

A recepção dos tratados internacionais no ordenamento brasileiro e o art. 98 do Código Tributário Nacional

Lenisa Prado de Matos*

Resumo

Este trabalho trata sobre a recepção dos tratados internacionais e o aparente problema do conflito entre os tratados e as normas internas brasileiras. Também se dispõe a analisar os processos julgados pela Suprema Corte que se tornaram paradigmas sobre o assunto. Completa o estudo com a apreciação do art. 98 do Código Tributário Nacional e sua pertinência temática.

Palavras-chave: Tratados internacionais. Normas internas. Precedentes. Artigo 98 do CTN.

Sumário

Introdução; 2. Fundamentos de direito internacional público; 3. Tratados internacionais no ordenamento jurídico e político brasileiro; 3.1. Expressão de consentimento; 3.2. Ratificação dos tratados; 3.3 Conflito entre tratados internacionais e normas internacionais; 4. Experiência internacional e brasileira; 5. A posição do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80.004/SE. Habeas Corpus 72.131-1/RJ. Recurso Extraordinário 349.703-1/RS; 6. O artigo 98 do Código Tributário Nacional; Conclusão; Referências bibliográficas.

Introdução

Um dos efeitos da globalização é, sem dúvida, o respeito dos diferentes países às mesmas regras, para que os mais diferentes players possam atuar no mercado comum, sem prioridades ou benefícios. É a finalidade maior dos tratados permitir a integração político-econômica entre os mais diversos países.

Nesse aspecto, o Direito Tributário Internacional atualmente representa um dos campos de maior avanço no contexto da globalização de mercados. Essa evolução é decorrente diretamente do fenômeno da regionalização e globalização dos mercados.

Assim, como nenhuma nação é uma ilha, e em razão do mercado global estar voltado a eliminar as barreiras alfandegárias entre os países economicamente atuantes, cada vez mais é essencial reconhecer a importância dos tratados internacionais voltados para o livre comércio. O aspecto tributário, nesse momento de inserção de mercados competitivos, está voltado à homogeneização das regras, através da coordenação das várias jurisdições, com a aproximação das suas legislações impositivas – dos tributos sobre a renda e o consumo¹, de modo a afastar uma nefasta competição fiscal entre os países.

Não obstante a realidade fática moderna, a própria Constituição Federal de 1988, no parágrafo único, do art. 4º, que trata sobre os princípios fundamentais, garante que “a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”. Da leitura desse dispositivo já é possível verificar a importância das convenções internacionais e dos tratados para o sistema jurídico brasileiro.

2. Fundamentos do direito internacional público

Com efeito, no contexto de resoluções internacionais e de países que se tornam signatários e submissos a tratados internacionais, se faz necessário entender qual a importância do Direito Internacional

¹ AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. Os Tratados Internacionais e o art. 98 do CTN, in *Tratados Internacionais na ordem jurídica brasileira*. Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (coord.); prefácio José Francisco Rezek. São Paulo: Lex Editora: Aduaneiras, 2005, páginas 72 a 79.

* Mestranda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP; Especialista em Direito Constitucional pelo IDP; Advogada.

Público enquanto instituto regulador das relações entre povos. Observa-se que o Direito Internacional Público, por si só, não é mantenedor das relações pacíficas entre os países, posto que a ele se subordinam países soberanos e independentes, e só reconhecem a existência de regras das quais optam por se submeter. Quem trata sobre o assunto com maestria é o Professor José Francisco Rezek, em seu curso elementar de Direito Internacional Público²:

Sistema jurídico autônomo, onde se ordenam as relações entre Estados soberanos, o direito internacional público – ou direito das gentes, no sentido de direito das nações – repousa sobre o consentimento. Os povos – assim compreendidas as comunidades nacionais, e acaso, ao sabor da história, conjuntos ou frações de tais comunidades – propendem, naturalmente, à autodeterminação. Organizam-se, tão cedo quando podem, sob a forma de Estados, e ingressam numa comunidade internacional carente de estrutura centralizada. Tais as circunstâncias, é compreensível que os Estados não se subordinem senão ao direito que livremente reconheceram ou construíram. O consentimento, com efeito, não é necessariamente criativo (como quando se trata de estabelecer uma norma sobre a exata extensão do mar territorial, ou de especificar o aspecto fiscal dos privilégios diplomáticos). Ele pode ser apenas perceptivo, qual se dá quando os Estados consentem em torno de normas que fluem inevitavelmente da pura razão humana, ou que se apoiam, em maior ou menor medida, num imperativo ético, parecendo imunes à prerrogativa estatal de manipulação.

É evidente, pois, a estrutura de mercado encontra uma forma de submeter o maior número de países aos mesmos preceitos. E esse mecanismo coercitivo encontrado pelo capitalismo é a retaliação econômica para as nações que não se comprometam da mesma forma. É exemplo Cuba, que durante várias décadas não participou da comunidade capitalista mundial, daí sua notável estagnação econômica e social.

² REZEK, J. Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2005, página 3.

3. Tratados internacionais no ordenamento jurídico e político brasileiro

Tomando de empréstimo a lição de Alexandre de Moraes³, “tratado internacional é o acordo entre dois ou mais sujeitos da comunidade internacional que se destina a produzir determinados efeitos jurídicos”. Vale observar que os tratados não somente se destinam a produzir efeitos jurídicos, mas sim fiscais e políticos, produzindo efeitos jurídicos, por vezes, e em última análise.

O Congresso Nacional poderá aprovar os tratados e atos internacionais mediante a edição de decreto legislativo, de acordo com o preceito inscrito no art. 49, I, da Constituição Federal de 1988, ato que dispensa sanção ou promulgação por parte do Presidente da República. O decreto legislativo, dessa forma, inclui a aprovação do Congresso Nacional ao tratado e ao mesmo tempo possui a autorização para a ratificação pelo Chefe do Executivo, através da publicação de decreto presidencial.

Como oportunamente salientou Alexandre de Moraes⁴, “ressalte-se que a edição do decreto legislativo, aprovando o tratado, não contém todavia uma ordem de execução do tratado no Território Nacional, uma vez que somente ao Presidente da República cabe decidir sobre sua ratificação”. É somente mediante a promulgação pelo Presidente da República que o tratado passa a ser ordem de execução, passando a ser aplicado de forma geral e obrigatória.

São três aspectos relevantes para a incorporação de um tratado internacional no ordenamento jurídico pátrio:

1º. Em razão do disposto no art. 84, VIII, da Constituição Federal de 1988, é de competência privativa do Presidente da República a celebração de tratados, atos e convenções internacionais;

2º. O art. 49, I, da Carta Magna dispõe que é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou

³ MORAES, Alexandre de. Tratados Internacionais na Constituição de 1988, in *Tratados Internacionais na ordem jurídica brasileira*. Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (coord.); prefácio José Francisco Rezek. São Paulo: Lex Editora: Aduaneiras, 2005, páginas 31 a 46.

⁴ Ob.cit.

compromissos gravosos ao patrimônio nacional. O pronunciamento do Congresso se efetivará através de aprovação de decreto legislativo, devidamente promulgado pelo Presidente do Senado Federal e a necessária publicação do ato;

3º. Edição de um decreto do Presidente da República promulgando o ato ou tratado internacional devidamente ratificado pelo Congresso. É nesse momento que o ato ou tratado celebrado adquire a executoriedade interna, podendo, inclusive, ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

E, nesse momento, cumpre observar que a doutrina e a jurisprudência contemporâneas são uníssonas ao propagar que, uma vez que podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, os tratados e os atos internacionais incorporados ao regime brasileiro estão em mesmo nível hierárquico que as normas infraconstitucionais. Porém, como veremos adiante, essa hierarquia nem sempre foi pacífica.

Evidente que por ser ato discricionário do Chefe do Executivo, e serem passíveis de correção pelo STF, não há de se falar em ofensa à soberania nacional. Para o Professor Hugo de Brito Machado⁵:

(...) os tratados internacionais não podem ser revogados por lei interna, devendo o Congresso Nacional, sob pena de infringir o princípio da moralidade, respeitar os tratados internacionais, alterando-os somente pela via própria e não por leis internas.

No entanto, em razão do contido no art. 98 do Código Tributário Nacional⁶, alguns juristas entendem que na esfera tributária, não houve por parte do legislador proteção a vontade soberana do povo, e sobre isso veremos a seguir.

3.1 Expressão de consentimento

É nesse momento em que se exterioriza a vontade das partes em aderir ao tratado ou ato internacional, nos termos de seu texto. Como em qualquer negócio jurídico, é a assinatura necessária dos signatários e, em consequências, das nações que representam. No

entanto, a mera assinatura do ato não implica eficácia imediata, como bem salientou Francisco Rezek⁷;

Não há, pois, perspectiva de ratificação ou de qualquer gesto confirmatório alternativo. O comprometimento se perfez, e o tratado tem condições de vigência imediata – a menos que, por conveniência das partes, preferam diferir a vigência por tempo certo.

Após a assinatura do documento, ainda para que lhe seja emprestada a vigência e eficácia necessária, ainda é indispensável um documento final que irá disciplinar a matéria nele contida.

3.2 Ratificação dos tratados

De acordo com o dicionário Aurélio⁸, ratificar significa “confirmar autenticamente, validar (o que foi feito ou prometido)”. Juridicamente ratificar é ato unilateral pelo qual a pessoa confirma o texto de um documento. Quando trata-se de ratificação de tratados internacionais, a melhor definição foi a do Ministro Rezek⁹, para quem é o “ato unilateral com que a pessoa jurídica de direito internacional, signatária de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se”. Assim, vê-se que é elemento constitutivo do ato a divulgação da vontade de aderir a uma corrente jurídica, no plano internacional. Ainda para Rezek são características da ratificação a competência, a discricionariedade e a irretratabilidade.

3.3 Conflito entre tratados internacionais e normas internacionais

Segunda a doutrina dualista, que teve como precursor Carl Heinrich Triepel na Alemanha, e Dionísio Anzilotti na Itália, “a ordem internacional e a ordem interna são duas ordens jurídicas que coexistem independentemente, não sendo passíveis de conflito entre si. Para que uma norma internacional possa valer na esfera interna é necessário que a mesma sofra um processo de recepção, transformando-se em regra jurídica interna. A partir daí, só é possível conflito entre

⁵ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 16 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, página 69.

⁶ Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.

⁷ Ob.cit.

⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. 3.ed. Curitiba: Positivo, 2003, página 1.701.

⁹ Ob.cit.

duas normas internas, a ser resolvido pelo tradicional mecanismo: *lex posterior derogat legi priori*¹⁰.

O monismo surgiu com Hans Kelsen. Segundo essa doutrina, existe apenas uma ordem jurídica, pelo que nega coexistirem duas ordens jurídicas distintas. Por isso, admite a possibilidade da ocorrência de conflitos entre normas internas e internacionais. “Daí”, acrescenta Grandino Rodas, a “possibilidade de duas espécies de monismo: um que afirma a supremacia do Direito Internacional e outro que propugna a primazia do Direito Interno”¹¹. O monismo kelseniano é o monismo radical, que prega o primado do Direito Internacional. Mas há, também, o monismo moderado, criado por Alfred Verdross, discípulo de Kelsen, “que sustenta que os juízes nacionais devem aplicar tanto o direito nacional quanto o internacional de acordo com a regra *lex posterior derogat legi priori*, aplicada pela jurisprudência americana e brasileira”¹².

No caso brasileiro, ainda que de forma não expressa, a Constituição deixa claro que os tratados aqui recepcionados estão sujeitos ao controle de constitucionalidade, da mesma forma que as leis infraconstitucionais. Visto isso, não é excessivo afirmar que o direito internacional, atuando em forma de tratado, só pode ser “concluído e incorporado depois de promovida a necessária reforma constitucional”¹³.

Concluo que não há possibilidade de conflito real entre tratados e a Constituição: existe somente um conflito temporário, que somente aguarda manifestação pertinente da Suprema Corte. Podemos, sim, vislumbrar conflitos entre normas infraconstitucionais e atos ou tratados internacionais. Para isso, tomo de empréstimo as palavras do Excelentíssimo Ministro Rezek:

Abstraída a constituição do Estado, sobrevive o problema da concorrência entre tratados e leis internas de estatura infraconstitucional. A solução, em países diversos, consiste em garantir a prevalência aos tratados. Noutros, entre os quais o Brasil contemporâneo, garante-se-lhes apenas um

tratamento paritário, tomadas como paradigma as leis nacionais e diplomas de grau equivalente.

Não se coloca em dúvida, em parte alguma, a prevalência dos tratados sobre leis internas anteriores à sua promulgação. Sua simples introdução no complexo normativo estatal faria operar, em favor dele, a regra *lex posterior derogat priori*. Mas a prevalência de que fala este tópico é a que tem indisfarçado valor hierárquico, garantido ao compromisso internacional plena vigência, apesar de leis posteriores que o contradigam.

4. Experiência internacional e brasileira

Com escopo em Luis Roberto Barroso¹⁴, a Constituição da maior parte dos países europeus contém regras sobre as relações entre o direito interno e o direito internacional, normalmente no sentido de considerar este último como parte integrante do primeiro¹⁵. Não assim, a Constituição da França é expressa no sentido da superioridade do direito internacional, bem como a da Holanda de 1983. A verdade, no entanto, é que a jurisprudência restritiva dos tribunais tende a neutralizar essa supremacia formal, salvo quanto ao direito comunitário europeu, que tem desfrutado de primazia sobre o direito interno.

A experiência norte-americana, ainda segundo Barroso, é um tanto paradoxal, posto que aos atos internacionais aprovados pelo Congresso são reconhecidos em nível de leis federais, de modo que o posterior prevalece sobre o anterior. Porém, na prática, o direito das gentes é frequentemente privilegiado, posto que somente são considerados derogados os atos internacionais quando for evidente a intenção do legislativo nesse sentido. Isso ocorre meramente por uma questão de deferência dos Tribunais ianques aos Tratados.

No Brasil não existe disposição constitucional a respeito do tema, o que tem suscitado diversas críticas. Não obstante, no que diz respeito ao conflito entre tratado internacional e norma interna

¹⁰ RODAS, João Grandino. A Constituinte e os Tratados Internacionais. Revista dos Tribunais, 624/43.

¹¹ Ob. cit.

¹² DOLINGER, Jacob. As soluções da Suprema Corte Brasileira para os conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: um exercício de ecletismo. Rev. Forense, 333/71.

¹³ REZEK, J. Francisco, ob. cit.

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, páginas 15 a 50.

¹⁵ Constituição da Áustria, de 1929, art. 9º; Constituição da Alemanha, de 1949, art. 25; Constituição da Itália, de 1947, art. 10.

infraconstitucional, a doutrina, como assinalamos pouco atrás, é amplamente majoritária no sentido do monismo jurídico, como primazia para o direito internacional. Por tal postulado, o tratado prevalece sobre o direito interno, de forma a alterar a lei anterior, mas não pode ser alterado por lei superveniente. Esse entendimento é positivado no art. 98 do Código Tributário Nacional.

5. A posição do Supremo Tribunal Federal

Recurso Extraordinário 80.004/ SE

No Brasil, a jurisprudência antiga era no sentido da primazia do direito internacional sobre o direito interno. No entanto, entre setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004/ SE, do qual resultou a seguinte ementa:

Lei uniforme sobre o cheque, adotada pela Convenção de Genebra. Aprovada essa Convenção pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna.

Restou assentado por maioria de votos a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano, deve ter sua prevalência garantida pela Justiça – não obstante as consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional.

A maioria valeu-se de precedentes do próprio Tribunal para dar como certa a introdução do pacto – no caso, a Lei uniforme de Genebra sobre letras de câmbio e notas promissórias – na ordem jurídica brasileira, desde sua promulgação. Reconheceu em seguida o conflito real entre o pacto e um diploma doméstico de nível igual ao das leis federais ordinárias – o Decreto-Lei 427/1969, posterior, em cerca de três anos, à promulgação daquele –, visto que a falta de registro da nota promissória, não admitida pelo texto de Genebra como causa de nulidade do título, vinha a sê-lo nos termos do decreto-lei. Entenderam as vozes majoritárias, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça

devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico.

O relator originário, Ministro Xavier de Albuquerque, sustentou, vencido, o primado do Direito Internacional. A maioria, entretanto, reconhecendo o conflito entre o tratado e a lei nacional, esta posterior àquele, garantiu a autoridade de lei nacional, mais recente, tendo em vista a paridade entre o tratado e a lei nacional. Os Ministros Cordeiro Guerra, Rodrigues Alckmin, Thompson Flores e Cunha Peixoto votaram no sentido de que, da mesma forma que o tratado posterior derroga a lei, também a lei posterior derroga tratado anterior, segundo a regra *lex posterior derogat legi priori*. O Ministro Antônio Neder, com base em argumentos diferentes, acompanhou a conclusão dos votos dos Ministros Peixoto, Guerra, Leitão, Alckmin e Flores. O voto mais importante foi do Ministro Leitão de Abreu, voto que, segundo Rezek, melhor equacionou a controvérsia. Segundo Leitão de Abreu, a lei posterior não revoga o tratado anterior, “mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis”, pelo que “voltará ele a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas”. Prevaleceu o entendimento de Leitão de Abreu.

Prosseguindo em seu artigo, o professor Carlos Mário da Silva Velloso¹⁶ cita a crítica elaborada por José Carlos de Magalhães¹⁷ ao julgamento realizado pelo Supremo, pois, em seu ponto de vista, o que restou dessa decisão foi “a impressão de recuo do Supremo à aceitação da prevalência do direito internacional (...) Afastando-se da orientação anterior, não atentaram aqueles Ministros para a problemática da responsabilidade do Estado na ordem internacional”.

Outra crítica de inúmeros juristas ao resultado do julgamento do RE 80.004 é que decidindo que uma lei revoga tratado anterior, o Brasil viola nitidamente a Convenção de Viena, da qual é signatário, e que

¹⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Tratados Internacionais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, in *Tratados Internacionais na ordem jurídica brasileira*. Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (coord.); prefácio José Francisco Rezek. São Paulo: Lex Editora: Aduaneira, 2005, páginas 13 a 30.

¹⁷ MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e as relações entre direito interno e direito internacional*, *Boletim Brasileiro de Direito Internacional*, 61-69: 53, 1975-79, página 56.

preceitua que tratados não podem ser extirpados do regime político-jurídico de uma nação por mudança de direito superveniente. Também é indiscutível a falta de credibilidade de um país que não coaduna com o que trata; que muda as regras do jogo por questões aleatórias.

Habeas Corpus 72.131-1/RJ

No julgamento, ocorrido em 1995, do Habeas Corpus 72.131-1/ RJ, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, restou consignada a seguinte ementa:

Habeas corpus. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel.

- Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do art. 5º, LXVII, da CF/1988.

- Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º, do art. 7º da Convenção de San José da Costa Rica.

- *Habeas corpus* indeferido, cassada a liminar concedida.

Esse *habeas corpus* foi resultado de uma relação contratual de aquisição de bens (automóvel) por intermédio de consórcio, mediante contrato de alienação fiduciária em garantia. Ocorre que o contrato foi alterado pelo consórcio, de forma a infringir o Código de Defesa do Consumidor, e o adquirente se refutou a continuar pagando as prestações. No entanto, como bem explicitou o parecer do Ministério Público Federal, o mesmo já havia pago grande parte do valor devido.

O Ministro relator, Sr. Marco Aurélio, concedeu a ordem para afastar a possibilidade de o paciente vir a ser preso em virtude de ação de depósito intentada a partir do contrato de alienação fiduciária. Para isso, fundamenta seu entendimento nas lições de Francisco Rezek que entende “*uma vez promulgada a convenção essa passa a integrar a ordem jurídica em patamar equivalente da legislação ordinária*”. Desse modo, a nova disciplina da matéria, ocorrida a partir de 6 de novembro de 1992, quando ocorreu a inserção do Pacto de San José da Costa Rica no ordenamento

jurídico brasileiro, implicou derrogação do Decreto-Lei 911/1969, no que se tinha cabimento a prisão civil na hipótese de alienação fiduciária. Para o Ministro relator, “*o preceito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, limitador da prisão por dívida, passou a vigor com estatura de legislação ordinária, suplantando, assim, enfoques em contrário, relativamente a essa última, até então em vigor*”.

Em posição diametralmente oposta ao do Ministro relator, o Ministro Maurício Corrêa aduziu que “*caso não houvesse ocorrido a recepção do Decreto-Lei 911/1969 pela Constituição Federal de 1988, o instituto da alienação fiduciária cairia por terra, posto que a segurança das vendas que se processam nessa forma está exatamente na possibilidade da decretação da prisão civil*”. Sobre esse voto, me resguardo o direito de entender que assumir essa postura, em um Estado Democrático de Direito, é entender que a prisão é instrumento de retaliação (o que vai frontalmente contra os primados da política penal em vigor), e que o direito a liberdade pode ser restringido por relações contratuais, o que infringe os preceitos universais sobre os direitos fundamentais e a própria dignidade humana. No mesmo voto, o Ministro ainda aduz que “*ao se conceder o elastério que se pretende ao Pacto de San José da Costa Rica há de se elevar à grandeza de ortodoxia essa hermenêutica e se minimizaria o próprio conceito de soberania do Estado-povo na elaboração de sua Lei Maior*”.

O Ministro Moreira Alves, em seu voto, entende ser pacífico o entendimento de que os tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico com força de lei ordinária, e isso tornou-se mais evidente com a inserção do art. 105, III da Constituição Federal de 1988 (do processamento do Recurso Especial no caso de negativa de vigência de tratados internacionais ou a contrariedade ao seu teor, e seu respectivo julgamento no Superior Tribunal de Justiça), assim, não seria possível a concessão de *habeas corpus*. Nessa esteira de pensamento, em seguida o Ministro Ilmar Galvão se posiciona no sentido de que não seria possível o tratado sob apreço revogar as inúmeras normas que cuidam do depósito, posto que o Pacto é uma norma de caráter geral, que não teria o condão de revogar as leis de natureza especial. Já o fundamento para denegar a ordem pleiteada usada pelo Ministro Celso de Mello foi a seguinte:

(...) indiscutível a supremacia da ordem constitucional brasileira sobre os tratados internacionais, além de traduzir um imperativo que decorre da nossa própria Constituição (art. 102, III, b) reflete o sistema, que, com algumas poucas exceções, tem prevalecido no plano do direito comparado, que considera inválida a convenção internacional que se oponha, se restrinja o conteúdo eficaz ou que importe em alteração da Lei Fundamental. Desse modo, não há como fazer abstração da Constituição, para, com evidente desprestígio da normatividade que dela emana, conferir sem razão jurídica, precedência a uma convenção internacional.

Em harmonia com o voto do Ministro relator, concedendo o remédio constitucional ao paciente, o então Ministro Francisco Rezek lembrou que, como ocorre nos Estados Unidos, o tratado internacional não tem estatura de restrição constitucional. Esse convive hierarquicamente com lei federal e, que, na hipótese de conflito material entre o seu texto e aquele da Carta, é o primeiro que deve ser sacrificado. Sempre deve ser dada prevalência ao Texto Maior, embora isso não exonere a responsabilidade do Estado em *“responder internamente pelo ato ilícito – consistente em adotar, pelos meios rotineiros, um compromisso que não poderia ser honrado, culpa da inadvertência dos poderes políticos do Estado”*. Continuando, o Professor esclarece que não há conflito real entre a norma interna e o Pacto de San José porque, caso a Convenção fosse denunciada, voltaria ao *status quo ante*, onde o legislador poderia novamente, em bases ordinárias, estabelecer a prisão do depositário infiel. Finaliza seu voto atestando razão ao Ministro relator por que entende que hipótese de alienação fiduciária em garantia não se ajusta à exceção constitucional da prisão civil por dívida, no caso de depositário infiel. No Brasil, só seria cabível a prisão no caso de alimentante omissivo, voluntário e inescusável.

No sentido de conceder a liberdade ao requerente, o Ministro Carlos Velloso acredita que a posse indireta não passa de mera ficção, o que não permitiria a prisão do depositário infiel. É ficção, em sua opinião, porque leva à falsa propriedade do credor-fiduciário, a ficção do contrato de depósito, em que o devedor é equiparado ao depositário, certo que o credor detém, apenas, a posse indireta do bem. Esse magistrado também observa que a nossa Constituição é expressa ao garantir que o Estado Democrático de Direito tem por fundamento, dentre outros, o princípio da dignidade

da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988), não podendo se tolerar a prisão de um comprador de um bem móvel, porque este se tornou inadimplente. Ainda, esclarece que o art. 7º, item 7 do Pacto é um direito fundamental, em igualdade com os direitos fundamentais expressos na Constituição brasileira.

O resultado do habeas corpus acima relatado foi pela denegação da ordem, com efetiva prisão do infiel depositário.

Recurso Extraordinário 349.703-1/RS

O recurso extraordinário que é objeto presente de análise é importante não somente por seu resultado, por ser claramente um avanço na jurisprudência da Suprema Corte, mas também pelas valiosas lições proferidas pelo Ministro Gilmar Mendes sobre o assunto. Para fins didáticos, comecemos com a ementa do dissídio:

Prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos. Interpretação da parte final do inciso LXVII do art. 5º da CF/1988. Posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, 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), ambos do ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supra legal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto – Lei 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo Código Civil (Lei 10.406/2002)

O Ministro Gilmar inicia sua exposição indicando que existem quatro correntes que tratam sobre o assunto (a posição hierárquica dos tratados internacionais que dispõem sobre os direitos humanos). A primeira vertente reconhece a natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções

internacionais em matéria de direitos humanos. A segunda admite que os diplomas internacionais que versem sobre essa matéria têm caráter *constitucional*. O terceiro momento reconhece *status* de *lei ordinária* a esse tipo de documento. E, por fim, a quarta e última corrente que atribui caráter *supralegal* aos tratados e convenções sobre direitos humanos.

São relevantes os seguintes aspectos, enquanto se busca uma via adequada para determinar a hierarquia dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro:

Para aqueles que adotam a natureza supraconstitucional para esses tratados, nem mesmo emenda constitucional poderia suprimir normativa internacional subscrita pelo Estado em tema de direitos humanos. Portanto, haveria necessidade de adoção de controle prévio de constitucionalidade dos documentos internacionais, o que poderia impedir ou desaconselhar a ratificação dos mesmos, de maneira a oferecer ao Poder Executivo possibilidades de renegociação ou aceitação com reservas. Já o decreto legislativo, que aprova o instrumento internacional, pode ser impugnado por via de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação direta de constitucionalidade.

Na hipótese e se admitir que os tratados detém estatura constitucional, em decorrência do art. 5º, parágrafos 1º e 2º, em uma situação de conflito entre tratados internacionais e a Constituição Federal, deve ser aplicado o mais favorável à vítima. A Emenda Constitucional 45/2004 esvaziou essa discussão ao declarar que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

O Brasil confere hierarquia supranacional aos tratados internacionais quando elenca na 1ª cláusula do parágrafo único do art. 4º da Constituição Federal que o Brasil “*buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações*”. No mesmo sentido, vale citar o § 2º, do art. 5º da CF/1988; e a 3ª e 5ª cláusulas acrescentadas pela E.C. 45/2004 aos parágrafos 3º e 4º do art. 5º da Constituição Federal.

Para o Ministro Gilmar, “*parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções sobre direitos humanos*”. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam

infraconstitucionais, porém, diante do seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de supralegalidade. Em relação a pirâmide kelseniana, essa tese determina que se coloque as normas internacionais em cima da legislação infraconstitucional e abaixo da Carta Magna.

Assim, concluiu o ilustre Ministro que a prisão constitucional de depositário infiel 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 – mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria. Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. Desse modo não há base legal para prisão civil do infiel depositário.

6. O artigo 98 do Código Tributário Nacional

Em seu voto, no processo acima detalhado (Recurso Extraordinário 349.703-1/RS), o Ministro Gilmar Mendes expõe sua angústia, baseada no fato de que o art. 98 do Código Tributário Nacional determina prevalência do direito internacional sobre o direito interno em se tratando de matérias tributárias. No entanto, em relação aos tratados sobre direitos humanos, reconhece-se a possibilidade de que seus efeitos sejam suspensos em razão de edição de simples lei ordinária.

As convenções internacionais em matéria tributária são veículos introdutórios de normas que se apresentam com textos normativos voltados a integrar os ordenamentos internos dos signatários naquilo que forem incompletos, diversos ou contraditórios, mediante um conjunto de regras destinadas ao tratamento da renda e do capital transnacional, bem como dos tributos sobre estes incidentes, nas relações que envolvam residentes de um e do outro Estado contratante, por uma funcional limitação ao sistema tributário (interno) de cada um deles, com a finalidade de harmonizar esse relacionamento, evitando indesejáveis “concurso de pretensões impositivas”,

com critérios para evitar, reduzir ou eliminar a formação destes, prevenir o combate à evasão e elusão tributária internacional, impedir a discriminação e garantir maior segurança jurídica aos contribuintes, pela certeza do direito aplicável.

Tal posicionamento pode ser reforçado, quando se tem em vista o art. 98 do Código Tributário Nacional, que expressamente assegura a prevalência. Embora o referido dispositivo sofra críticas de autores que defendem sua inconstitucionalidade, já que não poderia a lei complementar dispor sobre o primado do decreto legislativo (veículo introdutor dos tratados internacionais), se a Constituição Federal o coloca em igual nível em relação à lei ordinária, a doutrina predominante é no sentido de sua prevalência. Assim é que Luis Eduardo Schoueri, com fundamento nas lições de José Souto Maior Borges, afirma que o art. 98 do CTN contrapõe-se implicitamente à concepção dualista da ordem interestatal diante da norma interna, assentando na prevalência do tratado sobre a lei nacional. Ainda em sua aula, e agora saudando o magistério de Ruy Barbosa Nogueira, Luis Schoueri transcreve:

Isto é inconcusso e o Brasil não pode deixar de honrar o que contratou e assinou como Tratado Internacional. Aprovou, ratificou e incorporou como supra-ordenado à sua legislação interna, quando sua legislação tributária complementar à Constituição já reconhecia e reconhece como revogatório da legislação tributária interna e imperativamente manda que os tratados e convenções internacionais também serão observados pela legislação interna que lhes sobrevenha. A disposição do art. 98 do CTN, além de legislação para-constitucional, é texto imperativo, dirigido ao legislador ordinário e regulativo da limitação do poder de tributar.

Não é demais lembrar as lições de Ricardo Lobo Torres, quem não hesita em incluir o princípio da igualdade em matéria tributária entre os direitos humanos. Ora, se admitirmos que a bitributação, por afetar o princípio da capacidade contributiva, contraria o princípio da igualdade, então será imediato que a proteção contra a bitributação será um direito humano, porquanto assegura positivamente a igualdade e, enquanto tal, compreendido no escopo do art. 5º, § 2º, do texto constitucional.

Jacob Dolinger esclarece que,

(...) na realidade, a norma insculpida no art. 98 do CTN, de que os tratados sobre matéria tributária não podem ser afetados por lei posterior, deriva do fato de que estes tratados são acordos contratuais e, como tais, não podem ser afetados por normas legais posteriores; as decisões baseadas na natureza contratual do tratado e as decisões baseadas no art. 98 do CTN são praticamente idênticas.¹⁸

Para Rezek, em sua tese a esse respeito, após mencionar o art. 98 do CTN conclui:

Em tal quadro, a lei ordinária conflitante com tratado preexistente há de sucumbir, mas em razão de outro conflito: o que a contrapõe à lei complementar. Esta não se confunde com a própria carta constitucional, mas subjeta a lei ordinária inscrita em seu âmbito temático¹⁹.

Sacha Calmon Navarro Coelho registra que *“o Ministro Rezek, que pertenceu à Suprema Corte, pôde dizer que o art. 98 (CTN) construiu, no domínio tributário, uma regra de primado do direito internacional sobre o direito interno (“Tratado e Legislação Interna em Matéria Tributária”, ABDF 22). Hans Kelsen, corifeu da teoria monista que dava primazia aos Direitos das Gentes sobre os Direitos Nacionais, ficaria finalmente satisfeito. O Ministro Rezek indubitavelmente está certo”*²⁰.

Não obstante a redação do dispositivo (art. 98 CTN) fale em *revogação*, as disposições de um tratado, na realidade, representam normas especiais sobre questões tratadas em uma lei geral. Com isso, a lei geral permanece vigente (mas suspensa, até que o tratado seja denunciado), mas não aplicável aos casos específicos regulados pelo tratado em questão.

Em julgado paradigmático, em seu voto, o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, quando integrante do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.966/SP, assim colocou a questão:

Sempre entendi que, no campo tributário, os tratados e as convenções internacionais, desde que regularmente incorporados ao direito interno, prevalecem sobre a legislação tributária interna. Vale dizer, sempre emprestei validade ao

¹⁸ DOLINGER, Jacob. As soluções da Suprema Corte Brasileira para os conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: um exercício de ecletismo. Rev. Forense, 333/71.

¹⁹ REZEK, J. Francisco. Direito dos Tratados. Forense, 1984, p. 463-464.

²⁰ Sacha Calmon Navarro Coelho, Tratados Internacionais em Matéria Tributária, Rev. de Direito Tributário 59/180, 185.

que está disposto no art. 98, CTN, não obstante reconhecer incorreta a sua redação, por isso que as normas internacionais não revogam as leis internas, simplesmente prevalecem sobre estas, no caso concreto. O Supremo Tribunal Federal, em diversos acórdãos, admitiu, no campo tributário, o primado do direito externo (RE 76.099-SP, Rel. Min. R. Alckmin, RTJ, 73/454; RE 87.704 – SP, Rel. Min. Leitão de Abreu, RTJ 93/1180; RE 92.982-SP, Rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 96/921; RE 97.088-RJ, Rel. Min. Oscar Corrêa, RTJ 104/1244).

É importante ainda destacar, relativamente ao alcance do citado art. 98 do CTN, que o mesmo também pode se aplicar aos tributos estaduais e municipais, na órbita das imposições de sua competência, embora não seja essa uma interpretação pacífica na doutrina. É que, quando os tratados internacionais são firmados pelo Presidente da República e ratificados pelo Congresso Nacional, os mesmos atuam expressando a personalidade jurídica internacional detida pela República Federativa do Brasil. Assim sendo, o decreto legislativo pelo qual se manifesta a ratificação do acordo ou convenção internacional se dá pelo exercício de uma atividade no âmbito nacional (congregando todas as esferas componentes da federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios), e não apenas federal. Da mesma forma, o CTN, com eficácia de lei complementar, é uma lei de âmbito nacional.

7. Conclusões

Vimos, portanto, que os tratados e convenções internacionais são mecanismos de controle de equilíbrio nas relações entre as nações. É por intermédio desse instrumento (tratados) que os países, soberanos e independentes, que reconhecem legitimidade somente às regras por eles adotadas de forma volitiva, se submetem a fim de observar as mesmas regras que os outros países participantes das relações jurídico-econômicas.

No Brasil a adoção e inserção dos tratados no ordenamento jurídico se dão por rito especial, que garante a publicidade da ratificação feita pelo Chefe do Executivo, com a finalidade de garantir seus efeitos *erga omnes*. Cumpre ressaltar o importante papel do Congresso Nacional no intercurso deste procedimento.

Também restou demonstrada de forma inequívoca a evolução da posição do Supremo Tribunal Federal em relação à posição hierárquica dos tratados no ordenamento jurídico pátrio, restando inquestionável o acolhimento pelo Poder Judiciário Brasileiro da tendência contemporânea do constitucionalismo mundial em prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano.

Quanto a problematização da diferença de tratamento concedido aos tratados que buscam regulamentar questões de direito tributário em confronto com as questões de direitos humanos, tornou-se evidente que a proteção dada à matéria tributária pelo legislador tem por escopo garantir a evolução da economia brasileira no mercado internacional, evitando possíveis retrocessos por parte do Poder Legislativo vigente.

Quanto aos tratados que dispõem sobre direitos humanos, esses são dotados de importância singular, prevista no escopo da Carta Magna brasileira. Com o julgamento do Recurso Extraordinário 349.703/RS, fomos agraciados pelas valiosas lições do Ministro Gilmar Mendes, que convictamente registrou que esses tratados, em razão da importância de seu tema – direitos e garantias fundamentais do homem – estão no patamar de supralegalidade, inferiores somente aos dispositivos Constitucionais.

Assim, acredito que o disposto no art. 98 do CTN não determina predileção pela matéria tributária em detrimento da proteção das garantias fundamentais do homem. Houve, estrategicamente, cuidado do legislador para evitar o potencial cerceamento do crescimento da economia brasileira no mercado global. Evitou-se que futuras alterações na composição do Congresso Nacional pudessem resultar em normas que conflitassem com a tendência mundial. Em relação à proteção da dignidade humana e à proteção aos direitos fundamentais do homem, esses quesitos já estão permeados na Constituição Federal. O que se faz necessário, somente, é observar sua aplicação.

8. Referências bibliográficas

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. Os Tratados Internacionais e o art. 98 do CTN, in *Tratados Internacionais na ordem jurídica brasileira*. Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (coord.); prefácio José Francisco Rezek. São Paulo: Lex Editora: Aduaneiras, 2005, páginas 72 a 79;

BARROSO, Luiz Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, páginas 15 a 50;

DOLINGER, Jacob. As soluções da Suprema Corte Brasileira para os conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: um exercício de ecletismo. Rev. Forense, 333/71;

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. 3.ed. Curitiba: Positivo, 2003, página 1.701;

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 16 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, página 69;

MAGALHÃES, José Carlos de. O Supremo Tribunal Federal e as relações entre direito interno e direito internacional, Boletim Brasileiro de Direito Internacional, 61-69: 53, 1975-79, página 56;

MORAES, Alexandre de. Tratados Internacionais na Constituição de 1988, in Tratados Internacionais na ordem jurídica brasileira. Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (coord.); prefácio José Francisco Rezek. São Paulo: Lex Editora: Aduaneiras, 2005, páginas 31 a 46;

REZEK, J. Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2005, página 3;

REZEK, J. Francisco. Direito dos Tratados. São Paulo: Forense, 1984, p. 463-464;

RODAS, João Grandino. A Constituinte e os Tratados Internacionais. Revista dos Tribunais, 624/43;

COELHO, Sacha Calmon Navarro, Tratados Internacionais em Matéria Tributária, Rev. de Direito Tributário 59/180, 185;

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Tratados Internacionais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, in Tratados Internacionais na ordem jurídica brasileira. Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (coord.); prefácio José Francisco Rezek. São Paulo: Lex Editora: Aduaneira, 2005, páginas 13 a 30.