

OPINIÃO CONSULTIVA Nº 1/2007

Na cidade de Assunção, República do Paraguai, aos três dias do mês de abril de dois mil e sete.

I. TENDO EM VISTA:

A petição de Opinião Consultiva apresentada pela Senhora Juíza de Primeira Instância no Civil e Comercial do Primeiro Turno da jurisdição de Assunção, Paraguai, Magistrada Maria Angélica Calvo, no expediente denominado: **“Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratórios Northia Sociedade Anônima, Comercial, Industrial, Financeira, Imobiliária e Agropecuária s/ Indenização de Danos e Prejuízos e Lucro Cessante”**, via a Exma. Corte Suprema de Justiça da República do Paraguai, recebida por este Tribunal na data 21 de dezembro de 2006, e

II. CONSIDERANDO:

Tendo em vista o expediente, e estando o Tribunal Permanente de Revisão (doravante TPR) reunido em plenário e integrado pelo Dr. Nicolás Eduardo Becerra na qualidade de Presidente atual do TPR, o Dr. João Grandino Rodas, o Dr. Wilfrido Fernández de Brix, o Dr. Ricardo Olivera Garcia e o Dr. José Antonio Moreno Ruffinelli na qualidade de Quinto Árbitro. Faz-se constar da desobrigação operante nos autos do Dr. Roberto Puceiro. Por outro lado, detalha-se que conforme o Art. 6 Inc.3 do Regulamento do Protocolo de Olivos (doravante PO), faz-se constar que por consenso foi designado Coordenador da redação da resposta à consulta o Dr. Wilfrido Fernández de Brix. Igualmente faz-se constar que por providência deste TPR em maioria, na data 1 de fevereiro de 2006 trasladou-se por trinta dias corridos as Coordenações Nacionais do Grupo Mercado Comum, através da Presidência Pro-tempore de Turno. Este prazo na presente data encontra-se vencido, sem que nenhuma Coordenação Nacional tenha apresentado postura alguma. Seguidamente expõe o Coordenador designado:

III. RELATÓRIO JURÍDICO E FÁTICO DO CASO

1. Conforme as consultas enviadas pela Magistrada Calvo constantes nos autos, trata da referida opinião consultiva surgida no marco de um litígio judicial entre uma empresa argentina (Laboratórios Northia Sociedade Anônima, Comercial, Industrial, Financeira, Imobiliária e Agropecuária) e uma empresa paraguaia (Norte S.A. Imp. Exp.). A empresa paraguaia demanda a empresa argentina por indenização de danos e prejuízos e lucro cessante junto à jurisdição de Assunção. A empresa argentina opôs uma exceção de incompetência de jurisdição argumentando a prevalência do Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual (Decisão CMC Nº 01/94) (doravante PBA) sobre a Lei nacional paraguaia Nº 194/93. Argumenta em consequência o devido respeito à eleição de jurisdição contratualmente pactuada, em conformidade com o Art. 4 de tal Protocolo, sustentando a primazia do tratado sobre a lei, mesmo no caso de lei

posterior, disposto pelo Art. 136¹ da Constituição Nacional paraguaia. Então se considera que estão dadas as circunstâncias para a prorrogação da competência territorial permitida pelo Art. 3 do Código de Procedimento Civil paraguaio. Finalmente, sustenta que a ordem pública meramente interna da Lei paraguaia Nº 194/93, deve ceder junto às normas acima citadas. A parte excepcionada, recusando a argumentação da empresa argentina, também invoca o Protocolo de Santa Maria sobre Relações de Consumo (Decisão CMC Nº 10/96) (doravante PSM), manifestando o caráter irrenunciável dos direitos estabelecidos pela Lei paraguaia Nº 194/93 (Art. 9), e afirmando que conforme os Arts. 7 e 10 da mesma, é procedente a competência da jurisdição paraguaia. Manifesta ainda que, pelos Arts. 2 e 3 do Código Processual Civil paraguaio, a competência do Juizado de Assunção seria apropriada, adicionando por sua vez a citação do Código de Organização Judicial paraguaio. Menciona ainda a seu favor, um conhecido Acordo e Sentença da Corte Suprema de Justiça da República do Paraguai (Electra Amambay SRL c/ Companhia Antártica Paulista Ind. Brasileira de Bebidas – Acordo e Sentença Nº 827 de 11 de dezembro de 2001). A parte excepcionada faz-se notar ainda que esta sentença da Corte Suprema de Justiça é posterior a Lei nº 597/95 que internalizou o PBA, e conclui que existindo tal precedente judicial, a competência do Juizado de Assunção é indiscutível. Faz notar ainda, que conforme o Art. 2 do PBA, o tipo de contrato dos autos está excluído do âmbito de sua aplicação. Quanto ao PSM, sustenta seu argumento baseado nos Arts. 4, 5 e 10. Adicionalmente, sustenta que a contraparte ao apresentar um incidente de melhora de contra cautela, foi consentido a competência do Juizado de Assunção. Finalmente, peticiona expressamente que no caso de existir dúvidas sobre a aplicabilidade no caso da norma comunitária invocada pela outra parte, das que sugere uma controvérsia sobre a interpretação jurídica da normativa do Mercosul, se formalize a opinião consultiva pertinente ao TPR. A continuação, consideramos oportuno destacar:

a. O título da Lei Nº 194/93 reza: Lei que aprova com modificações o Decreto Lei Nº 7 de 29 de março de 1991, pelo que se estabelece o regime legal das relações contratuais entre fabricantes e firmas do exterior, e pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no Paraguai.

b. O incidente de melhoria de contra cautela citado pela parte excepcionada foi apresentado pela parte excepcionante com relação a medidas cautelares decretadas prévio o início da ação de fundo.

c. Tais medidas cautelares decretadas previamente ao início da ação de fundo foram anuladas por A.I. nº 408, de data 9 de junho de 2006, ditado pelo Tribunal de Apelação no Civil e Comercial, Quarta Sala da Circunscrição Judicial de Assunção, Paraguai. Este A.I. anula a resolução do *a quo* inferior concedente das medidas cautelares, por não ter sido fundamentada a competência, nem os pressupostos para a concessão da medida cautelar. Assim mesmo, tal A.I. do Tribunal de Apelação declara incompetente em razão do território dos órgãos jurisdicionais da República do Paraguai para entender no ditado ou ordenamento de medidas cautelares nesta causa. Concretamente, este A.I. sustenta a primazia do PBA por sobre a Lei paraguaia nº 194/93 e em consequência confirma a validade da cláusula contratual quanto ao foro aplicável.

d. Deixa-se constar que no contrato vinculado à demanda, celebrado em 22 de maio de 2000 entre as partes em litígio, e especificamente na cláusula 22, pactuou-se como jurisdição competente a dos Tribunais Ordinários da Cidade de Buenos Aires, República

¹ Em realidade e sem fazer nenhum parecer de valor sobre o direito interno paraguaio, se consigna meramente, que os Arts. que tratam o tema são os Arts. 137 e 141. O Art. 136 norma sobre a competência e responsabilidade dos magistrados.

Argentina e como lei aplicável de forma exclusiva, o direito argentino. Igualmente na cláusula 22, textualmente as partes acordaram dar plena vigência a normativa incorporada pelo Mercosul, vinculadas a contratações de compra-venda internacional de mercadorias, mencionando expressamente o PBA.

2. As questões a serem tratadas nesta opinião consultiva são as seguintes:

A. REGIME NORMATIVO ATUAL DAS OPINIÕES CONSULTIVAS

1. Que o Art. 3º do PO autorizou o Conselho do Mercado Comum a estabelecer mecanismos de solicitações de opiniões consultivas. Por sua vez, o Regulamento do Protocolo de Olivos (doravante RPO) no Art. 2º, já autorizou a petição de opiniões consultivas a este Tribunal, habilitando a solicitá-las, entre outros, aos Tribunais Superiores dos Estados Partes com jurisdição nacional. Assim mesmo, o Art. 4º do RPO refere-se ao tema estipulando que as opiniões consultivas deverão abarcar exclusivamente questões atinentes a interpretação jurídica da normativa do Mercosul, sempre que se vinculem com causas que estejam sendo tramitadas no Poder Judicial do Estado Parte solicitante.

2. Cabe destacar que o inc. 2, do Art. 4º do RPO, estabelece que o procedimento para solicitações de opiniões consultivas deve ser regulamentado, o qual na data de início desta causa ainda não havia acontecido. A questão que suscita o novo Regulamento de Opiniões Consultivas aprovado pela Decisão nº 02/07, de 18 de janeiro de 2007, será tratado separadamente. Conseqüentemente, cabe destacar assim mesmo, que entendemos de perfeita aplicação ao caso, o conhecido aforismo jurídico que estipula que a falta de regulamentação de um direito ou ação, não pode ser obstáculo para o exercício de tal direito ou ação. Sem emitir nenhum parecer de valor sobre os direitos internos nacionais, simplesmente citamos como contribuição ilustrativa que em alguns países como na República do Paraguai este consagrado aforismo tem expressa hierarquia constitucional (Art. 45 da Constituição Nacional paraguaia). Do mesmo modo, a Constituição da República Oriental do Uruguai tem uma disposição similar no Art. 332. Em outros, como na República Argentina, tem sido estipulado em consagradas sentenças judiciais incluindo a Corte Suprema de Justiça da Nação (CSJN)².

3. Nestas circunstâncias, estimamos procedente a admissão desta primeira Opinião Consultiva a ser estudada, mas ainda considerando sua transcendental importância para afirmar os sólidos alicerces do conceito, natureza e objetivo das opiniões consultivas dentro de um processo de integração, dado o contexto da consulta.

B. CONCEITO, NATUREZA E OBJETIVO DAS OPINIÕES CONSULTIVAS

1. Em realidade, aplicado ao cenário de um sistema de solução de controvérsias dentro de um processo de integração, e especialmente quanto às consultas originadas nos órgãos judiciais nacionais, o conceito de opiniões consultivas resulta incorreto. Na realidade, trata-se de interpretações prejudiciais ou em todo caso, de consultas prejudiciais. Santiago Benadava, grande estudioso de Direito Internacional diz: *“a opinião consultiva, a diferença de uma sentença da Corte, não decide, com força obrigatória, um caso contencioso entre partes. Somente dá resposta a uma pergunta de caráter jurídico e esta resposta não é obrigatória. Sem dúvida, a autoridade que ajuda a opinião, determina que os órgãos que a solicitam, se mostrem pouco dispostos a distanciar-se dela. As opiniões consultivas emitidas por uma Corte, não possuem o efeito obrigatório que se*

²CSJN “Banco Ctral. de la Rep. Argentina en Centro Financiero S.A. Cía. Financiera - incid. de verificación tardía - rec. de inconstitucionalidad y recurso directo”, 20/03/2003 (Fallos 326:742; voto de la mayoría por remisión al dictamen del Procurador Fiscal (apartado II); ver asimismo, “Zofracor S.A. c/ Estado Nacional s/ amparo”, 20/09/2002 (Fallos 325:2394; considerando 5º del voto concurrente del juez Boggiano.

*reconhece para suas sentenças em matéria contenciosa*³. Pelo contrário, a interpretação prejudicial no marco de um processo de integração, “é o mecanismo de cooperação entre o juiz nacional e o comunitário, na que este último representado pelo tribunal de justiça, interpreta de forma objetiva a norma comunitária e ao primeiro lhe corresponde aplicar o direito que se ventila na ordem interna. Sua finalidade não é outra que resguardar a aplicação uniforme do direito pertinente por todos os juízes no território dos países membros. Para tal, a função do tribunal comunitário nesses casos é interpretar a norma comunitária desde o ponto de vista jurídico; quer dizer, buscar o significado para precisar seu alcance; função que difere da de aplicar a norma aos fatos, tarefa exclusiva do juiz nacional dentro da esfera de sua competência. Não obstante, o tribunal de justiça se encontra facultado para referir-se aos fatos quando isso seja indispensável para a interpretação solicitada”⁴.

2. Ricardo Vigil Toledo, atual Presidente do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina (doravante TJCA) sustenta: “se conhece como a peça chave do sistema jurisdicional da Comunidade Andina. Esta ação é de colaboração entre o juiz nacional e o juiz comunitário.”⁵ Desse modo, Paolo Mengozzi ensina: “o exercício por parte do Tribunal de Justiça da função prejudicial é importante, sem dúvida, mais que pela dimensão que tomou, a) pelas implicações que tem comportado e b) pelos fins que tem determinado. Portanto, o primeiro ponto contribuiu notavelmente, além de garantir a uniforme interpretação e aplicação do Direito Comunitário, e para concretizar os elementos característicos do Direito Comunitário já amplamente supra considerados: a caracterização dos indivíduos e das empresas como sujeitos do ordenamento comunitário. Com relação ao segundo ponto, as sentenças prejudiciais do Tribunal de Justiça têm tido um papel determinante no processo de afirmação do princípio da aplicabilidade direta e de toda aquela ulterior série de princípios que, como já foi indicado, constituíram o motor do processo em contínua evolução que levou a transformação do Direito do Mercado Comum em Direito Comunitário”⁶

3. O sistema de interpretações prejudiciais pela natureza de sua função, obviamente deve ser obrigatório para os juízes que enfrentam a aplicação de normas comunitárias, quando estes forem de única ou última instância na causa em questão; e opcional para aqueles magistrados nacionais que se encontram com a necessidade de aplicação de tais tipos de normas, quando estes não forem de única ou última instância na causa em questão. Mesmo com nuances diferentes, este é o sistema predominante tanto na Comunidade Andina como na União Européia, dos processos de integração com muito melhor desenvolvimento institucional que o nosso. A única diferença é que na União Européia se aplicam as teorias do ato claro e do ato esclarecido para eximir excepcionalmente os magistrados da obrigação da emissão da opinião consultiva. No nosso entender, o sistema vigente na Comunidade Andina é o mais adequado, não somente para nossa realidade do Mercosul, senão para nossa realidade latino-americana em geral. Primeiro, porque a nossa realidade coadjuva melhor com a conscientização dos órgãos judiciais

³ Benadava, Santiago. Derecho Internacional Público. Editorial Jurídica Cono Sur. Santiago, Chile. Pag. 324

⁴ Sanchez Miralles, Samantha. Publicaciones Jurídicas Venezolanas – www.zur2.com/fp/samantha.htm. Benadava como Sanchez Miralles están a su vez citados en el trabajo presentado por el Dr. Wilfrido Fernández sobre “El Mercosur y el Tribunal Permanente de Revisión: la Opinión Consultiva” al primer Encuentro de los Magistrados de la Cortes Supremas de la Comunidad Andina, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. Lima y Arequipa, Perú - 12, 13, 14 de octubre, 2005.

⁵ Vigil Toledo, Ricardo. La Solución de Controversias en el Derecho Comunitario Andino. Trabajo presentado a la XL Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados – Madrid, 22-26 de junio, 2004. Pag. 14.

⁶ Mengozzi, Paolo. Derecho Comunitario y de la Unión Europea. Editorial Tecnos. Madrid – 2000. Pag. 259

nacionais sobre a importância da interpretação prejudicial no marco do Direito Comunitário (ou Direito de Integração) e segundo porque com o risco de ser desnecessariamente repetitiva, proporciona ao tribunal comunitário a oportunidade de evoluir e modificar seus próprios critérios anteriores. O direito é e deve ser sempre evolutivo.

4. Por outro lado, no nosso regime atual, lamentavelmente a mal chamada opinião consultiva não é obrigatória nas circunstâncias precedentemente esboçadas, nem muito menos vinculante para o juiz nacional consultante. Em primeiro termo, é característica de todo tribunal sua imperatividade, mas, muito mais que isso, com um sistema não obrigatório, nem vinculante ao magistrado nacional, se desnatura por completo o conceito, a natureza e o objetivo do que deve ser um correto sistema de interpretação prejudicial. Isso confronta principalmente com o objetivo da consulta do juiz nacional no âmbito de um processo de integração que é lograr a interpretação da norma comunitária de maneira uniforme em todo o território integrado, objetivo por demais declarado pelo item quarto do Artigo 2 da Decisão CMC Nº 25/00 (“Art. 2.- Sem prejuízo da consideração de outros temas que pudessem ser propostos pelos Estados Partes serão analisados os seguintes:...-Alternativas para uma interpretação uniforme da normativa MERCOSUL”) que foi o antecedente do PO. Tanto no sistema centro americano de integração como no caribenho, assim como na União Européia e na Comunidade Andina, qualquer resposta do tribunal comunitário a consultas prejudiciais que lhe enviem os juizes nacionais é sempre vinculante⁷. Nosso sistema atual, lamentavelmente, não tem comparação no Direito Comparado. Tendo em vista o anterior e o previsto no Art. 1 da recente Decisão CMC Nº 09/07, a cujo teor, o CMC instrui “ao Grupo de Alto Nível para a Reforma Institucional do Mercosul..... a elaborar e submeter ao Conselho do Mercado Comum, antes do final de junho de 2007, ajustes ao Protocolo de Olivos baseado nas propostas dos Estados Partes”, instamos pois muito respeitosamente a que em um futuro próximo, as autoridades pertinentes melhorem as características, hoje em dia já absolutamente uniformes no direito comparado quanto ao caráter obrigatório do delineamento da consulta assim como quanto ao caráter vinculante da resposta deste TPR. Deixa-se expressamente constado que vários representantes das Cortes Supremas de Justiça do Mercosul já se pronunciaram nesse sentido, na ocasião das diversas reuniões anuais do Foro Permanente de Cortes Supremas do Mercosul e Associados, que são levadas a cabo atualmente em Brasília na sede do Supremo Tribunal Federal. Por sua vez, sendo esta a primeira oportunidade que este TPR intervém no marco de uma opinião consultiva, cabe destacar que no marco do Direito Comparado, os Tribunais Supremos dos respectivos Estados Membros não desenvolvem nenhuma função ou competência vinculada a tramitação das consultas prejudiciais que são dirigidas pelos juizes nacionais. Por tal razão, este Tribunal deseja chamar a atenção sobre este importante aspecto, na esperança de que os órgãos competentes legislem mecanismos de solicitações de opiniões consultivas, de maneira tal que se permita o contato mais direto e expedito possível entre este Tribunal e os juizes nacionais consultantes, a fim de respeitar e observar a natureza e finalidade de tais consultas.

5. Que perante a pobreza normativa de nosso regime no tema das Opiniões Consultivas, é justo e necessário deslindar claramente nesta primeira opinião consultiva o que o TPR pode e deve fazer, e o que o magistrado consultante pode e deve fazer. Isso, a fim de

⁷ Esclarece-se de que no Sistema da Integração Centro-americana (SICA), não existe ainda obrigatoriedade de parte do magistrado nacional de formular a consulta, mas, uma vez formulada a mesma, a decisão da Corte Centro-americana de Justiça é vinculante.

estruturar-se *ab initio* um mecanismo institucional de partilha de competências baseado no aconselhado pela unânime doutrina e jurisprudência do Direito Comparado..Para tal, é competência do TPR, interpretar o direito do Mercosul, sendo competência do magistrado consultante aplicar essa interpretação do TPR (lamentavelmente não é vinculante nossa opinião), assim como interpretar o direito nacional (direito interno e internacional) e aplicá-lo ao caso. O TPR somente pode referir-se aos fatos referentes ao caso, mas, nunca emitir parecer de valor sobre os mesmos. Em consulta sobre este ponto ao Ex-Presidente de TJCA e ex-membro da Corte Suprema de Justiça da República Bolivariana da Venezuela Doutor Moisés Troconis, este afirma textualmente: “O Tribunal não pode interpretar senão a lei comum; a questão a interpretar somente pode conduzir a um parecer de direito, não a um parecer de fato; e a providência do Tribunal não pode ser senão um ato de interpretação, não de aplicação. Quanto a partilha de competência entre o Tribunal Comunitário e os Tribunais Nacionais, cabe precisar que, caso se trate de uma controvérsia submetida ao conhecimento de um Tribunal Nacional, na qual se invoque ou se apresente a aplicação de uma norma comum, o único âmbito de competência do Tribunal Comunitário é o de render a interpretação da lei comum que se lhe solicite. Em troca, será da competência do Tribunal Nacional a valorização dos fatos constitutivos da controvérsia, o uso não vinculante da interpretação da lei comum rendida pelo Tribunal Comunitário, e a aplicação à controvérsia tanto da lei nacional como da lei comum.” (correio eletrônico de 31/01/2007)

C. PREVALÊNCIA DA NORMA DE DIREITO DE INTEGRAÇÃO SOBRE A LEI NACIONAL

1. As três características básicas do direito comunitário são: i) a aplicação imediata ii) o efeito direto iii) a prevalência normativa sobre direito interno. Na União Européia o jurista espanhol Ricardo Alonso Garcia, brinda um claro e detalhado comentário sobre o conceito e evolução de tais características⁸. Igualmente, o Ex-Presidente do TJCA, Dr. Walter Kaune, faz outra interessantíssima resenha de tais características na experiência andina⁹. Nesta oportunidade devemos centrar-nos na terceira característica acima citada. Com relação à mesma, resulta evidente que esta causa da ao TPR a oportunidade de uma criação pretoriana para incluí-la dentro do regime jurídico comunitário do Mercosul, o qual é perfeitamente possível dada nossa presente normativa em vigência. Assim sendo, concluí-se que tal terceira característica é perfeitamente inserível dentro de nosso direito de integração, com o qual este TPR cumpre sua responsabilidade institucional a respeito, declarando-se assim.

2. Tem sido até o momento um erro constante tanto da jurisprudência como da doutrina existente, o fato de somente recorrer ao argumento da prevalência do tratado sobre a lei para sustentar a prevalência ou não do direito do Mercosul sobre o direito nacional. Se bem que este é um argumento juridicamente correto, nunca deve constituir-se no argumento principal para chegar a tal conclusão.

3. O argumento principal deve ser sempre este: o direito de integração por seu conceito, natureza e finalidade deve ser sempre prevalente sobre os direitos nacionais respectivos por sua mesma essência. Caso contrário, se desnaturaliza o conceito, a natureza e,

⁸ Alonso Garcia, Ricardo. Las Sentencias Básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Madrid, España - 2003. Pag. 483 y sgts.

⁹ Kaune, Walter. La Necesidad de la Integración y el Orden y Ordenamiento Jurídico Comunitario — Trabajo publicado en el libro editado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina “De la Necesidad de la Integración y su Proyección; Orden y Ordenamiento Jurídico Comunitario – Comunidad Andina – Mercosur – Abril 2004 – Pag. 41 y sgts.

sobretudo a finalidade não só do Direito de Integração, senão do processo de integração em si mesmo, ou em palavras do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (doravante TJCE) se colocaria “em foco de juízo a mesma base jurídica do Mercosul”. A anterioridade ou posterioridade da norma nacional se transforma absolutamente irrelevante¹⁰.

4. Sobre isso, com as distâncias do caso, parafraseamos ao tratadista Luis Ignacio Sánchez Rodríguez citado por Walter Kaune quando diz: “entre os princípios retores do Direito Comunitário a primazia deste, sobre os ordenamentos nacionais ocupa um lugar dominante, em consequência os conflitos entre as normas comunitárias e as normas nacionais devem resolver-se mediante a aplicação do princípio da primazia da norma comunitária”¹¹. Por sua vez, Ricardo Alonso comentando a histórica sentença europeia conhecida como Flaminio Costa – Sentença do Tribunal de Justiça Europeu de 15 de julho de 1.964, onde se estabeleceu jurisprudencialmente o princípio da primazia do direito comunitário ensina: “já no assunto Flaminio Costa (1.964) apontou o TJCE sua aproximação ao princípio de primazia do Direito Comunitário sobre o Direito Interno em termos absolutos e globais, i.e. do Direito Comunitário considerado em seu conjunto, incluído o de âmbito constitucional – conforme consagra a Internationale Handelsgesellschaft (1.970) – em seus aspectos mais essenciais.....Não obstante, assim como todos os Estados Membros aceitaram no dia de hoje tal primazia sobre a lei interna, que se traduz, conforme manifestado pelo TJCE no assunto Simmenthal (1.978), de não aplicá-la ao caso concreto por sua própria autoridade (isso é, sem esperar sua própria depuração pelo legislador ou a jurisdição constitucional), não sucede o mesmo com o próprio texto constitucional, cujo valor de norma suprema continua sendo defendido pelos mais altos Tribunais nacionais”.¹²

5. Assim mesmo, é determinante a seguinte jurisprudência: “O direito da integração, como tal, não pode existir se não se aceita o princípio de sua primazia ou prevalência sobre os direitos nacionais ou internos dos Países Membros ... Nos assuntos cuja regulação corresponde ao direito comunitário, conforme as normas fundamentais ou básicas do ordenamento integracionista, se produz automaticamente um deslocamento da competência, a que passa do legislador nacional ao comunitário. A Comunidade organizada invade ou ocupa, por assim dizer, o terreno legislativo nacional, por razão da matéria, deslocando deste modo o direito interno. O legislador nacional fica assim inabilitado para modificar, substituir ou revogar o direito comum vigente em seu território, assim seja com o pretexto de reproduzi-lo ou de regulamentá-lo, e o juiz nacional, a cujo cargo está a aplicação das leis comunitárias, tem a obrigação de garantir a plena eficácia da norma comum ... O direito da integração não revoga leis nacionais, as que estão submetidas ao ordenamento interno: só fazem que sejam inaplicáveis as que lhe resultem

¹⁰ TJCE, sentencia del 15 de julio de 1964, Costa/ENEL, asunto 6/64, EEE 1964-1966, pág. 99 (considerando décimo). A su vez, dada su similitud con el presente asunto, resulta interesante recordar el siguiente pasaje de dicho caso pionero (considerando octavo): “Considerando que esta integración en el Derecho de cada país miembro de disposiciones procedentes de fuentes comunitarias, y más en general los términos y el espíritu del Tratado, tienen como corolario la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer, contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior, que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento; que la fuerza vinculante del Derecho comunitario no puede en efecto variar de un Estado a otro, en razón de legislaciones internas ulteriores, sin que se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado...; que las obligaciones contraídas mediante el Tratado constitutivo de la Comunidad no serían incondicionales, sino solamente eventuales, si pudieran quedar cuestionadas por los actos legislativos futuros de los signatarios;”

¹¹ Kaune, Walter. Obra citada en nota de pie n° 8– Pag. 43

¹² Alonso García, Ricardo. Obra citada en nota de pie n° 7 –Pags. 57 y 58

contrárias. Isso não obsta, para que dentro do ordenamento interno se considere inconstitucional ou inexecutável toda norma que seja incompatível com o direito comum ...'” [TJCA, sentença de 21 de agosto de 2002, processo 34-AI-2001, Secretaria Geral/Equador, GOAC Nº 839, 25/09/02 (recordando a sentença ditada no processo 2-IP-90)].

6. Finalmente, Alejandro Daniel Perotti tem o mérito indiscutível dentro do Mercosul de ter percebido essa questão. Portanto, sustenta Perotti, recordemos a origem pretoriana da prevalência do direito comunitário na União Européia: *“a origem do princípio de primazia conforme o mesmo tribunal comunitário, não deve buscar-se em previsões ou reconhecimentos do direito nacional dos Estados que participam do processo da integração, senão na própria natureza do direito da comunidade.”* (Os Princípios do Direito Comunitário e o Direito Interno na Europa e na Comunidade Andina. Aplicabilidade no Direito do Mercosul – Alejandro Daniel Perotti – Montevideu, 12 de fevereiro de 2006 - pág. 23). Perotti historiando com profundidade o desenvolvimento do princípio da prevalência da norma comunitária na Comunidade Andina assinala: *“ainda mais contundente foi o tribunal no processo 1-IP-87 (A.Volvo), ao sustentar “que o ordenamento jurídico da integração andina prevalece na sua aplicação sobre as normas internas ou nacionais, por ser característica essencial do Direito Comunitário, como requisito básico para a construção integracionista”.* (Perotti, obra citada, pagina 27). E, já comentando a aplicabilidade da prevalência normativa de nosso direito de integração do Mercosul sustenta: *“efetivamente, o Tratado de Assunção e seus instrumentos complementares se distinguem claramente dos tratados internacionais clássicos, dando origem a um ordenamento jurídico próprio, distinto, mas, integrado no direito próprio, cuja obrigatoriedade impõe-se às autoridades nacionais, incluindo aos juízes dos Estados. Assim mesmo, a entrada em vigência do direito do Mercosul no direito interno “e mais em geral os termos e o espírito do tratado têm como conseqüência a impossibilidade de que os estados façam prevalecer contra um ordenamento jurídico por eles aceito sobre uma base de reciprocidade, uma medida unilateral posterior, que não pode se opor a tal ordenamento”.* Do contrário, permitindo-se a legitimidade jurídica de normas nacionais incompatíveis com o direito do Mercosul, isso provocaria, por um lado a violação do Art. 38 do POP ¹³ e, de outro, uma situação discriminatória proibida no marco regional. (Perotti, obra citada páginas 32, 33 y 34). Conclui finalmente Perotti que: *“tal como pode ser comprovado, a preeminência do Direito do Mercosul não está baseada, juridicamente, em uma permissão, autorização ou reconhecimento por parte do Direito Nacional ou Internacional, nem mesmo quando este foi sustentado em base a doutrina judicial dos Tribunais Supremos dos Estados membros. Para tal, o princípio de primazia do Direito do Mercosul, se deriva da mesma natureza da norma regional, de sua essência, de sua finalidade e do próprio sistema instrumentado a partir do Tratado de Assunção”* (Perotti, obra citada – pág. 36).

D. PREVALÊNCIA DA NORMA DE DIREITO DE INTEGRAÇÃO SOBRE O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E PRIVADO

1. Pelos mesmos argumentos citados, igualmente o direito de integração (ou seja, mesmo que não for ainda direito comunitário pleno) deve prevalecer sobre o direito internacional público e privado de todos os Estados Partes, independentemente de que tais normas destas duas ramas do Direito Internacional, forem anteriores ou posteriores as do Direito de Integração. Não seria lógico possibilitar o descumprimento de uma normativa do

¹³ El autor se refiere al Protocolo de Ouro Preto. En adelante siempre citado como POP.

Mercosul de parte de um dos Estados Partes mediante a alegação de um compromisso instrumentado no tratado de caráter bilateral, multilateral ou da índole que for, como justificativo de tal descumprimento. Sempre nessa hipótese, o Direito de Integração assim como o processo de integração por si mesmo perderia por completo sua natureza e finalidade.

2. O Direito de Integração e o Direito Comunitário originário, têm sua origem em uma fonte própria do direito internacional como são os tratados – por exemplo, o Tratado de Assunção, o Protocolo de Ouro Preto, o Protocolo de Olivos, etc. –, a partir de sua entrada em vigor adquirem evidentemente absoluta autonomia e independência do ordenamento internacional¹⁴.

É certo que as normas de um processo de integração podem regular questões de natureza de direito internacional privado – no sentido de regular situações com pontos de conexão jurídica com direitos de dois ou mais Estados Partes –, e assim sucede com determinadas normas do MERCOSUL, da Comunidade Andina e da Comunidade Européia, tal circunstância não modifica a natureza jurídica do direito da integração com que elas nasceram e se originaram. Por tal razão, tanto normas de direito da integração – mesmo quando regulem situações **ius privatistas** – as mesmas estão revestidas, evidentemente, da nota de aplicação prevalente sobre as normas nacionais e internacionais. Para **maior informação**, o Art. 34 do PO já foi claramente interpretado e deslindado por este mesmo Tribunal em seu primeiro Laudo (Laudo N° 1/2005 deste TPR de 20 de dezembro de 2005, pág.)¹⁵.

E. PREVALÊNCIA DA NORMA DE DIREITO DE INTEGRAÇÃO POR SOBRE A ORDEM PÚBLICA NACIONAL E INTERNACIONAL

¹⁴ En tal sentido, el TJCE ha destacado desde un primer momento – en conceptos aplicables al MERCOSUR – que «Considerando que, a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE creó un **ordenamiento jurídico propio**, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado, y que vincula a sus órganos jurisdiccionales;» [TJCE, sentencia de 15 de julio de 1964, Costa/ENEL, asunto 6/64, EEE 1964-1966, pág. 99 (considerando séptimo)].

La misma doctrina puede percibirse en la jurisprudencia del Tribunal *ad hoc* [ver, TAHM, laudo de 4 de abril de 2003, Incompatibilidad del Régimen de Estímulo a la Industrialización de Lana otorgado por Uruguay establecido por la Ley 13.695/68 y Decretos complementarios con la Normativa Mercosur que regula la aplicación y utilización de incentivos en el comercio intrazona, asunto 1/03, BOM N° 24, 2003, págs. 179 a 204 (§VIII:63: «63. *Sin perjuicio de que la exceptio non adimpleti contractus, que Uruguay extrae sustancialmente del artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no se entiende pueda resultar extensiva a situaciones que no encuadren en los extremos específicamente contemplados en dicho texto, y en particular, no se entiende pueda resultar extensiva a normativa derivada de la intervención de órganos creados en el seno de un sistema de integración regional con poderes para la elaboración de reglas comunes, lo cierto es que el ordenamiento jurídico del MERCOSUR (que no hay duda que puede y debe calificarse de tal, por mucho que pueda discutirse su plenitud, habida cuenta de que estamos, como se ha descrito, ante un ordenamiento “organizado y estructurado, que posee sus propias fuentes, dotado de órganos y procedimientos aptos para emitirlos, interpretarlos, así como para constatar y sancionar los casos de incumplimiento y las violaciones”)* ha previsto una vía específica para reaccionar frente a infracciones al mismo por los Estados Partes, vía que no es otra que el sistema de solución de controversias del Protocolo de Brasilia.»]; así también, TAHM, laudos de 28 de abril de 1999, Comunicados N° 37/1997 y N° 7/1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaria de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al comercio recíproco, asunto 1/99, BOM N° 9, junio, 1999, pág. 227 (§57); y de 27 de septiembre de 1999, Subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo, asunto 2/99, BOM N° 11, diciembre, 1999, pág. 263 (§55); de 29 de septiembre de 2001, Restricciones de Acceso al Mercado Argentino de bicicletas de Origen Uruguayo, asunto 2/01, BOM N° 19, diciembre, 2001, pág. 321 (§3.1).

¹⁵ Laudo del Tribunal Permanente de Revisión en el Recurso de Revisión presentado por la Republica Oriental del Uruguay c/ el Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral Ad Hoc de fecha 25 de octubre de 2005, en la controversia “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes del Uruguay”.

1. Podem distinguir-se duas modalidades de ordem pública: i) a ordem pública nacional ii) a ordem pública internacional. Em um sistema de integração, na realidade o que existe é uma ordem pública regional que precisamente faz imperiosa a prevalência da norma de um direito de integração sobre qualquer outra lei nacional no sentido amplo, que pudesse ser corretamente tipificada como de ordem pública em qualquer de suas duas modalidades. É precisamente essa ordem pública regional, a custódia e a garantia da imperatividade de qualquer norma do Direito de Integração, e em conseqüência, este conceito de ordem pública regional deve prevalecer como regra geral sobre qualquer outro conceito de ordem pública, dentro do espaço de integração em questão. Além disso, no marco de um processo de integração, a ordem pública nacional deverá ser interpretada tendo em vista a ordem pública regional que cabe a este TPR interpretar. Desta maneira, a ordem pública nacional resulta enriquecida pela ordem pública regional, conseqüência da participação do estado em uma comunidade de direito de ordem regional. Dentro da ordem pública regional, pode-se mencionar o respeito dos direitos fundamentais da pessoa, os quais, portanto, não resultam lesionados, no **ius iudice**, pelas disposições do Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, antes citado.

2. Não obstante, em reiteradas ocasiões, como ocorre com o artigo 5 do PBA, as normas regionais se referem ao direito interno dos Estados Partes para determinadas situações ou extremos, pelo qual, em tais supostos, os juízes nacionais poderão aplicar tais disposições. Neste contexto, essa remissão pode implicar para o juiz local o fato de ter que aplicar normas que fazem à ordem pública nacional. O juiz nacional, no momento de aplicar essas disposições nacionais, em particular as vinculadas com a ordem pública interna, deverá considerar, necessariamente, que aquelas normas e este conceito devem ser interpretados tendo em vista a participação do Estado Parte no processo de integração, razão pela qual, a mesma deverá ser efetuada de forma concordante entre o direito do MERCOSUL e o direito nacional. Nesse sentido, o juiz nacional deverá levar em consideração que, no que tange a ordem pública interna, esse conceito não será interpretado de forma isoladamente nacional, senão tendo em vista o marco comunitário ou regional. Tal exigência se desprende, entre outros fundamentos, da necessidade de garantir a interpretação e aplicação uniforme das normas do MERCOSUL, na sua vinculação com as disposições nacionais eventualmente aplicáveis, assim como no patrimônio jurídico comum que existe entre os ordenamentos dos Estados Partes.

3. Portanto, o mencionado encontra recepção na jurisprudência de alguns tribunais supremos dos Estados Partes. Assim, por exemplo, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, Há muito tempo, «*destacou as presentes exigências de cooperação, harmonização e integração internacional que a República Argentina fez próprias, assim como a necessidade de prevenir a eventual responsabilidade do Estado Nacional pelos atos de seus órgãos internos que não se ajustam aos compromissos internacionais*»¹⁶, referindo-se também esse Tribunal à necessidade de abordar o conceito de ordem pública atendendo as relações internacionais estabelecidas pelo Estado¹⁷. Tal doutrina judicial, evidentemente, preserva conceitos importantes do direito interno, sem esquecer, em sua

¹⁶CSJN “Ekmekdjian, Miguel Angel c/Sofovich, Gerardo y otros”, 07/07/1992 (Fallos 315:1492; considerando 19 del voto de la mayoría); “Fibrica Constructora S.C.A./Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, 07/07/1993 (Fallos 316:1669; considerando 3º), y “Cafés La Virginia S.A. s/Apelación (por denegación de repetición)”, 13/10/1994 (Fallos 317:1282; considerando 27 del voto concurrente del juez Boggiano).

¹⁷CSJN, “Solá, Jorge Vicente s/sucesión *ab intestato*”, 12/11/1996 (Fallos 319:2779).

aplicação a um caso determinado, as implicações da participação do Estado em um processo de integração.

No mesmo sentido pode entender-se a tendência no direito uruguaio, em particular à luz do Projeto de Lei denominado “Lei Geral de Direito Internacional Privado” (elevado pelo Poder Executivo à Assembléia Geral em 2004, a instância do então Ministro de Relações Exteriores, Prof. Dr. Didider Opertti), o qual, como se explica em sua Exposição de Motivos, tem utilizado como fontes, entre outras, várias normas do MERCOSUL¹⁸. Tal Projeto, que teve como finalidade principal adequar as normas uruguaias na matéria (que data de 1941) ao desenvolvimento do direito internacional privado, expressa particularmente que tais mudanças no âmbito internacional “determinam a conveniência de contar com normas jurídicas adequadas tanto no plano internacional – nos tratados – como no direito interno; nesse último cenário, com um regulamento que contemple especificamente as necessidades do país no âmbito das relações privadas, mesmo que em *razoável harmonia* com o contexto *regional* e universal”¹⁹. Em idêntico sentido pode citar-se a “Declaração da Delegação da República Oriental do Uruguai”, ao firmar os acordos da CIDIP II.

4. Pelos argumentos anteriores, é aplicável ao caso a seguinte jurisprudência do TJCE: “*por conseguinte, se bem não corresponde ao Tribunal de Justiça definir o conteúdo do conceito de ordem pública de um Estado contratante, corresponde sim, controlar os limites dentro dos quais os tribunais de um Estado contratante podem recorrer a este conceito para não reconhecer uma resolução ditada por um órgão jurisdicional de outro Estado contratante....Se deduz que a ordem pública do Estado requerido não pode se opor ao reconhecimento ou a execução de uma resolução ditada em outro Estado contratante pelo fato de que o tribunal de origem não tenha respeitado as normas do Convênio relativas à competência*” (TJCE, Sentença de 28 de março de 2000, Dieter Krombach, assunto C-7/98, Rec.I-1935).

F. PROTOCOLO DE BUENOS AIRES SOBRE JURISDIÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA CONTRATUAL (PBA) – PROTOCOLO DE SANTA MARIA SOBRE RELAÇÕES DE CONSUMO (PSM)

1. *Ab initio* antes de entrar na interpretação do articulado do PBA, que estimamos aplicável ao caso em questão, é preciso destacar que o referido Protocolo foi aprovado e ratificado por todos os atuais Estados Partes. A República do Paraguai, em particular, pela Lei Nº 597/95 e a República Argentina pela Lei 24669/96. Em consequência está legitimado tal Protocolo para ter prevalência sobre a lei nacional de todos os Estados Partes do Mercosul.

2. Art. 1 PBA: esta norma é necessária interpretá-la quanto ao inciso a) que cobre a hipótese de que ambas as partes estejam domiciliadas ou sediadas em diferentes Estados Partes. A primeira vista, pareceria ser que o “requisito de conexão favorável” não fosse aplicável a tal caso por não estar o mesmo mencionado em forma expressa, senão a continuação no inciso b) que já trata de outra hipótese. É necessário esclarecer que o “requisito de conexão razoável” o mesmo rege para este inciso a) já que como se verá mais adiante, ao interpretar-se o Art. 4 o típico exemplo de obtenção em forma abusiva de um acordo de jurisdição, é haver selecionado uma jurisdição que não tenha uma “conexão razoável” com o contrato e as partes envolvidas.

¹⁸Proyecto de Ley “Ley General de Derecho Internacional Privado”, Nº R/1293, elevado por el Poder Ejecutivo (Ministerio de Relaciones Exteriores) a la Asamblea General, el 14 de septiembre de 2004.

¹⁹La cursiva fue agregada.

3. Art. 2 PBA: a essencial interpretação que faculta o Art. 2 com relação ao caso em questão é o inciso 6). Para tal, por este artigo e em especialidade por este inciso 6) ficam excetuados os contratos de venda ao consumidor, em razão da especial proteção que merecem a parte mais débil em tal tipo de contratos. Vale dizer que nos contratos de venda ao consumidor não se pode aplicar o alcance que se dá à autonomia da vontade por tal Protocolo para escolher foro e direito aplicável. Assim mesmo, cabe consignar que precisamente o PSM de Relações de Consumo até a data não internalizada por nenhum Estado Parte, somente pode ser invocado como um marco referencial doutrinário ou como soft law dado que ainda não se encontra em vigor. Ricardo Alonso esclarece: “A expressão *anglo-saxonica soft law caracteriza aqueles instrumentos carentes por si mesmos de força vinculante, mas não de efeitos jurídicos*”²⁰. Não obstante, cabe interpretar sem nenhuma dúvida, com ou sem tal marco referencial citado, que dentro do Mercosul e dada a intenção legislativa deste artigo 2 interpretado, não cabe a aplicação do presente Protocolo quando uma das partes envolvidas no contrato não é um consumidor final. Nada obsta que também se conclua que um consumidor final possa ser uma pessoa física ou jurídica²¹. Para tal, os professores Paula All e Adriana Dreyzin de Klor, no segundo trabalho mencionado em nossa nota no final, número 18 sustentam concretamente falando sobre o conceito de consumidor no direito comparado em geral: “*Em uma primeira aproximação ao tema, podemos apreciar uma noção ampla de consumidor e uma mais restringida. Desde a primeira, o consumidor é assimilado a figura do adquirente e tal noção é utilizada por aquelas legislações cujo objetivo é a proteção preventiva ao consumidor. Desde a segunda, os critérios para qualificá-lo se dividem e encontramos que se define ao mesmo como aquele adquirente que satisfaz um uso privado, familiar ou doméstico, ou que a atividade que leva a cabo não é profissional*”²². Concluimos que evidentemente a intenção legislativa do artigo 2 inc. 6 do PBA acolheu a segunda modalidade de conceitualização, vale dizer, a mais restringida. E mais, o PBA ao excetuar do âmbito de sua aplicação aos contratos de venda ao consumidor evidentemente deve escolher “a interpretação finalista” que somente inclui como consumidor aquele que compra um produto para uso próprio ou de sua família, sendo esta a única interpretação coerente com o fim da norma interpretada e de todo o PBA em geral. Assim mesmo, deve culminar-se a interpretação deste artigo concluindo-se que os contratos de agência, representação ou distribuição não estão incluídos dentro deste inc. 6) nem dentro de nenhum outro, e em conseqüência a tais tipos de contratos são perfeitamente aplicáveis este PBA.

4. Art. 4 PBA: talvez seja a interpretação deste artigo a mais relevante para o presente caso. O princípio da autonomia da vontade em contratos internacionais não é de longa data. Como mero dado histórico, e sempre sem emitir parecer de valor sobre nenhum direito interno, meramente se consigna que vários juristas²³ tenham tomado como exemplo, o Tratado de Direito Civil Internacional de Montevideu de 1.889. Conforme os

²⁰ Alonso García, Ricardo. Obra citada - Pág. 36.

²¹ Resultan muy instructivos dos trabajos que se citan: 1) Consideraciones Generales sobre el Artículo 2 del Proyecto de Reglamentación Interamericana en Materia de Protección de los Consumidores presentado por Brasil. Profesores Paula M. All y Adriana Dreyzin de Klor – Foro de Expertos en Materia de Protección de Consumidores para la Preparación de la CIDIP VIII - OEA. 2) Consideraciones Generales sobre el Artículo 1 de los Proyectos de Reglamentación Interamericana en Materia de Protección de los Consumidores presentado por Brasil y Uruguay; también de autoría de los referidos profesores y presentados también al mismo foro citado. Ambos publicados en la página de la OEA <http://www.oas.org/>

²² Segundo trabajo citado en la nota de pie anterior, Pág. 2

²³ Ver primer trabajo citado en la nota de pie N° 15 – Pags. 2 y 3.

mesmos, tal Tratado não havia consagrado este princípio. Tal opinião igualmente mencionava que, o Tratado de Direito Civil Internacional de Montevideu de 1.940, tampouco foi consagrado em seu total alcance possibilitando somente a eleição de foro e direito aplicável, quando a legislação aplicável ao contrato conforme o mesmo Tratado assim o permitia. Só posteriormente na última metade do século XX, tal princípio de autonomia da vontade quanto ao foro e direito aplicável a contratos internacionais começou a ter força normativa. Assim, por exemplo, a Convenção Interamericana de Direito Internacional aplicável a Contratos Internacionais e precisamente o presente PBA objeto desta Opinião Consultiva.

5. Art. 4 PBA: Esta norma consagra assim a faculdade das partes intervenientes a eleger foro aplicável para qualquer questão emergente do contrato em questão com uma só condição, a qual brevemente nos referimos precedentemente: que o acordo em questão não pudesse ser tipificado como obtido de forma abusiva. O magistrado nacional, ao considerar a aplicação ou não desta exceção, deverá certificar-se de que existiu ou não nos autos o ato abusivo: abuso do direito em suas várias formas (abuso de posição, de oportunidade, de contratação) ou o conseqüente abuso de fato ou abuso circunstancial. Pablo Rodríguez Grez define ao ato abusivo *“como aquele que consiste em exercer um direito subjetivo a margem dos interesses juridicamente protegidos pelo direito objetivo, obtendo uma vantagem que ultrapassa este interesse, seja ou não intencionalmente, como conseqüência de romper o equilíbrio original que prevalecia entre o sujeito ativo e o sujeito passivo, no momento de iniciar a relação jurídica subjetiva e no qual se fundam os direitos e obrigações que nela se resolve”* (O Abuso do Direito e o Abuso Circunstancial - Pablo Rodríguez Grez – Editora Jurídica de Chile 1999- página 78). Sempre conforme o referido autor, o abuso do direito *“consiste em exceder ou desviar o interesse juridicamente tutelado pela norma que consagra esta faculdade”* (obra citada – página 7). O referido autor continua ensinando que: *“quem, servindo-se das alterações produzidas no cenário fático, no qual o direito subjetivo surgiu (ao ativar-se a hipótese considerada pela norma) procura – consciente ou inconscientemente – um proveito que ultrapassa os interesses protegidos, incorre em um “abuso circunstancial”;* quem neste mesmo contexto exerce este mesmo direito aproveitando-se de alterações temporárias, incorrerá em um *“abuso de oportunidade”;* e quem invoca a seu favor a mutação ou modificação dos papéis que no momento de gerar a relação cabia a cada parte ligada, incorrerá em um *“abuso de posição”;* e, finalmente, quem o exercício de sua liberdade contratual, consegue a satisfação de um interesse que a norma jurídica não ampara, incorrerá em um *“abuso de contratação”* (obra citada – página 77). Finalmente, cabe destacar que: *“quanto o primeiro – o abuso do direito- opera na fase pré-intencional, o segundo – o abuso circunstancial – opera na fase prestacional. Dito de outra maneira, quem incorre em “abuso do direito” invoca uma faculdade aparente e nela funda sua pretensão; quem incorre em “abuso circunstancial” exige uma prestação que deriva da extinção de uma “situação jurídica inter-sugestiva”* (obra citada – página 10). Um exemplo típico de como evidenciar a obtenção abusiva de uma eleição contratual de foro ou direito aplicável, pelo menos se a eleição é de um foro judicial, é a eleição de um foro aplicável sem uma conexão razoável com o contrato e as partes envolvidas. Milton Feuillade tem uma magistral síntese comentando o Artigo 7 do PBA quando diz: *“Mas é de destacar que a conexão razoável é o requisito interno da competência judicial internacional argentina já anunciado e pretende excluir as fraudes judiciais, as jurisdições excessivas e o fórum shopping”* (Competência Internacional Civil e Comercial - Milton C. Feuillade – Editorial Abaco de Rodolfo Depalma - Buenos Aires - 2004 - pág. 137). Resulta óbvio que a

intenção do PBA ao incluir a exceção interpretada tem um norte bem determinado: a proteção á parte débil da negociação pertinente. Também é possível interpretar que as partes envolvidas podem ser pessoas físicas ou jurídicas, a condição de que tipifiquem como particulares, o qual tolera a uma exclusão de pessoas do direito público.

6. Arts. 5 e 6 PBA: deixando tão só de ressaltar que quanto ao Art.5, a validade e efeitos do acordo de eleição de foro, deve reger-se sempre pelo direito que for mais favorável a validade do acordo de referência, se passa a interpretar o Art. 6. quanto ao que se considera aplicável ao caso. A admissão voluntária da que fala este artigo requer duas condições: i) que seja positiva e ii) que seja não fictícia. Existe jurisprudência do Mercosul, inclusive, que em outros cenários tem qualificado à exceção de incompetência de jurisdição como uma admissão voluntária de jurisdição (obra citada – Milton Feuillade – pág. 143). Esses tipos de raciocínio de tais sentenças ficam excluídas pela interpretação do presente articulado precisamente pelo requisito expresso de ambos extremos acima citados. O Art. 6 ao requerer tais ambos extremos restringe corretamente à hipótese fática que podem tipificar como admissão voluntária de jurisdição já existindo outro foro contratualmente pactuado. Ilustrativamente, somente o contestar diretamente a demanda poderia equivaler *ab initio* dentro do contexto deste Protocolo a uma admissão voluntária de jurisdição. Com maior razão ainda, qualquer incidência processual prévia a ação de fundo ou imediatamente posterior a mesma que não seja um ato ou atuação processual com tais caracteres citados, não poderá ser tipificada como uma admissão voluntária que faça possível a prorrogação de jurisdição *vis a vis* a jurisdição contratualmente selecionada.

G. SITUAÇÃO DO NOVO REGULAMENTO DO PROCEDIMENTO PARA OPINIÕES CONSULTIVAS AO TPR

1. **Questão de inaplicabilidade por irretroatividade:** a Magistrada Calvo ditou providência decidindo a consulta a nosso Tribunal na data 7 de setembro de 2006, enviando a mesma ao Senhor Presidente da Exma. Corte Suprema de Justiça do Paraguai por ofício da data 14 de outubro de 2006. Esta Exma. Corte Suprema de Justiça de forma errada, envia a consulta ao Ministério das Relações Exteriores do Paraguai a través do ofício datado de 15 de dezembro de 2006 (a respeito cabe destacar que as Cortes Supremas de Justiça devem comunicar-se diretamente com o TPR, e não através do Ministério das Relações Exteriores), e finalmente este Ministério através da Direção de Assuntos Legais, envia a consulta a este Tribunal, a qual foi recebida pela Secretaria na data 21 de dezembro de 2006. A Decisão do Conselho do Mercado Comum, que aprova este Regulamento, é a Decisão Nº 02/07 datada de 18 de janeiro de 2007. Este Regulamento é inaplicável *in totum* no presente caso pelo básico princípio jurídico da irretroatividade da norma, considerando a mera resenha cronológica acima exposta.

2. **Questão de inaplicabilidade por inconformidade com o Direito originário do Mercosul:** aqui está o mais grave.

i) O Regulamento de referência contém vários artigos que contrariam não somente o direito originário do Mercosul, senão os mesmos princípios gerais do Direito, incluindo os princípios gerais do Direito de Integração (Art.34 inciso 1-PO) Como primeira sub-questão, cabe perguntar-se caso este TPR tem ou não competência para estudar e declarar inaplicável normas do direito derivado que transgridem manifestamente o direito originário do Mercosul. A resposta é afirmativa. Para tal, uma leitura final das normas do Mercosul, quer dizer, que tenham em conta o contexto no que se desenvolve um processo de integração e os objetivos do mesmo – entre eles a segurança jurídica –, demonstra que se impõe uma resposta afirmativa a tal sub-questão. Nesse sentido, os giros normativos “qualquer questão jurídica compreendida” no direito do Mercosul e

“interpretação jurídica da normativa do Mercosul” contidos respectivamente nos Art. 3 inciso 1 e 4 do RPO, analisados à luz do espírito e do sistema do PO – cujo preâmbulo afirma “Que a evolução do processo de integração no âmbito do Mercosul requer o aperfeiçoamento do sistema de solução de controvérsias” –, justificam que com base em tal fundamento normativo possa conferir-se a este Tribunal a possibilidade de pronunciar-se sobre a inaplicabilidade das normas do direito derivado por violação de disposições do direito originário do MERCOSUL, pois caso contrário este TPR se encontraria aberrantemente obrigado a declarar aplicável e/ou aplicar uma norma do direito derivado, ainda quando a mesma estivesse em manifesta contradição ao Tratado de Assunção ou ao resto do direito originário, o qual ao mesmo tempo seria um contra-senso institucional de gravíssimo nível. Além dos referidos princípios do Direito de Integração, pode considerar-se que a atribuição para proceder nesse sentido (inaplicabilidade de uma norma derivada) surge implícita da escala normativa do direito do MERCOSUL (artigos. 41 do POP, e 1, 34 e 39 do PO)²⁴. Nesse sentido, textualmente se lê nas conclusões do relatório final do Foro Constitucional Ibero-americano: “Assim, deve interpretar-se que o atual sistema permite, no mínimo, inaplicações ao caso concreto da normativa do Mercosul, que os Tribunais Ad Hoc ou o TPR considerem “ilegais” no marco das controvérsias das quais estejam conhecendo. Assim também, deve interpretar-se que o atual sistema permite ao TPR pronunciar-se sobre essa “ilegalidade” no marco das opiniões consultivas” (Relatório final – Foro Constitucional Ibero-americano – 9 a 14 de Agosto de 2004 – Assunção, Paraguai – pág. 2). Esclarece-se que não estamos dizendo que este TPR tem competência nesta instância para declarar a nulidade dos artigos em questão, mas obviamente faculdade para declarar sua inaplicabilidade ao caso concreto.

ii) Desconhecer a legitimidade do TPR para proceder conforme, significaria que os próprios tribunais nacionais, teriam então a competência de declarar a incompatibilidade precedentemente mencionada, provocando então a vigência não uniforme do direito do Mercosul no território dos Estados Partes, além de desnaturalizar por completo a competência jurisdicional de um tribunal comunitário (mais uma vez sem comparação alguma no Direito Comparado).

iii) O Laudo Arbitral de 4 de abril de 2003, já tinha afirmado “*o certo é que o ordenamento jurídico do Mercosul (que não tem dúvida que pode e deve qualificar-se de tal, por muito que possa discutir-se sua plenitude, tendo em conta que estamos como se tem descrito, perante um ordenamento organizado e estruturado, que possui suas próprias fontes, dotadas de órgãos e procedimentos aptos para emití-las, interpretá-las, bem como para constatar e sancionar os casos de descumprimentos e as violações*”²⁵

iv) Citamos tão só enunciativamente a Decisão CMC Nº 25/00, o Preâmbulo do PO onde se menciona expressamente a interpretação, aplicação e cumprimento do Direito do Mercosul de forma consistente e sistemática; o Preâmbulo do RPO onde se fala de assegurar a efetividade dos mecanismos pertinentes e a maior segurança jurídica do processo de integração, o Preâmbulo da Decisão CMC Nº 30/05 (Regras de Procedimento do TPR), bem como o ponto 3.2 do Programa de Trabalho 2004/2006

²⁴Perotti, Alejandro Daniel, “El control de legalidad de las normas del MERCOSUR por el juez nacional”, Revista DeCitas. Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades, Nº 3, 2005, ed. Zavalía, Buenos Aires, Argentina, págs. 558 a 560.

²⁵ Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur – Incompatibilidad del Régimen de Estimulo a la Industrialización de Lana Otorgado por Uruguay establecido por la Ley 13.695/68 y Decretos Complementarios con la Normativa Mercosur que Regula la Aplicación y Utilización de Incentivos en el Comercio Intrazona, Asunto 1/03, BOM Nº 24, 2003. Pag. 179

aprovada pela Decisão CMC nº 23/06, onde o item 3.2 reza textualmente: “*por em funcionamento o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul dotando-o de infraestrutura e recursos necessários para o adequado exercício de suas tarefas*”. Tudo isso demonstra que a constante preocupação no Mercosul tem sido lograr a maior uniformidade possível na interpretação do Direito do bloco e ao mesmo tempo a eficácia e efetividade de acionar este Tribunal.

v) Especificamente, o Art. 1 do Regulamento do Procedimento para as Solicitações de Opiniões Consultivas, viola flagrantemente as normas do Mercosul precedentemente citadas, porque de nenhuma maneira estabelece um mecanismo que assegure a uniforme interpretação do Direito do Mercosul nos Estados Partes, deixando a cada país a regulação das mesmas quanto ao trâmite interno. Refere-se, assim como outorgando poderes a cada Corte Suprema de Justiça na hora de tramitar as opiniões consultivas. Pelo contrário, o sistema estabelecido estrutura-se de maneira tal a produzir efeitos totalmente contrários a tais objetivos, e se logra desafortunadamente um direito derivado que não somente está em absoluta inconformidade com o pertinente direito originário, senão que da liberdade à criação de um direito derivado por cada Estado Parte, o qual é inconcebível. Além disso, especificamente viola o Art. 3 do PO, pois o Conselho do Mercado Comum não definiu os procedimentos, senão que os delega inapropriadamente a cada tribunal interno.

vi) Quanto ao Art. 6 do Regulamento analisado, a frase “por intermédio da PPT”, em primeiro termo, despoja o TPR de um atributo básico de qualquer tribunal: o controle direto das etapas e prazos que fazem o procedimento de uma causa já iniciada perante o mesmo. Em segundo termo, cria um sistema de absoluta e determinante desigualdade processual, já que será sempre a Coordenação Nacional do país que exerça a Presidência Pro Tempore, a que redistribuirá as demais Coordenações Nacionais a documentação que faz ao caso, vencendo os prazos de resposta nas datas totalmente diferentes entre si, sem que o TPR possa fazer nada a respeito. Muito menos assegurar seu cumprimento. Em ambos extremos citados, se viola o princípio da certeza e seguridade jurídica consagrado no direito originário do Mercosul, desnaturalizando-se com tudo isso o citado princípio do fortalecimento institucional do TPR (entre outros: Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, Protocolo de Las Leñas, o mesmo PO e o mesmo RPO). Em terceiro lugar, o Art. 6 viola ao Art. 13 do Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul, aprovado pela Decisão CMC Nº 23/05, já em vigor nos quatro Estados Partes. E mais, o Parlamento já foi inaugurado em 14 de dezembro de 2006. Deve-se incluir no Art. 6 ao Parlamento do Mercosul, o que implica outra violação de uma obrigação instituída no direito originário.

vii) Quanto ao Art. 11 do Regulamento analisado, não garante um mecanismo que assegure a participação dos particulares, já que a forma de pagamento dos gastos desincentivará com toda segurança as opiniões consultivas de todos os países, pequenos ou grandes do Mercosul. Ao limitar o acesso dos particulares infringe no ponto 3.2 do Programa de Trabalho 2004-2006 aprovado pela Decisão CMC Nº 23/06. Deste modo, infringe o mesmo Tratado de Assunção, que textualmente reza: “CONSIDERANDO que a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais, através da integração, constitui condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social” (parágrafo primeiro), “CONSCIENTES de que o presente Tratado deve ser considerado como um novo avanço no esforço tendente ao desenvolvimento de forma progressiva da integração da América Latina...” (parágrafo

quinto), “CONVENCIDOS da necessidade de promover o desenvolvimento científico e tecnológico dos Estados Partes e de modernizar suas economias para ampliar a oferta e a qualidade dos bens e serviços disponíveis a fim de melhorar as condições de vida de seus habitantes” (parágrafo primeiro) (parágrafo sexto) e “REAFIRMANDO sua vontade política de deixar estabelecidas as bases para uma união cada vez mais estreita entre seus povos” (parágrafo sétimo); (os sublinhados são nossos). Depreende-se, de uma parte, que a finalidade principal da carta constitucional do MERCOSUL foi, em definitiva, melhorar as condições de vida dos cidadãos dos Estados Partes, o qual se transforma no objetivo básico e fundamental do processo de integração, e por outra parte que resulta incompatível com o direito do MERCOSUL toda discriminação injustificada entre os cidadãos de um Estado Parte e outro”. Igualmente, este Art. 11 é discriminatório quanto a forma de pagamento das consultas, conforme provenham dos Órgãos do Mercosul, os países ou as Cortes Supremas de Justiça. Isso viola a natureza e finalidade da opinião consultiva com as quais clara e terminantemente pode-se falar de uma violação ao PO, a seu espírito e intenção legislativa. O PO reza em tal sentido que “RECONHECENDO que a evolução do processo de integração no âmbito do Mercosul requer do aperfeiçoamento do sistema de solução de controvérsias” e “CONSIDERANDO a necessidade de garantir a correta interpretação, aplicação e cumprimento dos instrumentos fundamentais do processo de integração e do conjunto normativo do Mercosul, de forma consistente e sistemática” (parágrafos segundo e terceiro)]. Além disso, pode considerar-se como violatória “a dinâmica implícita em todo o processo de integração e a conseqüente necessidade de adaptar a estrutura institucional do Mercosul às transformações ocorridas” (reconhecida no preâmbulo do POP, parágrafo quarto). Também é discriminatório porque as opiniões consultivas têm o objetivo da interpretação e aplicação uniforme do Direito de Integração do Mercosul, e pagando somente o Estado Parte do juiz consultante, traz como conclusão um benefício gratuito para os outros Estados Partes. Vale dizer que o Estado Parte que faz o esforço pela consolidação institucional e jurídica do Mercosul, paga por todos os demais. Ao ser um benefício para todos os Estados Partes, terá que aplicar o princípio que rege em matéria de orçamento na Secretaria do Mercosul, exposto no Art. 45 do POP (financiamento por partes iguais dos Estados Partes). Esse último atenta inclusive contra o mero sentido comum, mas, ainda, resulta evidente que o princípio do não enriquecimento ilícito está fundamentado como princípio geral do Direito de Integração. Como se menciona ao limitar desta forma o acesso dos particulares, o sistema criado infringe o ponto 3.2 do Programa de Trabalho 2004-2006, aprovado pela Decisão CMC Nº 26/03, já que termos relativos custarão mais a um Estado Parte que a outro, e nos fatos significará sem dúvida alguma que os particulares de um Estado Parte terão mais facilidade para acessar opinião consultiva ao TPR com relação aos particulares de outros Estados Partes, com os quais novamente se provoca uma discriminação. Nas opiniões consultivas a diferença das controvérsias país-país, tem um interesse direto comum em todo o território do espaço comunitário. Reitera-se que a opinião consultiva terá mais força expansiva que a controvérsia país-país, no sentido de que será de utilidade para todos os tribunais nacionais dos Estados Partes do Mercosul (não somente beneficiará a judicatura do magistrado consultante ou ao seu país). A construção do direito do Mercosul é tarefa comum de todos os Estados Partes. O Art. 11 aprofunda flagrantemente as assimetrias porque não custa o mesmo, em termos de PIB, uma consulta ao Uruguai ou ao Brasil, e por isso, o sistema já adotado, vai frontalmente contra a política adotada pelo Mercosul de reduzir a assimetria, neste caso econômica. O sistema adotado vai provocar com toda certeza que tenha países que perante uma

questão orçamentária limitem e restrinjam sub-repeticivamente – através das Chancelarias e as Cortes - os pedidos de seus juízes consultantes. Isso faz com que se infrinja a política de assimetria do Mercosul, política que implica a eliminação dos graus de desenvolvimento diferenciado que pode provocar o processo de integração, e que teve seu reflexo normativo no POP, ao mencionar seu preâmbulo que “(os Estados Partes) Reafirmando os princípios e objetivos do Tratado de Assunção e atentos á necessidade de uma consideração especial para os países e regiões menos desenvolvidas do Mercosul”. Isto continuou sendo desenvolvido ao longo de uma vasta atividade legislativa do Mercosul (traduzida em vários Protocolos, Acordos e Decisões sobre Assimetrias).

viii) Resumindo, os artigos citados resultam inaplicáveis por sua absoluta inconformidade com o direito originário do Mercosul acima exposto.

3. Questão de inaplicabilidade por inconformidade com o Direito originário do Mercosul da Resolução do Grupo Mercado Comum Nº 02/07.

Esta Resolução autoriza a República do Paraguai a solver os gastos derivados da tramitação desta opinião consultiva. Brevitatis causa pelos mesmos argumentos já mencionados esta resolução resulta igualmente inaplicável por sua manifesta inconformidade com o Direito originário do Mercosul.

4. Caráter vinculante das declarações de inaplicabilidade.

É óbvio que esta opinião consultiva para a Magistrada consultante, não é vinculante para a mesma (Art. 11 do RPO). A inaplicabilidade decretada nos itens 2 e 3 precedentes, constitui uma questão interna do Mercosul, quer dizer uma questão que afeta ao TPR com o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Secretaria do Mercosul. Por causa disso, esta declaração de inaplicabilidade deve ser vinculante, sendo ela uma questão alheia à Magistrada consultante. Esta obrigatoriedade deve ser determinada pelo TPR, ao ser este, junto com os Tribunais Ad Hoc os órgãos exclusivos do Mercosul facultados a proceder à interpretação e aplicação das normas do Mercosul. Os artigos 2.1 e 3 das Regras de Procedimento do TPR assim o confirmam. Assim mesmo, dada a transcendência institucional de uma declaração de inaplicabilidade de uma norma do Mercosul, resulta absolutamente necessário que se estabeleça que essa declaração é e deve ser obrigatória. Sustentar o contrário implicaria uma gravíssima situação institucional já que isso comportaria o fato de que uma norma do Mercosul de Direito derivado reconhecida pelo TPR como incompatível com o Direito originário do Mercosul, fosse suscetível ao mesmo tempo de ser aplicada pelos órgãos do bloco que estejam envolvidos em sua elaboração e cumprimento.

H. HONORÁRIOS e GASTOS DO PRESENTE CASO

1. Sendo inaplicável o Regulamento estabelecido, conforme ao precedentemente exposto, entendemos que este Tribunal está perfeitamente habilitado conforme a normativa vigente, a estabelecer a forma de pagamento dos mesmos.

2. A opinião consultiva, dada sua natureza, se bem surge dentro do contexto de uma controvérsia nacional, é a função mais importante de um tribunal comunitário, conforme nos ensina indiscutivelmente a experiência histórica no Direito Comparado. A diferença de uma controvérsia país-país, em uma opinião consultiva existe um interesse social comum, já que a interpretação e aplicação uniforme do direito de integração beneficia por igual a todos os Estados Partes, conforme já ficou resumido.

3. Em conseqüência, o correto é estipular que a presente opinião consultiva seja sufragada quanto a honorários e gastos que se refere, de forma proporcional e igualitária, por todos os Estados Partes do Mercosul, com os fundos existentes de cada uma das

sub-contas nacionais do Fundo Especial para Controvérsias, estruturado pela Decisão CMC N° 17/04.

4. Sem prejuízo da determinação deste Tribunal – sobre de que os gastos da presente Opinião Consultiva deverão ser sufragados em partes iguais por todos os Estados Partes, a partir das Contas Nacionais do “Fundo Especial para Controvérsias” previsto na Decisão CMC N° 17/04 –, deve assinalar que a efetivação do pagamento a cada um dos integrantes do Tribunal deverá ser realizada pela Secretaria do MERCOSUL dentro do prazo de 30 DIAS seguintes a emissão desta Opinião Consultiva. Caso em que para a data indicada, a Conta Nacional de algum Estado Parte não disponha de fundos suficientes para afrontar, em parte ou a totalidade dos gastos do integrante do Tribunal a que corresponde sua nacionalidade, a Secretaria do MERCOSUL deverá, obrigatoriamente, proceder a descontar os fundos faltantes das Contas Nacionais dos demais Estados Partes, de forma igualitária, devendo posteriormente – quando existirem fundos na conta faltante – realizar as compensações e transpasso das contas pertinentes.

A competência deste Tribunal para determinar a presente forma de pagamento surge implícita do artigo 36 do Protocolo de Olivos, interpretado à luz do preâmbulo de tal Protocolo e, mais em geral, do sistema e do espírito do mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL. Nesse sentido, não deve esquecer que, tal como mencionou o Tribunal *ad hoc*, o Direito do MERCOSUL deve ser interpretado de uma maneira global (interpretação sistemática). Com efeito, tal Tribunal apoiou em seu momento, que «a tarefa do Tribunal não consiste em decidir sobre a aplicação de alguma ou algumas disposições específicas e isoladas, senão em situar e resolver a controvérsia apresentada sob a perspectiva do conjunto normativo do MERCOSUL (Protocolo de Ouro Preto, art. 41), interpretando-o à luz das relações recíprocas que emanam do conjunto dessas normas e dos fins e objetivos que os Estados Partes assumiram explícita e implicitamente ao adotar tais normas, confirmados por seus atos posteriores no contexto de um projeto integrador comum»²⁶; entendimento este que tem sido também acompanhado por este Tribunal Permanente, no seu assunto TPR-1/06 (*pneumáticos recauchutados*)²⁷.

I. RESSALVA DE DISSIDÊNCIA

Este preopinante deixa constar de sua dissidência quanto a providencia de traslado por trinta dias corridos decretada por este TPR em maioria, na data 1 de fevereiro de 2006, as Coordenações Nacionais do GMC, porque na oportunidade em que foi ditada transgredia o Art. 7 do Regulamento do PO, entre outros motivos. Desse modo se deixa constar de que por principio estamos totalmente de acordo no traslado de cada petição de opinião consultiva a tais Coordenações Nacionais por ser institucionalmente muito correto esse passo, mas sempre na oportunidade processual adequada, e não atemporal.

No seu turno o Dr. Nicolás Becerra expõe:

A) Relação fática do caso.

²⁶TAHM, laudo de 28 de abril de 1999, Comunicados N° 37/1997 y N° 7/1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaria de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al comercio recíproco, asunto 1/99, BOM N° 9, junio, 1999, pág. 227 [considerando §49, ver asimismo considerandos 50, 51 y 85 (i)]; en igual sentido similar laudos de 10 de marzo de 2000, Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre productos Textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (MEOySP), asunto 1/00, BOM N° 13, junio, 2000, pág. 115 (considerandos III.D.3), y de 6 de septiembre de 2006, Omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay, asunto TAH-1/06 (considerandos II-G:155 y III-186; *pendiente de publicación* en el Boletín Oficial del MERCOSUR, disponible en <http://www.mercosur.int/msweb/>).

²⁷TPR, aclaratoria de 13 de enero de 2006, laudo de revisión Prohibición de importación de neumáticos remoldeados, asunto TPR-1/06 (considerandos 2:VII, 2:XII y 2:XXIX; *pendiente de publicación* en el Boletín Oficial del MERCOSUR, disponible en <http://www.mercosur.int/msweb/>).

1. No dia 22 de maio de 2000, a sociedade argentina “Laboratórios Northia S.A.C.I.F.I.A.” celebrou um contrato de distribuição com a sociedade paraguaia “Norte S.A. Importação – Exportação”. Na cláusula 22 do referido contrato se estabeleceu: “22.1. Lei aplicável: o presente contrato, todos os termos do mesmo e a relação entre as partes estarão exclusivamente regidos e se lhe aplicarão as leis substantivas argentinas. As partes acordam dar plena vigência às normativas incorporadas pelo MERCOSUL, entre os Estados Partes, que regula as contratações de compra e venda internacional de mercadorias, submetendo-se ao estabelecido pelo Protocolo de Buenos Aires. 22.2. Jurisdição: qualquer controvérsia ou petição que surja do contrato ou esteja relacionada com o mesmo, ou qualquer contrato que doravante surja do presente, quer seja referente a contratação, ou a um agravo, ou todo o referido ao período de finalização ou validade do mesmo, será exclusivamente estabelecido nos tribunais ordinários da Cidade Autônoma de Buenos Aires da República Argentina”.

2. “Norte S.A. Importação – Exportação” demandou perante a Jurisdição de Assunção, República do Paraguai, a “Laboratórios Northia S.A.C.I.F.I.A.” por danos e prejuízos derivados de responsabilidade contratual. A demandada opôs a exceção previa de incompetência, sustentando sua posição na existência de um acordo sobre eleição de foro, no amparo do estabelecido pelo artigo 4 do “Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual” (doravante PBA) e sua aplicação prevalente sobre a Lei paraguaia Nº 194/93. A autora, ao contestar a excepcionalidade, recusou a argumentação da excepcionante, invocando no substancial os seguintes extremos: a) o caráter irrenunciável da Lei paraguaia Nº 194/93; b) que o caso enquadra dentro dos contratos excluídos do âmbito de aplicação do PBA (“contrato de venda ao consumidor”); e c) que corresponde a aplicação do “Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo” (doravante PSM). Assim mesmo peticionou a Senhora Juíza que elevará os antecedentes do caso a Corte Suprema de Justiça da República do Paraguai, aos efeitos de que esta solicitará ao TPR do MERCOSUL uma opinião consultiva, em conformidade com o artigo 3 do “Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no MERCOSUL” (doravante PO).

B) Regime normativo das opiniões consultivas. Competência do TPR.

4. Que o PO no seu Art. 3º autorizou ao Conselho do Mercado Comum a estabelecer mecanismos de solicitações de opiniões consultivas. Por sua vez, o Regulamento do Protocolo de Olivos (doravante RPO) em seu Art. 2º, já autorizou a petição de opiniões consultivas a este Tribunal, habilitando a solicitá-las, entre outros, aos Tribunais Superiores dos Estados Partes com jurisdição nacional. Assim mesmo, o Art. 4º do RPO refere-se ao tema, estipulando que as opiniões consultivas deverão abarcar exclusivamente questões atinentes a interpretação jurídica da normativa do Mercosul, sempre que se vinculem com causas que estejam sendo tramitadas no Poder Judicial do Estado Parte solicitante.

5. No inc. 2) do art. 4 do RPO, se estabelece que o procedimento para solicitações de opiniões consultivas deve ser regulamentado, o qual sucedeu como conseqüência do ditado da Decisão Nº 02/07 de data 18 de janeiro de 2007.

Das normativas mencionadas surge claramente a competência do TPR para emitir a opinião consultiva requerida, toda vez que estas tenham que referir-se exclusivamente a interpretação jurídica do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção das Decisões do CMC, das Resoluções do GMC e das Diretivas do CMC.

No caso que nos ocupa trata-se de interpretar o Protocolo de Buenos Aires (doravante PBA), que foi oportunamente aprovado e ratificado por todos os atuais Estados Partes. A República do Paraguai pela Lei 597/95 e a República Argentina pela Lei 24.669/96.

C) Natureza e alcance da Opinião Consultiva.

No marco de um sistema de integração, as opiniões consultivas emanadas de um Juiz Nacional e dirigidas a um Tribunal Comunitário devem ser consideradas como interpretações prejudiciais, toda vez que o Juiz Comunitário deve interpretar o direito de integração – neste caso do Mercosul -, ficando claramente definido que a aplicação de tal interpretação, é de exclusiva competência jurisdicional do Órgão Judicial que formulou a consulta.

D) Protocolo de Buenos Aires. Sua aplicabilidade.

A organização comunitária do Mercosul desenvolve sua “Constituição material” através de sete tipos normativos ou formas jurídicas da Integração com um regime jurídico diferenciado: 1- Tratado de Assunção, 2- Protocolos Institucionais, 3- Acordos de Complementação Econômica, 4- Protocolos Operativos, 5- Acordos de Cooperação Intra-regional, 6- Acordos de Cooperação Inter-regional, 7- Acordos de intenção e entendimento (confrontar em Rimoldi de Ladmann, Eve, “A integração como sistema. As variáveis política, econômica e jurídica”, Tese doutoral, Buenos Aires, Faculdade de Direito e Ciências Sociais, Universidade de Buenos Aires, 1982). A dinâmica implícita em todo processo comunitário se integra, como vemos com os protocolos, os quais formam parte do Tratado, de tal modo que a adesão de um país a este último implica a aplicação *ipso iure* dos mesmos. Isso determina que sua natureza jurídica participe do Tratado aos que ascedem, e assim passam confirmar o Direito Comunitário originário e constitucional no sentido material (isso surge de forma expressa do Protocolo de Ouro Preto, que no artigo 41, ao indicar as fontes jurídicas do Mercosul, cita em forma conjunta “I-O Tratado de Assunção, seus protocolos e os instrumentos adicionais ou complementares. . . “.

Segundo Laura Dromi San Martino em Direito Constitucional da Integração, pág. 263 e sgtes., os protocolos se distinguem entre institucionais e operativos. Os primeiros regulam os mecanismos de governo e administração do MERCOSUL e a estruturação dos órgãos comunitários. Os protocolos e acordos operativos têm por finalidade instrumentar normas de coordenação e políticas de harmonização legislativa em assuntos determinados, assim como também facilitar a circulação dos fatores de produção coadjuvando a realizar os objetivos da integração, sejam estes previstos originariamente pelo Tratado de Assunção ou não.

Dentro dos mecanismos de harmonização e cooperação jurídica adotados no marco da integração do Mercosul se observam acordos e protocolos relativos à assistência jurídica mútua, a cooperação jurisdicional, determinação de responsabilidades e protocolos relativos a soluções de controvérsias.

Entre os protocolos de cooperação jurisdicional pode mencionar-se o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, que se aplica a jurisdição contenciosa internacional de contratos de natureza civil celebrados entre particulares, pessoas físicas ou jurídicas com domicílio ou sede social no território de pelo menos um dos Estados Partes do MERCOSUL.

No caso que nos ocupa entendo que resulta de aplicação o Protocolo de Buenos Aires que tem sido oportunamente assinado e ratificado pelos Estados Partes. O tema trazido para consulta se encontra compreendido no âmbito de aplicação do referido protocolo, em tanto e quanto se trata de um conflito referido a um contrato internacional

de natureza comercial que surgiu entre pessoas jurídicas com domicílio em dois Estados Partes do MERCOSUL (Argentina e Paraguai). O Protocolo de Buenos Aires seguindo o critério predominante atual em matéria de contratação internacional consagra o princípio da autonomia da vontade em matéria de eleição de jurisdição. Conseqüentemente a cláusula 22.2 do Contrato assinado entre as sociedades em conflito tem plena validade.

Por outra parte o caso trazido a opinião do TPR não está compreendido em nenhuma das situações excluídas do âmbito de aplicação do PBA por seu artigo 2º. Assim mesmo não pode qualificar-se o contrato de relação de consumo, toda vez que se trata de um convênio de distribuição excluído da aplicação do Protocolo de Santa Maria sobre jurisdição internacional em matéria de Relações de Consumo, Protocolo que por outra parte não se encontra vigente.

Portanto, interpreto que corresponderia a eleição dos Tribunais da República Argentina realizada no Contrato, a que é válida em tanto não surge que tenha sido obtida de forma abusiva (artigo 4), e tal jurisdição tem vínculos de razoabilidade com o conflito apresentado (artigo 1). Esta interpretação é sem prejuízo da que oportunamente realize o Juiz interveniente.

O princípio da primazia indica que as normas comunitárias têm hierarquia superior as do direito interno dos Estados membros. No bloco de constitucionalidade do MERCOSUL não se estabelece a supremacia ou primazia das normas comunitárias, quando estas entram em conflito com as do direito interno. Sem dúvida, o princípio de preferência ou primazia é uma resposta jurídica a necessidade de homogeneizar o regime jurídico de integração, dando segurança jurídica no âmbito dos países membros. Sem dúvida, concordo na reserva de ordem pública que o próprio PBA contem em seu artigo 5º e que constitui um obstáculo à atuação do direito estrangeiro, como também que as normas de direito comercial nacional e internacional são por regras gerais de ordem pública relativa devido que geralmente não existe um interesse social comprometido.

Em definitivo, entendo que no caso em questão prevalece a aplicação do PBA sobre a Lei Nacional Paraguaia Nº 1294/93.

E) Aplicabilidade da Decisão CMC Nº 02/07 e regime de honorários e gastos. (Res. GMC Nº 02/07)

Neste tema concordo com o voto do Dr. Ricardo Olivera, toda vez que desde o ponto de vista processual entendo que é perfeitamente aplicável a regulamentação ditada para as opiniões consultivas e também o estabelecido como regime de honorários e gastos pelo CMC e GMC. Sem prejuízo de considerar que em virtude dos princípios que regem a integração, resultaria apropriado que os gastos e custos das opiniões consultivas sejam suportados por todos os Estados Partes.

Em seu turno o Dr. José Antonio Moreno Ruffinelli, acompanhado pelo Dr. João Grandino Rodas, expõem:

O MERCOSUL constitui ainda hoje um processo de integração marcado pelo acionar inter-governamental. Não obstante, o direito do MERCOSUL “necessita” não ficar sujeito ao risco do que estabeleçam as normas nacionais dos Estados Partes. Essa e não outra é a filosofia da decisão do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (TJCE) em “Costa c. ENEL”, ditada quando a Comunidade Econômica Européia havia apenas começado e não havia indícios tão claros de que se chegaria a supremacia do direito comunitário. O TJCE assinalou que não tem outra forma possível de fazer funcionar a Comunidade e de fazer respeitar as obrigações assumidas pelos Estados que colocar o direito emanado do bloco em outro nível, diferente. A supra-nacionalidade – como

superação do inter-governamental – é um termo às vezes ambíguo. Não obstante, o mesmo fato –entre outros– de que os Estados tenham se comprometido a respeitar as decisões das controvérsias submetidas ao TPR já cria, em certo sentido, um marco de supra-nacionalidade. As opiniões consultivas, que não são vinculantes para o julgador nacional, constituem um formidável instrumento de harmonização, contribuindo assim, de maneira efetiva, a atmosfera de supra-nacionalidade que deve impregnar como aspiração o avanço de todo processo de integração.

Esta consulta guarda relação com o Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre Jurisdição Internacional em matéria contratual (PBA) e sua aplicação a um caso em particular, tal qual se descreve acima.

Sobre o tema, corresponde fixar algumas precisões gerais muito importantes como pautas interpretativas para este e outros casos análogos que possam ser apresentados dentro do bloco.

Os Protocolos de Direito internacional privado são convenções internacionais, mas, convenções muito particulares ao estarem contidas em Decisões do MERCOSUL – que tem caráter obrigatório de acordo ao Protocolo de Ouro Preto– e terem sido adotadas no marco de um processo de integração. Esses dados são fundamentais na hora de fixar a interpretação de suas normas. É verdade que têm que seguir o processo de incorporação previsto em cada Estado – dado que ainda não existe uma instância supranacional legislante da qual pudesse derivar normas como estas destinadas a sua aplicação direta nos países membros–, mas, uma vez em vigor essas convenções devem interpretar-se e aplicar-se em função das finalidades do MERCOSUL.

Sobre o PBA, já faz quase 40 anos que a Convenção de Viena de direito dos tratados acolheu a já estabelecida regra de que não se pode invocar normas nacionais para evadir o cumprimento de normas contidas nos tratados em vigor. As Constituições paraguaia e argentina em vigor, além disso, consagram o mesmo princípio.

As normas do PBA não são incertas nem condicionais. Pelo contrário, estabelecem claramente que, dentro de seu âmbito de aplicação, é competente em primeiro lugar o juiz que as partes tenham escolhido, livre e voluntariamente, pois não é outro o alcance do princípio da autonomia da vontade consagrado no PBA.

O Protocolo de Santa Maria foi invocado por erro. Não somente não está em vigor senão que se refere a uma questão muito concreta que são as relações de consumo, situação que não tem nada que ver com a apresentada no caso daquela época.

No jogo normal do Direito internacional privado, a internacionalidade dos casos é um orçamento. A hipótese de ter que litigar no estrangeiro forma parte desse jogo normal. A admissão da autonomia da vontade para determinar o juiz competente, que é uma tendência amplamente generalizada a nível mundial tem, entre outras virtudes, a de “avisar” aos contratantes da existência da possibilidade de ter que litigar no estrangeiro. Aceitar, livre e voluntariamente a cláusula e depois tentar desconhecê-la é, em princípio, um claro ato de má fé.

Em particular, entre países limítrofes que participam de um processo de integração, não tem nenhum elemento que autorize a descartar o que as partes têm pactuado livremente para substituí-lo pela vontade unilateral de uma delas. Os Estados Partes do MERCOSUL e qualquer Estado pode legitimamente proibir a autonomia da vontade; sem dúvida, os países do MERCOSUL incorporaram todos a seu ordenamento o PBA que diz exatamente o contrário. Assim como todos aceitam a arbitragem, através das regras nacionais e das Convenções de Panamá e Nova Iorque. Seria contraditório que o juiz paraguaio não pudesse entender na causa por uma submissão a árbitros que atuem em

outro continente, por exemplo, e que em troca não respeitasse uma submissão aos tribunais de um Estado Parte do MERCOSUL.

Tal é o sentido e alcance do princípio da autonomia da vontade, plenamente vigente como regra nos quatro países do MERCOSUL no que respeita a prorrogação de jurisdição, erguendo como um pilar de suma transcendência de espírito integracionista.

Agora passamos a outra questão diretamente vinculada: a da ordem pública como limite excepcional a autonomia da vontade. Em Direito internacional privado, a ordem pública constitui o obstáculo para a aplicação de um direito estrangeiro que em virtude de uma norma de origem convencional –tratado– ou legal houvesse tido virtualidade por infringir, no caso específico que se apresentem postulados fundamentais do direito do tribunal julgador.

Afirmou-se, além disso, a expressão de ordem pública internacional para assim expressar que um tribunal local deveria avaliar de maneira distinta uma vinculação meramente local de uma internacional, dadas suas peculiaridades, como ocorreram, por exemplo, na França no seu momento, quando a Corte de Cassação entendeu que uma cláusula-ouro que atara uma obrigação ao mencionado valor, si bem se encontrava restringida para vinculações internas, poderia ser pactuada para operações internacionais sem que com isso se esteja afetando a “ordem pública interna”. De modo que, nas transações internacionais, para esta doutrina, a violação a ordem pública deveria ser “manifesta”, expressão que vem incluindo desde várias décadas em instrumentos de Direito internacional privado emanados de La Haya e outros inspirados neles.

Mas, em paralelo a este obstáculo genérico à aplicação do direito forense conhecido como ordem pública ou ordem pública internacional, se encontram normas específicas também de ordem pública, conhecidas como normas “imperativas”, “de aplicação direta ou imediata”, “*mandatory*” (em inglês) ou “*de police*” (em francês), que como tais são diretamente aplicáveis. Quer dizer, não se entra na análise conflictualista de qual direito corresponderia aplicar para somente a partir do resultado em concreto avaliar si se está violando ou não a ordem pública, senão se aplicam diretamente as normas imperativas. Aqui a terminologia não é uniforme, porque estas normas também são qualificadas como de ordem pública. Como seja, os distintos sistemas jurídicos contam com estas normas que são irrenunciáveis e que evitam a operação do mecanismo conflitual do Direito Internacional privado. Perante elas, o julgador do foro procederá diretamente à sua aplicação e assim o habilitam as respectivas reservas de ordem pública que podem conter os instrumentos internacionais.

Cabe acrescentar que as normas imperativas correspondem fundamentalmente a duas ordens de interesses que se pretendem resguardar. Por um lado, a chamada ordem pública de direção, quer dizer, a potestade que tem o Estado de intervir em questões que afetem sua soberania ou processar econômico, como ocorre com regulamentos relativos à moeda ou a defesa da competência, por citar exemplos. E, por outro lado, a chamada ordem pública de proteção, que cada Estado o estabelece e regula normalmente para salvaguardar direitos de partes débeis na contratação, como por exemplo os consumidores. Esta proteção se estabelece no entendimento de que existem orçamentos em que a não contratação não é fruto da livre vontade senão de outros fatores. E, ao não haver vontade livre não pode falar-se de autonomia da vontade, que é precisamente o orçamento que faria operativo o PBA neste caso. Em definitivo, depende de cada Estado o alcance de sua ordem pública de direção ou proteção como limites excepcionais a autonomia da vontade.

Está claro, que o PBA não colide com o dito. O mesmo está destinado a regular operações contratuais livremente contraídas. Condena os abusos (artigo 2.1), o que deverá ser avaliado pelo juiz em cada caso em particular, o que também deverá avaliar se o caso em questão está afetando sua ordem pública de direção de proteção, em geral ou através de violações específicas de normas imperativas –também de ordem pública– que pudessem ter o país em questão.

Em círculos universais e regionais pode advogar-se fervorosamente cada vez com maior ímpeto, sobre a necessidade de que se harmonizem também as restrições de âmbito imperativo, em áreas de uma integração mais eficaz dos distintos sistemas jurídicos, e tal deveria ser o Norte dos negociadores e legisladores dos países do MERCOSUL. Esses deveriam apontar a que as restrições de ordem imperativa sejam não só excepcionais – para não haver confusão do princípio da autonomia da vontade, um dos pilares da contratação moderna– senão, fundamentalmente, a que as soluções sejam homogêneas, tal qual veio ocorrendo na União Européia com as diversas diretrizes de ordem imperativa que atentam a contratação internacional.

Concluindo, cabe interpretar o PBA como um instrumento que garante a deferência a foros estrangeiros dentro do bloco através do exercício da autonomia da vontade. Os abusos ou as violações em concreto a normas ou princípios de âmbito imperativo serão objeto de julgamento de parte do julgador nacional interveniente.

A seu turno o Dr. Ricardo Olivera García expõe:

A) Relação fática do caso.

1. No dia 22 de maio de 2000, a sociedade argentina “Laboratórios Northia S.A.C.I.F.I.A.” celebrou um contrato de distribuição com a sociedade paraguaia “Norte S.A. Importação – Exportação”. Na cláusula 22 do referido contrato se estabeleceu: *“22.1. Lei aplicável: o presente contrato, todos os termos do mesmo e a relação entre as partes estará exclusivamente regida e se lhe aplicarão as leis substantivas argentinas. As partes acordam dar plena vigência a normativa incorporada pelo MERCOSUL, entre os Estados Partes, que regula as contratações de compra-venda internacional de mercadorias, submetendo-se ao estabelecido pelo Protocolo de Buenos Aires. 22.2. Jurisdição: qualquer controvérsia ou petição que surja do contrato ou esteja relacionada com o mesmo, ou qualquer contrato que doravante surja do presente, quer seja referente a contratação, ou a um agravo, ou todo o referido ao período de finalização ou validade do mesmo, será exclusivamente estabelecido nos tribunais ordinários da Cidade Autónoma de Buenos Aires da República Argentina”*.

2. “Norte S.A. Importação – Exportação” demandou perante a Jurisdição de Assunção, República do Paraguai, a “Laboratórios Northia S.A.C.I.F.I.A.” por danos e prejuízos derivados de responsabilidade contratual. A demandada opôs a exceção prévia de incompetência, sustentando sua posição na existência de um acordo sobre eleição de foro, no amparo do estabelecido pelo artigo 4 do “Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual” (doravante PBA) e sua aplicação prevalente sobre a Lei paraguaia Nº 194/93. A autora, ao contestar o excepcionamento, recusou a argumentação da excepcionante, invocando no substancial os seguintes termos: a) o caráter irrenunciável da Lei paraguaia Nº 194/93; b) que o caso enquadra dentro dos contratos excluídos do âmbito de aplicação do PBA (“contrato de venda ao consumidor”); e c) que corresponde à aplicação do “Protocolo de Santa Maria sobre

Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo” (doravante PSM). Assim mesmo, peticionou a Senhora Juíza que levara os antecedentes do caso a Corte Suprema de Justiça da República do Paraguai, com o fim de que esta solicitara ao TPR do MERCOSUL uma opinião consultiva, em conformidade com o artigo 3 do “Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no MERCOSUL” (doravante PO).

B) Competencia do TPR para emitir opinião consultiva requerida.

3. Antes de emitir algum parecer sobre a consulta formulada, corresponde realizar certas proposições relativas a competência do TPR para manifestar-se sobre a aplicação do PBA dado seu aparente conflito com a Lei paraguaia N° 194/93.

4. Realizando uma leitura ao pé da letra do inciso 3 do artigo 4 do “Regulamento do Procedimento para a Solicitação de Opiniões Consultivas ao TPR pelos Tribunais Superiores da Justiça dos Estados Partes do MERCOSUL” (02/07), somente seriam processáveis consultas relativas à interpretação e aplicação de normas do MERCOSUL. Na espécie, uma vez definida a aplicação do PBA pelo consultante, o TPR seria competente para esclarecer o sentido e alcance de suas disposições enfrentadas no caso concreto. A norma reza: *“As opiniões consultivas solicitadas farão referência exclusivamente à interpretação jurídica do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção, das Decisões do CMC, das Resoluções do GMC e das Diretrizes da CCM”*. Deve ter presente que é um poder jurídico do CMC determinar o alcance e regime das opiniões consultivas, os quais foram acordados pelos Estados Partes no artigo 3 do PO. Similar disposição a transcrita se encontra contida na Decisão do CMC N° 37/03²⁸, mencionada pelo autor.

5. A consulta apresentada não se refere estritamente a interpretação das normas contidas no PBA, senão a elucidação do aparente conflito de fontes normativas aplicáveis.

6. Sem dúvida, dado o “princípio de colaboração com a justiça” e o espírito refletido no considerando único do citado Regulamento, conforme o qual as opiniões consultivas têm por finalidade a de *“... contribuir para a interpretação e aplicação corretas e uniformes das normas do MERCOSUL”*, este órgão procederá a avaliação da consulta apresentada.

7. Finalmente, corresponde assinalar, que no estado atual de evolução do Direito de Integração do MERCOSUL, as opiniões consultivas são ditames técnico - jurídicos do TPR que carecem de efeito vinculante.

C) Fonte normativa aplicável.

a. Aplicabilidade do Protocolo de Buenos Aires

8. Quanto ao aparente conflito entre duas fontes normativas diversas, o PBA e a Lei paraguaia N° 194/93, entendemos que neste caso particular resulta de aplicação o mencionado no primeiro termo.

9. Chegamos à conclusão precedente tendo em vista as relações entre as normas de Direito Internacional Privado (doravante DIP) de fonte supranacional (como sinônimo de internacional) e as de fonte nacional, questão recolhida na “Convenção Interamericana

²⁸ “Artículo 4. Tramitación de la solicitud de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Parte. 1. El TPR podrá emitir opiniones consultivas solicitadas por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Parte con jurisdicción nacional. En este caso, las opiniones consultivas se referirán exclusivamente a la interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR, mencionada en el artículo 3, párrafo 1 del presente Reglamento, siempre que se vinculen con causas que estén bajo trámite en el Poder Judicial del Estado Parte solicitante”.

sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado” (OEA, CIDIP II, Montevideu, 1979). Dita Convenção tem sido ratificada por todos os Estados Partes do MERCOSUL e no seu artigo 1 estabelece: *“A determinação da norma jurídica aplicável para reger situações vinculadas com Direito Estrangeiro, se sujeitará ao regulado nesta Convenção e demais convenções internacionais inscritas ou que se inscrevam no futuro de forma bilateral ou multilateral pelos Estados Partes. Em efeito de norma internacional, os Estados Partes aplicarão as regras conflitantes de seu Direito interno”*. Similar princípio apresenta o artigo 27 da “Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados”.

10. Como expressa a Dra. Cecilia Fresnedo²⁹, com independência de si consagra ou não o “monismo internacional”, o referido artigo resolve um problema de “âmbitos de aplicação”. Nessa linha, manifesta: *“O que se depreende inequivocadamente desta norma é que os Estados Partes somente poderão aplicar seu DIPr interno ou nacional quando não exista DIPr internacional que os vincule sobre a matéria de que se trate. Em outras palavras, o que a norma ordena é que qualifiquemos adequadamente a relação jurídica a regular, tendo em vista os âmbitos de aplicação material, espacial e temporal das normas de DIPr existentes. Se existe tratado vigente que vincule aos Estados envolvidos e que regule a matéria em questão, deverá ser aplicado. Somente em seu efeito se poderá aplicar o DIPr de fonte interna ou nacional”*³⁰. Convém ter presente que são normas de DIP de fonte internacional ou supranacional as contidas em Tratados, Convênios, Convenções ou Protocolos (sejam esses multilaterais, regionais ou bilaterais) e de fonte nacional, as contidas em Constituições, códigos ou leis puramente nacionais, com vocação de regulamento de relações jurídicas internacionais travadas entre particulares.

11. No caso apresentado, o PBA foi subscrito e ratificado tanto pela Argentina como pelo Paraguai (também pelo Uruguai e Brasil), do que se depreende que convencionalmente todos esses Estados têm admitido como válido o procedimento de analisar a existência de Tratados sobre uma determinada questão, para excluir a aplicação da norma de DIP de fonte nacional, seja em matéria de lei aplicável ou de jurisdição competente. Descarta-se no que a jurisdição refere à aplicação da Lei paraguaia Nº 194/93 de 17 de junho de 1993. Esta última contém normas de DIP de fonte nacional paraguaia; a citada lei regula alguns aspectos das relações contratuais entre fabricantes e firmas do exterior com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no Paraguai. Quanto às normas de DIP de fonte nacional, essas unicamente são de aplicação no que a jurisdição respeita, tratando-se de casos *ius privatistas* internacionais que envolvem os ordenamentos jurídicos do Paraguai e de outros Estados com os quais não existam Tratados, Convênios ou Convenções sobre a matéria³¹.

12. Portanto, a idêntica conclusão se chega tomando-se o argumento do Direito positivo paraguaio esgrimido pelo próprio Tribunal de Alzada na providência cautelar Nº 408

²⁹ Fresnedo, Cecilia. “Curso de Derecho Internacional Privado”, Tomo I Parte General. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Año 2001. Pág. 45.

³⁰ Fresnedo, Cecilia. “Curso de Derecho Internacional Privado”. Pág. 45.

³¹ Advirtamos que los Protocolos adoptados en el ámbito del MERCOSUR tienen la misma naturaleza convencional que los demás

convenios internacionales vigentes entre los Estados. En efecto el MERCOSUR no es una organización supranacional de Derecho Comunitario, por lo cual las normas emanadas de sus órganos deben ser incorporadas por los Estados Parte de acuerdo a sus normas constitucionales para que resulten de aplicación (artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto). Cfr. Fernández Arroyo, Diego. “El Derecho Internacional Privado en el MERCOSUR: ¿Hacia un sistema institucional?”, en “El Derecho Internacional Privado Interamericano en el umbral del Siglo XXI”, Sexta Jornada de Profesores de DIPr. Segovia, 1995. Editorial Eurolex, Madrid, Año 1997. Pág. 153 – 194.

conexa a este assunto, conforme o qual a Constituição paraguaia coloca em um nível hierárquico superior ao tratado sobre a lei.

b. Aplicação do sistema de fontes de DIP ao caso

13. Duas questões que sempre tem sido objeto do DIP são a determinação da lei aplicável e da jurisdição competente, além do atinente ao “reconhecimento e execução de sentenças forenses”, devido a um caso com elementos de estrangeirismo relevantes. A opinião consultiva de referência tem precisamente por objeto a aplicabilidade ou não do Protocolo de Buenos Aires e em consequência, a determinação da jurisdição competente.

14. As opiniões vertidas neste Corpo são coincidentes em torno a que é de aplicação o referido instrumento (PBA). Não obstante, existem discrepâncias quanto aos caminhos que conduzem à dita conclusão. Por um lado, como vê-se nesse ditame que se utiliza o clássico raciocínio de DIP, acudindo aos mecanismos existentes para a aplicação de tratados, convenções, convênios ou protocolos. Por outro, se esgrimam argumentos próprios do Direito Comunitário.

15. Afiliando-nos à primeira das posições enunciadas, abordaremos os argumentos que lhe servem de fundamento.

16. Conforme expressam Tomás Hutchinson e Julián Peña³²: *“Por Direito Comunitário entendemos uma estrutura jurídica comum a vários países, conforme o modelo que surge na Europa, primeiro com a criação da Comunidade Européia do Carvão e do Aço (Tratado de Paris), e logo da Comunidade Econômica Européia (Tratado de Roma). Dito Direito é independente do Direito Interno. As qualidades principais de dito ordenamento são sua supremacia, sua aplicabilidade imediata e direta e seu efeito direto”*. Agregam: *“Ao assinar um tratado comunitário com características similares ao de Roma, os Estados criam uma pessoa jurídica superior a eles, a qual lhe concede parte de sua soberania através da delegação de competências aos órgãos comunitários”*.

17. Na mesma linha, Jorge Pérez Otermin³³ destaca duas particularidades deste Direito: *“A primeira, radica em que se bem se constitui mediante tratados ou acordos internacionais, quer dizer, normas de Direito Internacional Público, sua normativa não se esgota neles, senão que se continua por normas emanadas dos órgãos criados por ditos tratados. A segunda, consiste em que se bem emana de tratados, suas normas não vão dirigidas a regular unicamente a relação entre Estados, senão que vão dirigidas a regular as relações entre os particulares, pessoas físicas ou jurídicas dos Estados Partes”*. Deste modo destaca suas três características primordiais: *“A aplicabilidade imediata, que significa que a norma de direito comunitário adquire automaticamente estatuto de direito positivo na ordem interna dos Estados; a aplicabilidade direta, que significa que a norma comunitária é suscetível de criar por ela mesma, direitos e obrigações aos particulares; e a primazia ou prevalência, que significa que a norma comunitária se aplica com prioridade a toda norma nacional”*³⁴.

18. As noções vertidas precedentemente quanto ao Direito Comunitário não resultam ainda trasladáveis ao MERCOSUL, dado seu estado de evolução atual. Seguindo a

³² Revista de Derecho Privado y Comunitario No. 5. Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1994, p. 453 – 454.

³³ El Mercado Común del Sur desde Asunción a Ouro Preto. Ed. FCU, Montevideo, Uruguay, junio 1995, p. 93 – 94.

³⁴ El alcance y notas características del Derecho Comunitario fueron definidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en los casos “Costa c/E.N.E.L.” y “Van Gend and Loos”, interpretando los artículos 5 y 189 del Tratado de Roma.

Diego Fernández Arroyo³⁵, entendemos que neste último caso: “... .não se pode falar de um ordenamento jurídico comunitário, dotado de autonomia, efeito direto e primazia. Existe sim um Direito institucional, entendido como o Direito que emana de uma organização com personalidade jurídica de Direito Internacional, mas, que se incorpora aos ordenamentos nacionais pelo vize técnico dos convênios internacionais (desigualmente regulado conforme cada Estado Parte) ou pela normativa interna”. Além disso, afirma: “... todos os instrumentos do MERCOSUL relativos ao DIP têm a mesma natureza convencional e, portanto concorrem com os demais convênios internacionais vigentes em cada um dos Estados, operando em cada caso as cláusulas de compatibilidade”. Em visão coincidente, assinala Cecilia Fresnedo de Aguirre³⁶ que: “Na atualidade, o MERCOSUL não é uma organização supranacional senão inter-governamental. Carece de organismos comunitários com potestades legislativas delegadas, pelo que as normas que emanam de seus órgãos carecem de eficácia direta e devem ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos de cada Estado conforme os respectivos mecanismos constitucionais vigentes. Isto está estabelecido, além disso, no próprio Protocolo de Ouro Preto, artigo 42”.

19. O artigo 42 e disposições concordantes do Protocolo de Ouro Preto, não consagraram um sistema de fontes de Direito Comunitário. Como destaca Pérez Otermin³⁷: “Apesar dos ingentes esforços da delegação uruguaia, não se pôde aceitar a aplicação imediata... Brasil argumentou que de acordo com seu texto constitucional, era impossível aceitar tal particularidade, razão pela qual foi impossível avançar no tema. Acrescentou-se que tanto as delegações de Argentina como de Paraguai, não obstante ter textos constitucionais recentemente aprovados que habilitavam a ditos países para sustentar a aplicação imediata... mantiveram uma posição contrária ...”. Expressa também que: “Desterrada a aplicação imediata, orçamento da aplicação direta e a primazia, a delegação uruguaia deveria elaborar um mecanismo que substituísse as vantagens daquela...”.

20. Héctor Gros Espiell³⁸ comparando o Tratado de Assunção com o de Roma, assinala que: “É um Tratado muito diferente do Tratado de Roma. Enquanto o Tratado de Roma é um tratado extenso, com mais de 250 artigos que cria e estabelece o Mercado Comum com uma grande quantidade de precisões e a criação de um sistema orgânico definitivo ou quase definitivo, o Tratado de Assunção é completamente distinto. É um tratado que consta somente de 24 artigos e de 4 anexos. O mais importante é ter clara consciência que este tratado constitui, no essencial, um tratado que estabelece o processo para o Mercado Comum e não um tratado que estabelece o Mercado Comum... É um caminho para o Mercado Comum, a fixação de um objetivo, um programa para criar o Mercado Comum, mas que resulta de um texto internacional de natureza convencional, quer dizer, que gera obrigações e deveres juridicamente existentes”.³⁹ Esta opinião não se desvirtuou pela entrada em vigor do Protocolo de Ouro Preto, que bem se estruturou em uma pessoa

³⁵ El Derecho Internacional Privado en el MERCOSUR: ¿Hacia un sistema institucional? en El Derecho Internacional Privado Interamericano en el umbral del Siglo XXI, Sextas Jornadas de Profesores de DIP. Segovia, Madrid, 1995. Eurolex, 1997, p. 178 y 193.

³⁶ Curso de Derecho Internacional Privado, Tomo I, Parte General. Ed. FCU. Montevideo, Uruguay, junio 2001, p. 170.

³⁷ Ob. cit., p.101 y 106.

³⁸ MERCOSUR, El Tratado de Asunción. Ed. Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo. Montevideo, Uruguay, 1991, p.25.

³⁹ En similar posición, Hutchinson y Peña (ob.cit. p. 457) afirman que “El Tratado de Asunción no es un tratado comunitario, es un tratado internacional acorde a las pautas establecidas en la Convención de Viena. No obstante, tiene una característica especial: es un tratado constitutivo de un Mercado Común.

jurídica internacional dotada de órgãos e fontes jurídicas, como foi adiantado, não dotou a estas últimas da supremacia própria do Direito Comunitário.

21. Como foi destacado recentemente, o Prof. Erik Jayme da Universidade de Heidelberg⁴⁰: *“Na Europa, os instrumentos usados no começo consistiram em convenções entre os Estados membros, as quais derivaram, particularmente desde o Tratado de Maastricht, em regulamentos e diretrizes... O MERCOSUL ainda carece de uma estrutura institucional para uma legislação centralizada, mas, o desenvolvimento de um DIP comum tende a configurar um pilar para a futura criação de um novo direito comunitário”*

22. Concluindo, si bem entendemos que objetivamente o MERCOSUL não alcançou o grau de evolução suficiente como para qualificar as suas normas como de Direito Comunitário, não deixamos de reconhecer que a partir de Ouro Preto seu sistema institucional conta com órgãos com atribuições suficientes para a promulgação de normas próprias. Quer dizer, a natural tendência do MERCOSUL é evolucionar para um sistema de Direito Comunitário que se consolide em um autêntico Mercado Comum. Sem dúvida, lamentavelmente essa não é sua realidade atual. Dita evolução depende da vontade que expressem os Estados nos protocolos que se adotem e não é função que possa ser exercida por este Tribunal. Assinala Fernández Arroyo, citando a Noodt Taquela e Uriondo de Martinolli⁴¹: *“Mas, a integração não só repercute sobre os orçamentos; também pode gerar a configuração de um espaço “comunitário”, diferente do espaço interno e do puramente internacional, regido por suas próprias normas e por uns princípios característicos que em seu conjunto podem constituir um ordenamento diferente. Na CE é uma realidade e se chama direito comunitário; no MERCOSUL, o que existe é um direito da integração que vai, paulatinamente, cobrando perfis próprios, como se pode verificar nos laudos arbitrais produzidos até agora”*.

23. Em virtude do exposto, descartando que as normas do MERCOSUL constituem Direito Comunitário (o que explica que os ditames de opinião consultiva não sejam ainda prejudiciais ao foro nacional, no sentido de que não são vinculantes para o Juiz consultante), é o que se concluiu que corresponde recorrer ao clássico sistema de Direito Internacional Privado relativo as fontes. No âmbito do TPR não corresponde analisar as normas constitucionais vigentes com relação aos Estados Partes, as que portanto, não resultam coincidentes.

24. Resulta útil a distinção que realiza a doutrina entre as normas de “DIP do Mercosul *strictu sensu*” ou “autônomo” e as normas de “DIP do Mercosul *latu sensu*” ou “heterônomas”. As primeiras são geradas pelos órgãos do MERCOSUL e as segundas são os convênios provenientes de distintos foros internacionais que estão vigentes entre os quatro países (Convenções Interamericanas de DIP, Convênios Bilaterais, etc.)⁴².

25. Nesse sentido, é que se recorreu, para concluir na aplicação do PBA, ao auxílio do clássico sistema de aplicação das normas de DIP, no artigo 1 da Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de DIP (CIDIP II, Montevidéu, 1979), vigente entre os quatro Estados Partes do MERCOSUL. Trata-se de uma norma de DIP do Mercosul *latu sensu* ou heterônoma. Expressa Fernández Arroyo⁴³: *“As interações entre as distintas*

⁴⁰ Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR. Varios Autores. Ed. Zabalia, Buenos Aires, Argentina, 2003, p. 21 - 22.

⁴¹ Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR. Varios Autores. Ed. Zabalia, Buenos Aires, Argentina, 2003, p. 66.

⁴² Diego Fernández Arroyo. Ob. cit. P. 116. No. 58.

⁴³ Diego Fernández Arroyo. Ob. cit. P. 87. No. 34.

dimensões do sistema de DIPr são ao mesmo tempo complexas em si mesmas. Em primeiro lugar, os quatro Estados do MERCOSUL diferem na forma de tratar o direito convencional em geral, incluindo as regras que foram gerando os órgãos de integração. Isso significa que a hierarquia entre as normas correspondentes a cada uma das dimensões não responde a critérios homogêneos. Nenhum dos ordenamentos do Mercosul dá um tratamento especial ao direito da integração, o qual, no atinente ao DIPr, se apresenta sob a forma de convenções internacionais., queremos esclarecer que em nenhum caso as normas do MERCOSUL, incluídas as de DIPr, estão em um nível diferente ao das convenções internacionais em geral; quer dizer, que quando no MERCOSUL fala-se de “supremacia” se está falando de algo muito diferente a “primacia” do direito comunitário europeu, que está por cima tanto do direito autônomo como do direito internacional. O que sim diversifica, é que enquanto Argentina e Paraguai consagram visivelmente a hierarquia supra- legal das normas convencionais (e, portanto, também do Mercosul), no Brasil e Uruguai [isso não é assim] ... Sem dúvida, deve destacar-se que nos quatro Estados do MERCOSUL está vigente a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado (CIDIP II)”.

26. Em definitivo, a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de DIP acolhe o sistema geral de raciocínio que em matéria de fontes deve privar, dado um caso de tráfico jurídico externo. Tal sistema é unanimemente admitido por doutrina e jurisprudência.

Portanto, quando aludimos as normas de DIP de fonte supranacional ou internacional não estamos pronunciando-nos sobre a hierarquia das fontes. Simplesmente se trata de uma denominação doutrinária que permite diferenciar as normas convencionais daquelas que se bem que fazem parte do DIP, são adotadas pelo legislador nacional (normas de DIP de fonte nacional).

27. Ratificamos então o critério sustentado, conforme o qual, vigente o Protocolo de Buenos Aires (fonte jurídica do MERCOSUL conforme o artigo 41 do Protocolo de Ouro Preto), este resulta de aplicação ao caso objeto da opinião consultiva requerida.

D) Juiz competente conforme o Protocolo de Buenos Aires.

28. A situação apresentada se encontra perfeitamente compreendida no âmbito de aplicação do mencionado Protocolo, quando se trata de um conflito relativo a um contrato internacional⁴⁴ de natureza comercial suscitado entre pessoas jurídicas domiciliadas em dois Estados Partes do MERCOSUL. O referido Protocolo consagra em forma ampla a “autonomia da vontade”⁴⁵ no que se refere à eleição da jurisdição, em consonância com a posição predominante atual em matéria de contratação internacional. Em conseqüência, a cláusula atributiva de competência contida no contrato (cláusula 22.2) celebrado entre as sociedades argentina e paraguaia, é válida. Isso significa que são os Tribunais da Cidade Autônoma de Buenos Aires, República Argentina, quem têm competência na esfera internacional para entender o litígio.

⁴⁴ El Prof. Werner Goldschmidt señalaba que : “... un contrato es internacional si su lugar de celebración o su lugar de cumplimiento o el domicilio de una de las partes en el momento de la celebración se halla en el extranjero”. “Derecho Internacional Privado”, 5ta. Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina.

⁴⁵ Sobre el concepto y alcance de la “autonomía de la voluntad” véase “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional”, Dra. Cecilia Fresnedo de Aguirre, Editorial FCU, Montevideo, Uruguay, Año 1991. Véase también “La cláusula atributiva de jurisdicción en los contratos internacionales en general”, Dr. Domingo M. López Saavedra en www.elderechodigital.com.

29. Ainda assim, o caso não se enquadra dentro de nenhuma das situações excluídas de seu âmbito de aplicação pelo artigo 2 do PBA. A referência do ator ao numeral 6 da citada disposição (“contratos de venda ao consumidor”) não é pertinente. Trata-se de um contrato de distribuição ou outra espécie comercial, mas, não pode nem remotamente qualificar-se de “relação de consumo”⁴⁶. Tal consideração exclui ainda a aplicação do “Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição Internacional em matéria de Relações de Consumo”, que por outra parte, ainda não é Direito vigente.

30. Em consequência deve prevalecer a eleição dos Tribunais da República Argentina realizada no próprio contrato. Tal eleição deve considerar válida, enquanto dos antecedentes não surge que tenha sido obtida de forma abusiva⁴⁷. Deste modo, o foro selecionado no caso em exame tem vínculos de razoabilidade com o litígio apresentado. Nesse sentido, doutrina especializada em obra coordenada pelo Prof. Diego P. Fernández Arroyo, expressa que: *“Existe conexão razoável em todos os supostos em que um Estado estaria investido de jurisdição subsidiária (art. 1.b), conforme os arts. 7 a 12 do Protocolo”*⁴⁸.

31. O inciso 2º do artigo 5 estabelece: *“... A validade e os efeitos do acordo de eleição de foro rege-se pelo direito dos Estados Partes que teriam jurisdição de conformidade as disposições do presente Protocolo”*. O Prof. Diego P. Fernández Arroyo manifestou-se a respeito, que os referidos Direitos regulam *“aqueles aspectos da declaração de vontade das partes que não estejam contemplados expressa ou implicitamente pelas normas materiais do tratado internacional”*, por exemplo, questões tais como a existência mesma do acordo e os vícios do consentimento⁴⁹. Deve levar em conta o manifestado a respeito pelo Prof. Eduardo Tellechea Bergman: *“Em razão de que em tal situação pode haver mais de um Estado com jurisdição internacional concorrente para conhecer do litígio, o artigo exclui a aplicação acumulativa das leis dos mesmos e explicita que a situação se resolverá aplicando o Direito mais favorável a validade do acordo. Solução ‘favor negoci’ com ampla recepção no DIPr contemporâneo, principalmente com relação a contratação internacional”*⁵⁰.

32. Neste ponto resulta adequado aludir a possibilidade de que existam “normas de policia” (também chamadas “normas rigorosamente obrigatórias” ou “normas de aplicação imediata”) nos ordenamentos jurídicos envolvidos, que excluam a validade dos pactos de

⁴⁶ El “Anexo al Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo”, define la “relación de consumo” de la siguiente forma: *“Es el vínculo que se establece entre el proveedor que, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio, y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final. Equipárase a ésta la provisión de productos y la prestación de servicios a título gratuito, cuando se realicen en función de una eventual relación de consumo”*.

⁴⁷ Según expresa la doctrina: *“Para que el acuerdo sea válido no debe haber sido obtenido en forma abusiva (art. 4). La fórmula fue propuesta por la delegación uruguaya, quien la reiteró en los Acuerdos de arbitraje del MERCOSUR (art. 4), ya que se trata de un criterio aceptado por la doctrina uruguaya (Tellechea Bergman), que fue incluso negociado en el Convenio de Cooperación Jurídica entre España y Uruguay del 4 de noviembre de 1987, al determinar los criterios de la competencia internacional indirecta (art. 5)”*. “Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR, Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay”. Varios Autores. Editorial Zavalía. Buenos Aires, Argentina, Año 2003. Pág. 190.

⁴⁸ “Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR, Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay”. Pág. 188 y 189.

⁴⁹ “Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR, Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay”. Pág. 191.

⁵⁰ Tellechea Bergman, Eduardo. “Nuevas Regulaciones Regionales en Materia de Jurisdicción Internacional. Los vigentes Protocolos de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual y de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil emergente de Accidentes de Tránsito”, contenido en el Libro de las “XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal”. Maldonado, Uruguay, Año 2006. Página 481.

eleição do foro, hipóteses que não acontecem na espécie. O Prof. Ruben Santos manifestou que as normas de policia são regras não suscetíveis de revogação por serem indispensáveis para o êxito de uma política social ou econômica. De maneira coincidente pronunciou-se o Prof. Antonio Boggiano ao dizer que “*as normas de policia são imediatamente excludentes*”⁵¹. Adverte-se que nem o Tribunal de Alçada paraguaio atuante na medida cautelar, nem o próprio autor invocam que a Lei Nº 194/93 contenha disposições de tal natureza.

33. Outra questão conexa mesmo que distinta da anterior é a “exceção de ordem pública internacional”. A mesma se encontra consagrada no artigo 5 da “Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado” (OEA, CIDIP II, Montevideu, 1979). Como seu nome o indica, se trata de uma “exceção” à aplicação do direito estrangeiro, de interpretação absolutamente estrita. A mesma opera quando uma norma de DIP de fonte supranacional ou nacional torna aplicável um Direito estrangeiro que vulnera de forma concreta, grave e manifesta as normas e princípios fundamentais sobre os quais o Estado de que se trata sinta sua individualidade jurídica. No caso apresentado na norma contida no PBA não destina competência a Direito estrangeiro algum, senão que valida os pactos sobre eleição do foro. Em consequência, descartamos a aplicação da citada exceção.

34. Portanto, que a Lei paraguaia Nº 194/93 seja de ordem pública interna⁵², carece de absoluta relevância. Não se trata da aplicação de uma norma imperativa no âmbito puramente interno, senão da aplicação da norma de fonte supranacional subscrita e ratificada pelos Estados cujos ordenamentos jurídicos se encontram envolvidos a um caso com elementos estrangeiros relevantes.

E) Aplicabilidade da Decisão CMC Nº 02/07 e regime de Honorários e gastos.

35. O pagamento dos gastos derivados da presente opinião consultiva é de cargo da República do Paraguai, em aplicação do artigo 11 do “Regulamento do Procedimento para a Solicitação de Opiniões Consultivas ao TPR pelos Tribunais Superiores de Justiça dos Estados Partes do MERCOSUL”.

36. A aplicação imediata ao caso do novo Regulamento aprovado pela Decisão do CMC Nº 02/07 supõe entender que dita norma passa a reger os atos processuais deste processo de opinião consultiva que se aperfeiçoam a partir de sua vigência, com exclusão de toda normativa anterior e de igual âmbito que regule qualquer aspecto incluído na nova regulamentação, em concreto exclui toda disposição em contrário contida na Decisão CMC Nº 37/03 e disposições concordantes.

37. O processo de emissão de opiniões consultivas solicitadas ao TPR, tal como se encontra regulado, tem natureza claramente jurisdicional, apesar de que seu ditame carece de efeito vinculante para o Juiz nacional. Trata-se de um procedimento levado adiante por um Tribunal jurisdicional do MERCOSUL que constitui um mecanismo de cooperação jurisdicional internacional em benefício de Tribunais nacionais. Deste modo, corresponde à aplicação dos princípios de direito processual na hora de interpretar e aplicar as regras que os alcançam.

⁵¹ Boggiano, Antonio. “Derecho Internacional Privado”, Tomo II, “Derecho Mercantil Internacional”. Editorial Abeledo - Perrot. Buenos Aires, Argentina, Año 1991. Pág. 278.

⁵² Debe tenerse presente la distinción efectuada por el autor suizo Charles Brocher entre “orden público interno” y “orden público internacional”. La primera alude a normas internas que no pueden ser derogadas por voluntad de los particulares. La segunda refiere a normas y principios que no pueden ser desplazados en virtud de la aplicación de leyes extranjeras. Tal distinción es puesta de manifiesto por la Prof. Berta Kaller de Orchansky en su “Manual de Derecho Internacional Privado”. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires, Argentina, Año 1979.

38. O princípio universalmente admitido da aplicação imediata das normas processuais não pode confundir-se com o fenômeno da retroatividade, com o que precisamente se opõe. Uma norma processual, qualquer que seja o processo de que se trate, uma vez que nasce na vida jurídica de um determinado sistema normativo, passa a integrá-lo imediatamente e é de aplicação nos processos em trâmite a respeito dos atos ainda não cumpridos, assim como a todos os atos processuais dos processos que se iniciem no futuro.

39. A retroatividade das normas em matéria processual é sumamente excepcional e em geral é rechaçada. Ela supõe a aplicação de uma nova norma processual a atos processuais já aperfeiçoados no passado. Tratando-se de uma temática própria da Teoria Geral do Processo corresponde ter presente a postura dos mestres nesta disciplina. Seguindo a Carnelutti, cabe sustentar que se surja uma nova norma processual que estabeleça novos requisitos para a promoção de um ato de proposição - ou no caso, para a apresentação de uma solicitação de opinião consultiva - e a mesma já foi apresentada no passado, esta norma não pode aplicar-se e o ato de proposição será regular com tal que tenha cumprido com os requisitos requeridos pela norma anterior; isso sem prejuízo de que aos novos atos se lhes aplique a norma recentemente surgida, com o limite de não quitar validade a atos já cumpridos ou coerência ao processo⁵³.

40. Uma norma processual nova que se promulga durante a tramitação de um processo é aplicável a ele, enquanto refere a atos processuais que, todavia, não se houvessem cumprido na data da aparição normativa e enquanto não atente contra a validade de atos já executados. Segundo Carnelutti *“a lei posterior que modifica as formas do parecer, rege [...] também os processos iniciados em virtude de uma demanda [ato de proposição] devidamente proposta durante a vigência da lei anterior, sempre porque a proposição da demanda é um fato do que emana, sim, o dever do juiz de julgar, mas não o dever de julgar conforme uma determinada forma”*⁵⁴

41. Sobre o ponto que vem de analisar-se convém ter presente a opinião do jurista francês Roubier, que analisou profundamente e desde a perspectiva de teoria geral, a problemática da aplicação das normas no tempo. Para este autor a norma *“de procedimento”* é de aplicação imediata e, portanto *“[n]o é possível afirmar que em Direito Processual exista a retroatividade como princípio; pois a retroatividade é sempre uma coisa excepcional”*⁵⁵. Conforme dito pelo autor, a confusão se explica somente pela falta de distinção entre efeito imediato e efeito retroativo das normas. Seguindo essa posição expressa Véscovi que *“é muito comum ver em doutrina e jurisprudência a afirmação de que as leis processuais se aplicam retroativamente [...] quando se fez somente um estudo superficial do problema. Tal afirmação não resiste a uma profunda análise e a maior parte das opiniões modernas a contradiz [...] [Esta postura] coincide com quase todos os demais [direitos] conhecidos, o princípio da não retroatividade das leis alcança também o Direito Processual, o que não faz exceção à regra. De modo que, o que sucede em Direito Processual, não é que as leis se apliquem de forma retroativa, senão que por virtude da*

⁵³ Luego de sustentar la tesis de la aplicación inmediata de la norma procesal Carnelutti expresa: *“Suponiendo, por ejemplo, que una nueva norma procesal cambie la forma de la demanda judicial, esta norma se aplicará incluso si el litigio se refiere a hechos acaecidos antes de que la nueva norma entrase en vigor; en cambio, no se aplica si el hecho procesal, o sea la propia demanda, se ha realizado antes de que la nueva norma haya comenzado a regir”* (Sistema de Derecho Procesal Civil, t.I Introducción y Función del Proceso Civil, traducción de Alcalazo-Zamora y Castillo y Sentís Melendo, Uthea, Buenos Aires, 1944, p.109).

⁵⁴ Ob. cit. p. 109 y 110.

⁵⁵ *“Les conflits des lois dans le temps – Théorie dite de la nonrétroactivité des lois. t. II, Paris. Sirey.1929, ps. 689-90.*

*função e a natureza destas leis, sua aplicação se realiza de forma imediata ao processo composto por uma série de atos*⁵⁶.

42. Conforme Chiovenda, o que sucede não é que as normas processuais se apliquem de forma retroativa, senão que por virtude de sua função e natureza sua aplicação se realiza de forma imediata ao processo, regendo os atos que o compõem que ainda não foram aperfeiçoados⁵⁷. Sobre o ponto expressou Hugo Alsina que “*Os atos cumpridos até o momento em que a lei entra em vigência, permanecem inalterados: a lei não pode ter efeito retroativo para destruir atos processuais definitivamente executados*”⁵⁸

43. Por tanto, se reitera que o novo regulamento relativo a processos de emissão de opiniões consultivas é aplicável ao presente assunto, sobre os atos processuais que ainda não foram cumpridos, sem prejuízo da sobrevivência das normas do anterior regulamento que não tiveram revogação expressa. A aplicação do novo regulamento tem relevância sobre o regulamento dos atos processuais alcançados pelo que ainda não se tenham cumprido neste procedimento.

44. Deve ter-se presente que o anterior Regulamento (Decisão CMC Nº 37/03) não contém norma que regule o regime de gastos e honorários e custas do processo de emissão de opiniões consultivas, tampouco existe disposição ao respeito na norma marco que instituiu o mecanismo das opiniões consultivas, o Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no MERCOSUL (art. 3). Portanto, a aplicação imediata no presente caso não supõe conflito algum entre uma norma anterior que possa pretender que tenha ultratividade e uma nova norma. Quer dizer, que até o aparecimento do novo regulamento não existia norma escrita que estabeleceria o regime de custas e tampouco um critério jurisprudencial que possa invocar-se.

45. Nesse caso, o novo regulamento é claramente aplicável no que diz respeito sobre regime de gastos e honorários, pois é evidente que essas questões são objeto de pronunciamento do TPR num ato que ainda não foi cumprido, a saber, a emissão do ditame de opinião consultiva; tal como sucede nos laudos que se ditam em processos contenciosos, nos que se determina para o caso concreto o regime de custas. Em definitivo, o novo regulamento deverá ser vigente com anterioridade a oportunidade processual onde se fixa o regime de custas e, portanto tem plena vocação temporal para regular esse ato.

46. Descaracterizada, então, a imputação que pudesse realizar-se sobre a aplicação retroativa de uma norma processual, resta indagar, conforme dissidências existentes, se a aplicação do novo regulamento supõe a violação de preceitos superiores do direito do MERCOSUL. Não temos dúvidas a respeito de que o TPR, em exercício de sua função jurisdicional típica e incluso no âmbito de processos consultivos, pode desaplicar uma norma regulamentaria que entenda seja violatória de preceitos superiores que surjam de

⁵⁶ Aplicación de la Ley Procesal en el Tiempo. Retroactividad y Ultractividad de las Normas que Regulan el Proceso, UDELAR, 1960, ps. 14 y 15.

⁵⁷ Instituciones de Derecho Procesal Civil. Traducción de Gómez Orbaneja, Madrid, 1948, t. 1, Nº 27, p. 90. En el mismo sentido se expresa Alsina en Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, t. 1, Buenos Aires 1956, ps. 64 y ss.

⁵⁸ Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Buenos Aires, 1963, p. 69. En el mismo sentido, existen fallos de jurisprudencia de Uruguay que expresan que las normas procesales son de aplicación inmediata, lo que no implica retroactividad, que sólo existiría si se afectaran procesos terminados o actos realizados. En “Código General del Proceso anotado, comentado y concordado”, (p. 266) obra de integrantes del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, dirigida por el Dr. Véscovi se cita en los siguientes fallos: LJU, t. 55, c. 6706, p. 155; LJU, t. 50, c. 6273, p. 143; c. 6280, p. 166; t. 57, c. 6949, p. 293, etc.

normas de maior âmbito (Tratados, Protocolos, princípios gerais, etc.), como pode fazê-lo o Juiz nacional frente a um regulamento ilícito, seja que conte com faculdades anulatórias ou não⁵⁹. Em geral, não vemos que as normas do novo Regulamento sejam contraditórias com algum princípio de âmbito superior. O sistema de distribuição de custas respaldado no novo regulamento, não resulta violatório de norma expressa alguma. Precisamente, o Protocolo de Olivos deixa em mãos do CMC a determinação do alcance e procedimentos das opiniões consultivas, sem restringir o alcance de dita delegação (art. 3). Mas, ainda entendemos que o novo regulamento não é violatório de nenhum princípio superior na matéria, pois precisamente recolhe uma solução que ademais de lógica e oportuna, resulta a regra nos ordenamentos processuais da região⁶⁰. É absolutamente lógico e compatível que quem realiza uma consulta que refere a um caso concreto, tenha que correr com os gastos correspondentes ao procedimento impulsionado, sem que isso suponha violação alguma de um princípio superior⁶¹.

Em virtude de todo o exposto, o Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL

DECLARA:

1. (Voto unânime). As Opiniões Consultivas peticionadas pelos órgãos judiciais nacionais devem ser consideradas como interpretações prejudiciais consultivas, na data ainda não vinculantes. Nas mesmas, cabe ao TPR interpretar o direito de integração do Mercosul, sendo a aplicação de tal interpretação assim como a interpretação e aplicação do direito nacional, exclusiva competência jurisdicional de tais órgãos judiciais consultantes.

2. (Voto em maioria dos Doutores José Antonio Moreno Ruffinelli, João Grandino Rodas e Ricardo Olivera García). As normas do Mercosul internalizadas prevalecem sobre as normas do direito interno dos Estados Partes. O Protocolo de Buenos Aires se aplica nos países que o internalizaram, ficando a cargo do juiz nacional a avaliação dos acordos subscritos em virtude disso e que foram obtidos de forma abusiva ou afetam a ordem pública internacional que o façam manifestamente inaplicável ao caso em particular.

2.1 (Voto concorrente do Membro Coordenador Doutor Wilfrido Fernández e Doutor Nicolás Becerra). As normas do Mercosul internalizadas prevalecem sobre as normas do direito interno dos Estados Partes. Corresponde, neste caso, a prevalência do Protocolo de Buenos Aires sobre a lei nacional paraguaia 194/93. Essa primazia resulta da própria natureza do Direito do MERCOSUL. As normas do Direito do MERCOSUL devem ter prevalência sobre qualquer norma do direito interno dos Estados Partes aplicável ao caso,

⁵⁹ Se reconece pacificamente en doctrina que "...el reglamento ilegal puede ser desaplicado [...] por el juez, cualquiera sea su categoría, que entienda en un asunto contencioso ya sea de carácter civil, laboral, comercial o administrativo. El juez debe aplicar la ley y no el reglamento ilegal. Por la sencilla razón de que el juez dice el derecho, o sea, que tiene la potestad de interpretar el orden jurídico". (Daniel Hugo Martins, "Regulación Jurídica del Reglamento en el Derecho Público Uruguayo", en Actividad Reglamentaria de la Administración, FCU, Montevideo, 1989, pág. 100; ver también, Enrique Sayagués Laso, "Tratado de Derecho Administrativo", tomo II, FCU, Montevideo, 1988, p. 620. En el mismo sentido "Competencia del poder judicial para conocer de la validez de un acto administrativo como premisa del fallo", en La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, t. 71, FJU, 1971)

⁶⁰ Esta es la solución consagrada en el artículo 12 del "Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica" del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Montevideo, 1988. Editorial M.B.A.

⁶¹ Artículo 173.1 del citado "Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica".

incluindo o direito interno propriamente dito e o direito internacional público e privado dos Estados Partes, compreendendo-se aqueles direitos de ordem pública dos Estados Partes, de conformidade aos deslindes realizados com relação ao conceito de ordem pública, e a necessária interpretação restritiva dos direitos de ordem pública constitucional de caráter absoluto, conforme o impõe um sistema de integração. Deixa-se constância interpretativa de que as normas do direito comercial nacional e internacional são, por regra geral somente de ordem pública relativa, pois nas mesmas sempre como regra geral, não existe um interesse social comprometido.

3. (Voto unânime). Deixar interpretado que o Protocolo de Santa Maria sobre Relações de Consumo não tem aplicabilidade no caso por este duplo motivo: a) não estar vigente por não ter sido internalizado por nenhum Estado Parte, b) por referir-se a relações de consumidor, excluídas expressamente do Protocolo de Buenos Aires.

4. (Voto em maioria dos Doutores Ricardo Olivera García, João Grandino Rodas e Nicolás Becerra). O pagamento dos gastos derivados da presente opinião consultiva é cargo da República do Paraguai, em aplicação do artigo 11 do “Regulamento do Procedimento para a Solicitação de Opiniões Consultivas ao TPR pelos Tribunais Superiores de Justiça dos Estados Partes do MERCOSUL”, devendo seguir o procedimento de estilo a tais efeitos.

4.1 (Voto em dissidência do Membro Coordenador Doutor Wilfrido Fernández)

a) Declarar a inaplicabilidade in totum ao presente caso do Regulamento do Procedimento para a Solicitação de Opiniões Consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão pelos Tribunais de Justiça dos Estados Partes do Mercosul (Decisão CMC Nº 02/07), devido ao princípio de irretroatividade.

b) Declarar vinculante a inaplicabilidade dos Arts. 1, 6 e 11 do referido Regulamento, assim como da Resolução do Grupo Mercado Comum 02/07, com relação aos órgãos do Mercosul envolvidos, por sua manifesta desconformidade com o direito do Mercosul originário.

c) Determinar que os honorários e gastos deste Tribunal para o presente caso sejam sufragados de forma igualitária e proporcional por todos os Estados Partes do Mercosul.

d) Dispor que a presente opinião consultiva seja notificada para seu imediato cumprimento na parte pertinente (declarações de inaplicabilidade), ao Conselho do Mercado Comum e ao Grupo Mercado Comum, através da Presidência *Pro Tempore*, e a Secretaria do Mercosul.

4.2 (Voto em dissidência do Doutor José Antonio Moreno Ruffinelli). Determinar que o pagamento dos honorários e gastos da presente opinião consultiva devem suportar os quatro países do bloco pelos fundamentos expostos no item 5 da presente Resolução.

5. (Voto unânime). Sem prejuízo do voto dos membros deste Tribunal, o mesmo entende por unanimidade que é necessário recomendar ao Conselho do Mercado Comum a revisão das Resoluções Nº 02/07 do CMC e Nº 02/07 do GMC, quanto ao pagamento dos honorários, em razão de que a opinião consultiva não afeta a um só país, sendo um mecanismo de cooperação judicial que enriquece o processo de integração. A opinião consultiva constrói o direito de integração, portanto, todos os países são beneficiários do

mesmo, e conseqüentemente, estes devem sustentar os gastos e honorários correspondentes.

6. (Voto unânime) Dispor a notificação imediata desta opinião consultiva, ao Juizado de Primeira Instância no Civil e Comercial da jurisdição de Assunção, atualmente a cargo da Senhora Juíza Doutora Maria Angélica Calvo, via a Exma. Corte Suprema de Justiça da República do Paraguai.

7. (Voto unânime) Dispor que a presente opinião consultiva seja notificada para efeito informativo às Cortes Supremas de Justiça dos Estados Partes do Mercosul, as Coordenações Nacionais do Grupo Mercado Comum e a Secretaria do Mercosul.

8. (Voto unânime) Dispor a tradução imediata ao português e ao espanhol da presente opinião consultiva em suas partes pertinentes.

9. (Voto unânime) Dispor a publicação imediata da presente opinião consultiva nas páginas web do Tribunal Permanente de Revisão e da Secretaria do MERCOSUL, com imediata posterioridade à notificação da mesma a Exma. Corte Suprema de Justiça da República do Paraguai.

10. (Voto unânime) Registra-se de forma imediata.