

COMPLEMENTAR
TEXTO 4
20 PÁGS
CIT

SOBRE A RELAÇÃO ENTRE OS TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA E O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: NOVAS PROPOSIÇÕES A RESPEITO DE UM VELHO PROBLEMA

Eduardo Pugliese Pincelli
Advogado, Mestre em Direito pela PUC/SP

1. Introdução

O texto que o leitor tem em mãos é despretensioso. O objetivo é refletir sobre o tema das relações que se estabelecem entre os tratados internacionais e o ordenamento de direito positivo brasileiro, sob a perspectiva analítica, com vistas a construir respostas para problemas complexos, como, por exemplo, o grau hierárquico dos acordos transnacionais no interior do sistema jurídico e sua eficácia perante leis complementares e ordinárias com eles contrárias ou contraditórias. O espaço é propício para a discussão de algumas “verdades” a respeito das teorias monistas e dualistas, o significado do artigo 5º, § 2º, da Constituição da República, bem assim o método eleito pelo constituinte brasileiro para a produção dos tratados, especialmente aqueles relativos à matéria tributária. Percorrendo esse caminho, o autor espera colaborar com a compreensão de um assunto cada vez mais presente na experiência das relações entre Estado e contribuintes.

2. Monismo e dualismo sistêmico: solução de uma ambigüidade

Os termos *monismo* e *dualismo* têm sido utilizados de maneira ambígua pela doutrina brasileira, o que dificulta a compreensão da matéria. As expressões foram construídas, originariamente, para se referir ao dilema *unicidade* ou *pluralidade* de sistemas jurídicos. Nesse sentido, o *monismo*, produzido por KELSEN⁸⁷⁰, identifica uma corrente de pensamento que afirma existir um único sistema, do qual os ordenamentos estatal e internacional seriam meras manifestações⁸⁷¹. É possível chegar à unicidade sistêmica por duas vias: adotando a Constituição dos Estados soberanos como fundamento de validade ou elegendo como *ponto de partida* uma norma de direito internacional. Na primeira hipótese, tem-se o *monismo com prevalência do direito interno*⁸⁷²; na segunda, o *monismo com primado do direito internacional*⁸⁷³. Já o *dualismo* sustenta que o direito estatal e o direito das gentes são sistemas jurídicos distintos. Provém de fontes diversas e se preordenam a controlar a ação de sujeitos diferentes. Por esse modo, não haveria conflitos entre normas de direito interno e normas de direito internacional. Apenas quando houvesse a *incorporação* da norma externa é que poderiam surgir antinomias, que seriam dirimidas de acordo com os critérios do ordenamento jurídico estatal⁸⁷⁴. Não obstante, as palavras *monismo* e *dualismo* também são usadas para designar a específica maneira pela qual as Constituições recepcionam as normas do direito internacional: se a recepção for automática, isto é, se o tratado passa a integrar, *como tal*⁸⁷⁵, o ordenamento jurídico interno, assim que ratificado, então há o *monismo*; ao passo que, se a inserção do acordo depender de procedimentos complexos e

870. *Teoria pura do direito*, p. 364.

871. ALBERTO XAVIER, *Direito tributário internacional do Brasil*, p. 112.

872. HANS KELSEN, op. cit., p. 370.

873. *Ibid.*, p. 374.

874. GUIDO FERNANDO SILVA SOARES, *Curso de direito internacional público*, p. 204.

875. Como *veículo introdutor de normas*, na acepção de PAULO DE BARROS CARVALHO, *Curso de direito tributário*, p. 46.

de veículos credenciados pelo próprio sistema, então se considera que o direito positivo é dualista⁸⁷⁶.

Dentre tais possibilidades semânticas, a doutrina brasileira, em vez de discutir os pressupostos da construção monista ou dualista, no sentido que lhes atribuiu KELSEN⁸⁷⁷ e TRIEPEL⁸⁷⁸, adotou a segunda acepção dos termos, passando a discorrer, especialmente, sobre o significado do artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988. Muitos consideram que o dispositivo veicula *cláusula geral de recepção automática plena*⁸⁷⁹, razão por que o tratado, especialmente em matéria tributária⁸⁸⁰, ingressa, como tal, no sistema jurídico brasileiro, confirmando o *monismo*. Para outros autores, porém, apenas os tratados relativos a *direitos e garantias fundamentais* entram, *automaticamente*, no direito positivo pátrio, enquanto os acordos que cuidam dos demais temas passam a figurar no ordenamento jurídico interno tão-somente com a publicação de fonte formal prevista pelo direito positivo. Nos esquadros desse modelo, a Constituição de 1988 teria adotado o *monismo* no que respeita aos direitos e garantias fundamentais e o *dualismo* nas demais hipóteses⁸⁸¹. Perceba o leitor que, nesse último caso, não se pode usar as palavras *monismo* e *dualismo* no sentido de *unicidade* ou *pluralidade sistêmica*, respectivamente, o que implicaria contradição entre termos, já que a idéia de *unicidade* exclui a de *pluralidade* e vice-versa. É preciso cuidado, portanto, com os critérios de uso dos vocábulos *monismo* e *dualismo*, evitando confundir as significações.

A doutrina brasileira, porém, muitas vezes mistura as acepções dos referidos termos, pretendendo justificar a *unicidade*

876. BETINA GRUPENMACHER, *Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna*, p. 68.

877. Op. cit., p. 370.

878. In CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO, *Curso de direito internacional público*, p. 121.

879. Por todos, ALBERTO XAVIER, op. cit., p. 122.

880. LUÍS EDUARDO SCHOUEIRI, *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*, p. 155.

881. CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO, op. cit., p. 130; BETINA GRUPENMACHER, op. cit., p. 86.

ou a *pluralidade sistêmica* em função do procedimento adotado pela Constituição de 1988 para o ingresso dos acordos internacionais. ALBERTO XAVIER⁸⁸², por exemplo, entrevendo no artigo 5º, § 2º, uma *cláusula geral de recepção automática plena*, em virtude do que os tratados seriam admitidos, diretamente, no sistema jurídico brasileiro e com superior hierarquia em face da lei interna, compreende haver sido *definitivamente sepultada a concepção dualista*⁸⁸³. PAULO AIRES BARRETO, por sua vez, após explicar as diferenças entre *monismo* e *dualismo*, como *unicidade* ou *pluralidade sistêmica*⁸⁸⁴, afirma que a Constituição incorporou decididamente a teoria dualista, porque o *procedimento de celebração de tratados estabelecido pelo direito positivo brasileiro encerra verdadeira transformação em direito interno do texto convencional*⁸⁸⁵, mediante o decreto legislativo.

Afinal, diante do exposto, prevalece o *monismo* ou o *dualismo*? E como construir uma *justificação suficiente* para podermos solucionar questões relevantes, como o *momento* em que o tratado internacional ingressa no sistema brasileiro e o grau hierárquico que lhe é conferido em face das demais normas jurídicas? A primeira pergunta, da maneira como formulada, vimos, não tem resposta. É necessário elucidar, de antemão, o sentido em que os termos *monismo* e *dualismo* são utilizados no contexto. *Monismo* e *dualismo* como *unicidade* e *pluralidade* dos sistemas jurídicos ou na aceção de específico procedimento de ingresso de tratados internacionais no direito positivo brasileiro?

Percebemos, com essas palavras, que se o objetivo é conhecer se há *unidade* ou *pluralidade* de sistemas jurídicos, isto é, se o direito estatal e o internacional constituem apenas facetas do mesmo ordenamento ou se, por outro lado, são sistemas distintos, o estudo pressupõe a *identificação* de sistemas jurídicos. É preciso, pois, definir *sistema* e saber se o *critério de pertinência* e as *fontes de produção* do direito positivo interno correspondem aos do direito

882. Op. cit., p. 110.

883. As palavras são do próprio autor, op. cit., p. 110.

884. *Imposto sobre a renda e preços de transferência*, p. 163.

885. *Ibid.*, p. 166.

internacional. Nesse sentido, não se resolve a questão da *unidade* ou *pluralidade sistêmica* analisando, tão-somente, os critérios de pertinência ao sistema jurídico brasileiro. A posição-de-conhecimento deve ser *metassistêmica*⁸⁸⁶, a fim de comparar as ordens jurídicas e decidir se se apóiam sobre o mesmo fundamento. CLAUDIO LUZZATI percebeu muito bem que indagar sobre a existência de um único ou uma multiplicidade de ordenamentos implica *sair* de quaisquer sistemas jurídicos *parciais*. Se há *unidade* ou *pluralidade sistêmica*, em nenhum caso (a resposta) pode ser formulada no interior de um dos sistemas particulares normativos tomados em consideração. Mais adiante afirma que o dilema entre *monismo* e *dualismo* no direito internacional não se pode decidir, pois, no mero plano de direito positivo. Para resolver dilema semelhante – ou melhor, para dar certo sentido à questão como um todo – é imprescindível elevar-se a um nível “meta” relativamente ao sistema de valores dentro do qual se opera⁸⁸⁷.

Nos limites dessa perspectiva, não é a existência de cláusulas gerais de recepção automática plena ou de específicos e complexos procedimentos de inserção de tratados internacionais no sistema jurídico brasileiro que fará diferença entre o *monismo* e o *dualismo*. Em rigor, se a opção é monista, concebendo as normas de direito interno e as de direito das gentes como integrantes de um único sistema, como parece ser o pensamento de ALBERTO XAVIER⁸⁸⁸, descabe falar em quaisquer critérios de inserção⁸⁸⁹, porque, se se consideram elementos do mesmo conjunto, uma vez ratificado o acordo internacional, passa a valer no sistema.

Em termos sintéticos: apenas é relevante sustentar a presença de regras de recepção automática ou de procedimentos específicos se, e somente se, aceitar-se uma linha divisória entre o direito positivo interno e o direito positivo internacional, assumindo posição dualista.

886. LOURIVAL VILANOVA, *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, p. 168.

887. *MÁS ALLÁ DE KELSEN. Monismo y pluralismo en el derecho internacional*, p. 154.

888. Op. cit., p. 111.

889. Como sustenta GUIDO FERNANDO SILVA SOARES, op. cit., p. 204.

Por outro lado, se tomarmos *monismo* e *dualismo* como o peculiar modo de recepção das normas internacionais pelo direito positivo brasileiro, então o critério de verificação empírica é o Texto Constitucional. A comparação com o direito de outros países é útil apenas à medida que auxilia a compreensão do esquema eleito pela Carta da República de 1988, mas não é decisiva. Como bem observa o Ministro CELSO DE MELLO, é na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro⁸⁹⁰.

HELENO TÔRRES percebeu a diferença entre os usos dos vocábulos *monismo* e *dualismo* e os critérios de verificação. Num primeiro momento, valendo-se do dilema *unidade* ou *pluralidade sistêmica*, posiciona-se pelo pluralismo de sistemas jurídicos, apoiando-se na diversidade de fontes e de critérios de validade entre o direito positivo interno e o internacional⁸⁹¹. Depois, analisando o procedimento de inserção de tratados e a posição hierárquica que ocupam nos quadrantes do direito brasileiro, assinala que somente uma leitura precisa do ordenamento nos autorizará definir o sistema jurídico como “monista” ou “dualista”, segundo a opção que tenha feito o Constituinte quanto à presença de normas internacionais no sistema⁸⁹².

Ainda que as aspas aplicadas aos termos monista e dualista denunciem a diversidade de sentido, parece-nos que a manutenção das mesmas palavras para designar fenômenos distintos provoca certa confusão. Dessa maneira, no curso deste trabalho, utilizaremos os vocábulos *monismo* e *dualismo* para nos referir especificamente à *unidade* e *pluralidade sistêmica*, tema que será aprofundado no item subsequente. Quanto à segunda possibilidade semântica, faremos uso da consagrada expressão cláusula de recepção automática, quando o conteúdo do tratado ingressar no ordenamento brasileiro com a mera ratificação, e regra de procedimento específico, na hipótese de o direito positivo

890. Medida Cautelar na ADIn 1.480 – STF – DJU de 18.05.2001.

891. *Pluriritributação internacional sobre as rendas de empresas*, p. 554/556.

892. *Ibid.*, p. 558.

prescrever que a inserção ocorre mediante veículo próprio. Esse assunto também será objeto de reflexão nas páginas seguintes, especialmente quanto às diversas teorias construídas pela doutrina com o objetivo de explicar o fenômeno da introdução do conteúdo dos tratados na ordem interna.

3. Unicidade ou pluralidade de sistemas jurídicos

O primeiro trabalho sobre os sistemas internacionais e estatais e as relações entre ambos foi produzido em 1899, por Heinrich TRIEPEL⁸⁹³. Segundo o jurista alemão, o direito internacional e o direito interno são sistemas jurídicos diversos, que não se tocam. Provêm de fontes distintas: o direito das gentes decorre de um ato de vontade de dois ou mais Estados; o direito estatal, da vontade de apenas um. O direito internacional tem por função regular a conduta dos Estados soberanos, enquanto o direito interno verte-se sobre o comportamento dos cidadãos. Por fim, no direito das gentes vige a coordenação, ao passo que no direito estatal, a subordinação.

KELSEN contrapôs-se vigorosamente à corrente dualista⁸⁹⁴. Para o jusfilósofo vienense, o direito internacional seria um conjunto do qual os sistemas jurídicos parciais (estatais) seriam subconjuntos. Os ordenamentos parciais se excluíam mutuamente, porém todos se incluíam no superconjunto do direito internacional público⁸⁹⁵. O fundamento de validade de todos os sistemas particulares estaria contido no direito internacional, motivo por que comporiam apenas um único sistema jurídico, com a prevalência do direito das gentes⁸⁹⁶.

As teorias têm pontos fortes e fracos, configurando um dilema. Como a questão consiste em identificar uma unidade ou *pluralidade* de sistemas jurídicos, é imprescindível partir de uma definição da palavra sistema. Consoante PAULO DE BARROS CARVALHO⁸⁹⁷, sistema

893. In CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO, op. cit., p. 121.

894. Op. cit., p. 366.

895. LOURIVAL VILANOVA, op. cit., p. 182.

896. HANS KELSEN, op. cit., p. 374.

897. Op. cit., p. 131. Cf. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do direito*, p. 172 e MARCELO NEVES, *Teoria da inconstitucionalidade das leis*, p. 3.

é um vocábulo polissêmico, o que pode causar, em alguns contextos, a falácia do equívoco. O significado de base do termo nos dá conta de que sistema pode ser definido como um conjunto de elementos que se relacionam entre si, constituindo uma unidade. Sistematizar, portanto, implica classificar. E classificar é reunir elementos segundo um *metassistêmica*⁸⁹⁸. Diversos são os objetos que poderão figurar como elementos do sistema jurídico. Depende da definição do conceito de direito⁸⁹⁹. Partimos do pressuposto segundo o qual direito é um conjunto de normas jurídicas. Resta-nos eleger o critério de pertinência. De acordo com LOURIVAL VILANOVA⁹⁰⁰, de nenhum ou de vários membros, todo conjunto se forma por um critério de pertinência. Ainda que se enumerem os objetos, classificando-os denotativamente, a seleção se faz seguindo um critério. Os elementos que compõem o conjunto devem apresentar o predicado-de-formação. A partir desse conceito-base podemos identificar quais elementos estão contidos no conjunto e quais estão fora, no entorno⁹⁰¹. Mas qual o critério adequado para a constituição dos sistemas jurídicos? Os ordenamentos jurídicos são conjuntos de normas. Pois bem. A forma ou o conteúdo específico das normas não pode ser indicado. Primeiro porque há homogeneidade sintática⁹⁰²; depois, é possível haver regras com o mesmo conteúdo em diversos sistemas jurídicos. O critério não diz respeito à própria norma, em sua constitutividade mesma, mas ao processo de sua construção. São normas do direito positivo brasileiro, portanto, todas as que obedeceram ao procedimento de inserção previsto pelo próprio sistema, pelas normas de estrutura veiculadas pela Constituição de 1988⁹⁰³. Do mesmo modo, são regras do direito positivo alemão, francês, chileno, argentino, espanhol etc. todas as normas produzidas de acordo com o mecanismo de criação adotado pelas respectivas Constituições de cada Estado. A pertinencialidade é obtida se, e somente se, as unidades normativas forem introduzidas

898. RICARDO GUIBOURG *et al.*, *Introducción al conocimiento científico*, p. 39.

899. PAULO DE BARROS CARVALHO, *op. cit.*, p. 12.

900. *Op. cit.*, p. 290.

901. RICARDO GUIBOURG, *Teoría general del derecho*, p. 90.

902. PAULO DE BARROS CARVALHO, *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, p. 80.

903. LOURIVAL VILANOVA, *op. cit.*, p. 291.

no sistema pelas fontes-de-produção catalogadas pelo próprio ordenamento, e, igualmente, se a norma gerada for possível de ser reconduzida à norma fundamental⁹⁰⁴, que é única para cada sistema, conferindo-lhe unidade e independência em face dos demais⁹⁰⁵.

Nesse ponto reside a diferença entre as concepções monista e dualista. Com efeito, ensina LOURIVAL VILANOVA⁹⁰⁶ que a unidade sistêmica pressupõe um postulado básico que reúna todas as demais proposições ao seu redor. A premissa-base do sistema constitui o critério de pertinencialidade. No âmbito do direito positivo, tanto pode ser a Constituição, como norma fundante do direito estatal, como uma norma de direito internacional, que fixa competências dos Estados, produzindo um sistema de direito positivo interestatal. Pode ser também a norma hipotética fundamental, adotando o modelo de explicação de KELSEY, como condição de conhecimento da ciência do direito.

Se tomarmos a constituição como fundamento básico de validade dos sistemas de direito positivo estatal, reconhecendo que cada ordenamento se constrói ao derredor de distintos critérios de pertinência, fica fácil admitir a unidade e autonomia dos sistemas jurídicos. Conclui-se, igualmente, que as Constituições não servem como premissa para a produção de ordenamentos internacionais, pois não prescrevem o conteúdo, tampouco os agentes competentes e o procedimento adequado para a sua gênese. É necessário conceber uma norma de direito das gentes que prescreva específico modo-de-produção e incida sobre ato de vontade de dois ou mais Estados, para que seja constituído um único sistema jurídico internacional⁹⁰⁷. A adoção desse ponto de vista permite separar os sistemas estatais dos internacionais, por corresponderem a peculiares critérios de pertinência⁹⁰⁸, fundando-se em distintas normas-limites⁹⁰⁹.

904. *Ibid.*, p. 165.

905. *Ibid.*, p. 163.

906. *Ibid.*, p. 176.

907. LOURIVAL VILANOVA, *op. cit.*, p. 180.

908. Segundo ALFRED TARSKI (*Introducción a la lógica y a la metodología de las ciencias deductivas*, p. 99), a todo critério de pertinência corresponde uma classe univocamente considerada.

909. É a opinião de TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM, *Fontes do direito tributário*, p. 207.

É possível aceitar, por outro lado, a concepção de KELSEN⁹¹⁰, segundo a qual a unidade de conhecimento da ciência do direito conduz, necessariamente, à unidade do sistema do direito positivo, reunindo os sistemas estatais e internacionais particulares sob o mesmo fundamento de validade, situado no direito internacional público geral. Mas a *unidade* não decorre da verificação empírica, observando os critérios de pertinência adotados por cada sistema, mas da unidade cognoscitiva do direito. Segundo KELSEN, “na medida em que a ciência jurídica quer apreender como Direito o material que se lhe oferece com as características do Direito internacional, precisamente da mesma maneira como o faz para aquele material que se apresenta como Direito estadual, quer dizer, na medida em que o pretende abranger sob a categoria de norma jurídica válida, ela impõe-se – precisamente como a ciência da natureza – a tarefa de descrever o seu objeto como uma unidade. O critério negativo desta unidade é a ausência de contradição. Este princípio lógico vale também para o conhecimento no domínio das normas. Não podemos descrever uma ordem normativa por forma a afirmar que vale a norma: A deve ser e, ao mesmo tempo, também vale a norma: A não deve ser”⁹¹¹. Seguindo por esse caminho, o jurista complementa seu modo de pensar: “a unidade entre Direito internacional e Direito estadual pode, no entanto, ser produzida de dois modos diferentes, do ponto de vista gnoseológico. E, quando consideramos ambos estes Direitos como ordenamentos de normas vinculantes simultaneamente válidas, então não o poderemos fazer por qualquer outra forma que não seja abrangendo a ambos, por uma forma ou por outra, em ‘um’ sistema descritível em proposições jurídicas não contraditórias”⁹¹².

Para que se possa compreender o pensamento de KELSEN, é necessário ter presente que, para o jusfilósofo, as normas jurídicas

910. Op. cit., p. 364.

911. HANS KELSEN, op. cit., p. 365.

912. *Ibid.*, p. 368. Parece ser o pensamento de ALBERTO XAVIER (Op. cit., p. 111), para quem é insustentável conceber o direito estatal e o internacional como sistemas distintos, o que implicaria, por exemplo, que o Brasil, no plano externo, defendesse a garantia dos direitos humanos, mas, no plano interno, violasse-os sistematicamente.

postas pelos órgãos competentes apenas são reunidas na forma-de-sistema pela Ciência do Direito, na qual se produz discurso isento de contradições. Sob a óptica do jurista vienense, só há ordem jurídica no altiplano da Ciência dogmática. A idéia é de KANT, para quem o cosmos (sistema) é construído pelas categorias do pensamento a partir do caos de sensações⁹¹³. LOURIVAL VILANOVA explica que o ângulo que KELSEN tem em mente é o sistema como categoria kantiana de pensamento, como método de síntese para a ordenação dos objetos da experiência, e não como forma sintática, estrutura presente no objeto e a que temos alcance mediante o processo de formalização. Desse modo, para KELSEN, em vez de o conhecimento científico reconstituir o objeto como sistema – o que implica reconhecer que o dado jurídico apresenta-se na forma-de-sistema –, a ciência constitui o objeto: a ciência do direito constrói o direito positivo como sistema, organizando, nessa categoria, as normas jurídicas⁹¹⁴.

Discordamos de KELSEN por duas razões. Em primeiro lugar, porque, segundo nossa concepção, há sistema no direito positivo e na Ciência do Direito⁹¹⁵. A distinção entre ambos não é sintática, mas semântico-pragmática: o direito positivo é expresso por uma linguagem em que prepondera a função prescritiva de condutas, enquanto na Ciência, a principal função é a descritiva de situações objetivas. Desse modo, os enunciados do direito positivo são válidos ou não-válidos; os da Ciência, verdadeiros ou falsos. As proposições jurídicas se sujeitam à Lógica Deontica, razão pela qual é possível conceber a coexistência, no interior do sistema, de normas jurídicas contraditórias e válidas. O mesmo não se pode afirmar das proposições científicas, sobre as quais incide a Lógica Clássica, vigorando os princípios de identidade e não-contradição⁹¹⁶. Tudo isso nos leva a crer que o discurso científico não constitui o direito positivo, mas produz um sistema metalinguístico descritivo. Logo,

913. LOURIVAL VILANOVA, op. cit., p. 178. Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, *Curso de direito tributário*, p. 130.

914. LOURIVAL VILANOVA, op. cit., p. 178.

915. PAULO DE BARROS CARVALHO, op. cit., p. 132.

916. *Ibid.*, p. 11.

se há, no plano da Ciência do Direito, um postulado de unidade de conhecimento, isso não significa afirmar que as ordens jurídicas devem ser concebidas como integrantes de um único sistema global⁹¹⁷, cuja premissa básica situa-se no direito internacional público. Em segundo lugar, porquanto o *monismo* de KELSEN não resiste à experiência, na qual o que se percebe é a *pluralidade* de sistemas de direito positivo, cada um com seu singular esquema-de-construção. KELSEN reconhece que “toda a evolução técnico-jurídica (do direito internacional) tem, em última análise, a tendência para fazer desaparecer a linha divisória entre Direito internacional e ordem jurídica do Estado singular, por forma que o último termo da real evolução jurídica, dirigida a uma centralização cada vez maior, parece ser a unidade de organização de uma comunidade universal de Direito mundial, quer dizer, a formação de um Estado mundial”⁹¹⁸. No entanto, o próprio autor afirma que, “presentemente (...) ainda não se pode falar de uma tal comunidade”⁹¹⁹.

Infere-se do exposto, portanto, que os fatos demonstram que se caminha para a construção de um sistema jurídico total, envolvendo os ordenamentos, sintetizando-os sob um único fundamento-de-validade, o que só confirma a proposição segundo a qual, no período histórico em que vivemos, o pluralismo de sistema de direito positivo é um dado-da-experiência⁹²⁰.

Em resumo, podemos sustentar que o direito positivo estatal e o internacional são sistemas jurídicos distintos, porque construídos em função de critérios de pertinencialidade diferentes⁹²¹. Mas isso não significa que uma construção monista não seja

917. CLAUDIO LUZZATTI, op. cit., p. 153.

918. É o que se verifica com a formação de *blocos* regionais, como a União Européia.

919. KELSEN, Op. cit., p. 364. Cf. LOURIVAL VILANOVA, op. cit., p. 179, e CLÁUDIO LUZZATTI, op. cit., p. 150.

920. LOURIVAL VILANOVA, op. cit., p. 163.

921. Nesse sentido, ver CARLOS SANTIAGO NINO, *Introducción al análisis del derecho*, p. 144; GREGORIO ROBLES MORCHÓN, *Teoría del derecho: fundamentos de teoría comunicacional*, p. 48, e RICARDO GUIBOURG, op. cit., p. 165. Para contraponto, ver ALBERTO XAVIER, op. cit., p. 111, e GUIDO FERNANDO SILVA SOARES, op. cit., p. 205.

possível: basta eleger outro critério, como um princípio de direito natural, e argumentar que todos os sistemas de direito positivo o têm como fundamento último de validade, ou aceitar que o direito internacional público contém uma norma-origem que subordina, ainda que apenas formalmente, a construção das demais normas contidas nos subsistemas estatais⁹²². Agora, se o leitor não acredita no direito natural, reconhece o direito positivo como linguagem-objeto prescritiva e a Ciência do Direito como metalinguagem descritiva e adota como critério para a construção de sistemas jurídicos o modo-de-produção das respectivas normas, condicionando-as sob o aspecto tanto sintático quanto semântico-pragmático⁹²³, então, não faz sentido continuar com a centenária discussão entre *monismo* e *dualismo*, reconhecendo haver um pluralismo de sistemas jurídicos.

4. Tratados internacionais: definição, competência e processo de produção

Nesse universo plural de sistemas jurídicos, os ordenamentos mantêm sua unidade, distinguindo-se uns dos outros, em virtude do modelo específico de construção de seus elementos. Mas é importante observar que o modo-de-produção de normas não está previsto fora do conjunto: o próprio sistema regula como as demais normas serão constituídas, prescrevendo, por meio de regras de estrutura⁹²⁴, os agentes competentes, os procedimentos e os veículos adequados para inserir novos membros, bem como o âmbito material em que poderão movimentar-se.

No que respeita aos sistemas jurídicos internacionais, o tratado figura como um dos mais importantes veículos introdutórios de normas⁹²⁵. Na experiência do direito internacional público, compete aos tratados tanto fundar ordenamentos interestatais, com apoio na cláusula *pacta sunt servanda*⁹²⁶, quanto inserir normas

922. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., op. cit., p. 199.

923. Como sustentamos, *sistematizar* implica classificar. E a classificação depende dos critérios eleitos.

924. PAULO DE BARROS CARVALHO, op. cit., p. 138.

925. Conforme artigo 38 do *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*.

926. FRANCISCO REZEK, *Direito internacional público: curso elementar*, p. 12.

seguindo o modo-de-construção prescrito por outros acordos, como o Tratado de Havana⁹²⁷ ou a Convenção de Viena⁹²⁸. Por essa razão, a análise das normas que prevêm o processo de celebração de tratados vai depender do sistema tomado como referência. Vamos adotar, como principal objeto de estudo, a Convenção de Viena⁹²⁹, na esteira de muitos autores, traçando, porém, quando relevante, alguns paralelos com o Tratado de Havana, do qual o Brasil é parte.

A competência para celebrar tratados é atribuída, tão-somente, aos Estados, às Monarquias e às organizações internacionais⁹³⁰. Aos Chefes de Estado, de Governo e aos Ministros das Relações Exteriores são confiados plenos poderes para representar os sujeitos de direito internacional na conclusão dos acordos. Os Estados poderão conferir tais prerrogativas a outros personagens, mediante carta especial⁹³¹.

No Brasil, compete à União representar o País perante a comunidade internacional, mantendo vínculos com Estados estrangeiros e participando de organizações (art. 21, I, da CRFB/88). Por conseguinte, é atribuído, privativamente, ao Presidente da República, expresso mandato para estabelecer liames com os demais países, além de celebrar tratados internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional, nas hipóteses em que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio público (art. 84, VII e VIII, c/c o art. 49, I, da CRFB/88).

O processo de celebração de tratados⁹³² inicia-se, como regra, pelo convite dirigido a um ou mais Estados, com o objetivo de negociar e discutir o texto. Uma vez que os sujeitos alcançaram a versão final, passa-se à assinatura. Esse ato não confere validade

927. Decreto Legislativo nº 5.467, de 08.01.1929, e Decreto Presidencial nº 18.956, de 22.10.1929.

928. O Brasil subscreveu a convenção, mas não a ratificou. Pela mensagem 116/92, o Presidente enviou o texto para referendo do Congresso. O projeto ainda tramita perante a Câmara dos Deputados (Projeto de DL nº 214-C/92).

929. Especialmente a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969.

930. As organizações internacionais celebram tratados entre si e com Estados, de acordo com a Convenção de Viena de 1986.

931. FRANCISCO REZEK, op. cit., p. 36.

932. Descreve-se, aqui, o procedimento de tratados bilaterais.

ao tratado, mas apenas autentica o projeto, vedando às partes alterarem-lhe o conteúdo. Além disso, a assinatura exprime a disposição para que o processo tenha seguimento⁹³³. Depois, como última etapa, ocorre a troca dos instrumentos de ratificação, com o que os Estados manifestam o consensus em obrigar-se pelo tratado⁹³⁴. Nesse específico átimo, o acordo adquire validade no sistema jurídico internacional.

A ratificação não é um ato obrigatório⁹³⁵. Cabe aos representantes plenipotenciários de cada Estado refletirem sobre a necessidade de levar adiante o processo de produção do tratado, conferindo-lhe validade, ou, até mesmo, acerca do melhor momento para fazê-lo⁹³⁶.

Em síntese, o procedimento de produção de tratados segue as fases de negociação, assinatura e ratificação.

Muitos autores compreendem que o decreto legislativo responsável por veicular o referendo congressual, bem como o decreto do Presidente da República, fazem parte do processo de produção dos tratados. ALBERTO XAVIER, por exemplo, afirma que o referendo conferido pelo parlamento brasileiro inicia a fase constitutiva do acordo internacional, enquanto o decreto consuma a etapa integrativa de eficácia⁹³⁷. Numa visão pluralista de sistemas jurídicos, contudo, é preciso reconhecer que tratado é veículo introdutor de normas internacionais⁹³⁸. A Constituição de 1988 não contém normas de estrutura capazes de incidir sobre a atividade de dois ou mais Estados, sujeitando sua valência ao específico modo-de-produção de normas brasileiras. As regras de estrutura que incidem sobre tal atividade, concebendo-a, nesse passo, como fonte

933. PAUL REUTER, *Introducción al derecho de los tratados*, p. 86.

934. Consoante artigo 7º, c/c o artigo 14 da Convenção de Viena, de 1969.

935. CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO, op. cit., p. 231. FRANCISCO REZEK, op. cit., p. 52.

936. Nesse sentido, o artigo 7º do Tratado de Havana prescreve que a falta de ratificação ou a reserva são atos inerentes à soberania nacional, e, como tais, constituem o exercício de um direito, que não viola nenhuma disposição ou norma internacional.

937. Op. cit., p. 107.

938. Nesse sentido, ERNESTO DE LA GUARDIA, *Derecho de los tratados internacionales*, p. 49.

do direito⁹³⁹, são regras jurídicas internacionais, a exemplo do Tratado de Havana e a Convenção de Viena, que não prevêem o referendo parlamentar, tampouco o decreto presidencial, como etapas de constituição de acordos interestatais. Logo, a validade dos tratados subscritos e ratificados pelo Brasil independe da aprovação do Congresso Nacional e do decreto do Presidente.

A Convenção de Viena, em seu artigo 7º, admite que o Chefe de Estado, de Governo ou os Ministros das Relações Exteriores representem seus países na autenticação de textos ou para expressar o consentimento definitivo, mediante a ratificação, independentemente de carta de plenos poderes. Desse modo, os atos praticados por tais agentes têm valor jurídico no plano internacional, consoante interpretação a contrario do artigo 8º da Convenção, pouco importando se, no âmbito interno, a competência para ratificar esteja condicionada à aprovação do parlamento⁹⁴⁰. Afinal, nem todos os Estados adotam a democracia como sistema político.

Corroborar esse pensamento a opinião de FRANCISCO REZEK:

O tema em que ingressamos é de direito interno. O direito internacional, como ficou visto, oferece exata disciplina à representação exterior dos Estados, valorizando quando por eles falem certos dignitários, em razão de suas funções. Não versa, porém, aquilo que escapa ao seu domínio, porque inerente ao sistema de poder consagrado no âmbito de toda ordem jurídica soberana. Presume-se, em direito das gentes, que os governantes habilitados, segundo suas regras, à assunção de compromissos internacionais – todos eles, observe-se, vinculados ao Poder Executivo – procedem na conformidade da respectiva ordem interna, e só excepcionalmente uma conduta avessa a essa ordem poderia, no plano internacional, comprometer a validade do tratado⁹⁴¹.

Não obstante, se o Presidente da República ratificar um tratado internacional que acarrete encargos ou compromissos gravosos ao

939. Na acepção construída por PAULO DE BARROS CARVALHO, *op. cit.*, p. 47.

940. Em sentido contrário, ver PAUL REUTER, *op. cit.*, p. 216.

941. *Op. cit.*, p. 57.

patrimônio público sem que o Congresso tenha referendado o texto, o Chefe do Poder Executivo federal incorrerá em crime de responsabilidade, por atentar contra o Texto Constitucional⁹⁴².

Por todo o exposto, segundo a óptica adotada, conclui-se que o referendo parlamentar não se insere na cadeia constitutiva de tratados internacionais. Antes, figura como condição necessária para que o Presidente assuma, validamente, em face da ordem interna, a condição de representante apto a assinar acordos que impliquem encargos gravosos ao patrimônio nacional.

Para além dessa importante finalidade, o referendo pode ser considerado uma das etapas do procedimento de reprodução do conteúdo do tratado internacional no interior do sistema jurídico brasileiro, cujo ato derradeiro é o decreto presidencial, como veremos adiante.

5. O ingresso do conteúdo dos tratados internacionais na ordem interna, de acordo com a Constituição de 1988

5.1. Crítica às teorias da adoção, incorporação, transformação e ordem de execução

Dissemos que a ratificação é um ato facultativo de competência dos representantes plenipotenciários de cada Estado. Todavia, uma vez realizada a troca dos instrumentos de ratificação, pela qual o tratado adquire validade perante o sistema internacional, os Estados têm o dever de cumpri-lo, sob pena de sofrerem represálias, embargos comerciais ou, em último caso, intervenção armada. Desse modo, o conteúdo do tratado deve ser introduzido no sistema estatal, seja mediante a estipulação de cláusulas de recepção automática, seja adotando-se procedimentos especiais.

O direito internacional é indiferente ao modelo de incorporação eleito por cada Estado, sendo bastante o cumprimento de boa-fé⁹⁴³. Cada Estado constrói o método que lhe convém e de

942. Artigo 85, *caput*, da Constituição de 1988.

943. O Tratado de Havana, em seu artigo 4º, prescreve que os tratados devem ser publicados, no interior do sistema estatal, depois da troca de ratificações.

acordo com os valores positivados nas respectivas constituições. É, enfim, um problema de direito interno⁹⁴⁴.

Diante dessa circunstância, a doutrina construiu diversas teorias para explicar as opções jurídicas dos Estados para a recepção dos acordos internacionais.

A teoria da adoção aplica-se quando as normas de direito das gentes são recepcionadas, diretamente, pelo ordenamento interno, mediante cláusulas automáticas. O tratado, nesse sentido, passa a integrar a ordem interna, porém sem deixar sua natureza internacional, isto é, a interpretação e a revogação devem respeitar os princípios e mecanismos do direito das gentes⁹⁴⁵.

De outro lado, a teoria da transformação ou de incorporação⁹⁴⁶ pressupõe que o acordo internacional seja inserido no direito interno pelas fontes próprias do sistema estatal⁹⁴⁷, motivo por que o tratado perde sua qualidade internacional.

Por fim, a teoria da ordem de execução defende que os tratados ingressam no direito interno de acordo com procedimentos previstos pelo próprio sistema estatal. Mas, ainda assim, não perdem seu caráter internacional. A publicação do conteúdo do acordo no sistema estatal teria “unicamente o significado de liberar a aplicação, no interior do Estado, da norma de Direito Internacional, sem por isso modificar o seu fundamento de validade, seus destinatários e seu contexto sistêmico”⁹⁴⁸.

Perceba o leitor que, até então, seguimos utilizando frases como o tratado ingressa no direito interno, o acordo se incorpora ao sistema estatal etc. Agora, passamos a explicar teorias que sustentam o ingresso do tratado, porém mantendo sua natureza internacional, ou, em contrapartida, a transformação em direito interno, alterando-lhe os fundamentos de validade e as regras de

944. Nesse sentido, BETINA GRUPENMACHER, op. cit., p. 69.

945. FELIPE FERREIRA SILVA, *Tributário: a relação entre a ordem jurídica interna e os tratados internacionais*, p. 77.

946. CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO, op. cit., p. 122.

947. PAULO AIRES BARRETO, op. cit., p. 166.

948. LUIS EDUARDO SCHOUEIRI, *Planejamento fiscal através dos acordos de bitributação*, p. 35.

revogação. Mas, segundo a perspectiva pela qual compreendemos a relação entre o direito internacional e o estatal, é possível dizer, sem brigar com a lógica interna de cada ordenamento jurídico, que o tratado – ou seu conteúdo – ingressa ou incorpora-se à ordem interna, transformando-se em lei estatal? Ou, por outro lado, que, mediante cláusulas de recepção plena ou por ordens de execução, o tratado é aplicado no sistema estatal, porém sem perder sua natureza internacional? Ou até mesmo, seguindo a teoria monista de ALBERTO XAVIER⁹⁴⁹, pode-se falar que o tratado ingressa como tal no direito positivo interno?

Num quadro de pluralismo de sistemas jurídicos, é importante reconhecer que os ordenamentos interagem uns com os outros. Os sistemas jurídicos são sistemas abertos e se comunicam entre si e entre os subsistemas sociais. Mas a abertura deve ser compreendida apenas sob o aspecto semântico-pragmático: o sistema jurídico recolhe os mais diversos conteúdos-de-referência do meio ambiente⁹⁵⁰. Sob o ângulo sintático, todavia, o sistema é fechado: os elementos pertencentes ao entorno ingressam para o sistema tão-somente à medida que forem inseridos por veículos catalogados pelo próprio ordenamento, ou seja, em sintonia com o específico modo-de-produção do sistema jurídico, passando a ocupar o espaço de hipóteses ou de conseqüentes normativos⁹⁵¹. A informação é de superior relevância, porque acentua o caráter autoreferencial e autopoietico⁹⁵² dos sistemas de direito positivo. O ordenamento reproduz a si mesmo, controlando esse movimento dialético – normas produzem normas – mediante as regras de estrutura. KELSEN observa, com rigor, que o sistema jurídico contém, como integrante constitutivo, normas de criação e transformação de

949. Op. cit., p. 120.

950. LOURIVAL VILANOVA, op. cit., p. 180.

951. *Idem*, *Causalidade e relação no direito*, p. 9. Cf. PAULO DE BARROS CARVALHO, op. cit., p. 46.

952. Expressão construída pelos cientistas chilenos HUMBERTO R. MATURANA e FRANCISCO J. VARELA (*A árvore do conhecimento*, p. 52) para representar a qualidade dos seres vivos de se autocomporem, e que foi empregada no estudo dos sistemas sociais pelo sociólogo alemão NIKLAS LUHMANN (*El derecho de la sociedad*, p. 100).

normas. As normas de produção estão dentro do sistema de direito positivo. Não são metasistemáticas: são metanormas⁹⁵³. E o ato de aplicação das normas de competência não produz fatos sociais, econômicos ou políticos, mas outras unidades normativas, outros elementos do próprio sistema. Por esse modo, o ordenamento jurídico mantém sua unidade e independência operacional diante do meio, reconhecendo os demais subsistemas e processando informações de acordo com sua peculiar estrutura⁹⁵⁴.

Além disso, o intercâmbio de informações entre os sistemas estatais e interestatais não significa que os elementos de um passem para o outro. Ambos permanecem como unidades autônomas em virtude de seu peculiar modo-de-produção. LOURIVAL VILANOVA, sobre esse aspecto, ensina que “os dados éticos, sacrais, econômicos, políticos, científicos e de outros sistemas de valores ingressam no interior do sistema normativo-jurídico, sem desfazerem-se como sistemas também autônomos, mas amoldam-se, de algum modo, às formas sintagmáticas que a gramática do sistema jurídico impõe”⁹⁵⁵.

Desse modo, quando o sistema jurídico estatal reproduz o conteúdo de tratado internacional, é equivocado sustentar que o acordo se transforme em direito interno, mediante as fontes formais⁹⁵⁶. O tratado, na acepção de veículo introdutor de normas do direito das gentes, assim como no sentido de conteúdo normativo⁹⁵⁷, continua a pertencer ao sistema internacional. Nesse passo, também não se pode falar em incorporação⁹⁵⁸, que pressupõe a idéia de inclusão, admissão etc.⁹⁵⁹. Afinal, os sistemas estatais e internacionais são conjuntos secantes⁹⁶⁰, ou seja, os elementos

953. LOURIVAL VILANOVA, *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, p. 165.

954. JUAN ANTONIO GARCIA AMADO, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, p. 137.

955. *Causalidade e relação no direito*, p. 9.

956. Em sentido contrário, PAULO AIRES BARRETO, op. cit., p. 166.

957. Distinção analítica entre *norma introdutora* e *norma introduzida* formulada por PAULO DE BARROS CARVALHO, op. cit., p. 46.

958. BETINA GRUPENMACHER, op. cit., p. 68.

959. Dicionário eletrônico HOUAISS, verbete *incorporação*.

960. ALFRED TARSKI (Op. cit., p. 102) denomina-os conjuntos *mutuamente excludentes* ou *disjuntos*.

contidos em um não pertencem ao outro, porque os critérios que os reúne na forma-de-conjunto são diferentes. Por fim, tampouco se admite a teoria da ordem de execução⁹⁶¹, pela qual o tratado manteria sua natureza internacional, mas com a possibilidade de vir a ser aplicado internamente. O motivo é que o processo de positivação⁹⁶² de qualquer norma requer sua pertinência ao sistema. O direito positivo é um sistema autopoietico. Os elementos normativos são produzidos a partir de outros membros do conjunto. Pensar que o tratado internacional possa ser aplicado no âmbito interno é absorvê-lo como elemento desse sistema, perdendo a denominada natureza internacional. Como dissemos, os ordenamentos estatais e internacionais são mutuamente excludentes: ou a norma pertence ao sistema interno ou ao externo. Conseqüentemente, adotando-se essas premissas, é falsa a proposição de que o tratado vige no sistema interno, mas como norma de caráter internacional⁹⁶³.

Peias mesmas razões, não se pode aceitar que o tratado internacional ingresse, como tal⁹⁶⁴, no sistema jurídico interno, incorrendo no mesmo erro lógico dos que sustentam a teoria da ordem de execução. Os tratados são veículos introdutores de normas nos sistemas interestatais, porque, como vimos, o modo-de-produção específico desses instrumentos está previsto em normas de estrutura do direito das gentes. Constituição, emendas, leis complementares, leis ordinárias etc., por outro lado, são instrumentos inaugurais ou introdutores de normas no sistema jurídico brasileiro. Como sistemas disjuntos, insistimos, ou a norma pertence ao sistema internacional ou ao sistema estatal. Não há uma terceira possibilidade. Nesse sentido, da mesma maneira como não se concebe que emendas à Constituição, leis ordinárias, decretos legislativos etc. insiram normas em sistemas jurídicos

961. LUÍS EDUARDO SCHOUEI, op. cit., p. 153, e FELIPE FERREIRA SILVA, op. cit., p. 79.

962. No sentido empregado por PAULO DE BARROS CARVALHO, op. cit., p. 89.

963. Adotando posição diversa, HELENO TAVEIRA TÔRRES, op. cit., p. 577.

964. ALBERTO XAVIER, op. cit., p. 120.

internacionais, de igual modo é insustentável, de acordo com os pressupostos adotados neste estudo, que o tratado veicule regras no interior dos ordenamentos estatais.

Nesse sentido é a lição de PAULO DE BARROS CARVALHO:

Reclamação do conteúdo do tratado internacional, bem como os convênios interestaduais, não são portadores de força vinculante. É imperioso, por decorrência do princípio da legalidade, que a ordem jurídica recoiha a matéria desses atos multilaterais de vontade, sem o que não se dá a produção de efeitos no plano interno.⁹⁶⁵

Por todas essas considerações, não é correto afirmar que o tratado ingresse ou se incorpore ao sistema jurídico interno, mantendo sua natureza internacional, ou, bem ao gosto dos dualistas, que se opere sua transformação em direito estatal. Compreendemos que os Estados, incumbidos que estão de obedecer aos termos do tratado internacional, devem reproduzir o conteúdo dos acordos no âmbito interno. Não o fazem, repetimos, incorporando-os ou transformando-os. Antes, produzem textos normativos cujo conteúdo corresponde aos dos tratados⁹⁶⁶. E a construção se realiza de acordo com específico procedimento previsto pelas normas de estrutura veiculadas pelas constituições dos Estados.

5.2. O processo de produção do veículo cujas normas reproduzem o conteúdo dos tratados internacionais

Não há relação sintática entre o processo de constituição dos tratados internacionais celebrados pelo Brasil e o das normas jurídicas internas que reproduzem o conteúdo daqueles acordos. Assim como o referendo parlamentar e o decreto presidencial não participam da cadeia de formação dos tratados, os atos internacionais tampouco integram o processo interno de reprodução do texto convencional. Todavia, é interessante observar que

965. Op. cit., p. 73.

966. O fenômeno é um pouco diferente quando há cláusulas de recepção automática, tema que será abordado quando falarmos sobre o artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988.

existe relação semântica: as normas internas pretendem corresponder ao conteúdo do tratado, exatamente para que este seja cumprido no interior do sistema brasileiro. Desse modo, se não houver a assinatura do projeto de tratado, autenticando seu conteúdo, não há produção de efeitos no plano interno. O veículo cujo teor equivale ao do acordo internacional.

A iniciativa do procedimento interno cabe tão-somente ao Chefe do Poder Executivo federal⁹⁶⁷, porque lhe compete celebrar tratados internacionalmente. Segundo o artigo 84, inciso I, do Congresso Nacional quando representarem encargos gravosos ao patrimônio público. Dessa maneira, após a autenticação do projeto de tratado, o Presidente da República, se houver interesse na conclusão do acordo, deve remetê-lo, por mensagem, ao parlamento federal, que poderá rejeitá-lo ou aprová-lo, mediante voto favorável da maioria simples. É importante frisar que o Congresso não poderá alterar o texto do projeto, porque corresponde ao do tratado internacional, cuja assinatura lhe confere imutabilidade. O referendo é veiculado por decreto legislativo, abrindo espaço para que o Presidente, no plano externo, ratifique o tratado. Depois, o Chefe do Poder Executivo federal deve promulgar o texto e publicá-lo para que as normas internas que reproduzem o conteúdo do tratado adquiram valor no sistema jurídico brasileiro. E o instrumento próprio para veiculá-las é o decreto presidencial. Segundo FRANCISCO REZZK, "cuida-se de um decreto, unicamente porque os atos do chefe de Estado costumam ter esse nome"⁹⁶⁸.

O procedimento de reprodução do conteúdo do tratado é diferente do processo de constituição de leis ou de outros veículos do sistema jurídico brasileiro. Confere-se ao Presidente da República um poder decisório ímpar, exatamente porque lhe cabe manter relações com Estados estrangeiros e celebrar tratados. A participação do Congresso Nacional, no caso em que lhe compete intervir, é decisiva, porém, limitada: o texto do acordo não pode ser alterado. E, ainda que haja o referendo, a conclusão do tratado

967. PEDRO B. A. DALLARI, *Constituição e tratados internacionais*, p. 89.

968. Op. cit., p. 79.

depende única e exclusivamente da vontade do Chefe do Poder Executivo federal, que poderá deixar de ratificá-lo. Diversamente do que ocorre quanto ao veto presidencial, que poderá ser derrubado pela maioria absoluta dos Deputados e Senadores, consoante o artigo 66, § 4º, da CRFB/88, por outro lado, na hipótese do tratado internacional, se o Presidente da República não realizar a troca dos instrumentos de ratificação, o Congresso nada poderá fazer⁹⁶⁹.

Por esse motivo, não compete às leis, ordinárias ou complementares, veicular normas cujo conteúdo corresponde ao teor de tratados internacionais. Como vimos, há um procedimento específico para que se atenda a tal finalidade, cujo ato terminal é um decreto do Presidente da República⁹⁷⁰.

Muitos autores compreendem que o decreto legislativo insere as normas internas correspondentes ao tratado internacional⁹⁷¹. É difícil, porém, sustentar tal raciocínio, pois, em primeiro lugar, o referendo se faz necessário apenas quando o tratado represente encargos gravosos ao patrimônio nacional; depois, porque a ratificação dos acordos internacionais é ato discricionário: o Presidente poderá fazê-lo ou não. E, se não o fizer, o tratado não será válido, isto é, não passará de um projeto.

Diante disso, se a finalidade do mecanismo interno de reprodução do conteúdo do tratado é justamente fazer com que sejam cumpridas as disposições acordadas internacionalmente, evitando represálias e demais sanções por parte de outros Estados, não é razoável pensar que o decreto legislativo, anteposto, cronologicamente, ao ato de ratificação, veicule, no âmbito do direito interno, o conteúdo dos tratados.

5.3. O artigo 5º, § 2º da Constituição de 1988

Muito se discute a respeito do significado que se deve atribuir ao artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988:

969. CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO, op. cit., p. 128.

970. FELIPE FERREIRA SILVA, op. cit., p. 102.

971. Nesse sentido, HELENO TAVEIRA TÔRRES, op. cit., p. 564, e TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM, op. cit., p. 208.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

ALBERTO XAVIER, por exemplo, compreende que o enunciado veicula *cláusula geral de recepção automática plena*. Dessa maneira, todos os tratados, ainda que não versem sobre direitos e garantias, ingressariam, *diretamente*, no sistema jurídico brasileiro, independentemente de procedimentos específicos de incorporação ao ordenamento interno. De qualquer sorte, consoante o autor, os tratados sobre matéria tributária sempre integrariam, automaticamente, o sistema nacional, porque dizem de perto com direitos e garantias, como a propriedade privada, a liberdade de comércio e a proibição do confisco⁹⁷².

HELENO TÔRRES sustenta que, em face do dispositivo constitucional, os tratados passariam a valer na ordem interna desde o momento em que ratificados, porque somente a partir desse ato a República Federativa do Brasil é considerada parte no acordo internacional. E o conteúdo do tratado ingressaria no plano constitucional, especificamente no texto do artigo 5º, não podendo sequer ser modificado por emenda à Constituição, a teor do artigo 60, § 4º, da CRFB/88. Todavia, ao contrário de ALBERTO XAVIER, HELENO TÔRRES parece compreender que apenas os tratados sobre direitos humanos seriam recepcionados nessa conformidade⁹⁷³.

Compreendemos que o artigo 5º da Constituição de 1988 veicula um sem-número de direitos e garantias individuais e

972. Op. cit., p. 124.

973. Op. cit., p. 573. É também o entendimento de BETINA GRUPENMACHER, op. cit., p. 84.

coletivos. Mas essa especial classe de norma – direitos e garantias individuais e coletivos – não está denotativamente enumerada tão-somente pelos incisos do referido artigo, mas se derramam por todo o Texto Constitucional⁹⁷⁴, seja em função do regime e princípios por ela albergados, seja em decorrência dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte. HELENO TÔRRES⁹⁷⁵ bem viu que ser parte de tratados internacionais significa ratificá-los. Somente depois desse ato é que o enunciado do acordo relativo a direitos e garantias passa a valer no interior do sistema brasileiro, como se estivesse inscrito na CRFB/88. Portanto, o § 2º consubstancia-se em cláusula de recepção automática, motivo por que os direitos e garantias previstos em acordos interestatais adquirem validade na ordem interna independentemente da publicação de decreto presidencial.

A recepção automática não significa prescindir do referendo do Congresso Nacional, que se faz necessário sempre que o tratado, como um todo, representar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio público.

É importante registrar que o § 2º não se refere apenas aos direitos e garantias individuais e coletivos. Ainda que o artigo 5º e seus incisos lhes digam respeito de maneira específica, não se pode esquecer que estão inseridos no título dos direitos e garantias fundamentais. Por esse motivo é que o § 1º foi expresso ao prescrever que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. E, nessa linha, o § 2º também não se limita aos direitos e garantias individuais e coletivos, porque se refere aos direitos e garantias expressos nesta Constituição, ou seja, aos direitos e garantias fundamentais, gênero do qual são espécies os (i) direitos e garantias individuais e coletivos, (ii) os direitos sociais, (iii) o direito à nacionalidade (iv) os direitos políticos etc. Logo, o artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988 recepciona, automaticamente, todos os enunciados que se referam

974. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, p. 292.

975. Op. cit., p. 572.

a direitos e garantias fundamentais, quando veiculados por acordos de que o Brasil faça parte⁹⁷⁶.

Do quanto se disse, percebe-se que não conferimos ao artigo 5º, § 2º a amplitude semântica atribuída por ALBERTO XAVIER. Estivéssemos interpretando a Constituição do Paraguai, por exemplo, cujo artigo 141 prescreve que quaisquer tratados internacionais, independentemente do conteúdo, desde que aprovados pelo Congresso e ratificados, integram o ordenamento interno⁹⁷⁷, concordaríamos, então, com referido autor. Mas a Constituição de 1988, no artigo 5º, § 2º, como vimos, atribuiu a recepção automática tão-somente aos direitos e garantias fundamentais⁹⁷⁸.

A expressão direitos e garantias fundamentais é plurissignificativa, podendo ser definida segundo a distinção entre princípios e normas, ou adotando-se como atributo a generalidade dos enunciados prescritivos ou o grau de hierarquia sintática ou axiológica que ocupam nos esquadros de determinado sistema jurídico, como resume ROBERT ALEXY⁹⁷⁹. Prevalece na doutrina a idéia de que todos se hospedam no altiplano constitucional, mantendo íntima relação com a figura do Estado e o papel que desempenhou no curso da história. Diante disso, muitos autores classificam-nos como direitos de 1ª, 2ª e 3ª geração.

Os direitos de 1ª geração são os denominados direitos individuais. Consoante PAULO BONAVIDES⁹⁸⁰, os direitos dessa espécie nasceram a partir das idéias liberais da Revolução Francesa e se caracterizam por serem de titularidade do homem singular, do

976. Nesse sentido, FLÁVIA PIOVESAN, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 89. Todavia, com a edição da Emenda Constitucional nº 45/04, que acresceu ao artigo 5º o parágrafo 3º, os enunciados previstos em tratados internacionais sobre *direitos humanos*, serão recepcionados, de maneira automática, no ordenamento jurídico brasileiro, e, além disso, se o texto for aprovado, nas duas Casas do Congresso, por um *quorum* de 3/5, os enunciados dos acordos internacionais serão considerados como se inseridos por emenda à Constituição.

977. PEDRO B. A. DALLARI, op. cit., p. 39.

978. Nesse sentido, BETINA GRUPENMACHER, op. cit., p. 83.

979. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 243.

980. *Curso de direito constitucional*, p. 518.

indivíduo, além de sugerirem resistência e oposição em face do Estado. São exemplos os direitos civis e políticos, bem como muitas prerrogativas atribuídas aos contribuintes, como a legalidade estrita, a proibição de confisco, a propriedade etc.

Já os direitos de 2ª geração decorrem da idéia de Estado Social e têm por principal característica a defesa da sociedade, da coletividade e da cultura, ressaltando o valor igualdade. Diferentemente dos de 1ª geração, os direitos sociais, coletivos e culturais reclamam uma participação ativa do Estado⁹⁸¹.

Por fim, os direitos de 3ª geração surgem do reconhecimento de que o progresso mundial depende, em grande medida, de se conferir ampla proteção à pessoa humana, concebendo-a como valor supremo⁹⁸². Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, o valor da dignidade da pessoa humana, do qual são corolários todos os direitos da personalidade, proibição de abuso, tortura etc., passou a fazer parte das constituições dos Estados contemporâneos, destacando-se como fundamento da República Federativa do Brasil.

PAULO BONAVIDES distingue os direitos das garantias fundamentais⁹⁸³. Se, por um lado, os direitos são aqueles que se incluem em uma das três classes acima descritas, as garantias se preordenam à proteção e à concretização daqueles direitos. O principal exemplo são os conhecidos remédios constitucionais, como o mandado de segurança, o habeas corpus, enquanto instrumentos voltados a assegurar o gozo dos direitos fundamentais de 1ª geração, ou a ação civil pública e a ação popular, como mecanismos de defesa dos interesses coletivos, sociais, econômicos e políticos.

A digressão foi um pouco longa, mas importante para fixarmos o âmbito semântico da cláusula de recepção automática prevista no artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988.

De acordo com as premissas adotadas, conclui-se que apenas os direitos e garantias fundamentais previstos em tratados, são

981. *Ibid.*, p. 519.

982. PAULO BONAVIDES, *op. cit.*, p. 523.

983. *Ibid.*, p. 493. Nesse sentido, ver JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, *Constituição Federal anotada*, p. 425.

recepcionados, de forma automática, pelo Texto Constitucional, vindo a neste integrar-se. Tais direitos e garantias, como vimos, não se limitam aos direitos humanos⁹⁸⁴, componentes da 3ª geração, mas se estendem a todos aqueles que se referem à liberdade, ao trabalho, ao meio ambiente, à cultura, ao desporto etc., bem como aos direitos fundamentais dos contribuintes⁹⁸⁵.

Como exemplo, podemos citar os tratados internacionais relativos ao fenômeno da pluritributação, que veiculam desde princípios fundamentais, como o da não-discriminação, passando pelas definições de estabelecimento permanente, espécies de rendimentos, até dispositivos sobre alíquotas. Os enunciados que dizem respeito ao princípio da não-discriminação, reconhecido como direito fundamental dos contribuintes, bem como aqueles que garantem sua aplicação, são recepcionados, no plano constitucional, tão logo ocorra a ratificação do tratado. Os demais, ainda que estejam contidos no mesmo acordo, devem ingressar segundo o específico modo-de-produção previsto pela Constituição de 1988, conforme descrito no item 1.4.2.

6. Posição hierárquica das normas que reproduzem o conteúdo dos tratados em matéria tributária e conflito com demais normas internas

Tudo o que dissemos até então, desde o debate entre *unidade* e *pluralidade* dos sistemas jurídicos, passando pelos processos de produção de tratados e do decreto presidencial que reproduz o conteúdo dos acordos no âmbito interno, até o estudo sobre o contorno semântico da cláusula de recepção automática veiculada pelo artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988, teve por finalidade construir a base sobre a qual pretendemos responder às seguintes questões:

- 1) Qual o nível hierárquico que passa a ocupar o decreto presidencial responsável por introduzir normas cujo

984. Em sentido contrário, BETINA GRUPENMACHER, *op. cit.*, p. 84.

985. O STF, na ADIn 939-7, DJU de 17.12.93, reconheceu que o princípio da anterioridade, por exemplo, é direito individual do contribuinte e, por isso, incontornável mesmo por Emenda à Constituição.

conteúdo corresponde ao teor dos tratados internacionais em matéria tributária? E nos casos de direitos e garantias fundamentais, em que a recepção lhes é conferida pela cláusula automática do artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988?

2) Na hipótese de antinomias entre normas internas que reproduzem o conteúdo do tratado e outras normas internas, quais devem prevalecer?

A doutrina brasileira seguiu por diversos caminhos.

ALBERTO XAVIER sustenta que os tratados gozam de superioridade hierárquica em face das leis internas, seja em virtude do princípio *pacta sunt servanda*, estampado nos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena, seja porque o artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988 recepciona, como tal, os acordos interestatais, apenas sendo suscetíveis de revogação pelo mecanismo da denúncia e jamais por instrumentos de direito interno. Conclui seu raciocínio afirmando que os tratados, como regra, assumem posição supralegal, mas infraconstitucional, e, no que respeita aos direitos e garantias individuais, supraconstitucional⁹⁸⁶.

HELENO TÔRRES também advoga a tese da superioridade dos tratados diante das leis, apoiando-se no princípio da prevalência de aplicabilidade das normas internacionais. Consoante o autor, referido primado pode ser construído a partir dos artigos 4º, 5º, § 2º, 178, § 1º, e 192, todos da CRFB/88, bem como do artigo 98 do Código Tributário Nacional⁹⁸⁷.

Por fim, PAULO AIRES BARRETO compreende que os tratados internacionais, na medida em que são veiculados, na ordem interna, por decreto legislativo, situam-se no mesmo plano hierárquico da lei ordinária, exceto quanto aos direitos e garantias individuais, hipótese em que os enunciados do acordo consideram-se como se estivessem inscritos no Texto Constitucional. Nos demais casos, a prevalência decorre da especialidade da norma convencional em face da lei interna⁹⁸⁸.

986. Op. cit., p. 125. Ver, no mesmo sentido, LUIS EDUARDO SCHOUERI, op. cit., p. 155.

987. Op. cit., p. 571-582.

988. Op. cit., p. 168 e 169. No mesmo sentido, cf. LUCIANO DA SILVA AMARO, *Direito tributário brasileiro*, p. 170.

A Constituição de 1988 não veiculou regra geral conferindo superioridade aos tratados⁹⁸⁹ em face das demais normas internas, como fizeram as Constituições da França⁹⁹⁰, da Grécia⁹⁹¹ e da Argentina⁹⁹². As normas brasileiras sobre prevalência se circunscrevem aos direitos e garantias fundamentais⁹⁹³ (art. 5º, § 2º), ao transporte internacional (art. 178, caput) e à participação do capital estrangeiro no sistema financeiro pátrio (art. 52 do ADCT/88). Por esse motivo, diante da especificidade dos enunciados constitucionais acima referidos, não é possível sustentar a construção indutiva de um princípio de prevalência de aplicabilidade das normas internacionais. Tampouco vale argumentar que a primazia dos tratados interestatais em face da lei interna decorre dos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena⁹⁹⁴, porquanto, em primeiro lugar, o Brasil não a ratificou; depois, ainda que o tivesse feito, os dispositivos em comento apenas prescrevem que, independentemente das normas internas, os pactos têm valor no âmbito internacional e, por essa razão, devem ser cumpridos, sob pena de represálias e demais sanções.

Se tomarmos o direito como conjunto de normas que se relacionam entre si, formando um sistema, percebemos que as unidades normativas se conectam sintaticamente umas às outras por vínculos de coordenação e subordinação, conferindo ao

989. Em rigor, deveria ser *normas que reproduzem o conteúdo de tratados*, porém, em homenagem à facilidade de comunicação e à economia de palavras, usaremos apenas *tratados*.

990. Constituição francesa de 1958, artigo 55: *Os tratados ou acordos devidamente ratificados e aprovados terão, desde a data de sua publicação, autoridade superior à das leis, com ressalva, para cada acordo ou tratado, de sua aplicação pela outra parte.*

991. Constituição da Grécia de 1975, artigo 28, § 1º: *As regras de direito internacional geralmente aceitas, bem como os tratados internacionais após sua ratificação (...), têm valor superior a qualquer disposição contrária das leis.*

992. Constituição da Argentina, texto de 1994, artigo 75, § 22: *(...) os tratados e concordatas têm hierarquia superior à das leis.*

993. Especialmente se os tratados internacionais se incluírem na classe daqueles sobre *direitos humanos*, em face do disposto no artigo 5º, § 3º, da CRFB/88.

994. Artigo 26: *Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé.* Artigo 27: *Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.*

ordenamento jurídico uma estrutura hierarquizada. A hierarquia, porém, não decorre da generalidade ou da composição lógica das regras jurídicas, mas do critério de validade: as normas que fundamentam a construção de outras normas lhes são superiores. O liame hierárquico pode ser formal ou material, conquanto as normas condicionem o agente competente e o procedimento adequado para a produção das normas inferiores ou o conteúdo dentro do qual estas poderão movimentar-se⁹⁹⁵.

Do ponto de vista do direito positivo brasileiro, a Constituição de 1988 é o fundamento último de validade de todas as demais regras constitutivas do sistema jurídico, veiculando normas de estrutura responsáveis pela produção de emendas, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, decretos legislativos, resoluções, medidas provisórias etc. Com exceção das emendas, cujas regras introduzidas ocupam o subsistema constitucional, todos os demais instrumentos estão no mesmo patamar hierárquico, na medida em que buscam fundamento de validade na Constituição. Apenas se poderia cogitar de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, por exemplo, e somente se aquela veiculasse condições formais ou materiais a serem respeitadas por esta, como ensina JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES⁹⁹⁶.

Pois bem. A partir da leitura do Texto Constitucional, construímos duas vias pelas quais o conteúdo dos acordos passa a compor a ordem jurídica interna: pela cláusula de recepção automática do artigo 5º, § 2º, reservada aos direitos e garantias fundamentais; e, nos demais casos, pelo procedimento específico de produção de normas que correspondem ao teor dos tratados, cujo ato derradeiro é o decreto presidencial⁹⁹⁷.

995. PAULO DE BARROS CARVALHO, *op. cit.*, p. 136.

996. *Lei complementar tributária*, p. 54 e seguintes.

997. A EC nº 45/2004 acrescentou o § 3º ao artigo 5º da Carta da República, conferindo aos tratados sobre direitos humanos a mesma posição sintática das emendas constitucionais, desde que o texto do projeto seja aprovado, pelas duas Casas do Congresso, em dois turnos, por 3/5, no mínimo, dos votos dos respectivos membros. A norma constitucional não tem o condão de recepcionar, diretamente, os tratados sobre direitos humanos, ou seja, desde a data de sua ratificação, porque sua formulação lingüística difere bastante do enunciado do artigo 5º, § 2º, da CRFB/88. Desse modo, numa aproximação ligeira, dada a exigüidade de tempo para refletir sobre o assunto, tais tratados

Os enunciados dos acordos relativos a direitos e garantias fundamentais, como visto no item 1.4.3, são recepcionados, automaticamente, na ordem interna, tão logo ocorra a ratificação, vindo a integrar-se no altiplano do subsistema constitucional, porque o veículo interno responsável pelo ingresso é o próprio artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988. Mas isso não significa atribuir-lhes posição supraconstitucional, como pretende ALBERTO XAVIER, porque se sujeitam ao controle de constitucionalidade (art. 102, III, b)⁹⁹⁸. Desse modo, as normas dos tratados que são inseridas no ordenamento brasileiro pelo art. 5º, § 2º, figuram no subsistema constitucional, assim como as regras correspondentes aos tratados sobre direitos humanos, tendo em vista o disposto no § 3º daquele artigo.

Diversamente, os decretos presidenciais responsáveis por veicularem normas que correspondem ao conteúdo dos tratados se hospedam no mesmo patamar das leis ordinárias e complementares, porque o modo-de-produção desses decretos (agente + procedimento + conteúdo) está previsto na Constituição da República. Logo, não há, em princípio, hierarquia entre referidos decretos presidenciais, leis complementares e leis ordinárias.

Uma vez observado o nível hierárquico que as normas correspondentes ao conteúdo de tratados passam a ocupar nos quadrantes do direito positivo brasileiro, resta saber se tais regras prevalecem sobre outras normas internas, veiculadas por leis ordinárias, por exemplo, que lhes sejam contrárias ou contraditórias.

Dentro de uma concepção pluralista, podemos afirmar não haver conflitos entre normas estatais e internacionais, por pertencerem elas a sistemas diversos. As antinomias poderão ocorrer se, e somente se, o sistema interno reproduzir o conteúdo de acordos interestatais que sejam incompatíveis em face das demais normas. Não há, também, contradições ou contrariedades normativas do ponto de vista de um sistema de direito positivo internacional em face da ordem interna.

sobre direitos humanos devem seguir o procedimento normal de “inserção”, vale dizer, o “ingresso” apenas se dá mediante o decreto presidencial.

998. STF – RE 206.482-3/SP – Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – DJU de 05.09.2003.

Dessa maneira, se, porventura, o Brasil participasse de rigoroso tratado sobre a defesa dos direitos humanos e repúdio ao terror, à tortura e ao racismo, mas, no plano interno, fossem produzidas normas que contraditassem as regras internacionais, nesse caso, longe de haver antinomias, o ordenamento internacional concebe a *norma* brasileira não como *unidade deôntica*, mas como fato *ilícito*, sujeitando o País, portanto, às sanções previstas em normas internacionais primárias punitivas e secundárias⁹⁹⁹. Enfim, só é possível conceber antinomias entre normas válidas no interior do mesmo sistema jurídico, seja estatal, seja internacional¹⁰⁰⁰.

As incompatibilidades normativas podem assumir dois tipos: (i) contrariedades e (ii) contradições. Duas regras jurídicas são contrárias quando uma delas torna obrigatória determinada conduta e a outra a proíbe. Por outro lado, duas normas são *contraditórias* quando uma permite certo comportamento e a outra o proíbe, ou quando uma obriga a prática de específica ação e a outra permite que assim não se proceda¹⁰⁰¹.

Seja como for, a presença simultânea de normas válidas e contrárias ou contraditórias entre si faz com que o sistema jurídico perca consistência.

Isso não impede que o ordenamento se estruture como sistema, porque, como vimos, a consistência é característica da Ciência do Direito. Mas é preciso reconhecer que o *non liquet* impõe ao intérprete a necessidade de eleger e aplicar apenas uma das normas jurídicas em face do caso concreto¹⁰⁰². Para orientar a escolha, a dogmática criou três critérios universais de solução de conflitos normativos: *lex superior*, *lex specialis* e *lex posterior*, a serem utilizados nessa ordem de relevância¹⁰⁰³.

999. Muito ao contrário da solução proposta por ALBERTO XAVIER ao mesmo exemplo (op. cit., p. 111).

1000. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., op. cit., p. 206 e 210.

1001. DELIA TERESA ECHAVE *et al.*, *Lógica, proposición y norma*, p. 127.

1002. LOURIVAL VILANOVA, op. cit., p. 196.

1003. RICARDO V. GUARINONI, *Después, mas alto y excepcional. Criterios de solución de incompatibilidades normativas*, p. 550. Cf. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., op. cit., p. 200.

É interessante observar que referidos critérios são responsáveis, num primeiro momento, por classificar as normas em superiores/inferiores, especiais/gerais e posteriores/anteriores; depois, por conferir preferência às regras superiores em face das inferiores, às especiais em face das gerais e às posteriores em face das anteriores¹⁰⁰⁴. Por essa razão, LOURIVAL VILANOVA explica que os critérios de solução de antinomias não são lógicos, mas axiológicos, podendo ou não ser aplicados ou positivados no interior dos sistemas jurídicos¹⁰⁰⁵. O direito brasileiro previu o critério temporal no artigo 2º, § 1º, da LICC, e o da especialidade no § 2º desse mesmo artigo. O critério da superioridade decorre do valor atribuído aos vínculos de subordinação que se estabelecem entre as unidades normativas. Nesse sentido, concordamos com PAULO DE BARROS CARVALHO, para quem a hierarquia é verdadeiro axioma do sistema jurídico, conferindo-lhe estrutura adequada para a resolução de conflitos interpessoais numa sociedade hipercomplexa¹⁰⁰⁶. Além disso, a própria Constituição de 1988 conferiu primazia às normas superiores em face das inferiores, quando prevê, por exemplo, mecanismo de controle concentrado e difuso de constitucionalidade (arts. 103 e 102, III).

Em face do exposto, transpondo essas idéias de Teoria Geral do Direito para a análise do tema específico, podemos concluir que um dispositivo sobre direitos e garantias fundamentais, quando veiculado por tratado, sempre prevalece diante de leis internas que lhe sejam incompatíveis, ainda que posteriores, porque, como vimos, é recepcionado, automaticamente, pelo artigo 5º, § 2º, da CRFB/88. O conflito normativo, portanto, é resolvido, em favor do enunciado convencional, utilizando-se do critério da superioridade hierárquica. O efeito decorrente é o corte da validade do enunciado contrário ou contraditório introduzido por demais leis internas¹⁰⁰⁷.

1004. RICARDO V. GUARINONI, op. cit., p. 551.

1005. Op. cit., p. 202.

1006. *Crédito prêmio de IPI: estudos e pareceres*, p. 8-10.

1007. O corte é realizado tão-só mediante a produção de normas individuais e concretas (controle difuso) ou gerais e concretas (controle concentrado), expedidas pelo Poder Judiciário.

Agora, quando se trata de decretos presidenciais responsáveis por veicular normas cujo conteúdo corresponde ao teor de tratados ("decretos-tratados"), é importante perceber que tais instrumentos introdutórios de normas convencionais ocupam o mesmo nível hierárquico de leis complementares e ordinárias. Entretanto, analisamos no item 1.4.2 que a reprodução do conteúdo dos acordos internacionais, no âmbito interno, é feita mediante procedimento específico cujo ato terminal é o decreto-tratado, expedido pelo Presidente da República¹⁰⁰⁸. Não cabe, pois, à lei complementar ou à lei ordinária, tampouco a mero decreto executivo, veicular normas jurídicas que correspondam aos tratados interestatais. A Constituição de 1988 atribuiu essa prerrogativa tão-somente ao decreto-tratado. Assim como há uma reserva de lei complementar para específicas matérias designadas expressamente pelo Texto Constitucional, há, igualmente, uma reserva de decreto-tratado a fim de que sejam inseridas normas semelhantes aos acordos de direito das gentes. Por essa razão, lei interna (complementar, ordinária etc.) que seja incompatível com decretos-tratados cede-lhes o passo não pelo uso dos critérios de solução de antinomias, mas por um problema de competência¹⁰⁰⁹.

O ex-Ministro LEITÃO DE ABREU, na oportunidade do julgamento do RE 80.004/77¹⁰¹⁰, proferiu voto ressaltando o específico procedimento para a inserção dos tratados na órbita interna, como se verifica do seguinte excerto:

No direito brasileiro, não há texto positivo que corresponda àquele em que se fundou a jurisprudência norte-americana para fixar, quando do conflito entre tratado e lei, o princípio *lex posterior derogat priori*. Alega-se, é verdade, a norma exarada no art. 199, III, b, da Constituição, onde se estatui que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, por outros tribunais, quando a decisão

1008. Nesse sentido, ver FELIPE FERREIRA SILVA, op. cit., p. 107 e 119.

1009. É a opinião de ALBERTO XAVIER (op. cit., p. 148), que chega ao mesmo entendimento por caminho diverso.

1010. STF - Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE - Pleno - DJU de 29.12.1977.

recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Embora figurem nessa prescrição, como sujeitos à censura de constitucionalidade, tanto o tratado como a lei federal, não quer isto dizer que a lei e tratado possuam o mesmo status. Hierarquicamente, ambos, tratado e lei, se situam abaixo da Constituição, sem que isso signifique a equiparação do tratado à lei, que guardam, cada qual, os seus caracteres específicos e diferenciais. Originários ambos de processos criativos díspares, assim como a aplicação direta do tratado, pelos Tribunais, requer autorização constitucional que, em nosso país, a orientação predominante dá como existente, porquanto somente assim pode afastar disposições de lei precedente, assim também a suplantação do tratado por lei posterior exigiria norma constitucional que atribuísse à lei tal eficácia. Dotados ambos, pois, de eficácia formal própria, sem que, na falta de habilitação constitucional para isso, a de um possa prevalecer sobre a de outro, não posso aderir, com referência que merecem as opiniões em contrário, à tese de que a lei, em nossa ordem jurídica, revoga tratado.

Além disso, os decretos-tratados em matéria tributária, especialmente os que versam sobre o fenômeno da pluritributação, são especiais em face das leis internas, porque se destinam a regular o comportamento de determinada classe de pessoas residentes no Brasil e em outro país (tratados bilaterais), enquanto as leis gerais se preordenam a quaisquer não-residentes (denota mais situações). Logo, mesmo que não se compreenda que os decretos-tratados prevaleçam em virtude do critério de competência, ainda assim a primazia lhes é garantida pelo critério da especialidade.

O artigo 98 do Código Tributário Nacional confirma a prevalência, dispondo que "os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha".

Apenas deve ser ressaltado que não são os tratados ou as convenções, como instrumentos introdutórios de normas em sistemas jurídicos internacionais, que revogam ou modificam as leis internas, mas os direitos e garantias recepcionados pelo artigo 5º, § 2º, da CRFB/88 e os demais enunciados que ingressaram no ordenamento interno mediante os decretos-tratados.

A revogação, compreendida como o corte da validade ou da vigência para frente, dá-se quando a incompatibilidade for total. A modificação, enquanto sentido diverso construído a partir da leitura do texto da lei interna mais geral, ocorre na incompatibilidade total-parcial, para utilizar a terminologia de Alf Ross¹⁰¹¹.

7. Regime jurídico tributário internacional geral e convencional

Como regra, a relação entre o modo-de-referência semântico do conjunto das normas sobre a tributação dos não-residentes em geral e o da classe formada pelas regras que correspondem a tratados é de inclusão¹⁰¹², porque as normas gerais brasileiras se referem às remessas feitas para os residentes de quaisquer países, ao passo que os acordos que cuidam do mesmo assunto, em sua maioria bilateral, dizem respeito às remessas entre os residentes do Brasil e os de outro específico Estado.

Em face do exposto, e da prevalência das normas internas correspondentes ao conteúdo dos tratados, é importante separá-los em regime jurídico tributário internacional geral e regime jurídico tributário internacional convencional. Este último deve ser aplicado nas hipóteses em que haja tratado entre os países. Aquele, nos casos em que não houver acordo bi ou multilateral.

1011. *Direito e justiça*, p. 158.

1012. ALFRED TARSKI, *op. cit.*, p. 102.

CONTROLE NORMATIVO DA ELISÃO TRIBUTÁRIA

Luís Cesar Souza de Queiroz
Mestre e Doutor em Direito Tributário pela PUC/SP
Professor Adjunto de Direito Financeiro da UERJ.
Procurador Regional da República.

1. Os termos utilizados: elisão, evasão e elusão

A doutrina e a jurisprudência têm feito uso de diferentes expressões para se referir a basicamente três grandes fenômenos:

- a) um – relativo à adoção de procedimentos explicitamente autorizados pelo ordenamento jurídico (procedimentos lícitos), que podem ser usados com o propósito de incorrer numa menor carga tributária;
- b) dois – relativo à adoção de procedimentos implicitamente autorizados pelo ordenamento jurídico (procedimentos lícitos), que podem ser usados com o propósito de incorrer numa menor carga tributária;
- c) três – relativo à adoção de procedimentos que o ordenamento jurídico proíbe (procedimentos ilícitos), que não podem ser usados com o propósito de incorrer numa menor carga tributária.

Antes de avançar na questão de cunho terminológico, é preciso esclarecer o sentido das expressões “explicitamente” e “implicitamente” presentes no relato aos dois primeiros fenômenos.

O termo “explicitamente” foi utilizado na descrição do primeiro fenômeno com o objetivo de esclarecer que o procedimento