

MERCOSUL: SITUAÇÃO ATUAL DIFICULDADES FEDERATIVAS, TRIBUTÁRIAS E DEMOCRÁTICAS DE INTEGRAÇÃO DO BRASIL¹

André Ramos Tavares*

Universidade Católica de São Paulo

Resumo

Este estudo pretende apresentar uma visão panorâmica da situação atual em que se encontra o Mercosul. Pretende, ademais, situar o interessado em algumas das questões mais relevantes para a integração dos países, analisando as dificuldades federativas e tributárias criadas pela Constituição brasileira para alcançar um processo integrativo satisfatório, bem como a fragilidade democrática em certos países e suas possíveis conseqüências para a comunidade política da América do Sul.

Palavras-chave: Mercosul, integração, federação, tributação e democracia.

Abstract:

This article aims to give an overview of the current situation of Mercosul. It also intends to present some of the most relevant issues pertinent to the integration of countries. Among them, it analyzes the federative and the taxation difficulties created by the Brazilian Constitution to the achievement of a satisfactory integrative process, as well as the democratic fragility in certain countries and its possible consequences to the political community of the South America.

Keywords: Mercosul. Integration. Federation. Taxation. Democracy.

Recibido: 24/11/06. Aceptado: 10/01/07

* Professor dos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Livre-Docente em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; *Visiting Scholar* na *Cardozo School of Law – New York*; Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais.

¹ O presente texto serviu de base para aula proferida na Cátedra "Jean Monnet" de *Derecho Constitucional* da Universidade de Santiago de Compostela, Galicia, a convite do Professor Titular Antonio-Carlos Pereira Menaut.

I. Dados gerais²

O Mercosul é composto por quatro Estados Membros (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai), um Estado em processo de integração plena (Venezuela) e cinco Estados Associados (Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru). Não obstante apresentarem conexões, decorrentes de semelhantes vivências históricas, os países integrantes e associados ao Cone Sul vivenciam realidades profundamente desiguais, como demonstra o quadro abaixo³.

	Área (mil km ₂)	População (milhões)	PIB (US\$, bilhões)
Brasil	8.514,9	186,4	794,1
Argentina	2.780,4	38,7	183,3
Paraguai	406,8	6,2	8,2
Uruguai	176,2	3,5	16,8
Venezuela	912,1	26,6	138,9
Chile	756,6	16,3	115,3
Bolívia	1.098,6	9,2	9,3
Colômbia	1.138,9	45,6	122,3
Equador	283,6	13,2	36,2
Peru	1.285,2	28,0	78,4

II. Histórico

Os esforços para uma integração na América Latina remontam ao **Tratado de Montevidéu**, assinado em 1960, com o objetivo de criar uma Zona de Livre Comércio entre Países da América Latina.

Contudo, o gérmen do Mercosul foi o estreitamento das relações entre Brasil e Argentina, na década de 1980, que culminou no **Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento** entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Argentina, de 29/11/1988. Esse Tratado tinha como principal objetivo a “consolidação do processo de integração e cooperação econômica”, entre os dois países, visando a que,

² Fonte: site do Banco Mundial (<http://web.worldbank.org>).

³ Os dados referem-se ao ano de 2005.

gradualmente, eles integrassem um “espaço econômico comum”. Entre as medidas previstas para tal efeito, estava a “remoção de todos os obstáculos tarifários e não-tarifários ao comércio de bens e serviços nos territórios dos dois Estados-Partes (...), no prazo máximo de dez anos”.

Em dezembro de 1990, os dois países firmaram o **Acordo de Complementação Econômica N.º 14**, prevendo a data de 31 de dezembro de 1994 como limite para a eliminação dos “gravames e demais restrições aplicadas em seu comércio recíproco” (procurando estabelecer uma Zona de Livre Comércio).

No curso daquele mesmo ano (1990), Paraguai e Uruguai aderiram ao processo de integração, o que conduziu à assinatura, em 26/03/1991, do **Tratado de Assunção**, afirmando a intenção de constituir um Mercado Comum, a ser denominado “Mercado Comum do Sul” (MERCOSUL). Tal Mercado Comum implicaria:

- (i) A **livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos** entre os países, o que ocorreria por meio da eliminação de obstáculos alfandegários e restrições não-tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente;
- (ii) O estabelecimento de uma **tarifa externa comum** e a adoção de uma **política comercial comum** em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados (como a União Européia) e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais;
- (iii) A coordenação de **políticas macroeconômicas e setoriais** entre os Estados Partes - de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem -, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes; e
- (iv) O compromisso dos Estados Partes de **harmonizar suas legislações**, nas áreas pertinentes, para **lograr o fortalecimento do processo de integração**.

O **Tratado de Assunção** foi, em 17/12/1994, ratificado pelo **Protocolo de Ouro Preto**, que estabeleceu a *estrutura institucional* do Mercosul, a vigorar a partir de 01/01/1995. Alguns dos órgãos integrantes dessa estrutura teriam

capacidade decisória (tal como ocorre atualmente com a União Européia⁴), comprometendo-se os Estados Partes a adotar as medidas necessárias para assegurar, nos seus respectivos territórios, o cumprimento das normas emanadas de tais órgãos.

Contudo, o Mercosul é, hoje, uma união aduaneira (livre comércio intrazona e política comercial comum) entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Pode-se dizer que ainda não atingimos uma União Aduaneira perfeita, uma vez que *ainda possuímos listas de exceções* à Tarifa Externa Comum, mas que, ainda assim, estamos nesta etapa (**união aduaneira imperfeita**)⁵. Pretende-se aprofundar o processo de integração, consolidando o livre comércio e a política comercial comum na região, para que se alcance, no futuro, um **Mercado Comum** (no sentido de uma integração econômica que compreenda a união aduaneira e o livre movimento de fatores produtivos: capital e trabalho).

Tornaram-se Estados Associados do Mercosul: Chile (1996), Bolívia (1997), Peru (2003), Colômbia (2004), Equador (2004). A qualidade de Membro Associado é conferida por acordos firmados entre os Estados Partes do Mercosul e o país interessado. Em tais acordos, estabelece-se um cronograma para a criação de uma zona de livre-comércio entre o Mercosul e o Estado Associado, através de um programa de liberação comercial, consistente na progressiva desagregação tarifária das mercadorias.

O Regime de Participação dos Estados Associados ao Mercosul foi estabelecido pela Resolução do Conselho do Mercado Comum (CMC) n. 18/04. Os Estados Associados podem participar, na qualidade de convidados, das reuniões dos órgãos da estrutura institucional do Mercosul, para tratar temas de interesse comum. A participação dos Estados Associados em cada reunião pode dar-se por convite do próprio Mercosul ou como resposta a uma solicitação do Estado Associado. Quando os Estados Associados participam de reuniões dos órgãos do Mercosul, a reunião se desenvolve em duas sessões, sendo a primeira celebrada entre os Estados Partes.

⁴ As bases de uma discussão sobre a diversidade institucional da União Européia e do caminho escolhido pela Constituição da Europa: v. Pereira Menaut, 2004.

⁵ Luis Eduardo Schoueri, "Harmonização Tributária no Mercosul", in: *Revista Direito Mackenzie*, n. 2, ano 1. Disponível em: <http://www.mackenzie.br>.

De acordo com a referida Resolução, os Estados Associados do Mercosul devem aderir ao Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no Mercosul a República da Bolívia e a República do Chile e aderir igualmente à “Declaração Presidencial sobre Compromisso Democrático no Mercosul”, além de se comprometer a realizar os maiores esforços para aderir aos instrumentos que especifica. Além disso, quando for de interesse mútuo, os Estados Associados podem aderir a outros Acordos anteriormente assinados pelos Estados Partes do Mercosul. A Resolução CMC 28/04 regulamenta a celebração de acordos (com natureza de tratados internacionais) entre o Mercosul e os Estados Associados.

Status diverso do de Estado Associado, como indicado anteriormente, é atribuído à Venezuela. Esta se encontra em processo de integração plena (2006).

III. Atualidades

III.1. Mercosul e parceiros

O Mercosul completou 15 anos em março de 2006. Marcaram o seu percurso: (i) as disparidades econômicas e jurídicas entre os Estados Membros e; (ii) a prevalência de uma relação binária, entre Brasil e Argentina.

A assimetria entre os quarto Estados-Membros é, com efeito, substancial, principalmente quando se compara o Brasil com os demais países do Bloco. Luiz Alberto M. Bandeira nota que, em 1994, 79% dos habitantes do Mercosul eram brasileiros e 17% argentinos, enquanto uruguaios e paraguaios não atingiam 4%. O Brasil, ademais, ocupava 72% do território do Bloco, era responsável por 68% de sua produção e fazia fronteira com dez países⁶.

Tais disparidades contribuíram para que se adiasse o estabelecimento de instâncias decisórias supranacionais. “As diferenças de características, de problemas, de disparidades regionais e sociais não permitiam que as políticas adequadas ao Brasil, o país de maior dimensão do Mercosul, fossem idênticas às que seriam recomendáveis aos demais estados membros. Daí porque, dada

⁶ Luiz Alberto Moniz Bandeira, *Brasil, Argentina e Estados Unidos: da Tríplice Aliança ao Mercosul 1870-2003*, p. 501.

a sua extensão e ao fato de enfrentar problemas econômicos maiores e mais complexos do que seus sócios do Mercosul, o Brasil julgou que não podia resignar, ainda que parcialmente, às suas próprias políticas, dentro de um tempo previsível”⁷. Como observa Samuel Pinheiro Guimarães, a compreensão de que a legitimidade das instituições supranacionais dependeria de uma composição proporcional à população ou à dimensão econômica dos Estados Membros inviabilizaria a sua implementação: “As assimetrias no Mercosul ocorrem em tal escala que a definição da proporção da participação de cada país nessas instituições se torna quase impossível, pois o Brasil, em qualquer aspecto, corresponde a mais de 50% do conjunto dos Estados-membros, sendo que as assimetrias entre o Brasil e os dois Estados menores são extraordinárias”⁸.

O projeto de criar instâncias supranacionais com poder decisório ainda não foi consolidado, estando, neste ponto, o Mercosul, muito distante do estágio avançado já alcançado pela União Européia. Existem órgãos deliberativos (por exemplo, o Conselho de Mercado Comum), mas estes não têm poder para executar suas decisões. Como explica Deisy Ventura, “(...) el problema de las competencias en el seno del Mercosur se coloca en dos planos diferentes. *Primo*, los Estados miembros someten algunos campos de su vida política y económica a la discusión colectiva, a fin de coordinar sus posiciones con respecto a esos temas y, si se diera el caso, crear normas comunes sobre dichas materias. *Secundo*, todo lo que se refiere a la ejecución de las medidas de coordinación o aplicación de las normas comunes compete a los Estados miembros en el ámbito de sus respectivos territorios. Jamás una competencia de ejecución fue en la práctica atribuida a las instituciones comunes”⁹.

Os Estados Membros não demonstram interesse em se desfazer de parcela de sua soberania, tomada esta em sua aceção clássica, em favor da integração. Ademais, a disputa entre os interesses particulares de cada país parece suplantar os interesses integracionistas¹⁰.

⁷ Luiz Alberto Moniz Bandeira, *Brasil, Argentina e Estados Unidos: da Tríplice Aliança ao Mercosul 1870-2003*, p. 501-2.

⁸ Samuel Pinheiro Guimarães, *Quinhentos Anos de Periferia*, p. 129.

⁹ Deisy Ventura, *Las Asimetrías entre el Mercosur y la Unión Europea*, p. 135.

¹⁰ Carolina Cantarino, “Mercosul: novo parceiro, velhos problemas”, *in*: <http://www.comciencia.br>.

III.1.1. O caso Venezuela

Uma novidade é a entrada da Venezuela no Bloco. A Venezuela foi a primeira incorporação do Mercosul como membro pleno, com voz mas sem voto. Afirma-se que o seu ingresso se deu por interesses políticos, mais do que econômicos: o Presidente Hugo Chávez visaria a se fortalecer, contra o repúdio dos EUA ao seu governo. Economicamente, interessa à Venezuela encontrar um mercado maior para os seus produtos, especialmente o petróleo, mas a abertura do mercado para concorrência com outros países, como o Brasil, pode prejudicar outros de seus produtos internos¹¹.

Por outro lado, no entender do diretor do Instituto Brasileiro de Relações Internacionais da Universidade de Brasília (UnB), José Flávio Sombra Saraiva, a presença da Venezuela será fundamental para a consolidação da integração sul-americana, uma vez que aquele país consiste no “terceiro mercado da América do Sul” e uma potência energética. Mas, é claro, a personalidade de Hugo Chávez pode, em um primeiro momento, causar dificuldades¹². Discute-se se Chávez contribuirá para radicalizar o Bloco ou se os demais Estados Membros conseguirão moderá-lo. Há, ainda, o receio de que “a entrada da Venezuela no Bloco possa exacerbar confrontos ideológicos e minar os esforços do Mercosul para obter um acordo com a União Européia”¹³.

Conforme dados fornecidos pelo Itamaraty¹⁴, com a adesão da Venezuela, o Bloco passa a ter 250 milhões de habitantes, área de 12,7 milhões de quilômetros quadrados e um produto interno bruto (PIB) de US\$ 1 trilhão, 76% do total da América do Sul.

II.1.2. A Argentina

Nos primeiros anos do Bloco, o comércio entre Brasil e Argentina cresceu exponencialmente. Mas algumas divergências começaram a surgir, especialmente em 1994, com as especulações do então Presidente argentino

¹¹ Carolina Cantarino, “Mercosul: novo parceiro, velhos problemas”, in: <http://www.comciencia.br>.

¹² Notícia veiculada pelo site <http://www.agenciabrasil.gov.br>, em 03/07/2006.

¹³ Notícia veiculada na BBCBrasil.com (<http://www.bbc.co.uk/portuguese/>), em 05/07/2006.

¹⁴ Notícia veiculada pelo site <http://www.agenciabrasil.gov.br>, em 03/07/2006.

Menem sobre a possibilidade de a Argentina integrar o NAFTA, agravando-se com o respaldo argentino à intervenção dos EUA no Haiti e com a sua oposição à candidatura do Brasil a membro permanente do Conselho de Segurança da ONU. A situação se complicou ainda mais quando o Presidente Menem, em 1996, solicitou ao presidente Clinton, dos EUA, que avaliasse a admissão da Argentina na OTAN.¹⁵

Em 1999, a desvalorização da moeda brasileira intensificou esse quadro, gerando uma séria crise política e comercial, acirrando o embate entre os dois países, em especial nas discussões sobre o regime automotivo e o setor açucareiro. Relata Luiz Alberto M. Bandeira que, “[c]om receio de que os produtos brasileiros inundassem os mercados dos outros sócios do Mercosul e de que ocorresse fuga de capital para o Brasil, setores de menor competitividade na Argentina logo passaram a reivindicar medidas protecionistas contra produtos brasileiros (têxteis, avícolas, siderúrgicos, calçados, papel, reforço de barreiras ditas sanitárias)”¹⁶.

Mais recentemente, a recuperação da Argentina, após a sua gravíssima crise econômica, não se deu sem a imposição de novas salvaguardas comerciais em detrimento do Bloco. Foi nesse sentido que, em julho de 2004, a Argentina adotou medidas protecionistas, estabelecendo quotas máximas à importação de produtos brasileiros, provenientes de setores como o de têxteis e eletrodomésticos, sob o fundamento que excesso de produtos provenientes do Brasil prejudicava a indústria nacional.

Em 3 de fevereiro de 2006, ambos os países assinaram um Mecanismo de Adaptação Competitiva (MAC) —acordo que vinha sendo negociado desde 2004—, com o objetivo de proteger os mercados nacionais quando as importações do outro país causarem ou ameaçarem causar dano importante à sua economia. O instrumento visa a sanar os embates comerciais entre os dois países, que vêm ocorrendo desde os embargos argentinos aos produtos brasileiros.

Segundo noticiado no jornal Folha de São Paulo, “do lado argentino, o mecanismo é considerado estratégico para tentar estancar o déficit de US\$

¹⁵ Luiz Alberto Moniz Bandeira, *Brasil, Argentina e Estados Unidos: da Tríplice Aliança ao Mercosul 1870-2003*, p. 506.

¹⁶ Luiz Alberto Moniz Bandeira, *Brasil, Argentina e Estados Unidos: da Tríplice Aliança ao Mercosul 1870-2003*, p. 526-7.

3,6 bilhões com o Brasil em 2005 e dar tempo à indústria vizinha de recuperar competitividade. No caso brasileiro, ceder à Argentina era a maneira de tentar salvar o Mercosul de uma grave crise”¹⁷.

Nos termos do MAC, os produtores de um determinado ramo industrial doméstico, que se sentirem prejudicados pelo aumento substancial das importações de bens originários do outro Estado, poderão pleitear às autoridades nacionais a aplicação de medidas protetivas. Após uma série de investigações, concluindo-se pela ocorrência de danos, caso as partes envolvidas não cheguem a uma solução consensual, o Estado Importador poderá estabelecer: (i) uma quota tarifária anual, com preferência plena, para as exportações do produto originário do outro Estado; e b) uma tarifa para as exportações do produto originário do outro Estado, que superem o nível da quota tarifária anual, igual à TEC (Tarifa Externa Comum), com uma preferência de dez por cento.

O acordo foi recebido por muitos como “um golpe no Mercosul”. Segundo o editorial da *Folha de São Paulo*, “A hipótese de restrições comerciais dentro de um Bloco de livre comércio é uma anomalia que deveria ser vista como excepcional e transitória. Além de não fixar prazo para vigência do protocolo que cria o MAC (Mecanismo de Adaptação Competitiva) —eufemismo para salvaguardas—, o texto lhe confere ares de permanência. Prevê a revisão do documento a cada quatro anos, para ‘aperfeiçoar sua contribuição em matéria de adaptação competitiva, integração produtiva e expansão equilibrada e dinâmica do comércio’. Não é o modo apropriado de referir-se a instrumento temporário”¹⁸.

Por outros, o MAC foi percebido como uma forma de salvar o Mercosul, tendo em vista que, sem tais concessões, os conflitos entres os dois países poderia vir a ruir as suas relações comerciais.

III.1.3. O Uruguai

Nos últimos anos, o Uruguai vem tentando reduzir a sua dependência econômica em relação ao Brasil e Argentina.

¹⁷ Notícia veiculada no jornal *Folha de São Paulo*, em 02/02/2006.

¹⁸ Notícia veiculada no jornal *Folha de São Paulo*, em 03/02/2006.

Em 21/03/2006, o jornal *Financial Times* publicou entrevista com o ministro do comércio do Uruguai, em que este demonstrou a decepção do país com o Mercosul, em razão do “grave bilateralismo entre Brasil e Argentina”. Afirmou: “O problema do Uruguai é que dependemos somente da boa vontade do Brasil e da Argentina. E neste momento não tenho a impressão de que eles estão particularmente entusiasmados com o Mercosul”. Manifestou, com isso, a intenção de estreitar os seus laços com os EUA, China, Índia e União Européia¹⁹.

O descontentamento do Uruguai piorou em razão de conflito com a Argentina acerca de fábricas de celulose, a serem implantadas no lado uruguaio da fronteira entre os dois países. O governo argentino se opôs à construção, sob o fundamento de que as fábricas ameaçariam o meio ambiente. Diante disso, o Uruguai sugeriu que o assunto fosse debatido no Mercosul, o que não foi atendido pelo presidente argentino, que então presidia o Bloco, sob o argumento de que se trata de assunto bilateral. O Brasil, em uma reunião do Mercosul havia aprovado a convocação do conselho, para o debate do assunto. Mas, uma semana depois da divulgação da ata da reunião, o governo brasileiro mudou de posição. Isso parece demonstrar que os interesses do Uruguai no Mercosul são preteridos, em relação aos da Argentina e do Brasil²⁰.

Em 01/05/2006 (mesmo dia em que Evo Morales anunciou a nacionalização da exploração do gás e do petróleo na Bolívia), o presidente do Uruguai, Tabaré Vázquez, anunciou, em entrevista ao Canal 10, de Montevideu, que o país deveria deixar o Mercosul. O Presidente afirmou, em visita a Washington, que o Uruguai deixaria a condição de membro pleno do Bloco, para tornar-se somente um parceiro comercial. Isso porque as relações, dentro do Mercosul, vêm causando constantes problemas ao país, o que tornaria mais vantajoso o estabelecimento de acordos bilaterais, inclusive com os Estados Unidos. O objetivo seria seguir o exemplo do Chile, “um país moderno e aberto ao mundo”. Frente à repercussão da entrevista, no dia seguinte, o ministro da Cultura do Uruguai, Jorge Brovetto, a pedido do Presidente, negou a decisão de abandonar o Mercosul²¹. Contudo, é patente

¹⁹ Notícia veiculada na BBCBrasil.com (<http://www.bbc.co.uk/portuguese>), em 21/03/2006.

²⁰ Notícia veiculada na Agência Carta Maior (<http://agenciacartamaior.uol.com.br>), 02/05/2006.

²¹ Notícia veiculada na Agência Carta Maior (<http://agenciacartamaior.uol.com.br>), 02/05/2006.

a fissura entre o Uruguai e o Mercosul, e o país continua buscando negociações bilaterais com outros mercados.

III.1.4. Paraguai

O chanceler paraguaio, Rubén Ramírez, adotando posicionamento semelhante ao do Uruguai, afirmou em 09/10/2006 que, “da maneira em que se encontra atualmente, o Mercosul ‘não serve’ para seu país. Para ele, são necessárias mudanças no bloco que permitam eliminar as assimetrias”²².

III.1.5. Bolívia

Em 01/05/2006, O presidente da Bolívia, Evo Morales, anunciou a nacionalização da exploração de petróleo e gás no país e ordenou a ocupação, pelo Exército, dos campos de produção das empresas estrangeiras, entre elas a estatal brasileira Petrobrás. Outras medidas adotadas pelo governo boliviano foram: o aumento imediato do imposto sobre o gás de 50% para 82% e a tomada do controle das reservas e a entrega da produção das petrolíferas à estatal YPF (Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos), que definiria condições, volumes e preços para comercialização. Caso as empresas não aceitassem as medidas, teriam de deixar o país em 180 dias. A nacionalização implicaria a transferência de ações em montante suficiente para dar à estatal YPF o controle acionário de empresas petrolíferas que atuam no país. O texto do decreto que determinou a nacionalização silenciou sobre eventual indenização.

A medida do governo boliviano afetou diretamente os interesses do Brasil, que explora petróleo e gás na Bolívia por meio da Petrobrás e importa daquele país mais da metade do gás natural consumido internamente. A Petrobrás havia investido na Bolívia, até então, cerca de US\$ 1,5 bilhão.

Em 28/10/2006, a Petrobrás celebrou com o governo boliviano contrato de exploração de gás e petróleo que lhe foi desfavorável (pois irá diminuir o seu lucro). Durante o período final das negociações, as Forças Armadas bolivianas ficaram de prontidão para tomarem as instalações da Petrobrás, no caso de não haver acordo até a data prevista para que se encerrassem

²² Notícia veiculada no jornal *Folha de São Paulo*, em 10/10/2006.

as negociações. Alguns dias depois, o Presidente boliviando sugeriu que o governo brasileiro presenteasse a Bolívia com as duas refinarias da Petrobrás no país.

A medida unilateral e autoritária do governo da Bolívia demonstra que não há segurança em relação ao cumprimento dos contratos celebrados pelo país. Ainda assim, em reunião de cúpula do Mercosul, realizada em julho deste ano, o Presidente Lula repetiu o convite para que a Bolívia integre o grupo como membro pleno, enfatizando que os conflitos entre Brasil e Bolívia não conduzirão a uma crise diplomática entre os seus Presidentes²³.

III.1.6. O Brasil e as intenções de Lula

O estreitamento da relação entre os Estados Membros do Cone Sul é uma prioridade do atual governo brasileiro. No discurso de encerramento da XXX Cúpula dos Chefes de Estado do Mercosul, quando o Brasil assumiu a Presidência *Pro Tempore* do Mercosul (21/07/2006)²⁴, o Presidente Lula realçou a intenção de empenhar-se em favor do fortalecimento do Mercosul, enfatizando que, para isso, será necessária uma especial atenção ao Paraguai e Uruguai (sócios menores do grupo). Afirmou, assim, sua disposição em “realizar um debate amplo e profundo sobre os desafios do Mercosul e, em particular, sobre as necessidades especiais das economias menores do nosso bloco”.

Entre outras colocações pontuais, criticou a distância entre o Executivo que participa do Mercosul e o Parlamento de cada um dos países, que tarda em aprovar suas decisões (referindo-se ao Fundo para a Convergência Estrutural do Mercosul – FOCEM, que ainda não havia sido aprovado pelo Legislativo brasileiro).

Mostrou-se otimista em relação à possibilidade de se aprofundarem as estruturas do Bloco, e favorável à construção de mecanismos supranacionais no Mercosul, para que “as suas instituições estejam à altura de nossas ambições”. Afirmou a intenção de fortalecer a Secretaria do Mercosul e de se empenhar “para agilizar a aprovação, pelos Legislativos nacionais, do Parlamento do Mercosul”. E acrescentou: “Nosso bloco, a exemplo do que ocorreu

²³ Notícia veiculada no jornal *Folha de São Paulo*, em 22/07/2006.

²⁴ Publicado no site <http://www.mercosul.gov.br>.

com a União Européia, tem diante de si o grande desafio da legitimidade”²⁵. Por isso, a necessidade de aproximar o Mercosul dos poderes locais e dos cidadãos. Lula terminou o seu discurso enfatizando a prioridade do Mercosul em relação à ALCA.

O objetivo de fortalecer o Mercosul foi reafirmado pelo Presidente Lula, em discurso proferido na data da sua reeleição (29/10/2006): “Já incluímos a Venezuela no Mercosul, o México já quer participar, e nós temos um sonho de fazer com que o Mercosul possa representar (...) todos os países latino-americanos, o que seria uma coisa extraordinária”. Lula enfatizou que o sucesso do Mercosul está condicionado aos resultados comerciais do Bloco. Segundo ele, a América Latina é hoje o principal parceiro comercial do Brasil, “mesmo sem diminuir as exportações para os Estados Unidos e para a União Européia”²⁶.

De acordo com o chanceler Celso Amorim, “Seja quem for o ministro, o presidente decidiu aprofundar a política externa e olhar cada vez mais para a América do Sul”, especialmente para o Paraguai e Uruguai. O objetivo seria utilizar mecanismos como o BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social) e o Proex (programa de financiamento das exportações do Banco do Brasil) para investir mais pesadamente na região. Isso através do financiamento de projetos de empresas públicas e privadas brasileiras que têm ramificação na América do Sul, como Petrobras, Embraer, Gerdau, Coteminas, Gradiente e construtoras como a Norberto Odebrecht²⁷.

III.2. ALCA e Mercosul

Em 1994, por iniciativa dos EUA, reuniram-se na *Cúpula das Américas*, em Miami, os chefes de Estado de trinta e quatro países das Américas do Sul, Central e do Norte, com o objetivo de criar uma área de livre comércio: **ALCA (Área de Livre Comércio das Américas)**. Na ocasião, firmou-se uma “Declaração de Princípios”, afirmando os objetivos de preservar e fortalecer a comunidade de democracias das Américas, promover a prosperidade através da integração econômica e o livre comércio, erradicar a pobreza e a discriminação.

²⁵ Desafio que ainda paira sobre a União Européia (v. Pereira Menaut, 2004).

²⁶ Notícia veiculada no site <http://noticias.uol.com.br>, em 30/10/2006.

²⁷ Conforme divulgado no jornal *Folha de São Paulo*, em 30/10/2006.

minação no Hemisfério e garantir o desenvolvimento sustentável e a conservação do meio ambiente. Estabeleceu-se, também, um “Plano de Ação”, contendo os passos iniciais para a formação da ALCA. Acordou-se que as negociações se concluíam no mais tardar até 2005, e que obter-se-iam avanços significativos até 2000. A proposta para a ALCA não era estabelecer um mercado comum, tal como o da União Europeia e como aquele que o Mercosul pretende alcançar. O modelo da ALCA seria o de uma zona de livre comércio, em que haveria livre circulação de bens, no seu território, mas sem livre movimento de força de trabalho, sem que se adotasse uma tarifa externa comum para mercadorias provenientes de outros Estados e sem a harmonização de políticas setoriais. “A ALCA não implicava o mais amplo acesso ao mercado dos EUA, que poderiam levantar restrições não-tarifárias, sempre que julgassem necessário, sob as mais diversas justificativas, tais como competição desleal, *social dumping* etc.. E os estados da América do Sul, diferentemente do México e do Canadá, não tinham condições de negociar com os EUA *side agreements*, regulamentando, por exemplo, os fluxos de imigração ou estabelecendo padrões de trabalho, um dos fatores que, aliás, estavam a obstaculizar a adesão do Chile ao NAFTA”²⁸.

O processo de criação do Bloco previa duas fases: a preparação, entre a Cúpula de Miami e a Reunião Ministerial de São José, na Costa Rica, em 1998, e segunda fase, de negociações, que não foi concluída. Passada a data prevista para que o acordo entrasse em vigor, as negociações estão totalmente estagnadas.

Ainda não há qualquer ato juridicamente vinculante no âmbito da ALCA. Na ausência de um tratado institucionalizando-a, a ALCA existe hoje apenas como projeto ideal. Bem reconheceu José Souto Maior Borges que “[s]ob o ponto de vista jurídico-normativista, a ALCA não foi até hoje objeto de um ato instituinte de normas jurídicas que a regulassem. Muitas declarações de intenções governamentais – e só isso. Como então abordá-la com os critérios jurídicos normativos? De modo nenhum – é a resposta”²⁹.

Outrossim, tal projeto não se apresenta em vias de implementação. Patrícia Mariuzzo aponta, como indícios da sua falência, o número cada vez

²⁸ Luiz Alberto Moniz Bandeira, *Brasil, Argentina e Estados Unidos: da Tríplice Aliança ao Mercosul 1870-2003*, p. 497.

²⁹ José Souto Maior Borges, *Curso de Direito Comunitário*, p. XXXIII.

maior de acordos bilaterais entre os EUA e diversos países da América Latina e a proposta brasileira da "ALCA light"³⁰.

Frente à estagnação da ALCA, os EUA passaram a estabelecer acordos com países da América Latina. Assim se deu com o Chile e está em processo de se concretizar com a Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua e República Dominicana. Ou seja, hoje, a negociação para a redução de barreiras comerciais, entre os EUA e os países em desenvolvimento, tem se dado pela via bilateral³¹.

Por outro lado, a partir de 2003, o Brasil deixou de se acomodar às propostas dos EUA para a estrutura da ALCA. De acordo com o que afirmou o professor Paulo Nogueira Batista, da Fundação Getúlio Vargas, em entrevista dada à revista de jornalismo científico *Com Ciência*, uma vez que os EUA excluíam da ALCA temas que o Brasil considerava de suma relevância (ex. agricultura e *antidumping*), o Brasil transferiu para a OMC certas questões que para o país mostravam-se problemáticas. Propôs-se o acordo que recebeu o nome de "ALCA light" (ALCA em dois níveis): "um piso mínimo, com regras e obrigações comuns a todos, e a possibilidade de os países negociarem livremente acordos bilaterais e plurilaterais de geometria variável"³².

No Brasil, prevalece em relação à ALCA um posicionamento desconfiado, que se poderia considerar mesmo como hostil. Diz-se que, embora seja vantajosa para o Brasil, os produtos sensíveis continuarão amplamente protegidos e as demais mercadorias brasileiras não terão competitividade suficiente para alcançar, em contrapartida, o mercado norte-americano³³. Fala-se sobre o risco de que "(...) o choque de competitividade com a indústria norte-americana, mais poderosa, tecnologicamente mais eficiente e avançada, destroçasse a maior parte do parque industrial do Brasil, condenando-o aos tempos de colônia, como exportador de matérias-primas e produtos agrícolas"³⁴. Afirma-se, ainda, que, o estabelecimento de uma tarifa zero aos

³⁰ Patrícia Mariuzzo, "Alca: tão perto, tão longe", in *Com Ciência*, n. 75, 10 abr. 2006. [Http://www.comciencia.br](http://www.comciencia.br).

³¹ Patrícia Mariuzzo, "Alca: tão perto, tão longe", in: *Com Ciência*, n. 75, 10 abr. 2006. [Http://www.comciencia.br](http://www.comciencia.br).

³² Patrícia Mariuzzo, "Alca: tão perto, tão longe", in: *Com Ciência*, n. 75, 10 abr. 2006. [Http://www.comciencia.br](http://www.comciencia.br).

³³ Trata-se da opinião do professor de economia da Unicamp, Mário Presser, conforme noticiado por Patrícia Mariuzzo, em "Alca: tão perto, tão longe", in: *Com Ciência*, n. 75, 10 abr. 2006. [Http://www.comciencia.br](http://www.comciencia.br).

³⁴ Luiz Alberto Moniz Bandeira, *Brasil, Argentina e Estados Unidos: da Tríplice Aliança ao Mercosul 1870-2003*, p. 580.

produtos provenientes dos EUA e Canadá acarretaria uma redução do comércio intra-Mercosul, em razão da maior competitividade destes em relação aos bens produzidos nos Estados Membros do Cone Sul³⁵. Por isso, há quem compreenda que a ALCA implicaria o fim do Mercosul³⁶.

A resistência à implementação da ALCA, no Brasil, ficou ainda mais evidente pela eleição (e reeleição) do Presidente Lula. Como visto, o atual governo tem dado absoluta prioridade ao Mercosul. Nas palavras do próprio Presidente, “[n]ós, simplesmente, não falamos mais em ALCA (...). Hoje, quem quiser falar em ALCA, tem que falar primeiro em Mercosul. Tem que falar em Mercosul porque nós, a partir da nossa realidade, queremos construir acordos com todos os países do mundo, mas queremos que a nossa soberania seja respeitada, que a nossa agricultura seja respeitada, que a nossa indústria seja respeitada, e que os nossos países tenham soberania para decidir a hora de fazer, com quem fazer, em função do nosso interesse. Afinal de contas, já faz quase dois séculos que nós deixamos de ser colônia e nem queremos voltar a ser colônia”³⁷.

Por fim, os Estados Unidos demonstram, no esforço para a institucionalização da ALCA, um empenho muito inferior ao inicialmente despendido. Na análise de Deisy Ventura, “(...) los atentados del 11 de setiembre de 2001 desplazaron el eje de la política exterior norteamericana. Existe un retorno a las cuestiones de seguridad y política en detrimento de los acuerdos económicos y comerciales. En este sentido el ALCA, que parecía un objetivo importante en la administración de George W. Bush (...), no está más en el centro de la diplomacia de Washington para América Latina. La guerra civil en Colombia y el combate contra el terrorismo y los narcotraficantes parecen ser más importantes”³⁸.

IV. Obstáculos á integração

Colocam-se diversos obstáculos para que se efetive a integração. “Há problemas políticos (baseados em ideologias, como o receio de se desfazer da

³⁵ Samuel Pinheiro Guimarães, *Quinhentos Anos de Periferia*, p. 122.

³⁶ Helio Jaguaribe, “Mercosul e as Alternativas para a Ordem Mundial”, in: Samuel Pinheiro Guimarães (org.), *ALCA e Mercosul: riscos e oportunidades para o Brasil*, p. 31.

³⁷ Discurso de encerramento da XXX Cúpula dos Chefes de Estado do Mercosul, publicado no site www.mercosul.gov.br.

³⁸ Deisy Ventura, *Las Asimetrías entre el Mercosur y la Unión Europea*, p. 508.

soberania), sociais/culturais (v.g. língua e costumes) e econômicos (como os incentivos e proteções fiscais concedidos a alguns setores produtivos [nacionais] por certos países)”³⁹.

IV.1. Questão tributária e federalismo

IV.1.1. Eliminação de barreiras alfandegárias e a tarifa externa comum

O Tratado de Assunção previa a estruturação, até 31 de dezembro de 1994, de um mercado comum, em que se verificaria, entre outras características, a “livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos” e o “estabelecimento de uma tarifa externa comum”.

A “livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos” se daria, inclusive, através da eliminação de direitos alfandegários, com a criação de uma zona de livre comércio entre os Estados Partes. Em 1994, estabeleceu-se um Regime de Adequação, permitindo a redução gradual das tarifas cobradas no comércio intra-Mercosul, até que se atingisse a tarifa zero. Durante esse período, que terminou em 31/12/1998, para Brasil e Argentina, e em 31/12/1999, para Paraguai e Uruguai, excluíram-se, transitoriamente, alguns produtos da área de livre comércio⁴⁰.

A Tarifa Externa Comum (TEC) consiste em uma mesma tarifa, cobrada para o ingresso de produtos em qualquer um dos Estados Partes, quando esses produtos provenham de Estados terceiros, não integrantes do Mercosul. A TEC tem uma estrutura de 11 níveis, com alíquotas que variam entre 0% e 20%, em intervalos de 2 pontos percentuais. Em regra, o que determina que a TEC seja superior é o valor agregado do produto, embora outros aspectos também sejam levados em conta, tais como a possibilidade de se abastecer regionalmente de insumos.

Desde o estabelecimento da TEC, o Mercosul previu um período de transição, visando ao ajuste das tarifas nacionais. Isso se deu por meio de Listas de Exceções (contendo produtos com alíquotas inferiores ou superiores à TEC) Nacionais e Setoriais, com prazos definidos para convergência aos níveis da TEC.

³⁹ André Ramos Tavares, “Aspectos Tributários da Inserção do Brasil numa Comunidade Supra-Estatal”, in: *VI Colóquio Internacional de Derecho Tributário*, p. 28.

⁴⁰ Consoante explicado no site: <http://www.desenvolvimento.gov.br>.

As Listas de Exceções Nacionais são definidas por cada país e o Mercosul regula a sua extensão. Atualmente, as listas de exceções são reguladas pela Decisão CMC 38/05, que estabelece um máximo de 100 itens para as listas do Brasil e Argentina, 225 para a lista do Uruguai (100 itens básicos e 125 excepcionais) e 649 para a do Paraguai (100 itens básicos, 150 adicionais e os 399 previstos no art. 4.º, da Decisão CMC 07/94). O período de transição previsto na Decisão CMC 38/05 vai até 31 de dezembro de 2008.

As Listas de Exceções Setoriais estipulam um período de convergência para produtos do setor de bens de capital e bens de informática e telecomunicações. Isso significa que, além da lista básica de exceções à TEC, existe um regime especial para bens de capital e para bens de informática e de telecomunicações. Em relação aos primeiros, a Decisão CMC 34/03 estabeleceu um regime comum de bens de capital não produzidos nos Estados Partes do Mercosul, a entrar em vigência em 1.º de janeiro de 2006. Esse regime prevê a elaboração de uma Lista Comum de bens de capital novos, para os quais reduzir-se-ão a zero, temporariamente, as alíquotas do imposto de importação.

Para incluir um produto na Lista Comum, o Estado Parte deve solicitá-lo à Comissão de Comércio do Mercosul. Se na reunião seguinte da Comissão não houver consenso para incluir o referido bem na Lista Comum por alegada existência de produção regional ou dúvidas quanto à descrição ou enquadramento tarifário do bem, os Estados Partes interessados podem, mediante prévia notificação aos demais Estados Partes, incluí-lo em uma Lista Nacional de Bens de Capital Não Produzidos. Os bens incluídos nas Listas Nacionais terão suas alíquotas reduzidas temporariamente nos respectivos Estados Partes para 2%. A Decisão CMC 40/05 veio prorrogar a entrada em vigor dessas regras para 1.º de janeiro de 2009. Até lá, poderão ser mantidos os regimes de importação de bens de capital atualmente vigentes nos Estados Partes.

Quando aos bens de informática e telecomunicações, a Decisão CMC 33/03 determinou que, até 31 de dezembro de 2005, seria aprovado um regime comum para os bens desse setor. A Decisão CMC 39/05 prorrogou esse prazo por um ano. Estabeleceu, ademais, que será revista a TEC para bens de informática e telecomunicações, aplicável a partir de 1.º de janeiro de 2009, e que, até que entre em vigor um cronograma de convergência, em 1.º de janeiro de 2007, os Estados Partes poderão aplicar a esses bens tarifas distintas.

Segundo informações colhidas no site do Mercosul, no início de 2006, eram 1204 os itens catalogados como bens de capital, e 420 os itens catalogados como bens de informática e telecomunicações⁴¹.

Hoje, um desafio é eliminar a dupla cobrança da TEC. Esta ocorre quando produtos provenientes de fora do Bloco entram em um país do Mercosul, mas têm outro Estado Membro como destino final, caso em que a TEC é cobrada duas vezes. Dentro desse objetivo as Decisões CMC n.º 54/04 e 37/05⁴² estabeleceram que determinados produtos passem a ser tratados como originários do Mercosul, no que diz respeito a sua circulação entre os Estados Partes e à sua incorporação em processos produtivos. De acordo com tais atos normativos, receberão tratamento de bens originários, os produtos a que se aplique uma TEC de 0% em todos os Estados Partes e, também, aqueles aos quais se aplique, de forma quadripartite e simultânea, preferência tarifária de 100%, no âmbito dos acordos assinados pelo Mercosul, quando os mesmos forem originários e provenientes do país ou grupo de países aos quais se outorga tal preferência.

Em suma, estamos caminhando para um regime uniforme de impostos aduaneiros, o que será alcançado, uma vez superada a fase de transição (listas de exceções). Nada obstante, a tributação sobre o consumo, sobre a renda e sobre o capital se dá de forma particular e desarticulada entre os Estados Membros.

IV.1.2. Divergências entre os regimes fiscais

As divergências fiscais são um óbice à plena integração econômica de países a comunidades supra-estatais, uma vez que as estruturas fiscais e o âmbito econômico apresentam estreita imbricação⁴³. Enquanto fonte de receitas para o Estado, o tributo é uma forma de se resguardar a sua soberania. E, por outro lado, em sua função extrafiscal, enquanto instrumento econômico, o tributo pode ser utilizado como ferramenta para o protecionismo, impeditivo da integração⁴⁴.

⁴¹ Consoante explicado no site <http://www.mercosur.int>.

⁴² Decisões internalizadas no Brasil pelo Decreto n. 5.738, de 30/03/2006.

⁴³ André Ramos Tavares, "Aspectos Tributários da Inserção do Brasil numa Comunidade Supra-Estatal", in: *VI Colóquio Internacional de Derecho Tributário*, p. 28.

⁴⁴ Edson Carlos Fernandes, *Paz Tributária Entre as Nações: Teoria da Aproximação Tributária na Formação de Blocos Econômicos*. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005, p. 66.

Diversos autores defendem a necessidade de uma estrutura tributária única ou harmonizada para a concretização da integração econômica. Isso porque (i) a manutenção de regimes tributários peculiares permite que Estados Parte concedam benefícios fiscais, conduzindo a uma guerra fiscal (o que contrariaria os objetivos do processo de integração e, no Brasil, ocorre entre estados-membros) e (ii) a manutenção de regimes diferenciados obstaculiza o estabelecimento de um comércio comum e livre (ex. regime feudal, em que cada senhor feudal possuía moeda e arrecadava tributos próprios, dificultando o comércio e a circulação de mercadorias, o que contribuiu para a sua substituição pelo Estado absoluto)⁴⁵.

Com efeito, não basta a supressão das barreiras alfandegárias (tributos sobre a importação e exportação) para que se concretize uma integração econômica. Atente-se aos tributos sobre consumo, por exemplo. Muitas vezes, eles incidem sobre a importação e deixam de incidir sobre a exportação (vide ICMS), tendo, nesses casos, efeitos semelhantes aos dos tributos aduaneiros. O mesmo ocorre quando se impõe, internamente, tributos mais elevados sobre determinados produtos, que procedam de outros Estados Membros, e quando se confere tratamento tributário benéfico aos bens e serviços locais⁴⁶. Há, ainda, a possibilidade de os países adotarem regimes diversos para a tributação do consumo, um cobrando na origem e o outro no destino, o que pode provocar a cumulação dos tributos e, conseqüentemente, a elevação de seu preço.

A harmonização tributária seria, assim, um remédio para evitar *distorções*, decorrentes de medidas adotadas por um país, com o objetivo de obter vantagens em detrimento de outro.

O art. 7.º do Tratado de Assunção, que impõe que os tributos internos confirmem tratamento idêntico, a produtos nacionais e a produtos originários de outros Estados Partes (vedação à discriminação em relação ao produto

⁴⁵ André Ramos Tavares, "Aspectos Tributários da Inserção do Brasil numa Comunidade Supra-Estatal", in: *VI Colóquio Internacional de Derecho Tributário*, p. 28-9.

⁴⁶ Sob a redação originária da Constituição brasileira, um tal tratamento privilegiado às empresas nacionais era permitido. O inciso IX, do art. 170, estabelecia, como princípio da Ordem Econômica, o "tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte". Esse dispositivo foi extinto pela Emenda Constitucional n. 6/1995. Hoje, as empresas de capital social estrangeiro, ou controladas por estrangeiros, recebem o mesmo tratamento que é conferido às empresas nacionais.

importado), é percebido como instrumento para evitar distorções⁴⁷. Porém, por si só, ele é incapaz de resolver o problema. Cite-se, como exemplo, o caso do ICMS (imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação) e do IPI (imposto sobre produtos industrializados), cobrados na entrada no Brasil de mercadoria proveniente do exterior. Não se pode simplesmente isentar desses impostos os produtos provenientes de outros países do Mercosul, porque isso poderia fazer com que estes ficassem em vantagem em relação aos similares nacionais, sujeitos à tributação. Por outro lado, os produtos importados talvez já tenham sido tributados no país de origem. Por isso, a necessidade de se estabelecer uma aproximação entre os regimes tributários de cada país.

Juan Alberto Benitez Gomes considera a harmonização fiscal uma “condición ‘sine qua non’ para constituir un mercado común”⁴⁸. O jurista defende que, em uma União Aduaneira, podem-se abolir as “fronteiras econômicas” entre os Estados Membros – aquelas que visam à proteção econômica (alfandegária e não-alfandegária) das mercadorias – conservando-se as “fronteiras fiscais” – que possuem a finalidade exclusiva de “nivelar la incidencia de los tributos sobre los costos y precios de los bienes que se comercializan, tratando de eliminar las distorsiones que se originan”⁴⁹. Já em um Mercado Comum, que contém um vínculo muito mais intenso do que ocorre na União Aduaneira, seria necessária “la abolición de las fronteras fiscales internas (que tienen la finalidad de nivelar las diversas cargas tributarias) y como consecuencia, un acercamiento a un régimen financiero con un presupuesto de tipo federal”⁵⁰.

Para o autor, a etapa da União Aduaneira (supressão das barreiras alfandegárias) não acarreta um ajuste das estruturas fiscais. Ao contrário, conduz ao surgimento de novos obstáculos, que apenas se superarão uma vez harmonizada a legislação. Com efeito, no momento em que não mais incidam os tributos sobre o comércio exterior, aparecem os distúrbios à liberação comercial, causados pela tributação interna (tributos incidentes

⁴⁷ Nesse sentido: Luis Carlos Vitali Bordin, “O ICMS e a Harmonização Fiscal no Mercosul”. Disponível em: <http://www.federativo.bndes.gov.br>.

⁴⁸ Juan Alberto Benitez Gomes, *Problemas Tributarios que Plantea el Mercosur*, p. 119.

⁴⁹ Juan Alberto Benitez Gomes, *Problemas Tributarios que Plantea el Mercosur*, p. 103.

⁵⁰ Juan Alberto Benitez Gomes, *Problemas Tributarios que Plantea el Mercosur*, p. 109.

sobre o consumo e a renda). Na concepção de Juan Alberto Benitez Gomez, “dentro de la política fiscal de un mercado común es necesario proceder a una armonización radical de los impuestos indirectos y a un acercamiento de algunos impuestos directos más aptos a crear distorsión en el movimiento de capitales (renda y patrimonio)”⁵¹.

Explica Luís Eduardo Schoueri que, sob o termo *harmonização* (em sentido amplo) residem três graus diversos. No primeiro (*coordenação*), cogita-se apenas de estratégias comuns entre os Estados Membros. No segundo (*harmonização*), passa-se a adotar “princípios legislativos comuns, reduzindo-se contradições em matéria tributária ou neutralizando-se suas divergências”⁵². Com isso, os sistemas se tornam comparáveis: “A harmonização traz em si a comparabilidade. Quando alguém pensa em sistemas harmonizados, ele sabe que há diferenças, mas ao mesmo tempo consegue identificá-las”⁵³. Embora possam variar as alíquotas, algumas isenções, etc., os ordenamentos jurídicos tributários devem adotar princípios comuns e tributos muito similares. Para isso, mostra-se necessária a “elaboração de regras supranacionais, confeccionadas de comum acordo entre os estados partes, que devem por eles ser respeitadas”⁵⁴. Por fim, no terceiro grau (*uniformização*), há identidade entre as legislações.

No processo de integração, segundo o autor, não necessariamente ocorre a harmonização tributária em idêntica velocidade, em relação a todas as espécies de tributos. Assim, em relação aos **tributos sobre o comércio exterior** (imposto de importação e imposto de exportação), na etapa da União Aduaneira (em que se encontra o Mercosul), já existe uma uniformização, uma vez que todos os Estados Membros adotam tarifas idênticas.

Quanto aos **impostos sobre consumo**, a União Aduaneira exige, no mínimo, uma coordenação de regime de tributação. Assim, todos os países devem, ao menos, optar por um regime de origem ou de destino. Mas, para

⁵¹ Juan Alberto Benitez Gomes, *Problemas Tributarios que Plantea el Mercosur*, p. 111.

⁵² Luís Eduardo Schoueri, “Harmonização Tributária no Mercosul”, in: *Revista Direito Mackenzie*, n. 2, ano 1. Disponível em: <http://www.mackenzie.br>.

⁵³ Luís Eduardo Schoueri, “Harmonização Tributária no Mercosul”, in: *Revista Direito Mackenzie*, n. 2, ano 1. Disponível em: <http://www.mackenzie.br>.

⁵⁴ Edson Carlos Fernandes, *Paz Tributária Entre as Nações: Teoria da Aproximação Tributária na Formação de Blocos Econômicos*. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontificia Universidade Católica de São Paulo, 2005, p. 106.

que se alcance um Mercado Comum, é necessária a harmonização das leis que regem os tributos incidentes sobre o consumo. Isso não significa a instituição de um regime tributário uniforme em todo o Bloco, mas a perfeita comparabilidade dos sistemas nacionais. Isto é, os regimes tributários nacionais devem ser semelhantes o suficiente para que, olhando-se de fora, se possam identificar as diferenças com facilidade. Assim, por existirem princípios comuns, um investidor estrangeiro terá uma base para comparar os sistemas e decidir onde alocar os seus recursos, sem o temor de surpresas. “Tratando-se de um mercado comum, deve o investidor de um dos países-membros conhecer o cenário que encontrará caso decida investir seus recursos em outro país (mobilidade de capitais). Ao mesmo tempo, qualquer que seja a origem do produto (desde que de países integrantes do bloco) deve ser assegurado sobre ele igual tratamento tributário (...)”⁵⁵.

Por fim, em relação aos **tributos incidentes sobre a renda**, na etapa do Mercado Comum, deverá existir, ao menos, uma harmonização, tendo em vista que “a assimetria na tributação da renda produz efeito direto sobre a liberdade de circulação dos fatores de produção e, em especial, sobre os capitais”⁵⁶. Conforme explica Edison Carlos Fernandes, “Permitindo-se, no mercado comum, a liberdade plena de circulação de pessoas, quer sejam elas naturais ou quer sejam jurídicas, os desvios de mercado, dentro das fronteiras do bloco econômico, podem surgir pela migração e realocação da mão-de-obra, em se tratando de pessoas físicas, ou da transferência de sede das empresas (pessoas jurídicas), ambos os movimentos em busca de tributação menos onerosa. Aqui, embora existam outros fatores que influenciam na escolha da residência tanto da pessoa física quanto da pessoa jurídica (...), do ponto de vista estritamente tributário, temos que, além da tributação aduaneira e dos tributos sobre o consumo, a imposição sobre a renda é fator relevante para a manutenção das condições de mercado e de competitividade, sem esquecer os seus efeitos sociais”⁵⁷. Conjuntura semelhante pode ocorrer tendo em vista os **tributos sobre os capitais**.

⁵⁵ Luís Eduardo Schoueri, “Harmonização Tributária no Mercosul”, in: *Revista Direito Mackenzie*, n. 2, ano 1. Disponível em: <http://www.mackenzie.br>.

⁵⁶ Luís Eduardo Schoueri, “Harmonização Tributária no Mercosul”, in: *Revista Direito Mackenzie*, n. 2, ano 1. Disponível em: <http://www.mackenzie.br>.

⁵⁷ Edson Carlos Fernandes, *Paz Tributária Entre as Nações: Teoria da Aproximação Tributária na Formação de Blocos Econômicos*. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005, p. 84.

O Tratado de Assunção prevê a harmonização da legislação dos Estados Membros, em seu art. 1.º, de forma a fortalecer a integração. E, ainda, no entender de Juan Alberto Benitez Gomez, pode-se extrair de diversas disposições do Tratado (ex. abolição de direitos aduaneiros, a supressão de obstáculos à livre circulação de pessoas, serviços e capitais) o objetivo de se estabelecer um regime fiscal comum. Trata-se, por fim, de meio necessário para que se realizem as finalidades do Bloco⁵⁸.

IV.1.3. *Obstáculos à harmonização*

A harmonização apresenta sérias dificuldades, ao esbarrar em uma "materia tradicionalmente considerada reducto exclusivo de la soberanía de los Estados"⁵⁹. O seu grande obstáculo é a necessidade de os Estados renunciarem a uma esfera relevante de poder: "En efecto, la armonización afecta a la soberanía (en el sentido tradicional) de los Estados, dado que la fiscalidad no sólo constituye la fuente esencial de los Presupuestos públicos, sino también el instrumento moderno de la política económica y social"⁶⁰.

Além disso, Juan Alberto Benitez Gomes percebe os seguintes problemas que se colocam para a harmonização: (i) os sistemas tributários nacionais se conectam estreitamente com a realidade economico-social de cada país; a harmonização, portanto, pressuporia um mínimo de uniformidade entre os países associados; (ii) uma vez que os distintos volumes de bens, produzidos em cada Estado, adquiram uma igual imposição em toda a comunidade, poderia ingressar em um Estado um volume financeiro excessivo e, em outro, recursos financeiros insuficientes; (iii) a modificação do sistema tributário de um Estado particular necessariamente acarretaria alterações nos sistemas dos demais.

Como alternativa, Juan Alberto Benitez Gomes sugere, para viabilizar a harmonização, o desenvolvimento de um sistema de tipo federal, no qual uma parte das finanças públicas seja elevada ao plano intercomunitário⁶¹. Esta, porém, é uma meta quase utópica para o Mercosul, em que os Estados Membros têm a tradição de privilegiar os interesses internos.

⁵⁸ Juan Alberto Benitez Gomes, *Problemas Tributarios que Plantea el Mercosur*, p. 120-1.

⁵⁹ Juan Alberto Benitez Gomes, *Problemas Tributarios que Plantea el Mercosur*, p. 121.

⁶⁰ Juan Alberto Benitez Gomes, *Problemas Tributarios que Plantea el Mercosur*, p. 127.

⁶¹ Juan Alberto Benitez Gomes, *Problemas Tributarios que Plantea el Mercosur*, p. 128.

Por uma outra perspectiva, nota Luís Eduardo Schoueri que, se a integração exige uma legislação uniforme, mostra-se necessário um idêntico **sistema de solução de controvérsias**. E o Mercosul não possui uma Corte, que resolva os problemas resultantes da divergência na interpretação das normas uniformes. Diante disso, o jurista propõe, inspirado em Klaus Vogel, uma **harmonia decisória**. Por essa concepção, os tribunais nacionais deveriam obrigar-se a tomar conhecimento da forma como decidem os tribunais de outros Estados, a respeito de um determinado tratado. Não estariam vinculados a seguir a mesma orientação, mas, caso adotassem posicionamento diverso, devem fundamentar a sua divergência⁶².

Novas dificuldades aparecem quando se atenta à atual estrutura tributária dos países do Mercosul. Vamos enfocar, especificamente, a tributação sobre o consumo. A Argentina, o Uruguai e o Paraguai adotam, em nível nacional, o Imposto Sobre Valor Agregado (IVA), que incide sobre o consumo de bens e serviços. No Brasil, existem três impostos incidentes sobre o consumo: o imposto sobre produtos industrializados (IPI), de competência federal; o imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços de transporte intermunicipal e interestadual e de comunicação (ICMS), de competência estadual e distrital; e o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS), de competência municipal. Entre esses, o que apresenta maior relevância é o ICMS. Embora ele utilize, como o IVA, a técnica do valor agregado (acrescido), os dois tributos contêm algumas diferenças substanciais. Uma delas é a circunstância de excluir-se do alcance do ICMS a tributação do serviço (exceto comunicações e transportes), que se dá pelo imposto municipal, ISS.

Outra fator a distanciar o ICMS do IVA é o fato de o ICMS ser um imposto regionalizado. Isso, inclusive, tem acarretado uma guerra fiscal entre os Estados no Brasil e uma disputa pela titularidade da arrecadação, quando a mercadoria circula por diversos Estados. Existem defensores de uma reforma que transforme o ICMS em tributo federal, mas essa proposta não é aceita sem maiores dificuldades, em razão da estrutura federativa do Estado brasileiro e porque esse é o tributo de maior relevância arrecadatória nos Estados. Contudo, a manutenção do ICMS como tributo regionalizado “impede

⁶² Luís Eduardo Schoueri, “Harmonização Tributária no Mercosul”, in: *Revista Direito Mackenzie*, n. 2, ano 1. Disponível em: <http://www.mackenzie.br>.

a adoção de um regime jurídico único entre o Brasil e demais países, na formação de um bloco de maior latitude como ocorre na União Européia”⁶³.

Há, ainda, outra questão, colocada pelo ICMS ao Mercosul. A Constituição do Brasil estabelece que esse imposto incide, também, “sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço” (art. 155, § 2.º, IX, a). Diante disso, indaga-se: as operações com mercadorias que advenham de outro Estado, integrante do Mercosul, são consideradas *importação*? – Caso se responda de forma afirmativa, concluir-se-á pela aplicação da *alíquota interna*. Nada obstante, esta é superior à *alíquota interestadual*, fixada para os casos em que a operação (circulação de mercadoria) ocorre nos territórios de dois ou mais Estados da Federação. E o Tratado de Assunção estabelece que “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” (art. 7.º).

Como solucionar esse impasse? – Não há consenso. Para Marco Aurélio Grecco, o sentido do art. 7.º supracitado é inequívoco: ele impõe a equalização da carga tributária de ICMS. E a carga tributária que mais se compatibilizaria com essa espécie particular de “importação” seria a aplicável às operações interestaduais. Isso porque: (1) a mercadoria ingressa em Estado-membro no qual antes não se encontrava; (2) a carga relativa às operações internas se aplica às mercadorias importadas em geral, o que conflita com o objetivo de integração progressiva, previsto no Tratado de Assunção e (3) a aplicação da alíquota interna equivaleria a um ônus superior sobre as mercadorias oriundas do Mercosul, que chegaria ao Estado-membro em condições diversas das mercadorias providas de outros Estados-membros brasileiros⁶⁴.

Já na concepção de José Augusto Delgado, “[a] interpretação sistêmica dos dispositivos supra-referidos [arts. 1.º, 5.º e 7.º, do Tratado de Assunção]

⁶³ André Ramos Tavares, “Aspectos Tributários da Inserção do Brasil numa Comunidade Supra-Estatal”, in: *VI Colóquio Internacional de Derecho Tributário*, p. 31.

⁶⁴ Marco Aurélio Grecco, in: Ives Gandra da Silva Martins (coord.), *Tributação no Mercosul*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1997, p. 44.

não traduzem uma modificação substancial no tratamento da aplicação das operações com mercadorias oriundas dos demais países do Mercosul, no tocante ao ICMS. O entendimento que firmo a respeito é de que são operações de 'importação' e, portanto, sujeitas ao tratamento que o Direito interno fixa para fim de aplicação do ICMS. Não há motivo para se entender que tais operações terão tratamento equiparado a operações interestaduais, haja vista inexistir qualquer cláusula expressa determinado esse procedimento"⁶⁵.

Hugo de Brito Machado adota uma posição intermediária. Afirma que seria razoável que tais operações fossem tratadas como interestaduais (para as quais a alíquota incidente é menor). Contudo, atenta a outras disposições do Tratado, como o art. 2.^o, que estabelece a reciprocidade de obrigações, para concluir que, se no país do qual provém a mercadoria existir um regime de ICMS idêntico ao nosso, e se aplicar aos países do Mercosul a alíquota menor, também devemos fazê-lo⁶⁶. Trata-se de hipótese de verificação impossível, haja vista que, como visto, os demais Estados Membros adotam tributo distinto —o IVA— que, ademais, é de competência nacional, não havendo que se falar em alíquota interestadual.

Outrossim, o autor sustenta que se considere o elemento teleológico (razão pela qual diferencia-se a alíquota interna da interestadual): "propiciar distribuição competência tributária entre o Estado de origem e o de destino da mercadoria"⁶⁷. Diante dele, não cabe a aplicação da alíquota interestadual a mercadorias provenientes de outros países do Mercosul. Porém, reconhece o autor: "A rigor, como a incidência do ICMS, nas operações de importação, implica verdadeira restrição à circulação de mercadorias entre os países que integram o Mercosul, tal incidência deve ser eliminada. Isto, porém, está a depender de acordos pontuais, que entendo podem ser feitos inclusive de forma apenas bilateral"⁶⁸.

⁶⁵ José Augusto Delgado, *in*: Ives Gandra da Silva Martins (coord.). *Tributação no Mercosul*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1997, p. 69.

⁶⁶ Hugo de Brito Machado, *in*: Ives Gandra da Silva Martins (coord.). *Tributação no Mercosul*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1997, p. 86.

⁶⁷ Hugo de Brito Machado, *in*: Ives Gandra da Silva Martins (coord.). *Tributação no Mercosul*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1997, p. 86.

⁶⁸ Hugo de Brito Machado, *in*: Ives Gandra da Silva Martins (coord.). *Tributação no Mercosul*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1997, p. 86.

Ao falar-se em harmonização, não se pode olvidar desse aspecto. Seria imprescindível uma regulamentação que implementasse, em relação ao ICMS, a igualdade de tratamento entre produtos importados de países do Mercosul e os produtos nacionais.

IV.1.4. *Questão federativa*⁶⁹

O Brasil adota a forma federativa. “No Brasil, cada ente federativo (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) goza de autonomia, a qual abarca, sem sombra de dúvida, a econômica/financeira”⁷⁰. Por isso existe a repartição de competências tributárias entre os entes federados. Pelo mesmo motivo, veda-se à União conceder isenções de tributos da competência de outros entes federados (art. 151, III, da CF).

Contudo, perante o direito internacional, apenas a Reunião federativa possui personalidade jurídica. Daí, surge o problema: poderia um tratado internacional, celebrado pela União, tratar de tributos de competência estadual ou municipal, inclusive concedendo isenções? – Sobre essa assunto, a doutrina brasileira diverge. Ives Gandra Martins, frente à literalidade do art. 151, III, da CF, nega essa possibilidade⁷¹. No mesmo sentido, José Augusto Delgado: “[s]em consentimento dos Estados e dos Municípios, por legislação própria, não pode o Tratado de Assunção ou Acordos complementares ou posteriores a ele vinculados cuidar de isenção de tributos estaduais e municipais, nem discipliná-los”⁷².

Marco Aurélio Grecco⁷³, por sua vez, concebe o Tratado, no âmbito interno, como uma norma de estrutura, que não institui tributos, mas se volta à extensão da competência tributária. Portanto, embora não possa conceder

⁶⁹ Para uma importante discussão acerca das alternativas ao modelo de constitucionalismo que se pretende implantar na União Européia por meio de uma Constituição, v. Pereira Menaut, 2004.

⁷⁰ André Ramos Tavares, “Aspectos Tributários da Inserção do Brasil numa Comunidade Supra-Estatal”, in: *VI Colóquio Internacional de Derecho Tributário*, p. 34.

⁷¹ Ives Gandra Martins, in: Ives Gandra da Silva Martins (coord.), *Tributação no Mercosul*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1997, p. 33.

⁷² José Augusto Delgado, in: Ives Gandra da Silva Martins (coord.), *Tributação no Mercosul*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1997, p. 71.

⁷³ Marco Aurélio Grecco, in: Ives Gandra da Silva Martins (coord.), *Tributação no Mercosul*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1997, p. 45.

isenções, pode prever que a competência estadual/municipal não alcance certas mercadorias, pessoas, etc.. Nesses casos, porém, o autor admite a possibilidade de se conferir aos Estados e Municípios alguma forma de ressarcimento pelos prejuízos sofridos.

Os defensores dessa posição (de que tratados podem disciplinar tributos estaduais e municipais e conceder isenções) se utilizam, em especial, do argumento de que a União, quando representa o Estado brasileiro, não se sujeita às mesmas limitações impostas à União, ente federado. Nesse sentido, Marco Aurélio Grecco: “[t]ambém é relevante lembrar que a vedação do art. 151, III, da CF/88 (à parte das críticas que pode merecer) volta-se apenas à União, que é entidade de direito interno (= ordem parcial), sendo certo que o Tratado é celebrado pelo Brasil como ordem total e não por uma ordem parcial”⁷⁴. Na mesma linha, Hugo de Brito Machado: “[c]omo os Estados-Membros e os Municípios são pessoas jurídicas de Direito público interno, são representados no plano internacional pelos órgãos da União Federal. Os atos que ela assim pratica não se confundem com aqueles por ela praticados no plano interno, onde atua, tal como Estados-Membros e Municípios, como pessoa jurídica de Direito público interno”⁷⁵.

Em respeito ao princípio federativo, entendemos que, para conceder isenções, tendo em vista as relações comerciais supra-nacionais, a União deve antes colher a vontade dos Estados-membros (ou dos Municípios). Tal imposição não pode ser alterada nem por emenda constitucional, tendo em vista a proteção ao pacto federativo por cláusula pétrea (art. 60, § 4.º, I, da CF). A única exceção é a isenção heterônoma, prevista no art. 155, § 2.º, XII, e, da CF, relativa ao ICMS e ISS incidentes na exportação de produtos não industrializados. Tal previsão tem o objetivo de incentivar a exportação, em benefício da economia nacional.⁷⁶

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar sobre esse assunto. Tratava-se de Recurso Especial em mandado de

⁷⁴ Marco Aurélio Grecco, in: Ives Gandra da Silva Martins (coord.). *Tributação no Mercosul*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1997, p. 45.

⁷⁵ Hugo de Brito Machado, in: Ives Gandra da Silva Martins (coord.). *Tributação no Mercosul*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1997, p. 91.

⁷⁶ André Ramos Tavares, “Aspectos Tributários da Inserção do Brasil numa Comunidade Supra-Estatal”, in: *VI Colóquio Internacional de Derecho Tributário*, p. 34-5.

segurança⁷⁷, impetrado com o objetivo de obter isenção de ICMS sobre leite embalado, importado do Uruguai. Existia lei no Estado do Rio Grande do Sul, concedendo a isenção de ICMS para as saídas desse produto de estabelecimento localizado naquele Estado. A impetrante sustentava que, consoante o art. 7.º, do Tratado do Mercosul (ao qual o Decreto 37.699/97 deu validade), os produtos originários de outros Estados, membros do Mercosul, deveriam gozar do mesmo tratamento tributário conferido a um tributo nacional. Acrescentava, ainda, que, por força do art. 98 do Código Tributário Nacional, os tratados e convenções internacionais prevalecem sobre a ordem interna.

O juízo monocrático concedeu a ordem, para que o leite embalado, importado do Uruguai, se beneficiasse de isenção tributária idêntica à conferida ao similar nacional. A decisão foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob o fundamento de que a extensão, ao produto do Uruguai, da isenção concedida pelo Estado do Rio Grande do Sul, ao produto nacional, só se justificaria se o mesmo tratamento fosse uniforme em todo o território nacional.

Conforme o voto condutor do Min. rel. Luiz Fux, o Tratado do Mercosul, ao estabelecer a isonomia de tratamento tributário entre os produtos nacionais e os oriundos de outros Estados Membros, não limita essa imposição aos tributos federais; entendimento contrário inviabilizaria que se concedesse isenção, em acordos internacionais, de tributos estaduais. Pela sua compreensão, embora seja o Estado o ente competente para conceder a isenção, a União pode, por Tratado, estender tal isenção a produtos estrangeiros. Ou seja, para que se isente o produto importado do ICMS, é necessária a existência de lei estadual, no Estado federado em que se dê a operação, concedendo a isenção a um similar nacional. A vedação à concessão de isenção heterônoma seria contornada, em relação ao ICMS e ao ISS, mediante a utilização dos permissivos constitucionais contidos nos arts. 155, § 2.º, XII, e e 156, §3.º, II, da CF.

A Ministra Denise Arruda seguiu o entendimento do Relator. Mas, em seu voto, discorreu sobre a hierarquia dos tratados no ordenamento jurídico interno, concluindo que a lei estadual não poderia haver afastado a isenção, em relação a produto similar proveniente de Uruguai, ignorando o que havia

⁷⁷ REsp 480.563/RS, Ministro rel. Luiz Fux, Órgão Julgador Primeira Turma, j. 06/09/2005, DJ 03.10.2005.

sido acordado no Tratado do Mercosul (embora a lei estadual não tenha distinguido entre produtos nacionais e importados).

Por fim, o Ministro José Delgado notou que a legislação estadual concede isenção do ICMS à saída do leite. Em termos diversos, “o leite ‘longa vida’ é beneficiado por isenção nas operações de circulação cujas saídas são realizadas a partir do Estado do Rio Grande do Sul”, de qualquer estabelecimento vendedor, para o contribuinte que o adquira. No caso, não se questionava a isenção quando da saída do leite do estabelecimento (até porque a lei estadual, concessiva da isenção, não distinguia o leite nacional e o importado), mas a cobrança de ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro de cada carga de leite importado pela empresa, para a revenda. Mesmo assim, entendeu o Ministro, caberia estender a isenção.

Com isso, prevaleceu a orientação sumulada pelo STF, quanto a problemas semelhantes oriundos do GATT e da ALALC, no verbete n. 575: “À mercadoria importada de país signatário do (GATT), ou membro da (ALALC), estende-se a isenção do imposto de circulação de mercadorias concedida a similar nacional”⁷⁸.

IV.2. Internalização dos tratados

A integração econômica exige a integração jurídica. As normas do Mercosul são incorporadas pelos Estados Partes em seus respectivos ordenamentos jurídicos internos conforme os procedimentos previstos em cada país (Protocolo de Ouro Preto, art. 42).

Para que as normas do Mercosul adquiram vigência simultânea em todos os Estados Partes, o Protocolo de Ouro Preto prevê o seguinte procedimento: “i) Uma vez aprovada a norma, os Estados Partes adotarão as medidas necessárias para a sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional e comunicarão as mesmas à Secretaria Administrativa do Mercosul; ii) Quando todos os Estados Partes tiverem informado sua incorporação aos respectivos ordenamentos jurídicos internos, a Secretaria Administrativa do

⁷⁸ A Súmula foi aprovada em 15/12/1976, ou seja, antes que a ALALC (Aliança Latino-Americana de Livre Comércio) fosse substituída pela ALADI (Associação Latino-Americana de Desenvolvimento Integrado), em 1980. A substituição, porém, em nada afetou a jurisprudência firmada pelo STF.

Mercosul comunicará o fato a cada Estado Parte; iii) As normas entrarão em vigor simultaneamente nos Estados Partes 30 dias após a data da comunicação efetuada pela Secretaria Administrativa do Mercosul, nos termos do item anterior. Com esse objetivo, os Estados Partes, dentro do prazo acima, darão publicidade do início da vigência das referidas normas por intermédio de seus respectivos diários oficiais”.

O problema consiste no procedimento adotado por cada país para internalizar as normas emanadas do Mercosul. A complexidade desse procedimento pode ser um óbice para que se tornem efetivas as decisões do Bloco.

IV.2.1. A internalização de tratados no Brasil

No Brasil, o procedimento para a incorporação de tratados e convenções internacionais, e o patamar hierárquico que esses ocupam no ordenamento jurídico interno, são questões que geram grande controvérsia. É que a Constituição foi taxativa sobre o assunto; não trata dele senão em dispositivos esparsos e enigmáticos (aparentemente desconexos e vagos). Em seu art. 84, VIII, determina competir ao Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. E o art. 49, I, estabelece caber *exclusivamente* ao Congresso Nacional “resolver em definitivo sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

Nota-se que tais dispositivos deixam dúvidas sobre tratar-se a chancela do Congresso Nacional de elemento imprescindível à celebração do tratado, ou se consiste apenas em formalidade necessária à sua internalização⁷⁹. Entendemos que aprovação do Congresso não é obrigatória, no Brasil, para que o Estado expresse o seu consentimento a um tratado (obrigando-se em plano internacional), mas apenas para que este adquira força jurídica interna⁸⁰, o que não deixa de gerar uma dualidade nefasta para o Brasil.

Não se trata, porém, de assunto pacífico. Pedro Dallari, por exemplo, concebe que: “A apreciação de tratado internacional pelo Congresso Nacional,

⁷⁹ André Ramos Tavares, *Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88: (Des)estruturando a Justiça: comentários completos à Emenda Constitucional n. 45/04*, p. 36.

⁸⁰ André Ramos Tavares, *Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88: (Des)estruturando a Justiça: comentários completos à Emenda Constitucional n. 45/04*, p. 36.

que se segue, portanto, ao envio da mensagem do Presidente da República, é, como regra geral, etapa essencial e imprescindível para a assunção do compromisso do Brasil na ordem jurídica internacional. (...) A aprovação legislativa é condição necessária para que se possa verificar, posteriormente, o ato do chefe do Poder Executivo federal de ratificação do tratado, ou de adesão a ele, a ser materializado em correspondência oficial endereçada ao Estado ou organização internacional que ostentar a condição de depositário do texto convencionado internacionalmente”⁸¹.

De qualquer sorte, para que se reconheça a norma internacional como integrante do ordenamento jurídico brasileiro, deve se verificar um procedimento, no qual participa tanto Presidente da República, quanto o Congresso Nacional. Esse procedimento compreende diversas etapas: “(i) a celebração do Tratado Internacional; (ii) sua necessária aprovação pelo Congresso Nacional, que se dá por meio do decreto legislativo; (iii) sua ratificação pelo Presidente da República”⁸². O decreto legislativo, por meio do qual o Congresso Nacional confere a sua chancela ao Tratado, é aprovado pelos votos da maioria de seus membros. O Tratado entra em vigor, no Brasil, mediante a publicação do decreto presidencial.

A Constituição não dispõe expressamente sobre o patamar hierárquico que a norma de direito internacional irá ocupar, uma vez integrada ao ordenamento jurídico interno. A omissão constitucional sobre esse tema provoca calorosos debates doutrinários. Prevalece a orientação de que, em regra, os Tratados possuem hierarquia normativa idêntica à da legislação ordinária. Os principais argumentos em favor desse posicionamento são a necessária superioridade da Lei Fundamental brasileira em relação às normas de direito internacional e a circunstância de a Constituição prever o controle de constitucionalidade de tratados (art. 102, III, *b*). Essa concepção tem como consequência, para o caso de conflito entre tratados e normas infraconstitucionais

⁸¹ *Constituição e Tratados Internacionais*, p. 89-90. No mesmo sentido, Alberto Xavier: “Para nós, o referendo do Congresso não tem por objeto um tratado anteriormente existente e válido, mas apenas um projeto, um texto assinado, mas ainda não ratificado. Não é, por isso, ato de homologação ‘a posteriori’, mas ato de autorização ‘a priori’ para a prática de um outro ato – a ratificação – que, esse sim, conclui o procedimento de celebração dos tratados e que é a manifestação da vontade de obrigar-se” (*Direito Tributário Internacional do Brasil*, p. 140).

⁸² André Ramos Tavares, *Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88: (Des)estruturando a Justiça: comentários completos à Emenda Constitucional n. 45/04*, p. 36.

internas, o uso dos mesmos critérios que solucionam as antinomias entre normas de mesma hierarquia, por exemplo, o critério cronológico: lei posterior revoga anterior. Isso quer significar que um tratado internalizado pode ser revogado por uma lei ordinária posterior.

A questão se complica ainda mais na hipótese de o tratado versar sobre direitos humanos. A Constituição Federal, em sua redação originária, previa apenas que os direitos e garantias nela previstos não excluiriam outros decorrentes de tratados internacionais em que o Brasil fosse parte (art. 5.º, § 2.º). Frente a isso, muitos doutrinadores passaram a diferenciar os tratados conforme a sua matéria, afirmando que, aqueles que versassem sobre direitos humanos teriam patamar constitucional (alguns sustentavam, inclusive, a sua supra-constitucionalidade)⁸³.

Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, assentou posicionamento diverso, equiparando os tratados internacionais (inclusive aqueles que tratam sobre direitos humanos) às leis ordinárias. Manteve essa posição “ainda que isso acarretasse conseqüências nefastas no âmbito das relações internacionais, como a perda da confiança no país, e, até, a aplicação de gravosas punições econômicas e/ou comerciais pelo desrespeito interno a tratados assumidos externamente pelo Estado, caracterizador de verdadeiro ilícito”⁸⁴. Trata-se de concepção que, ademais, inviabiliza a integração regional.

Nesse contexto, sobreveio a Emenda Constitucional n. 45/2004, que inseriu no art. 5.º da Constituição o § 3.º, estabelecendo: “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”. Vale esclarecer que o *quorum* previsto por esse dispositivo (três quintos dos votos dos membros de cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos) é idêntico ao imposto para a aprovação de emendas constitucionais. Ou seja, de acordo com a nova redação da Constituição, os tratados e convenções internacionais

⁸³ André Ramos Tavares, *Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88: (Des)estruturando a Justiça: comentários completos à Emenda Constitucional n. 45/04*, p. 38.

⁸⁴ André Ramos Tavares, *Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88: (Des)estruturando a Justiça: comentários completos à Emenda Constitucional n. 45/04*, p. 39.

sobre direitos humanos possuirão hierarquia constitucional, desde que aprovados como emendas constitucionais.

Ao invés de solucionar a antiga controvérsia doutrinária, a EC n. 45/04 gerou novas indefinições. Há quem se posicione no sentido de que, com ela, confirmou-se a compreensão do STF, de que os tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico brasileiro com força de lei ordinária; no entanto, caso o tratado verse sobre direito humanos, ficaria facultada a sua recepção por meio do processo previsto para as emendas constitucionais, hipótese na qual partilharia do status jurídico dessas⁸⁵. Outros sustentam que a aprovação do tratado por *quorum* qualificado é obrigatória, se a matéria for direitos humanos. Há, ainda, quem defenda que a emenda não prejudicou a possibilidade de incorporação automática do tratado sobre direitos humanos em nível constitucional, em razão do disposto no art. 5.º, § 2.º, da Constituição⁸⁶.

Pela nossa compreensão, tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, a partir da EC n. 45/04, devem ser aprovados com o *quorum* de emenda constitucional⁸⁷; caso contrário, não será possível sua internalização no ordenamento jurídico brasileiro. Já aqueles celebrados antes da aprovação daquela emenda, adquiririam automaticamente, com ela, *status* de emenda constitucional⁸⁸.

Existe, ainda, controvérsia sobre o *status* jurídico dos Tratados em matéria tributária. Isso porque o Código Tributário Nacional estabelece: “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha” (art. 98). Uma vez que determina a prevalência dos tratados e convenções sobre a legislação superveniente, o CTN parece estabelecer a superioridade normativa daqueles

⁸⁵ José Levi Mello do Amaral Júnior, “Direitos humanos – Reforma define status jurídico de tratados internacionais”, <http://conjur.estado.com.br/static/text/32582.1>, acesso em 26.01.2005.

⁸⁶ Flávia Piovesan, “Reforma do judiciário e direitos humanos”, in André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón (org.), *Reforma do Judiciário analisada e comentada*, p. 72.

⁸⁷ André Ramos Tavares, *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des)estruturando a Justiça: comentários completos à Emenda Constitucional n. 45/04*, p. 43.

⁸⁸ André Ramos Tavares, *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des)estruturando a Justiça: comentários completos à Emenda Constitucional n. 45/04*, p. 44-8.

sobre as leis ordinárias. Muitos sustentam que esse dispositivo do CTN é inconstitucional, por limitar, sem autorização constitucional, a atividade do Poder Legislativo. Outros afirmam que, na qualidade de lei complementar, o CTN legitimamente impôs, ao legislador ordinário, a observância de disposições contidas em tratados.

IV.2.2. A internalização de tratados nos demais países do cone sul

A Constituição da Argentina⁸⁹ dispõe expressamente, em seu art. 75, que “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Determina, ainda:

“La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, *tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Há, ademais, previsão quanto aos tratados de integração, fixando a competência do Congresso para:

24. Aprobar *tratados de integración* que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e

⁸⁹ Conforme <http://www.senado.gov.ar>.

igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. *Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.*

La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

A Constituição do Paraguai⁹⁰ establece, em seu art. 137 e 141, que a Constituição tem preferência em relação aos tratados e convênios internacionais aprovados e ratificados, mas estes preferem sobre as leis.

Por fim, de acordo com a Constituição do Uruguai⁹¹, em seu art. 6º, “La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas”. E, consoante o art. 85, compete à Assembléia Geral:

7º) Decretar la guerra y aprobar o reprobar por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, los tratados de paz, alianza, comercio y las convenciones o contratos de cualquier naturaleza que celebre el Poder Ejecutivo con potencias extranjeras.

Percebe-se que as Constituições de todos os Estados Membros do Mercosul estabelecem que o ato de incorporação dos tratados na ordem jurídica interna é complexo, exigindo a participação do Presidente da República (representante do Estado no plano internacional) e do Parlamento. A Constituição do Uruguai, tal como a do Brasil, deixa muitas dúvidas a respeito do processo de incorporação dos tratados e da sua hierarquia hierarquia no ordenamento jurídico nacional. No caso brasileiro, apenas os tratados sobre direitos humanos receberam, com a EC n. 45/04, uma regulamentação espe-

⁹⁰ Conforme: <http://www.diputados.gov.py>.

⁹¹ Conforme: <http://www.parlamento.gub.uy>.

cífica, que determina o *quorum* de aprovação no Congresso e seu o patamar hierárquico entre as normas brasileiras, o que, contudo, não gerou o consenso doutrinário esperado.

A Constituição paraguaia é um pouco mais detalhista sobre esse assunto, estabelecendo que os tratados (de qualquer matéria) possuem *status* superior ao das leis, embora inferior ao das normas constitucionais.

A Constituição argentina é a que tratou do tema de forma mais completa, consistente e detalhada. Ela deixa claro que: (i) os tratados internacionais (em geral) têm hierarquia superior à das leis; (ii) os tratados sobre direitos humanos, por ela discriminados, possuem hierarquia constitucional; (iii) os demais tratados de direitos humanos adquirirão hierarquia constitucional, se aprovados por dois terços dos membros de cada Câmara legislativa (previsão semelhante à contida no art. 5, § 3.º, da Constituição brasileira) e (iv) os tratados de integração, que deleguem competências e jurisdição a organizações supraestatais, possuem *status* jurídico superior ao das leis e requerem aprovação pela maioria absoluta dos membros de cada Câmara legislativa.

V. O Mercosul enquanto acordo político com preocupações democráticas

Como nota Marcos Simão Figueiras, o Tratado de Assunção se apresenta, essencialmente, como um tratado de integração econômica, mas isso não quer dizer que os objetivos do Mercosul se esgotem na esfera econômica. Tanto é assim, que o preâmbulo desse tratado fala em “justiça social”, “preservação do meio ambiente” e “melhoramento das interconexões físicas”. Afirma o autor: “[e]m geral, conforme a experiência tem mostrado, os processos de integração nascem em redor dos temas econômicos, para após projetar-se a outras áreas, como exemplo, a proteção dos direitos humanos”⁹².

De acordo com informações extraídas do site do Bloco, o jogo de interesses comuns faz com que se estabeleça, progressivamente, também um “espaço político comum”. Por essa razão, os Estados Partes do Mercosul, a Bolívia e o Chile constituíram o “Mecanismo de Consulta e Concertação

⁹² Mercosul no Contexto Latino-Americano, p. 21.

Política”, em que se consentem posições comuns em matérias de alcance regional que superam os âmbitos estritamente econômico e comercial⁹³.

Por exemplo, em 1998, os Estados Partes do Mercosul, a Bolívia e o Chile assinaram o “Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático”, em que estabelecem ratificam a “Declaração Presidencial sobre Compromisso Democrático no Mercosul” (de 1996), determinando que “a plena vigência das instituições democráticas é condição essencial para o desenvolvimento dos processos de integração entre os Estados Partes do presente Protocolo”, e estabelecendo um procedimento para o caso de ruptura de um Estado Parte com a ordem democrática. Na ocasião, também se subscreveu a “Declaração Política do Mercosul, Bolívia e Chile como zona de Paz”, em que as partes de declaram Zona de Paz e livres de armas de destruição em massa. Firmou-se, ainda nesse mesmo ano, a “Declaração Sociolaboral do Mercosul”, dispondo sobre os direitos dos trabalhadores.

Mas, também aqui, a extrema proteção às ordens jurídicas nacionais tem inviabilizado avanços significativos nessas áreas.

A incorporação da Venezuela ao Bloco, na qualidade de membro em processo de integração plena, trouxe à tona a questão de ser ou não possível o Mercosul ser formado por países não-democráticos. O Presidente daquele país, Hugo Chavez, é conhecido como tendente a uma política excessivamente nacionalista e socializante. Também o Presidente boliviano, Evo Morales, tem adotado medidas autoritárias em relação aos países do Bloco, como referido acima. A postura de certos integrantes do Mercosul pode, certamente, afetar a forma como o Bloco é percebido internacionalmente.

Poderia o Mercosul adotar medidas para coagir os seus membros a manterem um regime democrático? – O Protocolo de Ushuaia estabelece procedimento aplicável a “toda ruptura da ordem democrática em um dos Estados Partes” (art. 3.º). A celebração desse acordo refletiu preocupação gerada com a ameaça de golpe de Estado no Paraguai, pela liderança do general Oviedo, em 1996. Na ocasião, segundo Luiz Alberto M. Bandeira, a crise política no país só não culminou em quebra da ordem constitucional diante da interveniência dos embaixadores do Mercosul, dos EUA e do

⁹³ Informações retiradas do site: <http://www.mercosur.int>.

secretário executivo da OEA, que, ameaçando isolar o Paraguai tanto no âmbito econômico como político, lograram a celebração de um acordo. O acontecimento, porém, motivou os presidentes dos quatro Estado-membros a assumirem importantes compromissos, a fim de evitar a ruptura da democracia dentro do Bloco⁹⁴.

O procedimento previsto no Protocolo de Ushuaia é o seguinte: ocorrendo ruptura na ordem democrática de um Estado Parte do Protocolo, os demais Estados Partes devem promover consultas entre si e com o Estado afetado. Se essas consultas resultarem infrutíferas, os demais Estados Partes considerarão a natureza e alcance das medidas a serem aplicadas, conforme a gravidade da situação; essas medidas podem ser, desde a suspensão do direito de participar nos diferentes órgãos dos processos de integração, até a suspensão dos direitos e obrigações resultantes destes processos. As medidas serão comunicadas ao Estado afetado, que não participa do processo decisório. Sua aplicação cessará quando se verificar que o Estado afetado restabeleceu, efetivamente, a ordem democrática.

Percebe-se que os termos do Protocolo são excessivamente amplos. Não há qualquer delimitação do que se entende por ruptura do regime democrático. Não se prevê a exclusão do Estado do Bloco, em qualquer hipótese. Pode-se inferir que as medidas aí previstas dificilmente serão levadas à efeito.

Referências bibliográficas

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. "Direitos humanos – Reforme define status jurídico de tratados internacionais". Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/32582,1>, acesso em 26.01.2005.
- BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. *Brasil, Argentina e Estados Unidos: Conflito e Integração na América do Sul (Da Tríplice Aliança ao Mercosul 1870 – 2003)*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BORDIN, Luís Carlos Vitali. "O ICMS e a Harmonização Fiscal no Mercosul". Disponível em: <http://www.federativo.bndes.gov.br>.

⁹⁴ Luiz Alberto Moniz Bandeira, *Brasil, Argentina e Estados Unidos: da Tríplice Aliança ao Mercosul 1870-2003*, p. 505.

- BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CANTARINO, Carolina. "Mercosul: novo parceiro, velhos problemas", in *Com Ciência*, n. 75, 10 abr. 2006. Disponível em: <http://www.comciencia.br>.
- DALLARI, Pedro B. A. *Constituição e Tratados Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FERNANDES, Edson Carlos. *Paz Tributária Entre as Nações: Teoria da Aproximação Tributária na Formação de Blocos Econômicos*. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005
- GALINDO, Bruno. *Teoria Intercultural da Constituição: A transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Européia e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- GOMES, Juan Alberto Benitez. *Problemas Tributarios que Plantea el Mercosur*. Montevideo: Facultad de Derecho, Universidad de la Republica, 1993.
- GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (org.). *ALCA e Mercosul: riscos e oportunidades para o Brasil*. Brasília: IPRI, FUNAG, 1999.
- GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Quinhentos Anos de Periferia*. 3. ed. Porto Alegre/Rio de Janeiro: Ed. Universidade/UFRGS/Contraponto, 2001.
- MARIUZZO, Patrícia. "Alca: tão perto, tão longe", in *Com Ciência*, n. 75, 10 abr. 2006. Disponível em: <http://www.comciencia.br>.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Tributação no Mercosul*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1997
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. "The Critiques of the European Constitution", in *The Federal Trust for Education & Research*, Online Paper, n. 23, 2004.
- PIOVESAN, Flávia. "Reforma do judiciário e direitos humanos", in TAVARES, André Ramos, LENZA, Pedro e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. "Harmonização Tributária no Mercosul", in: *Revista Direito Mackenzie*, n. 2, ano 1. Disponível em: <http://www.mackenzie.br>.
- TAVARES, André Ramos. "Aspectos Tributários da Inserção do Brasil numa Comunidade Supra-Estatal", in: *VI Colóquio Internacional de Derecho Tributário*. Buenos Aires: La Ley, 2004.

- _____. *Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88: (Des)estruturando a Justiça: comentários completos à Emenda Constitucional n. 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- VENTURA, Deisy. *Las Asimetrías entre el Mercosur y la Unión Europea: los desafíos de una asociación interregional*. Montevideo: Konrad-Adenauer, 2005.
- XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.