

ROGER DE SOUZA VIEIRA PALOMARES

**A NECESSIDADE DE OUTORGA DE CARÁTER SUPRALEGAL AOS TRATADOS
DE DIREITO COMERCIAL**

**BRASÍLIA
2014**

ROGER DE SOUZA VIEIRA PALOMARES

**A NECESSIDADE DE OUTORGA DE CARÁTER SUPRALEGAL AOS TRATADOS
DE DIREITO COMERCIAL**

Monografia do curso de graduação em
Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas
e Sociais do Centro Universitário de Brasília
– UniCEUB.

Orientadora: Prof. Alice Rocha.

BRASÍLIA
2014

RESUMO

Diante de um cenário de intensificação nas relações comerciais, principalmente após a criação da Organização Mundial do Comércio e ao fortalecimento da imagem do Brasil como importante *player* no comércio internacional, não parece ser prudente, continuar conferindo aos tratados que versam sobre matérias atinentes ao comércio internacional o frágil *status* de que gozam as leis ordinárias. O Brasil é signatário da Convenção de Viena que preceitua a superioridade das normas internacionais sobre as normas de direito interno. Além disso, o Supremo Tribunal Federal concedeu aos tratados sobre direitos humanos *status* supralegal em razão de sua matéria. Ademais, o Código Tributário Nacional possui norma expressa pela concessão de caráter superior às leis, para os tratados que versem sobre matéria tributária, sendo, portanto, possível a concessão de *status* diferenciado a tratados sobre determinadas matérias. Esse deve ser o caso daqueles que versem sobre o comércio internacional, na medida em que gozam de coercibilidade, conferida por Organização Mundial, por intermédio do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional. Hierarquia. Supralegalidade. Tratados comerciais. Soberania. OMC.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 CONFLITO ENTRE SOBERANIA E TRATADOS	10
1.1 Mutabilidade do conceito de soberania	10
1.2 Conflito entre normas externas e internas - as duas correntes do Direito Internacional Público	14
1.3 Do entendimento do STF sobre a hierarquia dos Tratados Internacionais	17
1.4 Os tratados de Direitos Humanos e de Direito Tributário no âmbito do ordenamento jurídico interno.....	18
2 INFLUÊNCIA DA NORMAS INTERNACIONAIS SOBRE O DIREITO INTERNO	25
2.1 Relações comerciais e seus Tratados.....	25
2.2 A segurança jurídica das normas do Mercosul e sua relação com o direito brasileiro.	26
2.3 Da outorga de caráter supralegal na República Federativa Brasileira e da obrigatoriedade dos Tratados Internacionais.....	30
3 A NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE CARÁTER SUPRALEGAL AOS TRATADOS DE DIREITO COMERCIAL	34
3.1 Órgão de Solução de Conflitos da OMC.....	34
3.2 O Brasil na OMC	37
3.3 Benefícios da concessão de caráter supralegal aos tratados de direito comercial.....	41
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

Um dos principais problemas do Direito Internacional desde o seu surgimento é o conflito entre as normas de Direito Internacional e as normas de direito interno. Existem duas correntes doutrinárias clássicas que têm por objetivo conferir uma solução a esse conflito.

A primeira corrente é denominada monismo, criada por Hans Kelsen, defende a tese de que o direito tem uma única fonte jurídica internacional (norma hipotética fundamental)¹. Para essa corrente, na hipótese de haver conflito entre normas de direito interno e de direito internacional, deve-se verificar a prevalência utilizando-se os princípios gerais de direito, fazendo-se assim com que ora a norma internacional se sobreponha à norma interna, ora a interna seja a que deva prevalecer, inexistindo resposta única.

Já a segunda corrente, denominada de dualista², defende que existem dois planos, o ordenamento jurídico interno e o ordenamento jurídico internacional, dividindo seus seguidores em duas subcorrentes: aqueles que defendem a prevalência do direito interno sobre o internacional e aqueles que defendem que o Direito Internacional deve sempre prevalecer sobre o ordenamento jurídico interno dos países.

O Supremo Tribunal Federal – STF, em sua história, já se filiou às duas correntes, tendo inicialmente adotado o entendimento que o Direito Internacional deve prevalecer sobre o direito interno³.

No entanto, em 1977, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 80.004⁴, o Supremo Tribunal Federal mudou seu posicionamento e passou a entender que, quando houver conflito entre norma de direito interno e de Direito Internacional, deve prevalecer a norma mais recente, uma vez que esta expressaria a última vontade do

¹ LUPI, André Lipp Bastos. *Soberania, OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p 110.

² ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

³ Lição do Ministro Gilmar Mendes em seu voto proferido no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1/SP citando as Apelações Cíveis nº 9.587, de 1951 de relatoria do Minsitro Ozorimbo Nonato e 7.872, de 1943 de relatoria do Ministro Philadelpho Azevedo.

⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE 80.004. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque, Publicado no DJ em 29.12.1977.

legislador, já que, em última análise, para que um tratado passe a surtir efeitos no Brasil, mister se faz sua aprovação pelo Congresso Nacional⁵.

Já sob a vigência da Constituição Federal de 1988, a Emenda Constitucional nº 45/2004, permitiu que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, desde que tenham sido aprovados pelo rito previsto no texto constitucional para as Emendas à Constituição Federal, passarão a gozar do mesmo *status* das mesmas.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, em razão da Emenda Constitucional nº 45/2004 foi obrigado a se manifestar quanto ao conflito de norma anterior à referida emenda, e que por consequência, não foi submetida ao rito especial de aprovação das Emendas Constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal optou por conceder a esses tratados não um caráter constitucional, nem tampouco os equiparou às leis ordinárias, ante a sua relevância. Optou a Suprema Corte por, criando um novo nível na pirâmide normativa de Kelsen, conceder a esses tratados, um *status* superior às leis ordinárias, mas abaixo da Constituição Federal.

Aliás, essa solução em muito se assemelha ao entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, quando foi instado a se manifestar sobre a recepção pela Constituição Federal do artigo 98 do Código Tributário Nacional, que prevê um tratamento diferenciado aos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil quando envolver matéria tributária⁶.

Ambos os julgados demonstram a crescente preocupação da Corte com a valorização dos compromissos assumidos pela República Federativa do Brasil, face à comunidade internacional, seja por meio de acordos bilaterais, multilaterais ou de sua participação como voz, cada vez mais ativa nos organismos multilaterais.

⁵ Afirmação feita pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto proferido no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1/SP. Relator: Ministro César Peluso. Publicado no DJe em 05/06/2009.

⁶ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 229.096/RS. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Publicado no DJE em 11/04/2008.

A preocupação com a preservação dos acordos firmados em áreas sensíveis como direitos humanos e direito tributário deve ser estendida também aos tratados que versam sobre direito comercial.

Isso porque o Brasil, como a sétima maior economia do mundo⁷ e integrante de importantes grupos como os BRICs (grupo formado por Brasil, Índia e China) e o IBAS (Índia, Brasil e África do Sul), tem no comércio internacional, não só boa parte de suas riquezas, haja vista o grau de importância que a balança comercial, influenciada principalmente pela exportação de bens agrícolas, possui no desempenho da economia nacional, mas também pelo papel de importante *player* político que o país assumiu na última década perante a comunidade internacional, tendo culminado, inclusive, com a eleição do Embaixador Roberto Azevêdo para o cargo de Diretor Geral da Organização Mundial do Comércio – OMC, o mais importante organismo multilateral que regula as relações comerciais mundiais.

A Organização Mundial do Comércio – OMC possui em sua estrutura um já consolidado Órgão de Solução de Conflitos, que tem como fim precípua a conciliação entre as partes litigantes, e que, caso não obtenha sucesso, pode instaurar um processo formal o qual pode resultar na concessão de autorização para que o país que tenha sido prejudicado por uma prática comercial de outro participante da organização, que fira as regras impostas para o comércio internacional, aplique retaliações de ordem econômica contra o país infrator.

O fato de ter sido criado no âmbito da OMC um organismo com poderes, inclusive, para autorizar retaliações, que tem o condão de gerar prejuízo financeiro para o país responsável pela infração às normas de direito comercial internacional, confere aos tratados versando sobre essas normas um grau diferenciado de coercibilidade, diferenciando-as das demais normas de direito internacional, que, conforme doutrina clássica, possuem apenas um caráter moral⁸.

⁷ Banco Mundial. *Gross domestic product 2012*. Disponível em <http://databank.worldbank.org/data/download/GDP.pdf>. Acesso em 31.03.2014.

⁸ JÚNIOR, José Roberto do Amaral. *Manual do Candidato: Noções de direito e direito internacional*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008.

O comércio exterior possui um papel extremamente relevante para o desempenho da economia brasileira. Tendo isso em mente e percebendo-se a relevância adquirida pelo Brasil no cenário internacional, além dos prejuízos (até mesmo de ordem financeira) advindos do descumprimento das normas de comércio internacional, mostra-se razoável a concessão de um *status* diferenciado a esses tratados. Isso porque segundo o entendimento adotado atualmente pelo país, podem ser alterados por edição de norma de caráter ordinário pelo legislador.

Tendo em vista que o tema deste trabalho envolve grande carga conceitual e principiológica, será necessária uma pesquisa bibliográfica ampla acerca de conceitos fundamentais que deverão ser compreendidos para uma fundamentação robusta. Também será necessária uma pesquisa quanto ao entendimento da jurisprudência do STF acerca da aplicabilidade dos conceitos envolvidos nessa pesquisa.

Será feita uma análise de direito comparado para que se possa compreender como o tema é tratado pelos principais atores das relações internacionais, bem como dos nossos parceiros mais próximos, os membros do Mercosul.

Para que se compreendam os fatores políticos e as relações de poder que contribuíram, e continuam contribuindo para a criação e o desenvolvimento do direito internacional, uma vez que, notadamente, as relações de poder são um dos elementos sempre levados em consideração, apesar de em vezes não serem determinantes nos julgamentos de casos envolvendo os sujeitos de direito internacional.

Será necessária também a análise do conjunto normativo brasileiro, principalmente o de caráter constitucional, para que se demonstre a real possibilidade de realização de uma emenda constitucional para dar aos tratados assinados pelo país um tratamento diferenciado em relação à legislação ordinária, assim como é feito com os tratados sobre direitos humanos e os tratados que versem sobre direito tributário, conforme dispõe o art. 98 do CTN.

A metodologia de pesquisa escolhida é a dogmática, uma vez que se trata de analisar a instrumentalização das práticas jurídicas, mais precisamente, qual norma, e como se aplicar no caso de um conflito de normas de direito interno e de direito internacional.

O trabalho tem como objeto a análise da possibilidade de se alçar ao status supralegal norma internacional recepcionada pelo país, que para tanto será necessária uma análise das discussões principiológicas travadas pela doutrina e pela jurisprudência em se tratando de direito constitucional e direito internacional

O tipo de pesquisa a ser utilizado será a bibliográfica, utilizando-se de livros, pareceres proferidos por renomados juristas da área e acórdãos proferidos pelo STF em análise de casos envolvendo a delimitação temática do presente trabalho.

O marco teórico para o presente trabalho é a possibilidade de concessão de caráter supralegal aos tratados trazido pelo Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento do RE 466.343.

“Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.”⁹

⁹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343-1/SP. Relator: Ministro César Peluso. Publicado no DJe nº 104 em 05/06/2009.

1 CONFLITO ENTRE SOBERANIA E TRATADOS

Para que se verifique a possibilidade de concessão de caráter supralegal aos tratados que versam sobre normas de direito comercial, é necessário se analisar a existência (ou não) de conflito entre o conceito de soberania, base para a existência dos Estados modernos, e as normas de direito internacional, uma vez que essas são decorrentes de acordos bilaterais ou impostas por organismos multilaterais aos quais o Estado Nacional tenha se vinculado.

1.1 Mutabilidade do conceito de soberania

O ponto de partida para se analisar a interação entre a ordem jurídica interna e a internacional é um estudo sobre o conceito de soberania, pois tendo a noção do conceito e do alcance da soberania, a tarefa de determinar até onde vai o direito interno e o direito internacional se torna menos penosa.

Conforme entendimento de diversos doutrinadores¹⁰, o alcance do conceito de soberania vem sendo alterado na medida em que se desenvolvem as relações entre os países, sendo cada vez mais relativizado visando proporcionar um maior grau de integração entre as nações.

O conceito e o alcance da soberania vêm sendo discutidos e alterados ao longo da história. Conforme a lição do sociólogo Demétrio Martinelli Magnoli¹¹, em obra sobre a Teoria e a História das Relações Internacionais, a noção de soberania na modernidade teve seu nascimento com as monarquias renascentistas. A noção renascentista de soberania fundava-se na fusão da esfera pública e da esfera privada na figura do monarca.

Essa confusão de esferas só teve fim a partir da criação do Estado Nação, que ocorreu na Inglaterra com uma lenta e gradual subordinação do monarca

¹⁰ CASELLA, Paulo Borba. *Mercosul exigências e expectativas: integração e consolidação do espaço econômico*. São Paulo: LTr, 1995. p. 207.

VENTURA, Deyse de Freitas Lima. *A ordem jurídica do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1996. p. 94

¹¹ MAGNOLI, Demétrio Martinelli. *Relações Internacionais: Teoria e História*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 187.

ao Parlamento, diferente do ocorrido na França, que passou, nas palavras de MAGNOLI¹², por uma erupção revolucionária que destruiu os fundamentos do poder real e instaurou a soberania popular.

Na história moderna, mais precisamente após a Segunda Guerra Mundial, as relações internacionais têm se desenvolvido de forma exponencial, fazendo com que os Estados (principais atores do Direito Internacional) interajam entre si, seja por meio de tratados bilaterais, seja por meio de acordos multilaterais.

O Brasil tornou-se um importante *player* e vem buscando a liderança regional, por intermédio do Mercosul – Mercado Comum do Sul, utilizando-o como instrumento de forma de coordenação para que seus membros adquiram maior grau de competitividade perante o mercado internacional.

No entanto, essa coordenação exige que os países membros atendam não apenas aos seus próprios interesses, mas também aos interesses de seus parceiros no bloco econômico.

Isso, em tese, esbarra no princípio da soberania, que no caso do Brasil é previsto já no inciso I do art. 1º da Constituição Federal¹³, conforme observado por, Celso Duvivier de Albuquerque Mello¹⁴, em seu livro “Direito Constitucional Internacional”, *in verbis*:

“Pode-se observar que nossa constituição consagra uma das antinomias da ordem internacional: a soberania e a cooperação internacional vez que esta só se realiza as expensas daquela.”

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;”

¹² MAGNOLI, Demétrio Martinelli. *Relações Internacionais: Teoria e História*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 187.

¹³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 2013. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessada em 31/03/2014.

¹⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 121.

Continuando sua análise do conceito de soberania segundo a Constituição Federal de 1988, MELLO¹⁵ diz que, atualmente, a soberania tende a existir como um conceito formal, sendo seu conteúdo cada vez menor em face da crescente internacionalização da vida econômica, social e cultural. Reforça o autor que as relações que visam à integração econômica são as que mais restringem a noção de soberania.

Ainda sobre o conceito de soberania, segundo o entendimento, Deyse de Freitas Lima Ventura¹⁶ a soberania é apresentada como natural obstáculo jurídico à integração econômica. Segundo os ensinamentos da autora, tal instituto jurídico envolve o cumprimento das cláusulas que fazem repercutir na ordem interna as decisões tomadas pelas práticas internacionais, ou seja, ao contrário do que se possa pensar, o cumprimento dos acordos internacionais não fere a soberania, mas se caracteriza como uma faceta dela.

Flávio Augusto Saraiva Straus¹⁷ escreveu livros sobre Soberania Popular e sobre a integração latino-americana em face da soberania com perspectiva constitucional, concluindo que soberania é um instituto complexo, com diferentes facetas, não sendo possível uma conceituação exata.

Da mesma forma, Paulo Borba Casella¹⁸, na mesma linha de Straus, ao tratar do conceito de soberania, enfatiza a questão da mutabilidade conceitual, afastando-se da ideia de dogma jurídico, haja vista a sua adaptabilidade de acordo com os objetivos os quais se deseja alcançar.

No plano internacional, portanto, o conceito de soberania deve ser visto de acordo com sua necessidade e utilidade, permitindo-se delimitar esferas distintas de competências legislativas, jurisdicionais e administrativas entre a ordem jurídica interna e o ordenamento supranacional.

¹⁵ MELLO, Celso de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994 p. 122.

¹⁶ VENTURA, Deyse de Freitas Lima. *A ordem jurídica do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 1996. p. 94

¹⁷ STRAUS, Flávio Augusto Saraiva. *Soberania e integração latino-americana: uma perspectiva constitucional do Mercosul*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

¹⁸ CASELLA, Paulo Borba. *Mercosul exigências e expectativas: integração e consolidação do espaço econômico*. São Paulo: Editora LTr, 1995. p. 207.

STRAUS¹⁹ defende que a adesão do país a organismos de cooperação internacional não gera uma perda de soberania, que, se entendida em sua forma absoluta, inviabilizaria qualquer tipo de interação entre os entes da comunidade internacional.

Segundo seus ensinamentos, ao se aplicar ao conceito de soberania um entendimento mais flexível de forma a possibilitar a interação entre as ordens jurídicas nacionais e a ordem supranacional, não haveria apenas perdas para o Estado, mas também traria consideráveis ganhos, uma vez que, a sua participação como Estado-Membro, possibilitaria o exercício de influência sobre os demais, já que abriria a possibilidade de colocação como interlocutor em relação aos outros países participantes dessa mesma organização.

Portanto, no que se refere ao conceito de soberania para os Estados integrantes de empreitadas de integração econômica ou sua participação em organização política de caráter universal, nos moldes da Organização das Nações Unidas ou uma de suas agências especializadas, por exemplo, parece mais razoável falar-se em restrição ao exercício dessa soberania, ao invés de se referir à sua quebra.

Mirtô Fraga²⁰, quando trata da soberania, chama a atenção para o fato de que a soberania não acarreta apenas direitos, mas também deveres e obrigações para os Estados no âmbito internacional, sendo a obrigatoriedade dos tratados internacionais decorrência do *pacta sunt servanda* (o contrato faz lei entre as partes) constituindo-se em elemento essencial para a segurança jurídica em nível internacional.

Na realidade, a adesão do Estado a um organismo internacional, nada mais é do que um ato de soberania, mediante o qual o Estado, se sujeita às regras da organização internacional em troca de benefícios auferidos por meio de um aumento nas trocas comerciais.

¹⁹ STRAUS, Flávio Augusto Saraiva. *Soberania e integração latino-americana: uma perspectiva constitucional do Mercosul*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

²⁰ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

No entanto, o Estado continua detentor da soberania, uma vez que, se já não mais tiver interesse em se submeter às regras de determinado tratado ou organização, pode se retirar por ato unilateral.

Tem-se, portanto que, mesmo que em um primeiro momento, a assinatura de um tratado no qual o país se submete a uma organização possa parecer uma perda da soberania, na verdade não o é, pois este ato representa, na verdade, um exercício da soberania pelo Estado.

Portanto, é possível concluir que o conceito de soberania permanece inalterado, tendo sido apenas o seu alcance modificado, possibilitando aos países membros da comunidade internacional, um considerável nível de interação, sem que, contudo, estejam abrindo mão de sua soberania.

1.2 Conflito entre normas externas e internas - as duas correntes do Direito Internacional Público

Um dos debates que perduram desde o nascimento do Direito Internacional Público, versa sobre qual ordenamento jurídico deve prevalecer quando houver o conflito entre a norma interna de um Estado e a norma decorrente de tratado ao qual ele tenha se obrigado perante a comunidade internacional.

Segundo Fraga²¹, existem duas correntes clássicas para resolver esse dilema. A saber, a primeira corrente defende que a eficácia das normas, as quais o Estado se compromete no âmbito internacional, depende de sua compatibilidade com sua Constituição Federal.

Já para a segunda corrente, a norma internacional deve prevalecer sobre a norma interna, uma vez que, não sendo compulsória a adesão do Estado a um tratado internacional, a realização de sua adesão de forma voluntária é ato que configura o exercício da sua soberania, conforme tratado no tópico de mutabilidade da soberania (1.1).

²¹ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

Fraga²² chama atenção, ainda, para o fato de que tanto a Convenção de Viena quanto a Carta da Organização das Nações Unidas, se manifestaram sobre a regra aplicável no caso de conflito entre normas do ordenamento jurídico interno e do internacional ao qual o Estado tenha se vinculado de forma voluntária.

Conforme demonstrado pela doutrinadora, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados²³, em vários artigos, se refere ao direito interno do Estado. O artigo 27, por exemplo, preceitua que:

“uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o inadimplemento de um tratado”.

Já em seu artigo 42, *in verbis*, fazendo remissão ao artigo 27, trata da validade e vigência dos tratados.

“Validade e Vigência de Tratados

1. A validade de um tratado ou do consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado só pode ser contestada mediante a aplicação da presente Convenção.

2. A extinção de um tratado, sua denúncia ou a retirada de uma das partes só poderá ocorrer em virtude da aplicação das disposições do tratado ou da presente Convenção. A mesma regra aplica-se à suspensão da execução de um tratado.”

O referido artigo estabeleceu que a validade de um tratado ou do consentimento de um Estado a abrigar-se por ele, só poderá ser impugnada em virtude de aplicação da própria convenção. E mais: a terminação, a denúncia ou retirada de uma parte de um tratado só poderá ocorrer na forma prevista no texto da referida convenção.

Fraga²⁴ prossegue a explanação afirmando que a corrente internacionalista busca minimizar a influência das disposições constitucionais, uma vez

²² FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

²³ Brasil. Ministério das Relações Exteriores. *Convenção de Viena sobre o Direito dos tratados*. 2014. Disponível em: < <http://dai-mre.serpro.gov.br/clientes/dai/dai/legislacao/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1>>

que os Estados se preocupariam apenas com as partes contratantes, cabendo a cada membro a incumbência da análise da compatibilidade com seu ordenamento interno, importando aos signatários, tão somente, a manifestação de vontade do Estado que adere ao tratado.

A corrente internacionalista fundamenta seu entendimento no fato de ser, em regra, o Chefe de Estado ou pessoa por ele designada, quem detém o poder de representação do Estado perante a comunidade internacional, sendo que o tratado que por ele foi concluído, ainda terá que seguir determinadas formalidades (de acordo com cada país) para obtenção da aprovação do Parlamento e, só então, passará a ter caráter obrigatório para aquele Estado contratante.

Hildebrando Accioly²⁵, diplomata e jurista brasileiro, citando Kelsen, afirma existir um primado incontestável do dever sobre o direito, complementando que as normas de direito internacional impõem deveres aos Estados, e por consequência, direitos para os outros Estados. Acrescenta ainda, que, sendo corretamente formulados os deveres, passará a ser supérflua a formulação do direito.

Continuando seus ensinamentos, Accioly²⁶ afirma que ao se tratar do ordenamento jurídico internacional, no qual a vontade das partes adquire um papel primordial, refletir sobre o ato jurídico ganha um sobrepeso, uma vez que se voltará para a análise dos instrumentos que permitem o caráter criador e de produção de efeitos jurídicos da vontade dos sujeitos de direito internacional.

Assevera ainda que, para que haja a possibilidade de criação de norma vinculante, é fundamental considerar a intenção do sujeito de vincular-se por essa declaração, possibilitando assim, sua caracterização como compromisso jurídico.

Accioly²⁷, ao comentar sobre o artigo 53 da Convenção de Viena, abaixo transcrito, registra que, por meio desse instrumento, houve o reconhecimento da norma imperativa no direito internacional (*jus cogens*), como a norma reconhecida e aceita no

²⁴ FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

²⁵ ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁶ ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁷ ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

meio da comunidade internacional e, tendo como principal consequência, a proibição de qualquer derrogação, sendo sua modificação somente permitida por meio de outra norma de Direito Internacional. Veja-se:

“Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (jus cogens)”

“É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.”

No âmbito do Direito Internacional, conforme lição de Accioly²⁸, a intervenção é a ingerência de um Estado nos negócios peculiares, sejam estes internos ou externos, de outro Estado soberano a fim de lhe impor sua vontade.

Esse é o conceito clássico, porém, uma nova faceta, que gera debates, questiona se as medidas tomadas por uma organização internacional podem ou não ser enquadradas como intervenção, já que a participação dos Estados nessas organizações ocorre por meio de um ato de expressão de vontade.

Os atos de órgãos do estado, quando se opõem ao direito internacional, implicam em responsabilidade internacional, ainda que o descumprimento tenha como base o direito interno do Estado, conforme codificado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

1.3 Do entendimento do STF sobre a hierarquia dos Tratados Internacionais

O Supremo Tribunal Federal, ao longo de sua história, já adotou as duas correntes, tendo primeiramente se filiado à corrente que defende a supremacia da norma internacional, e, posteriormente, em 1977, modificou seu posicionamento no

²⁸ ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

juízo do Recurso Extraordinário nº 80.004²⁹, que após dois anos de julgamento, marcou uma mudança para a primazia do direito interno.

É possível verificar em julgamentos recentes uma mudança de posicionamento do STF no sentido da adesão ao dualismo moderado, dando-se a alguns tratados internacionais, caráter diferenciado em relação ao ordenamento pátrio, conforme se verifica por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP³⁰, no qual o Supremo deu aos tratados internacionais, que não tenham sido aprovados segundo o rito das emendas constitucionais, um caráter superior às leis, mas sempre abaixo da Constituição Federal, que continua a ser a lei suprema do país.

Interessante também o posicionamento do STF no RE 229.096-0/RS³¹, que acolheu a recepção do artigo 98 do Decreto-Lei 406/68 (Código Tributário Nacional - CTN) pela Constituição de 1988, uma vez que o referido dispositivo confere aos tratados que versem sobre matéria tributária o poder de revogar a legislação anterior com eles conflitante, bem como sua necessária observação pela legislação posterior.

1.4 Os tratados de Direitos Humanos e de Direito Tributário no âmbito do ordenamento jurídico interno

A primeira linha de entendimento adotada pelo Supremo Tribunal Federal (nas décadas de 40 e 50), conforme assevera Reis³², filiava-se à teoria monista com primazia do Direito Internacional.

No entanto, é importante ter em mente que os tratados que levaram a Corte Suprema a esse entendimento versavam sobre direito tributário e foram firmados por meio de acordos bilaterais.

²⁹ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80.004. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque, Publicado no DJ em 29.12.1977.

³⁰ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343-1/SP. Relator Ministro César Peluzo. Publicado no DJE em 05/06/2009,

³¹ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 229.096/RS. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Publicado no DJE em 11/04/2008.

³² REIS, Márcio Monteiro. *Mercosul, União Européia e Constituição: A intergração dos Estados e os ordenamentos jurídicos nacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Em 1977, por ocasião do julgamento do RE 80.004³³, após quase dois anos de análise do caso, o Supremo Tribunal Federal alterou seu posicionamento e passou a adotar o monismo, porém de forma moderada, o mesmo entendimento adotado pela Corte norte-americana. Segundo essa doutrina, quando existente uma situação conflituosa entre a lei e o tratado internacional, o mais recente deve prevalecer³⁴.

Em recentes decisões, o Supremo Tribunal Federal tem se mostrado inclinado a mais uma mudança de posicionamento, o que pode ser verificado no caso do julgamento da ADIN 1.480-3³⁵ e da Carta Rogatória 8.279³⁶, ambos de relatoria do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, que demonstrou o entendimento de que o ordenamento jurídico brasileiro, em razão do processo necessário para que o tratado passe a surtir efeitos no território nacional adote caráter dualista moderado.

Ao analisar o RE 466.343-1/SP³⁷, relatado pelo Ministro César Peluso, interposto pelo Banco Bradesco S/A em face de Luciano Cardoso Santos, por meio do qual o recorrente se insurgiu contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no qual a Corte negou baseando-se no Pacto de San José da Costa Rica, a prisão de depositário infiel contrariamente ao disposto no Código Civil. A decisão do Supremo Tribunal Federal estabeleceu um novo marco quanto à hierarquização dos tratados internacionais no ordenamento jurídico pátrio, incluindo um novo nível hierárquico na pirâmide kelseniana.

Para se entender a conclusão a que a Corte Constitucional chegou, é necessário compreender a alteração no seu posicionamento ao longo dos tempos.

Em seu brilhante voto vista, o Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes analisa a mudança do posicionamento jurisprudencial ao longo do tempo, demonstrando que o

³³ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80.004. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque, Publicado no DJ em 29.12.1977.

³⁴ COUTO, Estêvão Ferreira. *A relação entre o interno e o internacional: concepções cambiantes de soberania, doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

³⁵ Supremo Tribunal Federal: ADI 1480-3. Relator: Ministro Celso de Mello: Publicado no DJ em 18/05/2001.

³⁶ Supremo Tribunal Federal. CR 8279. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado do DJ em 10/08/2000.

³⁷ Supremo Tribunal Federal. RE 466.343. Relator Ministro César Peluso. Publicado no DJE em 05/06/2009.

Tribunal oscilou entre as duas teorias sobre a aplicação do Direito Internacional face ao direito interno.

Conforme demonstrado pelo Ministro Gilmar Mendes, o STF adotou, por longo tempo, a tese da primazia do Direito Internacional sobre o direito interno, conforme se pode verificar nas Apelações Cíveis 9.587, de relatoria do Ministro Orombo Nonto e 7.872, de relatoria do Ministro Philadelpho Azevedo.

O Ministro Philadelpho Azevedo, quando do julgamento da Apelação Cível 7.872, ao analisar a questão da hierarquia entre os tratados e as normas de direito interno, fundamenta o entendimento da supremacia do tratado internacional sobre as normas de direito interno no caráter convencional dos tratados.

Já o Ministro Orombo Nonato, quando do julgamento da Apelação Cível 9.587, fazendo remissão às palavras proferidas pelo Ministro Philadelpho Azevedo quando do julgamento da apelação de sua relatoria, as complementa, concluindo com a afirmação de não ser possível a equiparação absoluta entre os tratados e as leis, uma vez que a edição de leis posteriores ao tratado teria o condão de revogá-lo pelo critério de lei posterior revoga lei anterior, não entendendo ele ser essa hipótese plausível sem que haja a renúncia expressa ao tratado.

O Ministro Gilmar Mendes, continua seu voto salientando que, o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, da qual o Brasil é signatário, prevê expressamente que os Estados não podem se eximir de cumprimento do tratado em razão de seu direito interno.

Continua o Ministro fazendo uma análise de direito comparado visando demonstrar que outras legislações, incluindo alguns de nossos vizinhos e parceiros do Mercosul dão um tratamento diferenciado para os tratados assinados pelos respectivos países diante do ordenamento jurídico interno. Cita como exemplo a Constituição da Alemanha, que em seu artigo 25, dispõe que as normas Gerais do Direito Internacional Público, constituem parte integrante do direito federal, prevalecendo sobre as leis e produzindo diretamente direitos e deveres para os habitantes daquele país, mesmo

tratamento dado pela Constituição da França, em seu artigo 55 e da Grécia, em seu artigo 28.

Nas palavras do Ministro, até o Reino Unido, país com um posicionamento historicamente conservador, vem reavaliando o impacto do Direito Internacional no seu ordenamento interno, não entendendo mais serem as leis formais aprovadas pelo parlamento dotadas de caráter absoluto.

Em seu voto, para justificar a possibilidade de se conferir a tratado internacional hierarquia superior à lei nacional, o Ministro Gilmar Mendes, sustenta que o procedimento adotado para que os tratados internacionais produzam efeitos no território nacional, os torna aptos a paralisar a eficácia das normas jurídicas que com ela colidam. Veja-se trecho do referido voto:

“Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916. Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.”

Conforme demonstrado, esse julgamento foi um marco, pois o STF inovou a pirâmide normativa de Kelsen, incluindo os tratados internacionais sobre Direitos Humanos, que não tenham sido aprovados pelo rito necessário para a aprovação das emendas constitucionais, em um nível superior ao das leis ordinárias, mas inferior à Constituição Federal, buscando com isso, preservar a supremacia do texto constitucional face ao ordenamento jurídico interno.

Frise-se que o rito para conferir *status* constitucional está previsto no parágrafo 3º do artigo 5º, da Carta Magna brasileira, *in verbis*:

*”§ 3º 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.”*³⁸

Em outra oportunidade, quando instado a se manifestar sobre a recepção do art. 98 da lei 5.172/66, conhecida como Código Tributário Nacional – CTN *in verbis*, acolheu a supranacionalidade:

“Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”

O dispositivo legal confere aos tratados internacionais assinados pela República Federativa do Brasil, o condão de revogar a legislação anterior que com eles se choquem e a obrigatoriedade de observação dos mesmos pela legislação superveniente, dando assim, um tratamento diferente do conferido a uma lei ordinária.

Quando do julgamento do Recurso Extraordinário 229.096-0/RS³⁹, relatado pelo Eminentíssimo Ministro Ilmar Galvão, no qual a Central Rio-grandense de Agro insumos se insurgiu contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que considerou o artigo 98 do Código Tributário Nacional não recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

³⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 2013. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessada em 31/03/2014.

³⁹ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 229.096/RS. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Publicado no DJE em 11/04/2008.

No referido recurso, discutiu-se a possibilidade da isenção pela República Federativa do Brasil de tributo de competência estadual (no caso, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) quando da assinatura de Tratados Internacionais.

O Supremo Tribunal Federal concluiu pela possibilidade de isenção, uma vez que a vedação disposta no art. 151, III da Constituição Federal, *in verbis*, se destina à União, como ente de direito público interno.

“Art. 151. É vedado à União:

...

III - instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.”

Trecho importante do voto proferido pelo Eminentíssimo Ministro Celso de Mello reconhece a possibilidade de que o Estado brasileiro, quando atuando na qualidade de pessoa jurídica de direito externo, pode gerar ordem normativa de dimensão nacional, ou seja, que produza os seus efeitos no território nacional, o que, no caso analisado pelo Supremo Tribunal Federal, ocorreu com o GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade* - Acordo Geral de Tarifas de Comércio – livre tradução do autor), acordo esse, que foi incorporado pela Organização Mundial do Comércio e continua com sua vigência até hoje. Veja-se o trecho citado:

“...torna-se possível constatar que a vedação constitucional em causa, fundada no art. 151, III, da Constituição, incide, unicamente, sobre a União Federal, enquanto pessoa jurídica de direito público interno, responsável, nessa específica condição, pela instauração de uma ordem normativa autônoma meramente parcial, inconfundível com a posição institucional soberana do Estado Federal brasileiro, que ostenta, esse sim, a qualidade de sujeito de direito internacional público e que constitui, no plano de nossa organização política, a expressão mesma, de uma comunidade jurídica global, investida do poder de gerar ordem normativa de dimensão nacional e total, essencialmente diversa, em autoridade, eficácia e aplicabilidade, daquela que se consubstancia nas leis e atos de caráter simplesmente federal”

Ambos os julgados, expressam o posicionamento do Supremo Tribunal Federal de que tratados internacionais sobre determinados temas relevantes, seja em razão de seu interesse para o Brasil, como ocorre no caso dos tratados que versam sobre matéria tributária, seja pela relevância do tema por eles abordado, o que ocorre no caso dos tratados que versam sobre direitos Humanos, que possuem relevância para a humanidade como o todo são recebidos pelo ordenamento jurídico gozando de um *status* diferenciado quando comparado ao das leis ordinárias.

Por essa razão, parece ser possível o entendimento de que os tratados versando sobre direito comercial, ante o iminente interesse econômico do país, também possam gozar de tratamento diferenciado face à legislação ordinária.

Importante se faz entender a dinâmica entre as normas de Direito Internacional e as de direito interno.

2 INFLUÊNCIA DA NORMAS INTERNACIONAIS SOBRE O DIREITO INTERNO

Outra questão fundamental para o estudo da utilidade e da possibilidade de concessão de caráter supralegal aos tratados que versam sobre matérias atinentes a direito comercial é o estudo dos efeitos que os tratados assinados perante a comunidade internacional podem gerar no ordenamento jurídico interno dos Estados, verificando, inclusive, que esses efeitos podem variar de acordo com a matéria sobre a qual versa o tratado.

2.1 Relações comerciais e seus Tratados

O primeiro acordo internacional visando regular as relações comerciais no âmbito internacional foi o GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), assinado em 1947, logo após a Segunda Guerra Mundial.

Segundo Lupi⁴⁰, em razão da Segunda Guerra Mundial, e do crescimento do socialismo, nasceu a necessidade de se criar uma ordem mundial mais calcada no Direito, em contraposição à ordem baseada nas relações de poder, até então existentes.

Esse movimento buscava, sobretudo, dar às relações internacionais um maior grau de previsibilidade, facilitando assim, o investimento empresarial em outros países.

Buscava-se também, a manutenção da paz, uma vez que algumas das razões para a eclosão da Segunda Guerra Mundial, foram crises econômicas sofridas por países europeus que adotaram uma política econômica protecionista, afastando assim, o fluxo de capitais estrangeiros.

Nesse contexto, segundo lição de Lupi⁴¹, se vislumbrava a criação de instituições internacionais que pudessem coordenar a cooperação entre os Estados,

⁴⁰ NASSER apud, ANDRÉ LUPI, Rabih Ali, *A liberalização do comércio internacional nas normas do GATT – OMC*, São Paulo, LTr,

⁴¹ ANDRÉ LUPI, *A liberalização do comércio internacional nas normas do GATT – OMC*, São Paulo, LTr,

evitando assim, guerras comerciais e a utilização da guerra como forma de solução de conflitos comerciais.

Dessa forma, surgiram a ONU (Organização das Nações Unidas), FMI (Fundo Monetário Internacional) e o GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) que contou originalmente com dezoito signatários até atingir cento e vinte e três firmatários em 1993.

O GATT, em 1995, quando da conclusão da sua oitava rodada de negociações (Rodada Uruguai), deu origem à OMC (Organização Mundial do Comércio), que conta hoje com cento e cinquenta e nove membros⁴², número esse que demonstra o crescimento expressivo da preocupação das nações em relação à regulamentação do comércio internacional.

Esse aumento no interesse global na regulamentação do comércio internacional, decorre de ser a regulamentação, o caminho para se alcançar a liberalização,

Portanto, o aumento das relações comerciais e dos tratados que as regulam ganham uma outra dimensão para a comunidade internacional, e, por conseguinte, para o Brasil, que tem no comércio internacional, um dos pilares de sua economia.

2.2 A segurança jurídica das normas do Mercosul e sua relação com o direito brasileiro.

O Mercosul foi inicialmente previsto pela Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 4º, parágrafo único, que inclui entre as diretrizes que devem guiar as relações internacionais do Brasil a busca pela integração no âmbito econômico, social e político tendo em vista a formação de uma comunidade latino-americana de nações⁴⁵.

⁴² Informação retirada do sitio (http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm) em 03/09/2013)

⁴⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessada em 31/03/2014.

O Mercosul é o primeiro passo na direção desse objetivo pois se trata de um bloco econômico formado entre Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai e Venezuela por meio do Tratado de Assunção, em 1991, que visa fortalecer os mercados de seus participantes por meio da integração visando acelerar seu crescimento mediante o aproveitamento de forma mais racional dos recursos dos países participantes com a coordenação das políticas macroeconômicas integrando os diversos setores da economia⁴⁶.

Para cumprir seus objetivos, o Mercosul tem por meta a criação de um Tribunal responsável pelo julgamento de conflitos entre os Estados-parte, bem como o estabelecimento de um Parlamento que produzirá a legislação aplicável no âmbito do mercado comum⁴⁷.

Não há que se falar, portanto, em soberania em seu conceito pleno, quando se está tratando de uma integração entre vários Estados, pois, como no caso do Mercosul, ao se falar de um mercado comum, não se pode depender somente das vias diplomáticas e arbitrais.

Assim, o compartilhamento da soberania importará na realização de um direito comunitário que alcance o objetivo de uniformizar as decisões no âmbito do Mercosul⁴⁸.

Em relação à natureza jurídica, as normas do Mercosul se enquadram em uma categoria particular de DIP, sendo classificadas como “direito internacional público regional” ou como “direito da integração”⁴⁹.

Como inspiração para o Mercosul, temos a União Europeia que teve sua primeira experiência, em 1951, com a criação da Comunidade do Carvão e do Aço, culminando com o Tratado de Roma, que criou tribunais com jurisdição supranacional em relação a temas específicos, a exemplo dos direitos humanos⁵⁰.

⁴⁶ SANTOS, Antônio Carlos Viana. MERCOSUL, Juarez de Oliveira, São Paulo, 2001. P. 1

⁴⁷ SANTOS, Antônio Carlos Viana. MERCOSUL, Juarez de Oliveira, São Paulo, 2001. P. 2

⁴⁸ SANTOS, Antônio Carlos Viana. MERCOSUL, Juarez de Oliveira, São Paulo, 2001. P. 2

⁴⁹ TRINDADE, Otávio Augusto Dummond Caçado, O Mercosul no direito brasileiro, Belo Horizonte Del Rey, 2007, p. 44

⁵⁰ SANTOS, Antônio Carlos Viana. MERCOSUL, Juarez de Oliveira, São Paulo, 2001. P. 2

As relações entre os integrantes da União Europeia baseiam-se na supranacionalidade, uma vez que existem valores comuns, poderes efetivos a serviço desses valores além de uma autonomia desses poderes em relação aos Estados partes. Por outro lado, o Mercosul é composto por países que possuem vozes dissonantes entre si, possuindo um caráter intergovernamental e não supranacional⁵¹.

Problema recorrente quando da criação de qualquer organização que tenha como objetivo integrar Estados independentes é o controle de legalidade, bem como a interpretação uniforme dos tratados e do direito comunitário⁵².

O Tratado de Paris instituiu o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia em 1952, transformando a nova corte em um órgão essencial para o sistema de integração, tendo sua sede em Estrasburgo, no caso do Tribunal que trata dos direitos humanos e em Luxemburgo⁵³.

No caso do Mercosul, o equivalente ao Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia é o Tribunal de Justiça do Acordo de Cartagena (1962), cujo objetivo é o controle da legalidade em um sistema que possua certa uniformidade dos tratados de integração⁵⁴.

Se não há um caráter supranacional nas relações estabelecidas entre os integrantes do bloco, como alcançar a segurança jurídica em relação às normas por todos estabelecidas?

Primeiramente, importante se faz conceituar segurança jurídica. Não existe um conceito uníssono na doutrina, mas para Pontes de Miranda⁵⁵ o conceito de segurança jurídica é:

“A segurança jurídica objetiva é aquela que significa *ordem* jurídica. Quando se refere à segurança que os indivíduos têm quanto à aquisição, modificação,

⁵¹ TRINDADE, Otávio Augusto Dummond Cançado, O Mercosul no direito brasileiro, Belo Horizonte Del Rey, 2007, p. 45

⁵² SANTOS *apud* Marotta Rangel, Solução Pacífica de Controvérsias no Mercosul, Estudo preliminar, AJURIS, edição especial, 1988.

⁵³ SANTOS, Antônio Carlos Viana. MERCOSUL, Juarez de Oliveira, São Paulo, 2001. P. 1

⁵⁴ SANTOS, Antônio Carlos Viana. MERCOSUL, Juarez de Oliveira, São Paulo, 2001. P. 1

⁵⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de, Tratado de direito privado. Tomo I. Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, p. 139.

eficácia e extinção dos direitos no tratamento com outras pessoas, está-se reportando à segurança jurídica subjetiva””

Dado ao já mencionado caráter intergovernamental do Mercosul, o Protocolo de Ouro Preto, prevê que para que uma norma possua vigência para o bloco, é necessário que os quatro países integrantes a internalizem⁵⁶, demonstrando assim, a concordância de seus poderes com a norma.

Em decorrência da dissonância entre as vontades de seus membros, há uma grande dificuldade de validade das normas estabelecidas pelo Mercosul, uma vez que dependerá de vontades políticas de poderes dos quatro membros, algo bastante difícil de acontecer, tanto que, mais da metade das normas estabelecidas no âmbito internacional não foram internalizadas por todos os seus membros, tendo como consequência, a criação de um certo ceticismo em relação ao bloco que emperra avanços mais expressivos⁵⁷.

Outro problema que afeta de forma expressiva a segurança jurídica das normas estabelecidas no âmbito do bloco, é a posição hierárquica ocupada por elas no ordenamento jurídico interno. No caso do Brasil, as normas estabelecidas no âmbito do Mercosul são incorporadas com status de lei ordinária, o que permite a sua alteração por um processo mais simplificado, possibilitando que maiorias políticas eventuais sobreponham a sua vontade à vontade expressada pelo país no âmbito internacional⁵⁸.

Esse problema seria solucionado concedendo-se às normas oriundas do Direito Internacional às quais a República Federativa do Brasil tenha manifestado expressa adesão um caráter diferenciado dentro do ordenamento jurídico interno, dando ao Brasil uma maior credibilidade no âmbito internacional, principalmente em relação aos acordos comerciais, já que investimentos de grandes somas de capital estrangeiro são altamente dependentes da credibilidade internacional do país.

⁵⁶ TRINDADE, Otávio Augusto Dummond Caçado, O Mercosul no direito brasileiro, Belo Horizonte Del Rey, 2007, p. 25

⁵⁷ TRINDADE, Otávio Augusto Dummond Caçado, O Mercosul no direito brasileiro, Belo Horizonte Del Rey, 2007, p. 27

⁵⁸ TRINDADE, Otávio Augusto Dummond Caçado, O Mercosul no direito brasileiro, Belo Horizonte Del Rey, 2007, p. 27

2.3 Da outorga de caráter supralegal na República Federativa Brasileira e da obrigatoriedade dos Tratados Internacionais

O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades se manifestou reconhecendo a possibilidade de serem os tratados internacionais obrigatoriamente observados pelas leis elaboradas posteriormente.

O caso mais recente e notório se deu no julgamento do RE 466.343-1 de relatoria do Ministro Cezar Peluso, no qual o Supremo deixou de dar validade ao disposto no Código Civil quanto à prisão do depositário infiel em razão do art. 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), *in verbis*:

“Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

...

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

Naquela oportunidade, entendeu a Corte que, mesmo os tratados versando sobre direitos humanos que tenham sido assinados antes da Emenda Constitucional 45/2004, deveriam gozar de um *status* diferenciado no nosso ordenamento jurídico em razão da importância da matéria por eles tratada.

Outra possibilidade de tratamento diferenciado se encontra na lei 5.872/66 (Código Tributário Nacional), que em seu artigo 98, prevê que os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e deverão ser observados pela legislação a eles posterior, gerando assim uma vinculação para o legislador quando da feitura de normas tributárias.

O referido dispositivo legal teve sua recepção pela Constituição Federal de 1988, questionada por meio do RE 229.096/RS, cuja ementa está abaixo transcrita, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão. Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela recepção do referido artigo, uma vez que não estaria caracterizada a isenção heterônoma vedada pela Carta Magna, já que, a referida vedação se direciona à União, pessoa jurídica de direito interno, não atingindo portanto os tratados assinados pelo Estado Brasileiro, pessoa jurídica de direito internacional,

que representa os interesses da República Federativa do Brasil perante a comunidade internacional.

“EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 DO ACORDO GERAL DE TARIFAS E COMÉRCIO. ISENÇÃO DE TRIBUTO ESTADUAL PREVISTA EM TRATADO INTERNACIONAL FIRMADO PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. ARTIGO 151, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ARTIGO 98 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ISENÇÃO HETERÔNOMA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A isenção de tributos estaduais prevista no Acordo Geral de Tarifas e Comércio para as mercadorias importadas dos países signatários quando o similar nacional tiver o mesmo benefício foi recepcionada pela Constituição da República de 1988. 2. O artigo 98 do Código Tributário Nacional "possui caráter nacional, com eficácia para a União, os Estados e os Municípios" (voto do eminente Ministro Ilmar Galvão). 3. No direito internacional apenas a República Federativa do Brasil tem competência para firmar tratados (art. 52, § 2º, da Constituição da República), dela não dispondo a União, os Estados-membros ou os Municípios. O Presidente da República não subscreve tratados como Chefe de Governo, mas como Chefe de Estado, o que descaracteriza a existência de uma isenção heterônoma, vedada pelo art. 151, inc. III, da Constituição. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 229096, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 16/08/2007, DJe-065 DIVULG 10-04-2008 PUBLIC 11-04-2008 EMENT VOL-02314-05 PP-00985 RTJ VOL-00204-02 PP-00858 RJTJRS v. 45, n. 275, 2010, p. 29-42) “

A convenção de Viena, de 1969, promulgada pelo decreto 7.030/2009, em seu art. 27, impossibilita a invocação do direito interno dos Estados como justificativa para o inadimplemento de um tratado.

“Artigo 27

Direito Interno e Observância de Tratados

Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46. “

Uma importante decisão tomada no âmbito internacional acerca do alcance das decisões tomadas nas organizações multilaterais foi a decisão tomada pela Corte Internacional de Justiça quando da análise de sua competência, concluindo que ela não se restringe à análise de casos envolvendo terceiras partes, como era o caso da população da ocupação pela África do Sul do território situado na atual Namíbia, que nem sequer Estado legalmente era⁵⁹.

“Request relates to a legal dispute actually pending between two or more States. It is not the purpose of the request to obtain the assistance of the Court in the exercise of the Security Council's functions relating to the pacific settlement of a dispute pending before it between two or more States. The request is put forward by a United Nations organ with reference to its own decisions and it seeks legal advice from the Court on the consequences and implications of these decisions. This objective is stressed by the preamble to the resolution requesting the opinion, in which the Security Council has stated “that an advisory opinion from the International Court of Justice would be useful for the Security Council in its further consideration of the question of Namibia and in furtherance of the objectives the Council is seeking”. It is worth recalling that in its Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, the Court stated: “The object of this request for an Opinion is to guide the United Nations in respect of its own action” (I.C.J. Reports 1951 p. 19).”

Alguns tratados que tem força impositiva para os Estados-membros, são os tratados constitutivos das organizações internacionais, que, em regra, impõem aos Estados que a elas aderirem, certas obrigações, geralmente de ordem procedimental.

Podem, também, os referidos tratados preverem que os Estados-membros se submeterão às recomendações ou convenções desta organização, a partir do encerramento da conferência na qual foram aprovadas⁶⁰.

Portanto, ante à adoção em diversos casos da teoria dualista com supremacia da esfera internacional sobre a esfera interna dos Estados, torna essencial conferir aos tratados ratificados pelo Brasil, um caráter diferenciado em nosso

⁵⁹ Conselho de Segurança das Nações Unidas. International Court Reports Disponível em <<http://www.icj-cij.org/docket/files/53/5595.pdf>> Acesso em 31.03.2014.

⁶⁰ REIS, Márcio Monteiro. *Mercosul, União Européia e Constituição: A intergração dos Estados e os ordenamentos jurídicos nacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ordenamento jurídico, de forma a conferir ao Brasil, maior grau de credibilidade perante a comunidade internacional.

Como será demonstrado a seguir, ao se conferir aos tratados que versem sobre matéria comercial um status diferenciado em relação ao ordenamento interno, mas sempre de acordo com a Constituição, o Brasil estará preservando suas relações comerciais, que possuem um elevado peso no desempenho da economia brasileira.

3 A NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE CARÁTER SUPRALEGAL AOS TRATADOS DE DIREITO COMERCIAL

Uma vez demonstrada a possibilidade jurídica de concessão de *status* diferenciado para os tratados sobre determinadas matérias, importante se faz verificar se no caso específico dos tratados de direito comercial, essa concessão se justifica em razão dos possíveis ganhos dela decorrentes.

3.1 Órgão de Solução de Conflitos da OMC

Além do caráter moral que o descumprimento de uma norma internacional pode acarretar para o país, no caso das normas de direito comercial, há uma organização formalmente instituída, a OMC, na condição de organização multilateral que possui poderes, não só de julgamento, mas também de aplicação de penalidades aos países que ferirem suas normas. A OMC é a organização com o sistema de resolução de controvérsias mais desenvolvido e mais eficiente que temos no direito internacional, dando às normas sobre direito comercial um acentuado grau de coercibilidade⁶².

A existência de um sistema de solução de controvérsias na OMC se mostra como um elemento fundamental para que se traga segurança e previsibilidade ao sistema multilateral de comércio, seja por meio da preservação dos direitos e obrigações das partes, seja para esclarecer dispositivos de acordos negociados, conforme as normas de interpretação previstas no direito internacional público⁶³.

A OMC possui em sua estrutura um Órgão de Solução de Conflitos - OSC, que após um procedimento pré determinado, pode, como forma de punição a um estado que descumpriu alguma de suas normas, permitir ao Estado que se sentiu ofendido e buscou o provimento jurisdicional, que retalie o país descumpridor, não necessariamente no mesmo setor onde a norma da OMC foi descumprida, mas em

⁶² JÚNIOR, José Roberto do Amaral. *Manual do Candidato: Noções de direito e direito internacional*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008.

⁶³ REIS p. 108

qualquer outro em que tenha potência econômico para compensar as perdas geradas pelo Estado descumpridor ao Estado que deu causa ao processo no OSC.

O poder da OMC resulta da possibilidade de legitimação pela organização para práticas retaliatórias pelos seus membros prejudicados pela violação de cláusulas com base na avaliação do seu Órgão de Solução de Conflitos⁶⁴.

Antes que se possa adotar qualquer decisão visando a repreensão a determinada prática de um Estado, é necessário que se observe o procedimento previsto para os *dispute settlements*, nome dado às disputas comerciais no âmbito do OSC.

O início do procedimento se dá com a formulação de consultas, dentro do prazo de trinta dias, para as partes envolvidas buscando o esclarecimento acerca da questão geradora do conflito, tendo, as partes, prazo de dez dias para respondê-las. Caso, dentro do prazo de sessenta dias, não se alcance a solução do conflito, a parte reclamante pode requerer o estabelecimento de um Painel.

Esse pedido deve ser feito na forma escrita e fundamentada indicando se houveram consultas e delimitando a controvérsia, fornecendo breve fundamentação legal do pedido⁶⁵.

Os Painéis deverão considerar as disposições dos acordos invocados pelas partes, sendo fundamental que os Painéis sejam compostos por pessoas qualificadas por terem exercido postos na OMC ou na área comercial de algum membro, ou mesmo sejam especialistas em comércio internacional.

Há a proibição expressa para que nacionais dos Estados partes participem dos Painéis, visando alcançar o máximo de imparcialidade possível⁶⁶.

Importante frisar, que os Painéis serão compostos por três a cinco membros, que atuarão em nome próprio, e não como representantes de seus países, sendo escolhidos pelas partes. No entanto, no caso de não haver acordo entre as

⁶⁴ GONÇALVES p.22

⁶⁵ JÚNIOR, José Roberto do Amaral. *Manual do Candidato: Noções de direito e direito internacional*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008.

⁶⁶ JÚNIOR, José Roberto do Amaral. *Manual do Candidato: Noções de direito e direito internacional*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008.

partes sobre a composição do Painel, essa incumbência passará a ser do Diretor Geral da OMC.

Todo membro da OMC que tenha interesse no assunto tratado pelo Painel e registre esse interesse no OSC poderá atuar na qualidade de terceiro interessado, podendo ser ouvido e apresentar manifestações por escrito⁶⁷.

Caso as partes não consigam chegar a uma solução por meio do Painel, este deverá apresentar um relatório escrito contendo suas conclusões para o OSC. O relatório deverá expor os fatos, a aplicabilidade e as disposições pertinentes bem como a fundamentação de suas decisões e recomendações⁶⁸.

É lícito aos Painéis buscar informações em quaisquer fontes que se mostrem relevantes, bem como a realização de consultas a peritos.

Caberá ao OSC adotar o relatório do Painel no prazo máximo de 60 dias, a não ser que uma das partes apelar, ou que, por consenso, o OSC decidir por não adotar o relatório⁶⁹.

Apenas após o relatório final é que as partes negociam os termos da retaliação, como por exemplo, qual o setor que deve ser atingido por ela, levando-se em consideração a importância para ambos os países, apenas a partir desse momento, é que a OMC autorizará a retaliação⁷⁰.

Fica claro, portanto, que há um procedimento muito bem determinado para aplicação de sanções no âmbito da OMC, não havendo, então, margem para questionamento acerca de sua legalidade ou legitimidade.

Pela análise do procedimento para aplicação de sanções pela OMC, é possível se concluir que, em primeiro lugar, a organização visa à composição entre as partes e, quando essa não se mostra possível, é assegurado ao país participação em

⁶⁷ JÚNIOR, José Roberto do Amaral. *Manual do Candidato*: Noções de direito e direito internacional. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008. p. 240

⁶⁸ JÚNIOR, José Roberto do Amaral. *Manual do Candidato*: Noções de direito e direito internacional. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008. p. 240

⁶⁹ JÚNIOR, José Roberto do Amaral. *Manual do Candidato*: Noções de direito e direito internacional. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008. p. 240

⁷⁰ JÚNIOR, José Roberto do Amaral. *Manual do Candidato*: Noções de direito e direito internacional. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008. p. 240

um processo com procedimentos previamente estabelecidos tendo inclusive as partes, a possibilidade de escolha daqueles que irão mediar o conflito.

3.2 O Brasil na OMC

Em uma pesquisa no site da Organização Mundial do Comércio - OMC⁷¹, é possível se verificar que desde 1996, até 2012, o Brasil esteve envolvido de forma direta, seja no papel de reclamante ou de reclamado, em 40 *Dispute Settlements – DS* no Órgão de Solução de Conflitos – OSC da OMC (26 como reclamante e 14 como reclamado). Para se ter uma idéia do que representam esses números, a China, hoje o maior *player* do comércio global, foi parte em apenas 42 DSs, sendo que em 11 deles atuou como reclamante e 31 como reclamada.

Ainda que se relativize o número de demandas nas quais a China esteve envolvida em razão do seu ingresso tardio na Organização Mundial do Comércio – OMC, que se deu apenas em 2005, é importante notar a proporção de vezes em que o Brasil assumiu posição de reclamante, sendo quase o dobro das ocasiões em que esteve como reclamado.

Os dois *players* que mais vezes estiveram envolvidos em conflitos no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, que são os Estados Unidos e a União Européia mantêm um certo equilíbrio entre o número de vezes em que se encontram em cada lado da disputa.

Os Estados Unidos estiveram envolvidos de forma direta em 226 DSs, sendo que em 106 delas foi a parte reclamante e nas outras 120, foi a parte reclamada. Já a União Européia, que se envolveu de forma direta em 163 DSs, foi reclamante em 89 deles e reclamada em 74.

Essa diferença na proporção, mostra a proatividade e a combatividade dos representantes Brasileiros junto à Organização Mundial do Comércio. Alguns desses casos foram marcantes na história do Comércio Internacional.

⁷¹ World Trade Organization. Disponível em http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm; Acesso em: 20/08/2013.

Um caso de alta representatividade para o país, foi o DS 250⁷², no qual o Brasil reclamou perante à Organização Mundial do Comércio de subsídios concedidos pelos Estados Unidos aos produtores de suco de laranja do estado da Flórida.

“On 20 March 2002, Brazil requested consultations with the US concerning the so-called “Equalizing Excise Tax” imposed by the State of Florida on processed orange and grapefruit products produced from citrus fruit grown outside the United States (Section 601.155 Florida Statutes). Brazil indicated that since 1970, the state of Florida had imposed, pursuant to section 601.155 of the Florida Statutes, an “equalizing excise tax” on processed orange and processed grapefruit products, in amounts determined by the Florida Department of Citrus. However, the statute by its terms — Section 601.155(5), Florida Statutes — exempted from the tax products “produced in whole or in part from citrus fruit grown within the United States.” In the view of Brazil the incidence of this tax on imported processed citrus products and not on domestic products on its face constituted a violation of Articles II:1(a), III.1 and III:2 of GATT 1994.

Brazil contended that the impact of the Florida equalizing excise tax had been to provide protection and support to domestic processed citrus products and to restrain the importation of processed citrus products into Florida. Since processed citrus products, principally in the form of frozen concentrated orange juice were among Brazil’s most significant exports to the United States, Brazil was of the view that the restraint on their importation by the State of Florida constituted a nullification and impairment of benefits accruing to Brazil under GATT 1994. Brazil reserved the right to raise additional factual or legal points related to the aforementioned measure during the course of consultations.

On 16 August 2002, Brazil requested the establishment of the panel.

At its meeting on 30 August 2002, the DSB deferred the establishment of a panel”

O referido *panel* foi encerrado após a realização de acordo entre as partes. Mas apesar de não ter representado uma vitória econômica para o país, representou uma grande vitória política, pois o Brasil enfrentou a maior potência econômica do mundo (naquele momento) e conseguiu se sagrar vencedor.

Esse *panel* demonstrou para a comunidade internacional que ter o maior poderio econômico, não necessariamente significaria que o país se sagraria vencedor das disputas, dando assim, à OMC um maior grau de legitimidade.

⁷² World Trade Organization. Disponível em (http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds250_e.htm), acessado em 20/08/2013)

No entanto, o Brasil não ocupou posição notória apenas como reclamante, mas também foi alvo de diversas reclamações, notadamente em relação a medidas adotadas visando favorecer as montadoras de veículos e a Embraer por meio de subsídios governamentais.

A Embraer foi motivo de 4 disputas (DS46, DS70, DS71, DS222) travadas entre o Brasil e o Canadá, que por sua vez, objetivava proteger sua representante na indústria aeronáutica, a Bombardier, todos eles versando sobre o mesmo tema, qual seja, a concessão de benefícios fiscais às empresas nacionais, conforme consta no relatório do DS 46⁷³.

“On 19 June 1996, Canada requested consultations with Brazil under Article 4 of the SCM Agreement, which provides for special procedures for export subsidies. Canada claimed that export subsidies granted under the Brazilian Programa de Financiamento às Exportações (PROEX) to foreign purchasers of Brazil’s Embraer aircraft are inconsistent with Articles 3, 27.4 and 27.5 of the SCM Agreement.

Canada requested the establishment of a panel on 16 September 1996, alleging violations of both the SCM Agreement and the GATT 1994. The DSB considered this request at its meeting on 27 September 1996. Due to Brazil’s objection to the establishment of a panel, Canada agreed to modify its request, limiting the scope of the request to the SCM Agreement. The modified request was submitted by Canada on 3 October 1996 but was subsequently withdrawn prior to a DSB meeting at which it was to be considered”

Já em relação ao tratamento conferido à indústria automobilística, o Brasil também foi parte em 4 disputas no âmbito da OMC (DS51, DS52, DS65, DS81), tendo como ponto em comum entre todas elas, a concessão pelo governo brasileiro de incentivos fiscais para a implantação de indústrias automobilísticas, a exemplo do ocorrido no DS 81⁷⁴.

“On 7 May 1997, the EC requested consultations with Brazil in respect of certain measures in the trade and investment sector implemented by Brazil, including in particular, Law No. 9440 of 14 March 1997, Law No. 9449 of 14 March 1997, and Decree No. 1987 of 20 August 1996. The EC contended that these measures violate Articles I:1 and III:4 of GATT 1994, Articles 3, 5 and 27.4 of the Subsidies Agreement, and Article 2 of

⁷³ World Trade Organization. Disponível em http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds46_e.htm, acessado em 20/08/2013

⁷⁴ World Trade Organization. Disponível em http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds81_e.htm, acessado em 20/08/2013

the TRIMs Agreement. The EC also claimed for nullification and impairment of benefits under both GATT 1994 and the Subsidies Agreement. See also WT/DS51, WT/DS52 and WT/DS65”

Conforme se pode verificar pela simples análise dos casos das indústrias aeronáuticas e automobilísticas, diga-se de passagem, responsáveis sozinhas, por 20% (vinte por cento) das disputas enfrentadas pelo Brasil no Órgão de Solução de Conflitos da Organização Mundial do Comércio, as disputas, em regra, são reações a leis derivadas de políticas de governo (que possui natureza passageira e mutável), que acabam por afetar a imagem do Estado Brasileiro (que tem natureza perene), tornando-se portanto, imperiosa a necessidade de observância pelo legislador ordinário, dos compromissos assumidos pelo Estado Brasileiro perante a comunidade internacional.

O mais recente caso envolvendo o Brasil na OMC é o DS 427 que tem a União Européia como reclamante.

Nesse DS, em síntese, o Brasil é denunciado por concessão discriminatória de benefícios ao setor automotivo (lei nº 12.715), ao setor de eletrônicos (lei nº 12.715) e das vantagens tributárias conferidas aos produtos originários de Zonas Francas.

Além da União Européia, Argentina, Japão e Estados Unidos já manifestaram interesse em ingressarem na disputa, demonstrando assim, a dimensão que um ato normativo em desacordo com a legislação internacional pode alcançar, pois os principais parceiros comerciais do Brasil se viram por ele afetados.

Ante a possibilidade de, em decorrência do DS 427 a OMC autorizar retaliações ao comércio brasileiro com seus principais parceiros, ficam mais uma vez evidentes os benefícios de concessão de caráter supralegal aos tratados versando sobre comércio.

3.3 Benefícios da concessão de caráter supralegal aos tratados de direito comercial

Uma vez prevalecendo o entendimento de que os tratados versando sobre normas de comércio internacional ao ingressarem no ordenamento jurídico brasileiro equiparam-se às leis ordinárias, podendo, portanto, seu conteúdo ser ferido pela edição de lei posterior que a ele se contraponha, opta-se por colocar o Brasil em uma posição de pouca credibilidade perante a comunidade internacional, uma vez que, dessa forma, um acordo firmado por um governante pode ser desrespeitado pelo seu sucessor, dificultando assim a captação de investimentos estrangeiros.

Atento à importância dos tratados que versem sobre questões atinentes ao comércio internacional e seus desdobramentos no âmbito interno, o legislativo brasileiro vem tentando criar ferramentas para que possa participar do processo de ratificação desses tratados.

Em projeto de Emenda à Constituição apresentado pelo, à época, Senador, senhor Roberto Requião, previa a alteração dos arts. 49 e 84, que enumeram, respectivamente as competências do Congresso Nacional e do Presidente da República, criando a obrigatoriedade de acompanhamento pelo congresso nacional, especificamente dos tratados que versem sobre matéria de direito comercial.⁷⁵

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

XVIII – Acompanhar as negociações realizadas pelo Poder Executivo dos atos, acordos, convênios e tratados que versem sobre matéria de comércio internacional, desde o seu início até o momento de sua conclusão, para assinatura entre o Brasil e os Países signatários.

Parágrafo único. O Congresso Nacional terá um prazo de até 30 dias para emissão de relatório autorizativo para assinatura dos atos, acordos, convênios e tratados referidos no inciso XVIII.

[...]

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

XXVIII – submeter ao Congresso Nacional, para o

⁷⁵ Disponível no site < <http://www.robertorequiao.com.br/pec-no-2011-que-preve-a-participacao-do-congresso-nacional-nas-negociacoes-de-atos-convenios-e-tratados/> > . Acesso em 31/03/2014.

acompanhamento de seu processo de elaboração até a fase de sua conclusão, para assinatura entre o Brasil e os Países signatários, os atos, acordos, convênios e tratados que versem sobre matéria de comércio internacional, desde o início de suas negociações.”

Na exposição de motivos, o parlamentar argumenta que, conforme cresce a importância do comércio multilateral em um mundo cada vez mais globalizado, se faz necessário que o parlamento, que nas suas palavras ecoa a vontade do povo, participe de forma mais ativa do processo de negociação dos tratados.

O parlamentar faz um paralelo com o direito norte-americano que, desde a sua origem, determinou que aos acordos comerciais devem ser acompanhados pelo congresso. A proposta visa submeter a assinatura do tratado pelo Presidente, à autorização pelo Congresso Nacional.

Além da iniciativa do Senador Roberto Requião, foi apresentada a Proposta de Emenda à Constituição nº 18/2003⁷⁶ pelo senador Aloizio Mercadante, por meio das quais, pretende também criar a obrigatoriedade de acompanhamento pelo legislativo de tratados versando sobre matéria coetermina que o mercial incluindo no rol de competências exclusivas do Congresso Nacional o seguinte texto:

“autorizar o Presidente da República a negociar acordos internacionais que impliquem redução de barreiras alfandegárias e não-alfandegárias a bens e serviços, modificações no regime jurídico dos investimentos externos ou alterações no marco legal referente à propriedade intelectual”

A Proposta de Emenda à Constituição nº 20/2003⁷⁷, também apresentada por Aloísio Mercadante, cria a necessidade de aprovação prévia pelo

⁷⁶ Disponível em <
<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=11/04/2003&paginaDireta=07163>>
. Acesso em 31/03/2014

⁷⁷ Disponível em <
<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=11/04/2003&paginaDireta=07168>>
. Acesso em 31/03/2014

Congresso Nacional dos Negociadores dos temas enumerados nas propostas anteriores.

O senador Eduardo Suplicy, por sua vez, é autor do Projeto de Lei do Senado nº 189⁷⁸, de 2003, já aprovado no Senado Federal e tramitando na Câmara dos Deputados. O Projeto de Lei, uma vez reconhecendo a relevância dos tratados que envolvam assuntos atinentes ao comércio internacional, visa estabelecer princípios a serem perseguidos quando da negociação dos referidos tratados, enumerando-os:

“ I – expandir mercados externos para a colocação de bens, a prestação de serviços, inclusive por meio da presença de pessoas físicas, e a realização de investimentos brasileiros; II – melhorar a posição competitiva do país, não só externa, mas também internamente; III – ampliar a capacidade dos setores produtivos do país para gerar empregos; IV – possibilitar, mediante o crescimento dinâmico das exportações, a adoção de uma política de importação de insumos, bens de capital e tecnologia necessários, em níveis compatíveis com a manutenção de altas taxas de crescimento da economia; V – modificar a composição da pauta de exportações para aumentar a participação de bens de mais alto valor agregado.”

A iniciativa dos membros do poder legislativo, demonstram a existência da percepção do alto grau de importância dos tratados assinados perante os organismos internacionais tratando sobre normas de comércio em escala global.

Não pode ser diferente, uma vez que, segundo dados apresentados pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior⁷⁹, o Brasil movimentou no ano de 2012, entre importações e exportações, o equivalente a US\$ 465 bilhões, sendo US\$ 242.8 bilhões, enquanto as importações movimentaram US\$ 223.1 bilhões, valor esse superior a 20% do Produto Interno Bruto – PIB do Brasil em 2012, que foi de 4.442,5 bilhões de reais⁸⁰.

⁷⁸ Disponível em:

<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=28/05/2003&paginaDireta=13200>. Acesso em 31/03/2014.

⁷⁹ Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio. Disponível em (http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1365787109.pdf), acessado em 02/09/2013

⁸⁰ Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio. Disponível em (http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1365787109.pdf), acessado em 02/09/2013

Dado o imenso peso do comércio internacional para o desenvolvimento do país, medida benéfica seria um tratamento privilegiado aos tratados versando sobre o tema, gerando nos potenciais investidores um sentimento de estabilidade legislativa e a segurança jurídica de que, após realizarem vultuosos investimentos no país, podem ser pegos de surpresa por uma repentina mudança na direção dos interesses governamentais.

Por todo o exposto, tendo-se em vista a mutabilidade do conceito de soberania, e o fato de que, ao firmar tratado internacional, o Estado estará, na verdade, exercendo-a, perspassando pela ideia da influencia das normas externas sobre as internas e toda a problemática do conflito entre elas, mister se faz a concessão de caráter supralegal aos tratados internacionais de direito comercial, pelos mesmos fundamentos que levaram ao reconhecimento de referido *status* aos tratados que versam sobre Direitos Humanos, após sua aprovação pelo rito das Emendas Constitucional, e os de Direito Tributário, conforme artigo 98 do CTN, dada a importância das relações comerciais internacionais para a Economia Brasileira.

CONCLUSÃO

O Estado Brasileiro já manifestou de forma expressa quando da edição do Decreto nº 7.030/2009, que representou a expressa concordância do legislador com os termos da Convenção de Viena de 1969 que em seu art. 27 proíbe aos países que a ratificarem, que invoquem normas de direito interno como justificativa para descumprimento de um tratado, concedendo dessa forma, aos tratados internacionais, especial relevância para o ordenamento jurídico brasileiro.

Outro marco legislativo importante é a Emenda Constitucional 45/2004, que admite a possibilidade de concessão de status de Emenda Constitucional aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, bastando que para tanto, sejam aprovados pelas duas casas do Congresso Nacional, em dois turnos, pelo quórum de maioria absoluta de cada casa. Trata-se de nova manifestação expressa do legislador em sentido contrário ao que tradicionalmente vem se adotando, de que os tratados ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como leis ordinárias.

Em decorrência dessa alteração legislativa tão substancial, chegou ao Supremo Tribunal Federal Questão versando sobre o conflito entre o Pacto de San José da Costa Rica, conhecido como Convenção Interamericana de Direitos Humanos e o Código Civil de 2002. Segundo o texto da convenção, a prisão do depositário infiel era proibida, já segundo a norma civil, era possível a prisão.

Se para resolver a controvérsia, o Supremo Tribunal Federal tivesse se valido das normas gerais de direito, a norma posterior teria prevalecido sobre a norma anterior, ou seja, a autorização do Código Civil teria prevalecido, pois este é de 2002 e o Pacto, de 1969, no entanto, não foi essa a decisão da Corte.

De forma surpreendente, seguindo uma sugestão do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal inovou a pirâmide normativa de Kelsen acrescentando um nível entre as leis e a Constituição, conferindo aos tratados de direitos humanos que não tenham sido submetidos ao rito necessário para aprovação das emendas constitucionais um *status* superior ao das leis, porém, ainda tendo que se submeter ao texto constitucional.

Esse tratamento diferenciado justifica-se em razão da importância que os direitos humanos vêm assumindo em escala mundial, principalmente após os crimes cometidos na Segunda Guerra Mundial.

Também recebem um tratamento diferenciado, os tratados internacionais que versam sobre matéria tributária, que conforme disposto no art. 98 do Código Tributário Nacional, “revogam a legislação tributária interna e devem ser observados pela legislação posterior”. Tratamento justificado em razão do elevado grau de importância que as operações aduaneiras adquiriram para a economia do Brasil.

Pela mesma razão, deveriam os tratados sobre matéria comercial ser alçados a um nível superior à legislação ordinária, de maneira a evitar que, o Brasil, que hoje se tornou um importante player no comércio internacional, seja submetido a desgastes políticos perante seus parceiros no comércio internacional ou até mesmo, sofra significativos prejuízos em razão da aplicação de uma retaliação decorrente de processo na OMC.

Não há qualquer impedimento legal e há uma gradual evolução no entendimento jurisprudencial brasileiro de que não pode o Estado Brasileiro querer invocar a soberania em sua acepção clássica sob pena de não acompanhar o mundo em constante evolução, devendo, portanto, fortalecer sua posição perante a comunidade internacional, dificultando ao menos, que o legislador, ao sabor dos interesses políticos, faça o país descumprir tratado firmado em âmbito internacional pela simples edição de uma lei ordinária.

A eleição do Embaixador Roberto Azevedo para o cargo de Diretor Geral da Organização Mundial do Comércio foi o reconhecimento da relevância conquistada pelo país perante a comunidade internacional em relação ao comércio multilateral, muito em razão de duras disputas travadas e ganhas contra oponentes mais poderosos economicamente, como os Estados Unidos nas disputas contra os subsídios concedidos aos produtores de laranjas e algodão. Essas vitórias conferiram um alto grau de confiança no Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio.

No entanto, nem só de glórias vive o Brasil perante a comunidade internacional, de tempos em tempos, o país se vê na condição de infrator das normas do comércio mundial, sendo o caso mais recente a edição da Medida Provisória 540/2011 que majorou as alíquotas do IPI para os carros importados em até 30% (trinta por cento), gerando uma série de protestos formais dos países produtores afetados pela medida. Nesse caso em específico, por se tratar de uma Medida Provisória que teve seus efeitos limitados no tempo, o Brasil acabou não se tornando réu em um processo formal, mas foi alvo de muitas críticas.

Portanto, além de possível juridicamente, a concessão de um *status* acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição Federal, parece ser um caminho natural a ser seguido e, mais do que isso, é um importante instrumento para consolidação e expansão da importância política do Brasil para o comércio mundial.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Banco Mundial. *Gross domestic product 2012*. Disponível em <http://databank.worldbank.org/data/download/GDP.pdf>. Acesso em 31.03.2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 2013. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessada em 31/03/2014.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Convenção de Viena sobre o Direito dos tratados. 2014. Disponível em: < <http://dai-mre.serpro.gov.br/clientes/dai/dai/legislacao/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1>>

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio. Disponível em (http://www.desenvolvimento.gov.br//arquivos/dwnl_1365787109.pdf), acessado em 02/09/2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CR 8279. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado do DJ em 10/08/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 229.096/RS. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Publicado no DJE em 11/04/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343-1/SP. Relator Ministro César Peluzo. Publicado no DJE em 05/06/2009,

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80.004. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque, Publicado no DJ em 29.12.1977.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio. Disponível em (http://www.desenvolvimento.gov.br//arquivos/dwnl_1365787109.pdf), acessado em 02/09/2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal: ADI 1480-3. Relator: Ministro Celso de Mello: Publicado no DJ em 18/05/2001.

CASELLA, Paulo Borba. *Mercosul exigências e expectativas: integração e consolidação do espaço econômico*. São Paulo: LTr, 1995.

COUTO, Estêvão Ferreira. *A relação entre o interno e o internacional: concepções cambiantes de soberania, doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=11/04/2003&paginaDireta=07163>>. Acesso em 31/03/2014

<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=11/04/2003&paginaDireta=07168>>. Acesso em 31/03/2014

<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=28/05/2003&paginaDireta=13200>. Acesso em 31/03/2014.

<http://www.robertorequiao.com.br/pec-no-2011-que-preve-a-participacao-do-congresso-nacional-nas-negociacoes-de-atos-convenios-e-tratados/> . Acesso em 31/03/2014.

http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm

JÚNIOR, José Roberto do Amaral. *Manual do Candidato: Noções de direito e direito internacional*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008.

LUPI, André Lipp Bastos. *Soberania, OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

MAGNOLI, Demétrio Martinelli. *Relações Internacionais: Teoria e História*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de, Tratado de direito privado. Tomo I. Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, p.

OMC. World Trade Organization. Disponível em (http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds250_e.htm), acessado em 20/08/2013)

OMC. World Trade Organization. Disponível em (http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds46_e.htm), acessado em 20/08/2013

OMC. World Trade Organization. Disponível em (http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds81_e.htm), acessado em 20/08/2013

OMC. World Trade Organization. Disponível em

<http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm>; Acesso em: 20/08/2013.

ONU. Conselho de Segurança das Nações Unidas. International Court Reports

Disponível em <<http://www.icj-cij.org/docket/files/53/5595.pdf>> Acesso em 31.03.2014.

REIS, Márcio Monteiro. *Mercosul, União Européia e Constituição: A intergração dos Estados e os ordenamentos jurídicos nacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SANTOS *apud* Marotta Rangel, Solução Pacífica de Controvérsias no Mercosul, Estudo preliminar, AJURIS, edição especial, 1988.

SANTOS, Antônio Carlos Viana. *MERCOSUL*, Juarez de Oliveira, São Paulo, 2001.

STRAUS, Flávio Augusto Saraiva. *Soberania e integração latino-americana: uma perspectiva constitucional do Mercosul*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

TRINDADE, Otávio Augusto Dummond Cançado, *O Mercosul no direito brasileiro*, Belo Horizonte Del Rey, 2007,

VENTURA, Deyse de Freitas Lima. *A ordem jurídica do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1996.