

A INCORPORAÇÃO DE TRATADOS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

1 - QUESTÕES TEÓRICAS E PROLEGÔMENOS

1.1. FONTES:

O costume foi, sem sombra de dúvidas, a primeira e a principal fonte do Direito Internacional Público. Pode-se dizer que o Direito Internacional Público confunde suas origens com o costume. No entanto, face a evolução e a dinâmica cada vez maior das relações internacionais, cada vez mais, os tratados, em detrimento do costume, tem assumido um lugar de destaque na regulamentação destas relações.

Assim é que desde épocas imemoriais, os tratados foram gradativamente grangeando uma maior importância, em razão mesmo da possibilidade de cristalização de seus conteúdos, sendo complementados e supridos, nas práticas e praxes de suas celebrações pelo costume. Em épocas imemoriais os tratados já eram utilizados. Entre os senhores feudais, o seu uso era comum, sendo que na Idade Média se desenvolveram praxes consuetudinárias sobre a sua conclusão, que se aperfeiçoaram através dos séculos. Embora já em 1648 se tenha posto fim à guerra dos trinta anos, através do Tratado da Westfália, unicamente a partir do século XIX se começa a notar a positividade sistemática do DIP através de tratados. Historicamente o costume foi sempre considerado como a principal fonte do DI. A partir da década de 60 passou-se a afirmar, há quase que uma necessidade entre os autores, que o tratado substituiria o costume. O número de tratados concluídos aumentou de maneira considerável dando maior segurança no tocante a existência e interpretação da norma jurídica internacional. Entretanto, em uma sociedade não institucionalizada as formas de criação do direito ganham uma grande diversidade, como os atos unilaterais, comunicados intergovernamentais.

Este aperfeiçoamento através dos séculos veio ter o seu coroamento com a celebração da Convenção de Viena, em 1969, que consolidou uma prática codificando o Direito Consuetudinário relativo aos tratados e mais alguns dispositivos que representavam um desenvolvimento progressivo na codificação do Direito Internacional Público, relativo a tratados. Esta Convenção entrou em vigor em 27 de Janeiro de 1980; em 1981, trinta e nove estados (incluindo a Grã-Bretanha, com exceção dos Estados Unidos, União Soviética e China) haviam a ela aderido. No entanto, a Convenção, só se aplica a tratados elaborados posteriormente à sua entrada em vigor (artº 4º). Como Convenção, portanto, o seu valor é bastante limitado.

O Estatuto da Corte de Haia, em seu art.38, já em 1920, estabelecia o primeiro tribunal vocacionado para resolver litígios entre estados sem qualquer limitação de ordem geográfica ou temática, estabelecia da mesma forma a hierarquia das fontes. A certa altura do texto repontava a necessidade de que se dissesse qual o direito aplicável no âmbito da jurisdição nascente, tanto significando, em última análise, um arrolamento das formas de expressão do direito internacional público, um roteiro de fontes onde se poderiam buscar, idoneamente, normas internacionais. O estatuto relacionou então os *tratados*, os costumes e os princípios gerais de direito. Fez referência à jurisprudência e à doutrina como meios auxiliares na determinação das regras

jurídicas, e facultou, sob certas condições, o emprego da equidade.-

Estabelecida assim, a hierarquia das fontes vamos precisar que trataremos, segundo a classificação de Reuter, das fontes escritas (*pacta sum servanda*) referentes aos tratados, deixando as não escritas (*consuetudo est servanda*) sejam, as costumeiras, ao largo.

Celso de Albuquerque Mello, em sua obra de Direito Internacional Público, enumera a terminologia dos tratados, evidenciando a sua imprecisão na prática internacional. Para êle, os tratados podem ter a seguinte designação:

Tratado - é utilizado para os acordos solenes, por exemplo, tratado de paz.

Convenção - é o tratado que cria normas gerais, por exemplo, convenção sobre mar territorial.

Declaração - é usada para os acordos que criam princípios jurídicos ou "afirmam uma atitude política comum" (Ex: Declaração de Paris de 1856).

Ato - quando estabelece regras de direito (Ato Geral de Berlim de 1885). Entretanto, existem Atos entre estados que não são tratados (Ata de Helsinki de 1975), vez que não produzem efeitos jurídicos obrigatórios, mas que tem um caráter normativo no aspecto político ou moral.

Pacto - foi utilizado pela primeira vez no Pacto da Liga das Nações. É um tratado solene (Pacto de renúncia à guerra de 1928)

Estatuto - empregado para os tratados coletivos geralmente estabelecendo normas para os tribunais internacionais (Estatuto da CIJ)

Protocolo - Normalmente pode ter dois significados: a) protocolo de uma conferência, que é a ata de uma conferência; b) protocolo-acordo - é um verdadeiro tratado em que são criadas normas jurídicas (Protocolo de Aquisgrana, de 1818, sobre os ministros residentes). É utilizado neste caso como um suplemento a um acordo existente.

Acordo - é geralmente usado para os tratados de cunho econômico, financeiro, comercial e cultural.

Modus Vivendi - designa um acordo temporário.(sobre a navegação do Reno)

Concordata - são os assinados pela Santa Sé sobre assuntos religiosos...

Compromisso - utilizado para os acordos sobre litígios que vão ser submetidos à arbitragem.

Troca de Notas - são os acordos sobre matéria administrativa. Tem mais de um instrumento.

Acordos em forma simplificada - ou acordos executivos - são aqueles que não são submetidos ao Poder Legislativo para aprovação. Muitas vezes feitos por troca de notas e concluídos pelo Poder Executivo.

Carta - é o tratado em que se estabelecem direitos e deveres (Carta Social Européia)

Convênio - palavra utilizada para tratados que versam sobre matéria cultural ou transporte.

Acomodação ou compromisso - palavras não utilizadas no Brasil. Seriam acordos provisórios. Rosseau afirma que eles têm por finalidade regulamentar a aplicação de um tratado anterior.

Chailley afirmava que ainda não se encontrara uma definição de tratado.

Kelsen que já vinha se dedicando ao DIP desde a década de 30, apesar dos seus grandes trabalhos nesta área do Direito serem posteriores a 45, em curso proferido em 43, no México, declara inicialmente:

"Com o termo "contrato" se designa um estado de fato da ordem jurídica interna. Porém o mesmo estado de fato existe igualmente sob o nome de "tratado" no direito internacional. Em ambos os casos se colocam, em princípio, os mesmos problemas."

Na verdade, mesmo naquela data os "problemas" já eram completamente diferentes e se alguns deles atualmente já têm regras que denominaria de indicadores de uma solução, os "problemas" permanecem até hoje como: revisão dos tratados, reservas, teoria das nulidades, etc.

J. Francisco Rezek, esclarece, quanto a terminologia "que o tratado internacional, na afirmação clássica de Georges Scelle, é em si mesmo um simples *instrumento*. Identificamô-lo por seu processo de produção e pela *forma* final, não pelo conteúdo. Este - como o da lei ordinária numa ordem jurídica interna - é variável *ad infinitum*. Pelo efeito compromissório e cogente que visa produzir, o tratado dá cobertura legal à sua própria substância. Mas essa substância tanto pode concernir à ciência jurídica quanto à pesquisa zoobotânica ou à produção de eletricidade. É natural, por isso, que o estudo do direito dos tratados, não tenha por objeto nada mais que esse *instrumento*, cuja variedade nominal, ditada pelo acaso e pelo arbitrio das partes, não guarda relação com seu teor material".

Assim é, que com relação ao direito **geral** ou **comum**, isto é, o direito formado pelas normas de direito consuetudinário e princípios gerais de direito comuns *às nações civilizadas*, grande parte das constituições adotam o princípio firmado por Blakstone no século XVIII, *the law of Nations is held to be a part of law of the land (ou...internacional law is part of the law, of the land)*

G.A. Walz procurou demonstrar a inveracidade desta tese afirmando que a inexatidão da mesma foi provada por Oppenheim, Mac Nair e Picciotto, trazendo, inclusive, à colação, os casos Zamora e Franconia. Canotilho concebe o conceito de parametricidade em que a ordem constitucional global seria mais vasta do que a constituição escrita, pois abrangeria não apenas os princípios fundamentais informadores de qualquer Estado de direito, mas também os princípios implícitos nas leis constitucionais escritas e inclusive os direitos fundamentais não formalmente constitucionais, isto é, direitos constantes de convenções internacionais, que fariam parte do *bloco da constitucionalidade* ou mesmo do *bloco da legalidade*.

Com relação aos direitos e garantias a doutrina da *parametricidade* é adotada expressamente pela Constituição Brasileira no parágrafo 2º do seu art. 5º, que diz que *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*. No mesmo sentido manifesta-se Flávia Piovezan afirmando que: "Insista-se, a Constituição de 1988, por força de seu art. 5º, parágrafo 1º e 2º, atribuiu aos direitos humanos internacionais natureza de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionais garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata."-

Assim é, que no Direito Constitucional Internacional, conforme denominado por Mirkine-Guetzévitch, que é aquele setor do Direito Constitucional que estuda a incorporação ou internalização de normas oriundas do Direito Internacional Público, pelo Direito Constitucional, constata-se a recepção destas mesmas normas, sejam elas *comuns* (gerais) ou *particulares*, cabendo a cada tipo de norma, respectivamente, a recepção, isto é incorporação **automática** ou **condicionada**. Conforme explanação em epígrafe vimos, *à vol d'oiseau*, que malgradas as dissensões doutrinárias e da prática existe um certo consenso sobre o ingresso automático das normas comuns ou gerais, aquelas que fazem remissão aos costumes e aos princípios gerais de direito, nos sistemas constitucionais. Seria tarefa para outro trabalho a discussão comparativa, e mesmo a pertinência, sobre a recepção incondicionada do costume num sistema constitucional consuetudinário, como é o da *commow law*, também chamado de sistema constitucional histórico ou de continuidade conforme a terminologia de Maurice Hauriou, em comparação com um sistema constitucional legal, também chamado de ruptura, como é o sistema constitucional rígido(Romano-Germanico ou Continental) baseado em leis escritas e onde o costume se faz sempre, *secundum legem* ou *praeter legem*, mas nunca *contra legem*. No entanto, a temática que nos interessa é a que enfoca sobre a recepção condicionada e que se refere ao **direito particular**, ou seja, **o direito convencional constante de tratados e acordos** em que participe o Brasil.

1.2. O TREATY-MAKING POWER:

Estabelecido e decantado o conteúdo conceitual terminológico e semântico dos tratados e a sua sistematização como de índole própria ao direito particular, na razão direta de sua natureza, estabeleceu-se a necessidade de um processo de internalização ou incorporação, que caracterizamos como condicionado.

Dados estes primeiros passos, metodologicamente, se faz necessária a elucidação das condições de validade dos tratados internacionais. Conforme Celso de Albuquerque Mello, as condições de validade podem ser enunciadas com sendo as seguintes: a) capacidade das partes contratantes; b) habilitação dos agentes signatários; c) consentimento mútuo; d) objeto lícito e possível.

Persistindo no tratamento metodológico da temática e a fim de deslindar o fio de Ariadne que confunde a matéria estabelecemos os seguintes parâmetros, no que interessa ao tema central. Os itens referentes as letras a) **capacidade das partes** e b) **habilitação dos signatários**, são tratados usualmente dentro da temática referente ao **treaty making power** e a **ratificação**, havendo colocações ambíguas e mesmo confusas que dificultam o entendimento da matéria. Assim, passaremos a definir os conteúdos conceituais referentes a estes vocábulos dando assim um lastro que servirá de parâmetro que torne explícita a exposição. Desta forma abreviaremos os comentários sobre os itens c) **objeto lícito e possível**, dizendo simplesmente que é nulo o tratado que violar uma norma imperativa do DI Geral. Estas normas são ainda muito poucas e um exemplo deste tipo de normas é a Carta da Onu. A citada convenção de Viena define a norma imperativa do DI Geral como sendo "uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados como um todo, como uma norma em que não é permitida a derrogação e a qual somente pode ser modificada por uma subsequente norma do DI Geral tendo o mesmo caráter". Acrescentamos, ainda, superficialmente, no que interessa a matéria, que o item d) **consentimento mútuo**, é quando o acordo de vontades entre as partes não sofre nenhum vício. O erro, o dolo e a coação viciam os tratados.

Retomando ao centro da questão, seja ao treaty-making power no que comporta ambigualmente os conteúdos referentes a alínea a) **capacidade das partes contratantes**, e alínea b) **habilitação dos agentes signatários**, decantamos a matéria da seguinte forma e por partes:

J.F. Rezek quando esclarece sobre a competência negocial diz que "todo Estado soberano tem capacidade para celebrar tratados, e igual capacidade costumam ter as organizações internacionais. Cuida-se agora de determinar quem está habilitado a agir em nome daquelas personalidades jurídicas, à hora do procedimento negocial. Ao contrário do treaty-making power, que encontra a sua disciplina no direito público interno de cada pessoa jurídica de direito das gentes, a *representatividade exterior* do Estado é matéria de direito internacional, sedimentada pela via costumeira, e hoje versada na Convenção de Viena. O ponto de partida para esse exercício analítico é o entendimento da dimensão jurídica do chefe de Estado. Citando as obras clássicas de Hans Blix, Paul Vischer, O'Connell e Rousseau, ele afirma ainda, que "tanto quanto possível, convém evitar o uso da expressão treaty-making power, que já não oferece segurança conceitual à altura de sua popularidade, visto que experimentada, às vezes em doutrina, e frequentemente em linguagem diplomática, para significar três coisas diversas. Num primeiro extremo, cuida-se da capacidade que têm os Estados, e outras personalidades jurídicas de direito das gentes, para convencionar sob o pálio desse mesmo direito: a república do Peru e a Comunidade Económica Europeia ostentam o treaty-making power, não possuído pelas unidades federadas do Arizona ou da Bahia, nem pela Ordem de Malta, nem pela United Fruit Corporation; e ficando o caso da Organização de Libertação da Palestina a critério de cada co-pactuante potencial. No extremo oposto, trata-se da competência que pode revestir certo servidor do Estado para falar externamente em seu nome, comprometendo-se: neste sentido diz-se, por exemplo, que o presidente do conselho de ministros detém o treaty-making power independentemente da apresentação de uma carta de plenos poderes. **O emprego correto da expressão há de corresponder, todavia, a um plano intermediário, primordialmente afeto à ordem jurídica interna do Estado (grifei)** A pesquisa lógica do treaty-making power não consiste, sob este prisma exato, em saber se o objeto de análise é ou não uma personalidade jurídica internacional, hábil para concluir tratados; e menos ainda em determinar quais as pessoas que falam em seu nome nos foros exteriores. Consiste, sim, em investigar o processo de formação da vontade do Estado quanto ao comprometimento externo, **e tem por domínio, em razão disso, o seu direito constitucional.(grifei) O treaty-making power é, dessarte, aquela competência que a ordem jurídica própria a cada Estado costuma partilhar entre o governo e o parlamento. Não é uma competência negocial: é o poder de determinar, em definitivo, a disposição do Estado em relação ao compromisso. Este é o sentido do treaty-making power nas obras clássicas."(grifei novamente)**

Assim é que com esta acepção determinada, seja, a de procedimento interno afeto ao direito interno do estado, direito constitucional, denotamos a questão referente ao treaty-making power no que tange ao item b) habilitação dos agentes signatários. O problema do órgão competente para a conclusão de tratados internacionais surgiu em tempos modernos. Antigamente, não havendo a divisão de poderes, o chefe de Estado possuía competência ilimitada e incondicionada para representar o Estado e logicamente para a conclusão de tratados internacionais. A origem dessa regra remonta ao tempo em que vigorava o sistema político da monarquia absoluta. O soberano estava investido do *ius repraesentationis omnimodae* e os tratados por ele concluídos eram de carácter quase privado. Desta forma, e concomitante ao surgimento e a existência do Estado Moderno Absoluto, o poder de selar tratados era prerrogativa dos monarcas que dispunham do poder absoluto justificado nas teorias da Soberania vigentes naquela época que o configuravam como oriundo de uma ordem transcendental que ungia os reis como seus representantes seculares. É conhecida a máxima atribuída a Luiz XIV, que teria dito...*L'Etat c'est moi*. Os reis, monarcas, príncipes e imperadores, concentravam todas as funções do Poder, legislando, julgando e executando e, como extensão destas funções podiam, ainda, celebrar tratados sem consultar a ninguém senão a suas próprias consciências. Vigia o princípio da irresponsabilidade traduzido no brocardo anglo que dizia *the king can do no wrong*. Com as revoluções burguesas do século XVIII, notadamente a americana e a francesa, mudaram os parâmetros que determinavam a estruturação da ordem estatal. Esta não mais se fundamentava numa ordem transcendental ou mesmo originária, mas isto sim, passou a aurir sua justificativa numa outra razão, o Povo Soberano, ordem secular imanente, como era esboçado pelas teorias contratualistas, notadamente John Locke e Rousseau. Com o surgimento do princípio democrático do Poder e a sua conseqüente tripartição, nos

moldes concebidos por Montesquieu, a prática dos tratados, que de um ato simples, que concentrava sua titulariedade no monarca e no máximo poderia ser delegada a um funcionário por ele escolhido e nomeado, com poderes delegados suficientes e até mesmo plenipotenciários, num primeiro momento histórico independente da ratificação que numa segunda fase tornou-se necessária, transformou-se num ato complexo que necessitava o concurso, pelo menos num primeiro momento, de duas das funções do Poder, a executiva e a legislativa, ocupadas nesta razão direta por órgãos diversos. Assim, a titulariedade para a representação do Estado frente as demais nações remanesceu com o titular do Poder Executivo, tendo ele a prerrogativa de entabular negociações, firmar tratados, e como regra geral, submeter estes tratados, posteriormente, ao reconhecimento dos Parlamentos, para então, já devidamente aprovados pela Assembléia, poder ratificá-los ou até não. Assim é que a expressão inglesa *treaty-making power* teria sido usada por Henry Wheaton que nos seus *Elements of International Law* teria estabelecido, da mesma forma, a distinção entre a capacidade internacional do Estado e a competência dos poderes constituídos do Estado para celebrar tratados. Desta forma, "o advento paulatino de governos constitucionais foi afastando a teoria do *jus repraesentationis omnimoda* formulando-se uma teoria segundo a qual um tratado concluído pelo órgão competente, mas em violação das limitações constitucionais, é nulo ou anulável. Segundo a teoria constitucional, a autoridade concedida pela lei interna é o critério de competência do órgão que conclui tratados. Rodas, assentado na autoridade representativa de vários autores, afirma que: "Hodiernamente, grande parte dos autores considera um tratado como obrigatório, quando foi concluído pelos órgãos competentes e quando as disposições constitucionais a respeito da conclusão de tratados tenham sido obedecidas estritamente:

Vejamos:

"O direito internacional deixa ao direito constitucional o encargo de definir quais são as regras de direito interno, segundo as quais deve ser concluído um tratado internacional."

"A autoridade competente para ratificar é determinada pelo direito público interno do Estado interessado."

"A constituição de cada país designa o órgão competente para concluir tratados."

"O direito internacional pressupõe o Estado, ou seja, o direito interno, pois o Estado embora não se identifique com o ordenamento jurídico, não é concebível sem ele."

"...segundo a convicção jurídica dos Estados, não é ao direito das gentes, mas ao direito constitucional enquanto tal, que pertence determinar as regras de competência e de procedimento, sem a observação das quais um tratado não poderá ser considerado como internacionalmente válido."

"Quando uma convenção é concluída a despeito de regras incompatíveis com as da constituição, essa convenção não produz nenhum efeito jurídico."

"O projeto Harvard que procurou codificar o que era considerado universalmente como Direito existente, em seu art. 21º, dá guarida à teoria da relevância internacional das regras constitucionais, embora o mesmo artigo "in fine", afirme a responsabilidade estatal, se o outro Estado houvesse razoavelmente confiado na competência de determinado órgão ou autoridade para a conclusão do tratado."

Dado que o consentimento convencional se materializa sempre num ato de governo - a assinatura, a ratificação, a adesão - , parece claro que seus pressupostos, ditados pelo direito interno, tenham normalmente a forma da consulta ao Poder Legislativo. Onde o Executivo depende, para comprometer externamente o Estado, de algo mais que sua própria vontade, isto vem a ser em regra a aprovação parlamentar, configurando exceção o modelo suíço, em que o referendo popular condiciona a conclusão de certos tratados. O estudo dos pressupostos constitucionais do consentimento é, assim, fundamentalmente, o estudo da partilha do *treaty-making power* entre os dois poderes políticos - Legislativo e Executivo - em determinada ordem jurídica estatal.

1.3. RATIFICAÇÃO.

As origens etimológicas da palavra ratificação não são muito claras. Ao que parece, sua ascendência direta é o verbo *ratificare* do latim vulgar, o qual corresponde, no latim clássico a locuções como *ratum facere*, *ratum esse*, *ratum efficere*, *ratum habere*, *ratum ducere*, *ratum alicui esse*. Algumas dessas expressões (*ratum facere*, *ratum esse*) contêm um sentido de criação de uma situação nova, ao passo que outras sugerem apenas a confirmação de um ato anterior. Essa diversidade de sentidos corresponde ao sentido diferente que a palavra tem no direito internacional e no direito privado. Veremos no correr deste trabalho que a formalidade de ratificação em direito internacional constitui o processo de criação de normas do direito internacional convencional. No direito privado, ao contrário, a ratificação é uma mera confirmação de atos anteriormente praticados. Contribui ainda, para distinguir a ratificação do direito privado da do direito internacional, o fato de ser a primeira retroativa, conforme a máxima do direito romano *ratihabitio retrotrahitur ad initium*. No direito internacional não tem a ratificação nenhum efeito retroativo, por isto que o projeto de tratado assinado pelos plenipotenciários não tem nenhuma validade jurídica, como será explicado. Para bem compreender o sentido da formalidade da ratificação em direito internacional é preciso esquecer o que seja a instituição da ratificação no direito privado.

Dehousse, Basdevant, e Wildhaber preferem chamar a ratificação constitucional simplesmente de aprovação. No caso de ser exigido pela constituição, o parlamento autorizaria a ratificação e o chefe do Estado ratificaria.

Para os autores alemães, RATIFIKATION é o instrumento e a formalidade global. ZUSTIMMUNG é o nome dado à aprovação parlamentar, enquanto que GENEHMIGUNG é a aprovação do tratado pelo chefe do Estado.

José Sette Câmara comentando a conceituação alemã expressa que infelizmente em português, como na maioria das línguas, uma palavra única é empregada com essas diversas significações.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em seu art. 2, inciso 1, alínea b, reza o seguinte:

"Ratificação, aceitação, aprovação e adesão, significam conforme o caso, o ato internacional assim denominado, pelo qual um Estado estabelece no plano internacional o seu consentimento em obrigar-se por um tratado."

Embora a doutrina consigne definições nem sempre coincidentes de ratificação, aceitação, aprovação e adesão, seus efeitos jurídicos são os mesmos. Tanto assim que a Convenção colocou-os em pé de igualdade, no texto acima citado e no parágrafo 2º do art. 14: "O consentimento de um Estado em se vincular por um tratado manifestar-se-á mediante a aceitação ou a aprovação em condições semelhantes às que regem a ratificação."

A Convenção foi clara na afirmação de que esses termos se referem a atos jurídicos internacionais. Portanto não dizem respeito à ratificação em sentido impróprio, aprovação parlamentar ou outros procedimentos similares regulados pelo Direito interno.

A ratificação não é instituição nova, pois já existia antes da Era Cristã. Na Grécia como em Roma tratados foram feitos concluídos com cláusula de ratificação.

Historicamente, este instituto é encontrado em um dos mais antigos tratados de que se tem notícia, o de Ramsés II, do Egito, e Hattisuli, rei dos Hititas, no ano 1280 a.C. (Taube), ou 1291 a.C. (Nussbaum).

Na Grécia, os tratados para entrarem em vigor precisavam da aprovação do Conselho e da Assembléia do Povo. O Tratado então aprovado seria promulgado e haveria troca de ratificações.

Em Roma, a teoria jurídica da ratificação se delineou claramente no episódio dos Desfiladeiros Caudinos (321 a.C.), em que os romanos, derrotados, assinaram um tratado humilhante. O próprio Postumius, que assinara o tratado, sustentou que ele não era obrigatório. A obrigatoriedade só haveria se ele fosse ratificado.

Celso de Albuquerque Mello, tratando a matéria diz que "no período medieval, a prática da ratificação perdurou, como é o caso do tratado concluído, em 561, entre Justiniano e Cosrois, rei dos Persas, que previa a sua ratificação e a troca de instrumentos. A ratificação era feita pelo Príncipe, geralmente por meio de um juramento: ele praticaria o pecado de perjúrio caso violasse o tratado. Outras vezes os príncipes confirmavam o juramento dado por seus representantes.

No Renascimento, continua este autor, desenvolveu-se a teoria dos plenos poderes, acarretando o desenvolvimento também da ratificação como um meio de fiscalizar o negociador e o signatário. Ela é feita, geralmente, dentro de um prazo estipulado. A assimilação do negociador do tratado a um mandatário fez com que a ratificação passasse a ser obrigatória para o Príncipe, a não ser que o signatário do tratado houvesse excedido os seus "poderes". A doutrina manifestou-se no mesmo sentido: Gentili, Grocius, Pufendorf, Wicquefort, Vattel, etc. A ratificação torna-se quase "supérflua", apenas com a finalidade de verificar se o negociador havia agido dentro de seus poderes. Os casos em que se recusava a ratificação eram raros e acarretavam protestos dos demais contratantes.

No século XVIII a doutrina (Bynkershoek) reagiu contra a concepção anterior, considerando que a ratificação é obrigatória. Em Bynkershoek já encontramos o problema da divergência entre os plenos poderes e as instruções particulares, isto é, o negociador podia não violar os primeiros e violar as segundas (F.Mosconi). A necessidade da ratificação para a validade dos tratados internacionais foi influenciada acima de tudo pelo art.IV da Constituição Francesa de 1794 e pela adoção, em grande parte dos Estados, de um sistema constitucional que restringia os poderes do Executivo a respeito da conclusão dos tratados. Na prática convencional, a ratificação como ato necessário para a validade do tratado parece que foi consagrada pela primeira vez em um tratado concluído entre o Diretório da França e a rainha de Portugal (1797), para ser definitivamente consagrada no Protocolo nº 19 do Congresso de Berlim de 1878.

Analisando a sua origem histórica depreende-se uma certa ambiguidade contida no vocábulo que não é denotativo, pois possui dois sentidos diversos sendo portanto conotativo.

José Sette Câmara afirma que "reina confusão mesmo no campo do direito internacional sobre a verdadeira significação da palavra ratificação. Ora é empregada para designar a formalidade no seu todo, ora indica o instrumento de ratificação apenas, ora o processo constitucional de autorização do Chefe de Estado para concedê-la e ora a promulgação do tratado para assegurar a sua validade na ordem jurídica interna. Para o internacionalista, ratificação é o ato unilateral de vontade pelo qual o Chefe do Estado dá o seu assentimento à participação do seu país no tratado. Os processos estipulados pelo direito nacional para a autorização do Chefe de Estado a ratificar o tratado são estranhos ao direito internacional e melhor fôra que se não aplicasse a palavra ratificação para designá-los, a fim de evitar confusão.

João Grandino Rodas, em sua célebre monografia sobre o Direito dos Tratados valendo-se dos ensinamentos de Fitzmaurice classifica ou conceitua a ratificação de duas formas.

A ratificação propriamente dita ou no sentido internacional do termo é o ato formal pelo qual a parte contratante exprime a sua aceitação final do tratado e notifica desse fato a outra ou outras partes, por meio do depósito ou troca de instrumentos.

Em sentido constitucional, ratificação significa o ato interno pelo qual um órgão governamental - geralmente o legislativo - aprova e autoriza o tratado sob o prisma constitucional.

A ratificação constitucional propicia ao poder executivo as condições de realização da ratificação *internacional*, quando esta for necessária ou unicamente estabelece a legalidade sob o prisma constitucional da participação do Estado em um tratado que não necessita de ratificação *internacional*.

Entretanto, as duas espécies de ratificação são atos praticados em dois planos distintos e por meio de procedimentos diferentes.

A ratificação em sentido constitucional *per se* não torna um Estado parte efetiva de um tratado. É preciso para tal ser feita a

ratificação propriamente dita, que, do ponto de vista internacional não é dependente da ratificação *constitucional*. Diz-se que esta é condição *sine qua non* da ratificação internacional, pois a sua falta paraliza a autorização exigida pela constituição para a realização do ato internacional. Entretanto esta subordinação é unilateralmente consagrada pelo direito constitucional.

Neste sentido também o entendimento de Rezek que manifesta "não se pode entender a ratificação senão como ato *internacional*, e como ato *de governo*. Este, o poder Executivo, titular que costuma ser da dinâmica das relações exteriores de todo Estado, aparece como idôneo para ratificar - o que no léxico significa *confirmar* -, perante outras pessoas jurídicas de direito das gentes, aquilo que ele próprio, ao término da fase negociada, deixara pendente de confirmação, ou seja, o seu consentimento em obrigar-se pelo pacto. Parlamentos nacionais não ratificam tratados, primeiro porque não têm voz exterior, e segundo porque, justamente à conta de sua inabilidade para a comunicação direta com os Estados estrangeiros, nada lhes terão renunciado, antes, por assinatura ou ato equivalente, que possam mais tarde confirmar pela ratificação.

Em direito das gentes não se deve confundir com a *chamada ratificação no sentido constitucional*, mesmo porque muitos são os Estados em que a ratificação *de nenhum modo se formaliza internamente*, sendo, pois, apenas apurável quando se consuma no plano internacional, e com o inteiro feito de um ato internacional.

Ratificação, assim conforme Resek, é o ato unilateral com que o sujeito de direito internacional, signatário de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se.

Celso D. de Albuquerque Mello em sua obra *Direito Constitucional Internacional*, sem fazer a distinção acima, que consideramos de suma importância para o esclarecimento da conceituação de ratificação, certamente em cima de uma razão dualista que privilegia a ordem constitucional interna sobre a ordem internacional, atribui "a competência para fixar o Poder competente para ratificar é fixada pelo Direito Constitucional e este devido a natureza das relações externas do estado, o dá quase sem exceção ao Poder Executivo. As Constituições determinam que a ratificação deve ocorrer após a aprovação do Poder Legislativo. Entretanto, a aprovação do tratado por este nada impede que o executivo se recuse a ratificar. Assim, a ratificação é um ato discricionário do Estado e no interior deste do Poder Executivo. Inclusive o Executivo pode "desistir" de um tratado concluído por seu negociador e não o enviar ao Legislativo, isto é, e arquivá-lo. Entretanto, existe neste caso uma exceção que são as convenções internacionais do trabalho, concluídas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, cujo tratado institutivo (art. 19, nº 5, letra b) estabelece que elas serão submetidas obrigatoriamente ao Legislativo. O tratado da OIT não fala na obrigatoriedade delas serem ratificadas se forem aprovadas pelo Legislativo, mas nos parece ser esta uma consequência lógica, diz o autor, principalmente, levando-se em consideração a natureza social destas convenções e ainda ser o nosso século caracterizado pelo conflito social que só tende a se agravar.

A ratificação passou a ser considerada a fase mais importante do processo de conclusão dos tratados, porque é a troca ou o depósito dos instrumentos de ratificação que torna o tratado obrigatório. Entretanto, isto não tirou todo o valor da assinatura, vez que a sua concessão mostra que aquele ato tem algum significado. A doutrina aponta razões em favor da assinatura: a) o princípio da boa-fé impede que o estado pratique atos contrários ao tratado que ele assinou; b) entra em vigor, se o tratado tiver, a cláusula sobre prazo de ratificação.

Dentro deste espírito é que a convenção panamericana sobre tratados (Havana - 1928) estabelece:

"Art. 5º

Os tratados não são obrigatórios senão depois de ratificados pelos estados contratantes, ainda que esta cláusula não conste nos plenos poderes dos negociadores, em figure no próprio tratado."

A vida internacional torna-se muito intensa. O Legislativo é acusado de lentidão. O Poder Executivo reforça o seu poder em matéria de relações internacionais. Dentro deste espírito é que a convenção de Viena sobre o Direito dos tratados estabelece que o consentimento do estado em se obrigar ao tratado pela ratificação, só ocorrerá se ela estiver prevista no tratado, ou for esta a intenção das partes.

Assim sendo, em 1928, a presunção era em favor da ratificação e em 1969, é da assinatura.

Em resumo - há dois atos perfeitamente distintos -, a aprovação pelo Congresso Nacional, através de um Decreto Legislativo, do tratado e a ratificação deste pelo Presidente da República, seguido da troca ou depósito do instrumento de ratificação, após o que será o tratado incorporado à legislação interna, por força de sua publicação no órgão competente, através de um decreto de promulgação expedido pelo Chefe do Executivo, passando a produzir seus devidos efeitos.

Mas, se o tratado aprovado pelo Congresso Nacional, não tiver seus trâmites subsequentes ultimados, jamais entrará em vigor, pois, se a aprovação de um tratado pelo Legislativo é condição essencial para a sua ratificação, não a torna obrigatória, não gerando efeitos sem essa exigência.

Não ratificado o tratado, tem-se que o mesmo foi recusado, pois a ausência de ratificação é ato inerente à soberania do Estado e, por conseguinte, constitui o exercício normal de um direito, não transgredindo nenhum preceito internacional.

Modernamente é quase unânime entre os autores a não obrigação legal de um Estado ratificar um tratado assinado em seu nome.

Como já se disse, a maioria dos autores é partidária da total liberdade em recusar a ratificação: Se um Estado jamais é obrigado a negociar um tratado, e se um tratado mesmo assinado deve ser submetido à ratificação, admite-se que o Estado seja livre de ratificar ou não.

Admitindo como princípio a regra da necessidade da ratificação, a doutrina quase unanimemente considera que, em caso de dúvida, se requer ratificação. Poucos são os juristas que pensam o contrário.

É fato que não se desconhece que os órgãos indicados pela legislação interna de cada Estado com competência para decidir sobre a

aprovação dos tratados pactuados retardam na adoção dessa formalidade. Anos e mais anos passam sem que os responsáveis pelo exame do convencionado cumpram com o seu dever.

A demora em ratificar é uma das razões do aumento da utilização dos acordos em forma simplificada, que se verifica na atualidade.

2. O SISTEMA BRASILEIRO.

2.1. OS TRATADOS LEGISLATIVOS.

Cachapuz de Medeiros afirma que a Constituição de cada Estado determina o poder ou os poderes constituídos competentes para agir no campo das relações exteriores, sobretudo para estipular os tratados internacionais.

Há, portanto, conforme o autor, possibilidade do poder incumbido pela Constituição de formar a vontade do Estado não ser o mesmo investido da faculdade de declarar essa vontade aos demais Estados.

Nas monarquias absolutas e nos regimes totalitários, as competências para formar e para declarar a vontade do Estado são exercidas conjuntamente pelo Chefe do Estado.

Com a passagem ao regime representativo, que estabelece limitações às faculdades do Chefe do Estado, a distinção entre as referidas competências assume especial importância, posto que o poder competente para formar a vontade do Estado pode ser diferente do poder competente para levar essa vontade ao conhecimento dos outros Estados contratantes.

Na verdade, a competência para formar e a competência para declarar a vontade do Estado podem ser diferenciadas teoricamente até quando são exercidas por um só órgão, mas a distinção entre ambas se torna mais evidente na medida em que são exercidas por órgãos diferentes da estrutura funcional do Estado.

Esse fenômeno, em que a vontade de um corpo ou colegiado é declarada aos terceiros por órgãos simples, constituído por um só indivíduo, conhecido em outros campos da Ciência Jurídica, existe, por conseguinte, no Direito Constitucional Internacional.

É comum, assevera Donato Donati, que a vontade de um órgão complexo seja declarada aos terceiros pela mediação de um órgão simples.

A vontade legislativa do Estado, por exemplo, formada pelo Parlamento, é declarada aos cidadãos pelo Chefe do Estado, que efetua a sanção, promulgação e publicação das leis.

Os tratados surgem através de idêntico processo.

Cachapuz afirma ainda, que mesmo quando a formação da vontade do Estado em assumir a obrigação de cumprir um tratado seja confiada só ao Parlamento, a declaração dessa vontade aos terceiros Estados compete ao Chefe do Estado.

Atualmente, a competência para forma a vontade do Estado é partilhada entre o Chefe do Estado e as Câmaras Legislativas na grande maioria dos Países, exceto em poucos, onde a competência para formar a vontade e a competência para declara-la permanecem um privilégio do Chefe do Estado.

O Professor Cachapuz de Medeiros em sua clássica obra *O Poder de Celebrar Tratados*, entre outras classificações ali enumeradas e não menos importantes nomeia a esposada por Louis Michon. Este adota o critério de participação ou não do Parlamento na celebração dos tratados, comportando assim, conforme a tese, as seguintes soluções:

- 1) Não é exigida a aprovação do Legislativo para a conclusão de nenhum tratado;
- 2) É exigida a aprovação do Legislativo para certos tratados;
- 3) É exigida a aprovação do Legislativo para todos os tratados;
- 4) É exigida a aprovação de só uma das Câmaras do Legislativo para todos os tratados.

José Sette Câmara, também arrolado, preferiu dividir as limitações constitucionais ao *treaty-making power* de acordo com o grau de centralização do poder de celebrar tratados nas mãos do Executivo, enumerando as hipóteses possíveis da seguinte forma:

- a) Países onde, ao menos teoricamente, o poder de celebrar tratados é conferido ao Executivo somente;
- b) Países onde o Executivo tem o poder de concluir tratados, com exceção de certos tipos de acordos, que precisam ser previamente submetidos à aprovação do Legislativo;

c) Países onde o Executivo precisa da aprovação do Legislativo para todos os tratados, com exceção de acordos administrativos e executivos de menor importância.

É pacífica hoje em dia na doutrina e na jurisprudência brasileira de que o Brasil enquadra-se, respectivamente, nas hipóteses 2 e b, citadas pelas classificações em epígrafe.

Decantada é a classificação dos tratados que os distinguem como aqueles caracterizados como Acordos Legislativos ou em Devida Forma e os nominados como Acordos Executivos ou em Forma Simplificada, também chamados pela doutrina americana *de Executive Agreements*.

J.F. Rezek em Em dos Tratados observa com acuidade a sofisticação das definições. Diz ele que o "mais importante tópico a ser aclarado, neste passo, diz respeito à pretensa identidade entre os acordos de procedimento breve – hábeis, pois, para vigor desde a assinatura, sem necessidade de ratificação – e os *acordos executivos*, assim chamados sob a inspiração da prática convencional norte-americana.

Acordo executivo é a expressão criada nos Estados Unidos para designar aquele tratado que se conclui sob a autoridade do chefe do poder Executivo, independentemente do *parecer e consentimento* do Senado. Ora, o critério que nos orienta neste tópico de classificação tem a ver com a extensão, *mais ou menos* lenta, do procedimento convencional – ou, caso se prefira, com a necessidade ou desnecessidade de ratificação. Não se volta este critério, absolutamente, para o problema de saber quais os poderes internos envolvidos na formação da vontade dos Estados pactuantes – a melhor dizer, de cada um dos Estados pactuantes. Um tratado em forma simples, concluído e posto em imediato vigor pela assinatura das partes no instrumento único, ou por troca de notas, não se confundirá com um acordo executivo se os governos pactuantes estiverem agindo com apoio em aprovação parlamentar *prévia*. Ao reverso, é desenganadamente *executivo* o tratado solene, de procedimento longo, em que o intervalo entre a assinatura e a ratificação de cada parte se vê preencher não com a consulta ao respectivo parlamento – acaso desnecessária, segundo seu sistema constitucional – mas com estudos e reflexões confinados no puro âmbito governamental.

Percebe-se. Além disso, que a extensão do procedimento é fator objetivo: cabe aí considerar *o tratado* em si mesmo, e apurar as circunstâncias de sua conclusão, as condições de sua entrada em vigor. A seu turno, a distinção entre o tratado *executivo* e seu natural modelo contrastante – qual seja o tratado abonado pelo parlamento – traz a marca da subjetividade: para bem operá-la, não se levará em conta qualquer característica *do próprio tratado*, mas a maneira de agir de cada uma das partes pactuantes, em atenção às normas do seu direito interno que distribuem competência para o comprometimento exterior. Conseqüência dessa subjetividade é que um mesmo tratado pode ter caráter *executivo* para algumas das partes, e não para outras. O que se dá, com certa assiduidade, no plano bilateral. Assim, o Acordo militar Brasil-Estados Unidos, de 15 de março de 1952, foi um acordo executivo apenas do ponto de vista norte-americano, havendo motivado no Brasil a necessária consulta ao Congresso, preliminar à ratificação. O artigo XII desse tratado dispunha sobre sua entrada em vigor, marcando-a para a data em que *o governo brasileiro* notificasse ao governo dos Estados Unidos sua ratificação."

Rezek, definindo mais a matéria afirma que "a Constituição americana de 1787 garantiu ao Presidente dos Estados Unidos o poder de celebrar tratados, com o consentimento do Senado, expresso pela voz de dois terços dos senadores presentes. Bem cedo, porém, uma interpretação restritiva da palavra inglesa "treaties" fez com que se estimasse que nem todos os compromissos internacionais possuem aquela qualidade. Além dos *tratados*, somente possíveis com o abono senatorial, entendeu-se que negociações internacionais podiam conduzir a acordos ou ajustes, os ali chamados "agreements", para cuja conclusão parecia razoável que o Presidente prescindisse do assentimento parlamentar. A prática dos *acordos executivos* começa no governo de George Washington, e ao cabo de dois séculos ostenta impressionante dimensão quantitativa. A Corte Suprema norte-americana, levada por mais de uma vez ao exame da sanidade constitucional desses acordos, houve por bem convalidá-los.

Na realidade, em dois casos análogos, *U.S. v. Belmont (1937)* e *U.S.v. Pink (1942)*, a Corte Suprema enfrentou de modo curioso a pretensão de particulares, do setor bancário nova-iorquino, que contestavam a validade do *Acordo Litvinov* - um acordo executivo entre o presidente Franklin Roosevelt e o ministro soviético daquele nome, onde se determinava a devolução, à fazenda pública soviética, de somas depositadas em bancos de Nova York por súditos russos, antes da revolução de 1917, e não reclamadas mais tarde pelos depositantes privados. Chamando em seu socorro as leis e a ordem pública do estado de Nova York, Belmont, e mais tarde Pink, afirmaram não vislumbrar no acordo executivo o vigor jurídico bastante para neutralizar a proteção garantida por aqueles padrões de conduta a depósitos bancários particulares. A Corte Suprema confirmou a validade do acordo executivo, sempre à luz da idéia de que só para "treaties" – não para "agreements" – a carta federal reclama o endosso de dois terços do Senado. Em seguida – e neste ponto reside a curiosidade, por aparente contradição, de tal jurisprudência – afirmou a Corte a prevalência do acordo Litvinov sobre as leis e a ordem pública do estado de Nova York, dando-lhe assim a estatura hierárquica que a mesma carta, no artigo VI, atribui aos "treaties": a de "lei suprema do país" – o que traduz a virtude de prevalecer sobre a ordem jurídica dos estados federados."

No Brasil, cuja constituição de 1891, da primeira república, teve grande influência americana, em razão do texto que rezava:

Compete privativamente ao Congresso Nacional:

12° - resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras;

Compete privativamente ao Presidente da República:

16° - entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre ad referendum do Congresso; (grifei).

Rezek afirma que toda a doutrina da época, como aquela expendida por Carlos Maximiliano, João Barbalho e Clóvis Bevilacqua, que sustentavam "a inviabilidade do comprometimento externo por obra exclusiva do governo, em qualquer caso.

A Constituição de 1934, porém, alterou a redação adotada pela Constituição de 1891 com o seguinte texto:

"É da competência exclusiva do Poder Legislativo:

a) resolver definitivamente sobre tratados e convenções com as nações estrangeiras, celebrados pelo Presidente da República, inclusive os relativos à paz;

Compete privativamente ao Presidente da República:

6° - celebrar convenções e tratados internacionais ad referendum do Poder Legislativo.

Rezek afirma que "desapareceu desta derradeira norma a referência a *ajustes*, bem assim o advérbio *sempre*, que precedia a expressão *ad referendum*. Superado o regime de 1937, em que o texto básico outorgava ao Conselho Federal o exame de tratados, a Constituição de 1946, retomou, quase que literalmente, a linguagem de 1934.

A história diplomática do Brasil oferece exemplos de comprometimento externo, na velha República, por ação isolada do poder Executivo, e, pois, em afronta aparente ao texto constitucional. Foi, contudo, no regime da carta de 1946 que floresceu neste país a doutrina da licitude dos acordos executivos, tendo Hildebrando Accioly como seu mais destacado patrocinador.

Realmente, sem sombra de dúvidas, é a polêmica estabelecida entre Haroldo Valladão e Hildebrando Accioly que demarca a fronteira ou o Rubicão entre a tradição da doutrina da primeira república, que subentendia que todos os tratados, independentemente da matéria, deveriam passar pelo crivo do Parlamento e aquela, defendida por Accioly, que excluía algumas matérias desse tratamento.

O Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional de janeiro-dezembro de 1950, publica o parecer expendido pelo Prof. Haroldo Valladão de seguinte teor:

APROVAÇÃO DE AJUSTES INTERNACIONAIS PELO CONGRESSO NACIONAL

NECESSIDADE DE APROVAÇÃO PELO CONGRESSO NACIONAL DE QUAISQUER AJUSTES INTERNACIONAIS FEITOS PELO BRASIL – INAPLICABILIDADE, NO DIREITO PÁTRIO, DE DOCTRINAS ACEITAS NO DIREITO DE NAÇÕES EUROPÉIAS E DOS ESTADOS UNIDOS – HISTÓRIO E EXEGESE DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS BRASILEIROS SÔBRE CELEBRAÇÃO DE TRATADOS E CONVENÇÕES – ACÓRDO DE PAGAMENTO ENTRE O BRASIL E A FRANÇA POR TROCA DE NOTAS.

PARECER

Prof. Haroldo Valladão

I – Consulta o Sr. Ministro das Relações Exteriores sobre validade de Acordo de Pagamento entre o Brasil e França, por troca de notas entre o Ministério das Relações Exteriores e Embaixada da França no Rio de Janeiro.

Estes os termos da consulta: "De ordem do Sr. Presidente da República, tenho a honra de passar às mãos de Vossa Excelência, em anexo, o expediente relativo ao restabelecimento da validade do Acordo de Pagamento entre o Brasil e França, concluído, em 31 de março último, por troca de notas entre o Ministério das Relações Exteriores e a Embaixada da França no Rio de Janeiro. 2. Por se tratar de um convênio meramente administrativo, que o Governo pode celebrar por sua própria autoridade, tenho dúvidas sobre a necessidade de sua ratificação legislativa, uma vez que a mencionada ratificação viria criar um precedente em contradição com o acordo celebrado com a Inglaterra, que não se entendeu dependente de aprovação do Congresso Nacional. 3. Assim sendo e não podendo o referido Acordo entrar em vigor imediatamente, tal como é e dispõe e é necessário, se a aludida ratificação for indispensável, muito agradeceria a Vossa Excelência o obséquio de, com a possível brevidade, emitir um parecer sobre o assunto em apreço".

Eis o art. 1° do Acordo: "Art. I. 1) A validade do Acordo de Pagamento concluído em 8 de março de 1946 entre os Estados Unidos do Brasil e a França fica restabelecida, devendo estender-se até 8 de março de 1950. 2) O prazo de dois anos previstos nos arts. 3°, 5° e 7° do Acordo de Resgate da Dívida Externa Brasileira, concluído no mesmo dia, fica prorrogado até 8 de março de 1950".

II. A dívida não diz respeito à "necessidade de ratificação legislativa", mas concerne à necessidade de aprovação do referido Acordo pelo Congresso Nacional.

É lição que vem de Clóvis Beviláqua: "§ 166 – É a ratificação que torna o tratado obrigatório. No Brasil, compete a ratificação ao Presidente da República, depois que o Congresso aprove o tratado" (Direito Público Internacional, § 168, T. II, 2° ed., 1939, pág. 17).

E foi recentemente confirmada por Hildebrando Accioly (A ratificação e a Promulgação dos Tratados in Boletim da Sociedade Brasil, de Direito Internacional, n° 7, janeiro-junho de 1948, pág. 6; Manual de Direito Internacional Público, 1948, página 303).

III. Dispõe, a respeito, a vigente Constituição Federal o seguinte: "Art. 87. Compete privativamente ao Presidente da República:..VII – celebrar tratados e convenções internacionais ad referendum do Congresso Nacional" e "Art. 66. É de competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebrados com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República".

Eis aí fixadas a competência privativa do Presidente da República para celebrar tratados e convenções e a competência exclusiva do Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre os mesmos tratados e convenções.

IV. Essa distribuição de competência é tradicional no direito constitucional brasileiro da República.

Os textos atuais mantêm os da Constituição de 16 de julho de 1934, relativos às atribuições do Presidente da República, art. 56, 6°, 6°, e do Poder Legislativo, art. 40^a

E vinham da Constituição de 1891 que, entretanto, usava, quanto à competência do Presidente da República, outra expressão: "art. 16. Enprobidade no conceito de governos estrangeiros. Nas expressões tabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre ad referendum do Congresso..." (art. 48).

A fórmula é a genérica no fixar a competência presidencial para celebrar, referindo-se a negociações internacionais, ajustes, convenções e tratados.

E era restrita no se referir à competência do Congresso Nacional: "12. Resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras" (art. 34).

Mas entendeu-se que a aprovação do Congresso Nacional era necessária para quaisquer atos bilaterais internacionais.

É que no próprio texto referente às atribuições do Presidente da República se acrescentava "ad referendum do Congresso".

A primeira interpretação, logo após a promulgação da Carta Magna de 24 de fevereiro de 1891, dada, ainda pelos antigos constituintes, vamos encontrar na Lei nº 23, de 30 de outubro de 1891, que reorganizou os serviços da administração federal, e ainda em vigor no que não foi expressamente revogada.

Eis o que prescreve o § 3º do seu art. 9º: "§ 3º Os ajustes, convenções e tratados celebrados pelo Presidente da República, em virtude das atribuições que lhe confere o art. 48, nº 16, da Constituição, serão sujeitos à ratificação do Congresso, mediante um projeto de lei formulado pelo Poder Executivo, nos termos do art. 29 da Constituição."

Nem outro foi o modo de ver do insigne João Barbalho ao justificar a necessidade de aprovação pelo Congresso dos atos internacionais bilaterais: "Mas os tratados são uma troca de concessões e estabelecem reciprocidade de obrigações; ora não é da alçada do poder executivo empenhar motu próprio a responsabilidade da nação, criar-lhe compromissões, obriga-la, ainda que em permuta de vantagens, a ônus e encargos. Por isso ficou reservada ao Congresso Nacional a ratificação dos ajustes, convenções e tratados feitos pelo Presidente da República o que redundava em corretivos e garantia contra possíveis abusos, contra a má compreensão e comprometimento dos altos interesses nacionais"...

Expressava, pois, Clóvis Beviláqua o direito positivo brasileiro ao escrever: "Ainda que a ratificação seja a solenidade que torna o tratado obrigatório, pode ser dispensada por acordo das altas partes contratantes. Exemplo disso nos dá a convenção postal concluída, entre o Brasil e a Grã-Bretanha, no Rio de Janeiro, a 16 de agosto de 1875. Nenhuma convenção internacional, porém, poderá, hoje, no Brasil, ser executada sem a aprovação do Congresso. Todos os ajustes internacionais, em face da Constituição Brasileira, como já ficou exposto, são celebrados pelo poder executivo "ad referendum do Congresso" (op. Cit., II, pág. 21).

V. Teriam os artigos da Constituição de 1934 e da atual, de 1946, já referidos, alterado aquela orientação do direito pátrio pelo fato de nos textos referentes ao Presidente da República falarem apenas em "convenções internacionais" (1934, art. 56, 6º) ou "Tratados e Convenções Internacionais" (1946, art. 87, VII) na forma empregada nos dois diplomas básicos quanto ao Poder Legislativo (1934, art. 40, a, e 1946, art. 66, I).

O elemento histórico desautoriza uma resposta afirmativa.

A forma aprovada na discussão do Projeto da Comissão Constitucional do Itamarati fora a mesma dos arts. 34, nº 12 e 48, nº 16, da Constituição de 1891 (Elaborando a Constituição Nacional por J. Mendonça de Azevedo, Atas das Reuniões da Comissão Constitucional, págs. 405 e 527).

Mas na redação final aparecem identificadas as duas fórmulas numa única: tratados e convenções (art. 32, h, e 41, 7º).

Assim foi adotada na Constituinte de 1934, na Comissão dos 26, passando ao Substituto da Comissão Constitucional e ao texto definitivo da Constituição.

A unidade de redação não significou, pois, senão pura harmonia de forma na obra constitucional.

Doutra parte, a expressão "tratados e convenções" vinha usada desde 1891 no sentido amplo, de quaisquer atos jurídicos bilaterais de caráter internacional.

Não fala, apenas, em tratados, mas em tratados e, convenções, com largueza de expressão.

Não se referindo mais os novos textos, qual em 1891, também às negociações internacionais e ajustes nas atribuições do Presidente, ou esses atos entram na chave ampla "tratados e convenções" ou o Poder Executivo não teria competência para assina-los.

Já escrevera Lafayette: Aos tratados dá-se indiferentemente a denominação de convenções, acordos, pactos e ajustes internacionais (Princípios de Direito Internacional, II, 1902, pág. 268). Não divergira Clóvis Beviláqua (ob. Cit., § 163 e nota, desde a 1ª edição, 1910) nem Hildebrando Accioly (Tratado de Direito Internacional Público, I, II, 1934, nº 1.251).

Há de ser, assim, mantida a interpretação clássica que subordina à aprovação do Congresso Nacional todo e qualquer tratado ou convenção, ainda que com a simples denominação de acordo, ajuste, convênio, etc..." (grifei)

Quase vinte anos passados, com a mesma coerência, já sobre a ótica da Constituição de 24 de janeiro de 1967, o Prof. Haroldo Valadão, ocupando o cargo de Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, emite parecer sobre assunto de mesma natureza do anterior, publicado no Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, nº 49-50 de janeiro-dezembro de 1969, nos seguintes termos:

NECESSIDADE DE APROVAÇÃO PELO CONGRESSO NACIONAL DE ACORDO INTERNACIONAL

Parecer do Prof. Haroldo Valadão, Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores.

1. Consulta o Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores sobre se, "a rigor, deveria ser submetido à aprovação do Congresso Nacional o Acordo celebrado por troca de notas, em 10 de setembro último, entre o Brasil e os Estados Unidos da América, relativo à colaboração em pesquisas sobre sensores remotos em levantamento de recursos terrestres."

2. Dispõe a Constituição Federal, em vigor, no seu artigo 83: Compete privativamente ao Presidente... VIII – Celebrar Tratados. Convenções e Atos Internacionais, ad referendum do Congresso Nacional."

3. Parece-me, assim, indispensável a aprovação do Congresso.

A expressão: "e atos internacionais" visou, justamente, abranger todo e qualquer acordo internacional.

4. O problema da demora da aprovação está solucionado, hoje, a meu ver, com a faculdade dada ao Presidente, de enviar ao Congresso o ato internacional, em regime de urgência, Constituição Federal, art. 54, e parágrafos. Diz o texto do citado art. 54: "O Presidente da República poderá enviar ao Congresso Nacional projetos de lei sobre qualquer matéria, os quais, se assim o solicitar, deverão ser apreciados dentro de quarenta e cinco dias, a contar do seu recebimento na Câmara dos Deputados, e de igual prazo no Senado Federal."

Ora, os tratados e convenções são apreciados pelo Congresso através de uma lei, segundo preceitua taxativamente a Constituição. Art. 62, § 5º (combinado com o art. 47, I): "§ 5º. Nos casos do art. 47, realizada a votação final, a lei será promulgada pelo Presidente do Senado Federal."

Entram, assim, em exame no Congresso Nacional, com um projeto de lei remetido pelo Presidente da República, na forma prevista na mesma Constituição:

"Parágrafo único. A discussão e votação dos projetos de iniciativa do Presidente da República começarão na Câmara dos Deputados, salvo o disposto no § 3º do art. 54."

É disposição, aliás, da primeira lei complementar, que reorganiza os serviços da administração federal, vinda da Constituição de 1891, da Lei nº 23, de 30 de outubro de 1891.

Eis o que prescreve, o § 3º do seu art. 9º:

"Os ajustes, convenções e tratados celebrados pelo Presidente da República, em virtude das atribuições que lhe confere o art. 48, nº 16, da Constituição serão sujeitos à ratificação do Congresso, mediante um projeto de lei formulado pelo Poder Executivo, nos termos do art. 29 da Constituição."

5. Noto, entretanto, que o acôrdo em causa parece basear-se em anterior, ao dizer: "Nessa inteligência, dentro do espírito do Acordo Básico de Cooperação Técnica, de 19 de dezembro de 1950, o Governo brasileiro confirma as disposições do memorandum de entendimento..."

Segundo opinei (Parecer de Consultor-Geral da República 253-R, volume 4 dos Pareceres, p. 413 e Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, V. 11/12, pág. 95) dispensa aprovação um acordo (por troca de notas ou outra forma) que tenha sido autorizado por ou constitua execução de – outro, anterior, devidamente aprovado.

Rio de Janeiro, 29 de outubro de 1968.

Diametralmente oposto a este entendimento é o esposado pelo jurista Hildebrando Accioly, que respondendo às críticas de Haroldo Valladão, na mesma Revista Jurídica, contesta a argumentação de que o regime constitucional, até então vigente, permitia somente a alternativa de realização de tratados em devida forma ou chamados legislativos, obstando, conforme seu entender, a possibilidade dos acordos simplificados ou chamados *executives agreement*, tão decantados pela doutrina americana.

2.2. OS TRATADOS EXECUTIVOS.

Continuando a famosa polêmica doutrinária travada entre os Juristas Valladão e Accioly, este último em resposta ao parecer do primeiro publicado no Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, reforçando a possibilidade doutrinária e a advinda da jurisprudência assentada na longa prática diplomática brasileira em prol da não excludente possibilidade de concomitância dos dois tipos de acordos, tanto o legislativo ou em devida forma com o executivo ou em forma simplificada, justificando plenamente a edição destes últimos, Accioly editou parecer de seguinte teor:

AINDA O PROBLEMA DA RATIFICAÇÃO DOS TRATADOS, EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA.

Hildebrando Accioly

"Em artigo publicado no nº 7 (janeiro-junho de 1948) do "Boletim da S. B. de Direito Internacional, procurávamos mostrar, em face da doutrina mais corrente e da prática nacional e estrangeira, que a ratificação não é geralmente exigida para certos ajustes internacionais, e que, não obstante as disposições do art. 66, nº I, e do art. 87, nº VII, de nossa Constituição Federal, "o Brasil poderá ser parte em atos internacionais que não dependam de aprovação do Congresso Nacional". Em apoio dessa tese, mencionávamos especialmente a praxe seguida nos Estados Unidos, em cuja Constituição muito se inspirou a nossa de 1891. Desta, como é sabido, pouco se afastaram, nesse ponto, os ulteriores estatutos básicos brasileiros, de 1934 e 1946. Observávamos então que, naquele país, a Constituição estabelece que a autoridade do Presidente para concluir tratados depende do "parecer e consentimento do Senado", "mediante a aprovação de dois terços dos Senadores presentes", mas que, apesar disto, ali existe a prática muito freqüente dos chamados "acordos executivos", que cobrem muita vez assuntos dos mais importantes e cuja validade não se acha subordinada à aprovação do Senado..."

"...I – Os fatos indicam que nunca se entendeu, entre nós, que a aprovação do Congresso Nacional era necessária ou, melhor, indispensável "para quaisquer atos bilaterais internacionais".

Ainda no regime da Constituição de 1891, - que era, nesse ponto, talvez mais exigente do que as posteriores, pois não se limitava a mencionar tratados e convenções, falando também em ajustes, - numerosos são os acordos bilaterais concluídos pelo Governo brasileiro com Governos estrangeiros e que vigoraram sem o preenchimento daquela condição. Percorra-se, por exemplo, o "Código das Relações Exteriores", publicado em 1900, e lá se encontrarão vários exemplos de tais acordos. Entre outros, podemos aqui referir: ajustes bilaterais, respectivamente, com a Alemanha (de 10 e 29 de julho de 1899), a Argentina (de 9 de agosto de 1895), a Áustria-Hungria (de 4 de junho e 24 de setembro de 1891), a Bélgica (de 4 e 9 de julho de 1897), a Bolívia (de 10 de maio de 1895 e de 30 de outubro de 1899), o Chile (de 10 de janeiro de 1896), França, Itália, Peru, Portugal, Suíça. Um dos acordos com Portugal (o de 9 de maio de 1898) dizia respeito a assunto que, à primeira vista, deveria talvez passar pelo Congresso Nacional: era a permutação de encomendas postais sem valor declarado. De datas posteriores a 1900, mas ainda sob a vigência da Constituição de 1891, poderíamos mencionar vários outros exemplos, inclusive alguns acordos para a demarcação de fronteiras e outros sobre a troca de correspondência diplomática em malas especiais.

II – A opinião de João Barbalho, embora das mais respeitáveis, não impediu a prática acima referida, sem que, aliás, se confirmassem os receios do eminente comentador de nossa primeira Constituição republicana. Por outro lado, custa-nos crer que o nosso Poder Executivo, ou melhor, o Presidente da República, não tenha noção dos "altos interesses nacionais e fosse comprometê-los em matéria atinente à sua competência privativa, ao tratar, por intermédio de seus agentes, com países estrangeiros.

III – A declaração de que os constituintes brasileiros "quiseram subordinar o Executivo ao Legislativo, em matéria externa", carece de provas. E não se justificaria.

Em toda parte, até nos países de regime parlamentar, a política externa é ação confiada precipuamente ao Chefe da Nação ou do Governo e a seu órgão especial

para esse fim, que é o Ministro das Relações Exteriores ou dos Negócios Estrangeiros. Por isso, costuma dizer-se que o Chefe do Estado é quem representa este perante os países estrangeiros e que o dito Ministro é o seu mandatário direto para a direção dos serviços relativos às relações exteriores.

Onde funciona o sistema parlamentar, poderá alegar-se que a orientação da política externa depende da maioria do parlamento; mas, ainda aí, quem a executa é, necessariamente, o órgão ordinário dos negócios estrangeiros, ou seja o ministro da pasta que destes se incumbem.

Como quer que seja, no sistema presidencial, a situação é outra: a responsabilidade pela orientação e execução da política externa cabe simplesmente ao Poder Executivo.

Em nossa Constituição de 1946 (art. 87, VI) está dito claramente que "compete privativamente ao Presidente da República": "manter relações com Estados estrangeiros".

A circunstância de ser a nomeação dos chefes de missão diplomática sujeita à aprovação do Senado não significa, absolutamente, que este deva dirigir a política exterior do país. Ao Senado também cabe, por exemplo, a aprovação da nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, sem que isto possa importar na menor interferência de nossa Câmara alta na ação do mais alto órgão judiciário da República.

IV – O argumento de que aos autores da Constituição de 1891 e aos intérpretes daquele documento nunca ocorreu o critério da competência privativa dos órgãos constitucionais na celebração de acordos internacionais não têm a importância pretendida. Ainda que se comprove sua exatidão, isto não quererá dizer que tal critério seja inaceitável, nem o fato alegado impediu fosse o dito critério seguido várias vezes.

V – Não nos parece mais procedente a alegação da dificuldade em distinguir a competência privativa do Poder Executivo da competência exclusiva do Poder Legislativo.

Realmente, a Constituição Federal estabelece, primeiramente, o princípio de que os três Poderes pelos quais se dividem as atividades do Estado "são independentes e harmônicos entre si". Depois, indica o que compete privativamente a cada um. Evidentemente, haverá pontos de contacto nessas competências; mas parece-nos possível distinguir sempre a que Poder cada uma delas pertence.

VI – Dizer que nos Estados Unidos é possível a celebração de ajustes internacionais que não são submetidos ao Senado, porque, alim a Constituição só exige o "parecer e consentimento" daquele ramo do Poder Legislativo para os tratados, não tem valor algum, no caso em debate, - ou, melhor, é quase reconhecer a legitimidade da tese por nós defendida. De fato, se o termo tratados não compreende todos os acordos internacionais, o mesmo se dará com as palavras tratados e convenções, constantes dos arts. 66, I e 87, VII, da Constituição brasileira de 1946.

O argumento seria até contraproducente, pois com ele se poderia justificar a interpretação de que os constituintes de 1934 e 1946, ao restringirem a fórmula de 1891 (ajustes, convenções e tratados"), com o abandono do primeiro destes termos, embora sem definição dos outros dois, teriam querido admitir que para os meros ajustes não se deve exigir a aprovação legislativa.

VII – A alegação de que a maior ou menor amplitude das faculdades de um Governo "para negociar e assinar atos internacionais", ou, como disse Giulio Diena, citado pelo professor Valladão, a competência para determinar a pessoa ou órgão competente para representar o Estado nas relações interestatais, depende da Constituição ou leis do Estado, não tem perfeita aplicação ao caso em apreço. A questão é, antes, a da validade dos acordos ou tratados, depois de assinados, e o próprio Diena reconheceu que, neste ponto, vários autores declaram que se trata de uma "questão exclusivamente de Direito Internacional".

Em todo o caso, a matéria da ratificação de tratados na ordem internacional, cai evidentemente na alçada do Direito das Gentes, ainda que se admita que pertence ao direito interno indicar qual o órgão do Estado a quem cabe proceder ao ato da ratificação.

VIII – Não é exato, especialmente hoje em dia, que, no Direito das Gentes, "o princípio aceito é o da absoluta necessidade de ratificação, para todos os tratados, sem qualquer exceção".

Além de que, no campo doutrinário, os autores, em geral, negam essa absoluta necessidade da ratificação de todos os tratados ou acordos internacionais, a prática tem sido também noutro sentido.

Na doutrina, representada por internacionalistas modernos baste-nos citar, por exemplo: a) entre os nossos: J. Sette Câmara, para quem a ratificação não deixa de ser ainda a regra para a validade dos tratados, regra, porém, subordinada a "algumas exceções fundadas no costume internacional das nações e na vontade expressa das partes; (3) b) entre os norte-americanos: Quincy Wright, (4) Ch. Cheney Hyde, (5) Charles E. Martin. (6) c) entre os europeus: Francis O. Wilcox, (7) Arnold McNair, (8) J. Mervyn Jones, (9) Charles Rousseau, (10) Paul Visscher, (12) Georges Roussos, (13) Paul Guggenheim, (14) G. Balladore Pallieri, (15) H. Lauterpacht...

Relativamente à prática nacional, já mostramos que foi freqüente, no sentido indicado, durante a vigência da Constituição de 1891. Depois sob a de 1934 (que durou, apenas, pouco mais de três anos) e a de 1946, podemos referir mais, entre outros, os seguintes casos: acordos comerciais provisórios, celebrados em 1936, respectivamente com a Alemanha, a Áustria, o Chile, Colômbia, Cuba, Dinamarca, Equador, México, Noruega, Peru, România, Suíça, Tcheco-Eslováquia; acordo de 23-XI-1935, com o Uruguai, para o intercâmbio de frutas. Ajustes bilaterais sobre créditos comerciais, com vários países, em 1935 e 1936. acordo com a Bolívia, de 24-XI-1936, sobre a criação de uma comissão mista para estudo de problemas relativos ao aproveitamento e exportação do petróleo boliviano; acordo da mesma data e com o mesmo país, sobre estudos prévios das comunicações ferroviárias entre o Brasil e a Bolívia; acordos sobre instrução militar, respectivamente com os Estados Unidos e a França, celebrados em 1936; acordo sobre o arroz, concluído a 23-XII-1946, com os Estados Unidos e a Grã-Bretanha; acordos sobre tecidos de algodão, celebrados em 1946 e 1947, respectivamente com o Uruguai, o Chile, a Bolívia, o Paraguai; acordo de 20-II-1947, com a França, sobre serviço militar; acordo de 26-XI-1948, com os Estados Unidos, para o estudo e aproveitamento dos recursos minerais do Brasil; acordos sobre malas diplomáticas, concluídos em 1951 e 1952, respectivamente com a Colômbia, Costa-Rica e Honduras; acordo de 15 de outubro de 1951, com Portugal, para a supressão de vistos em passaportes: ajustes comerciais, respectivamente com a Islândia, a Espanha, a Itália e a Grécia, celebrados em 1952; ajuste administrativo de pagamentos, com o Japão, concluído a 12 de setembro de 1952; etc., etc., etc...

IX – Haroldo Valladão observou, no entanto, que o Brasil havia adotado tal princípio até em convenção. Já vimos que a prática nacional nega semelhante adoção. Quanto à convenção em causa, o ilustre mestre teve em vista, sem dúvida, a de Havana, de 1928, sobre tratados.

De fato, aquele instrumento dispõe que "os tratados não são obrigatórios senão depois de ratificados pelos Estados contratantes, ainda que esta cláusula não conste nos plenos poderes dos negociadores, nem figure no próprio tratado". Mas a dita convenção pouca significação tem, para o caso em apreço. Primeiro, porque só vigora entre sete países, todos americanos (inclusive o Brasil). Segundo, porque a mesma, no art. 8º, admite implicitamente o princípio contrário, ao estipular que "os tratados vigorarão, desde a troca ou depósito das ratificações, salvo se, por cláusula expressa, outra data tiver sido convencionada". Além disto, a expressão tratados, usada na convenção, poderá talvez ser interpretada como não se aplicando aos acordos em forma simplificada.

Como quer que seja, o costume internacional, de que tem participado o Brasil, inclusive nas relações com os ratificantes da Convenção de Havana, é no sentido por nós indicado.

X – A exceção admitida explicitamente por Valladão já prova, por si só, que sua tese da exigibilidade da aprovação prévia do Congresso Nacional para todos os nossos acordos internacionais não é tão absoluta como ele pretendeu.

A admitir-se, porém, uma exceção, não prevista na Constituição, não há motivo para que se não possam aceitar outras.

Na realidade, elas tem sido numerosas...

Seja como for, o que principalmente desejávamos era esclarecer que, entre nós, o costume já de muitos anos – ainda que se pretenda estabelecido *extra-legem* – é o de não se exigir a aprovação do Congresso Nacional para certos atos internacionais, e mostrar que, nisto, acompanhamos a corrente moderna e a melhor doutrina."

José Sette Câmara, em artigo publicado no Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, da mesma forma, corrobora a posição de Hildebrando Accioly, com entendimento no mesmo sentido. Conforme ele "ainda outro exemplo de exceção à regra da necessidade é o dos chamados "acordos administrativos" ou "acordos executivos", que, devido à sua natureza puramente técnica, administrativa ou militar, são concluídos diretamente pelo Executivo, através da assinatura do seu plenipotenciário, independentemente de ratificação. Assumem uma grande importância nos Estados Unidos da América, onde uma parte considerável dos compromissos internacionais é contraída por essa via. São ali os "executive agreements" registrados em uma publicação seriada diferente da em que se transcrevem os tratados. Não há uma regra que sirva de base à delimitação dos assuntos que poderão ser objeto de um simples acordo administrativo, em contraposição aos assuntos de natureza mais séria, que deverão assumir a forma de tratados. Isso se faz por conveniências de momento e através de um entendimento tácito entre os poderes Executivo e Legislativo. No Brasil, embora os artigos 66, inciso I, e 87 inciso VII da Constituição Federal não pareçam dar ao Executivo a faculdade de concluir tratados, independentemente do *referendum* do Legislativo, não são raros os acordos tipo "administrativo", firmados diretamente pelo plenipotenciário que não são submetidos à ratificação. Ainda no regime da Constituição de 1937, cujo artigo 74, inciso "d", continha disposição semelhante à do artigo 87, VII da Constituição de 1946, foram concluídos, entre outros, os seguintes acordos, pelo processo dos "acordos administrativos": Acordo Sul-americano de Radiocomunicações, revisto em Buenos Aires em 1940; Acordo entre o Brasil e os Estados Unidos da América, sobre a designação de um oficial da marinha de guerra dos Estados Unidos, para servir de consultor técnico da Comissão de Marinha Mercante do Brasil, firmado em Washington em 29 de setembro de 1944; Acordo entre o Brasil e a Administração de Assistência e Reabilitação das Nações Unidas (UNRRA), para a constituição no Rio de Janeiro de uma comissão mista de aquisições, assinado naquela cidade em 12 de outubro de 1944; Protocolo de aprovação e execução do projeto de ponte internacional sobre o Rio Uruguai, entre o Brasil e a Argentina, assinado em Buenos Aires em 21 de novembro de 1941; Acordo entre o Brasil e Portugal para a aplicação da tarifa postal aos objetos de correspondência a permutas entre as duas partes, assinado em Lisboa em 30 de abril de 1942.

O embaixador Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, na Revista Direito, expressa sobre o assunto o entendimento, referindo-se a Constituição de 1946, que "a atual Constituição ocupa-se da ratificação de acordos internacionais nos artigos 66, item I, e 87, item VII. O primeiro destes estipula que é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebrados com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República, ao passo que no segundo consta que compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados e convenções internacionais ad referendum do Congresso Nacional. Os termos de nossa Constituição parecem taxativos: Todo tratado internacional, seja qual for o tipo, deverá ser referendado. **Pensamos, contudo, que é lícito abrir-se algumas exceções a esta norma (grifei)"**

O Professor Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, um dos maiores especialistas nacionais na matéria, em sua obra O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais, sob o prisma da emenda nº 1 de 1969, concluía, analisando o período de 1946-1981, que "o Congresso Nacional aprovou 693 atos internacionais (245 acordos, 156 convenções, 89 convênios, 88 protocolos, 35 tratados, 20 acordos por troca de notas, 16 resoluções de organizações internacionais, 9 emendas de acordos, 5 estatutos de organizações internacionais, 1 carta, 1 recomendação, 1 estatuto de conferência internacional, 1 contrato e 1 ajuste. Rejeitou apenas um, a Convenção nº 90, da Conferência Geral da OIT, encaminhada ao Congresso com mensagem do Executivo recomendando sua rejeição. Aprovou com reserva sete atos internacionais, mas em quatro destes casos houve recomendação do Executivo.

Diante destes casos, conclui, que não parece ser possível dizer-se que o Congresso Nacional tenha criado dificuldades ou entravado a vida internacional do Estado. Conclui, outrossim, que o Congresso tem reagido à conclusão de acordos em forma simplificada, através de pareceres das comissões técnicas, tanto da Câmara dos Deputados quanto do Senado, aprovados em plenário, discursos de parlamentares e medidas legislativas concretas. Para ele, desde 1973, vários acordos internacionais, prevendo modificações em suas cláusulas por simples troca de notas diplomáticas, foram aprovados com a advertência de que quaisquer alterações ficarão sujeitas ao consentimento do Congresso.

Cachapuz traz à colação matéria de alta indagação referente aos procedimentos do Ministro-Chefe da Secretaria de Planejamento da Presidência da República, o Ministro da Fazenda e o Presidente do Banco Central que efetuaram, a partir de setembro de 1982, vários procedimentos com o intuito de obter recursos para viabilizar o atendimento global dos compromissos brasileiros e o fechamento do balanço de pagamentos. Refere-se, especificamente, aos empréstimos obtidos junto ao BIS (Bank for International Settlements – Banco de Compensações Internacionais); o acordo entre o Banco Central do Brasil e o Tesouro dos Estados Unidos da América (Swap Agreement de 29 de novembro de 1982) e a "Carta de Intenções" ao Fundo Monetário Internacional (FMI), datada de 06 de janeiro de 1983. Cachapuz refere a ampla polêmica travada no Senado da República sobre a imperiosidade ou não de serem submetidos ao Congresso Nacional, para o referendado previsto nos artigos 81, X, e 44, I, da Constituição Federal, os entendimentos do Brasil com o FMI e outros. Notícia, inclusive, que a Ordem dos Advogados do Brasil, em requerimento ao Procurador Geral da República, solicitava que este representasse perante o Supremo Tribunal Federal, com fins de obter a declaração de inconstitucionalidade do acordo normativo denominado Projeto nº 2, referente aos assuntos em epígrafe.

O Professor Jacob Dolinger, Professor Titular de Direito Internacional Privado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em sua obra, A Dívida Externa Brasileira, sobre tratados conclui que a luz do direito brasileiro "os compromissos brasileiros assumidos pelo Governo brasileiro para com seus credores estrangeiros são evitados de inconstitucionalidade, não tanto por força dos mandamentos

dos sempre invocados arts. 44/I e 81/X da Constituição de 1969, mas devido às disposições dos Arts. 43/II e 55..."

O Jurista e Professor gaúcho, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, em sua obra mais recente "O Poder de Celebrar Tratados", já sob a égide da Constituição de 1988, sobre os tratados executivos tem a dizer que "os dispositivos da Constituição de 1988 não mudaram as opiniões de Celso de Albuquerque Mello, de Guido Fernando Silva Soares e de José Francisco Rezek sobre a competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados.

Celso continuou sustentando que os acordos do Executivo são plenamente admissíveis.

Guido Soares manteve a opinião de que existe um entendimento implícito entre o Executivo e o Legislativo de que os acordos de implementação de outros mais gerais, aprovados pelo Congresso, podem ser celebrados em forma simplificada.

Rezek conservou sua tese da admissibilidade de acordos executivos no sistema brasileiro de celebração de tratados em duas hipóteses: o acordo executivo como subproduto de tratado vigente e como expressão da diplomacia ordinária.

Com relação ao affair dos empréstimos externos relata que:

"O **stand-by arrangement** consiste na abertura de uma linha de crédito ("crédito contingente" , como classifica a versão brasileira do Convênio Constitutivo do FMI), através da qual o Fundo Monetário atende o pedido de assistência financeira de um Estado Membro, garantindo-lhe a faculdade de efetuar saques da Conta de Recursos Gerais. É , portanto, uma operação de crédito externo, em que o Fundo põe à disposição do Membro solicitante, por prazo determinado, uma quantia de dinheiro, para que seja utilizada por meio de várias saques.

Diz que " pelas quantias efetivamente utilizadas, o Fundo cobra comissões (artigo V, seção 8, letra "a", inciso II, do Convênio Constitutivo). Assim, para ele "está claro , pois, que um **stand-by arrangement**

Solicitado pelo Governo Federal ao FMI constitui operação externa de natureza financeira de interesse da União e, logo, aplica-se à espécie o preceito contido no artigo 52, inciso V, da Constituição, isto é, o Executivo necessita obter autorização do Senado para concretizar o **stand-by**."

Relata que "entretanto, o Procurador Geral da Fazenda Nacional, Cid Heráclito de Queiroz, discordou desta conclusão, em depoimento perante a Comissão do Congresso destinada ao exame analítico e pericial da dívida externa, sustentando a tese de que não há necessidade de autorização do Senado para o levantamento de recursos do FMI pelo Brasil, pois a autorização provém de tratado aprovado pelo Parlamento (O Convênio Constitutivo do FMI)"

Cachapuz conclui a matéria emitindo parecer no sentido de que "pretender que operações financeiras tão complexas e significativas, com tantos efeitos para a economia da Nação, como um **stand-by arrangement** junto ao FMI, fiquem dispensadas da autorização do Senado, em virtude do Governo lhes atribuir liberalmente caráter executório, é conceder elasticidade de fato inexistente no artigo 52, inciso V, da Constituição Federal, que exige a autorização senatorial para as operações externas de natureza financeira de interesse da União, e não faz menção, sequer remotamente, à dispensa para operações de execução de tratados internacionais.

Conclui ainda que "se a Constituição não contemplou a possibilidade do Executivo ficar exonerado da obrigação de pedir a autorização do Senado para operações financeiras que ocorram dentro do marco de tratado aprovado pelo Legislativo, e se o Congresso tampouco editou regulamentação legal sobre a matéria, não cabe ao Executivo o poder de subtrair da apreciação do Senado importantes operações financeiras externas, somente em função de princípios doutrinários. Nos precisos termos da Constituição Federal, toda operação externa de natureza financeira de interesse da União, como é o caso do **stand-arrangement** junto ao FMI, precisa de autorização do Senado.

Cachapuz, emite parecer final no sentido de que, "admitir que, em cada caso, o Poder Executivo interprete livremente a Constituição para decidir se há ou não obrigação de atender à exigência do artigo 52, inciso V, de pedir autorização para o Senado, significa retirar desta Casa do Congresso Nacional uma das principais atribuições que a Lei Suprema de 1988 lhe concedeu, em caráter privativo."

No entanto, com referência aos assuntos que não se enquadram na matéria em epígrafe e que da mesma forma não são de competência do Legislativo, Cachapuz diz que a prática dos acordos em forma simplificada na vigência da Constituição de 1988 "continuam a ser celebrados pelo Governo brasileiro, sem que a vigência da Constituição de 1988 em nada tenha alterado a prática do Itamaraty.

Relata ainda que "entre 5 de outubro de 1988 (data da promulgação da nova Lei Suprema) e 31 de dezembro de 1993, mesmo período de 5 anos e 3 meses em que 185 tratados foram apreciados pelo Congresso Nacional, o Governo celebrou 182 acordos em forma simplificada, número obtido através de pesquisa efetuada no Diário Oficial da União. Destes 182 acordos em forma simplificada, 81 são ajustes complementares a tratados preexistentes (44,50%), 54 são acordos (29,67%), 17 são memorandos de entendimento (9,34%), 5 são protocolos de intenções (2,74%) e os restantes são convênios, protocolos, atas, declarações, etc."

Segundo ainda Cachapuz de Medeiros "tornou-se hábito do Congresso Nacional exigir que os atos celebrados em decorrência de tratados referendados também sejam submetidos à aprovação parlamentar, inserindo neste sentido preceito nos decretos legislativos.

Entretanto, há decisões do Congresso, em casos isolados, que admitem a celebração pelo Executivo de ajustes complementares em forma simplificada, desde que visem apenas implementar tratado preexistente.

Segundo tais decisões, só requerem referendo do Legislativo os atos que possam resultar em revisão de tratado preexistente ou os ajustes complementares ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Desde 1991, a maior parte das deliberações do Congresso confirma esse entendimento. Contudo, simultaneamente ocorrem decisões sujeitando ao crivo do Legislativo todos os ajustes complementares e tratados referendados.

A prática atual da formação da vontade do Estado brasileiro para obrigar-se por tratados internacionais é incerta em alguns pontos. (grifei)

Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, citando Hildebrando Accioly, cita quatro hipóteses em que a ratificação internacional não é exigida e nas quais a intervenção Parlamentar não se verifica. Assim:

- a. Os acordos celebrados, nos estritos limites da sua competência, por certos funcionários que têm capacidade para isso e sobre assuntos de interesse local ou de pequena importância. Assim, por exemplo, em tempo de guerra, os comandantes militares ou navais podem celebrar certos ajustes, que sobretudo pela sua urgência, dispensam a ratificação.
- b. Os acordos celebrados para cumprimento ou para interpretação de tratados já ratificados, contanto que não alterem a substância destes.
- c. Os acordos de *modus vivendi*, quando têm em vista deixar as cousas no estado em que se acham ou estabelecer simples bases para negociação futura.
- d. Os acordos sobre assuntos puramente administrativos, que sejam da atribuição exclusiva do poder executivo.

Geraldo Eulálio, conclui que trata-se de uma enumeração bastante restritiva e que leva em consideração principalmente o fundo dos acordos firmados.

Já manifestamos nosso entendimento em trabalho intitulado Mercosul pela ótica do Direito Constitucional, edição em comemoração ao cinquentenário da Faculdade de Direito da PUC/RS, quando expressamos que " os tratados que devem ser submetidos obrigatoriamente ao Parlamento, conforme o artigo 49, inciso I, não devem se restringir somente àqueles que sejam gravosos ao patrimônio nacional *lato sensu* , mas também àqueles que regularem matéria que pertence a competência legislativa da União , na forma do art. 22, integrado com a leitura do art. 5, inciso II, que estabelece o princípio da reserva legal genérica, adicionado às reservas legais especiais cotadas constitucionalmente, sejam, a penal, tributária, etc., integrados com os artigos 48, 49, 51 e 52. Assim, de resto, o que estivesse excepcionado aos artigos supra dispostos, dentro da competência exclusiva do Executivo no que fosse desdobramento de seu Poder Regulamentar, provendo fora da reserva de lei, através de regulamentos autônomos ou independentes por via de decretos, ou ainda, dentro de sua competência como Poder de Polícia por via de Portarias, condicionando ou restringindo o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, sempre em benefício da coletividade ou do próprio Estado, no que não fosse contrário a parte Dogmática da Constituição (direitos e garantias fundamentais), haveria o permissivo, porque competente para tanto, do acordo simplificado ou executivo sem a aquiescência manifesta do Legislativo. Advertimos no entanto, que as três funções do Poder, não agem como se estivessem em compartimentos estanques, assim, através da doutrina já estabelecida dos *checks and balances* ou pesos e contrapesos, aquelas matérias que necessitam, por força de dispositivo constitucional, para assim integrar e perfectibilizarem a vontade da nação, a complementação ou anuência da outra função do Poder, também da mesma forma *ipso facto* necessitariam , serem veiculadas através, não de um acordo simplificado ou executivo mas em *devida forma como acordos legislativos*, com a participação do Legislativo. É de destacar, que seja na forma de acordo em devida forma, quando Executivo e Legislativo convergem suas vontades, seja, na forma de acordo simplificado, quando somente o Executivo participa na manifestação de vontade do Estado, mesmo assim, estes atos, por força mesmo do sistema de pesos e contrapesos, passam *a posteriori* pelo crivo do Judiciário, se provocado, que aquilatará, na forma de controle da constitucionalidade não só difuso, como se depreende da leitura do art. 102, inciso III, alínea b, da Constituição de 1988, mas também através do controle concentrado, por via de ação direta, a constitucionalidade da matéria, em face da supremacia constitucional sobre os tratados conforme se depreende da essência do sistema constitucional. O controle preventivo da constitucionalidade, tanto das leis como dos atos, praticado *interna corporis* , não é suficientemente apto para escoimar a possibilidade do vício maior, tanto é que, respectivamente, a lei, quando da sua vigência, tem presunção *juris tantum* de constitucionalidade assim também o ato administrativo seja de legitimidade, seja de constitucionalidade. Assim é que o controle repressivo judicial aquilatará a constitucionalidade ou não dos tratados, seja ela material ou formal, esta última nas suas possibilidades ritual ou orgânica. Com relação a um suposto acordo executivo, se houvesse supressão da instância congressual em razão do seu conteúdo e da matéria, caracterizaria-se concomitantemente tanto inconstitucionalidade ritual, por não satisfeito o necessário ato complexo interativo entre Legislativo e Executivo, e também a incostitucionalidade formal, por invasão da competência legiferante protegida pela reserva legal geral. Em suma, dentro dos parâmetros genéricos supra estabelecidos, entendemos da mesma forma a pertinência de acordos na devida forma, como regra geral, e acordos simplificados, atendidos estes pressupostos legais, como exceção.

2.3 . A CONSTITUCIONALIDADE EXTRÍNSECA E A INTRÍNSECA OU DE FUNDO.

João Grandino Rodas em sua célebre obra O Direito dos Tratados aborda com profundidade o cipoal das várias doutrinas que delimitam ambos conceitos. Relata as doutrinas de Bittner, Anzilotti, Triepel, Basdvant, Chailley e Schucking, entre outros.

A matéria é altamente controvertida e resulta da separação entre a competência de formar a vontade do estado, da competência de a declarar. Anzilotti, por exemplo, afirma que " a declaração de vontade de concluir, emanada de órgão competente, assegura a formação regular e a existência dessa vontade nas relações internacionais...sendo que presumidamente, o chefe de Estado é competente para declarar a vontade tendente à conclusão... daí os outros Estados poderem confiar nas declarações feitas pelo chefe de um Estado. Conclui que ...a declaração de vontade viciada feita por um órgão de um Estado a outro Estado, em circunstâncias tais que induzam este a considera-la como própria e válida do Estado, constitui um fato contrário ao direito internacional, imputável ao Estado. Para ele é inadmissível que um Estado consiga a nulidade do tratado arguindo um fato ilícito de que deva responder. A

responsabilidade impede de fazer valer a nulidade do ato e passa a ser o fundamento da validade do tratado. Desde que concorram os requisitos exigidos pelo direito internacional, com a ratificação do chefe de Estado, surge um tratado válido, fundado na vontade, se a vontade declarada pelo chefe do Estado for verdadeiramente a vontade do Estado, baseado na responsabilidade, no caso contrário. A responsabilidade internacional alicerça-se na ilicitude do fato, ou seja, na contrariedade ao direito internacional e na imputabilidade do fato ao Estado. O princípio da responsabilidade concilia a necessidade de autonomia interna dos Estados com a segurança e estabilidade internacionais. O perigo do Estado se obrigar contra a própria vontade, afigura-se mais hipotético que a certeza de poder crer na declaração de vontade do chefe de Estado.

Já Triepel crê que as condições para um tratado válido só podem ser decididas pelo direito internacional. Entretanto, o direito internacional remeteu, segundo ele, ao direito interno, a fixação das condições pelas quais a declaração de vontade individual ou plural pode ser tida como declaração de vontade do Estado. É certo que as cláusulas constitucionais possuem direta importância para o direito internacional, enquanto subordinam a determinadas condições, o efeito das declarações de vontade emitidas por um órgão do Estado perante países estrangeiros. Para ele, por exemplo, se a aprovação parlamentar dos tratados for tida como necessária, no sentido que, se não concorre a vontade do parlamento, a vontade unilateral do chefe de Estado é insuficiente para constituir a vontade do Estado, a sua falta fará com que a vontade do chefe do Estado não possa valer nem pelo direito internacional, como vontade do Estado, nem mesmo possa constituir uma declaração contratual válida.

Com relação a constitucionalidade intrínseca ou de fundo a que melhor a explicita é a doutrina de Chailley quando expressa que "o direito interno demonstra que, consoante a convicção jurídica dos Estados, um tratado só será validamente concluído, se as suas disposições não contrariem a constituição. A teoria da nulidade do tratado inconstitucional em razão do conteúdo, tem o seu fundamento em textos constitucionais que, prevendo a hipótese da sua modificação, por meio de tratados, determinam para tanto, procedimentos mais rígidos, e no fato da subordinação do tratado à constituição.

Jimenez de Arechaga contudo, considera internacionalmente relevantes tanto a inconstitucionalidade formal como a material pois "o órgão do Estado designado pelo Direito Constitucional atua na esfera internacional, limitado no seu poder pelas restrições de fundo, estabelecidas pela Constituição. Esta não somente diz quem pode contratar em nome do Estado, mas também o que não poderá contratar, até onde não poderão chegar em seus compromissos.

Em 1935 foi divulgado através do American Journal of International Law, um Projeto de Convenção sobre o Direito dos Tratados (Draft Convencion on the Law of Treaties), elaborado sob os auspícios da Harvard Law School, como contribuição à codificação do Direito Internacional.

O artigo 21 do Projeto de Convenção de Harvard, intitulado tratados concluídos por órgãos incompetentes (treaties concluded by incompetent organs) propõe a seguinte regra:

" Um Estado não fica obrigado por tratado celebrado em seu nome por órgão ou autoridade incompetente, segundo o seu Direito, para concluir o tratado; contudo, um Estado pode ser responsável por dano causado a outro Estado, em razão deste ter depositado razoável fé em que a representação do referido órgão ou autoridade era competente para concluir o tratado."

Cachapuz de Medeiros afirma que os preceitos deste artigo são apresentados como reconhecidos pela generalidade dos estados.

Depois de traçarem um panorama das posições doutrinárias, da prática diplomática e das decisões jurisdicionais, os autores do Projeto Harvard reconhecem que preponderam dois pontos:

1. A competência para celebrar tratados é determinada pelo Direito Interno;
2. Os tratados celebrados, em nome do Estado, por órgãos incompetentes, segundo o Direito Interno, não são obrigatórios, internacionalmente, para o referido Estado.

A partir de 1949, a Comissão de Direito Internacional da ONU (CDI) começou a trabalhar na elaboração de um projeto de convenção sobre o Direito dos Tratados.

Finalmente em 1969 foi selada a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados sendo que o seu debatido art. 43, que finalmente tomou o número de 46, definiu assim a matéria:

"Art. 46

Disposições do Direito Interno sobre competência para concluir tratados.

1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu Direito Interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu Direito Interno de importância fundamental.
2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé.

Depois de conhecido o texto final da Convenção, alguns juristas, partidários irredutíveis do internacionalismo radical, sustentaram que as manifestações de consentimento efetuados pelo Chefe de Estado, Chefe de Governo, Ministro de Relações Exteriores ou Embaixadores, são válidas em qualquer caso, porque o artigo 7º, inciso 2, prevaleceria sobre o art. 46.

Cachapuz, citando João Grandino Rodas, diz que na realidade o art. 46 impõe um limite preciso ao art. 7º, pois infirma-se o consentimento do Estado a obrigar-se por meio de um tratado, se foi dado em violação manifesta do Direito Interno.

Com relação ao Brasil o mesmo assinou em 23 de maio de 1969 o Tratado em tela, no entanto conforme consta no site http://www.un.org/Depts...o/xxiiiboo/xxiii_1.html (site da ONU), até a data atual o Brasil não havia ratificado o mesmo. Rastreando no Senado a matéria no site <http://www.senado.gov.br/sicon/mate.htm> conta na tramitação como número de origem: MSC 00116 1992. Constando como último despacho que teria sido enviado em 06.11.1995 à Comissão de Relações Exteriores.

Cachapuz de Medeiros afirma que o Itamaraty procura pautar sua atividade na negociação de tratados de acordo com a Convenção de Viena, apesar de não ter sido ratificada, assim como ocorre com o Departamento de Estado norte-americano.

4. DA LEGALIDADE DOS TRATADOS: Doutrina e Jurisprudência.

Celso D. de Albuquerque Mello afirma que "desde a Constituição austríaca após a 1ª Guerra Mundial encontramos na Europa Continental a tendência de se incorporar as normas internacionais ao Direito Interno. É a aplicação do princípio dominante na Grã-Bretanha e EUA, o qual fora enunciado de modo claro no século XVIII, por Blackstone: "The law of Nations is held to be a part of law of the land." Este princípio que domina a jurisprudência americana e inglesa tem um alcance limitado, uma vez que o Direito Internacional é simplesmente equiparado ao Direito Interno, significando que um tratado revoga a lei que lhe é anterior, mas é também revogado por uma lei posterior. Os "Founding Fathers", na Constituição Americana, desejavam evitar a violação do DI por um estado membro do estado federal. Depois da 2ª Guerra Mundial é que alguns países incorporaram à sua Constituição o princípio da primazia do Direito Internacional; isto ocorreu, por exemplo, na Constituição francesa e na dos Países-Baixos, que declararam não ser o tratado revogado por uma lei posterior. A própria Carta da ONU no seu preâmbulo afirma: "Nós, os Povos das Nações Unidas, resolvidos...a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos..." . Celso Mello, cita diversos acórdãos, com relação ao Brasil, que consagrariam esta posição superior do Direito Internacional sobre o Direito Interno entre eles, cita o caso da União Federal versus Cia. Rádio Internacional do Brasil, datado de 1951, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revogava as leis anteriores (Apelação Cível nº 9.587). Coelho Rodrigues assinala a existência de um acórdão do S.T.F (1914), no Pedido de Extradicação nº 7, de 1913, em que se declarava estar em vigor e aplicável um tratado, apesar de haver uma lei posterior contrária a ele. Cita, ainda, o acórdão do STF, na Apelação Cível nº 7.872, de 1943, com base no voto de Filadelfo de Azevedo. Menciona ainda a existência da Lei nº 5.172, de 25.10.66, que estabeleceu que: "Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha". No entanto, conclui que " a tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nesta matéria pois no Recurso Extraordinária nº80.004, decidido em 1978, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. Diz que apesar desta posição, no entanto a Constituição de 1988, conforme seu entendimento, adota o dualismo ao fazer a incorporação do DI no D.Interno, pelo menos, em um setor determinado ao estabelecer que os direitos do homem consagrados em tratados internacionais fazem parte do direito interno. A pergunta, para ele, é se a jurisprudência poderá estender esta orientação a outras matérias, bez que não tem norma proibitiva.

Aurelino Leal, em sua Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira, analisando a então constituição de 1891, concluía, citando Clóvis Bevilacqua, que "a validade dos tratados independe das mudanças constitucionais que sofrem os Estados contratantes, parecendo-lhe que, se os assuntos regulados nos tratados foram compatíveis com as alterações introduzidas no regime constitucional, nada há que se oponha a que os mesmos continuem em vigor. Se, porém, as modificações feitas na lei suprema colidirem com a matéria regulada nos acordos internacionais, entende, neste caso, que não se convence que os mesmos prevaleçam contra a nova orientação constitucional, a menos que o poder constituinte consigne na reforma uma disposição garantindo sua vigência. Tem uma noção de supremacia da norma constitucional sobre a internacional.

Castro Nunes, também em obra clássica, reconhece a supremacia da Constituição sobre os tratados concedendo no entanto a igualdade das leis internas com os mesmos. Diz ele que "as leis nacionais equiparam-se aos tratados. Citando Despagnet, afirma que do ponto de vista do direito interno de cada país, os tratados, desde que aprovados e ratificados, são verdadeiras leis que derogam o direito comum...

Rezek diz, sobre a matéria em pauta, que " deve-se recordar que o primado do direito das gentes sobre o direito nacional do Estado soberano é, ainda hoje, uma proposição doutrinária. Não há, em direito internacional positivo, norma assecuratória de tal primado. Descentralizada, a sociedade internacional contemporânea vê cada um de seus integrantes ditar, no que lhe concerne, as regras de composição entre o direito internacional e o de produção doméstica. Resulta que, para o Estado soberano, a constituição nacional, vértice do ordenamento jurídico, é a sede de determinação da estatura da norma jurídica convencional. Dificilmente uma dessas leis fundamentais desprezaria, neste momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesma, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado. Assim, posto o primado da constituição em confronto com a norma *pacta sum servanda* , é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder.

Embora sem emprego de linguagem direta, a Constituição brasileira deixa claro que os tratados se encontram aqui sujeitos ao controle de constitucionalidade, a exemplo dos demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico. Tão firme é a convicção de que a lei fundamental não pode sucumbir, em qualquer espécie de confronto.

Para Rezek, abstraída a constituição do Estado, sobrevive o problema da concorrência entre tratados e leis internas de estatura infraconstitucional. A solução, em países diversos, consiste em garantir prevalência aos tratados. Noutros, entre os quais o Brasil contemporâneo, garante-se-lhes apenas um tratamento paritário, tomadas como paradigma as leis nacionais e diplomas de grau

equivalente. Para ele, não se coloca em dúvida, em parte alguma, a prevalência dos tratados sobre leis internas anteriores a sua promulgação. Para ele, em razão da paridade do tratado com a lei, rege o princípio *lex posterior derogat priori*.

Rezek reforça seu entendimento através da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, citando o Recurso Extraordinário 80.004, em que ficou assentado, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre o tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela Justiça, sem embargo das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional. Explana que a maioria neste julgado "valeu-se de precedentes do próprio Tribunal para dar como indubitosa a introdução do pacto – no caso, a Lei uniforme de Genebra sobre letras de câmbio e notas promissórias – na ordem jurídica brasileira, desde sua promulgação. Reconheceu, em seguida, o conflito real entre o pacto e um diploma doméstico de nível igual ao das leis federais ordinárias – o Decreto-lei nº 427/69, posterior, em cerca de três anos, à promulgação daquele -, visto que a falta de registro da nota promissória, não admitida pelo texto de Genebra como causa de nulidade do título, vinha a sê-lo nos termos do decreto-lei. Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico.

Jacob Dolinger em obra recente traz a colação a mesma jurisprudência analisada por Rezek adicionando ainda que "no conflito de jurisdição 4.663, julgado em 1968, o Relator, Ministro Eloy da Rocha, disse claramente que o direito entrado por via de tratado "está no mesmo plano de igualdade do que o internamente elaborado, não sendo superior a este." E ainda acrescentou que "nossa Constituição não contém norma expressa de predominância do direito internacional como a francesa". Para ele, se dá aí a manifestação do monismo, na sua versão moderada.

Jacob Dolinger conclui de forma magistral que excetuadas as hipóteses de tratado-contrato, nada havia na Jurisprudência brasileira quanto à prevalência de tratados sobre lei promulgada posteriormente...para ele, "a posição do Supremo Tribunal Federal através dos tempos é de coerência e resume-se em dr o mesmo tratamento a lei e ao tratado, sempre prevalecendo o diploma posterior, excepcionados os tratados fiscais e de extradição, que, por sua natureza contratual, exigem denúncia formal para deixarem de ser cumpridos. Cita acórdão do Superior Tribunal de Justiça de colocação muito apropriada ao conflito entre diploma internacional e lei posterior, assim votando o Ministro Eduardo Ribeiro, como relator da matéria: " O Tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida. Rege-se pelo Direito Internacional e o Brasil a seus termos constinuará vinculado até que se desligue mediante os mecanismos próprios. Entretanto, perde eficácia quanto ao ponto em que exista a antinomia. Internamente prevalecerá a norma legal que lhe seja posterior."

3.1. O SISTEMA MERCOSULENHO

Ao cotejarmos os modelos que definem a Comunidade Européia e o Mercosul, constatamos que a primeira, num grau muito maior de integração, possui órgãos supranacionais sendo que neste último, após Ouro Preto, seus órgãos continuam intergovernamentais. Assim se para àquela, os preceitos e atos de natureza legislativa, administrativas ou judiciais dos órgãos supranacionais são automaticamente recepcionados pelas respectivas ordens constitucionais dos seus diversos componentes com plena eficácia e poder vinculante, já com relação ao Mercosul em razão de não ter havido delegação ou relativização das Soberanias, as diversas normas teriam que penetrar nas diversas ordens jurídicas, através dos diversos mecanismos e procedimentos instituídos pelas suas respectivas constituições. Este tema integra o que Mirkine-Guetzévitch denominou de Direito Constitucional Internacional, ou seja, o estudo das normas constitucionais que disciplinam matéria de Direito Internacional. Ele pertence a dois ramos da Ciência Jurídica; o Direito Constitucional e o Direito Internacional Público. Não cabe aqui analisar as profundas discussões a respeito das teorias dualistas e monistas em face da supremacia das normas externas sobre as internas ou vice-versa mas estabelecer parâmetros para o entendimento do processo de recepção das normas de Direito Internacional seja ele, *geral* (comum) ou *particular*. Importante, da mesma forma, em relação aos dois tipos de direito, geral ou particular, determinar se a (s) ordem (s) jurídica (s) permitem o seu ingresso ou de forma *automática* ou *condicionada*. Cabe no entanto destacar o entendimento de Canotilho de que, mesmo no caso da Comunidade Européia, "a posição das normas comunitárias na hierarquia das fontes é sempre *infraconstitucional*, porque: (a) a supremacia do direito comunitário perante a Constituição tornaria supérfluas as próprias constituições; b) a eficácia derogatória, modificativa ou revogatória das normas da CEE sobre as da CRP (Constituição da República Portuguesa) equivaleria ao reconhecimento de um processo apócrifo de revisão contra as próprias normas constitucionais; c) a supremacia do direito comunitário sobre o direito constitucional justificaria, em último caso, a possibilidade de superação dos limites materiais de revisão, violando abertamente o art. 288 (quorum)

Com relação do direito geral ou comum, isto é, o direito formado pelas normas de direito consuetudinário e princípios gerais de direito comuns *às nações civilizadas*, grande parte das constituições adotam o princípio firmado por Blakstone no século XVIII, *the law of Nations is held to be a part of law of the land (ou...internacional law is part of the law of the land)*⁽²⁹⁾ Canotilho concebe o conceito de *parametricidade* em que a ordem constitucional global seria mais vasta do que a constituição escrita, pois abrangeria não apenas os princípios fundamentais informadores de qualquer Estado de direito, mas também os princípios implícitos nas leis constitucionais escritas e inclusive os direitos fundamentais não formalmente constitucionais, isto é, direitos constantes de convenções internacionais, que fariam parte do *bloco da constitucionalidade* ou mesmo do *bloco da legalidade*. Com relação ao direitos e garantias a doutrina da *parametricidade* é adotada expressamente pela Constituição Brasileira no parágrafo 2º do seu art. 5º que diz que *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.* A Constituição Argentina, em seu art. 22, recepciona expressamente uma série de tratados ali citados, atribuindo-lhes ,inclusive, hierarquia constitucional. A Constituição

do Paraguai, também, no seu art. 145, admite da mesma forma este princípio, sendo que a Constituição do Uruguai é omissa a este respeito. No entanto, todas estas constituições são unânimes, de forma específica ou genericamente com relação a um permissivo integracionista, assim, a Constituição argentina em seu art. 24 permite *aprobar tratados de integración que deleguem competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad (grifei), y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados Latinoamericanos requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.* A Constituição Paraguaia, na ordem do seu art. 145, admite também, uma ordem supranacional ao expressar através de seu art. 145 que *la República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, em lo político, económico y cultural.* A Constituição do Uruguai, embora seja omissa no que tange à supranacionalidade, refere em seu art. 6º, *in fine*, que *la República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas...* O Brasil, através de sua constituição, coloca no encerramento de seu preâmbulo, o parágrafo único, do art. 4º, que *a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.* Como José Afonso Silva cognominou nossa constituição de diretiva ou dirigente, em virtude de suas normas-princípios, contidas no seu prólogo, entendemos, da mesma forma, que este parágrafo é uma norma prospectiva com tal conteúdo genérico que contempla, no futuro, o que deflui do conceito *política* (integração), uma construção de modelo integrador que permita a existência de órgãos supranacionais.

Satisfazendo nossa curiosidade científica em torno do direito comparado entre as várias constituições tangenciamos e nos desviamos do problema colocado, seja, se algumas normas fundamentais admitem a recepção espontânea ou de forma condicionada, do direito internacional comum ou geral, no entanto no que respeita ao *direito particular*, ou seja, o direito convencional constante de tratados e acordos em que participe, não só especificamente o Brasil, mas todos os demais Estados-partes componentes do Mercosul, adotam procedimento constitucional que permite o *ingresso condicionado* na ordem jurídica respectiva. O Diplomata Guido Soares traduz este processo através do vocábulo *Internacionalização*, que no seu entender "é um conceito não jurídico e designa um mecanismo de tornar uma norma elaborada num ambiente internacional, norma interna dos Estados, seja no Direito Internacional Público Clássico, seja no Direito da Integração Econômica Regional. Na Técnica jurídica do Direito Internacional Público Clássico, tal procedimento se denomina *incorporação*, a qual pode ser automática (como na *Common Law* da Inglaterra em que se considera que *Internacional Law is a part of the law of the Land*) ou dependente de um ato expresso dos Poderes do Estado, nos casos dos denominados *tratados de devida forma*, (seja pelo passamento de uma lei especial, seja, como no Brasil, por um procedimento próprio de aprovação do texto internacional pelo Poder Legislativo e posterior promulgação pelo Poder Executivo, através de um Decreto). Para os denominados *tratados em forma simplificada*, ou *Executive Agreements* aquele procedimento é simplificado, bastando, por vezes, sua simples assinatura, por representantes do Estado. Assim, temos de esclarecer qual ou quais os órgãos do Estado possuem capacidade para a prática destes atos. Quais os momentos e que tipos de procedimentos são necessários e, ainda, qual a natureza ou conteúdo do objeto destes atos, sejam, os tratados, acordos, convênios e protocolos.

O Protocolo de Ouro Preto, adicional ao Tratado de Assunção, que reestrutura as instituições do MERCOSUL, na razão direta da consciência dos avanços alcançados, reafirmando os princípios do tratado originário, nomina em seu art. 41, as diversas fontes jurídicas do MERCOSUL, citando pela ordem : I - *O Tratado de Assunção, seus protocolos e os instrumentos adicionais ou complementares.* II - *Os acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção e seus protocolos;* III - *As Decisões do Conselho do Mercado Comum e, as Resoluções do Grupo Mercado Comum e as Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul, adotadas desde a entrada em vigor do Tratado de Assunção.* Depreende-se explicitamente da técnica utilizada pelo legislador uma metodologia, na colocação sistemática dos termos, que infere, uma hierarquia atinente aos atos, citados de maior para menor.

O Diplomata Guido Soares, em seu artigo sobre a atividade normativa no Mercosul, identificava, ainda na fase transitória do tratado, dois tipos de atos que assim classificava:

a) os atos regidos pelo Direito Internacional Público, (os usos e costumes, e em particular, pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados), que determinam direitos e deveres aos Estados, denominados "normas primárias" (de natureza superior, semelhantes às normas constitucionais dos Estados); os mais solenes têm um regime de entrada em vigor determinada pelas normas constitucionais dos Estados Partes, como o Tratado de Assunção e o Protocolo de Brasília, que dependeram da aprovação dos Poderes Legislativos internos dos mesmos; outros, como troca de notas ou atos menos solenes, denominados Acordos Administrativos ou "Executive Agreements", prescindem de qualquer formalidade além da assinatura dos representantes dos Estados-partes (seguidos ou não de publicação interna).

b) os atos originários dos órgãos da organização (denominados "normas derivadas"), órgãos esses que receberam suas atribuições e poderes de legislar, por força das normas primárias, e que, em princípio, entram em vigor pelos modos estabelecidos nestas. Tais modos, por sua vez, variam em função do tipo de organização e de seu grau de supranacionalidade (entendida supranacionalidade como a qualidade dos atos dos órgãos de uma organização de interação econômica regional, de serem diretamente aplicados no território dos Estados-Partes, sem necessidade de uma incorporação formal ou de recepção admitida pela via da mediação dos Poderes Legislativos dos mesmos): nas organizações mais supranacionais, como a **Comunidade Européia**, as deliberações dos órgãos comunitários, ora são diretamente aplicáveis no território dos Estados (como os Regulamentos e as Decisões), ora dependem de um procedimento de mera adaptação formal ou instrumental pelos órgãos nacionais (como as Diretivas). nas organizações menos supranacionais (como o MERCOSUL, nesta atual fase transitória), há raríssimas ocasiões em que as decisões dos órgãos internacionais têm aplicação direta e imediata nos territórios dos Estados Partes, (existindo, em relação ao MERCOSUL, a isolada disposição do art. 21, parágrafo 1º do Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias, que dispõe serem os laudos do Tribunal Arbitral *inapeláveis, obrigatórios para os Estados Partes na controvérsia a partir do recebimento da respectiva notificação e terão relativamente a eles força de coisa julgada*).

Ora, não resta a menor dúvida de que as normas derivadas são aquelas oriundas dos órgãos previstos no art. 2, do Protocolo de Ouro

Preto, sejam, o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do MERCOSUL, que respectivamente produzem atos normativos da seguinte natureza, decisões conforme art.9, resoluções na forma do art.15 e Diretrizes e Propostas na forma do art.20, todas elas, diga-se de passagem, obrigatórias para os Estados-Partes.

Passando-se os olhos pela larga lista das Decisões e Resoluções aprovadas no âmbito do MERCOSUL, na compilação elaborada pela Divisão do Mercado Comum do Sul (DMC) do Ministério das Relações Exteriores podemos classificar de forma diferente a posição hierárquica das fontes pois várias das decisões do Conselho do Mercado Comum, foram internalizadas através de Decretos Legislativos, são exemplo, as decisões 01/91, Sistema de Solução de Controvérsias (Protocolo de Brasília), Dec.Leg.88\92, decisão 5\92 , Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional, Dec.Leg.55\95; Decisão 6\92, Ratificação da convenção interamericana sobre Restituição Internacional de Menores, Dec.Leg. 3\94, Decisão 1\94 aprova o Protocolo de Bueno Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Cotratual, Dec.Leg.129\95, e muitos outros, concluindo-se uma hierarquia mais elevada em razão da necessidade da aquiescência do Legislativo em razão da matéria pertencer a um instrumento diplomático catalogado como **acordo legislativo ou em devida forma** que necessitam para o processo de internalização, como atos complexos, um procedimento constitucional especial já descrito nos itens anteriores deste trabalho. Encontramos entre as decisões do Conselho Mercosul também, algumas, implementadas através de decretos, e portanto, fruto de instrumentos **executivos** (executive agreements). Já com relações as **resoluções** do Grupo Mercado Comum, foram internalizadas através de decretos (raríssimas), portarias (grande parte), resoluções e cartas circulares, na área correspondente a matéria atinente a cada Ministério e repartição competente para viabilizar a medida. Assim, **s.m.j.**, se fôssemos fazer uma analogia do Sistema Jurídico do Mercosul com uma ordem jurídica constitucional escrita, teríamos o Tratado Quadro, Fundante ou Constituinte Originário, (O Tratado de Assunção estabelecido pelos Estados-Partes); as normas derivadas ou secundárias que o completam, reformulam ou modificam, como emendas constitucionais (Protocolos fruto das decisões do CMS - Poder Constituído e Legislativo - internalizadas através de decretos legislativos) e as leis complementares e as ordinárias decisões internalizadas, através de decretos e portarias . Por último a produção do órgão executivo do MERCOSUL o Grupo Mercosul, através das suas **resoluções** que também seriam internalizadas, algumas poucas por decretos do executivo, e as demais por portarias e circulares dos Ministérios pertinentes e suas repartições com competência específica para tanto, com sua natureza executiva fazendo às vezes do poder normativo remanescente do Executivo chamado poder regulamentar autônomo ou independente.

O artigo 42 do Protocolo de Ouro Preto determina que as normas emanadas dos órgãos do MERCOSUL previstos no art.2, o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio tenham caráter obrigatório e deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada país. Assim, todos os Estados-partes comprometem-se, na forma do art. 38, a adotar todas as medidas e providências necessárias para assegurar nos seus respectivos territórios o cumprimento destas normas.

Para monitorar tanto o processo de internalização e conseqüente vigência e eficácia das normas foi criada uma Secretaria Administrativa (SAM) a quem todos os Estados-Partes informarão sobre as medidas adotadas para esse fim. De sua parte, também a SAM passará a informar todos os Estados-Partes, de forma regular, sobre as medidas implementadas por cada país para incorporar no seu respectivo ordenamento jurídico as normas emanadas dos órgãos do MERCOSUL.

O art. 40 e suas alíneas estabelecem numa forma altamente criativa um dispositivo para assegurar a vigência simultânea nos Estados-Partes das normas emanadas dos órgãos do MERCOSUL, estabelecendo os seguintes procedimentos: i) Uma vez aprovada a norma, os Estados-Partes adotarão as medidas necessárias para a sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional e comunicarão as mesmas à Secretaria Administrativa do MERCOSUL; ii) Quando todos os Estados-Partes tiverem informado sua incorporação aos respectivos ordenamentos jurídicos internos, a Secretaria Administrativa do MERCOSUL comunicará o fato a cada Estado-Parte. iii) As normas entrarão em vigor simultaneamente nos Estados-Partes 30 dias após a data da comunicação efetuada pela Secretaria Administrativa do MERCOSUL, nos termos do item anterior. Com esse objetivo, os Estados-Partes, dentro do prazo acima , darão publicidade do início da vigência das referidas normas por intermédio de seus respectivos diários oficiais.

Temos plena certeza de que todo o processo descrito neste último item e nos demais trará fortes impactos sobre as respectivas ordens jurídicas dos países componentes em razão de sua tendência altamente homogeneizante.

Não só a legislação infra-constitucional sofrerá este impacto interativo, como se fosse um processo de osmose jurídica entre os Estados-Partes, mas também os modelos constitucionais já estão sofrendo este impacto. Há Estados, com modelos constitucionais político-liberais, outros, em contra-partida, com modelos com perfis altamente providenciais (sociais), refletindo-se assim na macro-estrutura econômica através da interferência ou não do Estado na Sociedade Civil. A racionalização do mercado em sua infra-estrutura totalizante, necessita por força de sua própria dinâmica, da racionalização da super-estruturas, no nível atual localizantes, a fim de que pelas leis do mercado, em razão da racionalização tributária por efeito da diluição das fronteiras, propiciem um menor custo as mercadorias e sua otimização no processo de concorrência com outros mercados concorrentes.

Porto Alegre, 2000-04-02

Prof. Sérgio Borja

Professor de Teoria Geral do Estado, Ciência Política e Direito Constitucional da Faculdade de Direito da PUC/RS;

Professor de Instituições de Direito e Instituições de Direito Privado e Comercial da Faculdade de Direito da UFRGS;

Professor de Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UNISINOS –

atualmente licenciado;

Conferencista no Mercosul, EUA e UE; escritor e articulista.

PUBLICADO NA REVISTA DE DIREITO DA UNIVERSIDAD AUSTRAL DE BUENOS AIRES – ARGENTINA

CONFERÊNCIA DADA EM HARTFORD – SHOOOL OF LAW – CONNECTICUT – EUA – EM ABRIL DE 1998.

ENTREGUE AO PROF. ANGEL RICARDO OQUENDO PARA PUBLICAÇÃO EM HARTFORD - EUA