O DIREITO INTERNACIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*

CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO**

1. Palavras iniciais. 2. A extradição e seu controle jurisdicional. 2.1. A deportação do estrangeiro. 2.2. A expulsão do estrangeiro. 2.3. A extradição. 2.3.1. Causas excludentes da extradição. 2.3.2. Crime político, crime comum e atos de terrorismo. 2.3.3. A extradição política disfarçada. 2.3.4. A questão da prisão perpétua. 2.3.5. O objeto da defesa: sistema de contenciosidade limitada. 2.3.6. Os tratados de extradição e a lei brasileira. 3. A entrega de acusados nacionais ao Tribunal Penal Internacional. 4. O conflito entre o direito interno e os tratados e a posição da Corte Suprema brasileira. 4.1. O artigo 98 do Código Tributário Nacional. 4.2. Os direitos e garantias e os tratados firmados pelo Brasil. 4.3. A questão das isenções heterônomas e a isenção de tributos estaduais e municipais por tratado internacional. 5. Conclusão.

1. Palavras iniciais

No desenvolvimento do tema — o Direito Internacional e o Supremo Tribunal Federal — procurarei situar-me em três aspectos deste, que me parecem relevantes: primeiro, a extradição e seu controle jurisdicional, segundo, a questão da entrega de nacionais acusados ao Tribunal Penal Internacional e, terceiro, o conflito entre o direito interno e os tratados internacionais e a posição do Supremo Tribunal Federal.

O segundo aspecto do tema — a entrega de acusados nacionais ao Tribunal Penal Internacional — não foi, ainda, apreciado pelo Supremo Tribunal. Parece-me, entretanto, que, ao cuidarmos da extradição, essa questão não poderia deixar de ser ventilada.

* Texto básico da palestra proferida no I Congresso Internacional de Direito Internacional, promovido pelo Centro de Direito Internacional — CEDIM-MG e pela Faculdade de Direito da UFMG, em Belo Horizonte, MG, em 26.04.2002.

** Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor-Emérito da PUC-MG e da Universidade de Brasília — UnB. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

2. A extradição e seu controle jurisdicional

Em trabalho que escrevi e que se encontra no prelo, examinei a matéria em pormenor — “A Extradição e seu Controle pelo Supremo Tribunal Federal”. Questões lá versadas, que nos parecem essenciais, serão aqui postas, ainda que resumidamente.

Esclareça-se que a extradição de que cuidaremos é a extradição passiva, que diz respeito basicamente ao estrangeiro, na qual o Brasil põe-se na situação de Estado requerido. E diz respeito basicamente ao estrangeiro, por isso que estabelece a Constituição da República que “*nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.*” Cuida o dispositivo constitucional da extradição passiva, dado que não há vedação no caso de o Brasil pedir a extradição de brasileiro que haja cometido crime no Brasil e que tenha se refugiado no exterior.

A extradição do estrangeiro distingue-se dos institutos da deportação e da expulsão, que são também formas de exclusão do estrangeiro do território nacional.

2.1. A deportação do estrangeiro

Poderá ser deportado o estrangeiro que haja entrado irregularmente no Brasil, ou cuja estada no território nacional tenha se tornado irregular, seja por excesso de prazo, seja porque, tendo entrado na condição de turista, aqui esteja exercendo atividade profissional remunerada. A deportação poderá ocorrer por ato da autoridade policial, por exemplo, podendo o estrangeiro, regularizada a sua situação, retornar ao Brasil. A deportação está disciplinada nos artigos 57 até 64 do Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815, de 1980, republicada em 10.12.81, por determinação da Lei 6.964, de 1981. Estabelece o art. 63 do Estatuto que não se procederá à deportação se esta implicar extradição inadmitida pela lei brasileira.

2.2. A expulsão do estrangeiro

Poderá ser expulso, vedado, em princípio, o retorno ao Brasil, o estrangeiro que for condenado por um ou mais dos crimes mencionados no art. 68 da Lei 6.815, de 1980, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais (Lei 6.815/80, art. 65). O parágrafo único do art. 65 do Estatuto elenca, ainda, uma série de faltas que podem ensejar a expulsão do estrangeiro: art. 65, parágrafo único, alíneas “a” até “d”. A expulsão pressupõe inquérito no Ministério da Justiça (art. 70 do Estatuto), cabendo ao Presidente da República decidir sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão ou de sua revogação (art. 66 do Estatuto). Não se procederá à expulsão, se esta implicar extradição inadmitida pela lei brasileira ou quando o estrangeiro tiver cônjuge brasileiro, do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de cinco anos, ou tenha filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua

guarda e dele dependa economicamente. Não constituem, entretanto, impedimento à expulsão a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro superveniente ao fato que a motivar. Verificado o abandono do filho, o divórcio ou a separação, de fato ou de direito, a expulsão poderá efetivar-se a qualquer tempo (Estatuto do Estrangeiro, art. 75, I e II, alíneas “a” e “b”, §§ 1º e 2º).

2.3. A extradição

O instituto da extradição passiva tem as suas linhas mestras inscritas na Constituição, art. 5º, incisos LI e LII, a estabelecerem que “*nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei*” (inc. LI) e que “*não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião*” (inc. LII). Está a extradição disciplinada no Estatuto dos Estrangeiros, Lei 6.815, de 1980, artigos 76 a 94, e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, artigos 207 a 214. O Ministro Francisco Rezek define a extradição como sendo “*a entrega, por um Estado a outro, e a pedido deste, de indivíduo que em seu território deva responder a processo penal ou cumprir pena*”, cuidando-se “*de uma relação executiva, com envolvimento judiciário de ambos os lados: o governo requerente da extradição só toma essa iniciativa em razão da existência de processo penal — findo ou em curso — ante sua Justiça; e o governo do Estado requerido (...) não goza, em geral, de uma prerrogativa de decidir sobre o atendimento do pedido senão depois de um pronunciamento da Justiça local.*”¹

A extradição, portanto, será instrutória, caso em que há um processo penal em andamento no Estado-requerente, autorizada a prisão do extraditando por juiz, tribunal ou autoridade competente do Estado requerente, ou será executória, com base em sentença final de privação de liberdade.

Funda-se o pedido de extradição num tratado entre os dois países, ou, na falta do tratado, na promessa de reciprocidade, se assim o permitir a legislação local. A Lei 6.815/80 dispõe, no seu artigo 76, que “*a extradição poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade*”, competindo ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a extradição solicitada por Estado estrangeiro (C.F., art. 102, I, “g”; Lei 6.815/80, art. 83; RI/STF, arts. 207 a 214).

Apoiada em promessa de reciprocidade, o pedido de extradição poderá ser recusado pelo governo. Fundada, entretanto, em tratado, a recusa não poderá ocorrer.²

1 Francisco Rezek, “*Direito Internacional Público*”, Saraiva, 7ª ed., 1998, págs. 197-198.

2 F. Rezek, ob. cit., pág. 199. Mirtô Fraga, “*O novo Estatuto do Estrangeiro Comentado*”, Forense, 1985, pág. 321. Carolina Cardoso Guimarães Lisboa, “*A Relação Extraditacional no Direito Brasileiro*”, Del Rey Ed., Belo Horizonte, 2001, págs. 122 e segs.

2.3.1. Causas excludentes da extradição

As causas excludentes da extradição estão inscritas no art. 77, incisos I a VIII, da Lei 6.815, de 1980: não se concederá a extradição: I — se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido, ou, acrescenta o inc. LI do art. 5º da Constituição, “*de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei*”. II — quando o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente. É dizer, há de existir a dupla tipificação: que a conduta esteja tipificada como crime no Estado requerente e no Brasil, sem necessidade, entretanto, de coincidência entre os tipos. III — quando o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando. Tem-se, no caso, a questão do concurso de jurisdição penais. Não existindo, no Brasil, procedimento penal-persecutório, prevalecerá a jurisdição estrangeira, decidiu o Supremo Tribunal Federal³. IV — quando tratar-se de crime de pequena gravidade, ou seja, quando a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a um ano. V — quando o extraditando estiver respondendo a processo no Brasil pelo mesmo fato, ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato. VI — quando estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente, devendo a prescrição ser perquirida, separadamente, à luz da legislação do Estado requerente e do Estado requerido⁴. VII — quando o fato constituir crime político. VIII — quando o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção.

2.3.2. Crime político, crime comum e atos de terrorismo

A excludente do inc. VII quando o fato constituir crime político não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal (§ 1º do art. 77), cabendo ao Supremo Tribunal, exclusivamente, a apreciação do caráter da infração (§ 2º), podendo o Tribunal deixar de considerar crimes políticos os atentados contra chefes de Estado ou de quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social (§ 3º do art. 77).

Na Extradição 399-França, Rel. para o acórdão o Ministro Moreira Alves, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “*cabe ao S.T.F., em face das circunstâncias peculiares de cada caso, determinar, no crime complexo que é um misto de crime comum e de crime político, não sendo, pois, pela diversidade de seus elementos*

3 Ext. 638-Itália, Rel. Min. Carlos Velloso, “DJ” de 15.9.95; Ext. 571-Suíça, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 148/10.

4 Ext. 267-Iugoslávia, Rel. Min. Thompson Flores, RTJ 50/145.

constitutivos, delito intrinsecamente político se há, ou não, preponderância, para efeito de extradição, do crime comum”⁵.

Na Extradição 486-Reino da Bélgica, Relator o Ministro Octávio Gallotti, o Supremo Tribunal Federal não destoou do entendimento manifestado na Extradição 399, da França⁶.

No caso Firmenich — Extradição 417-República Argentina, Relator para o acórdão o Ministro Oscar Corrêa, a matéria foi amplamente discutida. Decidiu o Supremo Tribunal Federal pela *“prevalência dos crimes comuns sobre o político, aplicando-se os §§ 1º a 3º do artigo 77 da Lei nº 6.815/80, de exclusiva apreciação da Corte”*, dado que os fatos *“caracterizam, em princípio, terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoas, propaganda de guerra e processos violentos de subversão da ordem”*⁷.

O Supremo Tribunal Federal, está-se a ver, decidiu, no caso Firmenich, ter ocorrido a preponderância do crime comum sobre o político. Francisco Rezek, ao lecionar que *“a extradição pressupõe crime comum, não se prestando à entrega forçada do delinqüente político”* e que *“ao Tribunal incumbe, à luz do critério da preponderância, qualificar os casos fronteiriços”*, acrescenta que *“isso dá ensejo, eventualmente, à divisão de vozes”*. Por isso mesmo, refere-se ao caso Firmenich, lembrando que a extradição *“foi concedida por maioria, após cerrado debate”*⁸.

No caso Falco — Extradição 493-República Argentina, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence a matéria foi novamente discutida e o — entendimento adotado pela Corte, na linha do voto do Ministro Relator, foi no sentido de que os fatos ditos delituosos *“estariam contaminados pela natureza política do fato principal conexo, a rebelião armada, à qual se vincularam indissoluvelmente, de modo a constituírem delitos políticos relativos.”* E mais: *“não constitui terrorismo o ataque frontal a um estabelecimento militar, sem utilização de armas de perigo comum nem criação de riscos generalizados para a população civil.”* Na ocasião, o Tribunal entendeu dispensável o exame da constitucionalidade do art. 77, § 3º, do Estatuto dos Estrangeiros, tendo em vista que decidiu pela inocorrência de terrorismo. Vale a transcrição da ementa do acórdão:

“EMENTA: Extradição. Argentina. Invasão do quartel de La Tablada. Criminalidade política. Denegação.

1. Pedido de extradição: dele se conhece, embora formulado por carta rogatória de autoridade judicial, se as circunstâncias do caso evidenciam que o assumiu o Governo do Estado estrangeiro.

2. A associação ilícita qualificada e a rebelião agravada, como definidas no vigente Código Penal argentino, são crimes políticos puros.

3. (a) — Fatos enquadráveis na lei penal comum e atribuídos aos rebeldes roubo de veículo utilizado na invasão do quartel, e privações de liberdade, lesões corporais, homicídios e danos materiais, perpetrados em

5 Ext. 399-França, Rel. p/o acórdão Min. Moreira Alves, RTJ 108/18.

6 RTJ 132/1083.

7 RTJ 111/16.

8 Francisco Rezek, ob. cit., pág. 204.

combate aberto, no contexto da rebelião —, são absorvidos, no direito brasileiro, pelo atentado violento ao regime, tipo qualificado pela ocorrência de lesões graves e de mortes (Lei de Segurança Nacional, art. 17): falta, pois, em relação a eles, o requisito da dúplice incriminação.

3. (b) — *A imputação de dolo eventual quanto às mortes e lesões graves não afasta necessariamente a unidade do crime por elas qualificados.*

4. *Ditos fatos, por outro lado, ainda quando considerados crimes diversos, estariam contaminados pela natureza política do fato principal conexo, a rebelião armada, à qual se vincularam indissolivelmente, de modo a constituírem delitos políticos relativos.*

5. *Não constitui terrorismo o ataque frontal a um estabelecimento militar, sem utilização de armas de perigo comum nem criação de riscos generalizados para a população civil: dispensável, assim, o exame da constitucionalidade do art. 77, § 3º, do Estatuto dos Estrangeiros.”⁹*

2.3.3. A extradição política disfarçada

Há que se tomar em linha de conta, ademais, a denominada extradição política disfarçada, que trata mal a garantia inscrita no inc. LII do art. 5º da Carta da República, a estabelecer que “*não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião*”.

Essa matéria foi exposta pelo então advogado Sepúlveda Pertence, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, em 1980, na VIII Conferência Nacional da OAB. Lecionou Pertence que “*quando as circunstâncias demonstrem que a persecução formalmente desencadeada por imputação de delitos comuns dissimula o propósito de perseguir inimigos políticos ou, pelo menos, evidenciem que a posição política do extraditando, na conjuntura real do Estado requerente, influirá desfavoravelmente no seu julgamento*”, deve ser negada a extradição, “*não apenas quando fundada na acusação ou na condenação por crime político, mas, também, quando embora visando a repressão de crimes comuns, a hipótese possa configurar extradição política disfarçada, inclusive por não oferecer o Estado requerente, no momento histórico considerado, garantias de fato de um julgamento isento*”¹⁰.

Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal, na Ext. 794-Paraguai, Relator o Ministro Maurício Corrêa caso general Oviedo constando da ementa do acórdão: “(…) 4. *Extradição política disfarçada: ocorre quando o pedido revela aparência de crime comum, mas de fato dissimula perseguição política.*(…)”¹¹.

O caso Ronald Biggs, julgado pelo antigo Tribunal Federal de Recursos, é outro exemplo de que a Justiça brasileira cuida de não permitir a extradição dissimulada e que o controle jurisdicional sobre os institutos da expulsão, da deportação e da extradição é eficaz¹².

9 Ext. 493-Argentina, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 132/652

10 “Anais da VIII Conferência Nacional da OAB”, Manaus. 1980, págs. 67-69.

11 Ext. 794-Paraguai. Rel. Min. Maurício Corrêa. Plenário. 17.12.2001.

12 HC 3.345-DF, Rel. Min. Peçanha Martins. TFR, 20.07.74.

2.3.4. A questão da prisão perpétua

Diante da possibilidade de o extraditando estar sujeito à prisão perpétua, ou mesmo de já estar ele condenado à prisão perpétua, indaga-se: deverá o Supremo Tribunal consignar a ressalva — tal como ocorre com a pena corporal ou de morte, que deverá ser comutada em pena privativa de liberdade — no sentido de que a prisão perpétua deverá limitar-se a trinta anos, que é o teto estabelecido pela legislação brasileira, na forma do disposto no art. 75 do Código Penal?

Lavra, no seio da Corte Suprema, polêmica a respeito do tema, não obstante as últimas decisões terem sido no sentido da dispensa da ressalva, tomadas, entretanto, geralmente, por seis votos a cinco. O defensor da tese de que não poderia a Corte incluir a ressalva, foi o Ministro Francisco Rezek, que, no julgamento da Ext. 429-Alemanha, julgamento realizado em 11.12.85¹³, assim sob o pálio da CF/67, aduziu que, se já condenado o extraditando à prisão perpétua, estaria o Supremo Tribunal Federal “*obliquamente comutando pena imposta por justiça estrangeira, o que é grave*”. Se ainda não condenado, estar-se-ia limitando, “*por antecipação, o exercício pleno da jurisdição estrangeira*”. Ao argumento de que os direitos e garantias constitucionais são assegurados aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, pode-se redarguir que esses direitos e garantias são dados “*quando se defrontem com autoridade brasileira e não na hipótese em que devam comparecer ante justiça estrangeira, depois de concedida a extradição*”. E aduziu mais:

“Aquele argumento comparativo, que já valeu no precedente, tem plena pertinência no caso concreto. Se admitimos que o estrangeiro extraditando, porque residente no Brasil, está cronicamente vestido pelo manto protetor do art. 153 e não pode ser extraditado para cumprir prisão perpétua, estamos obrigados a admitir, por coerência, que ele não pode também ser extraditado para ser julgado por um Juiz singular em crime doloso contra a vida (porque o art. 153, em tal hipótese, garante o júri popular); não pode ser extraditado para cumprir pena resultante de processo em que não houve contraditório (porque o art. 153 também o garante); não pode ser extraditado para ser punido por delito que se apurou mediante quebra do sigilo de correspondência ou de comunicações telefônicas (porque também isto é proscrito pelo art. 153). É extraordinário o alcance que acabaríamos por dar ao art. 153, fazendo-o valer como norma para uma justiça que não está sujeita à soberania desta Constituição que a nós, somente, nos subjugua.”

No julgamento da Ext. 426-EEUU, o Tribunal manifestara idêntico entendimento: “*(...) 2. Entende o Tribunal, por sua maioria, improcedente a alegação de ressalva para a comutação de prisão perpétua em pena limitativa de liberdade, por falta de previsão na lei ou no tratado.*”¹⁴

¹³ Ext. 429-Alemanha, Rel. Min. Djaci Falcão, RTJ 119/22. O Tribunal não admitiu a ressalva.

¹⁴ Ext. 426-EEUU, Rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 115/969.

No julgamento da Ext. 773-Alemanha, o Supremo Tribunal, por seis votos a cinco, em 22.03.2000, manteve o entendimento¹⁵. Proferi, na ocasião, voto de desempate. Registre, então, que a jurisprudência da Corte orienta-se no sentido da dispensa da ressalva quanto à prisão perpétua¹⁶.

2.3.5. O objeto da defesa: sistema de contenciosidade limitada

A defesa do extraditando versará sobre a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma dos documentos apresentados ou ilegalidade da extradição (§ 1º do art. 85 da Lei 6.815/80). A constitucionalidade desse dispositivo legal, que estabelece o sistema de contenciosidade limitada, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que rejeitou a arguição de inconstitucionalidade do mencionado § 1º do art. 85¹⁷. No particular, o Brasil filiou-se ao sistema misto, de origem belga, limitando-se a autoridade judicial à aferição da regularidade extrínseca do pedido de extradição¹⁸.

2.3.6. Os tratados de extradição e a lei brasileira

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem-se orientado no sentido da primazia do tratado sobre a lei brasileira, dado que entre o tratado e a lei doméstica tem-se a relação da lei geral com a lei especial, predominando esta, vale dizer, o tratado. No HC 51.977-DF, Relator o Ministro Thompson Flores, decidiu o Supremo Tribunal que “*a existência de Tratado, regulando a extradição, quando em conflito com a lei, sobre ela prevalece porque contém normas específicas*”¹⁹. No HC 58.727-DF, Relator o Ministro Soares Muñoz, não foi outro o entendimento adotado pela Corte²⁰. No julgamento do PPEX 194 (questão de ordem), Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, decidiu o Supremo Tribunal pela prevalência do tratado, não obstante a lição de Francisco Rezek, no sentido de que “*em qualquer hipótese de conflito entre o tratado externo e a lei de extradição, prevalecerá o dispositivo mais favorável ao Estado requerente*”²¹. O Tribunal divergiu, no ponto, da lição de Rezek, com a ressalva, entretanto, constante do voto do Relator, que o fazia porque se cuidava de

15 “DJ” de 28.04.2000.

16 Ext. 588-França, Rel. p/acórdão o Min. Celso de Mello; Ext. 654-EEUU, Rel. Min. Néri da Silveira, RTJ 158/403; Ext. 486-Bélgica, Rel. Min. O. Gallotti, RTJ 132/1083; Ext. 507-Argentina, Rel. Min. I. Galvão, RTJ 150/391; Ext. 601-Itália, Rel. Min. F. Rezek, RTJ 160/433; Ext. 426-EEUU, Rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 115/969; Ext. 793- França, Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, 17.01.2001.

17 Ext. 669-EEUU, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 161/409.

18 Ext. 541-Itália, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 145/428; Ext. 720-Portugal, Rel. Min. Carlos Velloso, RTJ 170/746; Ext. 548-Suíça (Pedido de Extensão), Rel. Min. Carlos Velloso, “DJ” de 19.12.96.

19 HC 51.977-DF, Rel. Min. Thompson Flores, RTJ 70/333.

20 RTJ 100/1030.

21 F. Rezek, “*Perspectiva do Regime Jurídico da Extradição*”, em “*Estudos de Direito Público em Homenagem a Aliomar Baleeiro*”, Ed. UnB, Brasília, DF, 1976, págs. 248-249.

prisão, sujeita, no Brasil, a severo sistema constitucional de garantias da liberdade. Registre-se que a orientação jurisprudencial foi mantida, por isso que foi dada aplicabilidade ao tratado, que se incorpora ao ordenamento jurídico interno, com força de lei especial, em detrimento da lei geral.

3. A entrega de acusados nacionais ao Tribunal Penal Internacional

O Congresso Nacional acaba de aprovar o projeto de Decreto Legislativo que autoriza o Brasil a integrar o Tribunal Penal Internacional, que foi instituído em 1998 pelo Tratado de Roma, também conhecido como Estatuto de Roma. O Tribunal Penal Internacional, que já conta com 66 países integrantes, julgará o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão (Estatuto de Roma, artigo 5º, I, alíneas “a” até “d”). A primeira reunião do Tribunal ocorrerá em setembro de 2002. *“A adoção, em 1998, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional”*, leciona Marrielle Maia, *“tem sido considerada um marco na história da humanidade na luta contra a impunidade, pois constitui uma antiga aspiração da comunidade internacional e vem suprir uma lacuna apontada pelos estudiosos do direito internacional”*²². O Tribunal terá caráter complementar às jurisdições nacionais (artigo 1º do Estatuto de Roma), sua jurisdição será em razão da matéria, vale dizer, crimes elencados no Estatuto, art. 5º e nele definidos, artigos 6º, 7º e 8º, certo que o crime de agressão ainda não foi tipificado. A jurisdição do Tribunal ocorrerá sobre crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto (art. 11), que estabelece que o Estado que se tornar Parte no Estatuto aceita, por esse ato, a jurisdição do Tribunal sobre os crimes a que se refere o art. 5º. E mais: os Estados-Partes, em conformidade com o Estatuto, cooperarão plenamente com o Tribunal na investigação e persecução de crimes sob a jurisdição do Tribunal Penal Internacional (art. 86 do Estatuto). Os artigos 86 a 102 cuidam da cooperação que os países signatários prestarão ao Tribunal. O artigo 89 prevê a entrega de pessoas ao Tribunal, dispondo: art. 89, inc. 1: *“O Tribunal poderá transmitir, acompanhado do material probatório, em conformidade com o art. 91, um pedido de captura e entrega de um indivíduo. O Tribunal transmitirá tal pedido a qualquer Estado em cujo território tal indivíduo possa se encontrar. Os Estados-Partes cumprirão os pedidos de captura e entrega, em conformidade com o disposto na presente Parte e com os procedimentos previstos em seu direito interno.”* O Estatuto não prevê a recusa de cooperação. No caso do Brasil, a questão se torna complexa, dado que a Constituição, vimos linhas atrás, não admite a extradição passiva de brasileiro, a não ser nos casos expressamente ressalvados (C.F., art. 5º, LI; Lei 6.815, de 1980, art. 77, I).

Examinemos a questão.

Registre-se, primeiro que tudo, que o Estatuto conceitua os termos “entrega” e “extradição”. Está no art. 102:

²² Marrielle Maia, *“Tribunal Penal Internacional”*. Del Rey Editora, Belo Horizonte, 2001, pág. 60.

“Para os fins do presente Estatuto:

a) Por ‘entrega’ se entenderá a entrega de um indivíduo ao Tribunal, em conformidade com o disposto no presente Estatuto;

b) Por ‘extradição’ se entenderá a entrega de um indivíduo por um Estado a outro, em conformidade com o disposto em tratado, convenção ou no direito interno.”

Esclareça-se, ademais, que o Tribunal não constitui uma jurisdição estrangeira em relação a seus Estados criadores, os Estados-Partes. Tem o Tribunal personalidade jurídica internacional e capacidade jurídica necessária ao desempenho de suas funções e à realização de seus propósitos (artigo 4º, 1), podendo exercer suas funções e prerrogativas em conformidade com o Estatuto no território de qualquer Estado-Parte e, mediante acordo especial, no território de qualquer outro Estado (art. 4º, 2).

É verdade que o Estatuto, no art. 91, II, “c”, prevê que os requisitos estabelecidos pelos Estados-Partes, para a “entrega”, *“não poderão ser mais onerosos que os aplicáveis a pedidos de extradição previstos em tratados ou arranjos concluídos pelo Estado requerido e outros Estados e, se possível, serão menos onerosos, tendo em conta o caráter específico do Tribunal”*. Acentua-se, nesse dispositivo, a distinção que o Estatuto faz, no art. 102, “a” e “b”, entre “entrega” e “extradição”.

Incorporado o Tratado ao direito interno, valerá como lei federal, pelo que estabelecerá, em nível infraconstitucional, definição de “entrega”, que difere da definição de “extradição” (Estatuto, art. 102, “a” e “b”). E essa distinção da “entrega” da “extradição” seria compatível com a norma constitucional inscrita no art. 5º, LI? Penso que sim. A uma, porque a extradição, conforme falamos, diz respeito à entrega de estrangeiro, ou de brasileiro naturalizado, observadas as exceções inscritas no inc. LI do art. 5º, a país estrangeiro (Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815/80, art. 76). O Tribunal Penal Internacional, não custa repetir, não constitui uma jurisdição estrangeira em relação a seus Estados criadores, em relação aos Estados-Partes. A duas, porque, leciona João Grandino Rodas, *“o Tribunal é um fórum imparcial ao qual os Estados poderão entregar pessoas que talvez eles não extraditassem a outros Estados por várias razões políticas que, certamente, estariam na base dessa extradição e poderiam não estar na entrega. Portanto, não se trata mais de entregar alguém para um outro ente de Direito Público Internacional de igual categoria, um outro Estado também dotado de soberania ou competência, mas a uma instituição internacional desenhada por esforço de todos os Estados”*²³. A três, porque, vimos linhas atrás, o Tribunal tem caráter complementar às jurisdições nacionais (Tratado, art. 1º), vale dizer, não tem primazia de jurisdição relativamente às jurisdições dos Estados-Partes. *“Assim, o Tribunal destina-se a intervir somente nas situações mais graves, em que se verifique a incapacidade ou falta de disposição dos Estados-parte de processar os responsáveis pelos crimes previstos pelo Estatuto*

²³ João Grandino Rodas, “Entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional”, conferência proferida no Seminário Internacional. “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30.09.99.

de Roma.”²⁴. Registre-se, ademais, como faz Flávia Piovesan, das mais brilhantes expositoras da teoria geral dos direitos humanos, que o tribunal “*limita o grau de seletividade política no caso da responsabilização criminal em violações de direitos humanos. Basta acenar que a criação de recentes tribunais ad hoc basearam-se em resoluções do Conselho de Segurança, para as quais é necessário o consenso dos cinco membros permanentes, com poder de veto. Ao adotar o princípio da univ ersabilidade, o estatuto aplica-se a todos os Estados-partes, que são iguais no Tribunal Penal*”. E acrescenta Flávia que “*o Tribunal Penal Internacional celebra, sobretudo, a esperança de que a força do direito possa prevalecer em detrimento do direito da força*”²⁵.

Mas a questão da entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional é, na verdade, *vexata quaestio*, questão controvertida relevante, sobre a qual dirá a última palavra o Supremo Tribunal Federal. Essa nossa abordagem do tema constitui primeira leitura do Estatuto, representa, simplesmente, instigação para a reflexão e para o debate. E porque somos juízes, ressaltamos que com a mesma não nos comprometemos, por ora.

4. O conflito entre o direito interno e os tratados e a posição da Corte Suprema brasileira

O conflito entre norma interna e norma internacional, ou entre norma brasileira de produção doméstica e norma brasileira de produção internacional, relaciona-se com as doutrinas do monismo e do dualismo. Segundo a doutrina dualista, que teve como precursor Triepel, “*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 duas normas internas, a ser resolvida pelo tradicional mecanismo: ‘lex posterior derogat legi priori’*”²⁶. O monismo surgiu com 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. “*Daf*”, 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*”²⁷. O monismo kelseniano é o monismo radical, que prega o primado do Direito Internacional. Mas há, também, o monismo moderado, criado por Alfred

24 Marrielle Maia, ob. cit., pág. 78.

25 Flávia Piovesan, “*A força do direito versus o direito da força*”, “Folha de São Paulo”, 02.05.2002.

26 João Grandino Rodas, “*A Constituinte e os Tratados Internacionais*”, Rev. dos Tribs., 624/43.

27 João Grandino Rodas, ob. e loc. citis.

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”²⁸.

A escola monista que defendia a primazia do direito interno — assim uma terceira escola monista — acabou absorvida pela doutrina dualista²⁹.

Alguns países dão aos tratados internacionais prevalência sobre o direito interno infraconstitucional: França, Constituição de 1958, art. 55; Grécia, Constituição de 1975, art. 23, § 1º; Peru, Constituição de 1979, art. 101³⁰.

Nos Estados Unidos da América o tratado equipara-se à lei federal, prevalecendo, entretanto, sobre a legislação dos Estados-membros. Assim tem entendido a jurisprudência da Suprema Corte, interpretando o art. VI, 2. da Constituição norte-americana, que define as leis e os tratados, juntamente, como *suprema lei do País, supreme law of the land*. Destarte, “*em caso de conflito entre tratado internacional e lei do Congresso, prevalece nos Estados Unidos o texto mais recente, à base do princípio ‘lex posterior’... É certo, pois, que uma lei federal pode fazer ‘repelir’ a eficácia jurídica de tratado anterior, no plano interno. Se assim não fosse observa Bernard Schwartz estar-se-ia dando ao tratado não força de lei, mas de restrição constitucional*”³¹.

No Brasil, antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sustentava o primado do direito internacional sobre o direito interno³². Hoje, entretanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido da paridade entre o tratado e a lei federal. Assim decidiu o Supremo Tribunal, em 04.8.71, portando o acórdão 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.”*³³

A mais importante decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, entretanto, foi tomada no julgamento do RE 80.004-SE, relator originário o Ministro Xavier de Albuquerque e, relator para o acórdão, o Ministro Cunha Peixoto, julgamento realizado em 01.06.77³⁴.

28 Jacob Dolinger, “*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.

29 Jacob Dolinger, ob. e loc. cit., nota 19, pág. 75.

30 J. Francisco Rezek, “*Direito dos Tratados*”, Forense, 1984, págs. 463-464; João Grandino Rodas, ob. e loc. cit.

31 J. Francisco Rezek, “*Direito dos Tratados*”, cit., pág. 465.

32 Haroldo Valadão, “*Direito Internacional Privado*”, 3ª ed., 1971, pág. 96.

33 RE 71.154-PR, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, RTJ 58/70.

34 RE 80.004-SE, Rel. p/acórdão Min. Cunha Peixoto, RTJ 83/809.

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 da 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 o 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 controvérsia³⁵. 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, na verdade, o entendimento de Leitão de Abreu, por isso que, revogado, posteriormente, o D.L. 427, pelo D.L. 1.700/79, o Supremo Tribunal Federal continuou a aplicar as Convenções de Genebra³⁶. Realmente, no julgamento do RE 95.002-PR, Relator o Ministro Soares Muñoz, julgamento ocorrido em 15.9.81, o Supremo Tribunal aplicou o art. 20 da Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que regula o endosso dado após o vencimento³⁷.

4.1. O artigo 98 do Código Tributário Nacional

No campo tributário, o meu entendimento é no sentido do primado do direito internacional sobre o direito interno. É o que dispõe o art. 98 do Código Tributário Nacional, Lei 5.172, de 1966, recebida pela CF/67 e pela CF/88 como lei complementar. Dispõe o mencionado art. 98, CTN:

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

Quando integrava o Superior Tribunal de Justiça, ao votar no julgamento do REsp 1.966-SP, sustentei, com o apoio dos meus eminentes pares:

“Em caso igual, REsp. nº 846-SP, tive oportunidade de manifestar-me no sentido da possibilidade de o Código Tributário Nacional, na condição de lei complementar à Constituição, estabelecer o primado do Direito Internacional sobre o Direito Interno, no campo tributário. Assim o voto que proferi no citado REsp 846-SP:

35 J. Francisco Rezek, “Direito dos Tratados”, cit., pág. 472.

36 Jacob Dolinger, ob. cit., pág. 93.

37 RTJ 103/779.

‘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 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 nº 87.704-SP, Relator Min. Leitão de Abreu, RTJ 93/1180; RE nº 92.982-SP, Relator Min. Rafael Mayer, RTJ 96/921; RE 97.088-RJ, Relator Min. Oscar Corrêa, RTJ 104/1244).

É verdade que, no julgamento do RE nº 80.004-SE, algumas vozes se manifestaram, de passagem, no sentido de que talvez não fosse possível ao Código Tributário Nacional estabelecer o primado do Direito Internacional sobre o Direito Interno, por isso que apenas a Constituição poderia fazê-lo. A questão, entretanto, de validade ou não do art. 98, CTN, não foi decidida no mencionado RE nº 80.004-SE, porque a matéria discutida ali não era tributária (RTJ 83/809).

O que sustento é que a Constituição de 1967 prescrevia, no art. 18, § 1º, que a lei complementar estabeleceria normas gerais de direito tributário, disporia sobre os conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e regularia as limitações constitucionais do poder de tributar. Assim, fiel ao comando constitucional, poderia a lei complementar estabelecer o primado anteriormente referido, já que essa matéria constitui, ao que me parece, norma geral de direito tributário. Destarte, força é concluir que, quando o CTN consagrou, no art. 98, o primado do direito externo, fê-lo com expressa autorização constitucional. Vale acrescentar, de outro lado, que a mencionada disposição inscrita no art. 98, CTN, foi bem recebida pela Constituição de 1988, art. 146, III, a dizer, da mesma forma, que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria tributária.

Lembrou bem o Sr. Ministro Ilmar Galvão que a Corte Suprema, por mais de uma vez, deu pela validade do art. 98, CTN, jamais entendendo que citado dispositivo fosse inconstitucional.

Do exposto, porque entendo que, na órbita da legislação tributária, os tratados e as convenções internacionais, desde que incorporados ao direito interno, prevalecem sobre a legislação interna, assim válida a disposição inscrita no art. 98, CTN, adiro ao voto do Sr. Ministro Relator. ”

Decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no citado REsp 1.966-SP, pela prevalência do Tratado do GATT, tendo em vista o disposto no art. 98, CTN³⁸.

38 REsp 1.966-SP. Rel. Min. Ilmar Galvão. “DJ” de 16.04.90.

No julgamento do RE 90.824-SP, o Relator, Ministro Moreira Alves, deixou expresso que a disposição inscrita no art. 98 do CTN é de ser observada. Está no voto do Ministro Moreira Alves, relator:

“(…)

De feito, em matéria tributária, independentemente da natureza do tratado internacional, observa-se o princípio contido no artigo 98 do Código Tributário Nacional:

(…)”³⁹

Leciona, a propósito, Jacob Dolinger 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*”⁴⁰.

Rezek, dissertando a 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 subjugada a lei ordinária inscrita em seu âmbito temático*”⁴¹.

Alberto Xavier leciona “*que o art. 98 do Código Tributário Nacional, tendo natureza de lei complementar, contém um comando adicional ao legislador ordinário, que veda a este, hierarquicamente, qualquer desobediência ao tratado*”⁴². 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 nº 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*”⁴³. A posição de Sacha Calmon está reafirmada em obra posterior⁴⁴.

Em suma, no campo tributário, tem vigência o princípio do primado do direito internacional sobre o direito interno.

39 RE 90.824-SP, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 95/350, 353.

40 Jacob Dolinger, ob. e loc. cit., pág. 97.

41 J. Francisco Rezek, “Direito dos Tratados”, cit., pág. 475.

42 Alberto Xavier, “Direito Tributário Internacional do Brasil”, Forense, 5ª ed., pág. 125.

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

44 Sacha Calmon Navarro Coelho, “Isenções Decorrentes de Tratados Internacionais — Abrangência — Aplicabilidade a Tributos Estaduais e Municipais”, in “Direito Tributário Contemporâneo”, Sacha Calmon Navarro Coelho, Misabel Abreu Machado Derzi e Humberto Theodoro Jr., Ed. R.T., 1997, págs. 142 e segs.

4.2. Os direitos e garantias e os tratados firmados pelo Brasil

Em votos proferidos no Supremo Tribunal Federal⁴⁵, tenho sustentado que são três as vertentes, na Constituição da República, dos direitos e garantias: a) direitos e garantias expressos na Constituição; b) direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição; c) direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais firmados pelo Brasil (Constituição Federal, art. 5º, § 2º).

Se é certo que, na visualização dos direitos e garantias, é preciso distinguir, mediante o estudo da teoria geral dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais materiais dos direitos fundamentais puramente formais, conforme deixei expresso em voto que proferi na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.497-DF e em trabalho doutrinário que escrevi⁴⁶, se é certo, repito, que é preciso distinguir os direitos fundamentais materiais dos direitos fundamentais puramente formais, não é menos certo, entretanto, que, diante de direito fundamental material, que diz respeito à liberdade, inscrito em Tratado firmado pelo Brasil, como, por exemplo, o que está expresso na Convenção de São José da Costa Rica, art. 7º, item 7, que limitou a prisão por dívida à hipótese de inadimplemento de obrigação alimentícia, força é reconhecer que se tem, em tal caso, direito fundamental com *status* constitucional. É dizer, o art. 7º, item 7, do citado Pacto de São José da Costa Rica, é direito fundamental em pé de igualdade com os direitos fundamentais expressos na Constituição (Constituição, art. 5º, § 2º).

Nesse caso, no caso de tratar-se de direito e garantia decorrente de Tratado firmado pelo Brasil, a incorporação desse direito e garantia, ao direito interno, dá-se com *status* constitucional, assim com primazia sobre o direito comum. É o que deflui, claramente, do disposto no mencionado § 2º do art. 5º da Constituição da República. O Supremo Tribunal Federal, todavia, não acolheu essa tese⁴⁷.

4.3. A questão das isenções heterônomas e a isenção de tributos estaduais e municipais por tratado internacional

Uma das formas de classificação das isenções tributárias enuncia que estas podem ser autônomas e heterônomas. Aquelas, são as concedidas mediante lei da entidade política titular da competência para instituir o tributo. Estas, as heterônomas, são concedidas mediante lei de entidade política que não é titular da competência para instituir o tributo a que se refere a isenção. A Constituição pretérita autorizava à União a conceder, por meio de lei complementar, isenção de impostos estaduais e

45 ADIn 1.480 (Med. Cautelar)-DF, Rel. Min. Celso de Mello, "DJ" de 18.05.01; HC 76.561-SP, Rel. Min. Nelson Jobim, Plenário, 27.05.98, "DJ" de 02.02.01.

46 Carlos Mário da S. Velloso, "Reforma Constitucional, Cláusulas Pétreas, Especialmente a dos Direitos Fundamentais e a Reforma Tributária", em "Direito Administrativo e Constitucional", Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba, organizado por Celso Antônio Bandeira de Mello, Malheiros Ed., 1997, pág. 162.

47 ADIn 1.480 (Med. Cautelar)-DF, Rel. Min. Celso de Mello, "DJ" de 18.05.01; HC 76.561-SP, Rel. Min. Nelson Jobim, Plenário, 27.05.98, "DJ" de 02.02.01.

municipais (Constituição de 1967, art. 18, § 2º). É dizer, a Constituição anterior permitia a concessão de isenção heterônoma. A Constituição vigente, entretanto, veda à União instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios (C.F./1988, art. 151, III). Lembra Hugo de Brito Machado que a Constituição vigente não proíbe de todo as isenções heterônomas, por isso que, no art. 155, § 2º, XII, “e”, institui hipótese de tal isenção: cabe à lei complementar excluir da incidência do ICMS, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, “a” (C.F., art. 155, § 2º, XII, “e”)⁴⁸.

Vedado à União instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (C.F., art. 151, III), assim proibidas as isenções heterônomas, indaga-se se seria possível a concessão de isenções de impostos estaduais e municipais mediante tratados internacionais. A resposta que dou é positiva. Penso que, mediante tratados internacionais, firmados pela República Federativa do Brasil, na forma preconizada na Constituição Federal, vale dizer, celebrados pelo Presidente da República, referendados pelo Congresso Nacional (C.F., artigos 49, I, 84, VIII) e incorporados ao direito interno, será possível a instituição de isenções de impostos estaduais e municipais.

O que precisa ser entendido é que num Estado Federal convivem entidades parciais União e Estados, federalismo clássico; União, Estados, Distrito Federal e Municípios, federalismo brasileiro, C.F., artigos 1º e 18 dentro no todo, vale dizer, dentro do Estado Federal total. As entidades parciais são dotadas de autonomia, enquanto o Estado Federal total detém “*personalidade jurídica de Direito Público internacional*”⁴⁹. A União, na Constituição Federal, apresenta, pois, dois conceitos: o de entidade parcial e o de Estado total. “*A União é a entidade federal formada pela reunião das partes componentes, constituindo pessoa jurídica de Direito Público interno, autônoma em relação aos Estados e a que cabe exercer as prerrogativas da soberania do Estado brasileiro. Os Estados-membros são entidades federativas componentes, dotadas de autonomia e também de personalidade jurídica de Direito Público interno*”⁵⁰.

Com propriedade, escreve Sacha Calmon que “*a conjunção das ordens jurídicas parciais da União, dos Estados-membros e dos Municípios forma a ordem jurídica total sob a égide da Constituição*”⁵¹. Hans Kelsen formulou a teoria das três ordens jurídicas: a coletividade central, as coletividades-membros e a comunidade total. Segundo Geraldo Ataliba⁵², quem melhor sintetizou o pensamento kelseniano foi

48 Hugo de Brito Machado, “*Curso de Direito Tributário*”, Malheiros Ed., 19ª ed., 2001, págs. 192-193.

49 José Afonso da Silva, “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”, Malheiros Ed., 19ª ed., pág. 104.

50 José Afonso da Silva, ob. e loc. cit.

51 Sacha Calmon Navarro Coelho, “*Tratados Internacionais em Matéria Tributária*”, Rev. de Direito Tributário, 59/180, 183.

52 Geraldo Ataliba, “*Leis Nacionais e Leis Federais no Regime Constitucional Brasileiro — Estudos em Homenagem a Vicente Rao*”, Ed. Resenha Tribut., 1976, pág. 141.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, opositor, aliás, do Chefe da Escola de Viena. Lecionou Bandeira de Mello: “*A federação compreende três ordens jurídicas distintas: a coletividade central, as coletividades-membros e a comunidade total. As duas primeiras ordens são juridicamente iguais, porque estão, na mesma medida, subordinadas à ordem jurídica superior — a da comunidade total. Elas são ordens jurídicas parciais, pois as suas competências se circunscrevem somente a certas matérias que lhes foram conferidas pela ordem jurídica total. As ordens jurídicas parciais, ao passo que se acham subordinadas à ordem jurídica total — que possui a suprema competência — encontram-se entre si numa relação de coordenação. A coletividade central e as coletividades-membros compreendem dois sistemas harmônicos que se encerram na coletividade total. Esta constitui verdadeiramente o Estado federal, pois, como ordem jurídica total, abarca as duas ordens jurídicas parciais união e membros e surge na sua completa integridade. A chamada ‘constituição federal’ pode ser desdobrada em duas cartas distintas: a constituição total e a constituição da União. A constituição total compreende a verdadeira constituição federal e regula, portanto, os poderes do Estado federal. A constituição da União dispõe somente sobre as competências da coletividade central, delegadas pela constituição total. Ela se encontra em plano idêntico ao das constituições dos Estados-membros, que regem as competências outorgadas pela Constituição total às coletividades parciais. Desse modo, se evitam confusões como as que quotidianamente ocorrem entre a União uma das coletividades parciais — e o Estado federal — a comunidade total*”⁵³.

Assim, quando à União é conferida competência para manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais (C.F., art. 21, I); declarar a guerra e celebrar a paz (art. 21, II); permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nela permaneçam temporariamente (art. 21, IV), competência que deve ser exercida com observância dos princípios inscritos no art. 4º da Constituição, tem-se outorga de competência internacional ou de relações internacionais⁵⁴. Essa competência é conferida à União como Estado total e dela decorrem as competências do Presidente da República para celebrar tratados, convenções e atos internacionais e do Congresso Nacional para referendá-los (C.F., arts. 84, VIII e 49, I). Assim, quando a União celebra um tratado, não é a entidade parcial União que o faz; é a União, Estado total, ou a República Federativa do Brasil que o faz. Disso resulta conclusão irrefutável: quando a Constituição veda a concessão de isenções heterônomas, ao vedar à União instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (C.F., art. 151, III), a proibição dirige-se à União como entidade parcial e não à União como Estado total. Noutras palavras, a proibição inscrita no art. 151, III, da Constituição, tem como destinatária a entidade parcial União e não a República

53 Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “*Natureza Jurídica do Estado Federal*”, Ed. Empresa Gráfica da Rev. dos Tribs., São Paulo, 1937, págs. 45-46. *Ap* Geraldo Ataliba, *ob. cit.*, págs. 141-142.

54 Carlos Mário da Silva Velloso, “*Estado Federal e Estados Federados na Constituição Brasileira de 1988 — O Equilíbrio Federativo*”, em “*Temas de Direito Público*”, Del Rey Ed., 1ª ed., 2ª tiragem, 1997, pág. 391.

Federativa do Brasil “*formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal*” (C.F., art. 1º).

Com exemplar propriedade, lecionou, no Supremo Tribunal Federal, no voto que proferiu na ADIn 1.600-DF, o Ministro Celso de Mello:

“A vedação constitucional em causa ‘incide’ sobre a União Federal, ‘enquanto’ pessoa jurídica de direito público ‘interno’, responsável, nessa ‘específica’ condição, pela instauração de uma ordem normativa autônoma meramente parcial, ‘inconfundível’ com a posição institucional ‘de soberania’ do Estado Federal brasileiro, que ostenta a qualidade de sujeito de direito internacional público e que constitui, no plano de nossa organização política, a expressão mesma de uma comunidade jurídica global, investida do poder de gerar uma ordem normativa de dimensão nacional, ‘essencialmente diversa’, em autoridade, eficácia e aplicabilidade, ‘daquela’ que se consubstancia nas leis e atos de caráter ‘meramente’ federal.

Sob tal perspectiva, ‘nada impede’ que o Estado Federal brasileiro ‘celebre tratados internacionais’ que veiculem cláusulas de exoneração tributária, em matéria de ICMS, ‘pois’ a República Federativa do Brasil, ao exercer o seu ‘treaty-making power’, estará ‘praticando’ ato legítimo ‘que se inclui’ na esfera de suas prerrogativas como pessoa jurídica ‘de direito internacional público’, que detém ‘em face’ das unidades meramente federadas o ‘monopólio’ da soberania e da personalidade internacional.

‘Na realidade’, a cláusula de vedação inscrita no art. 151, III, da Constituição ‘é inoponível’ ao Estado Federal brasileiro (‘vale dizer’, à República Federativa do Brasil), ‘incidindo’, unicamente, no plano das relações institucionais ‘domésticas’ que se estabelecem entre as pessoas políticas de direito público ‘interno’.

Por isso mesmo, ‘entendo’ que se revela ‘possível’ à República Federativa do Brasil, ‘em sua qualidade’ de sujeito de direito internacional público, ‘conceder isenção’, em matéria de ICMS, mediante tratado internacional, ‘sem’ que, ao assim proceder, incida em transgressão ao que dispõe o art. 151, III, da Constituição, ‘pois’ tal regra constitucional ‘destina-se’, em sua eficácia, a vincular, ‘unicamente’, a União, ‘enquanto’ entidade estatal de direito público ‘interno, rigorosamente ‘pacificada’, nessa ‘específica’ condição institucional, às demais comunidades jurídicas ‘parciais’, de dimensão meramente regional e local, ‘como o são’ os Estados-membros e os Municípios.”

Não é outra a lição de José Souto Maior Borges:

“5.1. A União é uma pessoa jurídica de direito público interno. Por isso o exercício de sua competência, no direito interno, pode ser contrastado com o da competência estadual e municipal, dado que são ordens jurídicas parciais, como visto. Daí a proibição de instituir à União isenções de impostos estaduais e municipais. Não se deve confundir a República Fede-

rativa do Brasil com uma entidade que a integra a União, que não é sujeito de direito internacional. Muito menos os Estados-membros e Municípios. Nenhum desses é em si mesmo dotado de personalidade internacional.

5.2. Constitui, porém, equívoco elementar transportar os critérios constitucionais de repartição das competências para o plano das relações interestaduais. Essas reclamam paradigma diverso de análise. Nesse campo, como já o fizera dantes com as leis 'nacionais', a CF dá à União competência para vincular o Estado brasileiro em nome dela e também dos Estados-membros e Municípios. A procedência dessa ponderação é corroborada pelo art. 5º, § 2º, da CF, 'in fine', ao referir expressamente os 'tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil ('sic: não a União Federal') é parte'. São, pois, áreas diversas e autônomas de vinculação jurídica.

.....
(...) Que um agente ou órgão da União, o Presidente da República ou Ministro de Estado, subscreva um tratado não significa que os Estados e Municípios estejam pré-excluídos dos vínculos decorrentes da sua celebração. Precisamente o contrário é o que ocorre na hipótese, como a CF, art. 5º, § 2º, 'in fine', deixa claro. Insiste-se: é a República Federativa do Brasil (CF, arts. 1º e 18) que celebra o tratado e é por ele vinculada, e, portanto, também os Estados-membros e Municípios, e não apenas a União. A esse ato interestatal, o Presidente da República comparece, não como Chefe do Governo Federal, mas como Chefe de Estado."⁵⁵

O entendimento de Sacha Calmon é coincidente: "quando o art. 151, III da Constituição Federal veda à União a faculdade de instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, não está limitando a competência do Estado brasileiro de concluir acordos tributários que envolvam tributos estaduais e municipais, mas apenas proibindo, na ordem jurídica interna, a isenção heterônoma e ditatorial que existia na Carta autoritária de 67"⁵⁶. No mesmo sentido: Valdir de Oliveira Rocha⁵⁷, Welber Barral e Tatiana Lacerda Prazeres⁵⁸, Hugo de Brito Machado⁵⁹ e Luciano Amaro⁶⁰.

55 José Souto Maior Borges, "Isenções em Tratados Internacionais de Impostos dos Estados-Membros e Municípios", em "Direito Tributário". "Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba", Malheiros Ed., vol. I/167. págs. 176 e segs.

56 Sacha Calmon Navarro Coelho, "Tratados Internacionais em Matéria Tributária", Rev. de Dir. Trib., 59/183-184.

57 Waldir de Oliveira Rocha, "Tributação no Mercosul", São Paulo, Ed. Rev. dos Tribs., pág. 280.

58 Welber Barral e Tatiana Lacerda, "Isenção de Tributos Estaduais por Tratados Internacionais", Rev. Dialética de Dir. Trib., 70/140.

59 Hugo de Brito Machado, "Isenções Tributárias no Mercosul". IOB/Jurisprudência, 11/97: "Tributação no Mercosul", "Pesquisas Tributárias", págs. 90-91.

60 Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", Saraiva, 1997. págs. 174-176.

O culto Procurador Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho escreveu excelente trabalho sobre o tema, no qual analisou os argumentos da corrente doutrinária que entende que o tratado internacional pode isentar tributos estaduais e municipais e bem assim os argumentos da corrente contrária e da corrente intermediária. Merece ser lido o trabalho do Procurador Oswaldo Othon⁶¹.

5. Conclusão

É hora de concluir. O Supremo Tribunal Federal, no tema versado, muito teve que construir e muito tem, ainda, que construir. Aliás, no fazer construção jurisprudencial está a tarefa maior da Corte Suprema. A grandeza daquela está na razão direta das dificuldades que deve a Corte enfrentar e vencer, certo que essa construção implica construir o direito. De regra, no cumprimento dessa missão, labora o Tribunal em terreno nunca antes trilhado. Por isso, vale invocar o poeta espanhol, tal qual fez Henry Kissinger, ao encerrar o seu *“A Diplomacia das Grandes Potências”*, livro que, segundo Luiz Felipe Lampreia, no prefácio da edição brasileira, é *“dos mais importantes estudos já publicados sobre a história internacional dos últimos séculos”*.⁶²

“Caminante, no hay camino. Se hace camino al andar.”

61 Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, *“Afinal, Tratado Internacional pode ou não isentar tributos estaduais e municipais?”*, IOB/Jurisprudência, 18/98, pág. 451.

62 Henry Kissinger, *“A Diplomacia das Grandes Potências”*, Francisco Alves Ed., 1999.

Guerra Interna e Direito Internacional

Celso D. de Albuquerque Mello

A guerra moderna é a guerra interna. São estudadas suas causas, bem como o estatuto dos revoltosos. O regime jurídico da guerrilha e a sua diferenciação do terrorismo são igualmente versados. São examinadas as normas aplicáveis na conduta da guerra, e sob o ponto de vista jurídico, as guerras civis do nosso século. É uma obra interdisciplinar em que o autor se utiliza do DI Público, Direito Constitucional, Ciência Política, Sociologia e História. O Direito não é visto de modo isolado, mas como uma ciência social e cultural.

Ref. 0001
Form. 14x21

Brochura
1985

230 págs.

Impugnação de Mandato Eletivo

José Antonio Fichtner

Esta obra é publicada num momento em que a Justiça Eleitoral e o Direito Eleitoral brasileiros estão postos em xeque: a emenda permissiva da reeleição dos titulares do Poder Executivo nos três níveis da Federação — cuja vedação constituía uma das poucas constantes centenárias da história institucional da República — quebrou um dos eixos que o sustentavam e apagou um dos focos irradiantes do sistema que aos poucos se consolidava, apesar de tudo. E os primeiros sinais da experiência em curso da inovação constitucional — agravados nos pequenos Estados e que permitem antever o que será a sua introdução amanhã nos Municípios —, desvela riscos graves da retomada de práticas eleitorais que parecia estarem superadas.

Ref. 0195
Form. 14x21

Brochura
1998

260 págs.