

LITISPENDÊNCIA NO MERCOSUL: FORMAS DE COMPATIBILIZAÇÃO À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL

LITISPENDENCIA EN EL MERCOSUR: MODOS DE COMPATIBILIZACIÓN POR EL DERECHO INTERNACIONAL

*Vanessa de Oliveira Bernardi**
*Tatiana de Almeida Cardoso***

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo central estudar a litispendência (internacional), visto que o direito processual civil brasileiro determina a impossibilidade de as ações aforadas em jurisdições distintas induzirem pendência. Entretanto, o problema central está justamente na posição adotada pela doutrina processualista brasileira, a qual é a mesma, ainda quando verificada a existência de tratados internacionais que determinam a litispendência para ações intentadas em foros de diferentes países, tal como é o caso do MERCOSUL, para os protocolos referentes a contratos e sentenças ou laudos arbitrais. Logo, o estudo perpassa as definições de litispendência existentes no ordenamento brasileiro, bem como expõe os protocolos mercosulinos acerca do tema, gerando o questionamento sobre a compatibilização entre lei doméstica e tratado internacional. Assim, transcorre-se sobre o assunto da compatibilização entre os conjuntos interno e internacional pelas Teorias Monistas e Dualistas, na tentativa de não só aclarar qual é a posição brasileira, mas também de trazer uma solução a luz do direito internacional ao problema apresentado.

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo principal estudiar la litispendencia (internacional), ya que el derecho procesal civil brasileño determina la imposibilidad de litispendencia existir cuando dos acciones judiciales son entabladas en jurisdicciones distintas. Sin embargo, el problema central que se discute ahí es la posición adoptada por la doctrina brasileña en materia procesal, pues se observa que no hay ningún cambio

* Mestranda em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e bacharela em direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter).

** Doutoranda e Mestre em Direito (Unisinós/CAPES). Especialista em Direito Internacional (UFRGS). Professora de Direito Internacional da graduação do UniRitter, e da Pós-Graduação da Feevale e do Verbo Jurídico na área de Direito Internacional. Responsável pelos Moot Courts (Núcleo de Relações Internacionais – UniRitter). Pesquisadora convidada da Universidade de Toronto/DFAIT.

teórico cuando constatada la existencia de los tratados internacionales en el ámbito del MERCOSUR sobre los contratos y las sentencias o laudos arbitrales, los cuales determinan la ocurrencia de litispendencia a las acciones iniciadas en foros de distintos países. Por lo tanto, el estudio comienza abordando las definiciones de litispendencia en Brasil y, además, se analizan los protocolos del bloque regional que hablan sobre el tema, lo que plantea dudas sobre la compatibilidad entre la legislación nacional y los tratados internacionales. Por eso, se desarrolla el tema de la compatibilidad entre los sistemas nacional e internacional por las teorías monistas y dualistas, en un intento de aclarar cuál es la posición brasileña y aportar una solución al problema por el derecho internacional conflictual.

Palavras-chave: Direito Processual Civil Internacional, Litispendência, Protocolo de Buenos Aires, Protocolo de Las Leñas, Teoria Monista, Primado no Direito Internacional

Palabras clave: Derecho Procesal Civil Internacional, Litispendencia, Protocolo de Buenos Aires, Protocolo de Las Leñas, Teoría Monista, Preferencia del Derecho Internacional

1. INTRODUÇÃO

Estabelecer a jurisdição brasileira é primordial para que o judiciário possa conhecer de causas e resolver acerca da pretensão das partes envolvidas. Afinal, no Estado moderno, a jurisdição é o poder conferido à ordem estatal (cuja atividade é exercida pelo poder judiciário) como forma de solucionar os conflitos de interesses não resolvidos no plano extrajudicial¹.

Não apenas isso, a jurisdição é igualmente uma função que o Estado desenvolve no processo, com a finalidade de aplicar a lei (seja ela qual for) e fazer justiça, podendo ser definida como a “aplicação do direito objetivo em relação a uma pretensão” determinada². Dessa forma, a jurisdição cumpre com a sua finalidade, que consiste em fazer valer a ordem jurídica colocada em dúvida, devido à pretensão resistida.

Ocorre que não é possível que duas demandas que contenham as mesmas partes, objeto e causa de pedir tramitem conjuntamente no judiciário, forte na possibilidade de haver interpretações e, conseqüentemente, sentenças distintas acerca da mesma matéria. Esse fato, na verdade, iria de encontro não apenas com a ideia de poder, visto

1 MONTENEGRO FILHO Misaél (2005) *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas. p.71-72

2 MARQUES José Frederico (1971) *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense. p.31 e BARROSO Darlan (2003) *Teoria geral e processo de conhecimento*. Barueri, SP: Manole. p.46.

que o Estado não se manifestaria definitivamente em face das partes em conflito, como também iria de encontro com a própria ideia de justiça,

É nesse viés que o Código de Processo Civil determina a *lis pendens*, impossibilitando que duas ações tramitem junto. Contudo, não ocorre o mesmo quando se trata de ações intentadas no exterior e no Brasil, vez que se permite que o judiciário brasileiro conheça da causa aqui aforada, mesmo com o andamento de outra idêntica no exterior.

Muito embora o próprio Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil mencione uma solução para o tema, o cerne deste trabalho é estudar a possibilidade do processo civil internacional brasileiro em vigor e os doutrinadores que apoiam incondicionalmente a sua previsão estarem equivocados quando da existência de tratados internacionais referentes ao assunto, tal como ocorre no âmbito mercosulino.

Além disso, pretende explorar as formas de resolução deste encontro, compatibilizando os ordenamentos interno e internacional, no eventual choque entre lei (ordinária/doméstica) e convenções (internacionais) acerca do tema, dado que esse assunto é vagamente abordado no plano do Direito Processual, gerando dúvidas aos estudiosos e operadores do Direito.

Para tanto, realiza-se uma pesquisa bibliográfica qualitativa junto ao referencial teórico processual e de direito internacional que tangenciam o assunto, a fim de encontrar uma maneira de compatibilizar o código processual civil brasileiro e os tratados firmados no plano do bloco do MERCOSUL, sem ter, todavia, o condão de esgotar o tema, posto que essa é apenas uma das diversas facetas existentes entre a litispêndência internacional e o ordenamento jurídico brasileiro em matéria de direito internacional privado.

2. LITISPÊNDÊNCIA (INTERNACIONAL): APONTAMENTOS BREVES

O estudo inicial acerca da litispêndência (internacional) no MERCOSUL perpassa pela análise do instituto processual da litispêndência, que compõe os elementos de Direito Internacional Privado no Brasil. Por isso, cabe inicialmente asseverar acerca da sua definição, bem como do seu viés internacional.

A palavra litispêndência encontra sua procedência no termo latino *litis-pendentia*, que significa a pendência de uma lide, representando o estado de “disputa” de um processo³. Há, assim, litispêndência quando se reproduz uma ação onde a sentença teria que examinar e decidir quanto às mesmas *quaestiones facti* e às mesmas *questiones iuride* outra

3 DINAMARCO Cândido Rangel (2005) *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Editores. p. 49. FIGUEIRA JÚNIOR Joel Dias (2001) *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 230.

demanda⁴. E ela pode ser interna ou Internacional.

A litispendência interna é aquela prevista no artigo 301 do Código de Processo Civil Brasileiro (CPC), que confirma a existência de litispendência no momento em que é encontrada a identidade de partes, de causa de pedir e de pedido entre duas ou mais lides⁵. Nesse viés, quando arguida, nos termos do artigo 301, inciso ‘v’, do CPC, em preliminar de contestação pelo réu, a exceção de litispendência tem como finalidade impedir que se resultem duas sentenças sobre a mesma causa e pedido⁶ – fato este desencadeará a *extinção do processo* sem julgamento do mérito, conforme estabelecido no artigo 267, inciso ‘v’, do mesmo diploma legal⁷.

Por outro lado, a litispendência *internacional* ocorre quando tribunais de países distintos exercem sua jurisdição sobre a mesma ação⁸. Assim, para que seja caracterizada essa litispendência é necessária a observância de dois requisitos, quais sejam, de o Tribunal no qual poderia ser apresentada a exceção de litispendência ser competente (nos termos da sua legislação sobre competência internacional), e de o Tribunal onde a ação tenha sido proposta primeiro também ser competente através de suas regras de competência internacional. Noutras palavras, para que se possa identificar a litispendência é preciso que ambos os tribunais que estão julgando a lide, sejam igualmente competentes para tal⁹.

Entretanto, diferentemente do que ocorre com a litispendência interna, a litispendência internacional tem sua impossibilidade definida no artigo 90 do CPC quando esse dispõe que “a ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas”¹⁰. Portanto, não há que se falar em litispendência internacional no Brasil, nem mesmo nos casos em que já haja coisa julgada interna e, então, intente-se uma homologação de sentença estrangeira sobre o mesmo tema – o que não configura o instituto em apreço, forte na incoerência de ações tramitando conjuntamente.

O entendimento majoritário da doutrina brasileira é este: o da não aplicabilidade da litispendência internacional em nenhuma hipótese. Ocorre que há tratados no âmbito do MERCOSUL que dispõe de modo

4 MIRANDA Pontes de (1974) *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. São Paulo: Editora Forense. p. 114.

5 NEGRÃO Theotonio (2007) *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva. p. 446.; PORTELA Paulo Henrique Gonçalves (2012) *Direito Internacional Público e Privado, incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário*. Salvador: Editora Jus Podivm. p. 664.; MIRANDA, op cit., p. 114.

6 CHIOVENDA Giuseppe (1998) *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller. p. 339.

7 BRASIL. *Código de Processo Civil*. 1973. Art. 267.

8 GRECO FILHO Vicente (2010) *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. p. 217.

9 Idem, p. 218.

10 BRASIL. *Código de Processo Civil*. 1973. Art. 90.

diverso acerca do tema, fazendo com que haja uma controvérsia acerca da aplicação de tratados internacionais firmados pelo Brasil e o próprio CPC acerca da litispêndência e, conseqüentemente, da possibilidade de extinção da lide sem o julgamento do mérito, tal como se fosse uma litispêndência interna. Portanto, analisar-se-á na seqüência os Protocolos de Buenos Aires e de Las Lenãs acerca da matéria.

3. OS TRATADOS SOBRE LITISPÊNDÊNCIA NO ÂMBITO DO MERCOSUL

O Mercado Comum do Sul, comumente chamado de MERCOSUL, foi criado através do Tratado de Assunção¹¹, assinado por Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai em 26 de março de 1991. O principal objetivo do bloco do MERCOSUL consiste na integração dos quatro Estados-partes através da livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, a partir do estabelecimento de uma Tarifa Externa Comum (TEC), da adoção de uma política comercial comum, da coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais, e, igualmente da harmonização de legislações nas áreas pertinentes¹².

Muito embora o bloco até o presente momento seja uma união aduaneira incompleta, devido ao grande número de produtos que se encontram na lista de exceção à tarifa externa comum do bloco¹³, para que ele chegue mais perto de sua finalidade, são criados outros tratados – alguns sobre temas pontuais e outros mais genéricos – a fim de aproximar as nações. E dentre os diversos tratados firmados no bloco, pode-se apontar dois Protocolos importantes para a dúvida em debate, ou seja, da (in)aplicabilidade da litispêndência internacional.

O primeiro é o *Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual*¹⁴, assinado no ano de 1994 e ratificado pelo Brasil pelo Decreto nº 2.095 de 17 de dezembro de 1996, sendo, por isso, completamente aplicável no plano doméstico. A finalidade do Protocolo é estabelecer um compromisso dos Estados-partes para que estes harmonizem suas legislações nas áreas pertinentes, reafirmando a vontade de encontrar soluções jurídicas comuns para que haja o fortalecimento no processo de integração.

Outrossim, o referido Protocolo destaca a necessidade de proporcionar ao setor privado dos Estados uma maior segurança jurídica, ou seja, a preservação das normas jurídicas que garantem a previsibilidade e a estabilidade do sistema¹⁵, para que sejam garantidas

11 MERCOSUL. *Tratado de Assunção*. 1991

12 MERCOSUL. *Saiba Mais sobre o Mercosul*. s/d. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/saiba-mais-sobre-o-mercocul>>. Acesso em 02 mai. 2013.

13 PORTELA. Op cit., p.978

14 MERCOSUL. *Protocolo de Buenos Aires*. 1994.

15 CANÇADO Otávio Augusto D. (2006) *O Mercosul no Direito Brasileiro: incorporação de*

soluções justas, harmonizando as decisões judiciais e arbitrais internacionais¹⁶.

Assim, os países, convencidos da importância de adoção de regras comuns de jurisdição internacional em matéria *contratual*, com a finalidade de promover o desenvolvimento das relações econômicas os Estados-partes adotam, entre outros artigos, o artigo sexto, que trata sobre a aplicabilidade de juízo preventivo. O artigo está assim redigido:

Eleita ou não a jurisdição, considerar-se-á esta prorrogada em favor do Estado-Parte onde seja proposta a ação quando o demandado, depois de interposta esta, a admita voluntariamente, de forma positiva e não ficta¹⁷.

Por conseguinte, o que esta previsão traz é justamente a ocorrência de litispendência (internacional), posto que ela infere a possibilidade de um juiz declarar o instituto em apreço, quando motivado pela parte, na ocorrência de ações conexas estarem tramitando em separado perante dois juízes, um em cada país, que se consideram competentes para julgar o contrato.

Explica-se: nas matérias referentes a contratos, as partes têm duas opções – ou elegem o foro ou ficam abarcadas pelas regras de Direito Conflitual dos seus Estados. No que tange a primeira opção, os contratantes podem eleger a jurisdição para dirimir a causa, nos termos do artigo quarto do Protocolo, o qual prevê:

Nos conflitos que decorram dos contratos internacionais em matéria civil ou comercial serão competentes os tribunais do Estado-Parte em cuja jurisdição os contratantes tenham acordado submeter-se por escrito, sempre que tal ajuste não tenha sido obtido de forma abusiva¹⁸.

Na segunda opção, as partes ficam sujeitas as regras de direito internacional privado, as quais, sob o ponto de vista brasileiro, entende como foro competente aquele onde o fato tiver sido constituído ou a obrigação tiver de ser cumprida, nos termos do artigo 88 do CPC (o qual vai além das regras previstas no artigo 12 da Lei de Introdução as regras do Direito Brasileiro – LINDB)¹⁹.

Assim, conforme reza o Protocolo de Buenos Aires, mesmo que as partes tenham ingressado com a ação, cada qual em seu país, considerar-se-á competente o foro em que o demandado houver voluntariamente

normas e segurança jurídica. Belo Horizonte: Del rey. p. 14-17.

16 MERCOSUL. *Protocolo de Buenos Aires*. 1994.

17 *Idem*, Art. 6.

18 *Idem*, Art. 4.

19 BRASIL. *Código de Processo Civil*. 1973. Art. 88; BRASIL. *Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro*. 1942. Art. 12.

(positivamente) admitido a jurisdição, mesmo que tal indivíduo posteriormente proponha uma demanda em outra jurisdição acerca do mesmo contrato.

Noutros termos, nos casos mercosulinos, não terá validade o prescrito pelo direito brasileiro (artigo 90 do CPC), visto que o juiz competente/prevento será (*apenas*) aquele que onde houve a primeira manifestação concreta do polo passivo, pois inicialmente fez litigiosa a coisa, sendo este o critério para a exclusão dos demais juízos – induzindo, logo, em litispêndência!

O segundo Protocolo que aborda o tema é o Protocolo de Las Leñas²⁰, ratificado pelo Brasil através do Decreto 6.891 de 02 de julho de 2009, conhecido no bloco como o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa que traz em seu bojo o artigo 22 o tema da litispêndência.

O artigo 22 do referido Protocolo preceitua:

(1) Quando se tratar de uma sentença ou de um laudo arbitral entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos fatos, e que tenha o mesmo objeto de outro processo jurisdicional ou arbitral no Estado requerido, seu reconhecimento e sua executoriedade dependerão de que a decisão não seja incompatível com outro pronunciamento anterior ou simultâneo proferido nesse processo no Estado requerido.

(2) Do mesmo modo não se reconhecerá nem se procederá à execução, quando se houver iniciado um procedimento entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos fatos e sobre o mesmo objeto, perante qualquer autoridade jurisdicional do Estado requerido, anteriormente à apresentação da demanda perante a autoridade jurisdicional que tiver pronunciado a decisão da qual haja solicitação de reconhecimento²¹.

Ou seja, quando se tratar de sentença ou laudo arbitral entre as mesmas partes, com os mesmos fatos e que tenha o mesmo objeto de outro processo já interposto, o seu reconhecimento dependerá da decisão anterior ou simultânea, recaído em tal processo, não ser-lhe incompatível. Assim, não se conhecerá, nem se procederá à execução, quando um processo idêntico, que tenha as mesmas partes, fundado nos mesmos fatos e sobre o mesmo objeto, for interposto perante outra autoridade.

Muito embora esse artigo não trate explicitamente acerca da indução litispêndência, ele não permite que haja incompatibilidade entre sentenças ou laudos arbitrais originários de duas jurisdições distintas. Quando uma das ações ainda estiver em curso, há necessidade

²⁰ MERCOSUL. *Protocolo de Las Leñas*. 2006.

²¹ *Idem*, Art. 22.

de se esperar pela decisão final acerca da mesma, a fim de se comprovar que as deliberações serão iguais por ambas as câmaras arbitrais – o que destoaria claramente da prescrição do artigo 90 do CPC. Além disso, na ocorrência de um julgamento divergente, ambas as sentenças/laudos não serão executáveis.

Por conseguinte, no sentido de aplicação interna desses tratados no âmbito do MERCOSUL têm-se a opinião de Humberto Celli Junior²², que expõe que os tratados, uma vez que foram assinados e ratificados pelos países membros do MERCOSUL, estão em pleno vigor nos territórios dos Estados-membros, devendo ser por eles aplicados. Dito de outro modo, ambos os Protocolos do MERCOSUL, quando ratificados pelos seus membros, vinculam inquestionavelmente os Estados às obrigações neles pactuadas, sob pena do Estado violador ser responsabilizado internacionalmente por descumprimento de tratado²³.

Tal posicionamento encontra embasamento na teoria adotada pelo Brasil que aborda as relações entre os sistemas interno e internacional, qual seja, a Teoria Monista com Primazia no Direito Internacional, a qual será explanada na sequência conjuntamente com as suas opositoras, as Teorias Monista com Primazia no Direito Interno e a Dualista.

4. O CONFLITO ENTRE LEI E TRATADO E AS TEORIAS MONISTAS E DUALISTAS DE DIREITO INTERNACIONAL

A fim de resolver o conflito criado pelo Brasil acerca dos conflitos entre lei e tratado, é necessário realizar uma análise perfunctória das duas principais teorias que relacionam os ramos do direito internacional e interno: a teoria dualista e a teoria monista. Isso porque, no Brasil é expressamente proibida a aplicação do instituto da litispendência (internacional) pelo CPC – uma Lei Federal, *contrariando* os Protocolos de Buenos Aires e Las Leñas firmados no âmbito do MERCOSUL, os quais foram devidamente internalizados pelo ordenamento jurídico brasileiro através dos decretos 2.095/96 e 6.891/09, respectivamente – dois tratados internacionais.

A teoria do dualismo é defendida essencialmente por Carl Heinrich Triepel, sendo concebida em 1899, tendo desenvolvido a matéria de maneira sistemática, separando os dois ramos do direito²⁴. Essa teoria é defendida no Brasil, isoladamente, por Amílcar de Castro, sendo mais recentemente defendida por Nádia de Araújo e Inês da Marra Andreiulo²⁵.

22 CELLI JUNIOR Humberto (2011) “Litispendência internacional no Brasil e no MERCOSUL”. *Revista Brasileira de Direito Processual*, nº 76, ano 76, p. 219-234. p. 230.

23 *Idem*, p.230.

24 MIRANDA Jorge (2009) *Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias*. Rio de Janeiro: Forense.

25 MAZZUOLI Valerio de Oliveira (2001) *Tratados internacionais*. São Paulo: Editora Juarez

Os seguidores desta teoria acreditam que o direito internacional e o direito nacional funcionam em separado, estabelecendo uma divisão radical entre a ordem internacional e a ordem interna, colocando-as em patamares equivalentes, mas incomunicáveis²⁶, constituindo círculos que não se interceptam²⁷. Noutros termos, os campos seguem seu caminho isoladamente, sendo independentes e separados, como se fossem duas linhas paralelas que não mantêm qualquer ligação e não se confundem uma com a outra²⁸.

Por esse viés, o direito internacional tem o condão de regulamentar as relações entre os Estados, enquanto o direito interno tem o dever de regular a conduta do Estado com os indivíduos. Devido à cada um dos direitos regulamentar matérias diferentes é que entre eles não seria possível haver conflito. Assim, um tratado internacional não poderia, em hipótese alguma, regular uma matéria interna sem ser incorporado ao ordenamento interno por um procedimento que transforme este tratado em uma lei interna²⁹.

Em suma, não existe conflito entre as normas, pois cada um dos campos prevalece na sua esfera de atuação³⁰, sendo visualizadas posições diversas sobre um mesmo fato em diferentes ordens jurídicas³¹. Entretanto, Cesar Oyama Ituassú refere que, na hipótese de discordância entre a norma de direito internacional e a norma de direito interno, a norma interna prevalece³². Deste modo, a norma de direito interno vale, independentemente da norma internacional, sendo que esta só poderá levar à responsabilização do Estado, em caso de descumprimento do Estado-contratante, caso tenha sido devidamente incorporada pelo Estado ao seu ordenamento jurídico, por força de uma lei interna³³.

Essa independência entre os dois ordenamentos é claramente exposto por Sidney Guerra tendo como base três fatores: (a) as relações sociais, onde o homem é sujeito do direito interno e o Estado é sujeito do direito internacional, (b) as fontes do direito interno decorrem da vontade do Estado, enquanto as fontes do direito internacional têm origem na vontade coletiva dos Estados manifestada no costume e no

de Oliveira. p.122.

26 HUSEK Carlos Roberto (2012) *Curso de direito internacional público*. São Paulo: LTr. p.55; RIBEIRO Patrícia Henriques (2001) *As relações entre o direito internacional e o direito interno: conflito entre o ordenamento brasileiro e normas do Mercosul*. Belo Horizonte, Del Rey. p. 44.

27 MAZZUOLI. Op cit., p.119; DOLINGER Jacob (2008) *Direito internacional privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar. p.88-89.

28 ITUASSÚ Oyama Cesar (1986) *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Forense.p.12 e 17.

29 MAZZUOLI. Op cit., p. 119; SILVA Geraldo Eulálio do Nascimento (2002) *Manual de direito internacional público*. São Paulo. p.64-65; DOLINGER. Op cit.,p.88-89.

30 HUSEK. Op cit.,p. 55 / MAZZUOLI. Op cit., p. 121

31 RIBEIRO. Op cit., p.48.

32 ITUASSÚ. Op cit., p.13

33 GUERRA Sidney (2009) *Curso de direito internacional público*. 4ed. Rio de Janeiro: Editora, Lumen Juris.p.46

tratado, (c) o Estado tem sua estrutura baseada na subordinação, isto é, as leis ordinárias são subordinadas à constituição, enquanto o direito internacional é baseado na coordenação, desta forma, uma convenção internacional a fim de ser utilizada tem que ser transformada em lei interna³⁴.

Logo, uma norma internacional, para que seja admitida pelo ordenamento jurídico interno à luz da teoria dualista, precisaria de uma declaração expressa de vontade do Estado, que representa a ratificação para que a norma seja internalizada no ordenamento jurídico interno, não havendo qualquer subordinação nem coordenação entre as normas³⁵.

A segunda teoria aplicável no caso de conflitos de normas de direito internacional e direito interno é o monismo sendo defendida essencialmente por Hans Kelsen, e seguida por Verdross, Mirkine-Guerzevitch Lauterpacht, Jimenez Arechaga³⁶. Esta é a doutrina predominante no Brasil, sendo defendida por Haroldo Valladão, Oscar Tenório, Hildebrando Accioly, Valério de O. Mazzuoli, Celso D. de Albuquerque Mello, Vicente Marotta Rangel e Mirtô Fraga³⁷. Ela tem como base que todos os direitos tem origem de uma só fonte, e, portanto, o direito interno e o direito internacional são dois ramos, membros de um único sistema³⁸.

Para os seguidores dessa teoria o direito interno e o direito internacional formam uma única unidade de dois sistemas jurídicos, existindo, assim, um só sistema universal³⁹, e, por isso, esta ordem jurídica formada pelo direito internacional e pelo direito interno não pode ser afastada em função dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, assim representando a incorporação automática dos tratados, que tem a finalidade de aplicação imediata dos tratados no momento de sua assinatura⁴⁰.

Hans Kelsen explica que esta unicidade harmoniosa entre as normas de direito interno e de direito internacional devem ser compreendidas de duas diferentes maneiras. Dois conjuntos de normas diferentes podem estar em um único sistema normativo, pois uma ordem inferior tem sua validade de uma ordem superior. Em outras palavras, a ordem inferior tem sua criação na ordem superior, ou, então, pois as duas ordens coordenadas têm sua validade de uma mesma terceira ordem, que determina tem o condão de determinar não apenas

34 Idem, p.46-47

35 ITUASSÚ. Op cit., p.17; HUSEK. Op cit., p.55.

36 HUSEK. Op cit., p.56; DOLINGER. Op cit., p.88-89.

37 MAZZUOLI. Op cit., p.125.

38 HUSEK. Op ct., p.56; DOLINGER. Op cit., p.88-89.

39 RIBEIRO. Op cit., p.54-55; MAZZUOLI. Op cit., p.132.

40 Idem, p.125.

as esferas, mas o fundamento de validade; a criação das duas normas⁴¹.

Assim, para o monismo os direitos emanam de uma mesa fonte, sendo sua aceitação pelo direito interno imediata, completa e sem formalidades, independendo de qualquer ato do Estado que determine essa incorporação⁴². Logo, com a existência de um único sistema, haverá a “equiparação de sujeitos, fontes, objeto e estrutura, das duas ordens, que estabelecem uma comunicação e ao mesmo tempo se interpretam”⁴³, mas, ainda há que se lembrar que – para os seguidores do monismo – há a subordinação entre as normas jurídicas, sendo umas dependentes das outras⁴⁴.

Deste modo, quando um Estado assina e ratifica um tratado é porque se compromete, juridicamente, a assumir um compromisso e, se este compromisso envolve direitos e obrigações que poderão ser exigidos internamente, não se vislumbra a necessidade de internalizar aquele compromisso através de outra norma⁴⁵. Nesse sentido, Carlos Roberto Husek lembra que a assinatura e ratificação do tratado representa um compromisso internacional e não, como alguns fazem crer, um simples compromisso político que não resultará em consequências jurídicas⁴⁶, pois poderá não haver uma espécie de punição, mas entra em confronto com as expectativas internacionais⁴⁷.

Para a maioria dos seguidores dessa teoria, entretanto, a relação entre o direito internacional e o direito interno pode corresponder a dois tipos: o direito internacional pode ter primazia sobre o direito interno, ou o direito internacional pode ser coordenado ao direito nacional, devendo elas encontrarem-se numa relação de superioridade e inferioridade. Noutros termos, os defensores da teoria monista podem enveredar por dois caminhos opostos, pela tese do primado do direito internacional, a qual em caso de conflito de normas, prevalece as normas de direito internacional, ou, pela tese do primado do direito interno, onde, no conflito entre normas, prevalece as normas de direito interno⁴⁸. Todavia, de qualquer forma, exclui-se a possibilidade de ambas normas existirem lado a lado, de forma independente, como crê a teoria dualista⁴⁹.

Muitos doutrinadores, como Kelsen, Verdross e Kunz⁵⁰, sustentam a unidade da ordem jurídica sob o primado do direito internacional

41 KELSEN Hans (1998) *Teoria geral do direito e do estado*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes. p.530.

42 ITUASSÚ. Op cit., p.13.

43 RIBEIRO. Op cit., p.55.

44 Idem, p.55.

45 MAZZUOLI. Op cit., p.124-125.

46 HUSEK. Op ct., p.57.

47 Idem, p.57.

48 SILVA. Op cit., p.65.

49 KELSEN. Op cit., p.530-531.

50 MAZZUOLI. Op cit., p 128.

(monismo internacionalista⁵¹), segundo o qual o direito interno teria sua origem no direito internacional, representando uma ordem jurídica hierarquicamente superior. Logo, sob a análise da pirâmide das normas proposta por Hans Kelsen, a norma internacional encontrar-se-ia no ápice, sendo seguido pelo direito interno, que lhe é subordinado⁵². Desta forma, a unidade jurídica defendida por esta doutrina, ou seja, as normas do direito internacional, preponderam sobre as normas definidas pelo direito interno, gerando a subordinação da ordem interna à ordem internacional⁵³.

Atualmente a corrente doutrinária dominante apoia a teoria monista com primado no direito internacional⁵⁴. Isso, pois, tal como Sidney Guerra salienta, a teoria do monismo com primazia no direito interno foi totalmente abandonada, uma vez que não se adapta à realidade dos dias de hoje por vivemos em um mundo globalizado, onde as fronteiras estatais estão sendo ultrapassadas pelos movimentos econômicos, e, assim, os próprios Estados não conseguiriam mais controlar as relações oriundas da multiplicação de acordos internacionais e da necessidade de, cada vez mais, unir-se internacionalmente a outros atores⁵⁵.

Portanto, como referido, a corrente defendida é a do monismo com primazia do direito internacional, pois esta seria a posição mais certa e consentânea devido as novas relações modernas de direito internacional. Além de permitir a solução de controvérsias internacionais, favorece o desenvolvimento do direito internacional e a evolução dos países rumo à concretização do ideal comum dos contemporâneos⁵⁶.

A partir da adoção deste referencial teórico, por conseguinte, vislumbra-se a tomada de certos parâmetros para que seja possível contornar quaisquer falhas deixadas pela referida doutrina. Isso porque, existem duas espécies no monismo internacionalista, mais conhecidos por radical e moderado. A primeira, o monismo internacional radical, demonstra a ideia de que, além de representar apenas uma unidade, esta unidade está assentada na prevalência do direito internacional, tendo este sido formulado tal como explicitado supra, sem qualquer tipo de barreira ou aceitação pelo país – onde o direito interno têm a validade alimentada pelo ordenamento internacional de forma plena e direta⁵⁷.

Já o monismo internacional moderado, o qual seria o tipo aceito pelo Brasil, não é tão impositivo, vez que a norma do direito internacional deve passar por um mecanismo interno de recepção, porém, quando

51 Idem, p.130.

52 Idem, p. 126.

53 RIBEIRO Op cit., p. 66-67.

54 Idem, p.66.

55 GUERRA Op cit., p.48-49.

56 MAZZUOLI Op cit., p.130

57 HUSEK Op cti., p.61

internalizada, ela terá preferência sobre a interna, guiando as regras domésticas. Essa concepção moderada foi firmada e sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ao proclamar a superioridade dos tratados de direitos humanos, definida pelo artigo quinto, parágrafo segundo e terceiro, da Constituição Federal de 1988⁵⁸.

No que tange os demais tratados, os quais não se referem aos direitos do homem, temos a aplicação de alguns princípios, posto que eles não detêm a mesma importância, como o *lex posterior derogat priori*, segundo o qual os tratados internacionais ratificados pelo Brasil passam a ter força de Lei Ordinária, podendo, desta forma, revogar as disposição em contrário, apesar de igualmente poder ser revogado por leis posteriores⁵⁹. Além do referido critério, a jurisprudência apresentada pelo STF aplica igualmente o princípio da *lex specialis derogat legi generalis*, isto é, uma norma específica revoga lei geral, caso em que os elementos objetivos e subjetivos acrescidos à lei chamada de especial fazem com que a mesma “prevaleça sobre a norma genérica”⁶⁰.

Por conseguinte, os tratados que têm status infraconstitucional (equiparados a Leis Ordinárias), no caso de conflito com as leis domésticas, serão consideradas como leis da mesma espécie e a análise será guiada pelos critérios cronológicos e de especialidade, podendo ser revogadas por normas mais novas ou por normas mais específicas⁶¹. Humberto Celli Junior compartilha desta opinião, estabelecendo regras especiais e específicas, derrogam as regras gerais previstas no artigo 90 do CPC de 1973⁶².

Este seria o caso dos Protocolos do MERCOSUL acerca da indução de litispêndência nos casos de contratos e de laudos/sentenças arbitrais, visto que não apenas são esses acordos internacionais posteriores ao CPC, como também são específicos no que tange as suas matérias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a litispêndência apenas ocorreria no caso de duas demandas serem intentadas, com o mesmo objeto, partes e pedido, no Brasil. Entretanto, caso o mesmo fato ocorresse no Brasil e no exterior, este não estaria pautado pelo referido instituto, com base na própria previsão legal brasileira de processo civil internacional (artigo 90 do

58 SILVA Op cit., p.66; MAZZUOLI Valerio de Oliveira. *A opção do Judiciário Brasileiro em Face dos Conflitos Entre Tratados Internacionais e Leis Internas*. s/d. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/dpj/cji/bitstream/26501/1968/1/Reflex%C3%B5es%20Acerca%20do%20Institu..._ValeriodeOliveira.pdf>. Acesso em: 03 mai., 2013. p.2

59 Idem, p.1.

60 NAKAYAMA Juliana K, SILVA Renata Cristina de Oliveira (2006) “Ensaio acerca das Antinomias e dever de coerência no Ordenamento Jurídico Brasileiro”. *Revista Jurídica da UNIFIL*. 3(3), pp. 81-88. p. 87.

61 PORTELA Op cit., p.148.

62 CELLI JUNIOR Op cit., p.232.

CPC).

Contudo, questionou-se acerca da possibilidade de haver litispendência (internacional) em causas oriundas do MERCOSUL, forte nos Protocolos de Buenos Aires (1994) e no Protocolo de Las Leñas (2002) dado o fato que o Brasil não só é membro-fundador do referido bloco, como também se vinculou internacionalmente ao seu cumprimento, internalizando-as plenamente no seu ordenamento jurídico por meio de Decretos, aprovados pelo Presidente da República nos anos de 1996 e 2009, respectivamente.

Assim, para responder a esse problema, as teorias dualistas e monistas que dão sustento às relações entre direito interno (leis) e direito internacional (tratados) foram analisadas, com o intuito de mostrar que a corrente adotada pelo Brasil comprova que o mesmo deveria aplicar os tratados internacionais antes do seu CPC. Isso porque, restou demonstrado que o Brasil adota a teoria monista com primazia no direito internacional, considerando o ordenamento jurídico existente enquanto único, onde há efetivamente um diálogo entre as esferas, muito embora a corrente internacionalista sobreponha a doméstica.

Com isso, o direito internacional é prevalente, mesmo que o STF adote o tipo moderado, ou seja, impondo a necessidade de internalizar as regras de direito internacional para que as mesmas tenham plena validade no ordenamento – o que não ocorreria, caso o Brasil fosse partidário da tese radical. Ocorre que com a devida internalização, as normas normalmente são recepcionadas enquanto equivalentes às Leis Ordinárias, havendo a necessidade de aplicarem-se dois princípios para resolver a questão: o da *lex posterior derogat priorie* o da *lex specialis derogat legi generalis*.

Mesmo a partir desses princípios, foi visto que o CPC ainda assim não poderia impor a aplicação do seu artigo 90 de forma absoluta, como quer a doutrina processualista. Afinal, os Protocolos mercosulinos além de serem editados em data posterior ao Código, são mais específicos do que a prescrição doméstica, pois abordam as matérias contratuais (Buenos Aires) e de sentenças e laudos arbitrais (Las Leñas).

Desse modo, caso o Estado viole tratados internacionais assinados e ratificados por ele com base no seu direito interno, ele incorre não só nas violações dos referidos Protocolos, como também da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁶³, a qual prevê no seu artigo 27 que um Estado não poderá invocar leis do seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado, podendo ser o Estado responsabilizado internacionalmente por tal ato, caso lese outro sujeito de direito internacional com base na sua conduta.

63 ONU. *Convenção de Viena sobre o direitos dos Tratados*. 1969; BRASIL. *Decreto nº 7.030*. 2009. Art. 27: Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

Por fim, cumpre ainda dizer que até o Novo Código de Processo Civil ser aprovado, é possível que a doutrina continue a aplicar de forma errônea o artigo 90 do atual CPC, em contradição com as obrigações internacionais do Estado Brasileiro, com base na tradição processualista brasileira. Contudo, espera-se que essa perspectiva se altere, visto que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil⁶⁴, em seu artigo 23, prevê uma ressalva importantíssima, na qual a litispêndência será induzida quando prevista pelo direito internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO Darlan (2003) *Teoria geral e processo de conhecimento*. Barueri, SP: Manole.
- BRASIL (2010) *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>>. Acesso em 05 mai., 2013.
- BRASIL (1973) *Código de Processo Civil*.
- BRASIL (1942) *Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro*.
- BRASIL (2009) *Decreto nº 7.030*.
- CANÇADO Otávio Augusto D. (2006) *O Mercosul no Direito Brasileiro: incorporação de normas e segurança jurídica*. Belo Horizonte: Del rey.
- CELLI JUNIOR Humberto (2011) “Litispêndência internacional no Brasil e no MERCOSUL”. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte, nº 76, ano 76, pp. 219-234.
- CHIOVENDA Giuseppe (1998) *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller.
- DINAMARCO Cândido Rangel (2005) *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Editores.
- DOLINGER Jacob (2008) *Direito internacional privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar.
- FIGUEIRA JÚNIOR Joel Dias (2001) *Comentários ao código de processo civil. vol. 4, tomo III*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- GRECO FILHO Vicente (2010) *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. I. 22 ed. São Paulo: Saraiva.
- GUERRA Sidney (2009) *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Editora, Lumen Juris.
- HUSEK Carlos Roberto (2012) *Curso de direito internacional público*. 11 ed. São Paulo: LTr.
- ITUASSÚ Oyama Cesar (1986) *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Forense.
- KELSEN Hans (1998) *Teoria geral do direito e do estado*. 3ª ed. São Paulo:

64 BRASIL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>>. Acesso em 05 mai., 2013. Art. 23: A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispêndência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil.

Martins Fontes.

MARQUES José Frederico (1971) *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense.

MAZZUOLI Valerio de Oliveira (2001) *Tratados internacionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira.

MAZZUOLI Valerio de Oliveira (2001) *A opção do Judiciário Brasileiro em Face dos Conflitos Entre Tratados Internacionais e Leis Internas*. s/d. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/dpj/cji/bitstream/26501/1968/1/Reflex%C3%B5es%20Acerca%20do%20Institu..._ValeriodeOliveira.pdf>. Acesso em: 03 mai., 2013.

MERCOSUL (1994). *Protocolo de Buenos Aires*.

MERCOSUL (2006) *Protocolo de Las Leñas*. 2006.

MERCOSUL. *Saiba Mais sobre o Mercosul*. s/d. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/saiba-mais-sobre-o-mercosul>>. Acesso em 02 mai. 2013.

MERCOSUL (1991) *Tratado de Assunção*.

MIRANDA Jorge (2009) *Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias*. Rio de Janeiro: Forense.

MIRANDA Pontes de. (1974) *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. São Paulo: Editora Forense.

MONTENEGRO FILHO Misael (2005) *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. São Paulo: Atlas.

NAKAYAMA Juliana K e SILVA e OLIVEIRA Renata Cristina de (2006) “Ensaio acerca das Antinomias e dever de coerência no Ordenamento Jurídico Brasileiro”. *Revista Jurídica da UNIFIL*, 3(3), pp. 81-88.

NEGRÃO Theotônio (2007) *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39ed. São Paulo: Saraiva.

ONU (1969) *Convenção de Viena sobre o direitos dos Tratados*.

PORTELA Paulo Henrique Gonçalves (2012) *Direito Internacional Público e Privado, incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário*. Salvador: Editora Jus Podivm.

RIBEIRO Patrícia Henriques (2001) *As relações entre o direito internacional e o direito interno: conflito entre o ordenamento brasileiro e normas do Mercosul*. Belo Horizonte, Del Rey.

SILVA Geraldo Eulálio do Nascimento (2002) *Manual de direito internacional público*. São Paulo.