® BuscaLegis.ccj.ufsc.br

A Liberdade de Estabelecimento no Mercosul à Luz do Direito Comunitário Europeu

Robson Zanetti

O presente artigo visa a dar um apanhado geral e não específico à respeito da liberdade de estabelecimento no Mercosul[2].

Nós abordaremos em um primeiro momento a questão referente ao princípio geral[3] da liberdade de estabelecimento (I) e, em um segundo momento, como esta liberdade[4] deve ser colocada em prática no Mercosul (II).

I – O princípio geral da liberdade de estabelecimento

A liberdade de estabelecimento constitui-se no direito que toda pessoa tem de se estabelecer materialmente em qualquer um dos Estados partes do Mercosul e desenvolver uma atividade econômica independente ou não assalariada por um espaço de tempo indeterminado[5].

A liberdade de estabelecimento é uma das quatro liberdades fundamentais existentes num mercado comum[6], quais sejam: liberdade de circulação de pessoas (assalariadas e independentes ou não assalariadas), liberdade de circulação de bens, liberdade de circulação de capitais e liberdade de circulação de serviços[7].

Esta liberdade deve ser aplicada as pessoas[8] (A) de forma igualitária para que elas possam entrar e se estabelecer em qualquer um dos países partes do Mercosul e exercer uma atividade[9] econômica (B).

A - Os beneficiários da liberdade de estabelecimento no Mercosul

Os beneficiários da liberdade de estabelecimento no Mercosul são as pessoas físicas não assalariadas e as pessoas jurídicas.

A pessoa física deve ter uma ligação jurídica de nacionalidade[10] com qualquer um dos países partes para que seja beneficiária deste direito, mesmo que a pessoa tenha

dupla nacionalidade[11] ela será beneficiária desta liberdade, contanto que uma das nacionalidades seja ligada a um dos países parte do Mercosul. Os residentes permanentes também são beneficiários da liberdade de estabelecimento. Os apátridas e refugiados não se beneficiam desta liberdade[12].

As pessoas jurídicas para se beneficiarem deste direito, primeiro deverão ser devidamente reconhecidas[13] e após este reconhecimento elas poderão se estabelecer em qualquer um dos países membros e exercer uma atividade econômica[14] através de seu estabelecimento principal ou através de outras formas de estabelecimento secundário, como por exemplo, através de filiais, sucursais ou agências[15].

B - O acesso e o exercício de atividades econômicas no Mercosul

Não basta que uma pessoa seja beneficiária da liberdade de estabelecimento para que ela possa exercer seus direitos, assim, uma condição preliminar e indispensável lhe deve ser reconhecida: seu direito de entrada e permanência em qualquer um dos países membros[16].

A pessoa física deve ter assegurado seu direito de entrada em qualquer um dos territórios dos Estados Parte do Mercosul e este direito deve ser facilitado também aos membros de sua família para que estes possam ingressar como beneficiários indiretos da liberdade de estabelecimento[17].

O documento que deverá ser exigido de cada pessoa é o passaporte ou uma carteira de identidade em curso de validade[18]. Estes documentos possuem somente efeito declarativo e não constitutivo, já que, o direito de entrada é um direito originário do princípios do tratamento igualitário e não discriminatório entre as pessoas que possuem uma nacionalidade de um dos países membros. Nenhum outro documento poderá ser exigido destas pessoas, sobretudo, um visto de entrada[19].

Após a entrada em qualquer um dos países partes a pessoa deverá ter prolongado seu direito de entrada e este prolongamento se dá através de seu direito de permanecer no Estado parte que a recebe, pois, não seria possível que uma pessoa pudesse exercer uma atividade econômica por tempo indeterminado sem que lhe fosse assegurado o direito de permanência[20].

Existem algumas situações que devidamente justificadas impedem as pessoas de entrar livremente em um dos países membros. Estas exceções são fundamentadas em alguma razão de ordem pública, segurança nacional, saúde pública[21] ou qualquer outra que venha a ser acordada pelos países integrantes do Mercosul[22].

Qualquer impedimento que venha a ser feito, não poderá ser exercido de forma ilegítima, assim, deve ser assegurado a qualquer pessoa com nacionalidade de algum dos países membros o direito a ampla defesa e ao devido processo legal[23].

Nem todas as atividades são liberadas no Mercosul, algumas atividades são excluídas do acesso e exercício dos próprios nacionais de algum dos países partes do Mercosul, como são as atividades econômicas que fazem parte do monopólio estatal[24].

As atividades econômicas que afetam a ordem pública, a seguridade pública e a saúde pública também são excluídas do acesso e exercício pelas pessoas[25]. É importante que seja assegurado o direito de igualdade[26] entre as pessoas que pertencem a algum dos Estados partes do Mercosul para que elas possam exercer uma determinada atividade econômica de forma concorrencial e sem discriminação.

Os problemas internos[27] deverão ser resolvidos sempre por cada país parte, somente os atos que atinjam uma regra comunitária[28] é que ficam sujeitos a um tratamento comum entre os países integrantes do Mercosul.

II - A colocação em prática do direito de estabelecimento no Mercosul

A tarefa de se colocar em prática a liberdade de estabelecimento no Mercosul certamente que não é uma das mais fáceis, em virtude do conflito de interesses e da ausência de uma legislação uniforme entre os atuais 4 países membros, porém, esta tarefa também não é impossível, como brevemente demonstraremos com algumas idéias gerais à respeito do tema[29].

Em primeiro lugar é importante que seja observado que o Tratado de Assunção não é uma obra acabada[30], ele é flexível[31]. Este Tratado foi criado de forma a permitir que sejam feitas adaptações de forma progressiva e equilibrada conforme a necessidade interna de seus membros (A).

Esta adaptação progressiva permitirá assim, que muitas normas internas possam ser harmonizadas (B) e não necessariamente uniformizadas[32] entre os países partes, para que esta liberdade de estabelecimento se torne plenamente viável.

A - A adaptação progressiva[33] do Tratado de Assunção conforme as necessidades internas

Atualmente o Mercosul se encontra num estado preliminar à liberdade de estabelecimento chamado de zona de união aduaneira imperfeita[34]. Após superado este estado nós marcharemos então para a formação do mercado comum do sul[35].

Para que os Estados partes possam atingir o almejado estado de formação de um mercado comum o primeiro passo será o de não introduzir novas restrições em matéria de liberdade de estabelecimento[36].

Além da não introdução de novas restrições, é necessário que sejam suprimidas as restrições[37] existentes entre os países membros ou partes[38] do Mercosul para que a liberdade de estabelecimento venha a ser realizada.

Será necessário também que um programa geral de liberação das atividades comerciais venha a ser elaborado pelo países partes[39] e que este programa venha a atingir as principais atividades existentes no intercâmbio comercial, como por exemplo, as atividades ligadas ao setor financeiro[40], as profissões liberais[41], etc.

A não introdução de novas restrições e a supressão das já existentes pode se demonstrar insuficiente para a plena realização do mercado comum e também para assegurar a liberdade de estabelecimento e, por esta razão, será necessário que haja uma aproximação das legislações dos quatro países[42].

B - A aproximação das legislações[43] dos países parte do Mercosul

Conforme já fora ressaltado brevemente no parágrafo precedente, será necessário que as legislações dos países partes sejam aproximadas em matéria de reconhecimento de diplomas, certificados e outros títulos.

Atualmente, o reconhecimento de diplomas, certificados e outros títulos no Mercosul não produz efeitos civis, mas somente acadêmico[44]. Este sistema não permite o reconhecimento à título profissional, ou seja, um advogado argentino não tem seu diploma reconhecido para trabalhar livremente no Brasil nas mesmas condições que um brasileiro. É preciso que os países membros tomem uma posição a este respeito afim de permitir a livre circulação dos profissionais independentes no Mercosul reconhecendo os diplomas, certificados e outros títulos sob o ponto de vista profissional e não somente acadêmico.

Este aproximação das legislações que deverá ser realizada em matéria de reconhecimento de diplomas também é necessária em matéria de direito societário[45]. As sociedades comercias, principalmente as sociedade anônimas constituem-se nas grandes unidades de produção dentro de qualquer mercado e a aproximação das legislações em matéria societária é indispensável para que as empresas existente no Mercosul possam concorrer no mercado internacional. Esta aproximação legislativa não significa dizer que elas devam ser unificadas. Devem serem criadas algumas regras de aproximação por exemplo em matéria de publicidade dos atos constitutivos, capital social, publicação de contas, etc[46].

Conclusão: A liberdade de estabelecimento no Mercosul é uma liberdade fundamental para a realização do futuro mercado comum do sul e ela pode ser perfeitamente colocada em prática.

O descrédito existente no Mercosul é gerado pela falta de conhecimento científico do funcionamento de um mercado comum e pela falta de profissionais que possam indicar quais são os problemas existentes no Mercosul e como resolvê-los. Falta produção científica a respeito dos temas ligados ao Mercosul. Na Europa, muitos professores[47] e estudantes contribuíram para a formação do mercado comum europeo. Isto não está ocorrendo no Mercosul.

Não temos a intenção de copiar o modelo implantado no direito comunitário europeo, mas também não podemos deixar de aproveitar as boas idéias que deram certo naquele modelo para serem implantadas no Mercosul com as suas devidas adaptações.

Bibliografia

1- Corte de Justiça da Comunidade Européia, processos nº C-221/89 et C-246/89, julgados em 25 de julho de 1991.

2- Philippe Manin. Les communautes europeennes. Paris: Pedone, 1998, nº 180, p. 116.

3- Christian Gavalda e Gilberto Parleani. Droit des affaires de l'union européenne, 2 éd. Paris: Litec, 1998.

4- Étienne Cerexhe. Le droit européen: la libre circulation des personnes et des entreprises. Bruxelas: Nawelaerts, 1982.

5- Irineu Strenger. Direito internacional privado, v. 1, parte geral, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 162 e s.

6- Berthold Goldman; Antoine Lyon-Caen e Louis Vogel. Droit commercial européen, 5a éd. Paris: Dalloz, 1994.

7- Jean Schapira; Georges le Tallec; Jean-Bernard Blaise e Laurence Idot. Droit des affaires, t. 2. Paris: PUF, 1999.

8- Cristian Gavalda e Gilberto Parleani. Droit des affaires de l'union européenne, 2a éd. Paris: Litec, 1998, p. 156 e s.

9- Marina Mendes Costa. Dissertação para o grau de mestre em direito privado apresentada junto a Universitè de Paris II (Panthéon – Assas), em Paris, no ano de 1997, p. 49.

10- Tratado de Assunção.

11- Luiz Olavo Batista. O Mercosul, suas instituições e ordenamento jurídico. São Paulo: LTr, 1998, p. 41.

12- Protocolo sobre prestação de serviços no Mercosul nº 12/98

13- Guiomar T. Estrella Faria, intitulado " As sociedades comerciais e a formação dos blocos econômicos de nações – Necessidade de harmonização do Direito Societário interno dos países do Mercosul ". Maristela Basso. Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 158-190.

14- Ana Maria M. de Aguinis. "Regimes societários no Mercosul", p. 27-71. Martin de Almeida Sampaio (org.). A estragégia legal dos negócios. São Paulo: Maltese, 1994.

---

[1] Utilizamos a expressão " à luz do direito comunitário europeo " porque este direito vem servindo como base para a construção do mercado comum do sul e é um sistema normativo que deu certo.

[2] É importante que seja esclarecido que atualmente são aplicadas as disposições internas de cada país para regular a livre circulação de pessoas não assalariadas.

[3] Utilizamos a expressão princípio geral porque ela é uma disposição fundamental e comum que deve ser aplicada a todos os Estados partes do Mercosul para a formação do futuro mercado comum do sul.

[4] Entendemos que os termos liberdade de estabelecimento e direito de estabelecimento podem ser usados como sinônimos porque abordam um determinado sistema jurídico de forma igual.

[5] Em 25 de julho de 1991, nos processos nº C-221/89 et C-246/89, a Corte de Justiça da Comunidade Européia define a noção de estabelecimento, conforme o artigo 52 e seguintes do Tratado de Roma dizendo que ela " comporta o exercício efetivo de uma atividade econômica por meio de uma instalação estável em um outro Estado membro por uma duração indeterminada ". Esta duração indeterminada da atividade constitui-se em uma das diferenças relacionadas a livre prestação de serviços.

[6] Philippe Manin. Les communautes europeennes. Paris: Pedone, 1998, nº 180, p. 116. É importante que seja lembrado que a intenção do legislador ao instituir o Tratado de Assunção é a de criar um Mercado Comum do Sul, conforme esta estabelecido no artigo 1. Este mercado comum ainda não existe e a liberdade de estabelecimento se aplica de forma

plena quando este mercado estiver formado. A liberdade de estabelecimento não se aplica atualmente no Mercosul porque não existe um mercado comum, desta forma, são as legislações internas de cada país que regulam a matéria referente a circulação de pessoas não assalariadas.

[7] Ver Christian Gavalda e Gilberto Parleani. Droit des affaires de l'union européenne, 2 éd. Paris: Litec, 1998.

[8] Sobre esta aplicação no direito europeo pode ser consultada a obra de Étienne Cerexhe. Le droit européen: la libre circulation des personnes et des entreprises. Bruxelas: Nawelaerts, 1982.

[9] A atividade não deve ser necessariamente confundida com a profissão porque uma mesma atividade pode ser desempenhada por profissões diferentes. Os profissionais do direito são o advogado, o juiz, etc. A atividade é uma e as profissões são diversas.

[10] A questão referente a nacionalidade é investigada de forma interna por cada país parte do Mercosul.

[11] Ver Irineu Strenger. Direito internacional privado, v. 1, parte geral, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 162 e s.

[12] Bernard Goldman et alli. Droit commercial européen. Paris: Dalloz, 1994, nº 85, p. 102-103.

[13] Sobre a questão do reconhecimento de sociedade ver a Convenção interamericana sobre conflito de leis em matéria de sociedades mercantis de 8 de maio de 1979.

[14] O exercício será de uma atividade econômica porque este é o objetivo do Tratado de Assunção. A integração dos países membros ocorreu por razão econômica.

[15] Sobre a criação destes estabelecimentos secundários pode ser consultada a obra de Berthold Goldman; Antoine Lyon-Caen e Louis Vogel. Droit commercial européen, 5a éd. Paris: Dalloz, 1994.

[16] Sobre a questão da entrada e permanência de estrangeiros nos países membros dentro do mercado comum europeo ver Jean Schapira; Georges le Tallec; Jean-Bernard Blaise e Laurence Idot. Droit des affaires, t. 2. Paris: PUF, 1999.

[17] Cit. préc.

[18] Ver Cristian Gavalda e Gilberto Parleani. Droit des affaires de l'union européenne, 2a éd. Paris: Litec, 1998, p. 156 e s.

[19] Cit. préc.

[20] Ver Jean Schapira; Georges le Tallec; Jean-Bernard Blaise e Laurence Idot. Droit des affaires, t. 2. Paris: PUF, 1999, p. 579 e s.

[21] Ver Berthold Goldman; Antoine Lyon-Caen e Louis Vogel. Droit commercial européen, 5a éd. Paris: Dalloz, 1994, p. 218 e s.

[22] Como base para esta comparação sobre as restrições que poderão ser introduzidas na matéria referente a liberdade de estabelecimento ver o Protocolo de Montevideo sobre o comércio de serviços no Mercosul, sob o nº 12/98.

[23] Este é um princípio que é entendido de forma uniforme pela legislação dos quatro países membros. Toda pessoa deve ter o direito a defesa e ao devido processo legal.

[24] Assim, se no Brasil uma atividade econômica não é liberada aos brasileiros porque ela fazer parte do monopólio estatal, ela não poderá ser liberada aos estrangeiros porque estaria trazendo uma discriminação invertida, ou seja, beneficiando os estrangeiros e prejudicando os nacionais.

[25] Ver Jean Schapira; Georges le Tallec; Jean-Bernard Blaise e Laurence Idot. Droit des affaires, t. 2. Paris: PUF, 1999, p. 575 e 576.

[26] O direito de igualdade entre as pessoas que tem a nacionalidade de um dos países partes do Mercosul constituí-se em um dos pilares fundamentais para assegurar a plena realização da liberdade de estabelecimento no Mercosul, bem como, para o futuro deste mercado comum que está por se formar.

[27] Cristian Gavalda e Gilberto Parleani. Droit des affaires de l'Union européenne, 2a éd. Paris: Litec, 1998, nº 272, p. 152.

[28] Embora não exista um direito comunitário no Mercosul os Estados partes firmam acordos que produzem efeitos em seus territórios e devem ser respeitados.

[29] É importante que seja mencionado que a atual União Européia enfrentou e enfrenta até hoje inúmeros problemas relacionados a liberdade de circulação de estabelecimento, como por exemplo, em matéria de transferência da sede social de uma empresa de um país para outro. Assim, não temos uma visão irreal que esta liberdade possa ser realizada no Mercosul, mas sim, se tomarmos como base o direito europeo e fizermos suas devidas adequações ela também é possível de ser colocada em prática no Mercosul. Problemas existirão certamente, mas eles deverão ser resolvidos.

[30] O Tratado de Assunção se mostra como um tratado para a constituição de um mercado comum e não de constituição de referido mercado, como muito bem concluiu Marina Mendes Costa em seu trabalho de dissertação apresentado junto a Universitè de Paris II (Panthéon – Assas), em Paris, no ano de 1997, p. 49.

[31] Assim está estabelecido no preâmbulo do Tratado de Assunção.

[32] O processo de unificação das legislações certamente demoraria muito tempo. Por outro lado, como é do conhecimento de todos nós, nenhum dos países tem a intenção de deixar de legislar em matéria societária dentro de seu país.

[33] O Tratado de Assunção não foi criado para ser imposto, mas, para ele ser implantado, a própria sociedade vai demonstrando quais são suas necessidades e, a partir desta demonstração as modificações irão ocorrer de forma progressiva e gradual.

[34] O Tratado de Assunção não foi criado somente para a promoção de uma zona de livre comércio como muito bem revela o prof. Luiz Olavo Batista em sua obra O Mercosul, suas instituições e ordenamento jurídico. São Paulo: LTr, 1998, p. 41.

[35] Este é o objetivo previsto no artigo 1 do Tratado de Assunção: a formação de um mercado comum.

[36] Esta não introdução de novas restrições é chamada no direito europeo de cláusula de "standstill ".

[37] A supressão de restrições permite o tratamento igualitário entre os nacionais dos Estados partes do Mercosul.

[38] No direito comunitário europeo os países que formam a atual União Européia são chamados de "membros", no Mercosul, o legislador para não copiar o que esta estabelecido no direito comunitário europeo prefiriu chamar os Estados "membros" de Estados "partes ". Na verdade ambos os termos levam ao mesmo significado.

[39] O Protocolo sobre prestações de serviços citado anteriormente pode ser utilizado como base para a criação deste programa, o qual deverá fixar as atividades que irão serem liberadas gradualmente.

[40] Bancos e sociedades de seguro de vida e não-vida.

[41] Advogado, médico, dentista, etc.

[42] Assim por exemplo, em matéria de reconhecimento de diplomas, a supressão de restrições referente a exigência de um diploma nacional pode se revelar insuficiente se não houver uma harmonização referente ao tempo de estudos mínimo realizado para se obter um determinado diploma.

[43] Esta aproximação pode se dar através da harmonização das legislações internas de cada país parte.

[44] Sobre a distinção entre efeito civil e efeito acadêmico dos diplomas, títulos e outros certificados ver Étienne Cerexhe, cit. préc., p. 111.

[45] Sobre a harmonização das legislações em matéria societária ver o artigo escrito pela prof. Guiomar T. Estrella Faria, intitulado " As sociedades comerciais e a formação dos

blocos econômicos de nações – Necessidade de harmonização do Direito Societário interno dos países do Mercosul “, na obra organizada pela prof. Maristela Basso. Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 158-190.

[46] Para um maior aprofundamento na questão da aproximação das legislações em matéria societária no Mercosul ver o artigo escrito por Ana Maria M. de Aguinis, intitulado “Regimes societários no Mercosul”, p. 27-71, na obra organizada por Martin de Almeida Sampaio. São Paulo: Maltese, 1994.

[47] Assim podemos falar do projeto sobre a constituição da sociedade européia elaborado pelo professor Sanders da Universidade de Rotterdan. Ver Étinne Cerexhe, cit. préc., p. 369 e 395.

Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=8>.
Acesso em: 14 jun. 2007.