



Mercosul Tax Rules and Brazilian Internal Legal System

Normas Tributárias do Mercosul e o Ordenamento Jurídico Interno Brasileiro

Fabio Luiz Gomes

Lawyer

Specialist in International Tax Law

Masters Degree in Law at Coimbra University

PHD in Law *ongoing* at Coimbra University

Professor of Law

Advogado

Especialista em Direito Tributário Internacional

Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra

Doutorando em Direito na Universidade de Coimbra

Professor Universitário

Normas Tributárias do Mercosul e o Ordenamento Jurídico Interno Brasileiro

1. O Mercosul dentro do processo de integração

Com o objetivo de estabelecer um processo de integração latino-americano¹ o Tratado de Assunção² foi internalizado no Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 197³ com Carta de Ratificação depositada pelo Brasil em 30.10.1991 e a entrada em vigor internacional em 29.11.1991.

O processo de integração⁴ configura-se em um processo evolutivo, dividido em estádios, dentro da classificação idealizada por Balassa⁵ a Zona de Livre Comércio seria abolição de direitos aduaneiros e restrições quantitativas relativos à circulação de produtos (mercadorias) entre países participantes e manutenção das pautas externas próprias em relação aos países terceiros.

¹ Assim dispõe o Artigo 4.º, Parágrafo Único da Constituição Federal de 1988.

² O Tratado de Assunção foi assinado em 26.03.1991.

³ de 25.09.1991.

⁴ A palavra “integração” tem origem no latim *integratio*, significando “renovação” ou “restabelecimento”.

⁵ Balassa criou a tipologia clássica do processo de integração, seriam cinco estádios diferentes: Zona de Livre Comércio, União Aduaneira, Mercado Comum, União Econômica e Integração Econômica Total. Balassa, B. (1961), *The Theory of Economic Integration*, tradução portuguesa, Clássica Editora, Lisboa (sem data).

União aduaneira seria a Zona de Livre Comércio e a adoção de uma pauta externa comum. O Mercado Comum seria uma União Aduaneira e a abolição de restrições aos movimentos de fatores de produção (pessoas e capitais).

O objetivo do Mercosul é a formação de um Mercado Comum⁶, contudo, constitui atualmente o Mercosul uma União Aduaneira Imperfeita. Uma União Aduaneira Imperfeita, pois além da pauta externa comum (Tarifa Externa Comum) ter um campo de abrangência restrito⁷, e pelo até 2010 manter-se-ão essas restrições⁸, o Mercosul ainda não possui uma política comercial comum em todos os seus aspectos (pauta, unificação das nomenclaturas dos produtos, harmonização das normas alfandegárias etc).⁹

⁶ Artigo 1.º do Tratado de Assunção.

⁷ Foi firmado o Protocolo de Ouro Preto em dezembro de 1994, neste Protocolo ficou estabelecida as bases para a união aduaneira. A tarifa externa comum (TEC) começou com intervalos de 0% a 20%, cobrindo 85% dos produtos importados pelo Mercosul e admitindo exceções.

Estava prevista para 1.º de Janeiro 2006 o estabelecimento de uma tarifa de 16% para a maioria dos produtos de ponta, de tecnologia de informação, entretanto, devido as crises sofridas pelo Brasil e Argentina esse processo será lento.

Em 2007 a lista de itens da NCM como exceções à Tarifa Externa Comum, ficou estabelecido seguinte:

a) A lista para Argentina e Brasil poderá conter, como máximo:

- 100 itens da NCM até 31/01/2009;
- 93 itens da NCM entre 01/02/2009 e 31/01/2010;
- 80 itens da NCM entre 01/02/2010 e 31/07/2010;
- 50 itens da NCM entre 01/08/2010 e 31/12/2010.

b. Paraguai e Uruguai poderão manter 100 itens da NCM até 31 de dezembro de 2015.

MERCOSUL/CMC/DEC. N.º 59/07.

⁸ Vide MERCOSUL/CMC/DEC. N.º 59/07.

⁹ Segundo Alfredo Marques:

“O esquema proposto por Balassa tem, assim, o mérito de permitir uma visão sintética de uma realidade que se tem revelado de uma grande complexidade, mas enferma do vício que consiste em conceber os mercados (no plano nacional ou a nível internacional) fora do seu contexto institucional e como se eles pudessem funcionar de forma economicamente eficaz e socialmente aceitável sem normas

2. Tratados Internacionais e sua incorporação no ordenamento jurídico¹⁰ brasileiro - Nomeadamente o Tratado de Assunção e suas Normas Tributárias

2. 1. Princípio da lex posterior derogat priori

Segundo a teoria geral do direito, extrai-se do princípio da lex posterior derogat priori^{11 12} que uma norma é revogada pela a norma mais recente¹³.

e políticas apropriadas a enquadrá-los. Em rigor, o esquema apresenta mais virtudes como tipologia de formas de integração do que como sequência de estádios.”

MARQUES, Alfredo. Economia da União Européia. Almedina, Coimbra, 2006, p. 70.

¹⁰ Esta questão envolve a colisão entre as teorias dualista e monista. A teoria dualista aponta para a diferença essencial entre o Direito Internacional e Direito Interno consiste no fato de as duas ordens jurídicas regularem objetos diferentes. Já a teoria monista, segundo Kelsen (General Theory of Law and the State (1945)), estabelece-se cientificamente se o Direito Internacional e o Direito Interno fizerem parte do mesmo sistema de normas que recebem a sua validade e conteúdo através de uma operação intelectual realizada a partir de uma norma fundamental.

Constantemente verifica-se uma impropriedade ao atribuir que o entendimento do Kelsen seria a teoria monista com o primado do Direito Internacional, em verdade, na sua opinião a questão do primado só pode ser resolvida com base em considerações não estritamente jurídicas.

¹¹ Art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC).

¹² Cfr. MELLO, José Eduardo Soares de. Tributação no Mercosul. Tributação no Mercosul. Coordenador: Ives Gandra da Silva Martins. 2.ª Edição. Editora: Revista dos Tribunais e Centro de Extensão Universitária. São Paulo: 2002.

¹³ Verifica Zimmermann:

“No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, a quem compete declarar a inconstitucionalidade de tratado (CF, art. 102, III, b), produziu diversos acórdãos no sentido da primazia do Direito Internacional. De uns

O Supremo Tribunal Federal entendia que as normas emanadas do direito internacional não revogam as normas internas, ainda que estas últimas sejam anteriores, se não estiverem de acordo com o ordenamento jurídico interno. Segundo o Supremo Tribunal Federal, no sistema jurídico brasileiro, o princípio do primado da Constituição é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*. Inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público.¹⁴

Portanto, os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Constituição Federal subordina o tratamento legislativo de determinado

tempos para cá, contudo, resolveu este órgão máximo do Poder Judiciário adotar uma interpretação restritiva, afirmando que o primado do Direito Internacional Público seria apenas para o tratado-contrato, mas não para o tratado-lei.

Mais precisamente, esta inversão foi sentida no ano de 1978, quando, em decisão julgada em nível de recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal sustentou que a Convenção de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, muito embora tenha aplicabilidade no direito internacional, não se sobrepõe às leis posteriormente promulgadas no País. Neste caso, a orientação da mais alta Corte foi no sentido de que, muito embora a norma internacional revogue as normas de Direito interno, aquela pode vir a ser posteriormente revogada pela norma interna posterior (*lex posteriori revogat anteriori*)."

ZIMMERMANN, Augusto. Curso de Direito Constitucional. 2.ª Edição. Lumen Juris. Rio de Janeiro, pp. 740/1.

¹⁴ ADI 1480 MC / DF – Distrito Federal
Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade
Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
Julgamento: 04/09/1997 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Publicação: DJ DATA-18-05-01 PP-00429 EMENT VOL-02031-02 PP-00213.

tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar¹⁵, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive por normas internacionais já incorporados ao direito positivo interno.

Concluía o Supremo Tribunal Federal¹⁶ que no sistema jurídico brasileiro os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente justificar-se-á quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade.

Esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal gerava vários problemas de ordem técnica. A aplicação do princípio da lex posterior derogat priori somente no âmbito do direito interno geraria o descumprimento de obrigações internacionais e afrontaria o princípio do pacta sunt servanda¹⁷.

Se prevalecesse essa forma interpretativa, restringiria o alcance do princípio do pacta sunt servanda, poderá levar à insegurança jurídica internacional, além de atingir o princípio da boa-fé¹⁸ e como consequência a

¹⁵ Art. 146 da CRFB/88.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Convenção de Viena, 1969, Art. 26.

¹⁸ De acordo com o Artigo 18 da Convenção de Viena (1969) dispõe: "abster-se dos atos que privem um tratado do seu objeto ou do seu fim."
Segundo Nguyen, Daillier e Pellet:

responsabilidade do Estado brasileiro¹⁹ em alguma das organizações internacionais permanentes garantidoras da execução dos tratados institucionalizados²⁰.

Cumpre destacar ainda que a Convenção sobre Direito dos Tratados, da qual o Brasil é signatário, determina que “Uma parte não pode invocar as disposições do seu direito interno como justificativa para o inadimplemento de um tratado”.²¹

Na técnica internacional, somente após a denúncia do tratado é que se pode considerá-lo extinto.²²

“O princípio da execução da boa fé das obrigações convencionais, impõe a introdução na ordem jurídica interna dos tratados que estabelecem direitos e obrigações para os particulares. Esta introdução permitirá às normas convencionais imporem-se efectivamente, como qualquer outra norma de direito interno, não só perante todas as autoridades estatais, governantes e administração, seja qual for o escalão da hierarquia em que se encontrem colocadas, mas também perante os nacionais dos Estados.” NGUYEN, Quoc Dinh, DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. Direito Internacional Público. 2.ª Edição. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003, p. 234.

¹⁹ Para aprofundar o estudo da Responsabilidade do Estado vide: BROWNLEE, Ian. Princípios de Direito Internacional Público. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.

²⁰ Cf. NGUYEN, Quoc Dinh, DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. Direito Internacional Público. 2.ª Edição. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003.

²¹ Art. 27 da Convenção de Viena (1969).

²² A Convenção de Viena se abstinha de se intrometer no direito da responsabilidade internacional (Art. 73), contudo, era difícil abordar o problema das garantias do respeito dos tratados. É apenas através das consequências de uma violação substancial do tratado que ela encara a questão (Art. 60): a ameaça de suspensão ou de extinção do tratado não passa de uma medida de represália, e portanto, quando muito, uma garantia política. Portanto, não deixa claro que a recusa em cumprir uma obrigação convencional é de natureza a comprometer a responsabilidade internacional.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal decidiu pela prevalência dos Tratados Internacionais em relação às normas internas, subordinando, contudo, a Constituição.²³ Portanto estar-se-ia conferindo um status supralegal aos tratados internacionais sobre direitos humanos, no entanto, não lhe confere a hierarquia de norma constitucional.²⁴

Mesmo com esse posicionamento de aparente evolução em relação às tendências internacionais o próprio Ministro Gilmar Mendes reconhece no seu Voto de Aditamento:

“ Parece-me que as consequências práticas desta equiparação - e creio que não falei sobre tudo o que poderia falar - podem levar realmente a uma situação tal, por exemplo, sobre a supraposição de normas, revogação de normas constitucionais com o advento dos tratados; problemas ligados a direito pré-constitucional e pós-constitucional. A rigor são problemas tão graves.”²⁵

De acordo com a Ementa deste mesmo acórdão: “...o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva um lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da constituição,

Por conseguinte, não obstante o silêncio da Convenção de 1969, as consequências da violação de um tratado será encarada à luz da responsabilidade internacional.

²³ Rext 349703-RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, Publ. 05.06.2009.

²⁴ Vide Voto de Aditamento do Min. Gilmar Mendes, Rext 349703-RS, Pb. 05.06.2009.

²⁵ Rext 349703.

porém acima da legislação interna.”²⁶

Constata-se que essa recente decisão criou uma espécie de “OVNI” jurídico, pois, como uma norma pode ao mesmo tempo ser supralegal e ser inferior a Constituição? Portanto, é uma norma “subconstitucional” e ao mesmo tempo “supralegal”.

Essa decisão contraria o Art. 59 da Constituição Federal que dispõe que: “O processo legislativo compreende: I - Emenda Constitucional; II - Lei Complementar; III - Lei Ordinária ...” Se é Emenda Constitucional é norma Constitucional e se possuir o status das demais normas é norma infraconstitucional.

Ou será que o Supremo Tribunal Federal criou outra espécie normativa dita específica? Se for assim, qual é o seu procedimento formal e o seu conteúdo material (direitos humanos ou tratado contrato?).

Parece-me que essa decisão não resolveu nenhuma das questões principais relacionadas à aplicabilidade e efeitos das normas internacionais.

Analisando essa decisão em relação à legislação tributária, a Constituição subordina, como se disse, a lei complementar à instituição de fato gerador, isenção etc e como não há um procedimento específico (só jurisprudencial, seja lá qual for ele) esta norma possuirá status hierárquico de lei ordinária, portanto, continuará o Brasil sem cumprir normas internacionais, salvo se houver o quórum de Emenda Constitucional como se verá.

²⁶ Rext 349703.

3.2. Interpretação dos dispositivos tributários do Tratado de Assunção²⁷

Discute-se o alcance dos Arts. 96²⁸ e 98²⁹ do Código Tributário Nacional à luz do § 2.º, do Art. 5.º, da Constituição Federal, se poderia ou não um tratado internacional cuidar de matérias de direito tributário. Levanta-se essa discussão em torno dos Arts. 5³⁰, 7³¹ e 8³² do Tratado de Assunção que

²⁷ O direito tributário estaria dentro do campo de aplicação dos tratados sobre direitos humanos vide: NABAIS, José Casalta. Dever Fundamental de Pagar Impostos – contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Almedina: Coimbra, 1998. NOGUEIRA, Alberto. A reconstrução dos direitos humanos da tributação. Renovar: Rio de Janeiro, 1997.

²⁸ Dispõe o Art. 96, do Código Tributário Nacional: “A expressão “legislação tributária” compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre os tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.”

²⁹ Dispõe o Art. 98 do Código Tributário Nacional: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”

³⁰ Art. 5. Durante o período de transição, os principais instrumentos para a constituição do Mercado Comum são:

a) Um Programa de Liberação Comercial, que consistirá em reduções tarifárias progressivas, lineares e automáticas, acompanhadas da eliminação de restrições não tarifárias ou medidas de efeito equivalente, assim como de outras restrições ao comércio entre os Estados Partes, para chegar a 31 de dezembro de 1994 com tarifa zero, sem barreiras não tarifárias sobre a totalidade do universo tarifário (Anexo I);

b) A coordenação de políticas macroeconômicas que se realizará gradualmente e de forma convergente com os programas de desgravação tarifária e eliminação de restrições não tarifárias, indicados na letra anterior;

c) Uma tarifa externa comum, que incentive a competitividade externa dos Estados Partes;

d) A adoção de acordos setoriais, com o fim de otimizar a utilização e mobilidade dos fatores de produção e alcançar escalas operativas eficientes.

³¹ Art. 7. Em matéria de impostos, taxas e outros gravames internos, os produtos originários do território de um Estado Parte gozarão, nos outros Estados Partes, do mesmo tratamento que se aplique ao produto nacional.

cuidam de matérias tributárias.

O Supremo Tribunal Federal não aceita que as normas oriundas de Tratados Internacionais que disponham sobre direito tributário possam estabelecer normas gerais que venham a confrontar com uma norma interna (p. ex. o Código Tributário Nacional), especialmente sobre: definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributária; adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.^{33 34}

³² Art. 8. Os Estados Partes se comprometem a preservar os compromissos assumidos até a data de celebração do presente Tratado, inclusive os Acordos firmados no âmbito da Associação Latino-Americana de Integração, e a coordenar suas posições nas negociações comerciais externas que empreendam durante o período de transição. Para tanto:

- a) Evitarão afetar os interesses dos Estados Partes nas negociações comerciais que realizem entre si até 31 de dezembro de 1994;
- b) Evitarão afetar os interesses dos demais Estados Partes ou os objetivos do Mercado Comum nos Acordos que celebrarem com outros países membros da Associação Latino-Americana de Integração durante o período de transição;
- c) Realizarão consultas entre si sempre que negociem esquemas amplos de desgravação tarifária, tendentes à formação de zonas de livre comércio com os demais países membros da Associação Latino-Americana de Integração;
- d) Estenderão automaticamente aos demais Estados Partes qualquer vantagem, favor, franquia, imunidade ou privilégio que concedam a um produto originário de ou destinado a terceiros países não membros da Associação Latino-Americana de Integração.

³³ Art. 146, III, “a” a “c”, da Constituição Federal de 1988.

³⁴ Faça-se a ressalva da Rext 349703, que não se relaciona a questões tributárias, mas que pode demonstrar uma mudança de tendência do Supremo Tribunal Federal.

Em sentido contrário, Ricardo Lobo Torres entende que:

“...É particularidade do Direito Tributário brasileiro reconhecer a prevalência do tratado internacional sobre a legislação nacional. Diz o art. 98 do CTN que ‘os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha’. Observe-se que não se trata, a rigor, de revogação da legislação interna, mas de suspensão da eficácia da norma tributária nacional, que readquirirá a sua aptidão para produzir efeitos se e quando o tratado for denunciado.”^{35 36}

Verifica-se, portanto, que a jurisprudência brasileira inviabiliza o cumprimento de tratados de direito tributário, salvo, como se verá, se internalizado como emenda constitucional.

³⁵ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 3.ª Edição. Renovar: 1996, p. 45.

³⁶ Neste mesmo sentido, Alberto Xavier: “A conclusão de que os tratados têm supremacia hierárquica sobre a lei interna e se encontram numa relação de especialidade em relação a esta, é confirmada, em matéria tributária, pelo art. 98 do Código Tributário Nacional...” (Grifos do autor). Conclui o autor: “Observe-se, em homenagem à exatidão, que é incorreta a redação deste preceito quando se refere à ‘revogação’ da lei interna pelos tratados. Com efeito, não se está aqui perante um fenômeno abrogativo, já que a lei interna mantém a sua eficácia plena fora dos casos subtraídos à sua aplicação pelo tratado. Trata-se, isso sim, de limitação da eficácia da lei que se torna relativamente inaplicável a certo círculo de pessoas e situações, limitação esta que caracteriza precisamente o instituto da derrogação e decorre da relação de especialidade entre tratados e leis.” (Grifos do autor)

XAVIER, Alberto. Direito Tributário Internacional do Brasil – Tributação das Operações Internacionais. 5.ª Edição. Editora Forense: Rio de Janeiro, p. 124.

3.3. Aplicabilidade interna das normas oriundas do Mercosul

De acordo com o Artigo 42 do Protocolo de Ouro Preto³⁷: “ As normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no Artigo 2.º deste Protocolo terão caráter obrigatório e deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada país.”

O Artigo 2.º do mesmo Protocolo menciona os órgãos do Mercosul que possuem capacidade decisória: o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercosul Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul.

De fato, as normas que não acarretem compromissos gravosos, é que podem ser aplicadas sem necessidades de serem internalizadas. Portanto, aquelas que venham gerar compromissos gravosos devem passar pelo processo de incorporação. E se essas normas forem tributárias caímos nas discussões ora versadas, isto é, não poderão versar sobre matérias do Artigo 146 da CRFB/88, pois essas exigem lei complementar.³⁸

³⁷ Decreto n.º 1.901, de 09/05/1996.

³⁸ Podemos citar como exemplo a Decisão n.º 06/07 do Conselho do Mercado Comum que estabelece que no Anexo II a “Eliminação da Dupla Cobrança da TEC”.

Primeira consideração: não poderia ser matéria de anexo deveria vir no corpo da Decisão, pois essa matéria é de suma importância para o prosseguimento do processo de integração. Analisando as normas contidas no Anexo verifica-se que são assistemáticas e mereceriam maior rigor científico.

Uma segunda consideração é que essa decisão permite que ela produza efeito e aplicação direta e imediata, quando nessa matéria não é permitida pela jurisprudência brasileira.

4. Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de Dezembro de 2004 e suas repercussões no campo tributário

A Emenda Constitucional n.º 45 que acrescentou um parágrafo 3.º ao Art 5.º dispondo que: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Aparentemente o problema estaria resolvido em relação ao direito tributário tendo em vista que os tratados de matéria tributária³⁹ configurariam direitos humanos (garantias ao contribuinte) e assumiriam, assim, status de norma constitucional.

Neste contexto essa norma não poderia ser usada como exemplo de norma tributária com aplicação e efeito direto e imediato.

³⁹ Segundo Casalta Nabais: “...o estado fiscal implica uma cidadania de liberdade cujo preço reside em sermos todos destinatários do dever fundamental de pagar impostos.” (p. 57) E continua o autor: “Pelo que todos temos simultaneamente o dever de suportar financeiramente o estado e o direito (o direito-dever) de ter uma palavra a dizer sobre os impostos, que estamos dispostos a pagar. (p. 59) E finalmente conclui o autor: “Em consequência chegamos à conclusão, um pouco por toda a parte, de que a medida da tributação não pode deixar de ser o princípio da capacidade de pagar ou capacidade contributiva.” (p. 62)

NABAIS, Casalta. Por um Estado Fiscal Suportável- Estudos de Direito Fiscal. Almedina, Coimbra, 2005.

Vide também: NABAIS, José Casalta. Dever Fundamental de Pagar Impostos – contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Almedina: Coimbra, 1998. NOGUEIRA, Alberto. A reconstrução dos direitos humanos da tributação. Renovar: Rio de Janeiro, 1997.

Urge aqui levantar algumas reflexões:a) Em relação à constitucionalização: Haveria a constitucionalização das normas internacionais internalizadas anteriores à Emenda Constitucional n.º 45?

Segundo Gilmar Mendes: “Os tratados aprovados antes da Emenda continuam como norma infraconstitucional.”⁴⁰ E continua o autor em nota: “A Emenda n.º 45, afinal, parece confirmar a jurisprudência anterior do STF, já que, a partir de 2004, os tratados gozarão de status de norma constitucional, quando aprovados segundo o mecanismo de produção de emenda à Carta Política.”⁴¹

Não nos parece ser essa a melhor interpretação, na verdade houve a constitucionalização dos direitos enumerados nestes tratados.

Segundo Gomes Canotilho: “Designa-se por constitucionalização a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário.”⁴² Esses direitos passaram a ser incorporados no texto

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2.ª Edição, Editora Saraiva e Instituto Brasiliense de Direito Público, São Paulo, 2008, p. 227.

⁴¹ Idem, nota 34.

⁴² GOMES CANOTILHO, J. J. . Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina, Coimbra, 1998, p. 348.

constitucional.

Poder-se-ia levantar a questão da necessidade ou não do referendo qualificado feito pelo Congresso Nacional para atender a esse quorum de 3/5. Entendemos que essas normas devem ser submetidas ao Congresso Nacional a fim de cumprir esse requisito e serem consideradas normas constitucionais.

Contudo enquanto não for submetido ao Congresso Nacional e forem aprovadas estaremos estabelecendo hierarquias entre direitos fundamentais antes e pós 2004 (EC n.º 45).b) No termo “que forem aprovados”, haveria uma faculdade ou uma obrigação em aprovar os tratados sobre direitos humanos?

Entendemos que os tratados que versam sobre direitos humanos devem passar pelo quorum qualificado e, portanto, ingressarão no ordenamento jurídico brasileiro como normas constitucionais. Pois, se assim não for, os tratados ingressarão no nosso ordenamento jurídico não só mantendo as divergências passadas, mas também criando outras, estabelecendo uma espécie de hierarquia entre os direitos humanos.

Não resta dúvida de que os tratados que forem aprovados pelo quorum de emendas constitucionais serão normas constitucionais definidoras de direitos, portanto, cláusulas pétreas (Artigo 60, § 4.º, IV da Constituição Federal de 1988).

Conclusão

São necessárias mudanças profundas no nosso pensamento jurídico, filosófico, social etc para que possamos dar andamento a um processo de integração.

Entendemos que caso permaneça essa posição atual do Supremo Tribunal Federal não poderemos estabelecer profundas mudanças necessárias no ordenamento jurídico brasileiro diante da nova ordem jurídica internacional.

Os tratados internacionais sobre direito tributário continuarão a ser descumpridos, causando danos imensos aos contribuintes, às empresas, enfim, à nossa sociedade.

Além de espantar investidores, os nossos contribuintes e empresas ficarão vulneráveis à falta de normatização em determinados setores e de segurança jurídica em outros setores.⁴³

Para que o Mercosul chegue finalmente a um Mercado Comum é necessária uma reforma tributária com harmonização dos tributos indiretos⁴⁴

⁴³ Enquanto isso mantemos nossos juros altos atraindo investidores para usufruir desses juros e aumentando nossa dívida interna (1,4 trilhões de Reais). Além de uma máquina administrativa absurdamente burocrática e cada vez mais cara.

⁴⁴ Vide: GOMES, Fabio Luiz. Manual sobre o IVA nas Comunidades Européias e sobre o Impostos sobre Consumo no Mercosul. Juruá, 2006.

para que ocorra a livre circulação de mercadorias, capital e pessoas.

GOMES, Fabio Luiz. *Normas Tributárias do Mercosul e o Ordenamento Jurídico Interno Brasileiro*. New York: Lawinter Review, Volume I, Issue 2, April 2010, p. 223/240.