão encaminhados, via Autoridades centrais.

Haverá cobrança de custas quando solicitado meio probatório que ocasiona custos especiais ou sejam designados assistentes técnicos para intervir. Nesses casos devem ser indicados na Carta os dados da pessoa que pagará as despesas e honorários.

O requerido deve esgotar os meios de localização da pessoa a ser citada ou do destinatário da ação em caso de dados incompletos ou inexatos, inclusive solicitando dados complementares ao Estado requerente.

A intervenção da parte solicitante é desnecessária para o processamento da diligência, que deve ser realizada de ofício pelo Estado requerido.

1.4. Cooperação em reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais

Aqui já se trata do cerne do protocolo, cujo objeto é mais delicado, por se tratar de procedimentos mais sensibilizadores da soberania. As decisões finais sobre um objeto litigioso são mais invasivas da esfera pessoal do cidadão do que atos meramente instrutórios ou citatórios (embora alguns possam violar proteções constitucionais, como o sigilo de correspondência). Os requisitos são mais significativos, ultrapassando a mera inteligibilidade.

No espírito da tradição do reconhecimento (ou homologação) de decisões estrangeiras, não deve o Estado requerido reexaminar o mérito da decisão. Não há verdadeira vantagem em se “reconhecer” o direito do particular mediante nova ação. Procedimento dessa natureza força o sujeito a passar novamente por todo o trajeto de um processo, sendo-lhe mais vantajoso propor ações simultâneas em todos os Estados onde pretende que seu direito valha.

Reexame pontual tem o mesmo efeito de insegurança, por trazer igualmente o risco de inutilidade do provimento anterior.

O juízo a ser realizado é de mera delibação, avaliação superficial de poucos requisitos, com destaque especial, mais uma vez, para a ordem pública.

As sentenças e laudos arbitrais a serem reconhecidos podem versar sobre direito civil, comercial, trabalhista, administrativa (incluída a matéria tributária) e ainda sobre reparação de danos e restituição de bens na esfera penal (esta última não incluída entre as possibilidades da cooperação de simples trâmite, visto que há outro protocolo sobre o assunto, o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, que será analisado mais adiante).

No Brasil, a competência para a homologação de sentenças estrangeiras, assim como a relativa à concessão de exequatur a Cartas Rogatórias, era do STF até a Emenda 45/2004 transferi-la ao STJ.

Passa-se a comentar os requisitos estabelecidos pelo protocolo para o reconhecimento e execução dessas decisões, antes de se analisar as mudanças que se provocou no panorama desses procedimentos.

Os artigos 19 e 20 estabelecem os requisitos para o reconhecimento:

Artigo 19

O pedido de reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais por parte das autoridades jurisdicionais será tramitado por via de cartas rogatórias e por intermédio da Autoridade Central.

Artigo 20

As sentenças e os laudos arbitrais a que se refere o artigo anterior terão eficácia extraterritorial nos Estados Partes quando reunirem as seguintes condições:

- a) que venham revestidos das formalidades externas necessárias para que sejam considerados autênticos no Estado de origem;
- b) que estejam, assim como os documentos anexos necessários, devidamente traduzidos para o idioma oficial do Estado em que se solicita seu reconhecimento e execução;
- c) que emanem de um órgão jurisdicional ou arbitral competente, segundo as normas do Estado requerido sobre jurisdição internacional;
- d) que a parte contra a qual se pretende executar a decisão tenha sido devidamente citada e tenha garantido o exercício de seu direito de defesa;
- e) que a decisão tenha força de coisa julgada e/ou executória no Estado em que foi ditada;
- f) que claramente não contrariem os princípios de ordem pública do Estado em que se solicita seu reconhecimento e/ou execução.

Os requisitos das alíneas (a), (c), (d), (e) e (f) devem estar contidos na cópia autêntica da sentença ou do laudo arbitral.

O primeiro dos requisitos para que a sentença ou laudo tenha a “eficácia extraterritorial” é a presença das formalidades externas para que seja reconhecida como autêntica no Estado de origem. Não são exigidas as formalidades do Estado de destino, bem como é dispensada a legalização de documentos, que, graças ao artigo 25 do protocolo, possuem nos outros Estados-partes a mesma força probante que têm naquele em que foram emitidos. A legalização é comum nos procedimentos de cooperação pela via diplomática ou consular (e que constituem importante obstáculo à celeridade). O diplomata ou cônsul é quem tem o poder para declarar a autenticidade dos documentos. No âmbito do Mercosul, entretanto, isto foi modificado.

De forma diferente da cooperação de simples trâmite, a própria decisão, assim como os documentos, devem estar traduzidos para o idioma do Estado onde se requer sua execução.

Outro requisito é a conformidade com as regras de jurisdição internacional do Estado requerido. Há regras do ordenamento jurídico de cada Estado definindo quais causas, em defesa da soberania, ele reclama para si. À medida que variam os Estados a que estão ligados os elementos jurídicos de um litígio (como num casamento celebrado entre pessoas de nacionalidades diversas), poderiam surgir dúvidas sobre onde elas devem ser julgadas. O propósito de estabelecer tais normas é limitar as causas que podem ser intentadas junto ao Estado ao tempo em que se protege o tipo de litígios que o interessa.

No Brasil, elas estão expressas na Lei de Introdução ao Código Civil e nos artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil.

Há, portanto, segundo o Protocolo de Cooperação Jurisdicional de Las Leñas, uma “bilateralização das normas de competência” (RUBINO Acesso em 07.08.2008): o juiz do Estado requerente analisa as normas de competência internacional de seu Estado, julgando o conflito se ele estiver incluído entre elas. Quando a decisão for encaminhada ao reconhecimento e execução no outro Estado, deve ele negar o reconhecimento se as normas nacionais ressaltarem a competência relativa àquele tema.

Trata-se de um entrave à fluência do processo. Assim, tem sido firmados protocolos que uniformizam as normas de competência geral no Mercosul (Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Civil e Contratual e de São Luiz sobre Responsabilidade Civil Emergente de Acidentes de Trânsito, já vigentes e também tratados neste artigo, além de outros em matéria de relações de consumo, contratos de transporte e menores, ainda não vigentes).

Também se destaca a necessidade de que tenha havido citação e exercício do direito de defesa pela parte vencida. A citação deve ter se dado de acordo com as formas aceitas pelo direito do Estado requerido – trata-se de requisito

estritamente vinculado à idéia de ordem pública. Assim, para o caso brasileiro, oportuno registrar a jurisprudência reiterada do STF (construída quando era sua a competência para o procedimento de homologação de decisões estrangeiras) contrária a sentenças estrangeiras nas quais a citação tenha se dado de forma não admitida pelo direito nacional. Barreto et. al. (Acesso em 15.12.2007) exemplificam espécies de citação não aceitas no Brasil: citação consular, diplomática e affidavit (forma americana de citação, na qual o advogado informa que deu ciência ao representado).

Requere-se ainda a força de coisa julgada no Estado de origem, vez que, obviamente, não se poderia atribuir eficácia extraterritorial a sentença ou laudo que nem eficácia intra-territorial tenha.

Não pode ainda a sentença ou laudo arbitral contrariar a ordem pública do Estado onde se pretende aplicá-la. Vale repetir o caso da proteção aos sigilos fiscal e bancário no Uruguai.

A ordem pública é de extrema importância, sendo o resguardo da soberania diante da possibilidade de ser ferida pelos processos de cooperação. Não convém, contudo, que dela se abuse, devendo ser restrita a casos essenciais, sob pena de se passar a reexaminar o mérito, ordinarizando o rito.

A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro fala também nos bons costumes e na soberania nacional como requisitos ao reconhecimento de uma decisão estrangeira. Se tais requisitos não são repetidos pelo protocolo aqui estudado, que já se incorporou ao ordenamento nacional, poder-se-ia dizer que estão revogados, ao menos em relação ao Mercosul. No entanto, o significado amplíssimo das expressões garante que o que fere a soberania fira a ordem pública, não sendo este caso problema. Já os bons costumes engendram análise mais aprofundada do que se recomenda nesses procedimentos, razão porque é oportuna a sua retirada.

Convém dizer que essas disposições foram um avanço para a facilitação de decisões dos Estados-partes mercosulinos em território brasileiro (e vice-versa), mas há bastante discussão sobre o alcance desse avanço.

A jurisprudência brasileira atualmente entende o seguinte: a cooperação de reconhecimento de decisões estrangeiras também é realizada por meio de carta rogatória transmitida pela Autoridade Central, como consta no artigo 19. O procedimento comum para países que não têm acordo de cooperação entre si é a homologação de sentença estrangeira, cujo procedimento é menos célere. Houve anterior dificuldade de aceitação de cartas rogatórias portadoras de atos decisórios, vez que foram pensadas para atos simples. Hoje, a superação desse

pensamento hoje está expressa no artigo 7º da Resolução 9/05 do STJ, sendo permitida este tipo de carta se houver tratado internacional que a autorize.

Entretanto, ainda que por meio de um procedimento mais simples, a decisão estrangeira ainda passa pelo crivo do STJ (como é o caso das Cartas Rogatórias a seguir: CR 2189 e CR 1709, ambas provenientes da Argentina e posteriores à edição da Resolução nº 9/2005). É ele quem tem a competência constitucional para conceder exequatur, só então encaminhando ao primeiro grau.

Chegou-se a acreditar, contudo, na doutrina brasileira, pouco depois da entrada em vigor do Protocolo de Las Leñas, que ele trazia inovação maior, dispensando-se o procedimento homologatório para sentenças do Mercosul, já sendo possível se partir para o procedimento executivo.

José Carlos de Magalhães (op. cit.) defende a idéia em análise minuciosa de cada artigo do protocolo. Defende ele que existem dois tipos de sentenças (e laudos arbitrais) oriundas de outros Estados: as que contam com os requisitos do artigo 20 são “sentenças internacionais”, não necessitando de procedimento de reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça. Seriam elas títulos executivos no Brasil à disposição da parte.

“Cabe ao vencedor, nesse caso – e não ao juiz do processo –, iniciar o processo de execução no Brasil, instruindo o pedido com os documentos relacionados no mencionado artigo 20 do Protocolo.”

Já as que não os contivessem, seriam “sentenças estrangeiras” e tramitariam por rogatória, sendo encaminhados ao STJ. A Constituição não seria contrariada, pois não estabeleceria ela que toda sentença proferida por juiz de outro Estado precisaria ser reconhecida pelo STJ para produzir efeitos no Brasil, mas apenas que, havendo necessidade de tal procedimento, a competência seria deste tribunal.

O que talvez pretenda o doutrinador é a constituição de situação semelhante à da União Européia, bem resumida pelos “considerandos” de número 17 e 18 do “Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial” (Acesso em 22.02.2008), que substituiu a Convenção de Bruxelas sobre o mesmo tema:

“(17) A mesma confiança recíproca implica a eficácia e a rapidez do procedimento para tornar executória num Estado-Membro uma decisão proferida noutro Estado-Membro. Para este fim, a declaração de executoriedade de uma decisão deve ser dada de forma quase automática, após um simples controlo formal dos documentos fornecidos, sem a possibilidade de o tribunal invocar por sua própria iniciativa qualquer dos fundamentos previstos pelo presente regulamento para uma decisão não ser executada.

(18) O respeito pelos direitos de defesa impõe, todavia, que o requerido possa interpor recurso, examinado de forma contraditória, contra a declaração de

executoriedade, se entender que é aplicável qualquer fundamento para a não execução. Também deve ser dada ao requerente a possibilidade de recorrer, se lhe for recusada a declaração de executoriedade.”

Analisando-se o regulamento em questão, percebe-se que a execução da sentença dos Estados-partes é possível mediante simples controle formal de documentos “quase automático”. Apesar de não completamente descartados, os requisitos comumente exigidos para a homologação de sentença estrangeira (aqueles do artigo 20 do Protocolo de Las Leñas) teriam de ser suscitados pela parte exequenda para serem analisados (note-se, por cautela, que essa execução só é proposta em primeiro grau em alguns Estados, tendo a maioria designado tribunais para tanto).

Como antes anunciado, não foi esse o entendimento adotado pelo STF, tendo o STJ mantido-se na mesma linha. O raciocínio desenvolvido no âmbito do Supremo considerou apenas como inovação do Protocolo de Cooperação... de Las Leñas a facilitação do procedimento de reconhecimento, passando a ser feito via Carta Rogatória, mas ainda por iniciativa do Tribunal. Esclarecedor o voto do Ministro Sepúlveda Pertence no Agravo Regimental na Carta Rogatória 7613, proveniente da Argentina:

“Que o reconhecimento que a que aí se alude é a mesma homologação de sentença estrangeira, conforme regulada na legislação brasileira e no Regimento STF resulta com clareza no artigo 20, onde se arrolam, sem inovações substanciais, os requisitos do exequatur.

(...)

Certo, não está explícito que o reconhecimento há de preceder à execução, o que, à primeira vista, poderia dar margem à sustentação de que a verificação dos resultados se pudessem fazer incidentalmente quando rogada a execução da sentença estrangeira ao juiz brasileiro competente.

Mas, ainda quando suposta, ad argumentandum, a possibilidade de decisão constitutiva incidente, no sistema brasileiro, haveria óbice constitucional intransponível a esse entendimento: a competência privativa do Supremo Tribunal Federal tanto para a homologação de sentenças estrangeiras, quanto para a concessão de exequatur a cartas rogatórias.

(...)

À vista do direito italiano, o grande Mauro Cappelletti, refutando Chiovenda, demonstrou com maestria a dupla impossibilidade da homologação incidente de sentenças estrangeiras: a *cognitio incidentalis*- salientou (Las sentencias y las normas extranjeras em el Proc. Civil, trad., EJE, BsAires, 1968, p.30) é absolutamente inconcebível quando com ela se pretenda constituir uma nova situação jurídica. E mais inconcebível ainda quando para a constituição dessa nova situação jurídica determine a lei competência exclusiva de outro juiz, no caso, a da Corte de Apelação.

A fortiori, a conclusão se impõe no Brasil: a homologação, no sistema pátrio, é constitutiva, pois dá eficácia jurisdicional similar à do foro à sentença estrangeira que não a tinha – e, ademais, só o Supremo Tribunal poderá decidir dela.

Estou em que é correto o parecer da Procuradoria-Geral, quando acentuou que o Tratado de Las Leñas não dispensa, como pressuposto de sua execução no Brasil, a homologação dita (reconhecimento) provinda de outros integrantes do Mercosul, co-celebrantes daquele tratado de cooperação jurisdicional.

No ponto, a convenção internacional não inovou. E é pelo menos duvidoso que o pudesse fazer, à vista da disposição constitucional que inclui na competência do Tribunal a homologação de sentenças estrangeiras

Há, porém, no tratado, uma inovação a que não se pode reduzir a nada ou quase nada: é a que determina que tramite “por via de cartas rogatórias” o pedido de “reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais”; quando emanadas da autoridade judiciária competente do Estado de origem.

Com efeito, ao exigir a homologação, como requisito da eficácia no foro da decisão estrangeira e ao confiá-la à competência originária do Supremo Tribunal, o ordenamento brasileiro nada dispôs sobre o procedimento do reconhecimento exigido e, portanto, não impediu que a lei – ou o tratado- lhe reservassem o mesmo rito das rogatórias.

Como é sabido, além da iniciativa- que, na rogatória, é da autoridade judiciária do foro de origem, ao passo que na homologação de sentença é da parte interessada- distingue os dois procedimentos a maior simplicidade da carta rogatória, particularmente no ponto em que nela o contraditório eventual não precede a decisão, como sucede com a contestação do requerido, para tanto citado, ao pedido de homologação (RISTF 220) – mas lhe é posterior, mediante agravo regimental de sua concessão ou embargos ao seu cumprimento (RISTF arts. 227 e 228).

Estou em que – aplicado o rito das cartas rogatórias ao reconhecimento de sentença estrangeira oriunda dos Estados-partes integrantes do Protocolo de Las Leñas, em atenção ao que nele expressamente se prescreve – a posposição ao exequatur da oportunidade de impugná-lo não afronta o princípio constitucional do contraditório: a esse basta, como sucede na rogatória, que da impugnação possa resultar a revogação do decidido.”

Sobre esse posicionamento do STF, assim se pronunciou Magalhães (op. cit.):

“A se aceitar esse entendimento, as sentenças providas dos países do Mercosul equiparar-se-iam às de quaisquer outros países, não se justificando o Protocolo, nem a referência expressa feita pelo artigo 20 do Protocolo de Las Leñas, que confere àquelas sentenças caráter extraterritorial quando atendidas as condições nele estabelecidas. Afinal, se todas as sentenças estrangeiras estão sujeitas à homologação, qual a razão do Protocolo e da atribuição do efeito extraterritorial?”

A questão é de difícil conclusão, devido aos termos da Constituição brasileira e a falta de incisividade do protocolo. Enfim, lida-se aí diretamente

com a dificuldade de os Estados-partes do Mercosul, especificamente o Brasil, cederem parcelas de sua soberania.

O protocolo prevê que no caso de uma parte invocar, em juízo, uma sentença ou laudo de outro Estado-parte, deverá fazer prova disso com cópia autêntica da decisão (que dispensará a legalização por diplomata ou consulado), que deve portar os requisitos do artigo 20. Ora, sendo, no Brasil, inadmissível, para a jurisprudência dominante, o reconhecimento ou a concessão de força executória a sentença estrangeira por órgão jurisdicional que não o STJ, esta invocação, no Brasil, fica prejudicada.

Naturalmente que, uma vez que se está incorporando um comando judicial alienígena ao direito nacional, tem ele de ser compatível com pronunciamentos indígenas anteriores que envolvam as mesmas partes, objetos e causas de pedir, em respeito à coisa julgada.

Não há no protocolo, entretanto, previsão quanto a pronunciamentos anteriores em ações idênticas em terceiros Estados.

Não se procederá à execução se ela chegar ao Estado requerido, ainda que incompetente, posteriormente à propositura de ação idêntica perante a autoridade jurisdicional requerida, numa espécie de litispendência.

Como analisa Leonardo Greco (Acesso em 11.07.2008), nada impede que se proponha ação no Brasil que seja idêntica a ação prévia em outro Estado-parte, mas esta ação não tem possibilidade de execução no território deste Estado. Como este costuma ser um requisito verificado para o reconhecimento de sentenças nos procedimentos de homologação, a mudança não é tão grande.

Essa regra tem de ser aplicada em conformidade com as disposições a respeito de qual jurisdição deve assumir o feito presentes no Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, não importando a propositura anterior se há, por exemplo, “cláusula de eleição de jurisdição” a favor de outro.

Se a incompatibilidade com pronunciamento nacional anterior ou um dos requisitos do artigo 20 impedir a eficácia da totalidade da sentença ou do laudo arbitral, a parte interessada poderá requerer a eficácia parcial.

1.5. Dos instrumentos públicos e outros documentos

A esse capítulo do protocolo já se referiu aqui em algumas passagens anteriores. Inovações simples, porém úteis, dispensaram a grande demora proveniente de certificação pelo corpo diplomático ou consular de documentos estrangeiros, substituindo-as a mera tramitação pela Autoridade central.

Em adição a isso, facilitaram a cooperação o reconhecimento da força probatória dos instrumentos públicos dos outros Estados-partes (equivalente aos nacionais) e a obrigação de cada Estado-parte de remeter, via Autoridade Central, translados ou certidões dos assentos do registro do estado civil sem custos a pedido de outro, desde que para fins públicos.

1.6. Informação do direito estrangeiro

As Autoridade Centrais, além das funções relativas ao processamento dos pedidos de cooperação, também são encarregadas de fornecer gratuitamente informação sobre o direito de seu Estado nas matérias sobre as quais o protocolo dispõe, além de direito internacional privado, desde que isto não se oponha à sua ordem pública.

Também os diplomatas e cônsules poderão exercer esse papel, com o diferencial de que o farão perante a autoridade jurisdicional do outro Estado.

O parecer, contudo, não vincula nem o Estado requerente aplicar o direito estrangeiro (ou fazê-lo aplicar) conforme nele descrito, nem o requerido a aplicar seu direito daquela forma ou ainda responsabilizar-se pela opinião emitida.

1.7. Consulta e solução de controvérsias

Sendo conveniente para o melhor desempenho da cooperação, as Autoridades Centrais dos Estados-partes devem realizar consultas entre si.

O artigo 32 prevê, para a solução de controvérsias na interpretação e aplicação dos dispositivos constantes neste protocolo a realização de negociações diplomáticas. Em caso de insucesso, determina-se a utilização do protocolo de solução de controvérsias que estiver vigente no Mercosul (hoje é o Protocolo de Olivos).

Estas disposições a respeito da eventualidade de controvérsias são comuns a todos os protocolos estudados neste artigo, razão porque não haverá porque repetir sempre a existência de tais disposições, salvo existência de especialidade.

1.8. Disposições finais

Com relação às disposições finais, destaca-se que, para futuros membros do bloco econômico, a adesão ao Tratado de Assunção implicará a adesão a este protocolo. Mais uma vez, observa-se que se trata de norma comum a todos os tratados aqui estudados.

Outra norma relevante diz respeito a tratados de cooperação sobre o mesmo objeto anteriormente celebrados. Diz-se que suas normas não serão revogadas, desde que não contradigam o protocolo em questão.

2. PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES

2.1. Noções gerais

O Protocolo de Medidas Cautelares foi firmado em Ouro Preto, em 1994 e ratificado no Brasil pelo Decreto Legislativo 192, de 1995, adicionando as medidas de urgência às possíveis na cooperação jurídica do Mercosul. Devido à especialidade em relação ao decurso do tempo, as medidas cautelares não foram tratadas da mesma maneira que as de simples trâmite, envolvendo alguns dispositivos diferenciados. Contudo, também foi prevista para elas o procedimento das Cartas Rogatórias. Como não sofrem juízo de delibação, no Brasil, não precisam, por força do artigo 7º da Resolução 9/2005 do STJ, receber exequatur deste tribunal.

2.2. Objeto e âmbito

O protocolo regulamenta medidas cautelares que visem proteger a reparabilidade das obrigações de dar, fazer ou não-fazer. Aqui se reforça o foco do protocolo em cautelares executórias, em vez de outras que podem ser vistas como de simples trâmite, como é o caso da produção antecipada de provas e o protesto. Devem ser entendidas como abrangidas pelas obrigações de dar aquelas de restituir.

Quanto ao tipo de processo principal que pode lhe dar razão de ser, são citados o ordinário, o de execução, os especiais, e ainda os extraordinários, referência aos procedimentos sumário e sumaríssimo (ou outras denominações que possa haver nos demais integrantes do pacto), presume-se. Aqui apenas se tomou o cuidado de listar as possibilidades para evitar interpretações restritivas, quando poderia se dizer que cabe a cooperação em todos os tipos de processo.

As matérias abrangidas são quase as mesmas do protocolo de Las Leñas. Há a exclusão das questões administrativas. Não há de se lamentar tal omissão, pelo fato de que a regra de impenhorabilidade de bens públicos anularia qualquer utilidade de previsão de cooperação cautelar nessa área.

A previsão de medidas cautelares no âmbito de processos penais quanto à reparação civil, não há qualquer conflito com o protocolo de cooperação penal, analisado a seguir.

Não há restrição com relação ao momento de propositura da cautelar em relação ao processo principal: pode ela ser preparatórias, incidentais ou garantidoras da execução de uma sentença.

Os tribunais devem cumprir as cautelares oriundas de autoridades jurisdicionais de outros Estados-parte, competentes internacionalmente de acordo com a lei do local onde estejam situados os bens ou residam as pessoas objetos da medida, ou seja do Estado requerido, sendo instituída, mais uma vez, a bilateralização das normas de competência geral.

2.3. Lei aplicável

A lei do Estado requerente só será aplicada com relação à admissibilidade da cautelar. Este julgamento será feito por sua própria autoridade jurisdicional, antes de solicitar a cooperação.

A execução da medida, por sua vez, será regida pela lei do Estado requerido. O mesmo vale para eventuais modificações nela, incluindo reduções ou substituições, sanções a litigância de má-fê e questões relacionadas a direitos reais.

Cabe, ainda, ao Estado requerido avaliar se, nos termos do Protocolo de Medidas Cautelares, há a absoluta improcedência, devendo, em caso assim, recusar cumprimento, ou, sendo a incompatibilidade com o protocolo superveniente à execução da medida (como no caso de não haver a interposição da ação principal dentro do prazo), determinar o levantamento.

2.4. Oposição

O procedimento será, contudo, devolvido ao juiz ou tribunal de origem em havendo questionamentos de terceiro interessado ou de presumido devedor da obrigação para que decida segundo suas leis sem prejuízo dos temas reservados ao julgamento de autoridade jurisdicional do Estado requerido. Esta medida decorre de se tratar de impugnação à sentença do Estado requerente, matéria sobre a qual não tem competência para dispor a autoridade do Estado requerido. Não se deve tomar o termo “oposição”, utilizado no texto da norma, no sentido estrito de intervenção de terceiro, mas no sentido genérico de “contraposição”.

2.5. Autonomia da cooperação cautelar

Assim como disposto na cooperação de simples trâmite do tratado já analisado, o cumprimento da cautelar não gera vinculação referente à execução da sentença do processo principal.

2.6. Cooperação cautelar na execução da sentença

O protocolo autoriza os juízes ou tribunais a quem for solicitado o cumprimento de uma sentença estrangeira a instituir medidas cautelares, conforme a lei de seu país (inclusive na admissibilidade, neste caso), para garantir sua execução.

2.7. Medidas cautelares em matéria de menores

Sendo a cooperação jurídica quanto a proteção ao menor tema de duas convenções internacionais (Convenção de New York sobre Direitos da Criança e Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Crianças – o Brasil é signatário de ambas), não é de se espantar que seja a única medida cautelar em específico sobre a qual se dispõe: trata-se de tema para o qual a sociedade internacional há muito tempo voltou os olhos (o próprio Mercosul tem um tratado pendente de ratificação pelos Estado-partes sobre a jurisdição internacional relativa a menores)

Para evitar irreversibilidade de eventual seqüestro por parte de alguém que receba a custódia do menor por meio de cautelar (podendo desencadear, inclusive procedimentos internacionais mais complexos com outros países com os quais não haja tratados de cooperação), prevê-se que o Juiz do Estado requerido poderá limitar o alcance da medida ao território de seu Estado à espera da decisão final do processo principal.

2.8. Interposição da demanda no processo principal

O prazo para a interposição de demanda principal após medida cautelar preparatória será regulado pela lei do Estado requerente.

Há, portanto, mútua obrigação de informar. Em primeiro lugar, na própria carta rogatória por meio de que se tramita o pedido de cooperação deve o Estado requerente informar qual é este prazo que, a partir da efetivação da medida cautelar (por conta do Estado requerido), tem o cidadão para interpor a demanda principal. Também deverá ele informar, o mais breve possível, a data da apresentação da ação principal ou o decurso do prazo *in albis*.

Em contrapartida o Estado requerido deve informar ao requerente a data em que foi cumprida a medida solicitada ou o seu não cumprimento e razões respectivas.

2.9. Cooperação interna

Acaso se declare incompetente, deverá a autoridade jurisdicional do Estado requerido remeter de ofício os documentos e antecedentes do caso àquela que reputa competente.

2.10. Ordem pública

Uma vez que a cooperação envolve medidas executórias, trata o protocolo de estabelecer o devido resguardo aos princípios fundamentais do ordenamento dos ordenamentos nacionais. Pode o Estado requerido recusar cumprimento ao objeto da cooperação em havendo contrariedade à ordem pública.

2.11. Meio empregado para formulação do pedido

A Carta Rogatória é mais uma vez o procedimento escolhido pelos protocolos para o trâmite de cooperação judiciária no Mercosul, embora com algumas nuances em relação ao protocolo de Las Leñas.

Observe-se que não há juízo de delibação para executar-se medida cautelar, estando elas abrangidas pelo artigo 7º da Resolução 9/05 do STJ.

“Exhortos” (expressão em espanhol que significa exortação e denomina o procedimento análogo ao da Carta Rogatória no ordenamento dos outros integrantes do bloco) e Cartas Rogatórias são tidas como expressões equivalentes para os fins do protocolo.

2.12. Transmissão e diligenciamento

Entre as nuances da Carta Rogatória na cooperação cautelar, há a faculdade de o particular optar entre a transmissão pela Autoridade Central, pela via diplomática ou consular ou ainda por sua própria iniciativa. Tratando de tutela jurisdicional cuja razão de existir está vinculada ao decurso do tempo e o perecimento do resultado útil do provimento principal, é benéfico que a parte que pode ser prejudicada possa fazer a análise de qual desses caminhos lhe traz a melhor combinação de segurança e rapidez.

Conta-se com a vantagem, nos dois primeiros modos de transmissão, de dispensa de legalização da decisão e dos documentos pelo requerido, embora sejam sempre necessárias as formalidades externas do Estado de origem.

Já se for a parte interessada quem encaminha a Carta Rogatória, a legalização dos documentos e da decisão por agentes diplomáticos ou consulares do requerido será necessária para sua tramitação, ressalvada a hipótese de esse requisito ter sido suprimido ou substituído por outro entre os Estados cooperantes.

Há que se destacar a faculdade especial conferida às autoridades jurisdicionais situadas em zonas fronteiriças: nesses casos podem os juízos transmitir entre si as Cartas Rogatórias diretamente sem necessidade de legalização. Não se define, contudo, qual seja o conceito de “zona fronteira”, ou seja, a extensão de terra máxima que conferiria tal privilégio.

Por fim, ressalte-se que o Protocolo de Medidas Cautelares foi bem assertivo ao rechaçar a aplicação do procedimento de homologação de sentenças estrangeiras às medidas de urgência.

2.13. Documentos

Devem constar na Carta Rogatória a identificação e o domicílio do juiz ou tribunal que determinou a ordem; cópia autenticada da petição da medida cautelar, e da demanda principal, se houver; documentos que fundamentem a petição; ordem fundamentada que determine a medida cautelar; informação acerca das normas que estabeleçam algum procedimento especial que a autoridade jurisdicional requerida solicite que se observe (possibilidade que também havia sido conferida no protocolo de Las Leñas) e indicação da pessoa que no Estado requerido deverá arcar com os gastos e custas judiciais devidas (o solicitante, segundo o artigo 24), ressalvados as solicitações de alimentos provisionais, localização e restituição de menores, bem como para os beneficiários da justiça gratuita no Estado requerente.

Não havendo indicação da pessoa responsável pelas custas, pode a autoridade do Estado requerido negar-se a proceder a cooperação.

Faltando requisitos, documentos ou informações que tornem inadmissível sua procedência, deverá o juiz ou tribunal comunicar ao requerente imediatamente a necessidade de sanar tais defeitos.

Quando as circunstâncias do caso justifiquem, de acordo com a apreciação do Juiz ou do Tribunal requerentes, a rogatória informará a existência e o domicílio das “defensorias de ofício competentes” (Pires et. al. p.91) citam o exemplo do Ministério Público em lides de menores.

O idioma da carta e dos documentos deverá ser o do Estado requerente acompanhando tradução no idioma do requerido.

2.14. Disposições finais

São mantidas as medidas mais favoráveis à cooperação em outras convenções de que sejam signatários os Estados-parte. Assim ocorre, por exemplo com as convenções de direitos de menores já citadas.

3. PROTOCOLO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA MÚTUA EM ASSUNTOS PENAIS

3.1. Noções gerais

Também a matéria penal mereceu a edição de um protocolo de cooperação jurídica. O Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais foi assinado em 1995 e foi, no Brasil, ratificado pelo Decreto Legislativo 3/2000 e promulgado pelo Decreto 3.468, de 17.5.2000. A crescente internacionalização do crime inspirou a procura pelo auxílio nessa área. O caráter aflitivo das medidas penais ou de suas conseqüências trouxe especialidades

e preocupações ausentes nos outros dois tratados anteriores. **Raúl Cervini** (2000, p. 103), em obra conjunta com Juarez Tavares alerta para o seguinte:

“O desafio consiste em coordenar racionalmente o funcionamento de certos princípios jurídicos adjetivos e substantivos de vigência medular e inalterável com aqueles mecanismos de cooperação interjudicial internacional, que possam ser entendidos como politicamente viáveis. Tudo isso no marco do que a máxima eficiência na luta contra a criminalidade moderna se realize sem afetar as garantias individuais e aquelas normas que, a juízo de cada Estado implicado nos níveis de cooperação, integram sua ordem pública nacional e internacional.”

3.2. Âmbito

O âmbito do protocolo exclui a extradição, que é objeto de acordo próprio entre os integrantes do Mercosul, embora ainda não vigente em todos eles (a Argentina ainda não ratificou o acordo). Estão abrangidas medidas que, em classificação descrita por Cervini (2000, 132), se enquadram como de primeiro nível (simples trâmite) e segundo nível (mais gravosas, como medidas sobre bens que sejam furto de crime). A extradição é medida de terceiro nível, demandando, por constituir o gravame máximo, um acordo internacional exclusivo para si.

Apesar de elogiado pela preocupação com as garantias do sujeito envolvido com a operação, sofre o protocolo forte crítica no tocante à proibição de suas disposições conferirem direitos de obtenção, exclusão ou supressão de provas, nem de se opor à solicitação de assistência. Argumenta-se (2000, 145-146) que tal visão é ultrapassada, na medida em que desconsidera a participação do indivíduo e trata procedimento como mera questão entre Estados.

A assistência envolve tanto a assistência na fase investigatória quanto em ações penais em curso, sendo mais abrangente que sua contraparte civil: não há cooperação entre órgãos administrativos em Las Leñas.

Em regra, não se exige para a efetivação da medida de assistência a “dupla incriminação”, exigência típica daquelas de terceiro nível. Ela se resume na caracterização da conduta praticada pelo extraditando como delito nos dois Estados cooperantes. Contudo, o protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais trouxe tal requisito para as medidas de segundo nível (seqüestro, arresto, busca e apreensão, entrega de documentos particulares e de antecedentes criminais), que também são, em algum grau, invasivas, justificando os elogios que recebeu pela consagração de garantias individuais.

Como garantia da soberania, veda-se a prática de atos por particular ou por autoridade do Estado requerente no território do Estado requerido reservado às autoridades deste, conforme suas leis. Exceção-se a formulação de

perguntas no testemunho realizado no Estado requerido para processo do Estado requerente, faculdade conferida aos sujeitos do Estado requerente.

3.3. Alcance da assistência

Há um rol exemplificativo das medidas cabíveis de serem solicitadas. A abertura da possibilidade de solicitação de medidas atípicas não pode entrar em conflito com os fins do protocolo (extrapolando as delimitações relativas ao âmbito ou inserindo matéria claramente incompatível com o tratamento que confere à cooperação, como a extradição), nem com a lei do Estado requerido.

São citadas as seguintes modalidades de assistência: notificação de atos processuais; recepção e produção de provas (ex: testemunhos, declarações, realização de perícias); localização ou identificação de pessoas; notificação de testemunhas ou peritos para o comparecimento voluntário a fim de prestar testemunho no Estado requerente; traslado de pessoas sujeitas a um processo penal para comparecimento como testemunhas no Estado requerente ou com outros propósitos expressamente indicados na solicitação; medidas acautelatórias sobre bens (está incluída aí a busca e apreensão); entrega de documentos e outros elementos de prova; apreensão, transferência de bens confiscados e outras medidas de natureza similar e retenção de bens para efeitos do cumprimento de sentenças judiciais que imponham multas impostas por sentença judicial.

3.4. Autoridades centrais

Tal qual nos protocolos anteriores (e como é prática recorrente em tratados semelhantes), há a previsão de designação de um órgão do Poder Executivo de cada Estado para receber e transmitir os pedidos de cooperação.

A prerrogativa de solicitar a assistência é limitada aos Ministérios Públicos e às autoridades judiciárias do Estado requerente encarregadas do julgamento ou investigação dos delitos. Ainda que se trate de crime de ação penal privada, a iniciativa para solicitar a cooperação não passará ao particular.

Observe-se que as medidas previstas pelo protocolo prescindem de juízo de delibação, podendo, no Brasil, ser diligenciadas mediante auxílio direto.

Grande discussão há no que toca há no que toca a ampliação das funções da Autoridade Central. Tendo sido originalmente instituída em tratados de cooperação com o fito de somente transmitir e receber as solicitações, já em acordos firmados recentemente, como é o caso deste, prevê-se sua competência para negar, adiar ou condicionar a prestação de assistência.

Dentre essas competências, a denegação é a de mais amplo espectro. Tal possibilidade consta no artigo 5:

“ Artigo 5

1. O Estado Parte requerido poderá denegar a assistência quando:

- a) a solicitação se refira a delito tipificado como tal na sua legislação militar mas não na legislação penal ordinária;
 - b) a solicitação se refira a delito que o Estado requerido considere como político ou como delito comum conexo com delito político ou realizado com finalidade política;
 - c) a solicitação se refira a delito tributário;
 - d) a pessoa em relação a qual se solicita a medida haja sido absolvida ou haja cumprido condenação no Estado requerido pelo mesmo delito mencionado na solicitação. Contudo, esta disposição não poderá ser invocada para negar assistência em relação a outras pessoas; ou
 - e) o cumprimento da solicitação seja contrário à segurança, à ordem pública ou a outros interesses essenciais do Estado requerido.
2. Se o Estado requerido denega a assistência, deverá informar ao Estado requerente, por intermédio da Autoridade Central, as razões em que se funda a denegatória, ressalvado o disposto no artigo 15, alínea “b”.”

A previsão mais problemática é a da alínea “e”, pois carregada de grande margem para desvios à finalidade do protocolo. Afinal, ultrapassadas fases anteriores da cooperação jurídica internacional, deve-se hoje buscar maior segurança jurídica. A alegação, por um órgão do poder executivo de contrariedade a interesses essenciais do Estado pode ser campo para as mais criativas justificativas de denegação conforme se alterem os dirigentes nacionais. Ainda que tal competência fosse mantida pela Autoridade Central, melhor seria estabelecer mais hipóteses objetivas de denegação baseadas em posturas consolidadas dos Estados, como seria o caso mencionado do Uruguai com relação aos sigilos fiscal e bancário.

A Autoridade Central ultrapassou, assim, o sentido de mera diligenciadora de solicitações. Nesse passo, Eduardo Vescovi (apud CERVINI, 2000, p.139) registra o inconveniente de se atribuir ao Executivo funções próprias do judiciário, atenuando suas críticas em função de não haver possível prejuízo ao indivíduo que sofre a medida, já que todas as prerrogativas conferidas caminham contra a cooperação que se pretende impor a alguém.

Cervini (2000, p.110) registra posicionamento doutrinário de delimitação das funções deste órgão por lei, para que fiquem racionalmente definidas e controláveis.

Há doutrinadores, porém, que não contestam as prerrogativas conferidas à Autoridade Central:

“Outro setor doutrinário sustenta que a existência do duplo controle não constitui uma inconstitucionalidade e resulta numa conseqüência necessária desse tipo de assistência entre os Estados-partes, como uma garantia adicional para os países com economia ou estabilidade democrática frágeis. De acordo com essa orientação, em casos extraordinários a cooperação judicial internacional deve ceder frente à conservação da ordem e tranqüilidade interiores, típicas responsabilidades da Administração com raiz constitucional.” (CERVINI 140)

Cite-se ainda o pensamento de Ventura (apud., CERVINI, 2000, p.143), para quem a Autoridade Central deve apenas emitir parecer, cabendo efetivamente ao Judiciário a decisão relativa à sua adoção.

A solução para o inconveniente, contudo, não reside em dar um passo atrás, tornando menos célere a colaboração, mas em dar um passo à frente, uniformizando os procedimentos a ponto de já não serem necessárias tais instituições. Nesse sentido, o atual Ministro da Justiça brasileiro, Tarso Genro (TARSO PROPÕE MANDADO DE PRISÃO ÚNICO PARA MERCOSUL, Acesso em 11.07.08), já sugere o mandado de prisão único do Mercosul, apontando o caminho da integração.

3.5. Forma e conteúdo da solicitação

Com relação às formalidades no pedido de cooperação, dispõe o protocolo o seguinte:

3. A solicitação deverá conter as seguintes indicações:
 - a) identificação da autoridade competente requerente;
 - b) descrição do assunto e natureza do procedimento judicial, incluindo os delitos a que se refere;
 - c) descrição das medidas de assistência solicitadas;
 - d) motivos pelos quais se solicitam ditas medidas;
 - e) texto das normas penais aplicáveis;
 - f) identidade das pessoas sujeitas a procedimento judicial, quando conhecidas.
4. Quando for necessário e, na medida do possível, a solicitação deverá também incluir:
 - a) informação sobre identidade e domicílio das pessoas cujo testemunho se deseja obter;
 - b) identidade e domicílio das pessoas a serem notificadas e sua relação com os procedimentos;
 - c) informação sobre identidade e paradeiro das pessoas a serem localizadas;
 - d) descrição exata do lugar a inspecionar, identificação da pessoa a ser submetida a exame e os bens que tenham de ser acautelados;

- e) o texto do interrogatório a ser formulado para a recepção da prova testemunhal no Estado requerido, assim como, se necessário, a descrição da forma em que deverá ser recebido e registrado qualquer testemunho ou declaração;
- f) descrição das formas e dos procedimentos especiais com que se deverá cumprir a solicitação, se assim forem requeridos;
- g) informação sobre o pagamento das despesas com a pessoa cuja presença se solicite ao Estado requerido;
- h) qualquer outra informação que possa ser de utilidade ao Estado requerido para os efeitos de facilitar o cumprimento da solicitação;
- i) quando for necessário, a indicação da autoridade do Estado requerente que participará no processamento no Estado requerido.”

É necessário informar, no caso de notificações, o prazo que possui a pessoa afetada para realizar determinado ato.

A solicitação será feita no idioma do Estado requerente, sendo acompanhada de tradução

3.6. Lei aplicável

A lei aplicável ao processamento das solicitações é a do Estado requerido. No caso brasileiro, especialmente a Resolução nº 9/2005 do STJ.

3.7. Prazos ou condições para o cumprimento

Havendo interferência em procedimento penal em curso no Estado requerido, poderá a o Estado requerido submeter a prestação de assistência a condições ou adiá-la, cabendo ao requerente escolher se assim aceita a cooperação ou dela desiste. Contudo, pode o requerido, mesmo com tal interferência, prestar a assistência. Há, por exemplo, previsão de testemunho no Estado requerente de pessoa sujeito a procedimento penal no Estado requerido.

3.8. Caráter confidencial

O Estado requerente poderá solicitar caráter confidencial às medidas, decidindo se insiste na realização do ato se tal confidencialidade for impossível.

3.9. Informação sobre o cumprimento

Autoridade Central do requerente poderá requerer à outra informações sobre o andamento do procedimento solicitado.

Já quando estiver ele cumprido, remeterá a Autoridade Central do requerido, por sua própria iniciativa e com brevidade toda informação ou prova obtida.

Não se podendo cumprir a solicitação, será enviada esta informação e as razões do não cumprimento.

Todas essas informações devem ser redigidas no idioma do Estado requerido.

3.10. Limitações no emprego de informações ou prova obtida

Informações e provas obtidas só poderão ser utilizada na investigação ou procedimento judicial indicado na solicitação (daí a razão para a ênfase no detalhamento da descrição do procedimento na solicitação), salvo se houver consentimento expresso do Estado requerido. Em decorrência de sua postura em prol da participação do “sujeito concernido”, aquele sobre o qual recai a medida, defende Cervini (2000, p. 118) a necessidade do consentimento deste também.

Em paralelo com o já dito sobre a atribuição de confidencialidade à realização do procedimento a pedido do Estado requerente, pode o Estado requerido solicitar confidencialidade às informações ou provas obtidas. Não aceitando tais termos o Estado requerente, pode o requerido recusar-se a prestar a cooperação.

3.11. Custos

Uma vez que só órgãos estatais podem solicitar a cooperação, todos os custos são assumidos pelos Estados: o requerido fica a cargo dos gastos com o processamento da solicitação e o requerente dos relativos às perícias, traduções e transcrições, gastos extraordinários decorrentes do emprego de formas ou procedimentos especiais e os custos de viagem de testemunhas para seu território. Com relação a esses gastos de viagem, o artigo 6.4, g, determina que devem estar detalhados no pedido de assistência.

3.12. Notificação

O primeiro dos atos processuais tratados é a notificação. Essa denominação não se utiliza no Direito Processual Penal brasileiro. É de se entender, contudo, que permite tanto as intimações quanto as citações previstas no Código Processual Penal nacional.

Nos países de língua espanhola, a “notificacion” abrange tanto às citações quanto às intimações. Já o termo “citacion”, significa um ato de comunicação para que determinada pessoa, (parte, testemunha, perito etc) compareça ao juízo.

Parece ter-se tentado, no protocolo, encontrado um meio termo que englobasse todos os atos de comunicação processual dos países envolvidos.

Caso se trate de notificação para comparecimento ante autoridade do Estado requerente, deverá esta ocorrer com razoável antecedência.

3.13. Entrega de documentos oficiais

Pode ser solicitada a entrega de cópia de documentos oficiais, sejam eles acessíveis ou não ao público. Cervini (2000, p.111-112) informa que parte da doutrina condena tal medida por supostamente permitir que a autoridade judiciária requerente viole o segredo conferido pelo requerido. Ele repele estas críticas dizendo ser, assunto passível de interessar apenas aos Estados, bem como estar a proteção ao particular presente em uma série de momentos importantes do protocolo (o comentário, em verdade, se referia a protocolo semelhante celebrado entre Uruguai e Brasil que inspirou o selado entre todos os Estados-partes do Mercosul, valendo, portanto, o mesmo).

Acrescenta-se aqui à defesa da cooperação relativa a documentos oficiais que se limita a possibilidade de requerimento “nas mesmas condições pelas quais esses documentos se dispõem às autoridades do Estado requerido”, além do que há a possibilidade de denegação sem fundamentação, fugindo à regra geral das denegações

Recorde-se que também há a possibilidade de se solicitar confidencialidade às provas cedidas, portanto, tudo colabora para uma cooperação onde nenhum dos Estados saia prejudicado.

3.14. Testemunho no estado requerido

A norma que veda a oposição do particular à medida de cooperação reflete na obrigatoriedade de o convocado testemunhar, apresentar documentos, antecedentes ou elementos de prova no território do Estado requerido.

O procedimento é regulado de acordo com as leis do requerido. Entretanto, serão autorizadas a presença e a formulação de perguntas por autoridades do Estado requerente em conformidade com as leis do requerido (em conformidade a elas, mas não sendo vedada por elas).

Para possibilitar essa participação, as autoridades competentes se consultarão por intermédio das Autoridades Centrais para marcação dessa audiência em data conveniente.

Alegadas pela pessoa que deva se apresentar imunidade (como a diplomática ou a parlamentar), incapacidade (como menoridade e condição mental reduzida) ou privilégio (como o de juiz e parlamentar que testemunham em condições especiais), a questão será resolvida pela justiça do Estado cujas leis basearam a alegação.

Documentos, antecedentes e elementos de prova resultantes do procedimento ou entregues por sua ocasião serão enviados justamente à declaração para o Estado requerente.

3.15. Testemunho no estado requerente

O testemunho no território do Estado requerente não possui caráter obrigatório, mas de mero convite. Isso não constitui exceção à não oposição do particular à cooperação: a medida deverá ser realizada, o traslado da pessoa é que não é obrigatório.

Para que o testemunho possa ocorrer no Estado requerente, prescreve o protocolo que deve haver consentimento do sujeito concernido registrado por escrito pela autoridade judicial competente, segundo o texto, que então informa de pronto à Autoridade Central do requerente sobre a resposta. Como ocorre com todos os atos desse protocolo, é de se autorizar a realização desse ato pelas Autoridades Centrais no Brasil e a maioria nos outros países (o Uruguai tem, por exemplo a restrição relacionada a contas bancárias). Cervini (2000, p.147) anota ainda que, vez que são os países signatários do Pacto de San José, deve o sujeito trasladado ser acompanhado de advogado.

Convém lembrar que os gastos com transporte e estadia do sujeito são de responsabilidade do requerente e devem ser indicados por ele quando solicitado o comparecimento. Não se dispõe expressamente no protocolo, mas é de se presumir que, se o requerido, antes de cumprida a diligência no território do Estado requerente, solicitar o comparecimento do indivíduo a diligência em seu território, arcará ele com as custas de traslado do sujeito a seu território e de retorno ao território do requerente.

3.16. Traslado de pessoas sujeitas a procedimento penal

Se o sujeito que deve testemunhar no território do Estado requerente está sujeito a procedimento penal no território do Estado requerido, haverá cuidados especiais. Deverá haver consentimento não só da pessoa, como do Estado que “cede” o indivíduo.

É possível que, durante o tempo em que permaneça no território do Estado requerente, surja uma diligência no território do Estado requerido à qual deva comparecer o sujeito. Nesse caso, além do consentimento da pessoa, devem os Estado estar de acordo, não podendo o Estado requerido simplesmente “reclamar” a pessoa de volta quando quiser.

Quando determinado Estado requisitar o traslado de nacional seu e sua Constituição vedar a entrega de nacionais (é o caso do Brasil, segundo o artigo

5º, LI), deverá informar ao Estado em cujo território está a pessoa, podendo este negar a assistência.

O traslado (qualquer uma das duas espécies) se dá sob uma série de regras detalhadas para se equilibrar os interesses dos Estados e pessoas envolvidas. Em primeiro lugar, estipula-se em favor do Estado remetente (o termo pode se referir tanto ao requerente como ao requerido) que o Estado receptor (da mesma forma, pode se referir ao requerente ou ao requerido, a depender da situação) deve manter o trasladado sob custódia, salvo indicação em contrário do Estado remetente. A “devolução” do sujeito se dará assim que estiver cumprida a diligência, ressalvado o caso de proibição de entrega de nacionais já citado. A devolução não carecerá de processo de extradição.

No interesse do sujeito, estabelece-se que o tempo em que ele é mantido sob custódia no Estado receptor é descontado de eventual pena a que seja condenado no Estado remetente, bem como computado para quaisquer outros efeitos. Ainda como garantia do indivíduo frente a arbítrios dos Estados cooperantes, limita-se temporalmente a sua permanência no Estado receptor a 90 dias. Eventual prorrogação é condicionada a consentimento do sujeito e de ambos os Estados.

Já como garantia aos interesses do Estado remetente, legisla-se a respeito da eventualidade de fuga no território do receptor. Em tais casos, o remetente poderá solicitar que o receptor inicie procedimento penal para esclarecimento do fato, bem como que haja fornecimento periódico de informações. A medida não estabelece como consequência necessária, ao apenas facultar uma “solicitação”, nem vai além do que negociações diplomáticas poderiam conseguir, mas ao menos pode servir de desestímulo à inércia estatal, prejudicial à manutenção de clima favorável à cooperação penal.

3.17. Salvo-conduto

O indivíduo “concernido” que comparecer ou for trasladado ao território do Estado requerente contará com um salvo-conduto, mediante o qual este Estado se compromete a não detê-lo ou julgá-lo por delitos anteriores à sua saída do território do Estado requerido e a não convocá-lo para declarar ou dar testemunho em procedimento não especificado na solicitação. Esta garantia parece fazer sentido apenas frente ao Estado requerente, visto que o requerido, ao final de todo o procedimento de cooperação, correndo tudo sem contratempos, deve ter o indivíduo à sua disposição para detê-lo por cometimento de algum delito ou convocá-lo para dar testemunho, independente de qualquer solicitação.

De qualquer forma, o salvo-conduto não é absoluto: cessará se sua permanência no Estado requerente se prolongar por vontade do próprio indivíduo por mais de 10 dias além do momento em que sua presença não seja mais necessária de acordo com a comunicação ao Estado (e, adicionalmente, eventuais prorrogações acordadas entre os Estados e o sujeito submetido à cooperação).

3.18. Localização ou identificação de pessoas

Seja qual for a medida solicitada, sendo desconhecidos paradeiro ou identidade das pessoas envolvidas, como sói ocorrer com procedimentos penais, deverá o Estado requerido adotar as providências possíveis para obtê-los.

3.19. Medidas acautelatórias

O processamento de solicitação de assistência para busca e apreensão, descrita como “medida acautelatória sobre bens que foram objeto, instrumento ou fruto de crime”, não se dará de forma muito diferente das demais solicitações dispostas ao longo do protocolo. Sabendo da existência de objeto desse tipo no território de outro Estado-parte e que seja apreensível de acordo com as leis deste (reflete nesta medida o princípio da dupla incriminação, exigido nos processos de extradição, aplicado a medidas de cooperação de 2º nível), o Estado persecutor do criminoso deve informar à Autoridade Central do Estado no território do qual se encontra o bem. Esta remete a solicitação à autoridade judiciária competente (em verdade, no Brasil, a própria Autoridade Central diligencia), que deve tomar as medidas cabíveis de acordo com sua lei nacional, comunicando ao outro quais delas foram adotadas. Caso tenha adotado medida diferente do que foi solicitado, deve informar as razões, por intermédio da Autoridade Central.

Não havendo informações suficientes para justificar a procedência da medida, poderá a autoridade judiciária competente recusar cumprimento à solicitação. Não se trata de reexame da situação que levou o Estado requerente a solicitar a medida, mas simplesmente a exigência de coerência na solicitação, para que medida de cooperação de segundo nível, naturalmente mais invasiva, não seja efetivada sem um mínimo de certeza.

O Estado requerido resolverá, segundo sua lei, solicitações relativas à proteção do direito de terceiros relativos aos objetos aqui em questão.

Interessante perceber que aqui está incluída a regulação dos procedimentos de “recuperação de ativos”. A cooperação jurídica internacional,

quanto ao campo penal tem a lavagem de dinheiro como um de seus principais motivadores. O fluxo internacional de capitais permite uma mobilidade tal que os Estados, para não se tornarem impotentes, têm de procurar a cooperação.

A lavagem de dinheiro é também tida como vinculada aos grandes esquemas criminosos de hoje, em especial ao tráfico de drogas. Assim, empresta-se mais importância ainda a rastreamento e bloqueio de contas supelatas.

No Brasil, o departamento com função de tratar desse tema acabou por ser designado Autoridade Central mesmo de tratados que não tinham relação com ele.

3.20. Entrega e inspeções de objetos

Outra medida de segundo nível é a entrega ou inspeção de objetos em geral, incluindo todo tipo de documento e antecedentes. Há mais uma vez a possibilidade de se denegar a assistência se as informações que justifiquem a procedência da medida forem insuficientes. O princípio da dupla incriminação incidirá novamente, sendo necessário que também as leis do Estado requerido permitam a medida solicitada.

Há a ressalva de que, com relação a se aplicar a lei do estado requerido, não há prejuízo das medidas dos artigos 15, b (entrega de documentos oficiais), e 22, 3 (decisão a respeito do direito de terceiros sobre objetos apreendidos). A ressalva talvez não fosse necessária ante o fato de as disposições em questão também prescreverem a aplicação das normas locais.

O artigo 16 determina que documentos particulares e outros elementos de prova entregues ao Estado requerente devem ser devolvidos ao requerido logo que possível, quando solicitado por este.

3.21. Outras medidas de cooperação

Dispõe o protocolo que também de acordo com as leis do Estado requerido haverá cooperação em procedimentos referentes a medidas assecuratórias, indenização das vítimas de delitos e cobrança de multas impostas por sentença judicial.

A idéia é de que tais medidas também podem ser encaminhadas por intermédio da Autoridade Central ao outro Estado, mas nada mais se dispõe sobre elas, sendo necessário fazer algumas observações.

As medidas assecuratórias (seqüestro e arresto) já são tratadas pelo Protocolo de Medidas Cautelares. Não há nenhuma disposição conflituosa com aquele protocolo, visto que a referência no de assistência penal é vaga e

genérica (apesar do anúncio do artigo 2, j, de que o protocolo deveria tratar desse assunto). Assim, não houve derrogação.

Tanto indenizações quanto multas devem ser tramitadas de acordo com o Protocolo de Las Leñas, afinal, trata-se de regra de cada um dos Estados (às quais o tratado remete), uma vez que seja por eles ratificado. Não se objete que elas estariam fora do âmbito do protocolo, pois ele prevê expressamente que se aplica a reparação civil de danos gerados por delito e também processos em matéria administrativa, dentre os quais pode se incluir a execução fiscal para cobrar a multa em questão.

3.22. Custódia e disposição de bens

A disposição dos bens apreendidos sob custódia do Estado-parte requerido, seguindo a tendência de aplicação da lei do Estado-parte requerido, ocorrerá de acordo com a lei deste. Somente se esta lei permitir (e, na medida em que permitir) poderá um desses bens (ou o produto da venda) ser transferido a outro (nomeação de depositário).

Aqui, mais uma vez, importante ter em mente, em especial, o bloqueio de contas suspeitas de servirem para a lavagem de dinheiro.

3.23. Autenticação de documentos e certidões

Assim como em protocolos antes já tratados, será dispensada legalização ou formalidade análoga para instrumentos públicos que tramitem por intermédio da Autoridade Central.

3.24. Disposições finais

As disposições finais seguem a regra dos outros protocolos em seu artigo 27. Com relação a solução de controvérsias, o professor Cervini (2000, p. 155) lamenta que seja esse o único recurso para o que ele considera a grande omissão do tratado: a estipulação de indenização a favor dos indivíduos que sofrem medidas de cooperação (só há efetivo dano nas medidas de 2º nível, não se imaginando que possa haver reparação por uma notificação erroneamente executada, por exemplo) por erro de um ou ambos Estados-partes envolvidos na assistência, o que ele chama de “princípio da responsabilidade”.

“Lamentavelmente, esse medular princípio de garantia não constou expresso no texto do Protocolo para o Mercosul. Esta omissão debilita a posição das pessoas que resultam objeto das medidas processadas exclusivamente ‘entre os Estados-partes’. Nossa apreciação se vê confirmada pelo claro texto do art. 27 do Protocolo, que vira as costas ao concernido (...)”

Convenções anteriores celebrados entre os Estados-partes (como o existente entre Brasil e Uruguai) que entrarem em conflito com este protocolo em alguma matéria prevalecerão se forem mais favoráveis à cooperação.

4. PROTOCOLO DE BUENOS AIRES SOBRE JURISDIÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA CONTRATUAL

4.1. Noções gerais

Um dos requisitos para o reconhecimento de sentenças estrangeiras é a análise da competência geral. Conforme explicitado na seção relativa ao Protocolo de Cooperação...de Las Leñas, ela refere-se à verificação das normas tanto do Estado requerido quanto do requerente a respeito das causas que reclamam para si: as normas de Direito Processual Internacional (as brasileiras estão expressas nos artigos 88 e 89 do CPC).

É preciso ver se a causa está incluída entre as que o requerente pretende julgar e se não está excluída entre as que o requerido define como de sua competência exclusiva.

Este requisito, na medida em que exige a bilateralização das normas de competência é um entrave à cooperação, por ser grande fonte de conflitos (RUBINO, op. cit.)

Assim é que, visando o incremento do reconhecimento de sentenças, firmaram-se acordos para uniformizar normas de competência internacional em algumas áreas entre Estados do Mercosul. O principal deles é o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional, assinado em 1994, no Brasil ratificado pelo Decreto-Legislativo 129/95 e promulgado pelo Decreto 2095, de 17 de dezembro de 1996. O Protocolo de São Luiz em Matéria de Responsabilidade Civil Emergente de Acidentes de Trânsito Entre os Estados-partes do Mercosul, sobre o qual se fala a seguir tem função semelhante, assim como outros ainda não vigentes sobre matéria de relações de consumo, contratos de transporte e menores.

4.2. Âmbito de aplicação

O protocolo de Buenos Aires regulou as normas de Direito Internacional Privado relativas à jurisdição contenciosa em matéria de contratos civis ou comerciais internacionais entre particulares.

O próprio protocolo define quais contratos são internacionais: os que tiverem como uma partes pessoas com domicílio ou sede social em diferentes Estados-partes do Mercosul e aqueles que tiverem pelo menos uma das partes com domicílio ou sede em um Estado-parte e tenha sido feita eleição de

foro (chamada “eleição de jurisdição pelo protocolo”) em favor de juiz de um integrante do Mercosul.

Há uma restrição na segunda hipótese: não se poderá eleger qualquer dos integrantes, mas algum com o qual a relação contratual tenha conexão razoável de acordo com as normas do próprio protocolo.

Estão excluídos da aplicação do protocolo uma série de negócios jurídicos. Em primeiro lugar, estão relacionados os contratos celebrados por falidos e seus credores ou pessoas sujeitas a procedimentos análogos, como concordatas e liquidações de instituições financeiras (AGUIAR, Acesso em 15.12.07). Trata-se de tema tulmutuoso, pois a empresa que está falindo em um Estado pode não aparentar esa condição em outro, gerando uma série de contratempus que exigiriam tratamento especializado.

Pactos e acordos relacionados ao direito de família também estão no rol de excluídos. Por não constituírem exatamente contratos, vale mais a indicação como um reforço para excluir a matéria da incidência do tratado. Observe-se, entretanto, que os contratos celebrados pelo de cujus que nada tenham a ver com relações familiares e sucessórias e são continuados pelos sucessores incluem-se no âmbito do protocolo (AGUIAR, *op.cit*)

Os contratos administrativos prescindiam de ressalva expressa, já que se definiu que somente contratos celebrados entre particulares seriam atingidos.

Com relação aos contratos de seguridade social, é preciso distinguir, pois a exclusão refere-se apenas aos contratos da previdência pública. Esclarece o Ministro Ruy Rosado Aguiar (*op. cit.*):

“A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194 da CR). A menção à sociedade como elemento ativo das ações destinadas a assegurar os direitos à previdência social tem permitido a assertiva de que pode haver nessa área contratos civis entre particulares, celebrados por empresas privadas que atuam na área de previdência, pelo que tais contratos estariam excluídos do Protocolo, nos termos da ressalva do art. 2º, item 3. Deve ser observado, porém, que a previdência social é financiada com recursos provenientes dos orçamentos públicos ou de contribuições sociais, enumeradas no art. 195, CR. Distingue-se da previdência privada por ser esta de caráter complementar e organizada de forma autônoma, como previsto no art. 202, CR. Portanto, a previdência social a que remete o art. 2º, nº 3, do PBA, é a previdência pública, exercida através de entidade pública, e os contratos que celebrar já estarão fora da sua incidência pela regra do art. 1º, que apenas admite contratos entre particulares. Porém, os contratos das entidades privadas que se dedicam à previdência privada, complementar e autônoma, estes estão na regra geral de abrangência do PBA.”

Os contratos de consumo e de transporte possuem protocolos próprios, o Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição Internacional em matéria de Relações de Consumo (1996) e o Acordo sobre Jurisdição internacional em Matéria de Contrato Internacional de Carga entre os Estados-partes do Mercosul (2002), ainda não vigentes por não terem sido ratificados por pelo menos dois dos Estados-partes (regra mais comum para o início de vigência dos protocolos do Mercosul).

Menciona-se, também, a exclusão dos direitos reais. Não estão excluídos contratos que versem sobre direitos reais, mas a discussão sobre os direitos reais em si, como aconteceria numa ação reivindicatória. Trata-se de matéria que os Estados costumam definir como de sua competência exclusiva (no Brasil, pelo artigo 89 do Código de Processo Civil).

Por fim, também contratos de seguros e de trabalho fogem ao âmbito do protocolo. Por envolverem uma parte que é, de regra, mais frágil na relação, não dispensam tratamento diferenciado, o que não pode envolver, por exemplo a cláusula de eleição de foro presente neste protocolo.

4.3. Jurisdição internacional

Assumindo algum juiz ou tribunal do Mercosul assumir a jurisdição em uma causa de acordo com os termos do Protocolo de Buenos Aires, preencherá o requisito da “competência internacional” para o reconhecimento de decisões estrangeiras. Assim, dentro do âmbito delimitado para ele, suas normas se impõem sobre as normas de competência internacional de cada um, ou melhor, tornam-se parte delas, especificando o tratamento com relação aos Estados-partes do Mercosul.

Observe-se que o Protocolo não dispõe sobre qual será a lei aplicável ao conflito, mas apenas sobre Judiciário de qual Estado poderá decidir sobre a lide. A questão do direito aplicável será resolvida pelas normas internas relativas ao assunto (No Brasil, a Lei de Introdução ao Código Civil dispõe sobre o assunto), sendo possível que o Judiciário de um país aplique o direito de outro.

4.4. Eleição de jurisdição

Prevê-se no protocolo, como primeiro nível de definição da jurisdição que se pronunciará sobre o conflito a cláusula de eleição de foro, chamada nele de “eleição de jurisdição”. A possibilidade de uma cláusula contratual definindo a jurisdição onde se julgará lide surgida entre as partes encontra algumas dificuldades de aceitação na jurisprudência brasileira, como registra Nadia de Araújo (2002, p.228). Com a incorporação do Protocolo de Buenos

Aires, entretanto, não há que se discutir a possibilidade relativa aos contratos inseridos em seu âmbito, tanto mais quanto não visa ele versar sobre matérias de competência exclusiva dos tribunais nacionais.

As normas de Buenos Aires requerem que a cláusula seja celebrada de maneira escrita e não abusiva. O Ministro Aguiar (op. cit.) cita como exemplo de ajustes abusivos aqueles referentes a contrato de adesão, por haver presunção de favorecimento de uma das partes e aqueles que elejam jurisdições sem conexão razoável com a lide.

A cláusula poderá ainda eleger tanto um juízo ou Tribunal dos Estados-partes quanto um Tribunal Arbitral para julgar a causa.

O acordo de eleição de jurisdição pode ser estabelecido tanto no momento de celebração do contrato quanto durante sua vigência. Ainda lista o texto do artigo 5 a possibilidade de criação da cláusula de eleição de foro uma vez suscitado o litígio. Aguiar (op. cit.) entende que se trata de litígio extrajudicial:

“Há de se entender que esse litígio é o extrajudicial, porque ao propor a ação já deve o autor dirigir-se ao juiz da jurisdição competente, nos termos do PBA. Isto é, instalado o dissídio entre as partes, podem elas acordar, para a instauração do processo, a opção por uma jurisdição, acordo que deve acontecer antes de ajuizado o pedido. Depois disso não, pois a jurisdição se define no momento do ajuizamento, cabendo ao juiz assumir ou não a jurisdição, de conformidade com o estabelecido no Protocolo (art. 3º); esse ato escapa à vontade das partes.”

No artigo 5.2, o determina-se que se aplicará à validade e aos efeitos do contrato o “direito dos Estados-Partes que teriam jurisdição de conformidade com o estabelecido no presente Protocolo”. Como se faz referência a “Estados”, é de se entender que a cláusula tem de ser válida e eficaz de acordo com ambos Estados que teriam jurisdição de acordo com as normas de jurisdição subsidiária (normas que dão ao autor opção de onde propor a ação em não havendo eleição de jurisdição e que serão aqui analisadas). Contudo, no dispositivo seguinte, se faz uma restrição: será aplicado o direito mais favorável à validade da avença.

AGUIAR (op. cit.) insurge-se contra estas disposições, vez que o protocolo propôs-se a tratar de competência internacional, não de lei aplicável. Defende ele que deverá ser aplicada à validade da eleição o mesmo direito que for aplicado ao contrato, pois ela é parte do próprio contrato.

O Ministro parece ter razão, até porque, da interpretação dos dispositivos em questão, surge a pergunta: de que adianta somar dois regimes de proibições (sobre quando seria a cláusula nula) se apenas naquilo que coincidem

elas valeriam (já que, havendo discordância, aplica-se a norma mais favorável).

A cláusula de eleição, como manifestação de vontade das partes, só terá alguma validade se por elas suscitada. Caso a ação seja proposta em juízo diverso do acordado e o réu se manifeste de forma positiva e não-ficta a favor da continuidade, a jurisdição será considerada prorrogada. Não será necessário qualquer termo ou declaração, apenas se repelindo aceitação por meio de revelia, como esclarece Aguiar (op. cit.).

4.5. Jurisdição subsidiária

Ultrapassada a eleição como forma de determinação da jurisdição, seja por não haver acordo, seja porque as partes resolverem desconsiderá-la, terá o autor, a priori, três opções para a propositura da ação. Nenhuma delas se anteporá, obrigatoriamente, às outras: a escolha é livre.

A primeira das possibilidades é a interposição da demanda no local de cumprimento do contrato. Deve ser entendido como local do cumprimento aquele onde tenha sido ou deva ser cumprida a obrigação que sirva de fundamento para a demanda.

O protocolo segue especificando a interpretação devida para “local de cumprimento” com relação a alguns contratos. Para contratos sobre coisas certas e individualizadas, será o local onde elas existam no tempo da celebração.

Versando o contrato sobre coisa determinada por seu gênero ou sobre coisas fungíveis, o domicílio do devedor ao tempo da celebração do contrato.

Os contratos que envolvam prestações de serviços contêm ainda subespecificações. Se a prestação se relacionar com coisas, será o local onde elas existam ao tempo da celebração. Caso se relacione sua eficácia com algum lugar especial, este lugar será considerado de cumprimento do contrato. Para as outras espécies de prestação de serviços, vale o domicílio do devedor ao tempo da celebração.

Cabe anotar que, se a demanda versar sobre mais de um contrato, prevalece o local de cumprimento do contrato principal. Havendo mais de um local de cumprimento da obrigação, prevalece o da prestação principal. Havendo prestações equivalentes, qualquer uma delas (AGUIAR, op. cit.)

A segunda possibilidade conferida ao autor é a propositura no local de domicílio do réu. Considera-se domicílio do demandado a residência habitual da pessoa física ou, subsidiariamente, o centro principal de seus negócios. Por fim, não havendo tal centro, o lugar onde reside.

Para a pessoa jurídica, considera-se domicílio a sede principal de sua administração. Se a pessoa jurídica possui sucursais, estabelecimentos, agências ou outro tipo de representação, será considerada domiciliada no local destas para os atos que ali pratiquem. Com isso, ganha o autor mais uma opção, nesses casos, pois não é vedada a propositura perante a sede principal.

Abre-se como terceira opção ao autor seu próprio domicílio. Somente fará jus a tal benefício, no entanto, logrando trazer ao processo prova pré-constituída do cumprimento da obrigação contratual ou de seu adimplemento substancial (AGUIAR, op. cit.). Não podendo cumprir a obrigação devido à recusa do réu, poderia o autor ajuizar ação de consignação. (AGUIAR, op. cit.)

Curiosamente, este tratado sobre jurisdição internacional traz uma norma sobre competência interna. Trata-se da determinação de que as questões societárias, num contrato societário internacional, trazidas pelos sócios à justiça correrão junto aos juízes de onde se situar a sede principal da administração.

Se a demanda dever ser interposta contra pessoas jurídicas sediadas em um Estado-parte que celebrem contratos em outro, haverá a faculdade de fazê-lo também no local de celebração do contrato.

Havendo vários demandados, terão jurisdição os Estados-partes onde ficar o domicílio de qualquer um deles. Se, entretanto, há entre os demandados um devedor principal, não cabe a escolha se acarreta prejuízo a ele. (AGUIAR, op. cit.)

Demandas a respeito de obrigações de garantia fidejussória (já que as reais estão excluídas) ou intervenção de terceiros (que não são propriamente demandas) poderão ser propostas perante juízo da ação principal.

4.6. Reconvenção

A reconvenção só será possível quando houver conexão por ato ou fato que dá fundamento à demanda principal.

4.7. A Jurisdição como Requisito para o Reconhecimento e Execução de Sentenças e Laudos Arbitrais

Decisões proferidas por juízes ou tribunais que assumam a jurisdição de acordo com esse protocolo atenderão ao requisito de “competência internacional” estabelecido pelo Protocolo de Las Leñas. O artigo 14 deixa isso claro, mas uma vez que o tratado se incorporou ao ordenamento de cada um dos integrantes do Mercosul, nem era necessário expressar isso. O protocolo de São Luiz, por exemplo, não o faz e, ainda assim, deverá atender a este requisito da mesma forma.

5. PROTOCOLO DE SÃO LUIZ EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL EMERGENTE DE ACIDENTES DE TRÂNSITO ENTRE OS ESTADOS PARTES DO MERCOSUL

5.1. Âmbito

Este pequenino protocolo, assinado na Argentina em 1996, no Brasil ratificado pelo Decreto Legislativo 259/00 e promulgado pelo Decreto 3856, de 3 de julho de 2001, regulou a competência internacional entre os Estados-parte em matéria de responsabilidade civil envolvendo acidentes de trânsito, tal qual o de Buenos Aires em relação à matéria contratual, mas foi além deste ao definir o direito aplicável ao caso, que varia de acordo com os envolvidos no acidente, salvo com relação às normas de segurança.

Sua função é uniformizar normas de Direito Processual Internacional entre os Estados-partes do Mercosul, facilitando o atendimento do requisito da jurisdição (ou competência) internacional para o reconhecimento de sentenças.

Fala-se dos acidentes de trânsito internacionais, aqueles que ocorrem no território de um Estado-parte, mas envolvem ou resultam afetadas pessoas domiciliadas em outro.

Não se especifica se os acidentes de trânsito abrangidos pelo protocolo seriam apenas os das estradas envolvendo carros e caminhões. No disposto em relação à devolução dos meios de transportes sinistrados, contudo, utiliza-se a palavra automóvel. Apesar de, a priori, essa palavra poder ser aplicada a uma extensa gama de veículos, é razoável admitir que se trata de seu sentido estrito, isto é, carros, caminhões e congêneres.

5.2. Domicílio

Domicílio para os fins deste protocolo é a residência habitual da pessoa física. Não havendo residência habitual, o centro principal de seus negócios. Por último, não havendo tal centro, o lugar onde se encontrar sua residência não-habitual.

Para a pessoa jurídica, funciona esquema semelhante, sendo seu domicílio a sede principal de sua administração. Não sendo esta sede no Mercosul, o lugar onde funcione sua sucursal, estabelecimento, agência ou qualquer outra espécie de representação.

5.3. Lei aplicável

A especialidade deste protocolo em relação aos outros é a disposição quanto a lei (não a processual, mas a material) que o julgador da causa terá de

aplicar. No protocolo de Buenos Aires, tal matéria é tangenciada, mas neste, a questão é levada a fundo.

Uma vez que um Estado defina como de sua competência determinada classe de conflitos, isso não significa que ele necessariamente aplicará a sua própria lei a elas. A competência internacional e a lei aplicável são dois elementos independentes.

A lei nacional estabelece que elemento (como nacionalidade das partes, domicílio etc) deve prevalecer como definidor da lei aplicável para cada espécie de relação jurídica que se julga (casamentos, contratos, direitos sucessórios). Por vezes, escolhe-se lei de outro Estado buscando-se o favorecimento do desenvolvimento das relações internacionais. Por mais que um Estado preze pela sua soberania, não é conveniente para a liberdade das pessoas estarem vinculados a várias leis ao mesmo tempo. Desse modo, os Estados definem situações em que cedem a aplicação de sua lei, ainda que não cedam a competência para julgar a causa.

No Brasil, a Lei de Introdução ao Código Civil regula estes temas. Sobre obrigações em geral diz o seguinte:

“Art.9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se à a lei do país em que se constituírem”

Para os países do Mercosul, entretanto, passa valer o estabelecido no Protocolo de São Luiz, já incorporado ao ordenamento interno.

A regra estabelecida quanto ao direito aplicável à responsabilidade civil nos acidentes de trânsito é a aplicação da *lex fori*, isto é, a do Estado em cujo território ocorreu o acidente. Há, entretanto, ressalva. Se do acidente participarem ou forem afetadas somente pessoas domiciliadas em outro estado parte, será o direito deste aplicável ao caso.

Já a responsabilidade por danos a coisas outras que não os veículos acidentados retomam a regra geral de aplicação da *lex fori*.

Há de se observar que, independente do direito aplicável, serão sempre consideradas as regras de circulação e segurança do lugar no momento do acidente (é muito comum, no Mercosul, a alegação de motoristas infratores de que a velocidade máxima em estradas em seu país é outra).

A definição quanto ao direito aplicável não afeta a obediência às normas locais de trânsito, tratando-se de fixar quais normas regulariam as condições (elementos) e a extensão da responsabilidade; causas excludentes de responsabilidade; existência e natureza dos danos suscetíveis de reparação; modalidades de reparação; responsabilidade do dono do veículo por atos de seus

dependentes; subordinados ou qualquer outro usuário a título legítimo; prescrição e decadência.

5.4. Jurisdição

Pode o cidadão escolher entre as autoridades jurisdicionais do Estado-parte onde ocorreu o acidente, do domicílio do demandado ou do seu próprio domicílio para propor a ação.

De nenhuma forma estão vinculados o tribunal escolhido e o direito aplicável. São duas instâncias independentes, podendo juiz ou tribunal de um Estado aplicar normas de responsabilidade civil de outro.

Deve-se recordar que as normas de competência internacional deste protocolo passam a valer como normas de cada Estado-parte, servindo para atender ao requisito do artigo 20, c do protocolo de Las Leñas. Assim, sentença proferida por juiz competente segundo as normas do protocolo de São Luiz deve ser reconhecida por autoridade jurisdicional de outro Estado-parte.

5.5. Automóveis sinistrados

O protocolo prevê medida cooperação administrativa para o destino dos automóveis sinistrados no território de um Estado-parte e registrados em outro. Deverão eles ser devolvidos ao Estado de registro de acordo com a lei do Estado onde ocorreu o acidente. Na situação específica de destruição total, faculta-se ao interessado dipor do veículo, bastando que pague as taxas devidas.

A cooperação administrativa, contudo, não impedirá a cooperação jurídica. É por isso que medidas acautelatórias necessárias ao deslinde da causa poderão se antepor às administrativas.

5.6. Disposições finais

Além das previsões comuns a todos os tratados, determina-se que não se derogam convenções entre os integrantes do Mercosul que tratem de assuntos sobre os quais o protocolo de São Luiz foi omissis.

6. CONCLUSÃO

Os protocolos trouxeram avanços para que o reconhecimento dos direitos dos cidadãos em todo território do bloco fosse facilitado. Tais avanços têm seus destaques no diligenciamento de cautelares, na uniformização da competência relativa a acidentes de trânsito e a alguns contratos.

Falta, entretanto, ultrapassar carências e omissões. Há ainda bilateralização da competência na maioria dos temas e uma grande dúvida quanto ao alcance de Las Leñas, que não diferencia muito o tratamento que se dá, por

exemplo, no Brasil aos países mercosulinos e à Espanha ou à França, nações com as quais também mantém tratado de cooperação.

Orientação nesse sentido deve contribuir para o desenvolvimento e o intercâmbio do bloco.

7. BIBLIOGRAFIA

- ARAUJO, Nadia de. *Contratos Internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro* in RODAS, João Grandino, *Contratos internacionais, 3ª ed. rev., atual. e ampl.* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002
- CASTRO, Amílcar de – *Direito Internacional Privado*, 5ed. aum. e atualizada com notas de rodapé por Osiris Rocha. Rio de Janeiro, Forense, 2000
- CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez – *Princípios de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul*; prólogo Luiz Luisi – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- KRONBERG, Hécio – *A Livre Circulação de capitais no Mercosul Paraísos fiscais, Planejamento fiscal, Harmonização tributária, Remessa de capitais e cc-5, moeda única, banco central único, tribunal supranacional* / Hécio Kronberg; Hemus, 2003
- PIRES, Alice Catarina de Souza; FONSECA, Amanda Gonçalves; CROSHERE Indira Lima – *Soluções de controvérsias no Mercosul* – São Paulo: LTr, 1998.
- VALLADÃO, Haroldo – *Direito Internacional Privado em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos* 2ed revista e atualizada. Rio de Janeiro Livraria Freitas Bastos S.A., 1970
- A COMPETÊNCIA INTERNACIONAL DA JUSTIÇA BRASILEIRA – Artigo de Leonardo Greco Disponível em <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/05.pdf>> Acesso em 11.07.2008
- EL ACTUAL MARCO REGULADOR DE LA COOPERACION CAUTELAR INTERNACIONAL EN EL AMBITO DEL MERCOSUR- EL PROTOCOLO DE OURO PRETO DE MEDIDAS CAUTELARES – Artigo de Eduardo Tellechea Bergman .Disponível em <http://www.cacb.org.br/mediacao_arbitragem/artigos/El%20Actual%20Marco%20Regulador%20de%20la%20Cooperacion%20Cautelar%20Internacional%20en%20el%20Ambito%20del%20Mercosur.doc> Acesso em 07.07.2008
- INSTRUMENTOS DE COOPERAÇÃO – Disponível em <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ86D74191ITEMID760F5CA455954FE2ACF1DB6D897013DDPTBRIE.htm>> Acesso em 11.07.2008
- O PROTOCOLO DE LAS LEÑAS E A EFICÁCIA EXTRATERRITORIAL DAS SENTENÇAS E LAUDOS ARBITRAIS PROFERIDOS NOS PAÍSES DO MERCOSUL – Artigo de José Carlos de Magalhães Disponível em <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri1/Pdf/pdf_144/r144-19.PDF> Acesso em 19.01.08
- PARTICIPACION JUDICIAL EM EL PROCESO DE INTEGRACION.-POSIBLES VIAS DE IMPLEMENTACION – Artigo de Maria A. Rubino Disponível em <<http://www.salvador.edu.ar/rubino1.htm>> Acesso em 07.08.2008
- PROTOCOLO DE BUENOS AIRES SOBRE JURISDIÇÃO INTERNACIONAL – Artigo de Ruy Rosado Aguiar Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/522>> Acesso em 15.12.2007

PROTÓCOLOS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA NO MERCOSUL

PROTÓCOLO DE LAS LEÑAS – PROTÓCOLO DE COOPERAÇÃO E ASSISTÊNCIA JURISDICCIONAL EM MATÉRIA CIVIL, COMERCIAL, TRABALHISTA E ADMINISTRATIVA – Artigo de Fernando Lima Barreto, Jader Santos Alves, José Raimundo Bastos de Aguiar, Mário Sérgio Afonso Oliveira e Robson Silva de Oliveira Disponível em < <http://www.direitofba.net/>> Acesso em 15.12.2007

REGULAMENTO (CE) N.º 44/2001 DO CONSELHO, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2000, RELATIVO À COMPETÊNCIA JUDICIÁRIA, AO RECONHECIMENTO E À EXECUÇÃO DE DECISÕES EM MATÉRIA CIVIL E COMERCIAL Disponível em <[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX: 32001R0044: PT: HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:PT:HTML)> Acesso em 22.02.2008

TARSO PROPÕE MANDADO ÚNICO DE PRISÃO PARA O MERCOSUL – Disponível em < <http://www.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B57BB9237%2DA2FA%2D412B%2DAC A3%2D73603FC6DDF1%7D¶ms=itemID=%7BEB680689%2D0078%2D4F7D%2DBABF%2D8B5404AC1F2B%7D; &UIPartUID=%7B2218FAF9%2D5230%2D431C%2DA9E3%2DE780D3E67DFE%7D>> Acesso em 11.07.2008

