

## O Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul e as opiniões consultivas: análise dos laudos arbitrais, sua ligação com a common law e algumas idéias para o futuro \*

---

Nadia de Araujo\*\*

### Introdução

A reflexão acerca da influência da *common law* nos laudos arbitrais do Mercosul, bem como a análise do modo pelo qual se chegava a essas decisões no sistema do Protocolo de Brasília continua pertinente no momento em que se instala o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul (TPRM), com a entrada em vigor do Protocolo de Olivos.<sup>1</sup>

O sistema de solução de controvérsias do Mercosul,<sup>2</sup> que era precipuamente arbitral e *ad hoc*, sem caráter institucional, foi chamado a atuar em diversas ocasiões,<sup>3</sup> resolvendo “hard cases” relacionados à aplicação não só dos Tratados constitutivos, mas também dos princípios que estes pretendiam consagrar, visando a promover a integração econômica. A despeito da inexistência de um tribunal permanente até 2004, os laudos produzidos pelos árbitros do Mercosul foram encadeados e coerentes, seguindo um padrão de interpretação teleológica e de aplicação de princípios gerais – boa fé, efeito útil, valor dos precedentes, compatibilidade

---

\* Artigo publicado em PANTOJA, Teresa Cristina G. (Org.). *Prática em Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. O trabalho é uma versão ampliada de estudo anterior já publicado pela Câmara dos Deputados, in *Solução de Controvérsias do Mercosul*, Brasília, 2003. Com a edição do Protocolo de Olivos e a instalação do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, em 2004, as pesquisas se ampliaram e as questões sobre o futuro do TPRM se adicionaram àquelas já expendidas anteriormente. O desenvolvimento das idéias apresentadas neste trabalho está diretamente relacionado às proffucas discussões levadas a cabo no âmbito das pesquisas sobre princípios do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, cujos resultados podem ser encontrados no livro *Os Princípios da Constituição de 1988*, organizado por Manuel Messias Peixinho et al, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2001. Quero registrar, também, um agradecimento especial a dois professores do Programa de Pós-Graduação do Departamento de Direito da PUC-Rio, cujo ambiente acadêmico profícuo em muito contribuiu para este trabalho: ao Professor Antonio C. Maia, pela leitura do texto e sugestões feitas, tanto no âmbito da literatura jurídica específica sobre Teoria do Direito, quanto às idéias desenvolvidas nesse texto; À Professora Ana Lucia Lyra Tavares, especialista em direito comparado, que deu inúmeras sugestões interessantes sobre a *common law* e muitas outras de compreensão do texto. Ainda no rol dos agradecimentos, minha gratidão aos colegas Frederico Magalhães Marques e Lauro da Gama e Souza Jr., pela leitura, ajuda na revisão e discussão do tema.

\*\* Professora de Direito Internacional Privado, PUC-Rio, Doutora em Direito Internacional, USP, Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro aposentada e árbitra-suplente do TPRM.

<sup>1</sup> O Protocolo de Olivos substituiu o Protocolo de Brasília e foi assinado pelos Estados-partes do Mercosul em 2002. Entrou em vigor no Brasil, pelo Decreto 4.982, de 9 de fevereiro de 2004. O Tribunal foi instalado, solenemente, em Assunção, no dia 13 de agosto de 2004.

<sup>2</sup> Cf. estudo anterior, ARAUJO, Nadia, “Solução de controvérsias no Mercosul”, in: CASELLA, Paulo Borba (coord.), *Mercosul – Integração Regional e Globalização*, cit., pp. 99-141, 2000.

<sup>3</sup> Para o texto dos laudos arbitrais dos tribunais ad hoc até hoje instituídos, vide o sítio [www.dip.com.br](http://www.dip.com.br).

das normas internas com os objetivos da integração – usados para chegar-se a soluções de interesse do bloco.

No estudo anterior, cuidou-se de algumas características dos laudos já proferidos para fazer uma ponte entre o estilo das decisões e o sistema da *common law*. Antes da análise dos laudos, explicou-se a relação entre a *common law* com o sistema de solução de controvérsias do Mercosul, que naquela época funcionava através de arbitragens *ad hoc*. A influência encontrada não era direta, mas se dava pela utilização da *metodologia do sistema judiciário*, baseado em uma argumentação jurídica própria e mais detalhada do que a proveniente da tradição romano-germânica, na qual as decisões são mais sucintas. Essa porosidade entre a sistemática das decisões da *common law* e as decisões proferidas no Mercosul apareceram de forma clara na análise dos laudos em questão.<sup>4</sup>

Retoma-se o estudo para tentar refletir sobre os caminhos a serem trilhados pelo sistema agora inaugurado. A resposta à pergunta sobre o papel que exercerá o TPRM na consolidação do Mercosul ainda não pode ser dada, pois é cedo para saber se ele vai assumir a relevante tarefa de criar um verdadeiro direito comunitário, como fez o Tribunal de Justiça da União Européia.

Nesse momento, procurou-se aprofundar as reflexões já feitas sobre os laudos, projetando para o TPRM as conclusões tiradas anteriormente. A composição do tribunal indica este caminho. Ressalte-se a feliz escolha do árbitro brasileiro, Professor Dr. João Grandino Rodas, titular de Direito Internacional Privado, da USP e da UNESP, e ex-presidente do CADE, que conta, ainda, com notório saber jurídico em outros ramos do Direito. Soma-se a isso sua larga experiência na área de integração. Tendo sido o árbitro brasileiro que integrou o Tribunal *ad hoc* prolator do 1º. Laudo do Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul, que imprimiu o *tom* seguido pelos demais, e graças aos seus anos de exercício da atividade judicante, na magistratura federal, foi-lhe devolvida esta função pelo governo brasileiro com a nomeação para o Tribunal de Assunção.

Este trabalho se inicia com alguns esclarecimentos sobre a noção de *common law* ora utilizada, passando à análise de alguns laudos, segundo essa metodologia jurídica. Em seguida, faz-se a descrição sucinta das principais características do Protocolo de Olivos, com ênfase na novidade que possibilita aos Estados-Partes requisitarem opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, ainda a ser regulamentada pelo Conselho do Mercado Comum (CMC). De positivo, a extensa discussão procedida pelo tema no 4º. Encontro de Cortes Supremas, realizado em novembro de 2006 em Brasília e capitaneado pela Ministra Ellen Gracie, Presidente do Supremo Tribunal Federal. No encontro, uma proposta de regulamentação para o envio das opiniões consultivas ao TPR foi finalizado e enviado ao CMC.

---

<sup>4</sup> Acredito que talvez se possa dizer o mesmo nas decisões do painel de apelação da OMC, mas a comprovação dessa afirmação será objeto de um estudo futuro.

Será na sua tarefa de proferir opiniões consultivas sobre questões relativas à interpretação do direito comunitário do Mercosul que o TPRM retomará o estilo, já consagrado nos laudos do Mercosul, de estabelecer o fio condutor da integração entre os textos normativos aprovados e a realidade diária que surge na sua aplicação.

### **1. Alguns esclarecimentos sobre a aceção genérica de *common law***

Convém esclarecer que a idéia da *common law* foi utilizada de forma genérica, e a partir de seu contraste com o sistema romano-germânica, isto é, de origem romano-germânica. Interessou-me analisar os distintos tipos de raciocínio utilizado na aplicação do Direito. Enquanto o raciocínio romano-germânico parte da norma e é dedutivo – decidindo-se o caso através de sua subsunção à norma-, na *common law* esta análise começa com o caso e é indutiva, pois baseia-se em verdades pré-estabelecidas e universais, a partir do exame de generalizações oriundas dos casos concretos.

A interpretação das leis (*statutes*) visando a solução dos casos concretos em *common law* utiliza um método que submete a questão a perguntas específicas, com o fito de entender qual o alcance dessas normas. Mais modernamente, na Inglaterra, utiliza-se a *purposive construction* ou interpretação teleológica, procurando-se determinar qual foi a intenção e o objetivo do legislador ao criar a norma e quais as razões que determinaram a decisão da hipótese anteriormente solucionada, de forma a ser esta a base da solução do caso atual.

Benjamin Cardozo, em outro clássico doutrinário do *common law* - “The nature of the judicial process” -, salienta a questão: onde encontra o juiz o Direito no qual baseia sua decisão? E a responde, em longas páginas, das quais destacamos uma idéia essencial: a interpretação é mais do que dizer o conteúdo da lei e seus objetivos, pois suplementa suas regras, preenche suas lacunas pelo mesmo processo e método através do qual construiu-se o direito judiciário.

E as mais recentes concepções da Filosofia do Direito, com destaque para o trabalho de Ronald Dworkin atuam como um divisor de águas no debate da teoria do direito, religando as cogitações da filosofia do direito às do campo da filosofia política. Dworkin, a partir de uma teoria hermenêutica do direito aberta à sua dimensão histórica, sublinha a importância do papel dos princípios a partir dos chamados *hard cases* – casos difíceis ou insólitos, para os quais não é possível encontrar uma solução trivial, ou uma única solução correta, deixando, portanto, a comunidade jurídica perplexa sobre a maneira pela qual eles devem ser resolvidos --, como elemento possibilitador da articulação entre direito e moral, capaz de fundamentar uma crítica contundente à concepção hegemônica do positivismo analítico de H. Hart.

Já com relação aos precedentes, que têm força de lei quando originados de tribunal superior, há toda uma técnica argumentativa na *common law* para sua análise, quando se quer aplicar ao caso concreto sob julgamento o que já foi decidido em outra hipótese, consubstanciada no precedente. Isso é feito pelo método do *distinguishing* (técnica das distinções), processo que identifica a *ratio decidendi*, se verifica se os fatos que lastream a

decisão anterior são os mesmos do caso em questão, e ainda, se os argumentos do caso anterior se aplicam ao presente. Declarações *obiter dicta* – esclarecimentos marginais --, podem ter grande importância em casos futuros, pois a argumentação em si tem valor, ainda que não faça parte do dispositivo final.

Por outro lado, na concepção da *common law* desenvolvida nos Estados Unidos, cujo defensor que mais aclarou o sistema foi Oliver Holmes, os juízes primeiro chegariam à decisão e depois estabeleceriam suas razões, desde que promovessem a obediência ao princípio da ordem pública, tendo em conta, portanto, os objetivos colimados pelo legislador. No entender de Holmes, o direito também tem o sentido de contar a história da nação, e para conhecer seu conteúdo, é preciso saber sobre o passado e procurar visualizar qual o caminho para o futuro.

Guido Soares, em "Common Law – Introdução ao Direito dos EUA", relata que o método empregado pelo julgador anglo-americano difere daquele usado pelo juiz de direito continental, pois começa-se pelos casos para determinar o direito aplicável, e só na sua falta, vai-se à lei. Ademais, os efeitos da decisão ultrapassam as partes em conflito, e passam a incidir sobre um universo mais amplo, ou seja, pautando as decisões futuras. No meu entender, isso ocorreu no caso do Mercosul, com as decisões dos tribunais arbitrais, consubstanciadas na jurisprudência dos nove laudos já proferidos.

Destaque-se que o primeiro laudo teve papel marcante para os demais, pois incorporou nas razões de decidir uma metodologia mais argumentativa, procurando estabelecer os princípios basilares do direito da integração como fundamento de sua decisão, e criando uma certa prevalência fática, e não de direito, da legislação mercosulina aos respectivos direitos nacionais, baseando-se, para tanto, nos princípios fundantes do Mercosul. Nas decisões seguintes, apesar da diversidade de composição dos árbitros em cada caso, sente-se uma certa continuidade na argumentação e busca de utilização de princípios do direito da integração como instrumento necessário e de grande peso para o fortalecimento do processo de integração.

Na verdade, a grande contribuição desse sistema argumentativo é a utilização dos princípios na solução das controvérsias. Convém ressaltar que a teoria da argumentação jurídica deve muito ao trabalho pioneiro de Chaim Perelman, filósofo belga que a desenvolveu no início dos anos cinquenta, centrando suas reflexões em uma racionalidade prática, de forma a descartar o ceticismo do positivismo lógico e o dogmatismo metafísico. Sustenta sua teoria da argumentação, apontando para um caminho diferente da simples demonstração, até então prevalente, e como isso escapa à hegemonia das concepções positivistas, cuja insuficiência na aplicação dos negócios humanos havia constatado. Perelman -- em sua obra dedicada ao direito, "*Lógica Jurídica – Nova Retórica*"-- mostrou como o juiz usa o seu poder discricionário para conciliar o respeito ao Direito e a procura de uma solução justa. Procurou alertar sobre a existência de uma lógica própria ao direito, que não é a lógica formal que orienta o pensamento matemático, mas a lógica do razoável. Para ele, lógico era aquilo que não era arbitrário. As preferências humanas conseguem ser traduzidas por fundamentos e razões bem

formuladas, o que significa deliberar. O mesmo processo ocorreria com o direito, na medida em que tão melhor seria a interpretação dada pelo juiz seria tanto melhor quanto fosse a fundamentação apresentada.

A argumentação jurídica aparece, sobretudo, no estudo dos *casos difíceis* – relativos à interpretação do Direito. Na linha desenvolvida por Manuel Atienza em seu livro “As razões do Direito – Teoria da Argumentação Jurídica”, ela surge em dois momentos: nas decisões dos tribunais em casos concretos e na dogmática jurídica, quando esta se posiciona sobre casos abstratos. Tudo com o fito de compreender melhor como se chega a uma decisão no caso concreto, e dar-lhe uma justificação que a torne mais aceitável aos cidadãos. Nunca é demais trazer à baila o significado da motivação das decisões judiciais – com a devida atenção às práticas argumentativas--, pois esta constitui garantia essencial do Estado Democrático de Direito. A justificação racional das decisões dos magistrados é imprescindível para que estes, agindo em nome do Estado, possam atuar de acordo com os princípios que legitimam a democracia. No Brasil, a Constituição de 1988 alçou à esfera constitucional, no art. 93, IX, estabelecendo a exigência de que as decisões judiciais sejam motivadas.

Estamos vivendo um momento especial, similar ao de outros países, no que toca ao questionamento sobre o funcionamento do sistema jurídico, que tem sido denominado por alguns juristas de pós-positivismo. Isso não significa um anti-positivismo, ou seja, que se queira acabar com o sistema clássico de subsunção do caso concreto à lei. O pós-positivismo, introduzido nas nossas letras jurídicas por Paulo Bonavides, caracteriza-se por reconhecer o papel crucial dos princípios de direito na compreensão dos sistemas jurídicos contemporâneos, e advoga uma diferente compreensão das tumultuadas relações entre direito, moral e política. Ao invés de uma defesa intransigente da distinção destes domínios – como na matriz positivista – estes são pensados de forma complementar, ainda que em constante tensão.

Destaca-se o papel crucial da argumentação no funcionamento do direito, em especial nos *casos difíceis*, já mencionados. A relevância dada a essas situações especiais, que os aplicadores do direito encontram na sua prática diuturna, e sem solução imediata com utilização do modelo de subsunção, impõe uma nova maneira de perceber o papel da hermenêutica jurídica. A solução para esses *casos difíceis* demanda a utilização dos princípios. E a garantia da segurança jurídica deve ser assegurada através de uma cuidadosa argumentação nas decisões judiciais. A abertura interpretativa propiciada pela utilização dos princípios deve ser parametrizada pela argumentação jurídica, sem a qual a discricionariedade judicial poderia transformar-se em um exercício arbitrário do poder de julgar.

No Mercosul, o árbitro também foi chamado a decidir *casos difíceis* relacionados à aplicação não só dos Tratados, mas dos princípios que veiculam para promover a integração econômica. E os laudos produzidos pelos árbitros do Mercosul seguiram esse novo padrão, encontrando-se alinhados com essa metodologia de forma instintiva.

O Mercosul sempre foi muito criticado pela doutrina especializada pela ausência de um tribunal nos moldes do existente na Comunidade Européia. Havia o temor de que a resolução dos conflitos por tribunais *ad hoc* traria à jurisprudência uma fragmentação indesejável. Todavia, não foi isso o que ocorreu. A análise dos laudos até hoje proferidos mostra justamente o contrário, havendo encadeamento e coerência entre os princípios usados para se chegar às soluções do bloco. Agora, com a instalação do TPRM aos poucos um sistema judicial próprio vai sendo incorporado às demais instituições do bloco.

## **2. Análise dos laudos**

O primeiro laudo cuidava da controvérsia existente entre a Argentina e o Brasil devido à entrada em vigor, neste último, de comunicados que restringiriam o comércio no âmbito do Mercosul. Esta restrição, segundo a Argentina, geraria incerteza e insegurança, e afetaria o fluxo das operações de intercâmbio comercial. No seu julgamento, o Tribunal constatou que o Tratado de Assunção continha disposições que estabeleciam um programa de liberação comercial, o qual deveria ser completado tanto no seu aspecto tarifário quanto não tarifário. Este programa de liberação comercial teria um papel central no tratado e no seu sistema normativo, e atacá-lo representaria solapar os esforços de integração. As partes estariam, assim, obrigadas a completar a redução de suas barreiras não tarifárias, mesmo com o adiamento da data de entrada em vigor do mercado comum.

A dificuldade estava em aplicar as regras do Mercosul constante do Tratado de Assunção para o caso concreto, pois seu caráter sintético não esclarecia a situação que se punha, ainda mais se comparadas às similares da Comunidade Européia. Logo, na primeira controvérsia a ser decidida por um tribunal *ad hoc* a grande questão era definir justamente o que não estava escrito: a amplitude, não definida pelo tratado, da liberalização comercial pretendida pelo bloco.

E para resolver o problema posto, seguiram os árbitros uma metodologia de interpretação teleológica, ou seja, procuraram interpretar o papel dos princípios que marcam a convivência dos participantes do bloco. No dizer dos árbitros, estribados em Fausto Quadros, expoente da doutrina do direito comunitário europeu, o método teleológico deve procurar garantir que as normas sejam eficazes com relação a seu fim último, que é dar satisfação às exigências do processo de integração, sendo a verdadeira vocação das decisões acerca de instrumentos internacionais dessa natureza a de extrair desses a plenitude dos efeitos buscados e traduzir para esta todas as conseqüências razoáveis da melhor interpretação.

Entre eles, analisaram o princípio da boa-fé e o conceituaram, levando em consideração não só a honestidade dos atos e aspectos formais dos textos invocados, mas sobretudo a idoneidade da ação das partes no seu mister de dar cumprimento aos fins e objetivos das normas acordadas, e que deveriam sempre respeitar a *pacta sunt servanda*. Outro princípio decorrente do processo de integração é o da incompatibilidade com o sistema de medidas unilaterais nas matérias reguladas pelos acordos multilaterais do bloco.

Também se procurou dar prevalência ao princípio do efeito útil, que deve informar todo o processo de integração, verificando-se qual a finalidade das regras estabelecidas, para se chegar ao objetivo principal do Tratado: o avanço progressivo da integração na América Latina. Entendeu o Tribunal que este princípio seria o corolário da aplicação da interpretação teleológica, pois significaria apontar como caminho, na hora de se efetuar a escolha, dentre as várias soluções possíveis segundo os termos do tratado, a que melhor servisse à satisfação do objetivo e finalidade do processo de integração.

E como não há regras de liberalização comercial que não contemplem, de alguma forma, a necessidade de adaptações legislativas de caráter interno, que devem passar pelo processo legislativo de cada Estado, haverá sempre uma grande defasagem entre as necessidades do bloco e o transcurso no legislativo de cada país dessas regras. Note-se que o formato adotado pelo Mercosul para a internacionalização foi o processo clássico dos tratados, na forma do que dispõem os art. 40 a 42 do Protocolo de Ouro Preto. Não há, no Mercosul, similar do que a Comunidade Européia chamou de seus princípios basilares, o efeito direto e a primazia do direito comunitário --, no conflito entre este e normas internas --, desenvolvidos pela atuação marcante da Corte Européia, no labor de estabelecer os critérios para conceituar a integração dos países membros.

Dessa forma, outra não poderia ter sido a postura dos árbitros diante do caso concreto, senão a de estabelecer, naquele momento, os princípios prevalentes no direito da integração como norteadores de sua decisão, de forma a não frustrar o funcionamento do bloco como um todo. Para isso, valeram-se do direito comparado, em especial das técnicas de criação do direito comunitário, criado pelo Tribunal Europeu, quando, na década de 1970, viu-se diante do mesmo dilema: dar plena efetividade aos princípios da integração econômica ou aguardar passivamente a adaptação progressiva dos Estados ao novo sistema. Assim, nesse primeiro laudo lançaram os árbitros as bases de como deveria pautar-se a presente e a futura interpretação das normas do Mercosul.

E no corpo do laudo deixam claro que o objetivo maior do Tribunal foi o de identificar as regras jurídicas aplicáveis, guiado pelos fins e objetivos do ordenamento normativo criado pelos membros do bloco. Sendo o Tribunal parte desse ordenamento, cabia-lhe, portanto, interpretar o desejo compartilhado pelos países sobre a regulamentação de suas relações recíprocas pela identificação dos fins e princípios desse novo sistema. A decisão foi parcialmente contrária ao Brasil, que dispôs de prazo para adaptação das normas em desacordo com as regras de integração.

Como o sistema de solução de controvérsias não prevê qualquer tipo de vinculação ou continuidade na atividade dos árbitros, não havia como prever a maneira como agiriam os árbitros nomeados para os casos posteriores. A surpresa surge com a verificação da grande influência das bases lançadas no primeiro laudo para os posteriores, numa clara utilização de um sistema de precedentes, já que os laudos posteriores sempre se referem ao primeiro, e utilizaram os princípios ali estabelecidos. O labor dos diversos tribunais *ad hoc*, ainda que sem

relação entre seus integrantes, logrou construir, pouco a pouco e de forma integrada, um conceito incipiente de direito comunitário do Mercosul, estabelecendo quais as regras que devem reger o bloco.

O segundo laudo tratou de controvérsia entre Argentina e Brasil, mais precisamente de reclamação em face de regras brasileiras de apoio às exportações em benefício dos produtores de carne de porco. Foram atacados o Sistema de Estoques Públicos de Milho da CONAB; o Programa de Financiamento de Exportações (PROEX); os mecanismos do ACC (Adiantamento de Contrato de Câmbio) e do ACE (Adiantamento de Contrato de Exportação); e o Crédito Presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). A questão jurídica versava sobre a caracterização de tais medidas brasileiras como subsídios incompatíveis com o Mercosul, e ainda sua compatibilização subsidiária com as normas do GATT/OMC.

Neste caso, os árbitros também utilizaram um método teleológico de interpretação, analisando os princípios da integração, consubstanciados no Tratado de Assunção, à luz da situação concreta que se apresentava. A partir dessa análise, o laudo reconheceu que algumas das normas brasileiras estavam em desacordo com o sistema de integração proposto, sendo esta decisão aceita pelo Brasil. A metodologia empregada para se chegar à decisão no 2º laudo, apoiou-se na utilizada no 1º laudo, e está mais próxima da maneira de decidir da *common law* do que a nossa tradição civilista, com clara utilização de uma argumentação de matiz principiológica. Por exemplo, houve preocupação em definir, no início do laudo, as regras jurídicas com base nas quais se chegou à decisão final, acrescentando-se à legislação do Mercosul – dividida em originária, para os tratados e protocolos, e derivada, para aquelas normas provenientes dos órgãos permanentes do bloco --, os princípios e disposições do direito internacional aplicáveis à matéria, integrando a *ratio decidendi*, igualmente, as regras da Organização Mundial do Comércio (OMC), pois estas também regulam as relações comerciais internacionais dos estados membros.

Outro ponto importante neste laudo, diz respeito à eficácia das normas do Mercosul. Apesar de requerem medidas de implementação para se tornarem eficazes nos ordenamentos jurídicos internos, isto não significa que, antes de realizada esta etapa, tais normas careçam de qualquer valor. Os árbitros lembraram que os Estados são obrigados, em razão do artigo 42 do Protocolo de Ouro Preto, a incorporá-las aos seus respectivos ordenamentos. Assim, pode-se deduzir o reconhecimento de alguma eficácia a estas normas, antes mesmo de sua implementação em todos os Estados, servindo, portanto, nesta fase, como princípios ou como parâmetro de interpretação das regras já implementadas.

Desta forma, em questão preliminar, o Tribunal Arbitral considerou que a parte autora não podia apresentar novas reclamações (o caso do crédito presumido de IPI), mas somente acrescer e especificar elementos aos pleitos que já haviam sido formulados à Comissão de Comércio do Mercosul. No mérito, considerou que havia subsídio apenas no caso do PROEX, o que, inclusive, já havia sido reconhecido e revisto pelo Brasil durante o curso do processo. Quanto aos estoques da CONAB considerou não haver especificidade no benefício, e em

relação às Antecipações de Contratos de Câmbio – ACC e às Antecipações de Contratos de Exportação – ACE, entendeu que a Argentina não logrou provar a prática anti-competitiva.

No terceiro laudo, o Brasil reclamou contra a Argentina, por entender que a resolução nº 861/99, do Ministério da Economia, Obras e Serviços Públicos, criava cotas para as importações de produtos têxteis provenientes do Brasil, ditadas unilateralmente e em desacordo com as normas do Mercosul. Tratava-se, novamente, de questão relativa à incompatibilidade entre a Lei Argentina e os princípios da integração e, mais uma vez, o Tribunal Arbitral, citando o primeiro laudo, usou o critério teleológico. Entendeu que dar validade àquela norma argentina, na verdade, seria contrário ao sistema normativo do Mercosul. Fez-se uma análise técnica das etapas do processo de integração, fixando-se o dia 1º de janeiro de 1999 como o termo final do período de transição. A partir de então, entenderam os árbitros ter-se inaugurado um verdadeiro mercado comum. Por isso, a adoção de qualquer medida de salvaguarda no comércio intra-regional dependeria de norma produzida pelos órgãos do bloco, sendo vedado aos Estados-membros fazê-lo por ato unilateral, considerando que a medida não poderia ter sido baixada pela Argentina de forma unilateral.

Assim, pode-se notar uma correlação entre a forma de decidir utilizada nos laudos do Mercosul com o sistema da *common law*, pois foi seguida uma metodologia de caráter principiológica e indutiva, com ênfase na argumentação, e, portanto, mais próxima da tradição da *common law*.

No quarto Tribunal Arbitral *ad hoc*, instaurado a pedido do Brasil, reclamava-se contra a edição, pelo Ministério da Economia da Argentina, da Resolução ME 574/2000, através da qual foram instituídas medidas *antidumping* em relação à importação de frangos inteiros congelados provenientes do país. No entender do reclamante, a citada Resolução deveria ser revogada, sob o argumento principal de não existirem elementos suficientes para a aplicação de medidas *antidumping* no caso concreto, além de não ter a Argentina respeitado os procedimentos apropriados para a investigação do alegado *dumping*.

De relevante para esta análise, veja-se que, respondendo a uma questão prévia formulada pela Argentina, o Tribunal Arbitral decidiu que não havia normativa Mercosul vigente que regulasse de forma expressa a investigação de *dumping* e a aplicação de medidas *antidumping* no comércio intrazona, fazendo referência expressa à decisão do Segundo Tribunal Arbitral que, ao examinar o tema de incentivos às exportações, levou em conta os compromissos assumidos no âmbito do GATT em relação à matéria. Novamente, tem-se o respeito às decisões anteriores, como forma de garantir coerência e continuidade às decisões tomadas pelo sistema de solução de controvérsias do bloco.

A pretensão do Brasil foi negada pelo fundamento de que a própria Resolução e seu procedimento não constituem descumprimento da regra de livre circulação de bens no âmbito do Mercosul.<sup>5</sup>

Aliás, outros estudiosos também notaram que, embora não existisse formalmente o estabelecimento de precedentes obrigatórios entre os laudos, cada um procurou valer-se dos laudos anteriores, garantindo, ainda que informalmente, a preservação de certa coerência entre as interpretações, permitindo, inclusive, falar-se em uma *construção jurisdicional* do Mercosul.<sup>6</sup> Privilegiou-se uma interpretação sistêmica e finalística das normas do Mercosul, com ênfase no efeito útil e da eficácia mínima das normas comunitárias, optando o intérprete sempre pelo caminho que dê maior efeito aos objetivos do tratado.<sup>7</sup>

### 3. Algumas características do Protocolo de Olivos

Durante a Presidência *pro tempore* do Brasil, em 2000, e no âmbito das ações de relançamento do Mercosul, surgiu a primeira iniciativa de aperfeiçoamento do sistema de solução de controvérsias e a idéia do estabelecimento de um tribunal de revisão. Essas idéias deram ensejo à criação de um Grupo de Alto Nível com a missão de fazer uma proposta para um novo sistema, que foi aceita pelo Mercosul em 2002.

O Protocolo de Olivos representa um aperfeiçoamento do sistema de solução de controvérsias inaugurado e regulado pelo Protocolo de Brasília, que foi ponto de partida para as negociações dos novos dispositivos. Também é importante notar que esse *aggiornamento* foi realizado a partir das experiências dos países-membros no funcionamento dos tribunais arbitrais *ad hoc*.

É um instrumento original e adaptado ao nível de desenvolvimento do processo de integração do Mercosul, fortalecendo-o, ainda que não tenha alcançado o estágio de integração do sistema europeu. Dotou o bloco de novos instrumentos que permitem maior segurança e eficácia jurídica, em um sistema caracterizado pela celeridade. Foi desenhado como solução intermediária entre a opção de criar um tribunal único e permanente, ou manter a continuidade de um esquema menos estruturado e mais flexível como o dos tribunais *ad hoc*.

---

<sup>5</sup> Parei a análise com o quarto laudo, ressaltando que os mais recentes, de números cinco, seis, sete, oito e nove também se pautaram por metodologia idêntica aos anteriores.

<sup>6</sup> COZENDAY, Carlos Márcio e BENJAMIM, Daniela Arruda, "Laudos arbitrais no marco do Protocolo de Brasília: a construção jurídica do processo de integração", in *Solução de Controvérsias no Mercosul*, Brasília, MRE, 2003, p. 15.

<sup>7</sup> *Ib.id.*, p. 30;31. Para maiores informações sobre as controvérsias, mesmo aquelas que foram resolvidas por meios diplomáticos, ver o estudo de MOURA, Liliam Chagas, "A consolidação da Arbitragem no Mercosul: o sistema de solução de controvérsias após oito laudos arbitrais", in *Solução de Controvérsias no Mercosul*, op. cit., p. 91. Cita a autora 21 controvérsias, sendo a Argentina o país que mais demandou e o Brasil, o que mais foi demandado. Também alerta a autora que o sistema ganhou credibilidade justamente nos momentos de maior crise do Mercosul, em 1999/2000.

Desde o início, o Protocolo de Olivos estabelece seu papel como sendo o de cuidar das controvérsias não só no que respeita à aplicação e cumprimento do direito comunitário, mas, sobretudo, à sua interpretação. Manteve muitos dos pontos já consagrados pelo Protocolo de Brasília, como seu âmbito de aplicação, negociações diretas, constituição e funcionamento dos tribunais *ad hoc*, adoção dos laudos por maioria, possibilidade de recursos esclarecedores dos laudos e reclamações de particulares, tudo isso mantendo os custos reduzidos.

Entre suas inovações temos a opção de foro, intervenção opcional do Grupo Mercado Comum, a definição do objeto da controvérsia, a criação do Tribunal Permanente de Revisão com sede em Assunção, acesso direto ao Tribunal, obrigação do cumprimento dos laudos e cláusulas programáticas.

Não se põe como instância exclusiva para esses diferendos, que muitas vezes podem ser objeto de solução na OMC, mas permite às partes escolher o foro em que desejam litigar, se no Mercosul ou no âmbito de outra organização. É a chamada cláusula de eleição de foro. Todavia, uma vez escolhido o sistema do Mercosul ou da OMC, não há mais como voltar atrás, sendo, portanto, a escolha definidora da exclusividade do tribunal. Para o Prof. Luís Olavo Baptista<sup>8</sup> essa medida resultou em maior grau de institucionalização do sistema de solução de controvérsias do Mercosul, mas ao mesmo tempo diminuiu a margem de atuação política dos Estados, aperfeiçoando-o.

Apesar do Protocolo de Olivos ter mantido o sistema de arbitragens *ad hoc*, instaurando no TRPM uma instância de revisão, também permite a utilização do Tribunal de forma direta, como instância única, desde que as partes assim o estabeleçam de comum acordo.

Neste trabalho, cuidar-se-á apenas do mecanismo de opiniões consultivas, inovação que poderá dar uniformidade à interpretação do direito comunitário do Mercosul, a depender das escolhas a serem feitas pelo TPRM e países-membros. É também um instituto inspirado no reenvio prejudicial da União Européia, razão porque este é sucintamente tratado a seguir.

### ***A construção jurisprudencial dos conceitos fundamentais do ordenamento jurídico comunitário na União Européia.***

Na União Européia criou-se um ordenamento jurídico novo, em que iniciativas individuais tiveram o potencial de influenciar uma quantidade indeterminada de sujeitos de direito em todo o território integrado. Garantiu-se a uniformidade na aplicação das normas de direito comunitário, interpretando-se-as segundo um método que atendia ao que o Tribunal considerou como sendo o interesse da “coletividade” européia. Coube ao TJCE a função de órgão de controle jurisdicional para assegurar também o respeito dos Estados-membros às normas do direito comunitário, destinado a reger, no quadro multinacional da Comunidade, as

---

<sup>8</sup> BAPTISTA, Luís Olavo, “Análise da funcionalidade do sistema de soluções de controvérsias do Mercosul” in *Solução de Controvérsias no Mercosul*, op. cit., p. 110

relações recíprocas dos cidadãos, das instituições comunitárias e dos próprios Estados-membros. Esse novo direito era integrado pelo conjunto de normas constantes dos tratados, o chamado direito originário, e pelas disposições decorrentes dos atos normativos emanados das instituições comunitárias, o direito derivado.

A história da atuação do TJCE demonstra que esse Tribunal tem desempenhado ao longo dos anos um papel fundamental na consolidação da integração, já que logrou definir e impor certos princípios que se tornaram fundamentos normativos da ordem jurídica comunitária. O Tribunal é independente dos Estados-membros e dos demais órgãos comunitários, exercendo competências próprias e exclusivas, sendo suas decisões irrecorríveis e executáveis nos territórios dos Estados-membros. Por estar ligado à ordem jurídica da União Européia, e não dos Estados-membros, não pertence à esfera institucional destes, não havendo entre ele e as instâncias nacionais qualquer vinculação hierárquica. Funciona em caráter permanente e a nacionalidade dos juízes não deve interferir no exercício da sua atividade. O Tribunal tem competência para dirimir todos os conflitos de interpretação que digam respeito ao direito comunitário, podendo ser chamado a decidir, sempre que uma questão dessa natureza for suscitada por um órgão jurisdicional de um Estado-membro, e devendo necessariamente sê-lo, se o caso estiver em última instância. É o chamado sistema do reenvio prejudicial, segundo o qual há uma espécie de divisão do trabalho entre os tribunais nacionais e o TJCE nos casos pertinentes a direito comunitário. Na construção da sua jurisprudência, o Tribunal definiu dois conceitos fundamentais sobre a ordem jurídica comunitária, a saber, o efeito direto e a primazia do direito comunitário sobre o direito interno.

A idéia-chave do princípio do efeito direto é a de que o direito comunitário aplica-se diretamente na ordem jurídica dos Estados-membros, dispensando, para produzir efeitos, qualquer forma especial de recepção. Foram consideradas fontes de direitos subjetivos as disposições dos Tratados que impuseram aos Estados uma obrigação incondicional de abstenção. Foram tidos também como diretamente aplicáveis as disposições dos Tratados que impuseram aos Estados uma obrigação de fazer, sem lhes deixar qualquer liberdade de apreciação no tocante à execução da obrigação. A aplicabilidade direta do direito comunitário fundamenta-se no entendimento de que o Tratado de Roma instituiu uma ordem jurídica própria, concebida como instrumento de integração dos Estados participantes que, ao celebrarem o Tratado, limitaram seus direitos soberanos, criando um corpo de direito aplicável aos seus cidadãos e a eles próprios, impondo-se às suas jurisdições internas.

Segundo o princípio da primazia do direito comunitário sobre o direito nacional, considerou-se inaplicável a norma de Direito Internacional Público clássico segundo a qual um tratado internacional não deve prevalecer sobre normas constitucionais de um Estado contratante que sejam com ele incompatíveis. O TJCE decidiu que “o direito comunitário não poderia ser invalidado pelo direito interno, ainda que de nível constitucional, em vigor neste ou naquele Estado-membro”. O mesmo princípio, no tocante à modificação posterior da legislação ordinária interna, já havia prevalecido no caso “Costa/Enel”, ao se estabelecer que diferentemente dos tratados internacionais ordinários, o Tratado CEE instituiu uma ordem

jurídica própria, integrada no sistema jurídico dos Estados-membros após a entrada em vigor dos tratados e que se impunha às suas jurisdições. Entendeu o Tribunal que a força do direito comunitário não deveria variar de Estado para Estado, ou ficar à mercê das mudanças posteriores das legislações internas, de modo que os atributos de soberania aos quais os Estados renunciaram quando da assinatura do Tratado não poderiam mais ser recuperados. A criação do ordenamento jurídico europeu e sua conformação pela jurisprudência do TJCE – que lhe atribuiu, como visto, as qualidades essenciais do efeito direto nas ordens internas dos Estados-membros e da supremacia sobre estas – contribuíram para dar à União Europeia traços de um indiscutível federalismo jurídico.

### ***Opiniões consultivas***

Entre outras características, o que distingue o sistema do Protocolo de Olivos de seu antecessor – o Protocolo de Brasília –, destaca-se a possibilidade dada aos Estados de requisitar opiniões consultivas ao TPRM.

O capítulo terceiro do Protocolo de Olivos criou o instituto das opiniões consultivas no sistema do Mercosul, deixando ao CMC muito de sua futura regulamentação. Apenas abriu essa possibilidade e deu ao Tribunal recém-criado competência para proferi-las.<sup>9</sup> O artigo é bastante sucinto e foi regulamentado pelo CMC, através da Decisão n. 37/03.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Diz o artigo 3º. “O CMC poderá estabelecer mecanismos relativos à solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão, definindo seu alcance e seus procedimentos.” O sistema de opiniões consultivas é conhecido de outras cortes internacionais, como a Corte Internacional de Justiça de Haia, que contém essa previsão no art. 65 de seu Estatuto, e na Corte Interamericana de Direitos Humanos, prevista no art. 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que já exarou diversas opiniões consultivas. Sobre o papel da CIJ, veja-se a opinião de N. Shaw, de que essas opiniões tiveram papel fundamental no desenvolvimento do direito internacional. SHAW, N., *International Law*, 3ª. Ed., Cambridge, 1991, p. 678. Para uma melhor compreensão do papel das opiniões consultivas na Corte Interamericana de Direitos Humanos, veja-se RAMOS, André de Carvalho, *Direitos Humanos em Juízo*, São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 341 e seguintes. Afirma o autor a importância da função consultiva das cortes internacionais, e da interamericana em particular, pois com base nesta é que se interpretam as normas jurídicas internacionais e fixa-se o conteúdo e alcance do direito internacional atual.

<sup>10</sup> O Regulamento do Protocolo de Olivos dispõe sobre as opiniões consultivas no Capítulo II, artigos 2 a 13, de forma bastante extensa e detalhada: Artigo 2. Legitimação para solicitar opiniões consultivas: Poderão solicitar opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão (doravante TPR) todos os Estados Partes do MERCOSUL, atuando conjuntamente, os órgãos com capacidade decisória do MERCOSUL e os Tribunais Superiores dos Estados Partes com jurisdição nacional, nas condições que se estabeleçam para cada caso; Artigo 3. Tramitação da solicitação dos Estados Partes do MERCOSUL e dos órgãos do MERCOSUL. 1. Todos os Estados Partes do MERCOSUL, atuando conjuntamente, o CMC, o GMC ou a Comissão de Comércio do MERCOSUL (doravante CCM) poderão solicitar opiniões consultivas sobre qualquer questão jurídica compreendida no Tratado de Assunção, no Protocolo de Ouro Preto, nos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, nas Decisões do CMC, nas Resoluções do GMC e nas Diretrizes da CCM. 2. O Estado ou os Estados Partes que desejem pedir uma Opinião Consultiva apresentarão um projeto de solicitação aos demais Estados com objetivo de consensuar seu objeto e conteúdo. Alcançado o consenso, a Presidência Pro Tempore preparará o texto da solicitação e o apresentará ao TPR através de sua Secretaria (doravante ST), prevista no artigo 35 deste Regulamento. 3. No caso em que os órgãos do MERCOSUL mencionados

Já existem interessantes manifestações a respeito da institucionalização das opiniões consultivas, ressaltando-se a sua importância para a interpretação de dispositivos do direito comunitário.<sup>11</sup> Em verdade, embora não se tenha conseguido obter uma cláusula ao estilo do

---

neste artigo decidam solicitar opiniões consultivas, a solicitação deverá constar na ata da Reunião na qual se decida solicitá-la. Essa solicitação será apresentada pela Presidência Pro Tempore ao TPR através da ST. Artigo 4. Tramitação da solicitação dos Tribunais Superiores de Justiça dos Estados Partes. 1. O TPR poderá emitir opiniões consultivas que sejam solicitadas pelos Tribunais Superiores de Justiça dos Estados Partes com jurisdição nacional. Neste caso, as opiniões consultivas deverão referir-se exclusivamente à interpretação jurídica da normativa MERCOSUL, mencionada no artigo 3, parágrafo 1 do presente Regulamento, sempre que se vinculem com causas que estejam em tramitação no Poder Judiciário do Estado Parte solicitante. 2. O procedimento para solicitação de opiniões consultivas ao TPR previsto no presente artigo será regulamentado uma vez consultados os Tribunais Superiores de Justiça dos Estados Partes. Artigo 5. Apresentação da solicitação de opiniões consultivas. Em todos os casos, a solicitação de opiniões consultivas apresentar-se-á por escrito, formulando-se em termos precisos a questão a respeito da qual se realiza a consulta e as razões que a motivam, indicando as normas MERCOSUL vinculadas à petição. Da mesma forma, deverá se fazer acompanhar, se for o caso, de toda a documentação que possa contribuir para sua apreciação. Artigo 6. Integração, convocatória e funcionamento do Tribunal Permanente de Revisão. 1. Para emitir opiniões consultivas, o TPR estará integrado por todos os seus membros. 2. Recebida a solicitação, o Secretário do TPR procederá imediatamente a comunicar tal solicitação aos membros do TPR. 3. Os membros do TPR decidirão, de comum acordo, qual deles será encarregado da tarefa de coordenar a redação da resposta à consulta. Em caso de não haver acordo a respeito, o Presidente do TPR designará, por sorteio, o árbitro que desempenhará essa tarefa. 4. O TPR incluirá em suas regras de procedimento as que correspondam à tramitação das opiniões consultivas. Artigo 7. Prazo para emitir opiniões consultivas. 1. O TPR se pronunciará por escrito dentro do prazo de quarenta e cinco (45) dias contados a partir da recepção da solicitação da Opinião Consultiva. 2. A fim de emitir opiniões consultivas, o TPR funcionará mediante intercâmbio de comunicações à distância, tais como fax e correio eletrônico. Caso o TPR estime necessário reunir-se, informará previamente aos Estados Partes, a fim de que estes prevejam os fundos necessários para assegurar seu funcionamento. Artigo 8. Atuações do Tribunal Permanente de Revisão. O TPR poderá solicitar aos petionantes de opiniões consultivas os esclarecimentos e a documentação que estime pertinentes. O diligenciamento dos mencionados trâmites não suspenderá o prazo assinalado no artigo anterior, a menos que o TPR o considere necessário. Artigo 9. Conteúdo das opiniões consultivas. 1. As opiniões consultivas serão fundamentadas na normativa mencionada no artigo 34 do Protocolo de Olivos e deverá conter: a. uma relação das questões submetidas à consulta; b. um resumo dos esclarecimentos dos solicitantes, se o Tribunal os tiver pedido; c. o parecer do TPR com a opinião da maioria e as opiniões em dissidência, se for o caso. 2. As opiniões consultivas serão fundamentadas e assinadas por todos os árbitros intervenientes. Artigo 10. Conclusão do procedimento consultivo. 1. O procedimento consultivo será finalizado com: a. a emissão das opiniões consultivas; b. a comunicação ao petionante de que as opiniões consultivas não serão emitidas por alguma causa fundamentada, tal como a falta dos elementos necessários para o pronunciamento do TPR; c. o início de um procedimento de solução de controvérsias sobre a mesma questão. Nesse caso, o procedimento consultivo deverá ser finalizado pelo TPR sem mais trâmite. 2. Estas decisões serão notificadas a todos os Estados Partes, através da ST. Artigo 11. Efeito das opiniões consultivas: As opiniões consultivas emitidas pelo TPR não serão vinculantes nem obrigatórias. Artigo 12. Impedimentos: O TPR não admitirá solicitações de opiniões consultivas, quando: a. resultem imprecisas de acordo com os Artigos 1 a 3 do presente Regulamento; b. encontre-se em curso qualquer procedimento de solução de controvérsia sobre a mesma questão. Artigo 13.- Publicação das opiniões consultivas. As opiniões consultivas emitidas pelo TPR serão publicadas no Boletim Oficial do MERCOSUL.

<sup>11</sup> Os comentários mais recentes foram extraídos do documento “Contribuição para o aperfeiçoamento do Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul”, resultante da reunião de um grupo de professores, em Assunção, de 9 a 14 de novembro. O documento foi dirigido pelos Profs. Ricardo

reenvio prejudicial existente na União Europeia, que tem força obrigatória, há franca inspiração do instituto adotado naquele sistema.

Com isso, abre-se no Mercosul a possibilidade de uma interpretação uniforme de suas regras. Hoje é assente que o grande trabalho de integração das normas comunitárias europeias foi realizado através do papel interpretativo exercido pelo Tribunal de Justiça. Esse labor foi considerado como a pedra angular na construção do direito comunitário, que não só é utilizado por todos os países membros, como recebe uma interpretação uniforme aplicável a todos os tribunais nacionais do bloco.

A opinião consultiva não deve dizer respeito a um litígio determinado, mas sim ao caminho a ser tomado para dar a correta interpretação de um regramento mercosulino. É evidente que essa necessidade surgirá, no mais das vezes, das dúvidas dos juízes nacionais que estão aplicando esse direito.

Adriana Dreyzin de Klor,<sup>12</sup> em estudo realizado em 2002, logo que o Protocolo foi finalizado, lançou a pergunta: Estar-se-ia possibilitando o nascimento de uma interpretação uniforme do acervo jurídico mercosulino? Na sua opinião, admitir a realização de consultas constituía um instrumento novo que ajudaria a impedir controvérsias sobre pontos já esclarecidos. A natureza das consultas seria preventiva e criaria um clima de maior observância da normativa comunitária.

Na época da elaboração do Protocolo de Olivos, durante as discussões do Grupo de Alto Nível, houve manifestações no sentido de esclarecer melhor o papel das opiniões consultivas, e sua obrigatoriedade, ao invés de deixar a regulamentação ao CMC. No entanto, essa última posição acabou prevalecendo. Tampouco se definiu o papel dos juízes nacionais, como requerentes da medida, o que só veio a ocorrer no Regulamento n. 37/03 do CMC. No Regulamento acrescentou-se aos Estados e aos órgãos com capacidade decisória do Mercosul, a possibilidade de os tribunais superiores dos Estados-partes requererem diretamente as opiniões consultivas ao TPRM.<sup>13</sup>

---

Alonso Garcia e Adriana Dreyzin de Klor. O seminário contou com representantes da área acadêmica, profissional e judicial dos países-membros. De ressaltar os pronunciamentos feitos no último dia, por juízes das Cortes Supremas dos 4 países e pelos árbitros designados para o TPRM. Nos debates, um dos temas mais discutidos foi justamente o das opiniões consultivas. Do Brasil estavam presentes a Ministra Ellen Gracie Northfleet, Vice-Presidente do STF e o Professor João Grandino Rodas, árbitro designado pelo Brasil para o TPRM.

<sup>12</sup> DREYZIN DE KLOR, Adriana, "El Protocolo de Olivos". Trabalho apresentado no "Forum Brasil-Europa" organizado por la Fundación Konrad Adenauer y la Universidad Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 22 -24 de noviembre de 2002. Disponível na internet, acessado em 4 de outubro de 2004.

<sup>13</sup> Id id. Ainda em 2002, concluiu a autora que o alcance da norma ficou pendente, embora acreditasse que esta poderia representar, no futuro, uma fórmula dinâmica e promissora, para se chegar a um maior relacionamento entre a justiça do Mercosul e os tribunais locais dos estados-partes. Entendeu que embora o artigo representasse um avance, ainda se deveria aguardar a sua regulamentação para verificar sua operacionalidade. [o que só ocorreu em 2003].

Passados dois anos da edição do Protocolo de Olivos, Adriana Dreyzin de Klor volta a cuidar da questão, desta vez diante da inauguração do TPRM. No seminário sobre solução de controvérsias realizado em Assunção, entre os dias 9 e 14 de agosto, paralelo à criação do Tribunal, perceberam os juristas presentes a grande valia que poderá ter o singelo artigo sobre opiniões consultivas, agora já integrado com a regulamentação do CMC. Com efeito, no documento elaborado como contribuição ao aperfeiçoamento do processo, com a ativa atuação da Prof. Adriana Dreyzin de Klor e do Prof. Ricardo Alonso, o tema das opiniões consultivas voltou à pauta da preocupações de todos.

Nas conclusões, estabeleceu-se que, embora não haja nenhuma relação hierárquica entre o TPRM e os tribunais nacionais, isso não impede que estes últimos requisitem ao primeiro opiniões consultivas acerca de pontos relativos à interpretação do direito comunitário do Mercosul. Essa conclusão está respaldada pelo artigo 4º do Regulamento, que estabeleceu a legitimidade dos tribunais nacionais para esta requisição, mas seu formato ainda carece de regulamentação. Nesse sentido, ressalte-se a iniciativa do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que na 4ª. reunião de Cortes Supremas dos Estados do Mercosul, realizada em novembro de 2006, elaborou uma proposta de regulamentação para o envio de consultas ao TPR pelos tribunais nacionais.<sup>14</sup>

O Regulamento prevê que o Tribunal reunir-se-á com todos os membros para emitir opiniões consultivas e estabelece um prazo determinado para a decisão, de 45 dias. O TPRM poderá pedir às partes documentos de esclarecimentos sobre a consulta e a decisão final será publicada no Boletim Oficial do Mercosul.

Dois pontos merecem atenção: o artigo 9º, que regula o conteúdo das decisões e o fato destas não serem vinculantes nem obrigatórias (art. 11). Nesse ponto, faz-se a ligação com o que foi dito no início deste trabalho: somente por sua argumentação jurídica detalhada e ênfase nos princípios que norteiam a integração, alcançará o TPRM a autoridade que a obrigatoriedade lhe daria automaticamente. O TPRM precisará utilizar-se das técnicas decisórias mais afeitas à *common law*, na esteira das decisões já tomadas nos laudos dos tribunais *ad hoc*, com argumentação segura, coerente e persuasiva e aos poucos adquirir a autoridade necessária para promover a uniformidade de interpretação dos documentos comunitários.

A ausência de obrigatoriedade na adoção das opiniões consultivas também fará com que o sopesamento dos interesses em jogo seja feito cuidadosamente em suas decisões, pois a sua adoção pelos tribunais dos Estados-membros dependerá da utilização do que Perelman chamou *a lógica do razoável*, ou seja uma visão convincente dos princípios norteadores da integração.

---

<sup>14</sup> II Encontro de Cortes Supremas dos Estados-Partes e Associados do Mercosul, a ser realizado nos dias 29 e 30 de novembro de 2004, em Brasília. Entrementes, o Presidente do STF, Ministro Nelson Jobim, institui 4 grupos de trabalho para cuidar dos assuntos a serem discutidos no encontro, pela Portaria 117, de 28/7/04. Participo do Grupo II, coordenado pelo Ministro Cezar Peluso.

Nesse sentido, interessante a proposta do seminário de Assunção, de utilização de uma *cláusula de cooperação leal*,<sup>15</sup> que reforçaria a noção de um diálogo entre os juízes, com vistas a alcançar o objetivo comum da integração. Na opinião dos juristas ali presentes, essa cláusula deveria conter alguns elementos, tais como: o de que o pronunciamento do TPRM em opiniões consultivas, em caso de dúvidas de interpretação do direito comunitário, deveria ser de caráter geral, e dirigir-se não só ao juiz requerente, como à totalidade dos integrantes dos poderes judiciários dos demais países membros; ser coerente com os ditames da integração, procurando aprofundá-la e promover sua aplicação material, e se possível alargada, em todos os países membros, pois a não utilização da normativa do Mercosul por qualquer de seus membros constituiria uma ameaça à integração; e ter em conta a consciência da responsabilidade que assumiria através de seus pronunciamentos para toda a comunidade do bloco.

O aspecto referente à sólida motivação das decisões assume papel decisivo na futura adoção pelos tribunais nacionais de sua interpretação da legislação comunitária, ditada através das opiniões consultivas. Só assim promover-se-á o fortalecimento do Estado do Direito no Mercosul, através da adquirida confiança em sua arquitetura judicial.

Como se dará a convivência entre os predicados internos de independência da função judicial, presente em todas as constituições dos países membros, com a aceitação do papel do TPRM ao editar opiniões consultivas dirigidas aos juízes nacionais, será objeto de delicada engenharia judicial. De um lado, a independência dos juízes gera a possibilidade de julgamentos contraditórios. De outro, a tradição da *common law*, e a importância da força de seus precedentes, dá às decisões passadas grande autoridade na hora de julgar litígios presentes.<sup>16</sup> Adotar-se uma postura mais próxima do sistema anglo-saxão, para que as opiniões consultivas dadas para determinado país norteiem a aplicação da norma comunitária em outros membros, garantirá uma maior uniformidade da aplicação da normativa do Mercosul, e contribuirá para o fortalecimento do processo de integração.

## **Conclusão**

Concluindo, vale destacar frase de Oliver Holmes, em seu clássico sobre a *common law*, que se adapta bem ao modo de decidir característico do sistema do MERCOSUL: "A vida do Direito não tem sido apenas uma questão de lógica, mas sim de experiência". Ressalta o jurista, magistrado por excelência, a característica evolutiva do processo decisório, que ocorre na prática dos tribunais. Porque para Holmes, embora se possa definir o Direito através de uma série de proposições auto-suficientes, estas proposições não serão senão uma etapa em um processo contínuo de desenvolvimento.

---

<sup>15</sup> Documento "Contribuição..." itens 14 e 15.

<sup>16</sup> Cf. ZALDUENDO, Suzana Czar, "El Protocolo de Olivos y la interpretacion uniforme de la normativa mercosur", in *Solução de Controvérsias no Mercosul*, Brasília, MRE, 2003, p. 210.

Acredito que se pode fazer uma correlação entre a compreensão do Direito levada a efeito pelo modelo da *commom law*, e aquela que emergiu no Mercosul do labor dos Tribunais Arbitrais. A criação do TPRM, ainda que sem as prerrogativas do Tribunal existente na Comunidade Européia, fará com que essa função seja revista e ampliada. Pode-se dizer que com relação aos laudos arbitrais já proferidos, a postura dos árbitros designados foi no sentido de decidir informados por uma hermenêutica mais ligada a uma matriz principiológica, e portanto mais afeita ao sistema *common law* do que à tradição do Direito Romano-Germânico.

Também no âmbito do direito interno brasileiro, essa metodologia se está espalhando por novos campos. Grandes modificações estão por iniciar-se, com a entrada em vigor do Novo Código Civil brasileiro, pois este trouxe os princípios ao primeiro plano da pirâmide normativa, que regula a vida privada dos cidadãos, assim como fez a Constituição de 1988, com os direitos e garantias fundamentais. Saíram os princípios de sua anterior posição acessória para assumir seu lugar no primeiro plano do ordenamento jurídico, quando é preciso escolher, para solucionar um caso concreto, entre a aplicação de regras ou princípios. No Mercosul, a jurisprudência emergente dos laudos já proferidos indica uma interpretação de suas normas segundo o conjunto dos princípios da integração, estabelecendo-se a prevalência de um deles sobre o outro, valorando-os e sopesando-os. E esse trabalho interpretativo deve muito de sua metodologia ao sistema desenvolvido na tradição da *common law*.

Com a instalação do Tribunal Revisão Permanente do Mercosul este labor certamente será reforçado, especialmente no seu pronunciamento por ocasião dos pedidos pelos tribunais nacionais de opiniões consultivas. Só a continuação da utilização de um estilo de decidir mais afeito à tradição da *common law*, com respeito aos precedentes e aos princípios da integração, poderá contribuir para o aprofundamento da arquitetura judicial ainda preocupada em estabelecer com clareza seus alicerces, para só então construir solidamente o edifício comunitário.