

El control de la legalidad de las normas del MERCOSUR por el juez nacional*

Alejandro Daniel Perotti**

1. Introducción

El presente artículo encierra, sin lugar a dudas, un tema sumamente delicado y susceptible de provocar situaciones de inaplicación de las normas del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) en el marco de las jurisdicciones internas.

La posibilidad de control de la legalidad de las normas del MERCOSUR derivadas —los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos, las decisiones (CMC – Consejo del Mercado Común), las resoluciones (GMC – Grupo Mercado Común) y directivas (CCM – Comisión de Comercio del MERCOSUR), esto es el análisis de su compatibilidad con las disposiciones del derecho originario —Tratado de Asunción (TA), Protocolo de Ouro Preto (POP), Protocolo de Olivos (PO), etcétera—, por parte de los jueces nacionales que deban intervenir en litigios en los cuales se aleguen reglas del ordenamiento jurídico del MERCOSUR, viene —de

* Artículo publicado en la revista *DeCitas. Derecho del Comercio Internacional. Temas y Actualidades*, 2005, N° 3, pp. 551-560, Buenos Aires; y electrónicamente en *Revista Científica del EFT (Equipo Federal de Trabajo)*, N° 5, Buenos Aires, 4 de octubre de 2005. <<http://www.eft.com.ar/>>.

** Profesor de Derecho de la Integración en la Universidad Austral, Buenos Aires (Argentina) y consultor jurídico de la Secretaría del MERCOSUR. El análisis y las opiniones expresadas son de exclusiva responsabilidad del autor y no reflejan necesariamente las posiciones de los Estados Parte del MERCOSUR ni de la Secretaría del MERCOSUR.

alguna manera— facilitada por la «laguna» que al respecto contiene el PO,¹ que en este aspecto ha seguido al régimen establecido en el anteriormente vigente Protocolo de Brasilia.²

En efecto, el PO no prevé explícitamente ningún tipo de control de legalidad de las normas derivadas entre las competencias del Tribunal Permanente de Revisión (TPR) o de los tribunales *ad hoc* del MERCOSUR (TAHM).

En la actualidad, el derecho del MERCOSUR comienza a ser invocado de forma constante en los litigios que se tramitan ante los tribunales nacionales de los Estados Parte, y aún más, en ocasiones es aplicado de oficio por los propios tribunales.³ Por tal razón, los supuestos en los que una de las partes en la controversia plantee la incompatibilidad entre las normas del derecho originario y las disposiciones de rango derivado constituyen —ciertamente— una hipótesis que no cabe descartar.

2. Ejemplos prácticos: jurisprudencia nacional

En términos precisos, el cuadro de situación descrito en el punto anterior ha tenido lugar, principalmente, en expedientes tramitados ante la justicia federal de Brasil, en materia de libre circulación de vehículos comunitarios de turistas.

En el MERCOSUR, el GMC aprobó la resolución 131/94,⁴ que contiene normas relativas a la circulación de vehículos comunitarios en el territorio del mercado común, para uso particular exclusivo de turistas residentes en los Estados Parte. Dicha resolución tuvo en reparo la intensificación de los movimientos turísticos terrestres intra-bloque, reglamentando cuestiones tales como la definición de «vehículo comunitario» y «turista», la identificación de los conductores autorizados, la determinación de las formalidades y la documentación necesarias para la libre circulación, etcétera.

¹ Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, Olivos, Argentina, 18 de febrero de 2002; en vigencia desde el primero de enero de 2004.

² Protocolo de Brasilia sobre Solución de Controversias en el MERCOSUR, Brasilia, 17 de diciembre de 1991; en vigencia desde el 22 de abril de 1993; derogado a partir del 1 de enero de 2004 (PO, art. 55, inciso 1).

³ En este sentido resulta esclarecedor de la creciente incidencia que el derecho del MERCOSUR está cobrando entre los jueces y tribunales de los Estados Parte, el «Primer informe sobre la aplicación del derecho del MERCOSUR por los tribunales nacionales» (año 2003), elaborado por la Secretaría del MERCOSUR, documento EST 003/04 CJ, 15/07/2004 (disponible en la página de la Secretaría: <<http://www.mercosur.org.uy/pagina1esp.htm>>). Dicho estudio contiene una recopilación de las sentencias y decisiones dictadas por los jueces y tribunales de los Estados Parte durante el año 2003, en las cuales se aplican normas del derecho del MERCOSUR.

⁴ Resolución GMC 131/94. Norma relativa a la circulación de vehículos comunitarios del MERCOSUR de uso particular exclusivo de los turistas residentes en los Estados Parte.

La resolución GMC citada establece que «[l]os vehículos comunitarios del MERCOSUR de uso particular exclusivo de los turistas, circularán libremente por el territorio de los Estados Parte en las condiciones que establece la presente Norma» —anexo, artículo 1—. Asimismo, la disposición contiene las siguientes definiciones —anexo, artículo 2, incisos a y b—:

- «Vehículos comunitarios del MERCOSUR: los automóviles, motocicletas, bicicletas motorizadas, casas rodantes, remolques, embarcaciones de recreo y deportivas y demás vehículos similares, que estén registrados y matriculados en cualquiera de los Estados Parte».
- «Turista: toda persona que ingrese en el territorio de un Estado Parte distinto de aquel en que tiene su residencia habitual, y permanezca en él sin exceder el plazo máximo que establezca la legislación migratoria del Estado Parte».

En los términos del artículo 4 (anexo), «[l]a circulación de los vehículos comunitarios de un Estado Parte a otro conducidos por turistas no estará sujeta al cumplimiento de ninguna formalidad aduanera, sin perjuicio de los controles selectivos que pudieran practicar las autoridades competentes en relación al cumplimiento de las condiciones y requisitos exigidos por este régimen».

En Brasil, la resolución GMC 131/94 fue internalizada por el decreto 1,765/95⁵ y por la portaría MF (Ministerio de *Fazenda*) 16/95.⁶ La citada portaría, en términos precisos, se limita a transcribir literalmente el contenido de la resolución 131/94.⁷

Con motivo de la aplicación de la mencionada resolución GMC, varios expedientes llegaron a conocimiento del Tribunal Regional Federal de la 4ª Región (TRF-4ªR), por apelación de las decisiones dictadas por los jueces federales de primera instancia —*varas federales*—, incitados a intervenir en el marco de acciones planteadas por ciudadanos de los Estados Parte, con el objetivo de que se revoquen los actos administrativos adoptados por la *Fazenda Pública*, por lo que se secuestraban los vehículos de los particulares que ingresaban al territorio nacional, aduciéndose el incumplimiento de las normas brasileñas sobre importación regular. En varias de las causas iniciadas, la sanción aplicada por la administración era la *pena de perdimento* —comiso— del bien.

⁵ Decreto 1,765/95, que dispone sobre la vigencia de las resoluciones del Grupo Mercado Común y de las decisiones del Consejo del Mercado Común que menciona (Asuntos Aduaneros), 28/12/1995 (DOU [Diario Oficial de la Unión] 29/12/95).

⁶ Portaria MF 16/95, sobre admisión temporaria de vehículos, de 11 de enero de 1995 (DOU 13/01/95).

⁷ El texto íntegro de la mencionada portaría corresponde literalmente al de la resolución del GMC.

En algunos supuestos, se trataba, efectivamente, de ciudadanos de los Estados Parte que ingresaban con sus vehículos al territorio brasileño con fines turísticos. En tales hipótesis, el TRF-4ªR, limitándose a aplicar la resolución GMC 131/94, y constatando la propiedad del bien, revocaba la orden de secuestro y la pena correspondiente, determinando la devolución del vehículo al particular afectado.

En otros casos, los particulares que recurrieron a la justicia no eran, en sentido estricto, turistas comunitarios sino ciudadanos con residencia en zonas fronterizas que desarrollaban sus actividades comerciales en ambos lados de la frontera y en ocasiones disponían de doble domicilio —en Brasil y en otro Estado Parte, principalmente en Paraguay y Uruguay—.

En algunos de estos expedientes, el TRF-4ªR convalidó la pena de comiso de los vehículos, considerando que la normativa aplicable —resolución GMC— solo amparaba la libre circulación de vehículos comunitarios con finalidad turística, no así aquellos que ingresaban al territorio brasileño con fines comerciales, no siendo obstáculo para así decidir el hecho de que los respectivos propietarios residieran en ciudades ubicadas en zonas de frontera.⁸

Así lo mantuvo el tribunal, entre otros, en los siguientes casos:

PENA DE PERDIMENTO. VEÍCULO DE ESTRANGEIRO. PORTARIA 16/95 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. MERCOSUL. 1. Não se enquadra na Portaria 16/95 do Ministério da Fazenda veículo estrangeiro usado para fins comerciais. 2. O conceito de veículo comunitário é usado para veículos para fins de turismo. 3. Recurso improvido.⁹

PENA DE PERDIMENTO. VEÍCULO PARAGUAIO. ESTUDANTE PARAGUAIA RESIDENTE NO BRASIL COM VISTO TEMPORÁRIO DE ESTUDANTE. CIRCULAÇÃO SEM A COMPROVAÇÃO DA REGULAR IMPORTAÇÃO. APLICABILIDADE. 1. É aplicável a pena de perdimento a veículo registrado no Paraguai, pertencente à cidadã paraguaia que reside no Brasil, por estar circulando sem a documentação comprobatória de sua regular importação, pois não se trata de «veículo comunitário», estando amparado pelo Decreto nº 1.765/95 (que internalizou a Resolução do Grupo Mercado Comum nº 131/94), cuja regulamentação foi dada pela Portaria nº 16/95 do Ministério da Fazenda. 2. A legislação brasileira, sobretudo a Lei nº 6.815/90, diferencia o estrangeiro portador de visto de turista e aquele que ostente visto temporário de estudante, estabelecendo restrições e vantagens em relação a cada

⁸ Cabe destacar que en determinados lugares de la frontera de Brasil con algunos Estados Parte, la línea divisoria solo está constituida por una calle que separa ambos lados de la respectiva ciudad, como por ejemplo, el punto de frontera Rivera/Uruguay – Livramento/Brasil.

⁹ Sentencia TRF-4ªR, 1ª turma, AMS (*Apelação em Mandato de Segurança*) 2000.04.01.010428-8/SC, rel. ('relator') Juiz José Luiz B. Germano Da Silva, 21/03/2000 (DJU 24/05/00, p. 15).

um, conferindo ao beneficiário direitos e obrigações diversas a depender do enquadramento. Dentre as vantagens concedidas ao estrangeiro turista, por exemplo, se encontra a própria dispensa de visto, assim como a livre circulação dos veículos oriundos dos países do MERCOSUL, independentemente de qualquer formalidade. Já quanto às regalias concedidas aos que portarem visto temporário de estudante, encontra-se a possibilidade de permanência em território nacional por 1 ano, prorrogável, dentre outras estabelecidas nas normas que regem a espécie. 3. A demandante não ostenta a condição de turista, mas, radicada no país desde 1996 para freqüentar o curso de economia da Universidade Federal de Santa Catarina —ou seja, sendo estudante, portando, inclusive o visto temporário de estudante— deveria submeter-se ao fiel cumprimento das leis pertinentes à importação no tocante ao seu veículo.¹⁰

PENA DE PERDIMENTO. VEÍCULO PROVENIENTE DO CHILE. DUPLO DOMICÍLIO. CONDIÇÃO DE TURISTA. DESCARACTERIZAÇÃO. BEM DE PROPRIEDADE DA PESSOA JURÍDICA. DESCABIMENTO. 1. A legislação brasileira, sobretudo a Lei nº 6.815/90, diferencia o estrangeiro portador de visto de turista e aquele que ostente visto permanente, estabelecendo restrições e vantagens em relação a cada um, conferindo ao beneficiário direitos e obrigações diversas a depender do enquadramento. Dentre as vantagens concedidas ao estrangeiro turista, por exemplo, se encontra a própria dispensa de visto, assim como a livre circulação dos veículos oriundos dos países do MERCOSUL, independentemente de qualquer formalidade. Já quanto às regalias concedidas aos que portarem visto temporário, encontra-se a possibilidade de exercer determinadas atividades laborais, por exemplo. 2. O veículo do impetrante não pode receber o qualificativo de «veículo comunitário», podendo, conseqüentemente, estar em circulação livre no Brasil independentemente de qualquer formalidade, conforme o Decreto nº 1.765/95 (que internalizou a Resolução do Grupo Mercado Comum nº 131/94), cuja regulamentação foi dada pela Portaria nº 16/95 do Ministério da Fazenda, pois não ostenta fins turísticos. 3. Ocorre, entretanto, que, na hipótese dos autos, entendo ser descabida a aplicação de sanção da intensidade da pena de perdimento do veículo. Conforme demonstra a documentação das fls. 28-44, o demandante titula empresas tanto no Chile quanto no Brasil, sendo que, de acordo com o certificado de registro do veículo de fl. 31, insere-se o mesmo no patrimônio da pessoa jurídica chilena (Jorge Aguirre y Compañía Limitada) da qual é sócio. Nessas condições, a penalidade afrontaria os princípios da independência dos patrimônios do sócio e da sociedade regular e da proporcionalidade, diante da flagrante incompatibilidade entre a infração administrativa perpetrada e as conseqüências dela decorrentes sobre o patrimônio da empresa.¹¹

¹⁰ Sentencia TRF-4ªR, 2ª turma, AC (*Apelação Cível*) 2001.72.00.003220-6/SC, rel. Des. (*desembargador*) Federal Dirceu de Almeida Soares, 21/05/2002 (DJU 12/06/02, p. 300).

¹¹ Sentencia TRF-4ªR, 2ª turma, AMS 2001.72.00.003877-4/SC, rel. Des. Federal Dirceu de Almeida Soares, 28/05/2002 (DJU 19/06/02, p. 949).

Sin embargo, la jurisprudencia mencionada en el punto precedente no constituye una posición consolidada en el TRF-4^aR.

En algunos de los litigios llegados al tribunal, los particulares impugnantes utilizaban sus vehículos con fines comerciales, en particular debido a que su residencia estaba ubicada en ciudades fronterizas, por lo cual desarrollaban sus actividades tanto en Brasil como en el territorio de otro Estado Parte.

Lo destacable a los fines de la presente investigación es la argumentación mantenida por el tribunal, con el objetivo de hacer lugar a los planteos de los particulares y determinar, en consecuencia, la devolución del vehículo, en hipótesis en las que —como se dijo— quedaba constatada la naturaleza no turística de la actividad de los conductores, así como el motivo de su ingreso a Brasil.

En efecto, tras considerar que la portaría 16/95 cubre únicamente a los vehículos de turistas, el tribunal mantuvo que tal regulación, al restringir los derechos de los particulares, tales como los comerciantes o profesionales, deviene en un acto violatorio del Tratado de Asunción, por lo que, en tanto norma de jerarquía inferior, cabe inaplicar la mencionada portaría.

En tal sentido, pueden mencionarse, entre otros, los siguientes fallos:

MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE VEÍCULO. ZONAS FRONTEIRIÇAS. 1. O Impetrante possui dois domicílios; um no Brasil e outro no Uruguai. Assim, normal é que seu veículo transite aqui e lá, sem se falar em importação fraudulenta; 2. Apreensão ilegal; 3. Remessa Oficial improvida.¹²

MANDADO DE SEGURANÇA. BRASILEIRO COM DUPLO DOMICÍLIO/RESIDÊNCIA. BRASIL. PARAGUAI. SUA LIVRE MOVIMENTAÇÃO, COM VEÍCULO PARAGUAIO DE SUA PROPRIEDADE, ENTRE OS DOIS PAÍSES, ATENDENDO A SUAS ATIVIDADES NEGOCIAIS. PENA DE PERDIMENTO DO VEÍCULO. VIOLAÇÃO AO TRATADO DE ASSUNÇÃO, QUE GARANTE A LIVRE MOVIMENTAÇÃO DE PESSOAS ENTRE AS FRONTEIRAS DOS PAÍSES SIGNATÁRIOS. Caso em que o impetrante, brasileiro, possui duplo domicílio, um em Foz do Iguaçu, outro em Ciudad del Este. A sua movimentação entre os dois países com veículo paraguaio de sua propriedade, exercendo sua atividade comercial, não pode ser obstaculizada pela negativa da autoridade fiscal brasileira de que se utilize do veículo no Brasil. Não se trata de internação de bem sem a regular importação, mas admissão temporária. Aplicação da pena de perdimento do veículo que representa violação ao Tratado de Assunção, porquanto este garante a livre movimentação das pessoas entre as fronteiras dos países signatários para que possa haver livre movimentação comercial no

¹² Sentencia TRF-4^aR, 1^a turma, REO (*Remessa «Ex Officio»*) 91.04.23778-1/RS, rel. Juiz Paim Falcão, 25/03/1993 (DJU 16/06/93).

mesmo espaço, o que é da essência do MERCOSUL. Segurança concedida. Sentença confirmada.¹³

TRIBUTÁRIO. APREENSÃO DE VEÍCULO PERTENCENTE A PARAGUAIO COM DOMICÍLIO NO BRASIL E NO PARAGUAI. DISTINÇÃO DO CONCEITO DE RESIDÊNCIA. PENA DE PERDIMENTO DO BEM. VIOLAÇÃO AO TRATADO DE ASSUNÇÃO. REGIME ADUANEIRO DE ADMISSÃO TEMPORÁRIA. NÃO-INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. CARÁTER CONFISCATÓRIO E DESPROPORCIONALIDADE DA PENA. 1. O conjunto fático indica que o impetrante, cidadão paraguaio com visto permanente no Brasil, possui domicílio neste País por força de sua profissão de representante comercial, mas reside e também trabalha no Paraguai, desfazendo-se a presunção de que possui residência em território brasileiro. 2. Domicílio é conceito jurídico, que corresponde à necessidade de fixar a pessoa em determinado local; residência é relação fática, é o lugar em que a pessoa habita ou tem o centro de suas ocupações. 3. A aplicação da Portaria MF nº 16/95, que permite o ingresso, sem qualquer formalidade, somente aos veículos comunitários do MERCOSUL, de uso particular exclusivo de turistas, mostra-se incompatível com as regras do Tratado de Assunção, diploma incorporado ao direito interno e superior às normas de categoria infralegal, que assegura o direito de livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países membros do MERCOSUL. 4. Admitido o bem sob o regime especial aduaneiro de admissão temporária, destinando-se o veículo somente para deslocamento do impetrante a trabalho, não há incidência de tributo de importação. 5. A pena de perdimento aplicada possui caráter confiscatório, constitucionalmente vedado, não podendo a autoridade aduaneira considerar danosa ao Erário situações que, na verdade, não o são. Não se consumando o fato gerador do imposto de importação, não cabe a aplicação da pena de perdimento do bem, nitidamente desproporcional com a irregularidade formal cometida pelo impetrante.¹⁴

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENA DE PERDIMENTO DE BEM. DUPLO DOMICÍLIO. VIOLAÇÃO AO TRATADO DE ASSUNÇÃO. REGIME ADUANEIRO DE ADMISSÃO TEMPORÁRIA. CARÁTER CONFISCATÓRIO E DESPROPORCIONALIDADE DA PENA. 1. O conjunto fático indica que a agravante, cidadã brasileira com domicílio no Paraguai, mas também possui vínculo jurídico com o Brasil, em decorrência de relações familiares, sociais e econômicas, caracterizando-se o duplo domicílio. 2. A aplicação da Portaria MF nº 16/95, que permite o ingresso, sem qualquer formalidade, somente aos veículos comunitários do MERCOSUL, de uso particular exclusivo de turistas, mostra-se incompatível com as regras do Tratado de Assunção, diploma incorporado ao direito interno e superior às normas de categoria infralegal, que assegura o direito de livre circulação de bens,

¹³ Sentencia TRF-4ªR, 2ª turma, REO 97.04.04855-6/PR, rela. Juíza Tania Terezinha Cardoso Escobar, 18/03/1999 (DJU 05/05/99, p. 310).

¹⁴ Sentencia TRF-4ªR, 1ª turma, AMS 2000.72.08.002178-0/SC, rel. Juiz Wellington M. De Almeida, 04/10/2001 (DJU 16/02/02, p. 392).

serviços e fatores produtivos entre os países membros do MERCOSUL. 3. Admitido o bem sob o regime especial aduaneiro de admissão temporária, destinando-se o veículo somente para deslocamento da agravante, não há incidência de tributo de importação. 4. A pena de perdimento aplicada possui caráter confiscatório, constitucionalmente vedado, não podendo a autoridade aduaneira considerar danosa ao Erário situações que, na verdade, não o são. Não se consumando o fato gerador do imposto de importação, não cabe a aplicação da pena de perdimento do bem, nitidamente desproporcional com a irregularidade formal cometida.¹⁵

TRIBUTÁRIO. LIBERAÇÃO DE VEÍCULO IMPORTADO USADO. DISTINÇÃO ENTRE DOMICÍLIO E RESIDÊNCIA. CONCEITO DE BAGAGEM. LIVRE CIRCULAÇÃO NO MERCOSUL. 1. Se, de um lado, há prova robusta de que o autor mantém residência no Brasil, doutro flanco, tem-se substrato fático também relevante que permite a ilação de que não se desvinculou totalmente do conjunto de atividades desempenhadas no país vizinho. 2. Não há negar vigência ao princípio maior informativo das relações intercomunitárias no âmbito do MERCOSUL, que se traduz na ampla liberdade de movimentação dos cidadãos entre as fronteiras dos Estados participantes do grupo de integração regional. 3. O Decreto-Lei no 2.120/84, concomitantemente à conceituação do que seja bagagem, estabelece uma restrição no tocante aos veículos, em seu artigo 2o. Não obstante, a melhor exegese aplicável à espécie há de vislumbrar o dispositivo desde seu aspecto teleológico, o que, na prática, convola-se na análise conjunta da legislação multicitada e do artigo 5o, XV, da Constituição Federal, ressaindo, desse exame hermenêutico, a prevalência da tutela do direito de propriedade. 4. Há de se diferenciar a importação promovida ao amparo da legislação alfandegária vigente, mas com finalidades escusas, dos casos em que, comprovadamente, o veículo usado importado destina-se à locomoção do importador e de sua família, não revelando índole comercial. Nesse contexto, tenho que o automóvel pode ser compreendido dentre o conceito de bagagem estampado no art. 1o, § 1o, da Lei 2.120/84. 5. Apelação provida.¹⁶

PENA DE PERDIMENTO. DESCARACTERIZAÇÃO DA IMPORTAÇÃO DO BEM. PROPRIEDADE DO VEÍCULO. 1. Deve ser afastada a aplicação da pena de perdimento nos casos em que não restar comprovada a inobservância da legislação tributária. 2. As peculiaridades das relações sociais e comerciais estabelecidas entre os habitantes das cidades fronteiriças são de conhecimento geral, bem como as suas consequências práticas, notadamente em razão da integração necessária ao aprimoramento das relações entre os países membros do MERCOSUL.¹⁷

¹⁵ Sentença TRF-4ªR, 1ª turma, AgIn (*Agrado de Instrumento*) 86.234, processo 2001.04.01.052153-0/PR, rel. Juiz Wellington M. de Almeida, 11/06/2003 (DJU 25/06/03, p. 579).

¹⁶ Sentença TRF-4ªR, 1ª turma, AMS 76.467, processo 2000.70.02.004121-6/PR, rel. Juiz Wellington M. de Almeida, 25/06/2003 (DJU 09/07/03, p. 243).

¹⁷ Sentença TRF-4ªR, 1ª turma, AMS 87.820, processo 2002.70.02.003103-7/PR, rel. Juíza Maria Lúcia Luz Leiria, 22/10/2003 (DJU 26/11/03, p. 470).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RESTITUIÇÃO DE BENS APREENDIDOS. PENA DE PERDIMENTO. DUPLO DOMICÍLIO. INVESTIGAÇÃO. DEMORA.

1. Não configurada a hipótese de importação irregular e, conseqüentemente, inaplicável a pena de perdimento no caso de veículo paraguaio ingressar no território nacional quando o seu proprietário possuir duplo domicílio, devendo ser restituído o bem apreendido. 2. Pretendida a manutenção da apreensão do bem, sob argumento de interesse na investigação, após o transcurso de quase dois anos da realização da medida, incabível a sua preservação perpétua, com risco de deterioração do bem pelo longo período de tempo, devendo ser restituído ao legítimo proprietário. 3. Apelo provido.¹⁸

PENA DE PERDIMENTO. DESCARACTERIZAÇÃO DA IMPORTAÇÃO DO BEM. PROPRIEDADE DO VEÍCULO. 1. Deve ser afastada a aplicação da pena de perdimento nos casos em que não restar comprovada a inobservância da legislação tributária. 2. As peculiaridades das relações sociais e comerciais estabelecidas entre os cidadãos brasileiros e paraguayos são de conhecimento geral, bem como as suas conseqüências práticas, notadamente em razão da integração necessária ao aprimoramento das relações entre os países membros do MERCOSUL.¹⁹

Como se observa, el tribunal, al declarar inaplicable la portaría 16/95 —que ya se destacó, reproduce textualmente las disposiciones de la resolución 131/94— por su incompatibilidad con el Tratado de Asunción, efectuó, en los hechos, un control de legalidad de la resolución del GMC y constató que al restringir el alcance del artículo 1 del Tratado debe ser inaplicada en atención a la jerarquía superior de este.²⁰

3. Derecho Comunitario andino y europeo

En los procesos de integración europea y andino el control de legalidad de las normas comunitarias derivadas se encuentra reservado a los respectivos tribunales de justicia.

Según el Tratado de la Comunidad Europea (CE):

El Tribunal de Justicia controlará la legalidad de los actos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, de los actos del Consejo, de la Comisión y del

¹⁸ Sentencia TRF-4ªR, 8ª turma, AC 2002.70.08.000297-2/PR, rel. Des. Federal Luiz Fernando Wovk Penteadó, 24/03/2004 (DJU 14/04/04, p. 563; el relator citó en su voto, entre otros acuerdos, la mencionada sentencia TRF-4ªR, AgIn 86.234, 11/06/2003).

¹⁹ Sentencia TRF-4ªR, 1ª turma, AC 2003.72.05.005927-7/SC, rela. Desa. Federal María Lúcia Luz Leiria, 01/09/2004 (DJU 22/09/04).

²⁰ Tratado de Asunción, artículo 1: «Los Estados Parte deciden constituir un Mercado Común, que deber estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará “Mercado Común del Sur” MERCOSUR.

Este Mercado Común implica:

- La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente [...].»

BCE que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros (artículo 230).

El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

[...]

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE;

[...]

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia (artículo 234).

Aunque haya expirado el plazo previsto en el quinto párrafo del artículo 230, cualquiera de las partes de un litigio en el que se cuestione un reglamento adoptado conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo o un reglamento del Consejo, de la Comisión o del BCE, podrá acudir al Tribunal de Justicia, alegando la inaplicabilidad de dicho reglamento por los motivos previstos en el segundo párrafo del artículo 230 (artículo 241).

En su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha considerado reiteradamente que le compete en forma exclusiva el control negativo de legalidad de las normas comunitarias derivadas, lo cual significa que los jueces nacionales carecen de atribuciones, según las normas del tratado, para declarar la invalidez de tales disposiciones. Según el tribunal de justicia, no le está vedado al juez nacional examinar la validez de la norma comunitaria derivada, aunque si llegara a la conclusión de que la misma está afectada en su legalidad no tiene competencia para invalidarla, debiendo en tal caso plantear al tribunal de justicia la cuestión prejudicial de validez de tal norma.²¹

Por su parte, el tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) prescribe:

Corresponde al Tribunal declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las

²¹ Sentencias TJCE de 22 de octubre de 1987, Foto-Frost, asunto 314/85, Rec. 1987, p. 4199 (§§11-20); de 22 de febrero de 1990, Busseni, asunto C-221/88, Rec. I-495 (§§12-14); de 15 de abril de 1997, Woodspring, asunto C-27/95, Rec. I-1847 (§§19-20); de 17 de julio de 1997, Krüger GmbH & Co. KG, asunto C-334/95, Rec. I-4517 (§51); y de 10 de diciembre de 2002, British American Tobacco, asunto C-491/01, Rec. I-11.453 (§39). Un adelanto de la opinión del tribunal de justicia en tal sentido, puede verse en sus sentencias de primero de diciembre de 1965, Schwarze, asunto 16/65, Rec. 1965 p. 1081 (§2º) y de 5 de marzo de 1986, Wunsche, asunto 69/85, Rec. 1986 p. 947 (§§12-13).

Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios a que se refiere el literal e) del Artículo 1, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder, cuando sean impugnados por algún País Miembro, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas en las condiciones previstas en el Artículo 19 de este Tratado (artículo 17).

[...] Aunque hubiere expirado el plazo previsto en el párrafo anterior [dos años siguientes a la fecha de entrada en vigencia], cualquiera de las partes en un litigio planteado ante los jueces o tribunales nacionales, podrá solicitar a dichos jueces o tribunales, la inaplicabilidad de la Decisión o Resolución al caso concreto, siempre que el mismo se relacione con la aplicación de tal norma y su validez se cuestione, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.

Presentada la solicitud de inaplicabilidad, el juez nacional consultará acerca de la legalidad de la Decisión, Resolución o Convenio, al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y suspenderá el proceso hasta recibir la providencia del mismo, la que será de aplicación obligatoria en la sentencia de aquél (artículo 20).

4. Derecho del MERCOSUR

Cabe destacar que el artículo 3 del Protocolo de Olivos autorizó al CMC a regular el instituto de las opiniones consultivas. En este sentido, el Reglamento del Protocolo de Olivos (RPO), aprobado por decisión CMC 37/03, otorga legitimación activa para solicitar las opiniones consultivas al TPR, entre otros, a los tribunales superiores de los Estados Parte con jurisdicción nacional, estando pendiente la reglamentación en detalle del procedimiento que se deberá seguir para efectivizar dichas consultas, como así también los jueces y tribunales que, específicamente, podrán recurrir al TPR (artículos 2 y 4, inciso 2).

En este contexto, resulta pertinente analizar si los tribunales nacionales podrán consultar —a través de los tribunales superiores con jurisdicción nacional— al TPR acerca de la validez de las disposiciones del derecho del MERCOSUR derivado.

En primer lugar, debe tenerse presente que el PO fue suscripto por los Estados Parte, en el reconocimiento de «[q]ue la evolución del proceso de integración en el ámbito del MERCOSUR requiere del *perfeccionamiento* del sistema de solución de controversias» y bajo la consideración de «[l]a necesidad de *garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento* de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y *del conjunto normativo del MERCOSUR*, de forma consistente y sistemática» (preámbulo del PO).

A su vez, el RPO establece que las opiniones consultivas encaminadas por los tribunales nacionales involucrados «[...] se referirán exclusivamente a la *interpretación jurídica* de la normativa del MERCOSUR [...] siempre que se vinculen con causas que estén bajo trámite en el Poder Judicial del Estado Parte solicitante» (artículo 4, inciso 1).

Asimismo, resulta oportuno recordar que el Derecho del MERCOSUR originario, esto es el ordenamiento superior del bloque, establece claramente la pirámide jurídica que preside el sistema normativo regional.

En efecto, según el artículo 41 POP:

Las fuentes jurídicas del MERCOSUR son:

- I - El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios;
- II - Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos;
- III - Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.

Por su parte, el PO prescribe que:

Las controversias que surjan entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, serán sometidas a los procedimientos establecidos en el presente Protocolo (artículo 1, inciso 1).

Los Tribunales Arbitrales Ad Hoc y el Tribunal Permanente de Revisión decidirán la controversia en base al Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto, a los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, a las Decisiones del Consejo del Mercado Común, a las Resoluciones del Grupo Mercado Común y a las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR así como a los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia (artículo 34, inciso 1).

El procedimiento establecido en el presente Capítulo [reclamos de particulares] se aplicará a los reclamos efectuados por particulares (personas físicas o jurídicas) con motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR (artículo 39).

Sobre la base de las disposiciones mencionadas, parecería contrario a la lógica interna del sistema normativo del MERCOSUR, y más en particular al preámbulo del PO y a

los artículos 41 POP, 1, 34 y 39 PO y 4 RPO, no reconocer entre las competencias del TPR la facultad de declarar inválida, o al menos inaplicable, una norma derivada por contravenir la pirámide jurídica del derecho del MERCOSUR, establecida —como se dijo— en las citadas disposiciones del derecho del MERCOSUR.

De lo contrario, el TPR se encontraría obligado a declarar aplicable una norma de Derecho derivado aún cuando ella fuera contraria al Tratado de Asunción o al resto del Derecho originario.

El giro «interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR», contenido en el artículo 4 RPO, debe ser interpretado en el sentido de incluir la posibilidad de consulta sobre la validez de las normas de Derecho derivado. En efecto, en este contexto, la interpretación jurídica no contempla únicamente el interrogante sobre los alcances o el sentido de una norma en particular, sino también si, en un caso concreto, la norma es ajustada al ordenamiento superior, del cual deriva.²²

No debe desecharse en este aspecto particular, la aplicación de los principios generales del Derecho (artículo 34 PO), entre ellos el de jerarquía normativa —intrínseco a todo «ordenamiento jurídico»—,²³ los cuales vienen también en auxilio de la solución propuesta.

²² Desde otra perspectiva, aunque ajena al objeto de la presente investigación, deben resaltarse las versátiles aplicaciones a que puede dar lugar el régimen de las opiniones consultivas. En tal sentido, siguiendo la experiencia europea, no cabe descartar que los tribunales nacionales utilicen el mecanismo de las opiniones consultivas para enjuiciar actos, medidas u omisiones de los Estados Parte desde el punto de vista de su ajuste al derecho del MERCOSUR, esto es, para requerir del TPR un dictamen sobre la compatibilidad de la actividad del Estado en relación con el Derecho del bloque. De esta forma, el instituto de las opiniones consultivas devendría en un sucedáneo del recurso por incumplimiento. Así por ejemplo, un tribunal nacional podría consultar al TPR —siempre dentro del giro «interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR», artículo 4 RPO— si «[...] la norma xxxxx, que establece yyyyy, resulta compatible con las normas del Tratado de Asunción y demás disposiciones derivadas», o si «[...] el Derecho del MERCOSUR permite a un Estado Parte adoptar una norma interna, en materia de hhhhh, que determine yyyyy».

²³ «[...] 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, interpretarlas, así como para constatar y sancionar los casos de incumplimiento y las violaciones"*) [...]». En 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, p. 179, §63, con cita de Pérez Otermn —las cursivas son nuestras—.

5. Conclusión

Impedir a los tribunales nacionales consultar acerca de la validez de la norma derivada, o desconocer la potestad del TPR para reconocerla, obliga —en los hechos— a que sean los propios tribunales nacionales quienes declaren la incompatibilidad de la disposición, lo cual provocaría la vigencia no uniforme del Derecho del MERCOSUR en el territorio de los Estados Parte.

En definitiva, concediéndose a los tribunales nacionales la mencionada legitimación consultiva y al TPR la capacidad de respuesta, podría pensarse en una especie de declaración de invalidez *in casu* —tal como ocurre en Argentina con el control de constitucionalidad— por parte del TPR, o utilizarse la excepción de ilegalidad —proceso ante el juez nacional— combinada con la opinión consultiva (TPR).